

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

VANESSA APARECIDA PRESCHLAK

**NOVAS PERSPECTIVAS DO PROJETO DE LEI 8.045/2010:
UMA ANÁLISE À FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS**

**CURITIBA
2018**

VANESSA APARECIDA PRESCHLAK

**NOVAS PERSPECTIVAS DO PROJETO DE LEI 8.045/2010:
UMA ANÁLISE À FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. José Laurindo de Souza Netto

**CURITIBA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

VANESSA APARECIDA PRESCHLAK

NOVAS PERSPECTIVAS DO PROJETO DE LEI 8.045/2010: UMA ANÁLISE À FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, 29 de outubro de 2018.

DEDICATÓRIA

À Deus, simplesmente por tudo!

Aos mestres da Escola da Magistratura, pelo incentivo e aprendizado.

Ao professor Des. José Laurindo de Souza Netto, pelo apoio e colaboração.

AGRADECIMENTO

A minha MÃE, pelo apoio, motivação, companheirismo, além das inúmeras vezes que madrugou para me buscar na rodoviária.

MÃE, VOCÊ É TUDO!

“Justiça é consciência.
Não uma consciência pessoal,
mas a consciência de toda a humanidade.
Aqueles que reconhecem claramente
a voz de suas próprias consciências,
normalmente reconhecem também a voz da Justiça.”

Alexander Solzhenitsyn

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	10
2.1 SISTEMA INQUISITIVO.....	11
2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO.....	13
2.3 SISTEMA MISTO.....	15
2.4 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	16
3 GARANTISMO JURÍDICO	18
3.1 O GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI	18
3.2 GARANTISMO X PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	20
4 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	23
4.1 BREVE APONTAMENTO DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES	24
4.2 JUIZ DAS GARANTIAS	26
4.2.1 Investigação Criminal.....	26
4.2.2 Juiz Das Garantias X Direitos Fundamentais do Acusado	29
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	34
REFERÊNCIAS	35

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de verificar as principais inovações trazidas pelo Projeto de Lei 8.045/2010, especialmente quanto à criação da figura do Juiz das Garantias em observância aos Direitos Fundamentais do acusado, concomitantemente aos entendimentos doutrinário e jurisprudencial. O Decreto-Lei 3.689/1941 – Código de Processo Penal Brasileiro - instrumentaliza a aplicação da Lei Penal Material (Código Penal e Legislação Especial) quando violado um tipo penal. Vigente há mais de 70 anos, inúmeras foram as alterações de seu texto visando a adequação social. Dentre elas, destacamos as ocorridas em 2008, 2011 e 2016. Portanto, é incontroverso que deve haver uma adequação de todo Ordenamento Jurídico às realidades socioculturais, de modo a torná-las efetivas e harmônicas no tempo. Nesse sentido, o processo penal democrático passou a adotar métodos interpretativos de acordo com os princípios estabelecidos na Lei Maior, exigindo uma reformulação da lei infraconstitucional editada antes de 1988.

Neste contexto, a pretensão maior deste estudo é levantar um debate acerca das principais mudanças propostas no Projeto de Lei 8.045/2010, especialmente quanto à necessidade da criação do Juiz das Garantias para observância dos Direitos Fundamentais do acusado.

Palavras-chave: Decreto-Lei 3.689/1941; Projeto de Lei 8.045/2010; juiz das garantias; garantismo processual.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca verificar as principais inovações trazidas pelo Projeto de Lei 8.045/2010, especialmente quanto à criação da figura do Juiz das Garantias em observância aos Direitos Fundamentais do acusado, em consonância com a doutrina e jurisprudência.

Os desafios para a construção de um processo penal justo e democrático encontram suas raízes na Constituição Federal, de modo que não podem os estudiosos processualistas desvincularem-se de suas diretrizes. Nessa perspectiva, o princípio da imparcialidade emerge como regra garantidora dos direitos assegurados constitucionalmente. Coloca-se que o juiz deve agir com impessoalidade, sem deixar que seus sentimentos e convicções pessoais interfiram no julgamento do processo e assim possa ser alcançado o escopo da justiça nas decisões.

No primeiro capítulo, serão analisados os seguintes sistemas processuais: inquisitivo, acusatório e misto, bem como o sistema adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro, expondo-se as características e respectivas críticas de cada um deles.

No capítulo 2, far-se-á um breve apanhado do garantismo de Luigi Ferrajoli e o garantismo disposto no nosso ordenamento processual penal.

Por fim, objeto central deste estudo, uma análise do Projeto de Lei 8.045/2010 e suas principais alterações a partir dos princípios constitucionais, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da criação da figura do Juiz das Garantias, suas competências e conduta processual.

Não se pretende com esta pesquisa esgotar o tema. Busca-se tão somente levantar um debate acerca das principais mudanças propostas no novo Código de Processo Penal, especialmente as do Capítulo II, do Título II, do Livro I, que trata da Persecução Penal.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....

Miranda Coutinho¹, baseado nos ensinamentos de Immanuel Kant, conceitua sistema como um conjunto de elementos colocados em relação sob uma ideia única os quais se ligam a um “princípio unificador” e orienta dos demais elementos a um determinado fim.

Em relação ao Direito penal e processo penal que fazem parte do chamado sistema penal, Zaffaroni² entende ser:

O controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação.

Para Marcos Alexandre Coelho Zilli³, sistemas processuais penais são campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Vale dizer, consistem na reunião de diversos elementos pertinentes à persecução penal, relacionados a partir de um princípio reitor.

Paulo Rangel⁴, entende como conjuntos de princípios e regras constitucionais de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelecem as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.

O sistema processual penal divide-se em: sistema inquisitivo (ou inquisitório), acusatório e misto, conforme as características predominantes de como o Estado legitima seu poder preventivo-punitivo face ao indivíduo.

¹ COUTINHO, Jacinto Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente adequado. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3> Acesso em: 12 out. 2018.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 157-158.

³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 47.

Para compreensão dos sistemas, imperioso saber o contexto histórico-social aos quais estavam inseridos. Para tanto, Geraldo Prado⁵ nos ensina que “não se pode descurar do contexto espaço-temporal em que se encontra inserido e tampouco das variações teóricas sobre o assunto.”

Neste contexto, cada um desses sistemas pode apresentar características comuns, pois atualmente não existem “sistemas puros”, porém o que define o sistema é seu princípio unificador.

2.1 SISTEMA INQUISITIVO

O sistema inquisitivo ou inquisitório surgiu nos regimes monárquicos e difundiu-se pela Europa através da igreja católica⁶, diante da necessidade do Estado assumir o poder de reprimir a prática delituosa, tarefa esta exercida, até então, por particulares⁷.

Esse modelo foi absorvido pelo direito canônico sendo aplicado, inicialmente, não para os delitos de criminalidade comum como furto e roubo, mas como punição severa para aqueles que se rebelavam contra a fé e a ideologia da igreja.⁸

Caracteriza-se pela concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de uma única pessoa: o juiz inquisidor, o qual detém toda a liberdade de proceder de ofício as investigações e colheita de provas, sentenciando posteriormente⁹.

José Laurindo de Souza Netto¹⁰ conclui que tal sistema “tornou-se uma arma poderosa e, por isso, espalhou-se entre os Tribunais seculares. Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu e conhece.” E complementa:

José Laurindo de Souza Netto complementa:

O processo inquisitório nos seus elementos essenciais desenvolve-se

⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50.

⁷ RANGEL, *op. cit.*, p. 47

⁸ LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014; p.124.

⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 47.

¹⁰ NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas e princípios**. 1ª ed; Juruá: Curitiba, 2003; p. 25.

do seguinte modo: havida a notícia de um crime, o inquisidor escutava as testemunhas, registrando só as declarações contrárias ao acusado. Não era admitida a defesa do réu. O direito penal era despótico e cruel. As penas, em geral, eram cruéis e/ou infamantes (fogueira, amputação de membros, açoite, ferro quente, entre outras). O procedimento era ex officio, escrito, secreto, sem direito de defesa e estabelecia um sistema de provas legais pelo qual, quem apreciava o crime, quem proferia a sentença, era o legislador.¹¹

O procedimento é escrito, secreto e não há lugar para o contraditório nem para a ampla defesa.

Em suma, o sistema inquisitório baseia-se em um princípio de autoridade, segundo o qual a verdade é tanto mais bem acertada quanto maiores forem os poderes conferidos ao investigador¹².

Nessa linha, Renato Brasileiro de Lima¹³ expõe que no sistema inquisitorial, o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos. Na busca pela verdade material, admitia-se que o acusado fosse torturado para que uma confissão fosse obtida. Normalmente permanecia preso durante o processo, já que era considerado culpado até que se provasse o contrário.

Aury Lopes Júnior¹⁴ ensina que “uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas”.

Ainda cabe destacar que não havia controle efetivo das notícias criminosas levadas ao conhecimento do juiz, pois como ministra José Laurindo de Souza Netto¹⁵:

O processo quase sempre se pautava por denúncias anônimas. Esse era um dos maiores problemas, porque em geral a simples denúncia anônima culminava com a confissão mediante tortura e condenação de inocentes.

Tal sistema prevaleceu nos Estados Absolutistas cujas estruturas política eram igualmente centralizadas.

Em suma, conclui José Laurindo de Souza Netto¹⁶ que o sistema

¹¹ NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal**: Sistemas e princípios. 1ª ed; Juruá: Curitiba, 2003. p. 29.

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 47.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal** vol. I. Niterói: Impetus, 2011, p. 4.

¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed; Saraiva: São Paulo, 2014. p. 102.

¹⁵ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 29 .

inquisitório é a antítese do sistema acusatório. Caracteriza-se pela concentração excessiva de poderes na figura do magistrado. Alinham-se à função de julgar os papéis postulantes de defender e de acusar, na busca ilimitada pela confissão.

2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

O modelo acusatório surgiu na Grécia Antiga, desenvolvendo-se, de acordo com Aury Lopes Júnior¹⁷, referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves em que qualquer pessoa podia acusar, ao passo que havia a figura da acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil.

Caracteriza-se pela nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender, as quais são atribuídas a pessoas distintas.

Dessa forma as partes ganham um papel relevante tendo em vista a formação de uma relação triangular em que se distingue a figura do acusador, do defensor e do órgão julgador, atuando o juiz como um magistrado espectador do processo em que as partes alegam e demonstram as suas teses para que o julgador forme a sua convicção de forma imparcial.¹⁸

Danielle Souza de Andrade e Silva¹⁹ complementa que “Essa nítida separação de funções, com a proposta do processo levada a efeito por um sujeito distinto do juiz, faz com que o processo traduza um verdadeiro *actum trium personarum*”, possibilitando-se as partes uma postura ativa e ao magistrado critérios racionais de decisão.

José Laurindo de Souza Netto²⁰ bem explica o funcionamento e o

¹⁶ NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas e princípios**. 1ª ed; Juruá: Curitiba, 2003. p. 29;

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed; Saraiva: São Paulo, 2014. p. 93.

¹⁸ LOPES JR, Auri. **Fundamentos do processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016; p.93.

¹⁹ ANDRADE E SILVA, Danielle Souza. **A Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório: Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988**. 1ª ed; Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2005. p. 41;

²⁰ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 24;

contexto histórico do sistema acusatório:

O juiz que preside o processo é uma entidade suprapartes, conhece das razões de quem acusa e de quem se defende e depois decide como um árbitro. Esse tipo de estrutura implica que a pessoa acusada tenha a possibilidade de se defender desde o início; essa estrutura exige, também, que quem acusa seja uma entidade diferente de quem julga, isto é, a entidade que decide há de ser uma entidade a quem a acusação é trazida por outra entidade. Nesse sentido, a sua imparcialidade está assegurada. E tal tipo de processo está tradicionalmente ligado a momentos da democracia grega e romana, em que o julgamento das pessoas era considerado uma questão de decidir pelo povo, implicando por isso que não seriam apenas pessoas profissionalizadas que decidiriam uma questão de justiça .

O acusado é visto como sujeito de direitos²¹, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito a produzir provas aptas a demonstrar sua versão defensiva de um lado, sendo-lhe assegurado, de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer obrigação de colaborar com a descoberta da verdade.

O processo é informado²² pelo contraditório e além das características da oralidade e publicidade, vigora o princípio da presunção de inocência, no qual o acusado permanece em liberdade até que seja proferida sentença condenatória em seu desfavor.

O sistema de provas adotado é o do livre convencimento²³, ou seja, o juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo, devendo a sentença ser motivada com base nas provas carreadas aos autos.

Portanto, para Coutinho²⁴, não há dúvidas que o sistema acusatório em sua essência é um sistema típico dos países democráticos onde as liberdades individuais são tratadas como garantias fundamentais da pessoa humana devendo ser observado e aplicado em sua essência, ou seja, sem contaminação com o sistema anteriormente analisado, denominado inquisitivo.

²¹ PINTO, Felipe Martins. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; p. 26.

²² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 47/48.

²³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50.

²⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; **As Reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Boletim IBCCRIM, Ano 16, n.188, jul. 2008.

Para Afrânio Silva Jardim²⁵ (2000, p. 42 apud FARIA, 2011, p. 21), embora o referido sistema tenha significado avanço frente ao antigo regime das ordálias, não foi suficiente para corrigir os abusos, pois o juiz já sabia o valor legal de cada prova e então objetivando encontrá-las, recorria a tortura e a expedientes místicos.

2.3 SISTEMA MISTO

O sistema misto²⁶ surgiu no século XIII, após a revolução francesa decorrente da influência de Napoleão no sistema processual vigente, o inquisitório, formando-se uma espécie de sistema híbrido que comportavam elementos tanto do sistema acusatório quanto inquisitivo.

Inaugurado com o *Code d' Instrucion Criminelle* - Código de Processo Penal Francês - em 1808, constitui-se pela junção dos dois modelos anteriores tornando-se assim eminentemente bifásico compõe-se de uma primeira fase inquisitivo, de instrução ou investigação preliminar, sigiloso, escrito e não contraditório e uma segunda fase, acusatório informado pelos princípios do devido processo legal do contraditório e da ampla defesa.²⁷

Tal sistema é objeto de críticas, pois conforme nos ensina Nelson Jacinto d Miranda Coutinho²⁸, o que caracteriza um sistema é seu princípio unificador que pode ser regido pelo princípio unificador inquisitivo ou dispositivo, sendo este último o princípio unificador que caracteriza o sistema processual penal acusatório e aquele o princípio que rege o sistema inquisitório. Sendo assim, seria inconcebível a existência de um sistema híbrido, que comporta elementos do sistema acusatório e inquisitório, por serem sistemas essencialmente opostos.

Dessa forma, constata-se que a existência de um sistema misto não possui um princípio unificador para caracterizá-lo. Arremata Aury Lopes

²⁵ FARIA, André. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

²⁶ ANDRADE, Roberta Lofrano. **Processo penal e sistema acusatório**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2015.

²⁷ LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

²⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; **As Reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Boletim IBCCRIM, Ano 16, n.188, jul. 2008

Junior²⁹: uma mistura de tal natureza inquisitória e acusatória é irracional e a prática desaconselha tal mescla. Como bem salienta Jacinto Coutinho³⁰, “se tal sistema servil a Napoleão, um tirano, serve a qualquer senhor, só não serve a democracia”. O sistema misto serve a governos autoritários e antidemocráticos e não a democracia.

2.4 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

No âmbito da doutrina brasileira, existe divergência sobre qual o sistema processual penal é adotado em nosso país. Esta celeuma talvez tenha se instalado por não haver expressa disposição acerca do sistema processual adotado.

Ademias, analisando o contexto histórico, o atual Código de Processo Penal, tem suas raízes em um período extremamente autoritário e antidemocrático onde a repressão e a arbitrariedade prevaleciam sobre as liberdades e garantias individuais.

Por outro lado, com o advento da Constituição Federal de 1988, também denominada “Constituição Cidadã”, observa-se, em seu corpo, um importante arcabouço de direitos e garantias fundamentais.

Muitos doutrinadores sustentam que o sistema vigente é o acusatório podendo ser vislumbrado a partir da leitura da Carta Constitucional de 1988³¹, ao se verificar uma série de regras que desenha referido sistema, como por exemplo: titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do Ministério Público (art. 129, I); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); devido processo legal (art. 5º, LIV); presunção de inocência (art. 5º, LVII); o direito ao silêncio e de não produzir provas contra si *nemo tenetur se detegere* (art. 5º, LXIII), a exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX). Dentre os renomados autores defensores de que o sistema brasileiro é o acusatório, destacam-se Tourinho Filho, Geraldo Prado e Eugênio Pacelli de Oliveira.

Outros, no entanto, defendem que no Brasil vigora o sistema processual misto. Dentre eles: Frederico Marques e Rogério Lauria Tucci, e Guilherme de

²⁹ LOPES JR, Auri. **Fundamentos do processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016;p. 163.

³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; **As Reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Boletim IBCCRIM, Ano 16, n.188, jul. 2008.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 13 out. 2018.

Souza Nucci. Isto porque existe a possibilidade da decretação de prisão preventiva (art. 311 do CPP), a possibilidade de condenar o réu mesmo diante de um pedido de absolvição do Estado Acusador (art. 385 do CPP), a dar uma qualificação jurídica diversa da outorgada pela acusação, ainda que desfavorável ao réu (art. 383 do CPP), ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes (artigo 209), se valer de elementos produzidos no inquérito policial (onde não há o contraditório) para formar sua convicção, e principalmente, a possibilidade do juiz determinar diligências de ofício (art. 156 do CPP).

Para Giacomolli³²: “Óbvio que a estrutura político-ideológica da década de 1940 traçou profundos sulcos no processo penal, produzindo um modelo de processo penal de estilo inquisitorial, cujas marcas perduram até hoje tanto na mentalidade do legislador como dos operadores do direito.” De fato, restam características pouco compatíveis com o Sistema Acusatório.

Com efeito, Constituição é considerada um parâmetro normativo e axiológico, de modo que os demais ramos do direito devem ser interpretados de acordo com os seus preceitos maiores. Tal fenômeno é classificado como filtragem constitucional.

Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso³³ afirma que a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para o ordenamento infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação e todas as normas do sistema.

Em outras palavras, como bem assevera Aury Lopes Jr³⁴, “[...] o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida em que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição.”

Nesta linha, Lenio Streck³⁵ (STRECK, 2001, p. 252 apud FARIA, 2011, p.124) também entende haver um descompasso entre o CPP e a Constituição, porquanto “[...] ao invés de se adaptar a legislação processual aos ditames

³² GIACOMOLLI, Nereu José. **Devido processo penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

³³ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; p. 309.

³⁴ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016; p. 32.

³⁵ FARIA, André. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal**. Belo Horizonte: Arraes, 2011; p. 124.

constitucionais, tem-se um procedimento inverso, no qual se adequa a Constituição às leis infraconstitucionais”.

Portanto, é inquestionável que o Código de Processo Penal se identifique com os ideais democráticos vigentes na Constituição Federal, assim como é inquestionável a edição de um novo Código de Processo Penal compatível com o momento histórico-cultural.

3 GARANTISMO JURÍDICO

O garantismo jurídico nasce nas palavras de N. Bobbio, ao prefaciar a primeira edição da obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli³⁶, do interesse em elaborar um “sistema geral do garantismo jurídico” ou, se quiser, “a construção das colunas mestras do Estado de Direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às 450 variadas formas de exercício arbitrário de poder”.

Para tanto, parte de um postulado teórico bem definido, qual seja, de que os ordenamentos jurídicos modernos de todos os Estados democráticos da atualidade estão fundados em parâmetros sólidos de justiça, racionalidade e legitimidade.

Em suma, o garantismo penal objetivou ampliar a liberdade do indivíduo e diminuir o excesso punitivo do Estado de uma forma em que a liberdade individual prevalecesse.

3.1 O GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

Luigi Ferrajoli³⁷ nasceu em Florença no ano de 1940 e exerceu a função de Juiz de Direito entre os anos de 1967 e 1975. Desde 1970 é professor de Filosofia e Teoria Geral do Direito, na Universidade de Camerino,

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74-75.

³⁷ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir: teoria geral da pena**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015; p. 41.

na Itália.

O garantismo penal, como herança do Iluminismo, define-se como o conjunto de teorias penais e processuais penais concebidas pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli³⁸, no final do século XX, que tem como objetivo limitar o poder punitivo estatal, reduzindo-o ao mínimo necessário, primando pela proteção dos direitos do cidadão, consistindo em uma importante escola da criminologia crítica que visa a controlar a aplicação do Direito penal e impedir a arbitrariedade do poder punitivo estatal.

Luigi Ferrajoli³⁹, ao estabelecer os dez axiomas limitadores do poder estatal, concebe que as penas, a despeito do seu caráter retributivo, não podem despir o sujeito da sua qualidade de cidadão, de forma que, na opinião do jurista italiano, o direito penal não apenas serve para reprimir o delito, mas também para frear o poder punitivo estatal.

Além disso, este mesmo autor produziu um modelo ideal garantista, no qual apenas o sistema jurídico que aplicasse todos os princípios⁴⁰ disciplinados a seguir, seria garantista em sua totalidade, são eles:

1. Princípio da retributividade da pena em relação ao delito;
2. Princípio da legalidade;
3. Princípio da necessidade e da economia do direito penal;
4. Princípio da lesividade do evento;
5. Princípio da materialidade da ação;
6. Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
7. Princípio da jurisdicionariedade;
8. Princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
9. Princípio do ônus da prova;
10. Princípio do contraditório ou da defesa.

O rol de axiomas garantistas configura-se em princípios penais de

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 490.

³⁹ Idem, p. 74-75.

⁴⁰ 1. *Nulla poena sine crimine*; 2. *Nullum crimen sine lege*; 3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; 4. *Nulla necessitas sine iniuria*; 5. *Nulla injuria sine actione*; 6. *Nulla actio sine culpa*; 7. *Nulla culpa sine iudicio*; 8. *Nullum iudicium sine accusatione*; 9. *Nulla accusatio sine probatione*; 10. *Nulla probatio sine defensione*.

cunho negativo, sendo que todas as premissas prescritivas começam com uma negativa (*nullum, nulla*), constituindo um importante ponto de partida de limitação do poder de punir estatal, do qual não se pode, nem se pretender, retroceder.

Os trabalhos mais recentes de Ferrajoli⁴¹ elevaram o garantismo a uma teoria constitucional e a uma teoria política jurídica, a ponto de se falar em garantismo como uma teoria de democracia constitucional, com denso conteúdo normativo, o qual se traduz em uma proposta de constitucionalismo forte que congrega direito constitucional, processo penal, direito penal, criminologia crítica, filosofia política e teoria do direito.

Para o filósofo italiano Ferrajoli⁴², o constitucionalismo pode ser visto como sistema jurídico, ou seja, um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas. Além disso, pode ser entendido como uma teoria do direito, através da qual a validade das leis não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais de elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos.

A teoria de Luigi Ferrajoli, é sem dúvidas, uma das mais influentes das últimas décadas.

3.2 GARANTISMO X PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O STF⁴³ brasileiro vem atuando de uma forma para muitos a levar o garantismo até o limite, anulando por vezes processos e decisões inferiores que não respeitaram minuciosamente os princípios da ampla defesa e do contraditório. Para isso trazemos algumas decisões em que o STF fundou-se em análise garantista, ao citar a proibição do uso de algemas.

Em sua fundamentação, a Corte fez referência à Constituição Federal

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi et al (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13.

⁴² Idem. p. 13.

⁴³ Súmula Vinculante n. 11.

de 1988 citando os incs. III e X do art. 5.º e relembrando disposições normativas da ONU, além do Pacto de São José da Costa Rica (o qual na ocasião do julgamento já dispunha da devida força de emenda constitucional, conforme o § 3.º do art. 5.º da CF) em sua art. 5.º, 2 que tipifica “toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito devido a dignidade inerente ao ser humano”.

É dizer, se de um lado o Estado deve proteger o cidadão contra os excessos do direito penal e do processo penal (enquanto proibição de excesso – garantismo negativo – *Übermassverbot*), e esse mesmo Estado não deve pecar por eventual proteção deficiente (garantismo positivo – *untermassverbot*).⁴⁴

É imperioso que o Estado vede excessos, porém deve estar atento para não infringir o princípio da vedação da proteção deficiente. Sobre o assunto Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira⁴⁵ discorrem que:

No fundo, os dilemas da teoria processual podem ser pensados a partir de dois princípios: de um lado, o tradicional princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) e, de outro, o princípio da proibição da proteção deficiente (*Untermasverbot*). Ou seja, por vezes – e parece ser a maioria – o Estado exorbita no seu poder de punir, devendo ser contido pela possibilidade de, contra ele, esgrimir-se o escudo contra o excesso; já em outras ocasiões, o Estado fica aquém desse dever, tornando-se leniente e, com isso, violando direitos fundamentais por não protegê-los suficientemente. A análise do excesso ou da proteção deficiente nunca pode, à evidência, descurar um milímetro da Constituição.

Por essa razão, Douglas Fischer⁴⁶ fala em um Garantismo Absoluto, em que a preocupação deve recair sobre TODOS os direitos (individuais e coletivos), com duplo viés, e não apenas através de uma leitura singular,

⁴⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. **A reforma do código de processo penal, sob a ótica do garantismo integral**. In: CALABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (Org.) *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Juspodivm, 2010; p.188.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto?** As garantias processuais penais. 1ª ed; Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011. p. 22-23;

⁴⁶ FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade**: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: (http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html). Acesso em: 12 jul. 2018.

monocular, única e hiperbólica.

Nessa linha cabe citar os comentários de João Batista Tovo e Paulo Claudio Tovo⁴⁷ segundo os quais, o devido processo legal seria, assim, a síntese de todos os princípios que se referem ao direito natural de defesa em juízo, síntese de princípios e não propriamente um princípio isolado [...].

Trata-se de um dos pilares do Estado democrático de direito, sendo uma das principais garantias do cidadão previstas na constituição da república.

O devido processo legal, no processo penal nas palavras de Rubens Casara e Antônio Pedro Melchior.⁴⁸

Assegura-se ao acusado, parte fragilizada ao acesso à justiça e também a paridade de armas, ampla defesa, o contraditório, o juiz imparcial e independente, a acusação pública e racional, assistência judiciária, a vedação de provas ilícitas, a presunção de inocência, tudo de modo a tornar “*his day in caust*”, [...]

Tal princípio, portanto, condiciona à validade do processo penal a observância do conjunto de garantias inerentes à pessoa do acusado nesta relação. Dentro desse panorama, o devido processo legal está vinculado diretamente à depuração do sistema acusatório.⁴⁹

Destarte, a consequência lógica a que podemos chegar, é que, a legislação processual penal que estiver em confronto com o sistema acusatório estabelecido pela Constituição da República, apresentará sempre o vício material de inconstitucionalidade, restando invalidas.⁵⁰

Para Zaffaroni⁵¹, a visão garantista do direito penal em um Estado de Direito consiste em uma redundância grosseira, uma vez que, no atual estágio de evolução da sociedade e da ciência jurídica, não poderia haver outro direito penal senão o de garantias.

⁴⁷ TOVO, Paulo Cláudio. TOVO, João Batista Marques. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; p. 107.

⁴⁸ CASARA, Rubens R R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do processo penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2013; p. 319.

⁴⁹ CASARA, Rubens R R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do processo penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2013; p. 319.

⁵⁰ MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2010.

⁵¹ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H., Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 108.

4 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Projeto de Lei n. 8.045/2010⁵² é de autoria do Senador José Sarney, baseado no anteprojeto elaborado por uma comissão externa de juristas criada em 04 de junho de 2008, através do Ato n. 011/2008. Tal projeto (156/2009) após aprovação no Senado, foi encaminhado à Câmara dos Deputados, para revisão e recebeu o número 8.045/2010.

Como vimos, o Ordenamento Jurídico está em constante mutação e sua legislação precisa estar adequado ao contexto histórico-cultural.

Para José Laurindo de Souza Netto⁵³, “a adequação da legislação infraconstitucional aos novos parâmetros constitucionais e supralegais exige o expurgo de determinados dispositivos, a exemplo do artigo 187, do Código de Processo Penal”.

Corroborando com SOUZA NETTO, o entendimento de Geraldo Prado⁵⁴:

(...) a Constituição da República escolheu a estrutura democrática, sobre a qual há portanto de existir e de se desenvolver a relação processual penal, forçando-se, assim, a adaptação do modelo vigente antes de 1988. Tal estado de coisas reflete a perspectiva da base processual especialmente como garantia constitucional, instrumentalizada ordenadamente, conforme os princípios constitucionais, de maneira a permitir a adequada fruição dos direitos de ação e de defesa, na busca da justa solução do conflito de interesses geral.

Nereu José Giacomelli⁵⁵. expõe com propriedade:

A aplicação e a execução das regras, ao caso concreto, seguem sua adequação à CF e aos diplomas internacionais: constitucionalidade e convencionalidade (devido processo). A dignidade da pessoa constitui-se não só em fundamento do Estado de Direito (art. 1º, III, CF), exigível internamente, mas é oponível à universalidade (endo e extraprocessual). Sua dimensão positiva, no processo penal, exige uma estruturação em condições de validade, garantia e eficácia, com

⁵² BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 03 out. 2018.

⁵³ SOUZA NETTO, José Laurindo de, op. cit. p. 127;

⁵⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 1ª ed; Lumem Juris: Rio de Janeiro, 1999. p.51.

⁵⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica. 1ª ed; Atlas: São Paulo, 2014. p. 15;

diques de contenção à inviolabilidade (dimensão negativa). Ademais da ordenação no plano objetivo e abstrato, na concretude exige dos sujeitos o ultrapassar de condutas arbitrárias ou totalitárias, aniquiladoras da dignidade

É indiscutível que o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e de Tratados de Direitos Humanos Internacionais e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais afinada aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.⁵⁶

4.1 BREVE APONTAMENTO DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

Segundo Renato Casagrande⁵⁷, a reforma teve, como justificativa, “tornar o processo penal mais ágil, célere, eficaz e justo”, em razão de viver-se “um momento de violência amplamente disseminada em nossa sociedade, o que coloca em relevo a necessidade de eficácia punitiva penal.” Assim, o projeto tem três objetivos principais: 1) sintonizar o código com a Constituição Federal; 2) Dotar os diferentes operadores da Justiça de definições claras sobre a tarefa de cada um, buscando agilizar o processo penal; 3) Limitar a possibilidade de apresentação de recursos protelatórios, que levam a impunidade.

O Projeto de Lei⁵⁸, em seu art. 1º, acaba com as discussões acerca de qual sistema penal será o adotado no Brasil, qual seja, o sistema acusatório e garantista:

Art. 1º O processo penal reger-se-á, em todo o território nacional, por este Código, bem como pelos princípios fundamentais constitucionais

⁵⁶ LOPES JR, Auri. **Fundamentos do processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016; p.36.

⁵⁷ Registre-se que o PL 156/09 é fruto do Requerimento nº 227, de 2008, apresentado pelo então Senador Renato Casagrande, e teve, como justificativa, “tornar o processo penal mais ágil, célere, eficaz e justo”, em razão de viver-se “um momento de violência amplamente disseminada em nossa sociedade, o que coloca em relevo a necessidade de eficácia punitiva penal”.

⁵⁸ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 20 ago 2018.

e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil.

Ademais, o processo penal na atualidade deve passar não apenas pelo filtro constitucional, mas, também, pelo filtro convencional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Também acaba com as discussões acerca de qual sistema penal será o adotado no Brasil, qual seja, o sistema acusatório e garantista:

Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Assegura também defesa técnica em todas as fases do processuais, incluindo a fase pré-processual ou investigação penal. Vejamos:

Art. 3º 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.

A título de curiosidade, no ano de 2016, foi promulgada a Lei n. 13.245/16⁵⁹ que trouxe mudanças legislativas referentes aos direitos dos advogados, garantindo assistência técnica ao investigado, sob pena de nulidade absoluta⁶⁰.

As garantias constitucionais do acusado, não menos importante são os direitos das vítimas, merecendo destaque no Título V do Projeto de Lei 8.045/2010.

⁵⁹ Esta Lei alterou o inciso XIV, o qual garantiu ao advogado examinar os autos dos procedimentos investigatórios em qualquer instituição responsável pela investigação podendo copiar peças e fazer apontamentos, além de também incluir os parágrafos 10, 11 e 12, todos do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

⁶⁰ A referida Lei também incluiu o inciso XXI no mesmo artigo sétimo, *in verbis*:

“XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos;

b) (VETADO)”.

Dentre as várias inovações/adequações trazidas pelo Projeto, entendemos como sendo uma das mais importantes, a criação da figura do Juiz das Garantias, cujo tema será aprofundado em tópico específico.

Destacamos ainda, a competência da Justiça Federal para tratar dos direitos dos indígenas, alterações do Tribunal do Júri (comunicabilidade entre os jurados), restrição ao número de recursos, ampliação do rol das cautelares e cooperação Jurídica Internacional.

4.2 JUIZ DAS GARANTIAS

Ainda no tocante as garantias dos direitos fundamentais do acusado, o Projeto de Lei 8.045/2010 inova em seu capítulo II, do Título II, trazendo a figura do Juiz das Garantias, cujo tema será objeto central deste estudo.

Inicialmente, convém fazer um breve apanhado desta fase pré-processual, ou seja, até a propositura da denúncia pelo Ministério Público, lembrando que a persecução penal abrange dois momentos distintos: a investigação e a ação penal.

No Brasil, a expressão “investigação criminal” é tradicional e, por isso, não se costuma utilizar outras expressões, como, por exemplo, “instrução preliminar”, para designar a fase que antecede a processual em âmbito criminal.

4.2.1 – Investigação Criminal

Aury Lopes Jr⁶¹. define investigação criminal nos seguintes termos:

“conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo).”

⁶¹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 92.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar⁶² entendem que “o inquérito é um procedimento de índole eminentemente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal. Rege-se pelas regras do ato administrativo em geral”.

Oportuno dizer que a função de Polícia Judiciária pertence às polícias civis e federais, conforme disciplina o artigo 144 da Constituição Federal⁶³. Entretanto foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a competência do Ministério Público instruir procedimentos administrativos, com fundamentos no inciso VI do art. 129 da Constituição Federal e Lei Orgânica do Ministério Público⁶⁴.

Tanto nas investigações feitas pela autoridade policial ou membro do Ministério Público, tratando-se de restrições a direitos fundamentais (quebra de sigilos, p. ex), deve ser precedido de ordem judicial fundamentada.

Aury Lopes Jr.⁶⁵ destaca que a natureza jurídica da investigação criminal é multifacetada, tendo em vista que são praticados diferentes atos nela, tais como administrativos, judiciais e jurisdicionais.

A investigação preliminar objetiva agrupar elementos capazes de esclarecer os fatos narrados na *notitia criminis* e caso não haja componentes suficientes da autoria e materialidade (*fumus commissi delicti*) do delito, será caso de arquivamento da investigação, senão inicia-se a ação penal⁶⁶.

A investigação criminal preliminar, conforme também ensina Aury Lopes Jr.⁶⁷, possui um interesse de eficácia de direitos fundamentais, uma vez que busca evitar processos imotivados.

Em sua obra Aury Lopes Jr.⁶⁸ afirma que as garantias constitucionais do

⁶² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, 2009, p. 17, apud PEIXINHO, Manoel Messias. **Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial** – breves anotações sobre as inovações da lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia). **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 9, nº 2, 2016, p.10.

⁶³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 ago. 2018.

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Portal da legislação**, Brasília, fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁶⁵ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93

⁶⁶ Idem, p. 224.

⁶⁷ Idem, p. 101.

contraditório e da ampla defesa sempre estiveram presentes na fase da investigação preliminar, mesmo que não seja de maneira plena, conforme se observa no trecho abaixo:

“É importante destacar que quando falamos em “contraditório” na fase pré-processual estamos fazendo alusão ao seu primeiro momento, da informação. Isso porque, em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não há o exercício de uma pretensão acusatória. Sem embargo, esse direito de informação – importante faceta do contraditório – adquire relevância na medida em que será através dele que será exercida a defesa”

Ademais, os atos investigatórios são distintos dos atos de provas, uma vez que os primeiros não podem ser utilizados para juízo na sentença por não estarem amparados pelas garantias do contraditório, ampla defesa e publicidade, sob pena de violação do artigo 5º, incisos LIII, LIV, LV e LVI, bem como o artigo 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, além do artigo 155 do Código de Processo Penal.

Outrossim, os atos investigatórios não podem ser utilizados para juízo na sentença. Entretanto, a jurisprudência majoritária atual entende que é possível aproveitar informações do inquérito policial para fundamentar a condenação, desde que não sejam os únicos meios de prova para o convencimento do juiz. Tal orientação estaria violando o ordenamento jurídico, tendo em vista que esses atos de investigação são produzidos sem as garantias do contraditório e da ampla defesa⁶⁹.

Diante de tal posicionamento dos nossos Tribunais, vem à tona o ensinamento de Antonio Scarance Fernandes⁷⁰, o qual entende que os elementos colhidos na fase de investigação preliminar somente podem ser usados para basear a acusação e não uma condenação, correndo o risco de violar as garantias do contraditório e da ampla defesa.

⁶⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 236.

⁶⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, 2009, p. 17, apud PEIXINHO, Manoel Messias. **Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial** – breves anotações sobre as inovações da lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia). **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 9, nº 2, 2016, p.12.

⁷⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

4.2.2 Juiz das Garantias X Direitos Fundamentais do Acusado

Conforme disposição legal⁷¹, o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado, *in verbis*:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XI – decidir sobre os pedidos de:

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

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

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

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

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

XIV – arquivar o inquérito policial;

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

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

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

⁷¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/90645>>. Acesso em: 20 ago 2018.

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.

Em relação às competências, estabelece o art. 15 do Projeto de Lei n. 8.045/2010:

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

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

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

Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748⁷².

Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária⁷³ da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Portanto, o juiz das garantias deve assegurar os direitos fundamentais do indiciado na fase investigatória, ficando outro juiz⁷⁴ responsável pelo processo penal a fim de evitar parcialidade ou pré-juízos de valores.

Para evitar que o julgador da futura ação penal se contamine formando um juízo prévio sobre o mérito ainda na fase policial ou inquisitorial e, a fim de consolidar a imparcialidade do juiz como um princípio reitor de todo o processo penal o PL 156 do Senado Federal (N CPP), estabelece a figura do juiz das garantias, o qual atuará apenas na fase pré-processual cabendo zelar pela observância dos direitos do preso e decidir questões sobre: a) pedidos de

⁷² PL 8.045/2010 - Art. 748. O impedimento previsto no art. 16 não se aplicará:

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

II – aos processos em andamento no início da vigência deste Código.

⁷³ Organização Judiciária determinará quem atuará como juiz de garantias, que poderá ser o juiz de uma circunscrição próxima.

⁷⁴ PL 8.045/2010 - Art. 165. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes

prisão provisória ou outra medida cautelar; b) interceptação telefônica; c) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; d) busca e apreensão domiciliar; e) acesso a informações sigilosas, dentre outros.⁷⁵

Dessa forma, o que se pretende é afastar o juiz de opiniões preconcebidas acerca da culpabilidade do indivíduo na fase inquisitorial, ou seja, antes mesmo de iniciada a ação penal e a instrução processual, sem a observância do contraditório e da ampla defesa. Em outros termos, busca-se impedir não apenas que o julgador vista a *persona* do acusador de maneira aberta, mas restringir (na medida da do possível) uma espécie de acordo psicológico com a acusação.⁷⁶

Para assegurar a sua imparcialidade, o juiz não pode antecipar opiniões sobre o processo. Nesse sentido, Antônio Pedro Melchior⁷⁷ aduz que,

[...] foi observado que a garantia da imparcialidade exige mais do que a separação expressa de funções entre o magistrado e o acusador. A exigência é evitar um acordo psicológico silencioso entre o ato de julgar e acusar.

Com efeito, não se trata apenas de se ter um juiz alheio as partes, mas de um verdadeiro direito subjetivo de ser julgado por um juiz imparcial. A imparcialidade do juiz é um princípio estruturante da atividade jurisdicional e inerente a função julgar.

Nessa linha, nas palavras de André Machado Maya⁷⁸:

[...] a imparcialidade apresenta-se como um valor capital da função jurisdicional a ser observado e realizado pelos magistrados como condição de legitimidade tanto da atividade jurisdicional quanto da decisão judicial.

Para Luigi Ferrajoli, defensor da Teoria do Garantismo Penal, a imparcialidade do julgador exige sua inércia.⁷⁹

⁷⁵ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014; p. 136..

⁷⁶ CASARA, Rubens R R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do processo penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2013; p. 71.

⁷⁷ MELCHIOR, Antônio Pedro. **O juiz e a prova – O *sinthoma* político do processo penal**. Curitiba: Juruá, 2013; p. 166.

⁷⁸ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014; p. 101.

Portanto, sob a perspectiva de um sistema processual penal constitucional, o acusado tem o direito de ser julgado por um juiz independente e imparcial, o qual deve manter-se afastado das partes para formar um convencimento livre de contaminações psicológicas pré-concebidas sobre o juízo de culpa do acusado. Só assim podemos falar em um devido processo penal constitucional.

Recentemente, Ada Pellegrini Grinover⁸⁰ foi categórica em reconhecer que no processo penal "a manutenção do juiz nas diversas fases do processo pode contaminar sua imparcialidade" (...) "o juiz das investigações preliminares e do recebimento da acusação é o mesmo que julga a causa". E por isso, prossegue: "é forçoso reconhecer que nem sempre a estrutura do processo penal é consentânea com a imparcialidade."

Para ela, o procedimento probatório nada mais é do que uma etapa procedimental de incidência no processo jurisdicional. Nesse panorama torna-se imperioso que o processo penal seja estruturado a partir de dois valores constitucionais fundamentais: a *jurisdição* (poder) e o *devido processo* (garantia). A prevalência de um desses valores sobre o outro fará com que o produto da atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário careça de legitimidade constitucional, ainda que a prática demonstre que nem sempre esse necessário balanceamento ocorra como desejado.

Nesse sentido Guilherme Madeira Dezem⁸¹ salienta:

A atuação do magistrado, de ofício, no inquérito policial dá margem não só a que se reconheça a violação do sistema acusatório, mas transforma este magistrado em um verdadeiro inquisidor, de forma que sua parcialidade pode ser questionada pela via de exceção de suspeição.

Sobre o princípio da imparcialidade do juiz no processo penal o STJ⁸² já se manifestou, conforme se verifica do julgado abaixo:

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 4ª Ed; Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. p. 522;

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais - Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. José Miguel Garcia Medina e outros (coords.). São Paulo: Ed. RT, 2008, em especial, p. 177.

⁸¹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Art. 156 "Produção de prova pelo magistrado."** 2008, p. 26, *apud*, FARIA, André. Os poderes instrutórios do juiz no processo penal. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 123.

HABEAS CORPUS. [...] VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO, AOS PRINCÍPIOS DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO E DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

[...] **Como se sabe, constitui alicerce do processo penal brasileiro o sistema acusatório, no qual, em oposição à modalidade inquisitorial, impõe-se uma clara divisão de atribuições entre os sujeitos processuais responsáveis por acusação, defesa e julgamento na persecução criminal. Tal sistema traz como corolários os princípios da inércia e da imparcialidade do órgão jurisdicional - inclusive, e especialmente, no tocante à impossibilidade de que o julgador substitua iniciativa que seja de atribuição exclusiva da parte.**

Importa salientar que não basta separar a função de acusar, julgar, e defender, atribuindo tais funções a pessoas distintas. Torna-se necessário, portanto, irmos além de tais princípios para verificar a essência e o núcleo fundante de cada sistema processual, para só então afirmarmos se o sistema processual é acusatório ou inquisitório.⁸³

Na mesma toada, Aury Lopes Júnior⁸⁴ nega a existência do sistema misto, altercando que o núcleo fundante dos sistemas acusatório e inquisitório repousa na gestão da prova. Para o autor, a mera separação de funções é insuficiente para a garantia da imparcialidade, porquanto o material probatório colhido na fase inquisitorial condiciona a persecução toda, infundindo no juiz os denominados “quadros mentais paranoicos”.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº. 347.748/AP. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudenci/toc.jsp?tipo_visualizacao=livre=VIOLA%C7%C3O+AO+SISTEMA+ACUSAT%D3RIO&bACOR&p=true&t=JURIDICOI=10&i=21> Acesso em: 07 set. 2018.

⁸³ LOPES JR, Auri. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2013; p. 73.

⁸⁴ LOPES JR, Auri. **Fundamentos do processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016;p. 115.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise comparativa sobre os sistemas processuais penais apontando para a consolidação do sistema acusatório. Entretanto, a adoção desse sistema com a atribuição de um órgão oficial de acusação, via de regra, a fim de separar as funções de defender, acusar e julgar, por si só, não é suficiente para assegurar a imparcialidade do julgador. Para a grande maioria dos doutrinadores, torna-se necessário o afastamento do juiz da atividade probatória.

Com a pesquisa doutrinária realizada demonstrou-se que existe uma forte tendência em afastar o juiz da produção de provas para que se conserve imparcial no julgamento do processo, guardando coerência com o sistema constitucional acusatório. No mesmo sentido, inclina-se a jurisprudência dos tribunais. Visando consolidar um Processo Penal acusatório conforme os preceitos constitucionais e tratados internacionais

No constitucionalismo moderno não se tem dúvida de que a missão do Poder Judiciário, por meio de seus juízes, é atuar de modo a evitar lesão ou ameaça a direitos. Portanto o sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos), consagrado a partir das ideias de Montesquieu, legitima a atuação do Poder Judiciário na perspectiva constitucional.

Nesta perspectiva de um processo penal constitucional e garantista deve-se evitar lesão ou ameaça a direitos para que o Poder Judiciário bem cumpra seu papel, julgando de modo imparcial, a qual é inerente a função de julgar.

Para Giacomolli, a imparcialidade do juiz no processo penal, constitui uma das mais importantes garantias do devido processo criminal. Para ele, a imparcialidade do órgão julgador integra o nosso ordenamento jurídico, tendo status superior a normatividade ordinária.

No que tange as distorções entre o plano normativo-teórico e a prática sob a ótica garantista de Ferrajoli, uma Constituição pode garantir diversos direitos e, ainda assim, não passar de um pedaço de papel, ou seja, não concretizar tais direitos, caso haja defeitos de garantias, técnicas coercitivas, que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.

Neste sentido, adverte Jacinto Coutinho: “pode-se ter um novo Código de Processo Penal, constitucionalmente fundado e democraticamente construído, mas ele será somente linguagem se a mentalidade não mudar”.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>, acesso em 27 ago 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.689 nº. de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso: 06 mai. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Tabela Comparativa Atual CPP (DL 3689/41) x PL 8045/10**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>> Acesso em: 15 mai 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 14 mai 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei n 8.045**, de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010> Acesso em: 12 set 2018.

BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Portal da legislação, Brasília, fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº. 347.748/AP**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudenci/toc.jsp?tipo_visualizacao=livre=VIOLA%20C3O+AO+SISTEMA+ACUSAT%20D3RIO&bACOR&p=true&t=JURIDICOI=10&i=21>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de novo Código de Processo Penal (PL 8.045). Disponível em:

<http://www.câmara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A9FFB BF923A6D0266293E4FEF0471C94.node1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>.

CASARA, Rubens R R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. Teoria do processo penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2013;

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 06 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-código-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>>.

COUTINHO, Jacinto Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente adequado. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3> Acesso em: 12 out. 2018.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Art. 156 “Produção de prova pelo magistrado.”** 2008, p. 26, *apud*, FARIA, André. Os poderes instrutórios do juiz no processo penal. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 4ª Ed; Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade**: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: (http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html). Acesso em: 12 jul. 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica. 1ª ed; Atlas: São Paulo, 2014.

GIL, Antonio C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** - *Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Miguel Garcia Medina e outros (coords.). São Paulo: Ed. RT, 2008, em especial, p. 177.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Reforma do Código de Processo Penal é aprovada no Senado**, 03 de jan de 2011. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/13735-Reforma-do-Codigo-de-Processo-Penal-e-aprovada-no-Senado>> Acesso em: 15 mai 2018.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal** vol. I. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed; Saraiva: São Paulo, 2014.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed; Saraiva: São Paulo, 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de . A reforma do código de processo penal, sob a ótica do garantismo integral. In: CALABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (Org.) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2010.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 1ª ed; Lumem Juris: Rio de Janeiro, 1999.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: Sistemas e princípios**. 1ª ed; Juruá: Curitiba, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto? As garantias processuais penais**. 1ª ed; Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.