



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

LUIZ ERNANE SAMPAIO MUNIZ

**CONCESSÃO DE MEDIDAS CAUTELARES E IMPARCIALIDADE DO
MAGISTRADO**

**CAMPINA GRANDE
2019**

LUIZ ERNANE SAMPAIO MUNIZ

**CONCESSÃO DE MEDIDAS CAUTELARES E IMPARCIALIDADE DO
MAGISTRADO**

Trabalho de Conclusão de Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Estadual da Paraíba, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Área de concentração: Direito
Processual Penal.

Orientadora: Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite.

**CAMPINA GRANDE
2019**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

M966c Muniz, Luiz Ernane Sampaio.
Concessão de medidas cautelares e imparcialidade do magistrado [manuscrito] / Luiz Ernane Sampaio Muniz. - 2019.
44 p.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2019.
"Orientação : Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite , Coordenação do Curso de Direito - CCJ."
1. Ministério Público. 2. Inquérito Policial. 3. Direito processual penal. 4. Medidas cautelares. I. Título
21. ed. CDD 345.05

LUIZ ERNANE SAMPAIO MUNIZ

**CONCESSÃO DE MEDIDAS CAUTELARES E IMPARCIALIDADE DO
MAGISTRADO**

Trabalho de Conclusão de Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Estadual da Paraíba, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

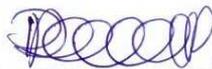
Área de concentração: Direito
Processual Penal.

Aprovado em: 12/12/2019.

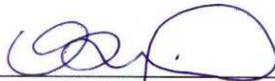
BANCA EXAMINADORA



Professora Dra. Rosimeire Ventura Leite (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Professor Me. Paulo Esdras Marques Ramos
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Professora Dra. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos
Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

RESUMO

É imprescindível a atuação do magistrado na fase preliminar, sendo este garantidor dos direitos fundamentais do investigado. Este trabalho tem por objetivo geral entender o funcionamento da concessão de medidas cautelares na fase da investigação policial, buscando entendimento quais os princípios e normas que fundamentem a comunicação entre os entes responsáveis pelo pedido (Ministério Público e Polícia Judiciária). Além disso, salientar a participação do juiz no inquérito policial, seus limites e possibilidades, figura essa responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal. Para tanto, foi realizada uma pesquisa exploratória do tipo bibliográfica, utilizando-se de doutrinas, legislação e demais documentos, servindo de modelo para outros pesquisadores e conhecedores da temática.

Palavras-Chave: Juiz. Órgãos Públicos. Ministério Público. Inquérito Policial. Limites e Possibilidades

RESÚMEN

Es esencial el desempeño del magistrado en la fase preliminar, siendo este garante de los derechos fundamentales de los investigados. El objetivo de este trabajo es comprender el funcionamiento y la comunicación entre las personas autorizadas para imputar a alguien a la comisión de delitos, en este caso por el magistrado, buscando comprender qué principios y normas subyacen en la comunicación entre los seres queridos. Además, destacando la participación del juez en la investigación policial, sus límites y posibilidades, es responsable de controlar la legalidad de la investigación penal. Con este fin, se realizó una investigación exploratoria del tipo bibliográfico, utilizando doctrinas, legislación y otros documentos, sirviendo de modelo para otros investigadores y expertos en el tema.

Palabras clave: juez. Organos Públicos. Ministerio Público. Consulta policial. Límites y posibilidades

SUMÁRIO

| | | |
|-------|--|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 6 |
| 2 | PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL..... | 8 |
| 2.1 | UMA ABORDAGEM HISTÓRICA..... | 8 |
| 2.2 | ÓRGÃOS DA PERSECUÇÃO PENAL..... | 12 |
| 2.2.1 | <i>Polícia Judiciária e o Inquérito Judicial.....</i> | 12 |
| 2.2.2 | <i>O Ministério Público e sua atuação na persecução penal.....</i> | 17 |
| 2.3 | SEGUNDA FASE DA PERSECUÇÃO PENAL..... | 19 |
| 2.3.1 | <i>Da ação penal pública e suas espécies.....</i> | 19 |
| 2.3.2 | <i>Da ação penal pública e suas espécies.....</i> | 22 |
| 3 | NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL ANTES DA DENÚNCIA | 23 |
| 3.1 | DAS PRISÕES E DO MANDADO DE PRISÃO..... | 23 |
| 3.2 | MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO..... | 27 |
| 3.3 | QUEBRA DE SIGILO FISCAL, BANCÁRIO E DE DADOS TELEMÁTICOS..... | 29 |
| 3.4 | SEQUESTRO E ARRESTO DE BENS E A HIPOTECA LEGAL..... | 32 |
| 4 | DOS LIMITES DO MAGISTRADOS NA FASE DE INVESTIGAÇÃO.... | 36 |
| 5 | DA PROXIMIDADE NECESSÁRIA E DO JUIZ DE GARANTIA..... | 37 |
| 6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 40 |
| | REFERÊNCIAS | 41 |

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, os órgãos de atuação estatal que atuam na persecução criminal são definidos pela Constituição Federal de 1988 e também por leis extravagantes. Isso decorre do princípio da legalidade que rege as condutas e formas de atuação dos agentes públicos. Essa teia de regimentos, leis e normas diversas que regem a atuação do Estado no combate ao crime, também decorre da proibição de autotutela em matéria penal, sendo o *jus puniendi* obrigação exclusiva do poder público.

Temos por exemplo de órgãos incumbidos de efetivar a persecução penal as polícias judiciárias (Civil e Federal), os Ministérios Públicos com atuação criminal (Eleitoral, Estadual, Federal, Militar e os que oficiam perante os Tribunais Superiores), além das Justiças em suas diversas competências (Eleitoral, Militar, Comum Estadual e Federal, além dos Tribunais Superiores).

Note-se que a pluralidade de sujeitos na atuação estatal, conforme exemplos deste parágrafo, impõe que haja, minimamente, uma comunicação entre tais instituições.

Ressalte-se que diversos órgãos de controle, como Controladoria-Geral da União e dos Estados, Tribunais de Contas, Controladorias Internas, e também os cidadãos, não compõem o sistema legal de persecução criminal direto, não havendo comunicação direta entre esses entes e o Poder Judiciário, apesar de ser de conhecimento comum que tais instituições de controle exercem papel essencial no combate à corrupção e ao desvio de recursos públicos.

Mesmo papel cabe à Receita Federal, Banco Central e outros órgãos de auditoria e de atividade fazendária do Poder Executivo, pelo mesmo motivo de falta de comunicabilidade direta entre esses entes e o Poder Judiciário, este detendo o monopólio da expedição das medidas cautelares em sede de matéria criminal e ação penal.

Outro ponto a ser explicado é a supressão da Polícia Militar no rol de órgãos que funcionam em prol da persecução criminal. Com efeito, a Polícia Militar executa policiamento ostensivo, cuja atuação é destinada à prevenção do crime, com patrulhamento e redes de comunicações próprias para evitar o ilícito penal. Caso este ocorra, é que a esfera de competência será das polícias judiciárias em primeiro momento, em tese.

Com efeito, as investigações policiais se resumem a inquéritos policiais (maioria abundante dos casos), e poucas verificações preliminares de investigação (VPI), concentrando toda sua força de trabalho na elucidação da autoria e materialidade, tendo como suporte formal a investigação tombada sob certo número, e isto se traduz em importante ferramenta de controle da atividade policial, pois após a abertura de um inquérito policial, apenas com decisão judicial se pode arquivá-lo.

Excluídos os casos de Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCO) no rol de procedimentos com reflexos na comunicação cautelar entre o juiz e a polícia judiciária, por se tratarem apenas de relatos de cometimentos de crimes de menor potencial ofensivo. Havendo necessidade de instrução mais complexa em relação a esse tipo de procedimento, caso haja necessidade de pedidos de medidas cautelares, transforma-se o TCO em Inquérito Policial, procedimento adequado a situações complexas e de caráter mais demorado.

Importante fixar a importância do registro de tombamento dos procedimentos quando da necessidade de comunicação com o magistrado. A comunicação com o magistrado em razão de pedidos de medidas cautelares é precedida de um pedido em ser recebido pela Autoridade Judiciária, e para tanto, é necessário relatar previamente e minimamente o resumo dos fatos investigados, fazendo referência a um inquérito policial já tombado e devidamente registrado em livros próprios, sejam estes físicos ou eletrônicos.

O cerne deste artigo será descrever e avaliar a atuação do magistrado na concessão de medidas cautelares na fase inquisitorial, que corresponde ao período de investigação, normalmente lastrado em inquérito policial, e o reflexo dessas decisões em possível alteração de sua parcialidade, com conclusão pautada na criação, em nosso ordenamento jurídico, de um juiz de garantias.

Para tanto, foi utilizada a pesquisa descritiva do tipo bibliográfica, uma vez que esta é desenvolvida a partir de análises em fontes que abordam de maneiras diferentes o tema tratado para estudo, dispondo de fontes como, livros, artigos, documentos monográficos.

2 PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL

2.1 UMA ABORDAGEM HISTÓRICA

Antes de adentrarmos o tema que se desenhará por todo o caminhar do presente trabalho, é fundamental entendermos o que, no liame, a persecução penal é; seu significado, sua origem e evolução histórica, até formarmos um olhar crítico para o processo sobre as fases da lide criminal que a persecução abarca.

Remontar a história do processo penal brasileiro significa resgatar a memória da dependência do Brasil Colônia com os mandados, leis e ordenamentos de Portugal. Portugal este que sofria influência direta da legislação vigente na Idade Média que, por sua vez, bebia do bálsamo do direito romano, da igreja e dos povos bárbaros. Tínhamos então um quadro marcado pela expressão autoritária, impiedosa, atroz, despótica e com a hierarquia social característica da época.

De modo geral, não há como generalizar e assegurar qual modalidade de sistema criminal nem a forma de sua aplicabilidade nos primeiros anos de colonização brasileira, em virtude de se tratar de uma época a qual os grupos aqui instalados em capitanias não possuíam organização, sendo geralmente independentes entre si, mesmo que em comum sociedade e sob ordem máxima da Coroa.

Sabe-se que era um processo extremamente fragmentado, com a justiça sendo exercida entre Ouvidores da Coroa, feitores, donos de sesmarias, capitães donatários, pelo Governador-Geral e, decerto, também pela força dos desbravadores.

Em ordem cronológica, estabelece-se que em meados de 1500 já vigoravam por aqui, ao menos formalmente, as Ordenações Afonsinas, passando para as Ordenações Manuelinas, já em 1530 e, posteriormente, por volta de 1640, nos é inserida as Ordenações Filipinas, as quais vigoraram por mais de dois séculos no Brasil, para então, em 1830 e 1832, respectivamente, se tornar vigente o Código Criminal e de Processo Criminal do Império (CAPEZ, 2008).

Apesar de possuir um rito processual específico que passava pela querela (também conhecida como delação) seguida das devassas (que eram inquirições de testemunhas pelo juiz sem a citação da parte), posteriormente proferia-se a pronúncia com prisão, fiança e sequestro de bens, onde logo após instaurava-se o

processo sumário ou ordinário, conforme a gravidade do crime (sendo instaurado o processo sumário, em alguns casos, sem oitiva de testemunhas e sem citação do acusado), para proferir-se, por fim, o julgamento com a imposição de penas cruéis, sendo comum a pena de morte (ZACCARIOTTO, 2005).

Destaca-se nesse aspecto a devassa, como investigação ordinária, e a querela, sumária. Pode-se visualizar, portando, que nesta época concentravam-se única e exclusivamente as funções judicantes de investigação criminal na figura do magistrado. Neste sentido:

[...] por longo tempo as atividades jurídico-policiais, a par daquelas de índole político-administrativas, incumbiram às Câmaras Municipais, cabendo aos capitães-mores, alcaides, aos quadrilheiros e aos almotocés auxiliar os Juizes Ordinários e de Fora, além dos Corregedores e Ouvidores, na faina criminal. (ZACCARIOTTO, 2005, p. 53).

Portanto, em se tratando do processo penal no Brasil Colônia, conclui-se que, apesar de evidentemente implementada uma lei de repercussão geral, esta seguia os mesmos ditames das Ordenações que a precederam, com grande influência eclesiástica e significativamente ditatoriais.

A mudança só se viu a partir da promulgação da primeira Constituição brasileira, em 1824, logo após a Independência do Brasil, em 1822.

Diretamente influenciada pelo iluminismo francês e com grande difusão dos ideais humanitários pregados por Beccaria, o campo criminal tornou-se humanizado, com o Estado Nacional nascendo sob o Liberalismo. Assim, observa-se o que se tenta implementar nessa portabilidade ideológica:

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito(8); é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos. (BECCARIA, 2015, p.10).

Assim, em 1832, inspirado no Código Penal Francês e reforçando os princípios e ideias liberais, nasce o Código de Processo Penal de Primeira Instância,

totalmente em contrário com as leis monarcas opressoras e revogando as Ordenações Filipinas.

Desta forma, separa-se as funções investigativas, acusatórias, de defender e julgar, onde a figura do Juiz de Paz com funções instrutórias surge, bem como a do Promotor Público que se torna incumbido da acusação, seguida da do Juiz de Direito e do Tribunal do Júri popular, este, incumbido de analisar queixas e denúncias, em se tratando do júri de acusação, e o júri de sentença com a função de proferir a sentença final, sendo assim, tal sistema considerado como o oficial do ordenamento brasileiro: o acusatório.

A polícia judiciária e a polícia administrativa aparecem com suas designações em momento posterior, sob a sombra do Decreto 120, de 31 de janeiro de 1842, o qual regulamentou a Lei 261. Em seu artigo 10, também cria-se a figura da Delegacia de Polícia.

A polícia judiciária de então, quase sempre exercida por magistrados togados, competia mais que a apuração das infrações penais (função criminal), cabendo-lhe também o processo e o julgamento dos chamados “crimes de polícia” (função correccional” (...) Falhou a reforma, destarte, precisamente por não realizar a separação, já há tempo veementemente reclamada, entre as funções judiciais e policiais (executivas), que continuaram em mãos únicas (...) Quase três decênios de protestos perpetrados por meio das mudanças em comento (ZACCARIOTTO, 2005, pp. 60-61).

Como já comentado, a Carta Maior é o caderno processual que os ratifica, lhe conferindo inúmeros princípios e garantias, entre eles a ação penal pública promovida, privativamente, pelo Ministério Público; e a autoridade julgadora é o juiz natural do processo, havendo publicidade dos atos processuais, conforme se depreende dos artigos a seguir:

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

Art. 5º CF/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

(...)

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

Nesse diapasão, verifica-se a pontuação formidável de Fernando Capez, ao ressaltar o sistema vigente no Direito Processual Penal Pátrio quanto explica:

O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, *caput* e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII). (CAPEZ, 2011, p. 45).

O termo *persecução* é oriundo do latim “*persecution*”, que, em tradução livre, significa “ação de correr”, “ação de perseguir” ou ainda “ir atrás de alguém ou alguma coisa”. Em contexto jurídico, a *persecução penal* se caracteriza como a busca pelo agente causador de um delito, pelo sujeito a qual a pena deve ser aplicada e pela resolução do ato atentatório tipificado e expresso em lei, tanto em estágio investigatório, quanto na etapa executória; comporta assim, em praxe, a *persecução penal* no cenário brasileiro, com duas fases: a pré-processual, que se dá em via de regra pelo inquérito policial, e a fase processual, mais conhecida como *ação penal*.

Diz-se também que esta não comporta somente duas, mas sim três fases, incluindo-se a execução penal. Este posicionamento é ponto questionável, se verificado que no cerne do seu significado, *persecução* é assegurar a sanção daquele que violou a norma, sendo a fase executória (a que ocorre após o trânsito em julgado) mera inferência do cumprimento da reprimenda.

Vejamos como conceitua o renomado professor Edilson Mougnot Bonfim acerca do tema:

É o caminho percorrido pelo Estado-Administração para que seja aplicada uma pena ou medida de segurança àquele que cometeu uma infração penal, consubstanciando-se em três fases: Investigação preliminar –ação penal e execução penal. (BONFIM, 2007, p. 99).

Assim, a *persecutio criminis* ocorre quando o Estado, por meio de diligentes atividades, age a fim de punir o autor de um crime cometido. Ocorre essa atividade estatal antes do *ação penal* através da concessão de medidas cautelares para identificar suspeitos, definir materialidade e proteger bens e recursos.

2.2 ÓRGÃOS DA PERSECUÇÃO PENAL

Constata-se nesse ponto que a persecução penal nada mais é do que um juízo progressivo de formação de culpa para transformar a pena inicialmente abstrata prevista em lei em um pressuposto de aplicação em caso concreto após encontrado o autor da conduta e esvaídas as pesquisas investigativas.

Para isso, é necessário seguir uma ritualística com órgãos que possuem funções próprias para assegurar a efetividade da sanção.

Vemos assim, como órgãos da persecução penal, a Polícia Judiciária (art. 144 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/88) e art. 4º do Código de Processo Penal - CPP, responsável pela apuração das infrações penais e o Ministério Público (art. 129, I, da CRFB/88), onde privativamente as ações públicas são promovidas, sejam elas da União ou dos Estados (art. 128, I e II da CRFB/88).

2.2.1 Polícia Judiciária e o Inquérito Judicial

Inicialmente, vale trazer à tona que, apesar de o Código de Processo Penal generalizar a polícia judiciária em seu artigo 4º, nossa Constituição faz a distinção entre polícia judiciária de polícia investigativa, em seu artigo 144.

Art. 144 CF/88. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. (BRASIL, 1988).

Destarte, temos que a polícia judiciária é aquela ligada ao Poder Judiciário, trabalhando no cumprimento de determinações por ele designadas, enquanto a polícia investigativa tem o condão de agir e atuar na investigação penal. Para Mirabete:

Segundo o ordenamento jurídico do País, à Polícia cabem duas funções: a Administrativa (ou de segurança) e a Judiciária. Com a primeira, de caráter preventivo, ela garante a ordem pública e impede a prática de fatos que possam lesar ou pôr em perigo os bens individuais ou coletivos; com a segunda, de caráter repressivo, após a prática de uma infração penal recolhe elementos que o elucidem para que possa ser instaurada a competente ação penal contra os autores do fato. (MIRABETE, 2007, p. 57).

Assim, a polícia judiciária aqui abordada é aquela que exerce função de auxiliar do juiz, sendo uma instituição de direito público, integrante do Poder Executivo, que leva esse nome pela função que desempenha.

O início da persecução se dá quando a polícia leva ao conhecimento do Ministério Público fato delituoso cometido e o Ministério Público, por meio de uma denúncia, apresenta os fatos do caso concreto, imputa o autor do crime e remete tais informações para que o juiz possa analisar se vai ou não puni-lo, ou se a denúncia em exposição é cabível de prosseguimento ou não.

Entretanto, antes da fase processual realmente se iniciar, observa-se uma fase investigatória preliminar, a que damos o nome de inquérito policial.

O inquérito policial se constitui de um procedimento administrativo informativo que tem como escopo subsidiar o titular da ação penal para que este consiga elementos de autoria e materialidade, com vistas a promover a devida acusação através de processo judicial.

Trata-se de uma instrução provisória, preparatória e informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de serem obtidos na instrução judiciária, como exames periciais, entre outros.

A teor do artigo 5º do Código de Processo Penal, o inquérito policial pode ser iniciado: a) de ofício; b) via notícia crime, ou c) mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público.

Artigo seguinte do Código de Processo Penal prescreve as providências a serem tomadas pela autoridade policial, assim que tomado o conhecimento da infração penal.

Art. 6º. CPP. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

- II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)
- III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
- IV - ouvir o ofendido;
- V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;
- VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;
- VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;
- VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;
- IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.
- X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (BRASIL, 1941).

O suspeito, se devidamente investigado, apresentar manifesta possibilidade de autoria do delito, deve ser indiciado somente nos casos em que haja fundada e objetiva suspeita de autoria de crime em caso concreto. Tal ato é exclusivo da autoridade policial. Sobre o indiciamento, a que pese:

O indiciamento é o ato pelo qual o delegado de polícia aponta o indiciado como autor do crime investigado. Esse juízo de tipicidade, por força das novas provas colhidas no decorrer das investigações, pode diferir daquele realizado na portaria do inquérito. A doutrina e jurisprudência já estabeleceram que o indiciamento é ato exclusivo da autoridade policial, que forma neste ato sua convicção sobre a autoria do delito. Mas vamos além: tanto o juízo de tipicidade do indiciamento como o da instauração do inquérito policial são atos de livre convencimento do delegado, com base em toda prova que instrui os autos e a notitia criminis. Ou seja, o delegado nesses casos atua pelo seu livre convencimento, motivado pelas provas existentes. (...) O livre convencimento motivado do delegado não pode sofrer qualquer interferência externa, quer seja da Corregedoria, quer seja do Ministério Público ou até mesmo do Poder Judiciário. A independência do delegado de polícia para indiciar ou instaurar o inquérito policial, conforme o seu juízo de tipicidade, se coaduna com o Estado Democrático de Direito e representa uma garantia ao investigado. Evita o direcionamento de investigações e assegura que o inquérito policial cumpra a sua finalidade: a busca da verdade real (a prova deve ser produzida imparcialmente, não podendo ser desprezadas aquelas que sejam favoráveis ao investigado). Dessa forma funciona nosso sistema persecutório pré-processual: o delegado possui livre decisão motivada no indiciamento e na instauração do inquérito policial (em seu juízo de tipicidade pode, inclusive, concluir pela inexistência de crime); o indiciamento efetuado não vincula o membro do Ministério Público, que

pode oferecer ou não a denúncia (em seu juízo de tipicidade pode concluir pela inexistência de crime ou pela configuração de outro delito); por seu turno o juiz, de forma independente, decide sobre o recebimento ou não da denúncia. (REZENDE, 2011, p. 1).

Seguindo o regimental e os prazos processuais, findando assim o processo inquisitório, a autoridade o conclui, mediante relatório, para assim repassar para a análise do Ministério Público.

Dentre as características do inquérito policial, vemos que este é escrito, sigiloso e inquisitivo. Escrito, pois necessita da redução a termo para que sirva de elemento de prova na ação penal, senão vejamos de acordo com o art. 9º do Código de Processo Penal, que diz: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”.

Sigiloso, por dever resguardar as informações nele contidas, como meio de facilitar a autoridade policial a adquirir as diligências necessárias, em tempo hábil, para elucidação do caso, sem a interferência externa de prováveis coautores, testemunhas e afins. Sobre esse fundamento, tem-se o art. 20 do Código de Processo Penal, quando informa que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Por fim, o inquérito é inquisitivo, desenvolvendo-se de forma independente. É mera coleta de provas, entretanto, em nada se assemelha ao processo inquisitivo medieval, sendo parte de grande valor dentro da ação penal.

O nome inquérito policial, no Brasil, surgiu com a edição da Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871, encontrando-se no art. 42 do citado decreto a seguinte definição:

O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito. (BRASIL, 1871).

Apesar de o nome inquérito policial ser mencionado apenas com a edição do decreto supra, as funções de investigação estatal existem há bastante tempo, já havendo no Código de Processo de 1832 alguns dispositivos sobre o procedimento informativo, mas sem o *nomen juris* de inquérito policial.

Esse objetivo de investigar e determinar o autor do delito investigado sempre teve por base a segurança da ação da justiça e do próprio acusado, pois, fazendo-se uma instrução prévia, por meio do inquérito, reúne a polícia judiciária todas as provas preliminares que sejam suficientes para apontar, com relativa firmeza, a ocorrência de um delito e o seu autor.

Assim, é necessário, a priori, que se verifique e averigue se a suposta transgressão é fato tipificado em nosso ordenamento jurídico, ou seja, no Código Penal. Caso isso não ocorra, e a justa causa não seja configurada, o processo se mostra imotivado e manchado pelo constrangimento ilegal ao denominado “status dignitatis”.

Justa causa para a ação penal é o conjunto de elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e a autoria. (GRECO, 2010).

O simples ajuizamento da ação penal contra alguém provoca um fardo à pessoa de bem, não podendo, pois, ser ato leviano, desprovido de provas e sem um exame pré-constituído de legalidade. Esse mecanismo auxilia a Justiça Criminal a preservar inocentes de acusações injustas e temerárias, garantindo um juízo inaugural de delibação, inclusive para verificar se se trata de fato definido como crime.

Ressalte-se que um indiciamento pode comprometer o cidadão na aquisição de armas de fogo, na posse em certos concursos públicos e ainda ter isso levado em seu desfavor quando da solicitação de informações pela justiça, quando são enviadas informações de indiciamento, mesmo não havendo condenações.

Toma-se a responsabilidade e a incumbência exclusiva sob o inquérito policial a figura do delegado de polícia, sendo vedado à outros órgãos da administração pública o fazê-lo. E como exemplo, temos o próprio Ministério Público. Esse entendimento é pacífico sem divergência doutrinária, senão vejamos:

O inquérito policial é conduzido de maneira discricionária pela autoridade policial, que deve determinar os rumos das diligências de acordo com as peculiaridades do caso concreto. (...) O delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, continua conduzindo o inquérito policial de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico. (LIMA, 2014. p. 177)

O sistema de investigação preliminar policial caracteriza-se por encarregar à polícia judiciária o poder de mando sobre os atos destinados a investigar os fatos e a suposta autoria (...). É importante destacar que nesse sistema a polícia não é um mero auxiliar, senão o

titular (verdadeiro diretor da instrução preliminar), com autonomia para dizer as formas e os meios empregados na investigação e, inclusive, não se pode afirmar que exista uma subordinação funcional em relação aos juízes e promotores. (LOPES JÚNIOR, 2003. p. 63).

Nesse prisma, é impossível não dizer que o inquérito policial não seja peça chave dentro do processo de persecução penal, nem que o delegado de polícia age como autoridade do poder Executivo com missão constitucional assegurada.

2.2.2 O Ministério Público e sua atuação na persecução penal

Após a instauração do Inquérito policial, surge a figura do Ministério Público, que age como controle externo da atividade policial. Assim, além de ser legalmente o responsável por requerer a abertura do inquérito, também acompanha o desenrolar da atividade policial, e quando necessário, requer diligências que visam satisfazer a elucidação do caso previsto na notícia-crime.

Não possui poder de polícia, mas é o responsável para individualmente apurar os elementos pré-processuais e, se entender que já dispõe de material suficiente, propor ação cabível diante do relatório policial da notícia crime.

Segue previsto no artigo 129 da Constituição Federal suas funções institucionais, senão vejamos:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades pública. (BRASIL, 1988).

Conforme expõe Marcellus Polastri Lima (2007, p. 55), “o sistema processual pátrio é o acusatório, mormente após a Constituição de 1988, com a acusação, em regra, a cargo do Ministério Público, prevalecendo o princípio do contraditório”.

Ao tomar conhecimento e receber o relatório do delegado de polícia com a descrição dos fatos da suposta infração criminal, o promotor tem a opção de: a) oferecer a denúncia se satisfatoriamente convencido de que o relatório contém os elementos necessários para o prosseguimento da ação penal; b) solicitar ou realizar diligências, de acordo com seu juízo de formação, e c) pedir o arquivamento, se for o caso.

Caso o pedido de arquivamento seja indeferido pelo juiz, se aplicará o disposto no artigo 28 do CPP, o qual dispõe:

Art. 28 CPP. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, 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. (BRASIL, 1941).

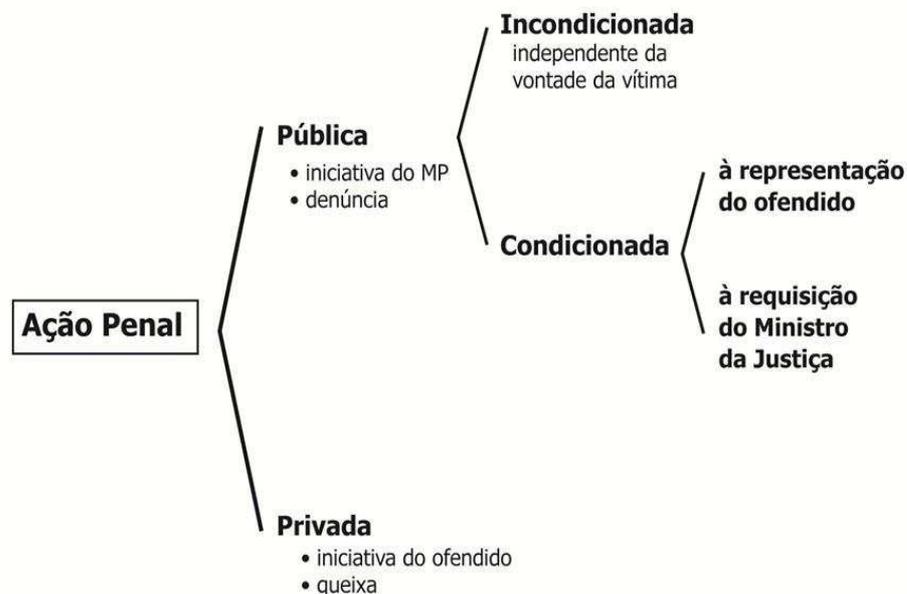
Efetivamente arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.

Consigna-se esse entendimento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sua súmula 524.

Conclui-se, por fim, que o Ministério Público é um órgão imparcial e independente que atua dando freio aos excessos da perseguição estatal, para que a persecução penal tenha início e se desenhe de forma equânime.

2.3 SEGUNDA FASE DA PERSECUÇÃO PENAL: A AÇÃO PENAL

Passada a fase de investigação criminal, o Estado-Juiz irá aplicar a pena no caso concreto, através de uma ação penal. Entretanto, há particularidades que fazem com que a ação penal se subdivida em ações específicas. Observemos o gráfico a seguir:



Fonte: (FILHO, José Nabuco. 2018, p. 01)

O Código Penal e a legislação processual penal preveem duas espécies de ação penal, a saber: ação penal pública e ação penal privada. A regra prevista no art. 100 do Código Penal diz que “toda ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”.

Destarte, as ações públicas são promovidas pelo Ministério Público, sendo as de iniciativa privada, ab initio, iniciadas após queixa do ofendido ou por aquele que possa representá-lo.

2.3.1 Da ação penal pública e suas espécies

É aquela que tem o Ministério Público como o titular da ação, tendo seu início através da formalização por meio de uma peça denominada denúncia.

Segundo o renomado doutrinador Fernando Capez, em sua obra “Curso de Processo Penal”:

Adotando declaradamente o sistema acusatório de persecução penal, cuja principal característica é a nítida separação das funções de acusar, julgar e defender, colocando-se, assim, em franca oposição à concepção que informou as legislações processuais anteriores, a atual Constituição da República atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a propositura da ação penal pública, seja ela incondicionada ou condicionada (CF, art. 129, I). A propósito, também os arts. 25, III, da Lei n. 8.625/93 (LONMP) e 103, VI, da Lei Complementar n. 734/93 (LOEMP). (CAPEZ, 2012, pp. 159-160).

Divide-se ainda em duas espécies: a ação pública incondicionada e a ação pública condicionada à representação.

Sobre a ação pública incondicionada, é importante saber que esta espécie é a regra geral do ordenamento pátrio, que se aplica todas as vezes em que a legislação não mencionar a necessidade de queixa, representação ou requisição do ministro da justiça, de acordo com o que se extrai do art. 24 do Código de Processo Penal:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. (BRASIL, 1941).

A única exceção ocorre quando o crime for praticado contra o patrimônio da União, Estado ou Município.

A ação pública condicionada à representação, como o próprio nome sugere, fica condicionada à representação do ofendido, para, uma vez tomado conhecimento do Ministério Público, esse possa agir, ajuizando desta forma a ação penal cabível.

É estabelecida no art. 100 do Código Penal, que nos esclarece:

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (BRASIL, 1940).

Assim, por representação se entende a vontade de que haja a devida investigação, mesmo da persecução criminal, a pedido daquele que sofreu a ofensa ou a requisição do Ministro da Justiça. Esse entendimento é pacificado, conforme se pode absorver do acórdão abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. AMEAÇA E VIAS DE FATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. REGISTRO DE OCORRÊNCIA POLICIAL. CABIMENTO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO WRIT. CONFORMAÇÃO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. POSSIBILIDADE. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. **Nos termos da jurisprudência, prevalece entendimento no STJ e no STF de que a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, não exige maiores formalidades, sendo suficiente a demonstração inequívoca de que a vítima tem interesse na persecução penal. Dessa forma, não há necessidade da existência nos autos de peça processual com esse título, sendo suficiente que a vítima ou seu representante legal leve o fato ao conhecimentos das autoridades.** 2. O julgamento monocrático pelo Relator não implica cerceamento de defesa, por eventual supressão do direito de o patrono realizar sustentação oral, já que admissível o julgamento monocrático quando o acórdão combatido conformar-se com a jurisprudência predominante da Corte, nos termos do art. 34, XX, RISTJ e Súm. 568/STJ. 3. Agravo regimental improvido. (STJ, 2018).

Nota-se com o entendimento dos Tribunais, conforme acima citado, de que a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, não determinava maiores formalismos, sendo suficiente a demonstração inequívoca de que a vítima possui interesse na persecução penal. Assim, não existe necessidade para existência nos autos de peça processual com tal título, sendo suficientemente de que a vítima ou seu representante legal levem o fato ao conhecimento das autoridades.

2.3.2 Da ação penal privada e suas espécies

É toda movida por iniciativa privada, onde o particular, denominado querelante, é o titular da ação, na qual é iniciada por meio de uma queixa-crime nas hipóteses em que a lei menciona a possibilidade. No caso de menor ou incapaz, essa ação será movida pelo seu representante legal.

Tem como subespécies as ações a) penal privada exclusiva ou propriamente dita; b) penal privada personalíssima, e c) Ação penal privada subsidiária da pública.

De maneira resumida, entende-se como ação penal privada exclusiva, aquela que a vítima ou seu representante legal possuem capacidade de exercê-la diretamente. Em complemento, no caso da morte do ofendido, o direito não se esvai, dando-se continuidade da ação por meio de seu cônjuge, ascendentes, descendentes e irmãos, legalmente assegurados pelo art. 31 do Código de Processo Penal.

Alhures, a Ação Penal Privada Personalíssima é diferente, podendo ser somente pode proposta pela vítima. Assim, se sobrevier a morte do autor, extingue-se a punibilidade.

A vítima, neste tipo de ação, terá de esperar sua maioria penal para requerer a persecução do ato criminoso a ela cometido. Não há que se falar nesse caso, de prazo decadencial.

Por fim, temos a Ação Penal Privada Subsidiária da Pública, que vem a suprir a hipotética inércia do Ministério Público. Quando esse não se torna diligente em tempo hábil (art. 46 do CPP), a vítima apresentará queixa-crime e então o MP poderá se pronunciar, aditando, repudiando ou oferecendo denúncia substitutiva, voltando a intervir nos termos do processo.

3 NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL ANTES DA DENÚNCIA

Apesar de esforços ordinários na condução da investigação policial, algumas medidas se tornam imprescindíveis à elucidação da autoria e materialidade. Tais medidas são extremamente invasivas do ponto de vista humanitário, pois afastam algumas garantias e direitos previstos em tratados internacionais e na Carta Magna.

Essas medidas se tornam importantes, pois em matéria penal o bem-estar social deve prevalecer em detrimento de alguma proteção individual. Havendo dúvidas sobre a autoria ou real participação do investigado, a polícia judiciária ou o Ministério Público devem ter bastante cuidado nos pedidos formulados.

Assim, as diligências realizadas devem ser sobrepostas em caso concreto, na sua funcionalidade individual, buscando sempre a melhor resolução da lide processual em tela, ainda na fase persecutória.

3.1 DAS PRISÕES E DO MANDADO DE PRISÃO

O juiz se utiliza de mandado para exarar ordem expressa dentro do processo, via diligência. Assim, o mandado em si nada mais é que um ato escrito, emanado de autoridade pública, judicial ou administrativa, para ordenar algo.

O mandado de prisão, em sua especificidade, ocorre quando o juiz, verificando a necessidade, solicita o recolhimento da pessoa natural, lhe cessando o direito de locomoção.

Deverá ser lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade competente com informações expressas sobre a pessoa a ser presa, como o nome, alcunha, características fenotípicas incluindo sinais, tatuagens e demais representações corpóreas, bem como incluir a indicação do valor da fiança, se cabível e por fim, ser dirigido ao responsável pela execução da prisão, seguindo a praxe determinada no art. 285 do CPP, senão vejamos:

Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado.

Parágrafo único. O mandado de prisão:

- a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade;
- b) designará a pessoa, que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;
- c) mencionará a infração penal que motivar a prisão;
- d) declarará o valor da fiança arbitrada, quando afiançável a infração;

e) será dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução. (BRASIL, 1941).

Não somente isso, visando a garantia da ordem jurídica entre as partes, o art. 286 do Código de Processo Penal expõe que:

Art. 286. O mandado será passado em duplicata, e o executor entregará ao preso, logo depois da prisão, um dos exemplares com declaração do dia, hora e lugar da diligência. Da entrega deverá o preso passar recibo no outro exemplar; se recusar, não souber ou não puder escrever, o fato será mencionado em declaração, assinada por duas testemunhas. (BRASIL, 1941).

A prisão, por fim, se faz bem-sucedida quando o executor apresenta o mandado expedido e solicita o acompanhamento daquele que se procura.

Existem basicamente dois gêneros de prisão no Brasil: as prisões processuais e a prisão para cumprimento de pena, sendo as processuais aquelas decretadas para garantir os efeitos do processo.

Como aqui tratamos da fase persecutória, as prisões advindas são as cautelares, também conhecidas como processuais ou provisórias, sendo a típica prisão sem pena.

Se estabelece assim, em nosso ordenamento pátrio, três modalidades de prisão cautelar: a) prisão em flagrante; b) prisão preventiva e c) prisão temporária, sendo as duas primeiras regulamentadas no Código de Processo Penal e a última, a prisão temporária, estabelecida dentro de lei própria, a Lei 7.960/89.

Sobre a prisão em flagrante, vemos aquela que ocorre sem ordem escrita do juiz, por ser fato inepto. É delimitada nos arts. 301 e 302 do Código de Processo Penal, restritiva de direitos e depende do momento e local do crime. A esta não cabe mandado, sendo as oitivas colhidas em um auto de prisão que será remetido ao juiz competente de forma posterior em um prazo de até 24 horas.

O inquérito policial se inicia, dentro desse quadro, quando a notícia crime ocorrer coercitivamente. Isso quer dizer que, quando o acusado for conduzido a autoridade policial, já preso, por supostamente cometer uma infração penal. Desta forma, a peça inaugural é chamada de auto de prisão em flagrante delito, onde é reduzido a termo o fato ocorrido. Deste ato, se entrega a nota de culpa ao acusado, obrigatoriamente, que é o informe escrito contendo os motivos de sua prisão.

A prisão preventiva é uma cautelar de caráter amplo, baseada nos pressupostos de prova da efetiva existência do crime unida aos fortes indícios de autoria. É a certeza da infração penal. Sem esta certeza, se estaria violando a presunção de inocência. Badaró sobre esse tema explana:

Diante de tais premissas, parece claro que somente serão compatíveis com o estado de inocência medidas cautelares propriamente ditas, isto é, prisões processuais que tenham natureza conservativa. De outro lado, não seria legítima qualquer prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória que tenha por finalidade antecipar total ou parcialmente os efeitos da condenação penal e, portanto, seja mesmo que provisoriamente, satisfativa. (BADARÓ, 2008, p.165).

Assim, a preventiva se sustenta na incidência de um conjunto probatório eficiente, tendo um motivo legal que fundamente seu pedido, como a garantia de ordem pública e econômica, garantia da lei penal e conveniência da própria instrução criminal.

A ordem pública pode ser encarada como a manutenção da ordem na sociedade. Crimes de grande repercussão poderão causar alvoroço e comoção em grande escala, justificando assim a prisão preventiva.

A jurisprudência tem se valido das mais diversas situações reconduzíveis à garantia da ordem pública: 'comoção social', 'periculosidade do réu', 'perversão do crime', insensibilidade moral do acusado', 'credibilidade da justiça', 'clamor público', 'repercussão na mídia', 'preservação da integridade física do indiciado' ... Tudo cabe na prisão para garantia da ordem pública. (BADARÓ, 2007. p.143).

Na garantia da ordem econômica, entende-se que o hipotético agente causador do crime, ao permanecer em liberdade, continue a cometer atos infracionários, bem como trazer a sensação de impunidade à sociedade.

Criticamente se diz que a natureza dessa justificativa não satisfaz a natureza cautelar, sendo antecipação de julgamento do processo.

Sobre a garantia da lei penal, temos a medida justificava na prisão preventiva como forma de se evitar uma possível fuga, para garantir que o juris puniendi se consolide. Entretanto, para que haja a satisfação dessa demanda, é necessário que não haja mera presunção de fuga. Até porque se a Lei Maior presume a inocência daquele ainda não condenado, é defeso ao juiz apenas

presumir que o imputado venha a escapar da ação da Justiça (TOURINHO FILHO, 2008, p. 526).

Por fim, a conveniência da própria instrução é literalmente observar se os atos e diligências estão sendo realizados sem interferência externa. Se exemplifica essa situação quando o acusado aborda testemunhas, as coagindo, ou quando há ocultação e destruição de provas. É todo ato atentatório à persecução em que a prisão preventiva se revestirá de status protetorista à conservação das provas como de seus meios de produção.

Desta forma, a preventiva terá cabimento durante toda a persecução, tanto nos crimes de ação pública, quanto nos de ação penal privada, desde que atendidos os requisitos legais.

Seguindo o entendimento do art. 311 do CPP, atentemos:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (BRASIL, 1941).

Por fim, temos a prisão temporária. Em linhas gerais, a prisão temporária só pode ser determinada durante a investigação policial, sendo decretada nas hipóteses previstas no art. 1º, III, da Lei 7.960/89, tendo prazo certo (art. 2º da Lei 7.960/89). Analisemos:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (BRASIL, 1989).

A prisão é uma decisão muito importante, devendo ser utilizada apenas em última hipótese não sendo empregada como mero castigo e sim como “ultima ratio”, ou seja, será designada apenas quando demais diligências e atos se mostrarem insuficientes.

3.2 DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

A busca e apreensão no âmbito processual brasileiro também se caracteriza como um ato assecuratório cautelar, podendo ou não ser realizada pela própria autoridade policial, seguindo as hipóteses do art. 240 do Código de Processo Penal, a se ver:

- Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.
- § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:
- a) prender criminosos;
 - b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
 - c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
 - d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
 - e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
 - f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
 - g) apreender pessoas vítimas de crimes;
 - h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b a f* e letra *h* do parágrafo anterior. (BRASIL, 1941).

Assim, tal como o mandado de prisão, exige-se fundadas razões para que o juiz determine a entrada da polícia judiciária no seio familiar, pressupondo, que a este ponto, já exista investigação criminal em curso, com elementos de razoável grau de probabilidade indicativa ao objeto que se busca apreender.

Deve se recordar a este ponto que, segundo o art. 5º, inciso XI, da CF/1988, a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Desta forma, “casa”, em seu sentido amplo, representa um dos direitos fundamentais de maior relevância na sociedade como um todo, intimamente vínculos aos princípios e direitos à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade das pessoas, também constantes na Carta Maior.

A Constituição brasileira, a fim de proteger o processo jurídico, denominou como “casa” o conceito contido no art. 150, § 4º, do Código Penal, sendo “qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva; ou compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”, conjugado com o disposto no art. 246 do CPP.

Segue-se então a praxe do art. 243, do Código de Processo Penal, a qual nos expõe:

Art. 243. O mandado de busca deverá:
I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;
II - mencionar o motivo e os fins da diligência;
III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir. (BRASIL, 1941).

Deixa-se aqui claro que a prática da busca e apreensão genérica vai contra os pressupostos constitucionais à vista da proteção que proclama o 5º, incisos X e XI, da CR/1988.

Para encerrar, oportuno relembrar comentário feito pelo Ministro Marco Aurélio acerca do tema, no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.454,

publicada no DJ em 23.04.2004, quando relata que “Os limites objetivo e subjetivo da busca e apreensão hão de estar no ato que a determine, discrepando, a mais não poder, da ordem em jurídica em vigor delegar a extensão à autoridade policial.” E, utilizando-se de análise de legislação estrangeira, observada a quarta emenda à Constituição norte-americana:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. (Amendment IV, 1791. p.1)

Entende-se aqui que o direito do povo de que uma pessoa, seu domicílio, documentos e bens se achem a salvo de buscas e apreensões arbitrárias, será inviolável, e não serão emitidos para este fim mandados que não se apoiem em um motivo verossímil, sejam corroborados mediante juramento e descrevam com exatidão o lugar que deva ser objeto da busca e as pessoas ou coisas que devam ser presas ou apreendidas.

3.3 QUEBRA DE SIGILO FISCAL, BANCÁRIO E DE DADOS TELEMÁTICOS

Em busca da verdade real dos fatos, dentro das diligências à disposição do juízo, existe a possibilidade de se solicitar a quebra dos sigilos fiscal, bancário e de dados telemáticos do provável agente da infração penal.

Por nome sigilo, temos a ideia inicial de algo que merece ter sua inviolabilidade preservada, tendo sua publicidade e divulgação resguardadas.

O termo sigilo aparece no nosso ordenamento jurídico em citações de textos constitucionais que retomam a Constituição Imperial de 1824, sendo referido ao expressar as cartas comumente utilizadas na colônia para comunicação pessoal, como para ordenamentos vindos da Coroa Portuguesa.

Com a continuidade do processo de globalização e a necessidade de atualização legislativa que se prosseguiu, o termo sigilo se estendeu, permeando-se a comunicações telefônicas e telegráficas.

Em termos atuais, a Constituição brasileira de 1988 reconhece a privacidade das comunicações, a ser inserido no rol de direitos fundamentais, in expositis, do seu art. 5º, inciso XII, que assevera o seguinte:

Art. 5º. (...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (BRASIL, 1988).

De forma extensiva, interpreta-se que todo e qualquer documento que venha a se referir às particularidades da vida do indivíduo também se incluem no conceito de privacidade, senão vejamos:

A vinculação com a privacidade se estabelece à medida que os dados pessoais são documentos que contém informações sobre a vida privada de determinado indivíduo, como seria o caso de suas movimentações bancárias (sigilo bancário), das declarações de imposto de renda (sigilo fiscal), dos registros de ligações telefônicas (sigilo telefônico), entre outras informações de caráter pessoal. Em princípio, terceiros (nem mesmo o poder público) não podem ter acesso a esses dados sem o consentimento do indivíduo, que tem a prerrogativa de decidir sobre a sua exibição e uso. (MARMELSTEIN, 2003, p. 133).

Acompanhando os fatos sociais, sobreveio a Lei nº 9.296/96, conhecida como Lei de Interceptação Telefônica, trazendo em sua base legal um complemento ao que tínhamos disposto na Constituição.

Dita lei foi concebida em caráter de excepcionalidade, estipulando os casos em que a quebra do sigilo telefônico não será admitido. Vejamos:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

- I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
- III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. (BRASIL, 1996).

A invasão à privacidade é de forma manifesta, medida concreta para se chegar a finalidade de investigação, sendo seus pressupostos semelhantes aos abordados nos pedidos de mandado, que é a coerência de pedidos e a proporcionalidade.

Em se falando de proporcionalidade, Humberto Ávila expõe:

Há situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outros meios menos restritivo dos direitos fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). (AVILA, 2015. p. 205).

Por esse questionamento e como forma de resguardar algo sigiloso, que pode ser facilmente desconsiderado e invadido, se seguido sua quebra de ofício, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 59/08-CNJ, disciplinando a forma procedimental de como a autoridade policial solicitará o ato ao Poder Judiciário e como deve ser conduzido pelos servidores da justiça até chegar ao magistrado.

Outras leis por fim foram editadas sobre o conteúdo, como a Lei nº 12.850/13, que permite a utilização da referida medida (a quebra de sigilo fiscal, bancário e telemático) como instrumento probatório em qualquer fase da persecução penal, nos termos da legislação específica, verificado seu art. 3º, inciso VI.

Entretanto, os sigilos financeiro e bancário se encontram hoje regulados pela Lei Complementar nº 105/2001, que não trata sobre aspectos processuais penais.

Nota-se, assim, um descompasso entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, deixando uma brecha de insegurança jurídica em situações conflituosas sobre o mote.

Por fim, deixa-se subtendido o dever aos tribunais de legislar sobre o conteúdo.

Em um estudo extraído da base de dados de jurisprudências dos tribunais, conclui-se que é imperativo que o sigilo da privacidade em lato sensu deve ser ponderado para que não haja desvirtuamento de sua utilização, baseado nas comuns justificativas ligadas ao bem comum, ao efetivo combate ao crime e ao interesse público.

Toma-se por base o voto do Ministro Celso de Melo no HC 103.236, ainda em 2010. Vejamos:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (BRASIL, 2006)

Não se deve, nem se pode excepcionalizar a legalidade das ações em detrimento pessoal ou em resposta a fé pública da ação penal por repercussão midiática, correndo o risco da investigação se tornar abusiva e ineficiente.

3.4 SEQUESTRO E ARRESTO DE BENS E A HIPOTECA LEGAL

O sequestro e o arresto de bens são medidas assecuratórias normatizadas no Código de Processo Penal, do art. 125 ao 144-A.

Trata-se de cautelares patrimoniais que atuam no ressarcimento futuro do dano causado pelo delito, onde são necessárias para sua adoção, a presença da fumaça do bom direito e do periculum in mora. É a responsabilização pecuniária do agente criminoso. Nestor Távora pontua o seguinte:

O fito precípua de tais cautelares é o de, em sentido amplo, garantir a satisfação, em caso de condenação, de eventual pena de multa, custas processuais, ressarcimento dos danos causados pela perpetração delitiva, bem como conferir eficácia às decisões que refreiam a sofisticação dos atos de mascaramento de organizações criminosas. (TÁVORA, 2015. P. 78).

O sequestro é medida utilizada para coisa comprada com o produto de crime. Condenado o réu, o bem será vendido e o dinheiro vai para o Tesouro Nacional.

Renato Brasileiro de Lima leciona acerca desta medida assecuratória em se tratando da pretensão de seus objetivos. Vejamos:

Cuida-se de medida assecuratória da competência do juízo penal, que visa assegurar a indisponibilidade dos bens imóveis ou móveis adquiridos pelo agente com o proveito extraído da infração penal,

permitindo, assim, a operacionalização dos dois efeitos extrapenais da sentença condenatória transitada em julgado: reparação do dano causado pelo delito e perda do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (CP, art. 91, I e 11, "b"). (LIMA, 2017. p. 1.153).

Se faz necessário informar que nesse tipo de medida, os bens a serem sequestrados são os exclusivamente adquiridos como produto, não se podendo sequestrar demais bens, mesmo que obtidos ilicitamente. Assim, o sequestro traz em seu condão a referibilidade do bem a ser apreendido, podendo ser esses móveis ou imóveis.

O sequestro também pode ser previsto em legislação específica, quando sua incidência resultar prejuízo para a Fazenda Pública. Assim, guia-se então pelo Decreto-lei nº 3.240/41, sendo comumente usado em investigações voltadas ao combate à corrupção, no enfrentamento de delitos licitatórios (arts. 89 a 98 da Lei nº 8.666/93), de organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/2013), peculato, corrupção ativa e passiva (arts. 312, 333 e 317 do Código Penal), de lavagem de capitais (art. 1º da Lei nº 9.613/98) e crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90).

Nesse caso, a lei se torna mais rígida e específica, no enfrentamento do crime cometido que trouxe prejuízo à coletividade e ao erário.

Sobre o regime austero do Decreto-lei nº 3.240/41, Pacelli e Fischer observam que:

Há uma velha legislação nacional (...) dirigida para a proteção dos direitos da Fazenda Pública, contra a dissipação de patrimônio de autores de infrações penais praticados contra ela, de cujo resultado tenha implicado locupletamento sem causa (ilícito) ao seu autor. Para o sequestro em tais situações, exigem-se apenas os indícios de da prática de crimes contra a Fazenda, permitindo-se a apreensão (por sequestro) de tantos bens quantos sejam suficientes para reparar o dano. Não se exige que a coisa tenha sido adquirida com proventos do crime, como ocorre no CPP. (PACELLI; FISCHER, 2008. p. 59).

Apesar do controle de constitucionalidade brasileiro determinar que lei posterior revoga a anterior quando com ela incompatível, vemos que apesar do sequestro previsto no CPP ser posterior e, em praxe, ser revogado tacitamente a cautelar elencada no Decreto-lei nº 3.240/1941, o STJ não segue tal orientação, permitindo a coexistência então das duas legislações.

Verifica-se, assim, jurisprudência oriunda da Corte Superior tratando acerca da diferença entre as medidas cautelares de sequestro elencadas no CPP e no Decreto-lei nº 3.240/41, e a coexistência de ambas em nosso ordenamento pátrio:

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SEQUESTRO CAUTELAR PENAL. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO. OFENDIDO. FAZENDA PÚBLICA. ART. 4º DO DECRETO-LEI 3.240/41. IMÓVEL. BEM QUE JÁ PERTENCEU AO ACUSADO. TRANSMISSÃO A TERCEIROS. EXAME DA BOA-FÉ OU DA INEXISTÊNCIA DE CULPA GRAVE. SOBRESTAMENTO. (...). **2. A medida assecuratória de sequestro prevista no CPP está destinada a assegurar a satisfação do efeito da condenação consistente no perdimento dos produtos e proveitos do crime, previsto no art. 91, II, "b", do CP, podendo ser decretada desde que presentes indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, ainda que transferidos a terceiros. 3. Diferentemente do sequestro definido no CPP, a medida de sequestro do art. 4º do Decreto-Lei 3.240/41 também cumpre a função da hipoteca legal e do arresto previstos no CPP, qual seja, a de garantir a reparação do dano causado à Fazenda Pública, vítima do crime, podendo incidir até sobre os bens de origem lícita do acusado. (...)** Grifo nosso

No entendimento do STJ, por conferir especial proteção à Fazenda Pública, o decreto-lei nº 3.240/41 continua em pleno vigor, convivendo pacificamente com o sequestro previsto de forma geral no Código de Processo Penal, dentro do nosso ordenamento jurídico.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. SEQUESTRO DE BENS DE PESSOAS INDICIADAS POR CRIMES DE QUE RESULTA PREJUÍZO PARA A FAZENDA PÚBLICA. CONSTRIÇÃO FUNDAMENTADA NO DECRETO-LEI N.º 3.240/41. MEDIDA ACAUTELATÓRIA QUE RECAI SOBRE TODOS OS BENS DOS ACUSADOS. POSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DETERMINAR OS BENS SOBRE OS QUAIS RECAEM O SEQUESTRO, LIMITANDO-O AO PREJUÍZO A SER EVENTUALMENTE RESSARCIDO AO ERÁRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.ºS 282 E 356 DA SUPREMA CORTE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. **1. A teor do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 3.240/41, o sequestro, para a constrição de bens de pessoas indiciadas ou já denunciadas por crimes dos quais resulte prejuízo para a Fazenda Pública, pode recair sobre todo o patrimônio dos Acusados e compreender os bens em poder de terceiros, contanto que estes os tenham adquirido com dolo ou culpa grave. (...)** (grifo nosso)

Quando os bens têm origem lícita, as medidas cabíveis serão a hipoteca legal ou arresto, sendo a hipoteca legal sucedida do arresto.

Neste caso, têm caráter meramente assecuratório para garantir uma reserva de patrimônio para indenização posterior da vítima, em momento oportuno, se esta tiver direito a tal. Chama-se assim a satisfação de dano ex delicto.

Depreendendo do voto de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em Agravo Regimental de nº 7.069/2018, temos que:

Relativamente ao pedido de arresto, como providência preliminar e preparatória à especialização da hipoteca legal, tem-se medida destinada a assegurar que o patrimônio encontrado em nome dos requeridos venha a garantir a reparação do dano causado com a alegada prática criminosa e o pagamento de despesas judiciais.

[...]

Relativamente ao pedido de arresto, como providência preliminar e preparatória à especialização da hipoteca legal, tem-se medida destinada a assegurar que o patrimônio encontrado em nome dos requeridos venha a garantir a reparação do dano causado com a alegada prática criminosa e o pagamento de despesas judiciais.

[...]

Mostra-se impróprio partir da capacidade intuitiva, olvidando que a presunção seria de postura digna, por estarem submetidos aos holofotes da Justiça. Há de revelar-se dado concreto, individualizado, a demonstrar a indispensabilidade da providência.

[...]

Observem caber ao julgador, na sentença, fixar o valor mínimo para reparação dos danos provenientes do crime, considerado o prejuízo sofrido pela vítima. É o que prevê o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. Vale destacar que o artigo 134 do mesmo Código exige, para imposição da especialização de hipoteca legal sobre imóveis, a certeza da infração – não sendo suficiente a mera possibilidade ou probabilidade – e a existência de indícios suficientes da autoria. (STF, AReg 7069. p. 6).

Desta forma, o arresto é um instrumento definido desde o Direito Romano, há mais de dois mil anos, para quitação de dívida líquida e certa já analisada que funciona subsidiariamente com a hipoteca legal de bens.

4 DOS LIMITES DO MAGISTRADO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 ao adotar um modelo de processo criminal se inspirou no padrão das convenções internacionais de direitos humanos, sempre preocupada com as questões das garantias e direitos individuais. Não por acaso prescreve como pétreas as cláusulas contidas no artigo 5º, que relacionam direitos e garantias individuais.

A referida Constituição reserva o papel da investigação e o da acusação a outros órgãos que não o Poder Judiciário, de modo a resguardar a imparcialidade e independência deste último.

Não por outra razão que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 3º da revogada Lei 9.034/90 (ADIN 1.570 - julgada em 22/10/2004), conforme trecho a seguir:

(...) ao permitir que o juiz se envolva pessoalmente na realização de diligências e formação de provas que possam posteriormente servir de base para o seu próprio julgamento, tal dispositivo compromete a imparcialidade do juiz e conseqüentemente o princípio do devido processo legal.

Extrai-se do nosso ordenamento jurídico que o magistrado tem um limite a ser seguido na fase de investigação, se tratando do controle da sua legalidade. Mesmo que o magistrado autorize medidas cautelares para o bem social da persecução penal, não pode ir além do controle de legalidade.

Não pode o Poder Judiciário iniciar investigações e determinar a execução de cada ato, o que transformaria o juiz garantidor de direitos em um Juiz Investigador.

5 DA PROXIMIDADE NECESSÁRIA E DO JUIZ DE GARANTIA

Quando existe a necessidade de solicitar qualquer uma das medidas cautelares acima narradas, se faz necessário o contato com o juiz competente, de preferência com o apoio do Ministério Público.

Tal comunicação se dá às vezes via sistemas eletrônicos desenvolvidos pelos Tribunais. Quando não se tem a figura do processo eletrônico, o trâmite será físico ou presencial, e ainda, através de outros canais como correio eletrônico.

Importante informar que independente do meio em que iniciará a investigação, por muitas vezes se torna necessária uma aproximação protocolar com o magistrado, onde será explicada a necessidade da medida cautelar através de apresentação formal ou discurso verbal presencial.

Dessa afirmação, se conclui que existem pedidos cautelares enviados via sistema, retornados deferidos e indeferidos, sem comunicações externas. Mesmo estas medidas cautelares que não demandam comunicação pessoal direta ou por outro meio, ainda subsiste a aproximação do magistrado com o teor da investigação, o que deve ser ao máximo evitado, para que não seja um juiz de investigação, ameaçando a imparcialidade. A investigações profusas por muitas vezes demanda presença do juiz, pois são repletas de mandados de buscas e prisões variados.

A partir desse ponto, onde houve presença marcante do juiz expedindo ordens que afastam garantias individuais e direitos constitucionais, o andamento da ação penal pode levar o magistrado à obrigação de confirmar a necessidade de tais medidas em uma sentença condenatória. Absolver os investigados após afastar garantias prosaicas levaria a uma sensação que tais medidas teriam sido nababescas e desnecessárias.

O processo penal se insere dentro de uma perspectiva pragmática e social, e sua descrença a partir de medidas consideradas abusivas pode levar a uma diminuição de sua efetividade. Uma desordem social por abuso de poder do magistrado levará a uma cobrança social de seus atos, o que demandaria uma pressão dos administrados que, por condição lógica, cobrariam os políticos que os representam, sendo que estes, por fim, detêm poder de propor alterações legislativas com o intento de equilibras as condutas e restabelecer a normalidade.

Assim funciona o poder estatal, por freios e contrapesos, tendo a população papel fundamental nesse processo. Não existe um sistema democrático mouco que não observe os resultados práticos das atuações estatais.

Será que um juiz que expede diversos mandados de medidas cautelares, prorroga interceptações telefônicas sucessivamente, participa de reuniões com delegados e promotores de justiça, admoesta garantias em prol de uma tese investigativa, terá isenção suficiente para decidir sobre a condenação ou absolvição dos que se imputam conduta criminosa? A resposta pode ser polêmica e caracterizada por paixões do momento político e moral do momento vivenciado da sociedade.

Uma solução para evitar esse tipo de problemática seria a instituição de um juiz de garantia, que seria a figura do magistrado responsável apenas pela supervisão da investigação criminal.

Um projeto de lei que tramita na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) cria a figura do "juiz das garantias", ou seja, um juiz que será responsável pela supervisão da investigação criminal. O PL 4.981/2019, de autoria do senador Cid Gomes (PDT-CE), altera o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689, de 1941) para estabelecer esta figura responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal.

Fruto da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado para estudar a reforma do Código de Processo Penal, o texto prevê que o juiz das garantias deverá exercer funções referentes à tutela dos direitos individuais, como decidir sobre os pedidos de prisão provisória; de interceptação telefônica; de quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; de busca e apreensão domiciliar, dentre outras. Também garante que ele abrange todas as infrações, exceto as de menor potencial ofensivo.

Segundo o autor do texto, a criação deste cargo é importante para garantir a imparcialidade do magistrado, que hoje pode ser desvirtuada durante a investigação.

O objetivo do projeto é manter o distanciamento do juiz do processo separando as funções daquele que será o responsável pela decisão de mérito e o que julgará as provas encontradas pelo órgão de acusação.

O Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais (Condege) aprova a criação do juiz de garantias

O Condege emitiu uma nota em que se manifesta favoravelmente ao PL 4981/2019, que altera o Código de Processo Penal e visa garantir a imparcialidade dos juízes e os direitos fundamentais do investigado.

O Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais - Condege, entidade que reúne as representações das Defensorias Públicas dos 26 Estados da Federação, além da Defensoria Pública do Distrito Federal, vem, respeitosamente, manifestar-se sobre a aprovação de emenda pelo grupo de trabalho que analisa o chamado “projeto anticrime”, no que tange à instituição do juízo de garantias.

Há muito se discute no Brasil a criação da figura do “juiz de garantias”, o qual seria responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das garantias individuais, atuando na fase pré-processual, cessando sua competência quando da propositura da ação penal, a qual, partir desse momento, seria da competência do juiz natural.

No sistema vigente há uma confusão sobre a exata e constitucionalmente correta função do juiz ao analisar diligências que antecedem a ação penal, posto que é rotineiro que o magistrado que julgará o mérito de futura ação penal (decidirá sobre a condenação ou inocência) tenha contato direto com os agentes de segurança responsáveis pela investigação, autorizando medidas excepcionais, as quais somente com a instauração do processo serão objeto do contraditório por parte da defesa.

Afigura-se natural que o juiz criminal que determinou as medidas instrutórias anteriores à instauração do processo estabeleça um vínculo psicológico com as provas produzidas até então, influenciando-o diretamente no julgamento de fundo da causa, perdendo a equidistância necessária para o exercício da jurisdição.

Desse modo, o Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais considera um avanço a aprovação da emenda criando o “juiz de garantias” no processo penal brasileiro, fazendo votos para que o parlamento consagre o instituto em questão, estabelecendo nova metodologia a conferir maior densidade ao princípio constitucional do devido processo legal. (CONDEGE, 2019, p. 1)

Demonstra-se assim o primeiro passo para se efetivar a imparcialidade do juízo, através da figura do juiz, em caso concreto, onde sua alçada ficaria mais estrita, entretanto daria maior segurança jurídica as decisões por ele(es) proferida(as).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, é importante ressaltar que temos cadernos processuais ainda muito recentes, se comparados as demais legislações espalhadas pelo globo terrestre. Com o próprio processo colonizatório que foi imposto à sociedade brasileira, e de acordo com as informações repassadas pela Coroa que recebíamos ainda em período colonial, podemos dizer que estamos apenas engatinhando em busca de um sistema processual justo e equilibrado como um todo.

Entretanto, o corpo do presente trabalho atende ao objetivo inicial: demonstra, através de vasta referência bibliográfica, um breve estudo da persecução penal, suas peculiaridades e pontos contraditórios.

É visível a existência de lacunas legais, bem como a exigência da aplicabilidade hermenêutica jurídica à vista de extrair não somente, clara, objetiva e literalmente o que o texto legal impõe, mas em alguns casos, ressignificar sua interpretação.

Depreende-se, também, uma visão geral dos atuais órgãos responsáveis pela persecução penal. A polícia e o Ministério Público, em conjunto com o Poder Judiciário, estabelecem assim um sistema comum de prevenção e repressão das infrações penais. O que tem de se analisar é que sua aplicação na sociedade como um todo é um espelho do sistema político em que vivemos, sendo um termômetro estatal do quão autoritária ou democrática a Constituição do país é, e quanto seus valores morais e sociais se afastam ou se aproximam daquele medieval, atroz, punitivo e vingativo, que, por ser de uma história recente, ainda respinga (ou não) na caneta do juiz.

Ainda de que forma impura, o sistema processual brasileiro é indiscutivelmente importante em sua estrutura pré-processual investigatória além da basilar função elucidativa de autoria e materialidade delitiva.

A questão da criticidade gira em torno de até que ponto a fase persecutória tem o direito de ir para chegar ao seu fim, resultando na garantia de uma investigação eficaz concomitante à não violação de direitos fundamentais.

Em menor aspecto, discute-se a funcionabilidade do órgão Ministerial, bem como sua função, se posta em mesma balança com a da Polícia Judiciária.

Chega-se ao final desse trabalho de conclusão de curso concluindo que, apesar de ser visível o aprimoramento da legislação vigente, acompanhando a

evolução os fatos sociais, temos ainda um sistema persecutório que dá somente a garantia mínima ao cidadão, no sentido de que não será processado temerariamente nem punido arbitrariamente. Necessária a alteração legislativa para proteger o indivíduo contra um avanço desproporcional de forças na acusação, de modo que os direitos fundamentais sejam preservados.

REFERÊNCIAS

AMENDMENT, Fourth. **Bills of the Righth.** USA. 1791. Disponível em < <https://nccs.net/blogs/americas-founding-documents/bill-of-rights-amendments-1-10>> Acesso em: 23 de Outubro de 2019.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade. **Estudos Criminais em Homenagem a Weber Martins Batista.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito processual penal:** tomo II. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas.** 2ª ed. Editora Saraiva, 2015.

BECHARA, Fábio Ramazzani. **Legislação penal especial:** crimes hediondos, abuso de autoridade, tóxicos, contravenções, tortura, porte de armas e crimes contra a ordem tributária. 2 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal.** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do.** 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 28 de out 2019.

_____. **Código de Processo Penal** . 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm > Acesso em 28 de out 2019.

_____. **Código Penal.** 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 28 de out 2019.

_____. LEI Nº 7.960. **Dispõe sobre a prisão temporária.** 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm > Acesso em 28 de out 2019.

_____. DECRETO LEI Nº 4.824. **Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de Setembro do corrente ano, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciária.** 1871. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM4824.htm > Acesso em 02 de dez 2019.

_____. **LEI Nº 6.296.** 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm > Acesso em 28 de out 2019.

_____. **LEI Nº 12.850, Das Organizações Criminosas.** 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm > Acesso em 28 de out 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.758. **Rel. Min. Celso de Mello.** Pleno. Julgado em 25/05/2006. Publicado em 16/06/2006. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/hc84758ementa.pdf> >. Acesso em 01 de nov 19.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1124658/BA, Sexta Turma, **Rel: Ministro Og Fernandes**, julgado em 17/12/2009, DJe data 22/02/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8579364/recurso-especial-resp-1124658-ba-2009-0105749-4/inteiro-teor-13669221?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Reconsideração de Despacho no Inquérito nº 200701194587 (RCDESPINQ 561), Corte Especial, **Rel: Eliana Calmon**, DJe data 27/08/2009. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061420/reconsideracao-de-despacho-no-inquerito-rcdesp-no-inq-561-ba-2007-0119458-7-stj/relatorio-e-voto-12195041> > Acesso em: 20 de outubro de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.083/PR, Sexta Turma, **Rel: Maria Thereza de Assis Moura**, Sexta Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 16/08/2010. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15815027/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-24083-pr-2007-0086586-1/inteiro-teor-16838836?ref=juris-tabss> > Acesso em: 23 de outubro de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1133763/DF, Quinta Turma, **Rel: Laurita Vaz**, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/201053022/recurso-especial-resp-1530872-ba-2015-0109500-5?ref=topic_feed >. Acesso em: 21 de outubro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal STF - MANDADO DE SEGURANÇA : **MS 23454 DF.** Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757415/mandado-de-seguranca-ms-23454-df-stf> > Acesso em: 05 de novembro de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 15ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 45.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal.** 3 ed. Ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COLÉGIO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS. **Condege emite nota sobre a aprovação do “juiz de garantias” pelo grupo de trabalho do projeto “anticrime”**. ASCOM/CONDEGE: Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www.condege.org.br/publicacoes/noticias/condege-emite-nota-sobre-a-aprovacao-do-juiz-de-garantias-pelo-grupo-de-trabalho-do-projeto-anticrime>>. Acesso em 20 outubro 2019.

FILHO, José Nabuco. **Ação Penal**. 2018. Disponível em <<http://josenabucofilho.com.br/acao-penal/>> Acesso em 02 de dez 2019.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8.ed., São Paulo: Saraiva, 2010

LIMA, Marcellus Polastri Lima. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 4º Ed. rev, atual. e acresc. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. **Manual de Processo Penal**, volume único. 5 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais, Direitos de Personalidade, Intimidade, Privacidade, honra e imagem**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 133.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª edição ver. e atual., São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Origem e razão de ser do Inquérito Policial**. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/origem-e-razao-de-ser-do-inquerito-policial>>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5. ed. rev. e atual. Campos Elísios: Atlas S.A.. 2008.

REZENDE, Bruno Titz de. **Ensaio sobre a atividade policial**. Revista Consultor Jurídico, 18 de julho de 2011. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2011-jul-18/delegado-nao-compelido-indiciar-crime-nao-configurado>> Acesso em 01 de nov de 2019.

STF. **Agravo Regimental nº 7.069**. 2018. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749768440>>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

STJ – AgRg no HC: 435751 DF 2018/0025098-6, **Relator: Ministro NEFI CORDEIRO**, Data de Julgamento: 23/08/2018, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/09/2018 Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631929985/agravo-regimental-no-habeas-corporus-agrg-no-hc-435751-df-2018-0025098-6/inteiro-teor-631929995>> Acesso em: 22 de outubro de 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZACCARIOTTO, José Pedro. **A Polícia Judiciária no Estado Democrático de Direito**. São Paulo. Brazilian Books. 2005

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2001.