

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA – UNIVEM  
CURSO DE DIREITO

**ALINE ZAPATERRA MAZZO**

**A FUNÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL**

MARÍLIA  
2017

ALINE ZAPATERRA MAZZO

## A FUNÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

Trabalho de curso apresentado ao curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Ricardo Fracasso.

MARÍLIA  
2017

MAZZO, Aline Zapatterra.

**A função do juiz no Processo Penal Constitucional/** Aline Zapatterra Mazzo; orientador: Prof. Me. Carlos Ricardo Fracasso. Marília, SP, 2017.

75f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2017.

1. Função do Juiz. 2. Processo Penal. 3. Garantidor dos Direitos Fundamentais.

CDD: 341.438



**FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”**

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

*Curso de Direito*

**Aline Zapattera Mazzo**

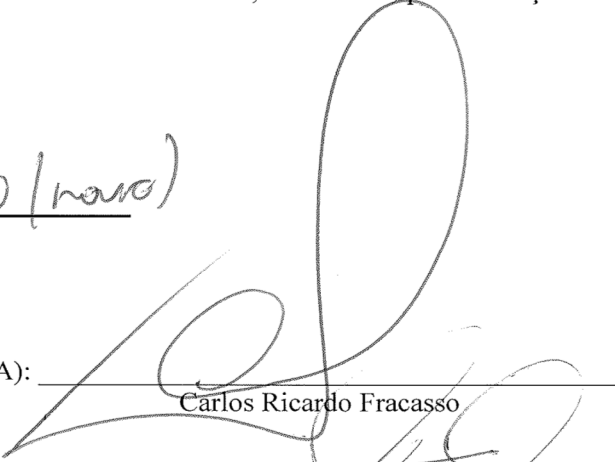
RA: 53049-2

A função do juiz no processo penal constitucional

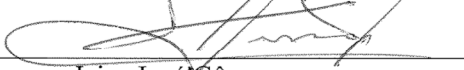
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R. para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 9,0 (novo)

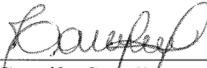
ORIENTADOR(A):

  
Carlos Ricardo Fracasso

1º EXAMINADOR(A):

  
Jairo José Gênova

2º EXAMINADOR(A):

  
Camila Sant'Anna

Marília, 04 de dezembro de 2017.

*Dedico primeiramente aos meus pais, por acreditarem e investirem em mim, obrigada pelo amor incondicional, pela paciência e por não medirem esforços para que chegasse até aqui. Dedico também ao meu marido pelo incentivo e apoio constantes, e pelo carinho sem limite. Finalmente, dedico aos meus familiares, amigos, colegas e professores, por compartilharem um pouco dessa minha experiência, me fazendo aprender e crescer, em todos os sentidos. Obrigada a todos por todas as alegrias e tristezas vividas e, a cada um por fazerem minha vida valer a pena.*

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço a Deus por ter me dado a vida e a capacidade de superar todas as dificuldades e conseguir chegar onde hoje estou.*

*Agradeço também à minha mãe, Bernadete, e ao meu pai, Luís, que me ensinaram a dar valor na educação e são pessoas as quais me inspiro (em todos os sentidos) e pelas quais nutro um amor infinito e incondicional, meus sinceros agradecimentos.*

*Ao Oriel, que me trouxe paz nos momentos de insegurança e sempre acreditou que eu poderia superar os meus limites. Você renova todos os dias minha força e determinação, obrigada.*

*Aos “Sujeitos”, os quais fizeram toda a diferença nessa caminhada, agradeço pelas boas risadas, por estarem ao meu lado em eventuais dificuldades e por serem tão maravilhosos, espero, que essa amizade seja nutrida pelas próximas décadas.*

*Aos membros, funcionários e colaboradores da Defensoria Pública de Marília, por me proporcionarem um estágio enriquecedor, que contribuiu essencialmente na minha formação acadêmica e pessoal e, especialmente, ao Doutor César Augusto Luiz Leonardo, pelo apoio, orientação, pela paciência e pela amizade, obrigada.*

*Aos meus amigos e, também aos colegas de turma, por aguentarem as minhas ausências, por terem paciência e respeitarem as minhas decisões, por estarem comigo em parte da minha jornada, vocês são muito especiais e tenho por vocês um afeto sem limites.*

*Por fim, agradeço aos professores do UNIVEM, por todos os ensinamentos e por auxiliarem na minha formação profissional, e principalmente ao professor Carlos Ricardo Fracasso, pelos ensinamentos, pela paciência e, pela ajuda que possibilitaram que eu realizasse este trabalho.*

*“Tudo me é permitido, mas nem tudo convém. Tudo me é permitido, mas eu não me deixarei dominar por coisa alguma”. 1 Coríntios 6:12*

MAZZO, Aline Zapaterra. **A função do juiz no Processo Penal Constitucional**. 2017. 75f. Trabalho de Curso. (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

## RESUMO

O presente trabalho “A função do juiz no Processo Penal Constitucional”, tem como objetivo demonstrar a importância da pessoa do magistrado como garantidor dos princípios constitucionais e do justo processo judicial, principalmente no tocante aos direitos do acusado no processo penal, haja vista que perante a sociedade leiga, àquele que está sendo processado pelo cometimento de um crime é visto como inimigo do Estado, não merecendo garantias. Para tanto, faz-se necessário estudar o instituto precursor ao processo penal (inquérito policial), assim como o garantismo jurídico, teoria que inspirou os princípios da Constituição Democrática. Ademais, analisa-se o instituto do processo penal constitucional e os princípios que asseguram o seu justo desenvolvimento. Por fim, considera a figura do juiz como meio de efetivação de um processo justo e a possibilidade de concretização de direitos fundamentais historicamente pretendidos. Desta forma, busca-se, como escopo final, ressaltar a relevância de um juiz oposto àquele adstrito à letra da lei, pois os indivíduos clamam por juízes que se atentem às realidades sociais, se mantendo imparcial frente às partes e garantidor de um processo justo, apontando como possível solução a figura polêmica do “juiz das garantias”.

**Palavras-chave:** Função do Juiz. Processo Penal. Garantidor dos direitos fundamentais.



MAZZO, Aline Zapaterra. **A função do juiz no Processo Penal Constitucional**. 2017. 75f. Trabalho de Curso. (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

## ABSTRACT

The purpose of this work, "The role of the Judge in the Constitutional Criminal Process", is to demonstrate the importance of the person of the magistrate as guarantor of constitutional principles and due judicial process, especially with regard to the rights of the accused in criminal proceedings, that before the lay society, the one who is being prosecuted for the commission of a crime is seen as an enemy of the State, and deserve no guarantees. Therefore, it is necessary to study the precursor institute to the criminal process (police investigation), as well as the legal guarantee, a theory that inspired the principles of the Democratic Constitution. In addition, it analyzes the institute of the constitutional criminal procedure and the principles that assure its just development. Finally, it considers the judge as a means of achieving a fair trial and the possibility of realizing fundamentally historical rights. In this way, the ultimate goal is to emphasize the relevance of a judge who is opposed to the one attached to the letter of the law, since individuals call for judges to be attentive to social realities, remaining impartial to the parties and guarantor of a fair process, pointing out as a possible solution the controversial figure of the "judge of guarantees".

**Keywords:** The role of Judge. Criminal Process. Guarantor of fundamental rights.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AJUPE – Associação dos Juízes Federais;

Art. – Artigo;

EC – Emenda Constitucional;

CF – Constituição Federal;

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos;

CNJ – Conselho Nacional de Justiça;

CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público;

CPP – Código de Processo Penal;

MP – Ministério Público;

PLS – Projeto de Lei do Senado;

STF – Supremo Tribunal Federal;

v.g. – “verbi gratia”, ou, por exemplo.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 - DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL .....	11
1.1. Do inquérito policial .....	11
1.2. O garantismo penal como princípio teórico.....	18
1.3. As garantias aplicadas a fase do inquérito policial .....	26
CAPÍTULO 2– O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL .....	29
2.1. Os sistemas processuais penais .....	29
2.2. O sistema adotado no brasil.....	34
2.3. O processo penal analisado à luz da nova ordem constitucional.....	36
2.4. Das garantias do acusado sob a ótica do atual processo penal constitucional.....	40
CAPÍTULO 3 – O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL .....	53
3.1. O princípio do juiz natural, imparcial e independente.....	53
3.2. O papel do juiz frente ao inquérito policial .....	59
3.3. A função do juiz no processo penal constitucional .....	61
3.4. O anteprojeto do código de processo penal e a polêmica figura do “juiz das garantias” .....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade a problematização da função que os magistrados exercem no âmbito do Processo Penal, à luz da Constituição Federal, bem como as divergências apontadas acerca de suas atribuições tanto no inquérito policial, como também, no processo penal. O trabalho tentará demonstrar que o juiz, independentemente do momento em que se encontrar (investigatório ou processual) deverá se manter imparcial a fim de garantir os direitos fundamentais ao acusado, bem como a efetivação do devido processo legal, amplamente adotado a partir da Constituição de 1988.

A escolha do tema resulta de uma somatória de fatores, quais sejam: o fato de que a partir de estudos e pesquisas científicas constatou-se que o sistema persecutório brasileiro é ineficaz no combate à criminalidade, pois este é anacrônico, em vigor desde 1941, e já não diz respeito às realidades sociais brasileiras, contribuindo apenas para o encarceramento em massa; como também, principalmente, o importante papel desenvolvido pelo juiz, tanto como instrumento para efetivação do devido processo legal, como também, exercício da sua função social.

A metodologia utilizada para a realização deste trabalho foi baseada no método hipotético-dedutivo, a partir do uso de pesquisas essencialmente bibliográficas, a partir de pesquisa doutrinária, artigos científicos e jurisprudência pacificada, com fundamento, também, nos princípios internacionais e constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico vigente, buscando estabelecer uma conexão com os elementos precursores do Processo Penal e a atual Constituição Federal, objetivando demonstrar a necessidade de um juiz imparcial que interprete o Código de Processo Penal à luz da Constituição, visando a efetivação do Processo Penal Constitucional, com bases reais no sistema processual penal acusatório.

Primeiramente, o presente estudo se concentrará em examinar o instituto do inquérito policial, abordando o seu conceito, natureza jurídica, finalidade, os principais atos desenvolvidos nesta fase pré-processual e, ainda, o seu valor probatório a ser considerado pelo magistrado competente. Ademais, ainda no primeiro capítulo, buscar-se-á esboçar a teoria do garantismo penal, idealizada pelo italiano Luigi Ferrajoli, tal como os principais princípios decorrentes desta teoria, que fundamentam a Constituição brasileira atual, com isso, pretende-se, ao final do capítulo estabelecer os direitos que devem ser assegurados aos indiciados, mesmo que durante a fase de investigação, período em que não há o contraditório.

Num segundo momento, passará a discorrer a respeito dos sistemas processuais: acusatório e inquisitório, até chegar ao sistema que o Brasil adotou. No mais, em harmonia com a teoria garantista, analisará o Processo Penal a partir dos princípios elencadas na Constituição Federal, os quais asseguram o Estado Democrático de Direito, fazendo com que o processo se humanize e proporcione aos indivíduos os direitos arrolados na Constituição. A partir destes pressupostos, enumerará as principais garantias que fundamentam o nosso atual Processo Penal, interpretados à luz da Constituição.

Por fim, no terceiro capítulo, consciente do que restou previamente alicerçado, buscará apresentar a o juiz imparcial, natural e independente como essencial para o Processo Penal Constitucional. Bem como, buscou-se demonstrar formas de atuação do juiz durante o inquérito policial e, durante o processo penal, visando, sempre, uma atuação mais justa do magistrado. E, também, apresentar-se-á o polêmico “juiz das garantias”, presente no anteprojeto do Código de Processo Penal, como uma possível maneira, de garantir o princípio acusatório, e com ele, princípios como a imparcialidade e contraditório.

## CAPÍTULO 1 - DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

A investigação criminal trata-se de procedimento imprescindível, uma vez que um processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados básicos do processo penal constitucional (LOPES JR., 2009, p. 223).

Tal preparação, ou investigação preliminar, no Brasil, dá-se o nome de inquérito policial<sup>1</sup>, sendo válido apontar que tal procedimento administrativo é apenas uma espécie de investigações existente, sendo o adotado pelo nosso Código de Processo Penal vigente, o qual separou o Título II para tratar sobre o “Inquérito Policial”.

Contudo, é pertinente pontuar que o inquérito policial está em crise. Os juízes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, que não serve como elemento de prova na fase processual. O Ministério Público reclama da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito é um procedimento excessivamente moroso e, nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando de novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução (LOPES JR., 2009, p. 224).

Apesar disto, tem-se que a investigação é fase relevante no processo criminal, tanto para quem acusa como para a defesa. Para a acusação, porque depende essencialmente dela para obter elementos da materialidade do crime ou da autoria. Já para a defesa, a prévia investigação é elementar para evitar acusações apressadas e injustas (FERNANDES, 2005, p. 320).

### 1.1.Do inquérito policial

#### a) Conceito

O inquérito policial precede ao processo penal, que se iniciará com a apresentação da queixa-crime ou da denúncia, sendo um procedimento administrativo, que é presidido, em regra, pela autoridade policial, e se resume a um conjunto de diligências realizadas pela polícia civil ou militar, a fim de juntar provas da materialidade da infração penal, bem como indícios

---

<sup>1</sup> No Brasil, existe também a investigação que se dá por meio do chamado “Termo Circunstanciado”, com fundamento legal na Lei nº. 9.099/95, visando, exclusivamente, a apuração das infrações de menor potencial ofensivo.

da autoridade delitiva, para que o titular da ação penal (Ministério Público, se se tratar de ação penal pública ou o querelante, em se tratando de ação penal privada), possam ingressar em Juízo (LIMA, 2017, p. 105).

De acordo com Aury Lopes Jr. (2009, p. 255), inquérito é o ato ou efeito de inquirir, isto é, procurar informações sobre algo, colher informações acerca de um fato, perquirir. Ainda de acordo com o autor, o Código de Processo Penal vigente, denomina a fase preliminar ao processo de inquérito “policial” fazendo uma alusão ao órgão encarregado desta atividade, ou seja, as autoridades policiais.

É possível deduzir a partir da leitura do artigo 4º, do Decreto-Lei nº. 3.698, de 03 de outubro de 1941, com redação determinada pela Lei nº. 9.043, de 09 de maio de 1995 a definição legal do inquérito trazido pelo legislador, qual seja: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria” (BRASIL, 1941).

Ainda, segundo Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 105), é um procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados na notícia do crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal.

#### b) Natureza jurídica

Quanto à natureza jurídica do inquérito policial, aponta Aury Lopes Jr. (2009, p. 256) que está intrinsecamente ligada ao sujeito, bem como à natureza dos atos praticados, de modo que deve ser considerado como um procedimento administrativo pré-processual.

Corroborando com tal posicionamento estabelece Valter Foletto Santin que:

Inquérito policial é o *procedimento administrativo*, preparatório ou preliminar da ação penal, conduzido por autoridade policial, destinado à apuração das infrações penais e da sua autoria pela autoridade policial (art. 4º, caput, do Código de Processo Penal), para servir de base ao oferecimento de denúncia pelo órgão de acusação (Ministério Público) ou o arquivamento do caso (SANTIN, 2007, p. 34) (grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, preceitua Gustavo Henrique Badaró (2017, p. 124) que a investigação policial é um procedimento administrativo, sendo, por natureza: inquisitório, escrito e “sigiloso”.

Em outras palavras, tem-se que é um procedimento de natureza administrativa. Não se tratando de um procedimento judicial, nem processo administrativo, pois dele não se resulta a imposição de nenhuma espécie de sanção (LIMA, 2017, p. 105).

Ainda em relação ao doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 105), tem-se que o inquérito policial é mera peça informativa, não havendo, nesta fase, o exercício da pretensão punitiva, porquanto não há que se falar em partes *stricto sensu*, já que não existe peça acusatória (denúncia ou queixa) e nem procedimento sob a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Desta maneira tem-se que o inquérito policial tem natureza administrativa, é inquisitório, pois dispensa os princípios do contraditório e da ampla defesa, contudo, deve, obrigatoriamente, ser escrito e relatado por autoridade policial, bem como os atos sob investigação são sigilosos.

#### c) Finalidade

Convém observar que para que nasça para o Estado o seu *ius puniendi*, ou em outras palavras, o direito de punir aquele que infringe norma penal, é necessário que haja uma investigação criminal e que nesta apuração, se busque esclarecer a materialidade e a autoria de um fato tido como criminoso, uma vez que tal fato deverá ser típico, antijurídico e culpável, nos termos da teoria geral do delito.

Portanto, o inquérito policial é o instrumento usado pelo Estado para a colheita dos elementos de investigação, viabilizado o oferecimento da peça acusatória quando houver justa causa para o processo (*fumus comissi delicti*), mas também são úteis para identificar pessoas inocentes e, evitar que estas pessoas não sejam injustamente submetidas às cerimônias degradantes do processo penal (LIMA, 2017, p. 106).

Ainda sobre o assunto reflete o autor supramencionado:

Os elementos de informação colhidos no inquérito policial são decisivos para a formação da convicção do titular da ação penal sobre a viabilidade da acusação, mas também exercem papel fundamental em relação à decretação das medidas cautelares pessoais, patrimoniais ou probatórias no curso da investigação policial. De fato, para que as medidas cautelares como a prisão preventiva ou uma interceptação telefônica sejam determinadas, é necessário um mínimo de elementos quanto à materialidade e autoria do delito. Além disso, também são úteis para fundamentar eventual absolvição sumária (LIMA, 2017, p. 106).



Nessa mesma linha, acrescenta Santin (2007, p. 34), que o inquérito policial é o principal instrumento de investigação das polícias, federal e civil, presente no Brasil, com a finalidade de investigar e apurar os crimes (art. 144, §1º, inciso I e §4º, da Constituição Federal), atividade disciplinada nos artigos 4º ao 23, do Código de Processo Penal.

No entanto, se entende que a finalidade principal da investigação policial é apurar apenas a probabilidade da existência de crime, bem como a sua autoria, não visando, em nenhum momento, atingir o campo da certeza (BADARÓ, 2017, p. 122). Uma vez que nem sempre será possível comprovar a autoria do crime, sendo necessário apenas indícios amparados por um nexo de causalidade para amparar o detentor da ação pública buscar seu convencimento.

Expostas tais considerações, cumpre mencionar que é a diferença entre a fase do inquérito policial e a fase do processo penal está centrada em seus objetivos. Enquanto para na primeira, se tem o escopo de obter todos os elementos informativos para que a parte acusatória possa propor ação penal contra o suposto acusado; na segunda, busca-se demonstrar a legitimidade da pretensão punitiva ou aceitar os argumentos trazidos pela defesa.

#### d) Do valor probatório

Primeiramente, faz-se necessário apontar que o artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, estabelece que: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão, *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”, redação advinda da Lei nº. 11.690/08, que inseriu a palavra em destaque (BRASIL, 1941).

A respeito do tema, Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 108) deduziu que o inquérito policial tem valor probatório relativo, pois os elementos produzidos em dada circunstância, não tem a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, o que, em tese, violaria o preceito constitucional do artigo 5º, inciso LV, entretanto, tais elementos não devem ser também desprezados, podendo somar às provas produzidas em Juízo e, assim, servir como um elemento na formação da convicção do órgão julgador.

Ressalta-se ainda que este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que se manifestou no sentido de que as provas produzidas durante o inquérito podem influir na

formação do livre convencimento do magistrado, quando complementar outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em Juízo (LIMA, 2017, p. 107-108).

Neste mesmo sentido, aponta-se que as provas colhidas em sede de investigação policial, apenas terão valor probatório se elas forem confirmadas durante a produção de provas na fase instrutória do processo.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Badaró (2017, p. 152) prescreve que para que tenha valor probatório, os elementos de informação presentes na fase da investigação preliminar deverão ser ratificados pelas demais provas a serem produzidas em Juízo, perante os princípios do contraditório e da ampla defesa. Tanto os elementos de informação do inquérito quando as provas trazidas em Juízo deverão ser convergentes, apontando para o convencimento do Juiz.

Sem embargo ao posicionamento acima mencionado, Aury Lopes Jr. (2009, p. 296) assevera que, como regra geral, o valor dos elementos coligidos no curso do inquérito policial somente serve para fundamentar medidas de natureza cautelar e, no momento da admissão da acusação, para justificar a denúncia/queixa ou o arquivamento.

Nesse diapasão, os elementos fornecidos pelo inquérito policial têm o valor de *meros atos de investigação*, não servindo para justificar um juízo condenatório, pois não observam os incisos LIII, LIV, LV e LVI, do artigo 5º, e o inciso IX, do artigo 93, ambos da Constituição Federal, bem como o artigo 8º, da CADH, o inquérito policial jamais poderá gerar elementos de convicção valoráveis na sentença para justificar uma condenação (LOPES JR. 2009, p. 297) (grifo nosso).

Consequentemente, Aury Lopes Jr, posiciona-se no sentido de que:

Os elementos de convicção produzidos/obtidos no inquérito policial e que se pretenda valorar na sentença, devem ser, necessariamente, repetidos na fase processual. Para aqueles que por sua natureza sejam irrepetíveis ou que o tempo possa tornar irrepetíveis, existe a produção antecipada de provas (LOPES JR., 2009, p. 298).

Pois bem. Entende-se que o inquérito policial gera apenas atos de investigação, podendo ser utilizados na sentença apenas quando repetidos em Juízo, posto que, sozinhos, tais atos de investigação têm eficácia limitada, interna à fase inquisitorial.

e) Atos de desenvolvimento do Inquérito Policial

A forma de instauração do inquérito policial será condicionada à respectiva ação penal do crime a ser apurado. Em outras palavras, se o crime noticiado for de ação penal pública incondicionada, a investigação poderá se iniciar de ofício pela autoridade policial, mediante requisição do Ministério Público ou do juiz, ou ainda, por requerimento do ofendido. Se, no entanto, a ação penal for pública condicionada, o inquérito apenas será instaurado após a representação do ofendido, respeitando-se o prazo decadencial de seis meses. Por fim, em se tratando de ação penal privada, o inquérito só se iniciará com a devida representação do ofendido (BADARÓ, 2017, p. 130-132).

De acordo com o que preceitua Aury Lopes Jr (2009, p. 280), após a ciência de uma notícia-crime, incumbe a polícia judiciária a instauração do inquérito, que tem por finalidade, conforme descrito acima, obter provas da materialidade do delito, bem como indícios da autoria, para proporcionar elementos de convicção ao acusador.

A respeito do tema, dispõe o artigo 6º, do CPP, de modo não taxativo, sobre as diligências a serem efetuadas pelos policiais, a mencionar:

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

I – dirigir-se ao local, providenciando para que não alterem o estado de conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstanciais;

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 o 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 suas folhas 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 pelo cuidado dos filhos, indicando a pessoa presa (BRASIL, 1941).

O disposto no inciso I, será elementar para os crimes materiais, ou seja, que produzem algum resultado externo, sendo muitas vezes necessário para a constatação do crime a

necessidade de realização de exame de corpo de delito. Nestes casos, será essencial que a polícia se dirija ao local do fato e, preserve-o como encontrado, para maior eficácia do exame.

O autor Gustavo Badaró (2017, p. 135) relata que, apesar da importância na preservação do local do crime, na prática, diversas vezes não se conserva o local adequadamente, de forma que, quando o perito chega à cena delitiva, muita coisa se perdeu.

No tocante ao inciso II, trata-se da apreensão dos objetos relacionados direta ou indiretamente à prática de delitos, bem como com eventual resultado. É imprescindível que tente demonstrar por perícia o local exato em que os objetos foram encontrados. É necessário ressaltar que para que a apreensão seja considerada lícita, deverá preencher os requisitos, quando obrigatórios, por exemplo, a indispensabilidade de autorização judicial em mandado de busca e apreensão domiciliar.

Além disso, é válido ressaltar que os objetos apreendidos na apuração do crime, se de natureza ilícita, ao final do processo, ou no decorrer deste, será determinada o seu perdimento, contudo, se lícito, quando não se mostrar mais conveniente à investigação, será devolvido a quem de direito (BADARÓ, 2017, p. 136).

O inciso IV discorre a respeito da oitiva da vítima, que deverá ser realizada sempre que possível. O depoimento da vítima deverá ser prestado o mais rápido possível para encaminhamento das investigações, como também para o esclarecimento dos fatos. No entanto, é fundamental que se ouça o ofendido com certa ressalva, haja vista seu envolvimento emocional com o fato delituoso e consequente interesse no deslinde da investigação (LIMA, 2017, p. 134).

Já o inciso V, causa certa divergência entre a doutrina. Para alguns, não se pode chamar as *declarações* do acusado de inquérito, pelo simples fato de que não há interrogatório na fase pré-processual, pois se trata de ato privativo de juiz. Portanto, o que se tem na fase investigativa é a oitiva do suspeito, sem valor probatório e sem coerção (LOPES JR., 2009, p. 281).

Não obstante tal posicionamento, na prática, a oitiva do ofendido é reconhecida como se interrogatório fosse. Porém, assevera Lopes Jr. (2017, p. 281) que independente da nomenclatura que se dê ao ato, o que não se pode prescindir é que ao sujeito passivo deverão ser garantidos, já na fase de investigação policial, os direitos de saber em que qualidade presta as declarações, de estar acompanhado de advogado e que, se quiser, poderá permanecer em silêncio, sem que tal ação lhe acarrete qualquer prejuízo.

Por falta de regulamentação sobre o tema tratado no inciso VI que diz respeito ao reconhecimento de pessoas e coisas, bem como acareações, as autoridades policiais deverão ser

orientadas de acordo com o que preceitua o disposto nos artigos 226 a 228 e, artigos 229 e 230, do Código de Processo Penal.

No mesmo sentido o inciso VII aduz que a polícia poderá realizar exame de corpo de delito, principalmente nos crimes de lesão, ou em crimes materiais, onde o corpo de delito é essencial para a comprovação da materialidade delitiva, além de quaisquer outras perícias não abrangidas até então.

Expõe ainda o referido artigo, nos incisos VIII e IX, a respeito da qualificação do acusado, bem como a averiguação de sua vida pregressa, a partir da juntada das suas folhas de antecedentes criminais. Conforme preceitua Lopes Jr. (2009, p. 285) o inciso VIII, tem cabimento no art. 5º, LVIII, da CF, sendo posteriormente regulamentado pela Lei n. 10.054, de 2000, que estabeleceu que a identificação criminal será realizada por exame datiloscópico e fotográfico, mesmo para quem apresentar documento de identidade reconhecido.

Outrossim, o inciso IX alude sobre a vida pregressa do acusado, sendo que tais dados são relevantes pois, diante da análise das folhas de antecedentes trazidos nos autos é possível que o Ministério Público proponha transação penal ou suspensão condicional do processo se o acusado portar bons antecedentes.

Entretanto, Gustavo Badaró (2017, p. 137) afirma que, no mais, em especial, em caso de condenação, a vida pregressa será analisada no dispositivo da sentença, na parte da dosimetria da pena, quando deverá ser considerada entre as circunstâncias judiciais a serem ponderadas pelo magistrado.

Por fim, restou apontado alguns dos principais atos de desenvolvimento do inquérito policial, nota-se, contudo, que tal rol não é exauriente, podendo ser complementado a depender do caso e da prova a ser produzida, tudo para contribuir para o fornecimento de elementos fáticos que demonstrem autoria e materialidade do delito e que acarretarão, ou não, no prosseguimento da ação penal, a ser iniciada pelo Ministério Público ou pelo ofendido.

## 1.2.O garantismo penal como princípio teórico

Historicamente influenciados pela Revolução Francesa, os filósofos iluministas, entre os séculos XVII e XVIII, tendo como expoentes John Locke e Voltaire, os quais defendiam o domínio da razão sobre o absolutismo que dominava o cenário político da época (ROSA, 2001,

p. 16). Neste contexto, tem-se que o garantismo penal é considerado uma herança do iluminismo e ampara a proteção das garantias do cidadão, em especial a liberdade e igualdade.

O modelo penal garantista foi recepcionado pela Constituição Italiana, dentre outras, como, por exemplo, a Constituição Brasileira de 1988, devendo ser visto como um paradigma teórico de racionalidade, busca pela justiça e de liberdade da intervenção punitiva por parte do Estado (NOVELLI, 2014, p. 120).

Neste diapasão, na falta de um conceito preciso de “garantismo penal”, o doutrinador Luigi Ferrajoli (2002, p. 680), idealizador do modelo garantista, diz ser possível distinguir três significados diversos, mas conexos entre si, para se chegar a um conceito de modelo garantista. Primeiramente, poderia ser definido como:

Um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

Desta forma, o garantismo penal, em sua primeira concepção, poderá ser entendido como um modelo que visa à segurança dos direitos dos cidadãos que, em um Estado Democrático de direito, limita os poderes autoritários do Estado em face da liberdade do cidadão, ou seja, atua como um minimizador do poder punitivo e, também atua de forma a maximizar dos direitos do cidadão.

Neste sentido, é notório ressaltar que os direitos fundamentais dos brasileiros se encontram arrolados na Constituição Federal, sendo esta considerada por grande parte da doutrina como garantista, pois engloba diversos princípios e direitos a serem tutelados pelo Estado, contudo, pouco se discute a respeito da sua efetivação no mundo prático.

Em um segundo sentido, o garantismo seria conhecido como:

Uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categoriais distintas não só entre si, mas, também, pela existência ou vigor das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e as práticas operacionais (tendentemente antigarantistas) (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

De acordo com esse conceito, o autor busca demonstrar uma visão crítica de diversos ordenamentos jurídicos, pois, muitos, na teoria tem uma conotação garantista (como ocorre com a nossa Constituição Brasileira e, conseqüentemente, com o Código de Processo Penal), contudo, na prática, o garantismo não é aplicado (NOVELLI, 2014, p. 121).

Em outras palavras, partindo deste segundo conceito, é possível compreender que o autor almejou a criação de um modelo que enquadrasse não apenas os conceitos teóricos, mas conseguisse efetivamente realizar tais conceitos no mundo fático, portanto, não se trata apenas de mera conceituação, busca-se através deste sistema, efetivar as normas racionalmente elaboradas.

Para o terceiro significado de garantismo penal, Ferrajoli (2002, p. 685) aduz que:

Garantismo designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

Conforme o terceiro conceito trazido pelo autor, com uma forte conotação iluminista, demonstra que, diferentemente das demais concepções, tal visão é obrigatoriamente externa. Portanto, critica uma perspectiva externa, ou seja, não analisa o ponto de vista normativo, ou o conflito de normas, direciona a sua crítica ao âmbito da filosofia (NOVELLI, 2014, p. 121).

A despeito do tema, Pacelli (2017, p. 35) aduziu que, embora toda e qualquer garantia processual individual se insira no contexto de garantismo, não significa que o seu conceito possa ser resumido a um conjunto de garantias estipuladas em favor do acusado.

Desta forma salienta a importância do garantismo, não apenas para o direito penal, mas para as diversas áreas do direito, pois o garantismo constitui, em sua terceira perspectiva, uma visão externa, isto é, trata-se de valor fundante dos direitos tutelados pelo Estado, traduzidos nos interesses e necessidades naturais dos indivíduos de dada coletividade. De acordo com essa concepção, o garantismo encontra-se além do direito interno, contudo, encontra fundamento para sua efetivação neste.

A partir da apresentação dos três diferentes significados do símbolo “garantismo” formulado por Ferrajoli, Novelli (2014, p. 122) sintetiza em um quarto e único conceito da

teoria do garantismo penal, como sendo uma política criminal de mínima intervenção do Estado no sistema penal, embasado na validade da norma e na sua efetividade, atuando no âmbito interno e externo ao Estado e ao direito, objetivando buscar a finalidade da normal penal.

Nesse mesmo sentido, Norberto Bobbio conceituou o garantismo jurídico, no prefácio da obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli, como sendo “[...] construção das colunas mestras do Estado de direito, que têm por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder”.

A jurisprudência tem, aos poucos, tentado incorporar o garantismo penal à prática forense, sendo necessário ressaltar o voto proferido pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sendo o relator, o desembargador Amilton Bueno de Carvalho (2006, p. 147), o qual relata:

Correição Parcial. O órgão acusador – parte que é e poderes que tem – não pode exigir que o Judiciário requisite diligências, quando o próprio Ministério Público pode fazê-lo. O mito que o processo penal mira a “verdade real” está superado. A busca é outra: julgamento justo ao acusado (lições de Adauto Suannes e Luigi Ferrajoli). O papel do juiz criminal é de equidistância: a aproximação entre acusador e julgador é própria do medieval inquisitório. Correição parcial improcedente.

Corroborando com a perspectiva apresentada, para Alexandre de Moraes Rosa (2001), os Direitos fundamentais se constituem em laços substanciais normativamente impostos, tidos como condição de existência de todos, razão de ser do Estado. Logo, os direitos fundamentais, indicam deveres positivos ao Estado no âmbito social e limitam negativamente a atividade estatal frente à liberdade dos indivíduos.

Em suma, seria uma modelo de freio ideológico aos poderes irrestritos do Estado, majorando as garantias do cidadão, principalmente a sua liberdade, cabendo aos Estados limitarem o seu poder punitivo como *ultima ratio*.

#### i) Dos princípios que fundamentam o garantismo penal

Para alcançar os objetivos propostos pela teoria do garantismo penal, Ferrajoli aponta dez princípios ou axiomas, que fundamentam o seu raciocínio jurídico. Tais princípios são



proposições prescritivas, considerados instrumentos para a efetivação da sua teoria, não descrevendo como o ordenamento jurídico efetivamente é, mas como ele deveria ser.

Trata-se, portanto, de implicações deônticas, normativas ou de dever ser, sendo que a partir de suas aplicações nos diversos sistemas jurídicos, que se tornarão axiomatizados, dará vida a modelos normativos ou axiológicos (FERRAJOLI, 2002, p. 74). Desta maneira, a adoção do modelo garantista, pressupõe a adoção de um sistema de proteção aos direitos essenciais dos cidadãos frente aos desmandos do Estado.

Um dos principais princípios apresentados para embasar a teoria do garantismo penal é o princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*). Para o autor, diferentemente do conceito adotado pela doutrina, tal axioma deverá ser entendido em seu sentido *lato sensu*, em outras palavras, tal princípio abrange todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal.

De acordo com Luigi Ferrajoli (2002, p. 76), a “mera legalidade” é aquela descrita no artigo 1º, do atual Código Penal, bem como no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, a qual preceitua que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, neste sentido, o princípio da legalidade se identifica com a reserva relativa da lei e se limita a estabelecer a sujeição do juiz às leis positivamente existentes, qualquer que seja a formulação do seu conteúdo, na qualificação jurídica dos fatos julgados.

Contudo, para o autor, além deste conceito, há também a “legalidade estrita”, que é uma regra semântica metalegal, dirigida ao legislador, indicando que as figuras abstratas do delito devam ser conotadas na lei mediante propriedade ou características essenciais, idôneas a determinarem seu campo de denotação de maneira exaustiva, de forma que os fatos concretos que a norma inclua, simbolizem elementos constitutivos do delito (FERRAJOLI, 2002, p. 98/99).

Destarte, esse princípio expressa, a princípio, que não há crime, nem pena, sem lei anterior que os defina, portanto, tem como destinatário os juízes, exprimindo a mensagem de que estes encontram-se subordinados ao ordenamento jurídico, seja qual for o conteúdo das normas. Por outro lado, denota a proposta garantista, ao mandar uma mensagem ao legislador para que vincule a elaboração das leis de acordo com os axiomas garantistas e, direitos fundamentais.

A respeito deste princípio, preleciona Paulo Bonavides:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem

abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Trata-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição (BONAVIDES, 1994, p. 112).

Continuando, tem-se que a principal garantia processual, a qual é presunção para a existência das demais, e o segundo axioma aqui apresentado é chamado de submissão à jurisdição, não há culpa sem jurisdição, ou ainda, *nulla culpa sine iudicio*. Esse princípio, assim como o anteriormente mencionado, pode ser compreendido em dois sentidos distintos e complementares entre si.

Segundo a visão *lato sensu*, o juízo é apenas uma exigência do conjunto das garantias penais ou substanciais, desta concepção decorrem as garantias orgânicas, as quais aduzem a respeito da formação do juiz, bem como a sua colocação institucional em relação aos outros poderes do Estado e aos outros sujeitos do processo. Deste conceito decorrem os subprincípios da independência, imparcialidade, responsabilidade do juiz, bem como o da separação entre juiz e acusação, o juiz natural e da obrigatoriedade da ação penal (FERRAJOLI, 2002, p. 433).

Já com base no sentido *stricto sensu* exprimem os procedimentos e as garantias de que depende o caráter cognitivo ou declarativo do juízo, deste conceito decorrem as garantias denominadas procedimentais, relativas à formação do juízo. Decorre de tal garantia os seguintes postulados: do contraditório, do ônus da prova, da publicidade, oralidade, dos direitos da defesa e da motivação dos atos judiciais entre outros (FERRAJOLI, 2002, p. 434).

Em resumo, somente a jurisdição seria condição necessária para obter a prova de um sujeito praticou determinado crime, quando não há provas a serem produzidas em Juízo que incriminem o suspeito, nenhum delito pode ser considerado e, a nenhum sujeito poderá ser imputado pena alguma.

A partir do princípio supramencionado (da submissão à jurisdição) deriva outro princípio, considerado por muitos como sendo pressupostos de todas as demais garantias do processo penal, qual seja o princípio da presunção de inocência.

De acordo com o princípio da presunção de inocência, postula-se que o acusado deverá ser considerado inocente até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação, pois antes disso, na dúvida, o réu deverá ser inocentado.

É sobre essa opção que Montesquieu fundou o nexos entre liberdade e segurança dos cidadãos: “a liberdade política consiste na segurança, ou ao mesmo na convicção que se tem da própria segurança”, e “essa segurança nunca é posta em perigo maior do que nas acusações públicas e privadas”, de

modo que “quando a inocência dos cidadãos não é garantida, tampouco é a liberdade”. Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias – que a culpabilidade-presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança, ou, se quisermos, de defesa social (...) (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Portanto, há dois sentidos que podem ser extraídos do axioma da presunção de inocência, o primeiro é “regra de tratamento do imputado”, que suprime ou limita ao máximo a restrição imposta a liberdade pessoal, ou “regra de juízo”, que impõe o ônus da prova à acusação, sendo que, em caso de dúvida, o acusado deverá ser absolvido.

Na prática, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado (PACELLI, 2017, p. 59-60), no entanto, este princípio tem enfrentado grande divergência doutrinária a respeito de sua aplicação, o que será compreendido mais adiante.

Um terceiro princípio apontado por Luigi Ferrajoli (2002, p. 450) é o princípio da não derrogação do juízo ou, *nullum iudicium sine accusatione*. Em outras palavras, quer dizer, em um primeiro sentido, que o julgamento é indeclinável, ou seja, o juiz não pode resistir a julgar qualquer assunto; ademais, ele é infungível, ou seja, não pode ser substituído por outra forma de atividade potestativa operadas por outros sujeitos públicos ou privados.

Este princípio em análise, primeiramente, impõe uma obrigação ao juiz, que no ordenamento jurídico brasileiro, seria a obrigação de se manter equidistante às partes; secundariamente, também impõe ao Estado uma obrigação, ou seja, designa o monopólio judicial da repressão penal, nestes termos, há uma necessidade de que o processo se desenvolva nas formas do juízo e seja confiada à competência exclusiva do juiz ordinário (FERRAJOLI, 2002, p. 450).

O autor ressalta que em ambos os sentidos, há uma implícita responsabilidade por parte do Estado, pois ambas remetem à organização da atividade judicial, por um lado, diz a respeito da divisão entre a função a ser exercida pelo juiz e pela acusação, por outro lado, refere-se aos procedimentos e aos métodos de investigação que definem o juízo (FERRAJOLI, 2002, P. 450).

E elementar ressaltar, como será apresentado mais adiante que, apenas no sistema processual penal acusatório será possível desenvolver tal princípio de forma plana, pois, no sistema penal inquisitório, haverá uma confusão entre as funções de acusador e as funções de julgador. Portanto, é válido ressaltar que apenas o sistema acusatório é compatível com um Estado Democrático de Direito.

Desta forma, entende-se que o axioma acusatório como um dos pilares da concepção garantista, pois é fundamental o lugar ocupado pelo juiz na relação processual como critério de distinção entre o paradigma: acusatório e inquisitório.

Do princípio acima narrado, decorre outro axioma mencionado por Ferrajoli (2002, p. 455), denominado de princípio do ônus da prova ou *nulla accusatio sine probatione* (*não há acusação sem provas*). Tal princípio está intrinsecamente ligado à forma política do Estado, pois nos Estados absolutistas, em que vige o sistema penal inquisitório, o ônus da prova estará concentrado nas mãos do inquisidor. Contudo, em Estados democráticos, onde supostamente vige o sistema penal acusatório, o dever de provar será das partes.

Nas palavras de FERRAJOLI (2002):

No conflito, ademais, o primeiro movimento compete à acusação. Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do ônus acusatório da prova expresso pelo nosso axioma A9 *nulla accusatio sine probatione*. Por outro lado, a rígida separação dos papéis entre os atores do processo, que como se viu forma a primeira característica do sistema acusatório, impede que tal ônus possa ser assumido pelos sujeitos que não da acusação: não pelo imputado, a quem compete o contraposto direito de contestação, e de modo algum pelo juiz, que tem ao invés a função de julgar livremente a credibilidade das verificações e das falsidades exibidas.

De acordo com o que restou exposto, temos que o princípio do ônus da prova é conhecido no Brasil como o dever incumbido ao órgão acusador (Ministério Público) de provar indícios de autoria e prova da materialidade, enquanto que, traz à defesa a oportunidade de declarar prova em contrário (excludentes da ilicitude, culpabilidade, etc.).

Por fim, o último princípio descrito por Ferrajoli (2002) e, trazido para este trabalho é o *nulla probatio sine defensione*, em outras palavras, o axioma que originou o conhecido princípio do contraditório e da ampla defesa, incorporado, inclusive, como um princípio fundamental constitucional (art. 5º, LV, da CF/88).

Segundo o autor, está última garantia que por uma tendência lógica, não tem lugar no processo inquisitório, forma, dessa forma, um dos mais importantes instrumentos de solicitação e controle de método de prova acusatório, que consiste no contraditório entre as provas produzidas pela acusação e as contrapostas pela defesa (FERRAJOLI, 2002, 490).

Esse princípio pugna por uma disputa leal a partir da paridade de armas, ou, em outras palavras, pela igualdade das partes: que o imputado possa ter direito à defesa técnica, que a

acusação esteja despojada de quaisquer poderes sobre o acusado, entre outras garantias (FERRAJOLI, 2002, p. 491).

### 1.3. As garantias aplicadas a fase do inquérito policial

Em conformidade com Lopes Jr. (2009, p. 315-316), alguns direitos que amparam o indiciado preso são: o direito a não ser submetido a tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III, da CF), ou, neste mesmo sentido, salienta-se o direito do acusado de ter respeitada a sua integridade física e moral (artigo 5º, XLIX).

Já no caso de prisão em flagrante, o artigo 5º, inciso LXII, da Constituição determina que a prisão de qualquer pessoa, bem como o local para onde esta pessoa será encaminhada, deverão ser comunicadas *incontinenti* ao juízo competente, bem como à família do indiciado, ou ainda a pessoa por ele indicada (LOPES JR. 2009, p. 316).

Ademais, o artigo 5º, inciso LXIII, da CF, dispõe que o acusado que for preso cautelarmente será informado de seus direitos, dentre eles o direito constitucional de poder permanecer em silêncio, sem que isto interferira negativamente em seu julgado, bem como sendo-lhe assegurada a assistência da família e de um advogado, responsável por sua defesa técnica (LOPES JR., 2009, P. 316).

O direito ao silêncio é assegurado no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14, item 3, o qual preceitua que toda pessoa à qual é imputado fato considerado crime tem o direito de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”; e presente também na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, que no mesmo sentido, proclama, no artigo 8, item 2, que “é direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” (TUCCI, 2009, p. 301).

Por derradeiro, uma novidade que ainda está sendo adaptada à vida prática é a obrigatoriedade de realização de audiência de custódia, aqui arrolada como um direito atualmente incorporado aos direitos do indiciado.

É necessário apontar que a audiência de custódia foi inserida no Brasil em virtude da ratificação de pactos internacionais que versam sobre direitos humanos. Sobre tais tratados, importante ressaltar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San Jose da Costa Rica, este, por sua vez, preceitua em seu artigo 7, item 5 que:

Art. 7.5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Nas audiências de apresentação, os juízes decidem sobre a manutenção da prisão cautelar dos acusados ou, os colocam em liberdade sob a imposição de alguma medida cautelar alternativa à prisão, e, ainda, orientam os acusados a respeito dos seus defensores, bem como, pedem para que eles relatem possíveis agressões sofridas pela atividade dos policiais.

Posto isto, com a finalidade de dar cumprimento aos mencionados tratados internacionais reconhecidos pelo Brasil, alguns Tribunais de Justiça, do qual o do Estado de São Paulo foi o pioneiro, que iniciou o cumprimento da decisão do CNJ no início de 2016, motivados por essa decisão do Conselho Nacional de Justiça, passaram a editar atos normativos internos para regularem o modo pelo qual os seus órgãos devem garantir a efetivação do direito do preso a ser apresentado à autoridade judicial em audiência de custódia (BARBOSA).

No tocante aos direitos do indiciado que responderá ao processo em liberdade, são elencadas a partir do que dispõe o artigo 8, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, entre eles: a presunção de inocência; o direito de ser ouvido com as devidas garantias, em um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial; ser comunicado, de forma prévia, dos fatos que lhe são imputados; defender-se pessoalmente ou eleger um defensor para assisti-lo; poderá falar de modo particular com o seu defensor; o acusado poderá arrolar testemunhas, ou ainda solicitar a declaração de peritos, exigir exames, entre outras.

Por fim, é importante apontar que o indiciado poderá ainda exercer a sua defesa exógena, por meio da impetração do habeas corpus ou do mandado de segurança.

Apesar dos diversos direitos expressamente aqui apontados é necessário enfatizar que a fase pré-processual é essencialmente inquisitória, portanto, como mencionada Tucci (2009), bem como o próprio Lopes Jr. (2009, p. 318/319), não há contraditório na fase do inquérito policial, somente será exercida a defesa do suposto acusado em virtude do referido direito à informação, contudo, o direito ao acesso às informações não se confunde com o contraditório. Portanto, o contraditório apenas se manifesta na fase de investigação preliminar por meio da garantia do acesso aos autos do inquérito policial.

É válido ressaltar, no entanto, que a Constituição Federal de 1988, incorporou diversos princípios garantistas para o acusado não apenas na fase do inquérito policial, mas também

durante o processo, posto isto, tem-se o direito do preso à assistência familiar, o direito do preso à um advogado que lhe proporcione toda a defesa técnica, o direito de não ser identificado criminalmente, entre outros.

No entanto, nota-se que é fácil para um Estado esboçar um modelo garantista, por meio da estruturação de princípios abstratos que pressupõe direitos elementares aos seres humanos; difícil, porém, é conseguir a efetivação de tais normas. A partir disso, será demonstrado no próximo capítulo como ocorre a possível efetivação das garantias aqui elucidadas no andamento do processo penal.

## CAPÍTULO 2 - O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

### 2.1. Os sistemas processuais penais

Lopes Jr (2009, p. 57) relata que o ordenamento jurídico se modificou muito com o avanço das sociedades, sendo natural que nas épocas em que o Estado se viu seriamente ameaçado pela criminalidade, o Direito Penal estabeleceu penas mais severas e o processo se tornara, conseqüentemente, mais inflexível.

Ademais, tendo em vista a atual crise política vivenciada no Brasil, torna-se pertinente ressaltar a lição trazida por Goldschmidt<sup>2</sup> (apud LOPES JR., 2009, p. 57) ao dizer que o direito penal e o direito processual penal estão intrinsecamente ligados às vontades políticas governamentais de determinado Estado e em determinado momento histórico.

Desta maneira, a forma como o direito é regulado representa o reflexo dos valores dominantes em determinado momento histórico, sendo que todas as alterações políticas no tempo e a diversidade de ideologias em uma mesma época, faz com que haja diferentes modelos processuais na evolução histórica nos diversos países (FERNANDES, 2007, p. 18/19).

Com o desenvolvimento do Processo Penal criou-se, pela doutrina, três sistemas distintos de persecução penal, concebidos a partir do século XIX, os quais tinham a função de unificar as normas jurídicas, bem como assegurar as garantias fundamentais ao processo (penal).

Por conseguinte, tais garantias processuais são consideradas a proteção dos cidadãos no âmbito do processo, contra possíveis desmandos do Estado, detentor do *ius puniendi*, como anteriormente mencionado, sendo isto, justamente, o que diferencia os regimes democráticos de uma ditadura. Nas palavras do autor Norberto Bobbio (1999, p. 96):

A diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado [...] são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, [...]

---

<sup>2</sup> “los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal em general [...]” Texto original (Lopes Jr, 2009, p. 57).



Pois bem. A doutrina classifica tais sistemas como sendo: o sistema acusatório, sistema inquisitório e o sistema misto, que, de acordo com a grande parte da doutrina, foi o sistema adotado pelo Brasil.

a) O sistema acusatório

De acordo com o Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 40), o sistema acusatório vigorou durante boa parte da antiguidade grega e romana, assim como na Idade Média, nos domínios do direito germano. Contudo, de acordo com ele, a partir do século XIII, tal sistema entra em declínio, passando a ter prevalência o sistema inquisitivo.

Corroborando com o posicionamento anteriormente colocado, Lopes Jr. (2009, p. 58-59) menciona que o sistema acusatório remonta ao Direito grego, onde se desenvolve referendado pela participação direta do povo tanto no exercício da acusação, como na função de julgar, vigorando o sistema de ação popular para os delitos graves e a acusação privada para os delitos menos graves.

Mas na época do Império o sistema acusatório foi se mostrando insuficiente para as novas necessidades de repressão dos delitos, ademais de possibilitar com frequência os inconvenientes de uma persecução inspirada por ânimos e intenções de vingança [...]. A insatisfação com o sistema acusatório vigente foi causa de que os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores privados [...] (LOPES JR., 2009, p. 60).

Neste diapasão, Gustavo Badaró (2017, p. 98) ressalta que o processo acusatório é substancialmente um sistema entre partes, no qual a acusação e a defesa se contrapõem em igualdade de posições e, o magistrado se apresenta sobreposto a ambas, sendo que há uma evidente separação das funções de cada uma das partes.

Atualmente, o sistema acusatório caracteriza-se pela clara distinção entre as atividades de julgar e acusar, havendo partes distintas no processo – acusação e defesa – e, incumbindo a estas a iniciativa probatória. As partes ainda se encontram em igualdade de condições, portanto, vige o princípio da ampla defesa e do contraditório. Frisa-se também que o juiz se mantém como um terceiro, imparcial e equidistante das partes e, por fim, esta forma pressupõe a publicidade e a oralidade no julgamento.

Ressalta-se que tal sistema vem sendo incorporado pelos países democráticos que, via de regra, adotam um direito penal mínimo, sendo que o processo penal inglês é aquele que mais se aproxima de um sistema acusatório puro (LIMA, 2017, p. 40).

É importante ressaltar neste momento, que há uma discordância doutrinária a respeito do modelo adotado no Brasil atualmente. O doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 41) sustenta que com o advento da Constituição Federal e as mudanças ocorridas no Código de Processo Penal, passou a vigorar o sistema penal acusatório Brasil, nas palavras do autor:

Quando o Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante do *sistema acusatório [...] (grifo nosso)*.

Contudo, o autor supramencionado faz uma ressalva, ao declarar que o processo penal teve forte influência do modelo fascista italiano, devendo, portanto, ser interpretado de acordo com a nova ordem constitucional (*idem*).

Corroborando com o posicionamento acima apontado, Pacelli (2017, p. 15), destaca que a partir da possibilidade da participação acusado e de seu defensor no ato do interrogatório policial (fazendo a observação de é necessário limitar-se a análise do processo), é necessário reconhecer que a partir da atual ordem constitucional adotou-se um sistema acusatório de processo penal no Brasil.

Não obstante a divergência doutrinária apontada acima, temos, em suma, que o sistema acusatório é caracterizado, principalmente, pela nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender. Destarte, tem-se que o acusado no processo penal é um sujeito detentor de direitos, os quais deverão ser assegurados, em razão de proteção Constitucional.

Apesar disto, a principal crítica que se faz ao modelo acusatório é exatamente o papel do juiz, o qual deve adotar uma posição de imparcialidade, devendo resignar-se às consequências de uma atividade incompleta das partes. Esse foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e, revelou-se, pela inquisição, um erro gravíssimo (LOPES JR., 2017, p. 145-146).

## b) O sistema inquisitório

O sistema inquisitório é um modelo histórico, que passou a vigor quando o sistema acusatório entrou em declínio, o que teria ocorrido entre os séculos XIII e XIV, em razão dos defeitos processuais causados pela inatividade das partes, comprometendo seriamente a eficácia do combate à delinquência (LOPES JR, 2017, p. 148-149).

Acrescenta o autor que a mudança para o sistema processual inquisitivo começou com a possibilidade de que junto ao sistema acusatório, pudesse existir um processo judicial de ofício, incumbindo poderes ao magistrado, os quais invadiam cada vez mais a esfera de atribuições reservadas ao acusador privado, até o extremo de se reunir no mesmo órgão do Estado as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz (LOPES, 2017, p. 149).

Para Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 39), há uma conexão entre o sistema processual penal adotado e a natureza do Estado que o institui, uma vez que a característica principal do processo inquisitório é a concentração de poderes nas mãos do juiz, correlaciona-se ao fato de que em Estados absolutistas, os poderes para administrar, legislar e julgar também se encontram reunidos em uma só pessoa, o soberano.

A estrutura do processo penal, no modelo inquisitório foi alterado, este foi composto por um grupo de instrumentos e conceitos (falaciosos), especialmente o da “verdade real ou absoluta”. Na busca por essa “verdade real”, transformou a prisão cautelar em regra, ou seja, o inquisidor deveria manter o delituoso afastado, preso. Com o domínio sobre o preso e, motivado pela “verdade real”, poderia utilizar-se de meios degradantes e da tortura para chegar à confissão, que seria considerada rainha das provas (LOPES JR., 2017, p. 154).

Em consonância com o que restou demonstrado até então sobre o sistema inquisitivo, Michel Foucault, em sua marcante obra *Vigiar e Punir*, narrou algumas crueldades que aconteciam durante o período histórico representado por tal sistema:

No fim do século XVIII e começo do século XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. Nessa transformação, misturam-se os dois processos. Não tiveram nem a mesma cronologia nem as mesmas razões de ser. De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. A confissão pública dos crimes tinha sido abolida na França pela primeira vez em 1791, depois novamente em 1830 após ter sido restabelecida por breve tempo; o pelourinho foi supresso em 1789; a Inglaterra o aboliu em 1837. As obras públicas que a Áustria, a Suíça e algumas províncias americanas como a Pensilvânia obrigavam a fazer em plena rua ou nas estradas – condenados com

coleiras de ferro, vestes multicores, grilhetas nos pés, trocando com o povo desafios, injúrias, zombarias, pancadas, sinais de rancor ou de cumplicidade – são eliminadas no fim do século XIX (FOUCAULT, 2013, p. 13/14).

Ademais, o autor supramencionado (FOUCAULT, 2015, p. 31) ainda esclareceu, em *A sociedade punitiva*, como o criminoso era visto pela sociedade, enquanto vigorava o sistema inquisitivo (e até hoje):

Ainda no século XVIII, assiste-se à formulação da ideia de que o crime não é simplesmente uma culpa, aquela categoria de culpa que causa dano a outrem, mas de que o crime é aquilo que prejudica a sociedade, ou seja, de que é um gesto por meio do qual o indivíduo, rompendo o pacto social que o liga aos outros, entre em guerra contra a própria sociedade. O crime é um ato que reativa de modo provisório, sem dúvida, e instantâneo a guerra de todos contra todos. O criminoso é, portanto, o inimigo social (FOUCAULT, 2015, p. 31).

Em contrapartida, Badaró (2017, p. 99) atesta que tal modelo é incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois, além de ser atribuição do juiz julgar e processar, ou o fato de que o réu não detinha direito algum; no campo probatório, caberia ao juiz colher as provas indistintamente, enquanto aos acusados, permaneciam presos e, muitas vezes, eram torturados para que obtivesse a confissão.

Dessa maneira, tem-se que no desenrolar do processo inquisitório, as funções de acusar, defender e julgar, encontram-se aglomeradas em uma única pessoa; assumindo, esta pessoa, as vestes de um juiz inquisidor, pois o mesmo processo era iniciado (instaurado) por iniciativa do juiz, que também era responsável por requisitar as diligências, uma vez que a investigação criminal cabia unilateralmente ao inquisidor e, após fazer a gestão das provas, caberia a mesma pessoa julgar a lide (BADARÓ, 2017, p. 98).

Nucci (2014, p. 69), de forma sucinta, descreve o sistema inquisitivo como sendo caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também a função de acusador. Posto isto, nota-se que o processo se transforma, deixa de lado as garantias antes respeitadas, o acusado torna-se um objeto no processo, a confissão passa a ser a rainha das provas, o procedimento é sigiloso e não há, neste sistema, contraditório, sendo que a defesa assume um papel decorativo.

Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o

esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há que se falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, ou durante a instrução processual.

Portanto, é possível notar que tal o modelo inquisitivo tenha sido o sistema escolhido nos Estados absolutistas, onde a elite detinha todo o poder sobre os súditos, sendo que em caso de crime, o acusador e o julgador se confundiam na mesma pessoa, sendo que ele podia tudo no processo, enquanto que o acusado não detinha direito algum, pois não era tratado como um sujeito de direito, apenas um “meio”, para chegar aos “fins” por ele almejados, ou o que se entendia por verdade material à época.

## 2.2. O sistema adotado no brasil

Historicamente, o sistema misto surgiu no código napoleônico de 1808, *Code d’Instructionn Criminale* (Código de Instrução Criminal), pois foi o pioneiro na junção das fases de investigação e juízo. Por essa razão, o sistema é denominado misto ou francês (LIMA, 2017, p. 41).

Após a Revolução Francesa, Nucci (2014, p. 70), aponta que o sistema misto foi criado, unindo os atributos dos dois sistemas anteriores, portanto, este sistema se caracterizaria pela divisão do processo em duas fases: a investigação preliminar, composta pelos elementos do sistema inquisitivo e, durante o processo penal, as características do sistema acusatório seriam preponderantes, sendo que, seu fundamento rapidamente se espalhou pela Europa.

É válido ressaltar que a Constituição Federal Brasileira de 1988 não deixou explícito o seu posicionamento, no entanto, a doutrina, majoritariamente, aponta que o sistema processual penal brasileiro contemporâneo é misto, pois predomina sobre a fase pré-processual o sistema inquisitório e, na fase processual, o acusatório (LOPES JR., 2009, p.58).

A doutrina processual penal brasileira classifica nosso sistema processual penal como sendo um “sistema misto”, com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais. Além do fato que há a divisão do processo penal em duas

fases distintas: o inquérito policial e o processo propriamente dito, o que possibilita que se use a forma inquisitiva na fase pré-processual e acusatória na processual (LOPES JR, 2017, p. 157).

O modelo adotado pelo Brasil, embora não expressamente descrito, é o misto. Ressalta-se, contudo, que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Ou melhor, seguindo-se exclusivamente o que dispõe a Constituição Federal, poder-se-ia dizer tratar-se de um sistema unicamente acusatório, no entanto, o processo penal brasileiro é de 1941, elaborado sob nítida ótica inquisitiva. Desta forma, a união do ideal (Constituição) com o real (CPP), melhor seria considerar o nosso sistema como misto (NUCCI, 2014, p. 70).

Sem adentrar ao mérito da divergência, Gustavo Badaró (2017, p. 99) frisa que o modelo da relação processual penal é um reflexo da relação entre Estado e o indivíduo ou, mais especialmente, entre autoridade e liberdade. Consequentemente, o processo inquisitivo, a partir das características já apontadas, é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Crítico do nosso sistema atual e apontando que, apesar de a doutrina, majoritariamente, indicar que o processo penal brasileiro adota o sistema misto, o autor Aury Lopes Jr (2017, p. 157), prefere escapar da maquiagem conceitual criada pela doutrina brasileira e, afirma que o modelo brasileiro é (neo)inquisitório.

Destarte, a denominação de sistema misto peca por ser insuficiente sob diferentes aspectos, os quais serão listados a seguir.

Primeiramente, a fraude reside no fato de que as provas que são colhidas durante o inquérito policial são reproduzidas, integralmente, durante o julgamento, bastando ao final do processo, a caprichada retórica do magistrado no sentido de imunizar a decisão, citando como exemplo, quando se dita que a prova produzida em inquérito é corroborada pela prova produzida em juízo (LOPES, 2017, P. 160).

Ademais, em relação à separação das funções de julgar e a de acusar, o autor Lopes Jr. (2017) diz trata-se de ponto importante para a classificação do sistema, no entanto, não basta se ter a figura do Ministério Público como órgão acusador e, depois, ao longo dos procedimentos, permitir que o juiz se encarregue de um papel ativo na perquirição de provas ou ainda na prática de atos pertencentes, tipicamente, a parte acusadora.

O autor arrola como exemplos, o artigo que permitir ao juiz converter a prisão em flagrante em prisão preventiva sem provocação (art. 310, CPP) ou ainda, determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação criminal (art. 156, I e II, do CPP), ou o mais gritante de todos, nos termos do artigo 385, do Código de Processo Penal,

que ele condene o acusado, mesmo que o Ministério Público tenha se manifestado pela absolvição (LOPES JR., 2017, p 162).

Por fim, o autor Aury Lopes Jr. (2017, p. 164/166) diz que ainda que considerarmos que o sistema processual penal brasileiro adotasse o sistema misto, não existe um princípio fundante misto. Em outras palavras, a essência do sistema é sempre pura, ou inquisitório ou acusatório, recebendo a denominação de “misto”, em razão dos elementos (secundários) que são emprestados de um ou outro sistema.

Portanto, no caso brasileiro, haveria um núcleo inquisitório, porém, com elementos acessórios provenientes do sistema acusatório que ajudam a mascarar o sistema nacionalmente adotado. Para demonstrar tal conclusão poder-se-ia pensar no artigo 156, do Código de Processo Penal, o qual atribui poderes instrutórios ao juiz, um dispositivo com flagrantes resquícios do modelo inquisitório, contudo, se encoberto com a capa garantias, nos remeteria a pensar que estamos diante de um modelo misto.

Dessa maneira, conclui-se que embora o tema tenha sido amplamente discutido e aceito por grande parte da doutrina de que no Brasil adotou-se o sistema processual penal misto, segue-se o posicionamento apontado neste trabalho, pois acredita-se que no Brasil vige o sistema (neo)inquisitório, ou seja, elementarmente inquisitório, contudo, maquiado pelos princípios constitucionais, essencialmente garantistas.

### 2.3. O processo penal analisado à luz da nova ordem constitucional

Primeiramente, conforme destacado por Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 47), dá-se o nome de jurisdição ao procedimento pelo qual os juízes (representantes do poder imperativo do Estado) examinam as pretensões (provas) e resolvem as lides. Visando atingir a três objetivos, quais sejam: sociais, político e jurídico e, o que diferencia a jurisdição das outras funções do Estado (legislação, administração) é, *a priori*, a função pacificadora que o Estado exerce.

De acordo com Didier (2006, p. 80/81), jurisdição é a realização do direito, por meio do parecer de uma terceira pessoa, imparcial e equidistante às partes, manifestando a vontade estatal, por meio da sua capacidade de decidir e impor suas decisões, sendo possível promover a pacificação dos conflitos, quando da aplicação do direito justo.

Lecionam ainda que para exercer a referida jurisdição e promover a pacificação social, o Estado institui o sistema processual, ou seja, normas (direito processual) e órgãos

jurisdicionais para exercer seu poder. Contudo, advertem para o fato de que o processo é um meio efetivo para a realização da justiça (ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 31).

A partir disto, tem-se que a nomenclatura “processo”, vem do latim *procedere* e, significa que o Estado exerce a tutela jurisdicional, por meio de seus juízes togados, concentrando os atos e o procedimento necessários para a imposição de uma sanção (penal, civil ou administrativa).

O direito processual é, segundo Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 46), um complexo de regras positivas, bem como princípios que regem o método de trabalho, em outras palavras, é o exercício conjugado da jurisdição exercido através do Estado-juiz, da ação movida pelo autor e da defesa a ser apresentada pelo réu, conclui-se, portanto, que o direito processual é um instrumento para assegurar o que lhe é, materialmente, de direito.

Como leciona Gustavo Badaró (2017, p. 573), o conceito de processo transcende ao Direito Processual, pois trata-se de instrumento para o legítimo exercício do poder estatal. Desta feita, o autor relata, brevemente, que historicamente o processo já foi entendido como contrato, sendo que somente em meados do século XIX, passou a ser visto como procedimento e, posteriormente, foi reconhecido como relação jurídica processual, uma vez que seria uma relação de direito público, que se desenvolve de modo progressivo entre o tribunal e as partes. Por fim, o autor ainda mencionado que a doutrina pátria, tende a aceitar a concepção formulada por Fazzalari, que conceitua processo como procedimento em contraditório.

Existe, em resumo, o processo, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar (FAZZALARI, 2006).

Expostas tais considerações, temos que o processo pode ser entendido como sendo o poder que o Estado tem de intervir na administração da justiça, e desta maneira, tenta impedir que os próprios cidadãos resolvam as suas lides pelas próprias mão, ou ainda, é o exercício da jurisdição, por meio de um conjunto de normas reguladoras, em uma sequência de atos, onde o Estado, representado por juízes, aplica a lei ao caso concreto.

O processo, como instituição estatal, é uma organização ímpar à medida que reconhecida como legítima para a imposição da pena. Não existe nenhuma atividade propriamente substitutiva, puma vez que a pena pública nunca pertenceu aos particulares para



que houvesse a “substituição”. Por isso, é uma avocação para o Estado do poder de punir, afastando as formas de vingança privada (LOPES JR., 2017, p. 60).

Posto isto, partindo do pressuposto que todo direito processual é ramo do direito público, nota-se que as regras contidos nos Códigos Processuais são norteados a partir de linhas fundamentais traçadas pelo Direito Constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetivação do direito objetivo, sendo que até o direito processual penal vem sendo flexibilizado pelos princípios garantias presentes na Constituição Federal (ARAÚJO CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2008, p. 84).

A partir de tais esclarecimentos, tem-se o processo penal constitucional, o qual não é um ramo autônomo do direito processual, mas apenas um sistema metodológico de se analisar o processo penal baseado nos princípios garantistas constitucionais.

Examinando o tema do processo penal, Aury Lopes Jr. (2017, p. 30) reflete que a Constituição de dado Estado é referencial para apontar como será suas normas processuais, dito de outra forma, uma constituição autoritária terá como correspondente um processo penal autoritário ou utilitarista, enquanto que em uma constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve-se ter um processo penal democrático, instrumento para efetivação das garantias constitucionais dos indivíduos.

Tucci (2009, p. 33) sustenta que o processo é o instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral, pois, este, consiste em precípua direito do réu, interessado em defender sua liberdade jurídica, mediante a jurisdição, que testa a legalidade da ação do acusador. Enfatiza, ainda, a explicação a despeito do tema trazida por Hélio Tornaghi (apud TUCCI, 2009, p. 33):

A lei de processo penal é resultante da composição entre a segurança e a justiça. É preciso manter a ordem a qualquer custo; mas convém que isso ocorra com o máximo respeito pela justiça. A lei penal procura abrigar e garantir a paz, ameaçando com penas os atos que ela reputa ilícitos. A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.

Assim, temos que as leis processuais penais, desde que interpretadas à luz das garantias arroladas em diversos tratados internacionais, bem como, implícita ou explicitamente, descritas na Constituição Federal, será um caminho justo para o alcance da justiça e da paz social.

Nessa perspectiva, aduz Aury Lopes Jr. (2017, p. 33), que as linhas gerais da política criminal são ditadas por um nexu indissolúvel entre as garantias dos direitos fundamentais, divisão dos poderes e democracia, sendo que as sociedades democráticas são constituídas pela afirmação do respeito à dignidade humana e pela primazia do Direito como instrumento das políticas sociais, inclusive a criminal. Dito de outra forma, o processo penal deve ser lido à luz da Constituição Federal e da Convenção Americana de Direitos Humanos e não ao contrário.

Continua o autor supramencionado, lecionando que, dessa maneira, o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso (LOPES JR., 2017, p. 32).

Portanto, Aury Lopes Jr. (2017, p. 32) conclui que o processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e as garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Nota-se, com isso, quão importante e salutar é o processo judicial pois permite o acesso do cidadão ao Poder Judiciário em busca de seus direitos fundamentais, individuais e sociais, exigindo o cumprimento da Constituição, em um regime democrático.

Neste mesmo sentido, entende Rogério Greco (2009, p. 2) que a adoção de uma perspectiva de Direito Penal Mínimo, chamado por ele de Direito Penal do Equilíbrio, pautado na teoria garantista apregoada por Luigi Ferrajoli, em um Estado Constitucional de Direitos, obrigará o legislador e juristas a observarem, atentamente, os direitos fundamentais alcançados, bem como as garantias internacionais com plena aplicação em nosso ordenamento e, buscará uma interpretação para o direito penal e, conseqüentemente, processual penal, à luz destas garantias.

Dito de outra forma, em modo sucinto, tem-se como objeto do processo uma conduta ou fato tido como ilícito. Conseqüentemente, temos que o Estado, imbuído de jurisdição, ao tomar conhecimento da prática de um crime, após o recebimento do inquérito policial e respectiva denúncia ou queixa, observando-se o devido processo legal, inicia uma instrução processual sendo esta presidida por um juiz, garantindo contraditório, ampla defesa, bem como todos os direitos constitucionalmente assegurados e, se ao final, as provas produzidas convencerem o juiz da prática do delito, impõe uma pena ao acusado.

Destarte, torna-se relevante, no estudo pontuado por este trabalho, a verificação de todos os regramentos constitucionais atinentes ao processo penal, tidos, em generalizados e falseados entendimentos, como “princípios constitucionais do processo penal” (TUCCI, 2009, p. 49).

Desta forma, temos que o processo penal é uma sequência de ato interligados, chamado de procedimento, que, a partir das diferentes posições trazidas pelas partes, visa um ato final (sentença) de forma imediata, enquanto que, de forma mediata, busca fazer justiça às partes, por intermédio do juiz, portanto, temos que o objeto do processo penal é a invocação do poder punitivo do Estado, que só será exercido se houver o devido convencimento do juiz.

#### 2.4. Das garantias do acusado sob a ótica do atual processo penal constitucional

Na fase da investigação preliminar, onde mesmo tratando-se de fase inquisitória, existem direitos a serem tutelados no que se refere às liberdades individuais do acusado, no entanto, tais garantias encontram-se limitadas. Já em relação ao processo penal, deve-se ter em mente que se trata de um processo acusatório, reunindo diversas outras garantias.

Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõe ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais [...]. Além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitem os direitos básicos do indivíduo (FERNANDES, 2007, p. 17).

Em análise ao processo penal constitucional, leciona Antônio Scarance Fernandes (2007, p. 20) que do estreito relacionamento entre processo e Estado inicia-se a inserção cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual, levando ao desenvolvimento de estudos específicos sobre as normas processuais de índole constitucional.

Neste diapasão, temos que a Constituição Federal esbanjou garantias ao estabelecer uma série de princípios do processo, em especial o penal. Esse corpo principiológico da Constituição representa um modelo constitucional de processo brasileiro, podendo-se falar em um “devido processo constitucional” (BADARÓ, 2017, p. 39).

Sem embargo, faz-se necessário apontar que enquanto os direitos humanos fundamentais podem ser entendidos como “o mínimo necessário para a existência humana”, as garantias fundamentais são os meios pelo qual o ser humano tem assegurados os seus direitos fundamentais.

A despeito disto, temos que na fase processual, as garantias devem ser analisadas *a priori*, pois anteriores a quaisquer preconcepções, deve-se ter em mente as garantias asseguradas ao réu, quais sejam: presunção do estado de inocência, princípio da dignidade da pessoa humana, do contraditório, da imparcialidade do juiz, entre outras.

#### a) Das garantias processuais penais internacionais

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi consolidada em dezembro de 1948, aprovada por quarento e oito nações, foi instituída com o intuito de ratificar a ideia de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre os valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados (PIOVESAN, 2016, p. 221).

Foi idealizada, válidas as devidas ressalvas, nos moldes do pensamento de Emmanuel Kant, a qual teve resquícios no processo de constitucionalização brasileira, pois, buscava-se os princípios maiores de moralidade, justiça, dignidade, direito global e, também, senão a principal, a ideia de paz perpétua (WOOD, 2008, p. 172-173).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo Flávia Piovesan (2016, p. 229), introduziu a concepção contemporânea de direitos humanos, os quais estariam embasados na universalidade e na indivisibilidade desses direitos, bem como tendo por fundamento ético o valor da dignidade da pessoa humana.

Continua a autora aduzindo que, universalidade por tratar de direitos humanos que deverão ser reconhecidos em âmbito global, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando que o ser humano é (ou deveria ser) um ser essencialmente moral, dotado de dignidade, sendo este o valor intrínseco à condição humana. Já a indivisibilidade traz relação ao fato de que a garantia dos direitos civis e políticos é condição necessária para assegurar os direitos sociais, econômicos e culturais e, conseqüentemente, quando um deles é violado, todos o são (PIOVESAN, 2016, 100).

Portanto, equivocada seria a afirmação de que “direitos humanos são para os presos e delinquentes”, pois, como supramencionado, os direitos humanos tutelam pelos direitos

intrínsecos ao indivíduo, independentemente de quem seja este indivíduo, apenas por sua condição de ser humano, desse modo, merece viver dignamente, com pelo menos o básico existencial, o trabalhador rural, o preso, a pessoa em situação de rua, o comerciante, o empresário, entre outras.

Dessa maneira, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, outros princípios considerados fundamentais aos cidadãos, também devem ser arrolados como garantias ao acusado da prática de um crime, pois, como mencionado anteriormente, o direito processual penal é norma infraconstitucional, devendo seguir o procedimento estabelecido na Constituição Federal, bem como os princípios fundantes dos direitos humanos.

Pois bem. Compreendendo que os direitos fundamentais foram conquistas históricas dos cidadãos com o intuito de liminar ou controlar os desmandos praticados pelo Estado e suas autoridades, exigindo destes um comportamento proativo em favor das liberdades individuais, dignidade das pessoas ou das igualdades.

Destarte, tem-se que o processo penal, a partir do momento em que recepcionado pela Constituição Federal, não pode contradizê-la, neste sentido, deve tutelar pela efetivação das garantias nela dispostas. Além de que, como vimos, já na Declaração Universal dos Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatária, os direitos humanos, como por exemplo, o direito da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da liberdade são normas cogentes, em outras palavras, normas de eficácia plena e imediata.

Ademais, há diversas garantias descritas na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), tratado o qual o Brasil é signatário, o qual prevê em seu artigo 8º as garantias judiciais:

Artigo 8º - Garantias judiciais:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um **prazo razoável**, por **um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se **presuma sua inocência**, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena **igualdade**, às seguintes garantias mínimas:

[...]

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se

- defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
  - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
  - g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
  - h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
  4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
  5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça (Pacto de San José da Costa Rica) (grifo nosso).

Destaque-se que a Convenção Americana De Direitos Humanos foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiros apenas em 1992, após o Decreto 678/1992.

Acerca do tema, Gustavo Badaró (2017, p. 41) expõe que desde a Constituição de 1988, o relacionamento dos tratados com o direito interno ganhou um colorido especial, no caso de tratados sobre direitos humanos, com o advento dos §§ 2º e 3º, do artigo 5º, da Constituição, pois, enquanto o §2º incluiu no ordenamento jurídico vigente todas as garantias presentes nos tratados de que o Brasil for signatário. À medida que o §3º, do artigo 5º, na perspectiva do autor, equiparou os tratados que tiverem por objeto direitos e garantias individuais às normas constitucionais.

Piovesan (2016, p. 236) leciona que, com o advento do §3º, do artigo 5º, surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) materialmente constitucionais e, b) os materiais e formalmente constitucionais (equiparados à Constituição). Sendo necessário frisar, de acordo com a autora, que todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do §2º, do referido artigo. No entanto, além de serem considerados materialmente constitucionais, poderão, com a implantação do §3º, do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se à Constituição.

Por fim, temos que o princípio da dignidade da pessoa humana, embora de difícil conceituação, por se tratar de axioma com conceito não-fixo, é um princípio, em regra, tutelado pelo Estado, bem como é considerado um desdobramento das garantias internacionais dos seres humanos. Tal conceito é derivado de uma construção histórico-cultural, podendo ser, portanto, relativo de acordo com as sociedades estudadas ou o recorte histórico em que se estuda.

No entanto, Sarlet (2006, p. 41/42) busca conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana da seguinte maneira:

“[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão e que lhe seja concedida a dignidade. Essa, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado), ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano algo que lhe é inerente.

Para Alexandre de Moraes Rosa (2001, p. 16), a Teoria Geral do Garantismo, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos e seus Direitos Fundamentais, sendo que só é possível legítima o Estado Democrático de Direito a partir do respeito a tais princípios. Dito de outra maneira, tendo-se em vista a supremacia Constitucional e do princípio da legalidade, a qual todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos.

É válido salientar a importância da Constituição Federal, no sentido de que ela, além de estruturar o Estado Democrático de Direito, positivou os direitos e garantias fundamentais do homem, delimitando o poder Estado, bem como estabelecendo que caberia ao Estado garantir tais direitos a todos os indivíduos, sem distinção.

Dessa forma, a CF de 1988 estabeleceu a dignidade do ser humano como fundamento supremo da ordem jurídica, declarando-o, em seu art. 1º, inciso III.

Em síntese, as leis infraconstitucionais, que colidirem com a Convenção Americana de Direitos Humanos, não terão eficácia jurídica, mesmo que promulgadas anteriores à CADH. Em outras palavras, quaisquer leis ordinárias que conflitem com as garantias arroladas no Pacto supramencionado, não mais poderão ser utilizados.

#### b) Da garantia do devido processo legal

A Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988) preceitua em seu artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, desta forma, entende-se que quando se efetivam as garantias abaixo descritas, porém, não somente estas, mais aquelas explícitas e implícitas na Constituição Federal e nas demais

legislações esparsas, atinge-se o que estabelece o princípio do devido processo legal, nestes termos:

O processo é o ponto de convergência e de irradiação, nele e por meio dele que qualquer cidadão pode pleitear a afirmação concreta dos seus direitos. É mediante o processo que o juiz, como órgão soberano do Estado, exerce a sua atividade jurisdicional e busca, para o caso, a solução mais justa (FERNANDES, 2007, p. 36)

Para Tucci (2009, p. 61), o devido processo penal se externa a partir da proteção das seguintes garantias: do acesso à Justiça; do juiz natural; do tratamento paritário aos sujeitos parciais no processo; da plenitude de defesa do acusado; da publicidade dos atos processuais; da motivação dos atos judiciais; de um prazo razoável de duração no processo e, da legalidade da execução penal.

Os doutrinadores têm entendido que a garantia se circunscreve ao âmbito estritamente processual, assumindo também uma feição substancial. Dessa forma, a observância da garantia exige que as normas advenham de um processo legislativo de elaboração previamente definido e que não sejam desproporcionais ou de alguma forma injustas (FERNANDES, 2007, p. 47/48).

Para Gustavo Badaró (2017, p. 89), o devido processo legal substantivo assegura que as leis sejam razoáveis; de outro lado, o devido processo legal ainda detém a sua face processual, neste aspecto, o devido processo englobaria todos os demais princípios abaixo mencionados e outros, os quais não estão expressamente mencionados.

Hodiernamente, os doutrinadores contemporâneos têm entendido que, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer em seu art. 3º, inciso I, que é um dos objetivos da República Federativa do Brasil possibilitar uma sociedade justa, livre e solidária, conceitos como estes somente serão possíveis de se alcançar através de um devido processo legal, sendo que este, para ser justo, deveria amparar todos os demais direitos e/ou garantias (PACELLI, 2017, p. 39 e ss.).

Em síntese, ressalta-se que o também chamado *due process of law*<sup>3</sup> pode ser descrito como sendo o aglomerado de todas as garantias e princípios implícitos e explícitos nos tratados e nas leis, assinados ou promulgados no Brasil, os quais buscam assegurar o justo desfecho do processo.

---

<sup>3</sup> Due process of law: é o princípio do devido processo legal, proveniente do direito anglo-saxão.



### c) Da garantia do contraditório e da ampla defesa

Da mesma forma, a garantia do contraditório e da ampla defesa são princípios arrolados como princípios internacionais e, conseqüentemente, foram amparadas pela Constituição Federal, a qual assegurou, em seu artigo 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Logo, no decurso do processo penal, é elementar que a informação e a possibilidade de reação autorizem um contraditório pleno e efetivo. Pleno, pois se exige que o contraditório permeie durante todo o procedimento processual penal, até o seu deslinde. Enquanto que efetivo, no sentido de que não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Aqui, o axioma do contraditório se confunde com o da paridade de armas (FERNANDES, 2009, p. 63).

Em consonância com o que foi ressaltado, Joaquim Canuto Mendes de Almeida (apud Badaró, 2017, p. 56), define o contraditório como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”. Continua o autor aduzindo que a ciência bilateral dos termos e atos do processo corresponde à necessária informação às partes. A possibilidade de se contrapor a tais informações representa a possível reação aos atos desfavoráveis (BADARÓ, 2017, p. 56).

Para Lopes Jr. (2009, p. 195), o ato de se opor a uma suposta afirmação trazida pela acusação aos autos é um ato imprescindível (até porque haveria apenas homologação e ratificação e não julgamento) para um mínimo de configuração de um sistema processual acusatório. O contraditório, desta forma, conduz ao direito a uma audiência, às alegações mútuas das partes de forma dialética e, à paridade de armas.

É necessário que o juiz se coloque entre as partes, mas se mantenha equidistante por força do seu “dever” de imparcialidade, assim, ouvindo uma das partes, é necessário que ouça a outra, pois somente desta maneira dará a oportunidade de que ambas exponham as suas razões, apresentem as provas que possam formar o seu convencimento, sendo que somente a partir de uma tese e antítese é que o juiz poderá chegar a uma síntese (ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 61).

Renova-se, neste momento, a importância do juiz para garantir a efetivação deste princípio, uma vez que, a necessidade de igualar as partes no processo, refletiu no processo penal, uma vez que o juiz passou a ser destinatário do princípio do contraditório. Isto porque é função do juiz igualar as partes desiguais no processo, impondo a sua participação, o que se denominou ativismo judicial (BADARÓ, 2017, p. 56-57).

A respeito do ativismo judicial, que se inicia quando o juiz supostamente sai da sua condição de imparcial e diligencia no sentido de tentar proporcionar o máximo de outros, como por exemplo, o contraditório, estaria ele ferindo os demais princípios e o próprio princípio do contraditório?

Leciona Lopes Jr. (2009, p. 196), que em uma visão moderna, o contraditório abrange o direito das partes de debater frente ao juiz, sendo necessário que o juiz participe do processo (não confundindo com o juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz – grifo do autor), apenas respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando a sua decisão, evitando atuações de ofício e surpresas.

Portanto, a ação do juiz no sentido de questionar as partes, fazendo com que elas se manifestem no processo, antes da sua decisão, sobre determinada questão de direito, não poderá ser considerada perda da imparcialidade, longe disso, pois é mais uma oportunidade dada às partes para que renovem as alegações, podendo influir no seu convencimento (BADARÓ, 2017, p. 57).

Ratificando o posicionamento mencionado acima, Gustavo Badaró (2013, p. 32-34), aduz que a necessidade da correlação entre acusação-defesa-sentença é decorrência do princípio do contraditório e, em face de uma nova ordem constitucional, a legislação deve ser reinterpretada à luz dos novos ditames constitucionais. Posto isto, ressalta que é necessário estimular e buscar a realização da reação, para que a estrutura dialética do processo se aperfeiçoe e atinja uma resolução mais justa.

No tocante à ampla defesa, tem-se que deve ser respeitado o direito do acusado de realização de uma defesa técnica e pessoal, sendo que as duas deverão se completar, contudo, uma não exclui a outra.

Ainda a respeito da garantia à ampla defesa, afirma Pacelli (2017, p. 49) que se realiza através da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, por fim, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado.

Dessa forma, o doutrinador Aury Lopes Jr. (2009, p. 199) salienta que a defesa técnica é indispensável, sendo uma exigência da sociedade, uma vez que o imputado pode defender-se

pouco, ou não se defender, mas isso não exclui o interesse da coletividade de uma possível verificação negativa no tocante ao delito.

Assim, de maneira breve, temos que os princípios do contraditório e ampla defesa, bem como o da paridade de armas e outros correlatos são codependentes e indissociáveis, visto que algum poderá ser até limitado, para que os outros se tornem mais efetivos. De resto, notamos a importância do princípio do contraditório, pois somente através dele que é possível a realização de um processo justo e calcado em um sistema mais acusatório.

A respeito do tema aqui abordado, Amilton Bueno de Carvalho, desembargador da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, decretou uma nulidade um processo que tramitava em Porto Alegre, sob a seguinte fundamentação:

NULIDADE. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. Nulo é o processo em que o acusado é interrogado sem a presença de advogado defensor. Agressão aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF). Nulidade decretada a partir, inclusive, do interrogatório (CARVALHO, 2006, p. 89).

No entanto, cabe ressaltar a observação feita por Eugênio Pacelli (2017, p. 46), ao dizer que o contraditório se trata da garantia de participação das partes no processo, a partir de uma igualdade processual, para contribuir a formação do convencimento do juiz, enquanto que o princípio da ampla defesa, não busca apenas a participação do réu nos atos processuais, como também visa a dilatação da defesa no processo, ou seja, o direito do acusado de ter uma defesa técnica e efetiva, bem como exercer sua autodefesa.

#### d) Da garantia do estado de inocência

O princípio da presunção de inocência é resultado dos processos acusatórios e, compatível com Estado de Direitos. Esse axioma foi primeiramente instituído com a Declaração dos Direitos do Homem, sendo que, a Constituição Federal de 1988, consagrou expressamente tal princípio, no seu artigo 5º, inciso LVII, ao expor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Esse princípio é extremamente contraditório na doutrina e na jurisprudência. Primeiramente no que diz respeito a sua denominação. Enquanto alguns doutrinadores referem-se a tal princípio como “presunção de não culpabilidade”, outros tendem a nominar o princípio

por “presunção de inocência”. Porém, a despeito disto, embora haja a divergência na denominação, nada interfere na sua aplicação.

De acordo Aury Lopes Jr. (2009, p. 194), o princípio da presunção de inocência pressupõe um dever para que o réu seja tratado como inocente, até sentença definitiva que o tenha condenado. Dessa forma, segundo o autor, o axioma se desdobra em duas dimensões: a primeira, trata-se do processo, sendo que o juiz deverá analisar a provas e fundamentar se evidente for, a culpa do acusado, pois, em caso de dúvida, o processo deverá ser conduzido no sentido de absolver o réu; no âmbito externo, busca proteger a imagem do acusado perante a sociedade, desta forma, o princípio da presunção da inocência luta contra a publicidade abusiva ou a estimulação daquele que está sendo processado.

Por muito tempo, esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do HC 84.078, decidiu que esse princípio se aplicava a todos os casos, até que houvesse condenação transitada em julgado, o que impedia a execução provisória da pena (BADARÓ, 2017, p. 63).

No entanto, o polêmico acórdão proferido dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em 2016 que, ao julgar o HC 126.292/SP, relativizou o princípio da presunção de inocência ao estabelecer que após acórdão condenatório em segundo grau, o réu poderá iniciar o cumprimento da pena, pois entenderam que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, ou, em outras palavras, a partir de decisão de segundo grau, nos termos da primeira, o réu poderia ser considerado culpado (BADARÓ, 2017, p. 63).

Apesar do que foi até aqui exposto a despeito a interpretação do Código de Processo Penal à luz das garantias fundamentais e dos princípios assegurados pela constituição, tal como o princípio da presunção da inocência, os juízes supremos, em sentido oposto a tudo o que foi elucidado e fundamentado por este trabalho, como também por grande maioria da doutrina e, decide de modo a limitar uma garantia constitucional, agindo como juízes-inquisidores, o que tem, no mínimo, trazido uma insegurança jurídica ao ordenamento vigente.

No entanto, entende-se que a despeito do princípio da presunção de inocência, todos os investigados durante a investigação policial ou, principalmente no decorrer do processo penal, até o seu trânsito em julgado, deverão ser tratados como inocentes.

e) Das demais garantias

A Constituição Federal de 1988, incorporando o que se traduz da leitura do artigo oitavo, item um da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dispôs acerca de diversas garantias que integram o chamado “devido processo legal”, a partir da EC nº. 45 de 2004, passou a integrar a elas, a garantia do término da persecução penal em prazo razoável.

A garantia do processo no prazo razoável, de acordo com Gustavo Badaró (2017, p. 79), está explícito na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, ao preconizar que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Sendo o prazo processual entendido pela distância temporal entre o início de sua contagem e o seu término, é elementar que a lei fixe prazo razoável a ser cumprido pelas partes sob pena de preclusão, e que nos casos em que a lei for omissa, que ela seja suprida por um prazo genérico, pois, do contrário, o processo não teria fim (FERNANDES, 2007, p. 125).

Tal princípio se desdobra no direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, quando este não é julgado em um tempo considerado razoável ou sem as dilações indevidas (BADARÓ, 2017, p. 80).

Além do mais, necessário se faz mencionar o princípio da busca da verdade real, um princípio considerado ultrapassado pela doutrina, pois, a partir da crença de que poderia ser atingida a verdade real, esta tornou-se a finalidade a ser atingida pelo Estado, portanto, tudo era válido, restando justificados todos os abusos e arbitrariedades praticados pelo juiz, autoridade que tinha ampla iniciativa probatória, restando comprometida a sua imparcialidade (LIMA, 2017, p. 67).

Atualmente, no âmbito processual penal, admite-se ser impossível que se atinja a verdade absoluta. A prova produzida nos autos, por mais robusta e convincente, é incapaz de dar ao magistrado uma certeza absoluta. O que se pode haver é uma maior exatidão acerca dos fatos, sem a falsa pretensão de se possa chegar à verdade real (LIMA, 2017, p. 67-68).

No entanto, conforme aponta o autor supramencionado (LIMA, 2017, p. 68), no processo penal, com fundamento no artigo 156, do Código de Processo Penal, é possível estabelecer o princípio da busca a verdade. Admitindo-se que o juiz produza provas de ofício, apenas na fase processual, se modo complementar ou subsidiário, sem que isto interfira na sua imparcialidade e nem no devido processo legal.

No mais, no que concerne o princípio da motivação, temos que a Constituição disciplinou a respeito de tal garantia ao estabelecer, no título que trata da organização do Poder

Judiciário, em seu artigo 93, inciso IX, no sentido que todas as decisões devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade no processo.

De acordo com Gustavo Badaró (2017, p. 67), este princípio contém uma dupla finalidade. Pode ser tanto individualista, uma vez que a motivação visa sanar interesse das partes, pois a partir do exposto em sentença, poderão atacar em vias recursais. Como também, tendo em vista o exercício da função jurisdicional, a motivação permite o controle social sobre a atividade jurisdicional. Portanto, a motivação é uma exposição, ou seja, uma justificação da decisão do juiz.

Entende-se que ao juiz compete interpretar e aplicar a lei ao caso concreto, contudo, tal a liberdade de formulação do seu convencimento é limitada, estando adstrita a uma motivação de todos os atos jurisdicionais que tenham cunho decisório, tanto as decisões definitivas como as interlocutórias, tal como estabelecido no artigo 381, do CPP (TUCCI, 2009, p. 189/191).

De acordo com Antônio Scarance Fernandes (2007, p. 139), os destinatários da motivação são as partes, os juízes, e toda a comunidade, que, com a motivação, encontram-se aptos para verificar se os juízes estão decidindo de forma justa, imparcial e com conhecimento da causa, ou, em outras palavras, é a partir do princípio da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional.

Posto isto, tem-se que o princípio da motivação dos atos decisórios é uma justificação das circunstâncias fáticas e jurídicas que determinaram as razões pelas quais o juiz se baseou na hora de decidir. Em outras palavras é a discurso justificativo racional das escolhas do magistrado (BADARÓ, 2017, p. 67).

Resta apenas acrescentar que é inadmissível uma motivação implícita, porque no exercício da função jurisdicional, cabe ao juiz, ao fazer atuar a vontade da lei ao caso concreto, primar por um raciocínio lógico e claro, bem como por uma decisão precisa (FERNANDES, 2007, p. 143).

Por fim, acerca do princípio da correlação entre acusação e sentença é necessário apontar que tal garantia está intrinsecamente ligada ao processo acusatório, bem como busca preservar o próprio exercício do contraditório, uma vez que estabelece que o juiz decidirá com base, estritamente, naquilo que foi abordado durante o processo, evitando-se assim o elemento surpresa.

Em outras palavras, tal princípio estabelece que o juiz deverá decidir com base naquilo que foi pedido pela acusação e rebatido pela defesa, desconsiderando, portanto, quaisquer fatos que escaparam do debate judicial (BADARÓ, 2013, p. 99).

É necessário ressaltar que o Código de Processo Penal deverá ser interpretado à luz dos tratados internacionais e da Constituição Federal, para que seja considerado efetivamente acusatório. Ademais, é válido frisar o posicionamento da doutrina majoritária de que o processo penal já não busca mais a verdade real, busca garantir ao acusado e ao acusador todas os princípios acima listados, como meio de aplicar a lei de forma justa.

Além do mais, observa-se a importância da figura do juiz no processo penal, o qual tem merecido amplo destaque no atual cenário sócio-político e objeto de estudo neste trabalho, sendo o responsável pela efetivação do sistema processual penal acusatório, limitando-se apenas a julgar a causa a partir das provas produzidas pelas partes. Por fim, é necessário apontar que o juiz também cumpre no processo o importante papel de garantidor de todas as garantias até aqui descritas.

Logo, é inegável que o magistrado ocupa um lugar de destaque tanto na fase da investigação preliminar, como também na fase processual. No entanto, a partir do que foi exposto, entende-se que sua atuação deve ser vinculada às garantias do processo e visando a promoção da justiça, porém, deve-se considerar que o juiz recebe interferências externas ao interpretar determinada lei, sendo assim é possível que atuando desta forma ele aja de maneira imparcial?

## CAPÍTULO 3 - O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

### 3.1. O princípio do juiz natural, imparcial e independente

A partir de todo o exposto, inegável a importância da figura do juiz para garantir todos os princípios anteriormente mencionados, bem como para a manutenção do devido processo legal, vigente no nosso Estado Democrático de Direito. Posto isto, elementar ressaltar a postura do magistrado frente ao processo e as partes para assegurar uma justa elucidação da causa.

De acordo com os doutrinadores Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 58) o princípio do juiz natural abrange duas concepções; primeiramente, consagra a norma de que só o juiz órgão investido de jurisdição; como também impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção, para o julgamento de causas penais ou civis.

O princípio do juiz natural foi denominado por Antônio Scarance Fernandes (2007, p. 133) como a tríplice garantia, uma vez que a partir da garantia do juiz natural (também chamada de juiz competente ou juiz legal), que resta assegurada a imparcialidade do juiz, não sendo esta vista como um atributo do juiz, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional, portanto, esse princípio não é mais destinado apenas às partes, mas é garantia da própria jurisdição.

Nos dizeres de Tucci (2009, p. 96), a pessoa envolvida em um processo criminal, só terá o seu processo validado e devidamente julgado por agente do Poder Judiciário – juiz monocrático ou Tribunais Superiores – dito “legítimo”, quais sejam: a) que seja devidamente investido no exercício da jurisdição penal (conforme, v.g., artigos 93, inciso I ou 101, parágrafo único); e, b) deverá ser dotado das garantias estipuladas na Constituição Federal, visando possibilitar um eficaz desempenho da função de seu cargo.

Ademais, o autor acima referido leciona que no constitucionalismo francês de 1790 e 1794, o princípio se manifestava como uma tríplice garantia, opondo-se: a criação de juízos extraordinários; a impossibilidade de derrogação de competência (proibição de que seja efetuado julgado por órgão diverso do previsto em lei); e, a vedação de juízos especiais, contudo, hodiernamente, nas constituições modernas de 1814 a 1848, acabaram por limitar tal princípio exclusivamente à vedação dos juízos extraordinários (FERNANDES, 2007, p. 134).

No entanto, o autor aponta que no Brasil, embora se tenha adotado a garantia do juiz natural, há apenas a previsão no tocante a proibição de tribunais extraordinários e, proibição de



evocação, ou seja, a mudança da causa para outro tribunal (FERNANDES, 2007, p. 134-135). Portanto, há, primeiramente, a vedação de tribunal de exceção, bem como estabelece que o juiz natural será o órgão do Poder Judiciário, cuja competência é previamente estabelecida de acordo com os limites impostos pela Constituição (PACELLI, 2017, p. 39).

Neste sentido, a Constituição Federal brasileira de 1988 acolheu o princípio do juiz natural como um princípio fundamental, prescrito no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, vedando os tribunais de exceção, bem como consagrando a garantia do processamento e julgamento da causa pelo juiz competente, ou seja, aqueles previamente estabelecidos por lei e anteriores ao fato típico. Nos termos da CF, art. 5º, inciso LIII, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 1988).

É válido salientar a observação feita por Antônio Scarance Fernandes (2007, p. 135) ao orientar que a proteção prevista na Constituição não abrange a criação de justiça especializada ou de varas especializadas, como é o caso da Vara da Infância e Juventude ou ainda as Varas Especializadas em Violência Doméstica contra a Mulher, por se tratar de simples atribuição a órgãos inseridos na estrutura judiciária fixada na Constituição de competência para o julgamento de matérias específicas.

No tocante ao princípio da independência, tal garantia vem sendo aplicada como a sujeição do juiz somente à lei e à Constituição, sendo independente em relação aos demais, inclusive no que se refere aos demais Poderes, como brilhantemente aduziu Gustavo Badaró (2014, p. 25):

É tradicional a distinção entre independência externa e independência interna da magistratura. A primeira é a independência do Poder Judiciário como um todo, ante os demais poderes do Estado, tendo apoio no próprio princípio da divisão dos poderes do Estado. Já a independência interna, situada no âmbito do próprio Poder Judiciário, é a independência de cada um dos juízes perante os demais órgãos do próprio poder a que pertencem. Ainda que, do ponto de vista da organização judiciária, os tribunais sejam considerados órgãos hierarquicamente superiores aos juízes de primeiro grau, trata-se de uma hierarquia de derrogação (pela possibilidade da reforma da decisão do juiz inferior) e não de uma hierarquia de mando (que significa a possibilidade de o tribunal determinar como o juiz deveria julgar). Assim, os juízes de primeiro grau devem ser livres e independentes para julgar somente de acordo com a lei, segundo a interpretação dada pelo próprio magistrado.

Portanto, temos que de acordo com a garantia do juiz independente, os juízes de primeiro grau ou os desembargadores dos tribunais, são independentes para sentenciar conforme as provas e argumentações trazidas aos autos, ainda que contrariamente as decisões

dos órgãos judiciais superiores, com uma exceção, as Súmulas Vinculantes editadas pelos membros do STF.

Destarte, pressupõe-se que os princípios da independência e o da imparcialidade do magistrado são, por definição, elementos conaturais a própria figura do juiz (BADARÓ, 2014, p. 30).

De outro modo, o princípio da imparcialidade do juiz pressupõe que o juiz se coloque entre as partes e acima delas, para que possa exercer sua função dentro do processo, nos termos do sistema processual misto (ARAÚJO CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 58).

Pois bem. Para assegurar a imparcialidade do magistrado, a Constituição Federal Brasileira estipulou garantias e vedações aos juízes, bem como proibiu, expressamente, os juízos e tribunais de exceção. Dessa forma, os processos devem ser distribuídos aleatoriamente para que as lides possam ser julgadas pelos “juízes naturais”, portanto, pode-se dizer que o princípio da imparcialidade decorre e se relaciona ao princípio do juiz natural.

Ainda no que tange a questão da imparcialidade do órgão jurisdicional, como leciona Aury Lopes Junior (2009, p. 131) que este é um “princípio supremo do processo”, e, desta forma, imprescindível para o normal desenvolvimento do processo e um justo deslinde.

Dessa maneira, a imparcialidade representa a posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, que é exercido pela figura do juiz, atuando como órgão supra ordenado às partes ativa e passiva, contudo, isto não significa que o juiz estará em posição acima das partes, mas que deverá se posicionar além dos interesses delas. Já a parcialidade significa um estado subjetivo e emocional do julgador (LOPES JR., 2009, p. 131).

Neste contexto, o autor supramencionado lembra que não é possível imaginar o sistema acusatória que não abranja os princípios da imparcialidade e do contraditório, sendo que, a imparcialidade garante tal sistema, de modo que somente existirá condições de possibilitar a imparcialidade quando, além da separação entre as funções de acusar e julgar, houver também, um afastamento do juiz da atividade investigatória e instrutória (LOPES JR., 2009, p. 132).

É válido salientar que embora a Constituição não assegure expressamente, a garantia a um juiz imparcial é condição *sine quae non* de um processo justo, sendo, contudo, importante ressaltar que embora omissa no nosso ordenamento jurídico, é norma estabelecida em Tratados Internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica, dessa forma distingue Gustavo Badaró:

Na disciplina constitucional da magistratura, há o estabelecimento de uma série de prerrogativas para assegurar a independência dos juízes (CF/1988, art.

95, *caput*): vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos são o “penhor da independência dos juízes”. A independência judicial é condição necessária para que por esta se possa manifestar a imparcialidade (BADARÓ, 2014, p. 30).

Destaca-se para assegurar a imparcialidade do magistrado é necessário que o juiz seja natural (BADARÓ, 2014, p. 32-33), haja vista que a razão de ser garantia do juiz natural é ratificar que o magistrado julgará de modo imparcial.

A despeito da imparcialidade, Badaró (2017) destaca que além das questões de impedimento e suspeições, resta sedimentado na doutrina a distinção entre a imparcialidade objetiva e subjetiva. Enquanto a subjetiva trata-se de verificar a convicção de um juiz determinado em um caso concreto; o critério objetivo é quando o magistrado oferece garantias suficiências para excluir qualquer dúvida a respeito de um caso, sendo que esta se mostra comprometida quando o juiz realiza pré-julgamentos em razão de uma relação previa com o objeto do processo.

O autor supramencionado ainda aponta para o fato de que embora o princípio da imparcialidade não tem merecido a devida atenção da doutrina nacional sob o aspecto de garantia processual, este tema vem sendo amplamente discutido pela jurisprudência internacional (BADARÓ, 2017).

Corroborando com que foi até aqui apresentado, Aury Lopes Jr. (2017, p. 140) ressalta que se a imparcialidade é o Princípio Supremo, deve ser entendido que somente através de um processo acusatório, onde o magistrado se mantém afastado da iniciativa probatória, é possível se ter um juiz imparcial. Contudo, não é viável a imparcialidade do juiz em uma estrutura inquisitória.

É elementar que o juiz atue no processo de forma isenta, apenas cumprindo com as suas funções no processo, pois a sua parcialidade, quer por ocorrência de ato de impedimento ou suspeição, é lesiva ao devido processo legal, sendo a única conclusão possível é o reconhecimento de nulidade absoluta de todos os atos processuais praticados pelo juiz parcial (BADARÓ, 2017).

Portanto, tem-se que as garantias da independência do juiz, o qual estabelece que o magistrado poderá agir com liberdade de convicção, desde que fundamente devidamente as suas decisões, assim como o princípio do juiz natural que, preconiza que aos magistrados são garantidos a inamovibilidade, bem como estabelece a vedação os tribunais de exceção. Pode-se concluir, deste modo, que ambas as garantias anteriormente mencionadas são meios para

atingir ao princípio da imparcialidade do magistrado, sendo estas três garantias correlatas visando atingir o devido processo legal.

a) O mito da neutralidade

Para salientar a necessidade de que o processo justo, Pacelli (2017, p. 103) aduz que o processo deve ser dialético, ou seja, é necessário que o procedimento assuma os contornos de um verdadeiro *locus* argumentativo, no sentido de viabilizar o sonho pós-positivista de que a decisão judicial não se torne obra do magistrado (autoridade competente). Em outras palavras, não cabe ao juiz decidir de acordo com as suas preferências e convicções pessoais, mas, sim, com base no diálogo e na interlocução mantida pelas partes.

Em contrapartida, expõe Gustavo Badaró (2014, p. 38-39) que não é possível que o magistrado decida interpretando a lei de acordo com sua subjetividade e seus valores, pois seriam juízes assépticos, ou seja, as diferenças de interpretação, frutos da história de vida, das concepções políticas, do contexto social e histórico em que vive cada magistrado, refletirão na forma como interpretam a lei.

Advindo do pensamento iluminista, a neutralidade visa a busca de uma mecânica intelectual que possibilite respostas universais aos problemas jurídicos. Para que isso fosse possível, pressupunham um magistrado neutro, destituído de uma valoração prévia e que não se envolva com o objeto de seu julgamento. Esse magistrado deveria, portanto, atuar apenas como “a boca da lei”, ou ainda como um “cientista”, sendo que as decisões proferidas seriam nada além do que a aplicação da fria e morta letra da lei (MATZENBACHER, 2011).

Matéria controversa nas mais diversas áreas do conhecimento, na Teoria Geral do Conhecimento, Hilton Japiassu escreveu a sua obra “O mito da neutralidade científica”, onde apontou que:

Não há ciência “pura”, “autônoma” e “neutra”, como se fosse possível gozar do privilégio de não se sabe que “imaculada concepção”. Espontaneamente somos levados a crer que o cientista é um indivíduo cujo saber é inteiramente racional e objetivo, isento não somente das perturbações da subjetividade pessoa, mas também das influências sociais. Contudo, se o examinarmos em sua atividade real, em suas condições concretas de trabalho, contataremos que a “razão” científica não é mutável. Ela muda. É histórica. (JAPIASSU, 1975, p. 10).

Dessa forma temos que o Direito, como um ramo das ciências humanas, nem sempre segue um raciocínio lógico e exato, como, por exemplo, a matemática, pois, assim, estaria apenas reproduzindo o que o legislador anteriormente previu. O Direito, entendido como ciência, é condicionado, uma vez que é efetivado por pessoas (juízes), que em suas consciências são fortemente influenciadas pela realidade social em que este indivíduo está inserido.

Além do mais, não se pode olvidar que o magistrado é um agente político, uma vez que o juiz é parte da comunidade, seja proferindo decisões que influenciam dada sociedade constituída, como, também sendo fortemente motivado pela comunidade a qual pertencia. Somando-se a isto, deve ser levado em consideração que as mudanças originadas com o advento do Estado Democrático e Social de Direito, o papel do juiz ampliou-se, haja vista que o magistrado passou a solucionar também conflitos intersubjetivos no sentido de promover a justiça social, proteger os direitos fundamentais e, lutar pelos objetivos do Estado Democrático (MATZENBACHER, 2011).

Corroborando com estes posicionamentos, Marcus Vinícius Amorim de Oliveira, leciona que:

Imparcial não quer dizer neutro. Em verdade, não há neutralidade do juiz. Trata-se de um mito que só serve ao favorecimento do conservadorismo, para manutenção do *status quo*. Nenhum ser humano está imune às influências ideológicas, políticas ou culturais do meio onde se acha inserido. A todo momento nossas condutas refletem um posicionamento a respeito de ideias que ora acolhemos ora refutamos. Enfim, todos valorizamos as coisas a nossa volta. E com os juízes não haveria de ser diferente, posto que seres humanos iguais a nós. Seria imprudente e improvável exigir-se do magistrado uma postura acima do bem e do mal (1999, p. 5).

É importante apontar a perspectiva do autor Fábio Konder Comparato (1995, p. 503), o qual desenvolvendo a sua concepção de justiça, afirmou que a justiça é “parcialíssima”, acredita-se, com o escopo de reafirmar ou reforçar a ideia de que o Estado-juiz não tem como ser neutro e alheios aos movimentos culturais e sociais.

Assim sendo, tem-se que em um mundo globalizado e repleto de informações diárias, dificilmente seria possível se falar em “neutralidade”. O magistrado está cotidianamente cercado por influências sociais, morais e culturais e, não vive isolado, o que impossibilita a objetivação das suas decisões, conforme idealizado por Hans Kelsen (2013), em “Teoria Pura do Direito”, meio pelo qual buscou demonstrar o direito como ciência apartada.

Portanto, o juiz deve ser imparcial, independente e natural, de acordo com os princípios supramencionados, contudo, seria uma utopia pensar em um juiz neutro.

### 3.2. O papel do juiz frente ao inquérito policial

No que se refere à postura que deverá ser adotada pelos juízes na fase de investigação, Pacelli (2017, p. 33-34), diz que de acordo com a teoria discursiva do direito, fazendo menção a Jürgen Habermas, a Constituição deverá ser analisada como referencial adequado para o controle de validade das demais normas, como modo de manutenção do Estado Democrático de Direito, afirmativos dos direitos fundamentais, desta forma, extrai-se dois postulados de interpretação do Processo Penal Constitucional, a partir da Constituição de 1988, quais sejam, o da máxima efetividade dos direitos fundamentais e o da proibição de excesso.

No entanto, não é o que se vivência na experiência penal. É possível notar que o papel do juiz se encontra essencialmente arraigado com o sistema inquisitório. Cita-se, a título de exemplo, o fato de que mesmo na fase da investigação preliminar, onde supostamente as autoridades policiais estão investigando e angariando provas do crime e da autoria, o Código de Processo Penal atual admite que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício determine a prisão preventiva (art. 311, do CPP); ou ainda determine diligências de ofício, na fase processual ou no curso da investigação (art. 156, incisos I e II), entre outros exemplos.

Sobre a questão da decretação de ofício da prisão preventiva pelo magistrado, Guilherme Nucci (2014, p. 545) leciona que, sem que a acusação ou requerente provoquem a tutela jurisdicional por intermédio do juiz é mais uma mostra de que este magistrado, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia, pertencente ao órgão acusatório, podendo decretar medida cautelar sem ser provocado.

Contudo, atentando-se ao princípio acusatório, foi introduzida uma reforma a partir da Lei 12.403/11, impossibilitando o juiz decretar prisão preventiva de ofício, regra disposta no art. 282, §2º, do CPP. Porém, o artigo ainda não está sendo aplicado, uma vez que o artigo 311, também do CPP, não foi expressamente revogado.

Uma solução dada por Renato Marcão (2012, p. 132) ao se referir a reforma do Código de Processo Penal, seria que antes que o juiz se manifestasse e, conseqüentemente, maculasse

o processo, seria mais prudente que abrisse vista para que o MP opinasse sobre o tema. No entanto, isto raras vezes acontece.

É válido mencionar que o juiz que atuar durante a fase do inquérito policial é juiz como qualquer outro, portanto, tem as mesmas prerrogativas, iguais garantias e se submete as mesmas vedações constitucionais. Deve ser imparcial, como os demais magistrados. Deste modo, se no curso da investigação preliminar, o juiz é chamado para proferir dada decisão, este magistrado deverá ser “tão imparcial” quanto o juiz do processo (BADARÓ, 2014, p. 237), devendo, igualmente, respeitar os demais princípios anteriormente descritos.

Desta forma, tem-se que, embora, uníssono na doutrina que o período do inquérito policial se trata de sistema inquisitivo, não deve o juiz se deixar contaminar pelas provas produzidas na fase inquisitorial e, se o fizer, deveria ser impedido de continuar no processo, pois estaria realizando um pré-julgamento.

Como mencionado anteriormente, a Constituição Federal elenca como direitos fundamentais do acusado, v.g., o direito de não ser submetido a tratamento desumano; que tenha sua integridade física e moral respeitados; aquele que for retido, cautelarmente, será informado de seus direitos, como o de permanecer em silêncio, bem como a assistência familiar e de uma defesa técnica (LOPES JR., 2009, p. 316), sendo esses os mínimos direitos que deverão ser garantidos conforme a CF e a CADH.

Ademais, embora não tenha sido devidamente incorporado ao sistema normativo vigente, passou-se a implantar em todas as comarcas criminais do país, as chamadas “audiências de custódia”, onde o magistrado busca efetivar as garantias disponíveis ao indiciado, até este momento.

Portanto, entende-se que o juiz não poderia, em tese, partindo do pressuposto que o Código de Processo Penal estivesse em consonância com as garantias fundamentadas na Constituição Federal, decretar a prisão preventiva quando nem o órgão acusador o fez, pois se nem o órgão acusador pediu a represália do acusado, não caberia ao magistrado fazê-lo.

Entende-se, portanto, que a atuação do juiz na fase pré-processual (inquérito policial ou investigação pelo MP) dever ser muito limitada, tendo o compromisso de não se transvestir em um investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do acusado. O magistrado não deve orientar a investigação policial, tampouco presenciar os seus atos, mantendo uma postura suprapartes e alheia à atividade policial. Posto isto, tem-se que o a posição do juiz no inquérito policial deverá limitar-se à garantir os direitos fundamentais do sujeito passivo (LOPES JR; RITTER, 2016).

Segundo o entendimento de Aury Lopes Jr e Ruiz Ritter (2016), o juiz agindo com uma postura inquisitória, ou seja, agindo de ofício a fim de diligenciar na coleta de provas, ou ainda, agindo como juiz-ator, sendo aquele que decreta prisão cautelar, busca e apreensão, etc., estaria sendo conduzido a praticar “pré-juízos” sobre o sujeito passivo, podendo prejudicar a sua atuação como juiz garantidor dos direitos dos acusados e, conseqüentemente, limitador do poder estatal.

Tradicionalmente no Brasil o juiz que participa da investigação preliminar, seja ativamente (juiz-ator-inquisidor) seja mediante invocação, é considerado preventivo e, como tal, será aquele que no processo irá decidir. Os prejuízos de se ter um mesmo juiz participando da fase pré-processual e posteriormente do júízo oral, decidindo o caso penal, são evidentes e já foram objeto de inúmeras decisões pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e causa de significativas mudanças legislativas em diversos países europeus, como por exemplo, Espanha, Itália e Alemanha, e também na América Latina, merecendo destaque a profunda e qualificada reforma realizada pelo Chile, onde foi consagrado na sua integralidade o “juiz das garantias” (LOPES JR; RITTER, 2016).

É neste contexto, sendo possível e provável que o juiz que assume uma postura inquisitória, ou ainda, aquele que decide quando provocado durante a fase do inquérito policial, estará correndo o risco de incorrer em pré-julgamentos ou contaminações que fulminem com a sua imparcialidade (LOPES JR; RITTER, 2016), posto isto, surge no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, a figura do “juiz das garantias”, instituto que vem sendo criticado, da doutrina conservadora ao CNJ, sendo este a única forma até agora encontrada para solucionar possíveis vícios do processo penal, assegurando o direito do acusado a um juiz o mais isento possível.

### 3.3. A função do juiz no processo penal constitucional

Considerando que o objeto do processo penal constitucional é uma pretensão acusatória, ou seja, a partir do seu convencimento acerca de autoria e materialidade do crime o Ministério Público ou o particular (detentores da pretensão acusatória), buscarão a tutela jurisdicional para que, ao final, veja concretizado o poder punitivo estatal pelo juiz, através da aplicação de uma pena. Ao acusador (MP ou querelante) caberá apenas o poder de invocar o poder punitivo do Estado, pois este é exclusivo do Estado e só poderá ser exercido no processo penal por intermédio do juiz (LOPES JR., 2017, p. 256).



Temos, portanto, que o Processo Penal visa, primeiramente, dar efetividade ao direito material penal buscando a segurança aos indivíduos, bem como, garantir a efetivação do devido processo legal em favor do acusado, resguardando os seus direitos e garantias fundamentais.

Cabe, neste momento, frisar a função constitucional do processo penal, como sendo instrumento para que se realize os objetivos do Estado Democrático, quais sejam os direitos fundamentais assegurados a todo ser humano, inclusive ao acusado. À vista disto, Aury Lopes Jr. (2009, p. 27) ressalta não apenas para a função de instrumentalidade do processo para satisfazer uma pretensão, mas, principalmente, sua finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial a liberdade.

Neste mesmo sentido, Aury Lopes Jr (2009, p. 76) critica a dissonância presente entre todas as garantias acima mencionadas e o Código de Processo Penal vigente, além do mais, observa o fato de que, embora, majoritariamente, a doutrina entenda que o processo penal segue o sistema acusatório em razão dos princípios da imparcialidade e do contraditório, o autor leciona que trata-se de uma forma de mascarar a realidade: o processo penal continua sendo, em seu “núcleo fundamente”, eminentemente inquisitório.

Isso não significa que, ao lado desse núcleo inquisitivo (derivado do princípio inquisitivo, onde a gestão da prova está nas mãos do juiz), não possam orbitar características que geralmente circundam o núcleo dispositivo, que informa o sistema acusatório. Em outras palavras, o fato de um determinado processo consagrar a separação (inicial) de atividades, oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado, etc., não lhe isenta de ser inquisitório. É o caso do sistema brasileiro, claramente inquisitório na sua essência, ainda que com alguns “acessórios” que normalmente ajudam a vestir o sistema acusatório (mas que por si só não o transformam em acusatório) (*idem ibidem*).

Neste mesmo sentido, coaduna o entendimento de Badaró (2017) ao ressaltar que a imparcialidade do magistrado é integrante ao devido processo legal, não sendo devido, justo e nem equitativo um processo que se desenvolva perante um juiz parcial. Informação esta que já basta para constatar que a Constituição Federal tutela o direito de ser julgado por um juiz imparcial.

É importante, dessarte, que se mantenha a separação entre as partes e o juiz, para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja sempre nas mãos das partes (MP e defesa). É a única forma possível de se permitir a imparcialidade do juiz (LOPES JR., 2017, p. 163).

Como restou demonstrado, o Código de Processo Penal encontra resquícios do sistema inquisitório. Entretanto, a Constituição Federal assegura todas as garantias ao acusado, bem como cria a figura do juiz independente e imparcial, inspirada nos modelos internacionais, a fim de que se efetive no Brasil o sistema processual acusatório.

Toma-se como exemplo, embora já citado anteriormente, a acumulação de funções a que o juiz se presta, de acordo com o atual Código de Processo Penal, concentrando em uma mesma pessoa a função de investigar (art. 156), acusar, produzir provas (art. 242, do CPP) e, ao final, julgar. Isso sem falar, em sua função, perante o Estado Democrático de direito de garantidor dos princípios constitucionais e das liberdades individuais.

Desta forma, Marcos Antônio de Almeida Filho (2016) sustenta que é imprescindível que o juiz, para que efetivamente cumpra sua função preestabelecida na Constituição (guardião dos direitos e liberdades individuais), se afaste de tudo aquilo que possa minar com a sua imparcialidade e ou que faça com que realize pré-julgamentos, por exemplo, a produção de provas, que cabe, essencialmente à acusação.

O magistrado não estaria descumprindo com um dever legal estabelecido pelo Código Processual, muito pelo contrário, estaria assegurando o Estado Democrático de Direito (LOPES JR., 2009). Ademais, a própria Carta Maior ampara o magistrado, quando determina como princípios legais a presunção de inocência e a imparcialidade do juiz, sendo que a escusa do magistrado em diligenciar não estaria contradizendo a Constituição.

Tendo em vista que é pacificado na jurisprudência internacional a essencialidade de um magistrado equidistante as partes e imparcial no processo para a efetivação do devido processo legal.

No mesmo sentido entende Aury Lopes Jr (2009, p. 122):

O fundamento de legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento de sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.

Dessa maneira, o magistrado, atentando-se a sua nova função frente ao processo penal deverá, à título de exemplo: tratar o acusado com dignidade sempre que apresentado em Juízo; em caso de dúvida, inocentar o acusado e não diligenciar por novas provas; absolver o réu, quando a própria acusação assim o fez, pois não cabe ao juiz acusar, e sim julgar perante as provas produzidas nos autos, entre outros exemplos. Garantindo, desta forma, todos os

princípios anteriormente estudados e outros não abordados por este trabalho, uma vez que não se pode tratar do acusado com indiferença, haja vista que o problema da criminalização não se resolve com indiferença por parte do Estado, pois historicamente mencionado, trata-se de um problema social.

Por conseguinte, as obrigações do juiz arroladas no processo penal devem ser repensadas, pois dissonantes com a atual Constituição. É válido ressaltar, mais uma vez, a importância da imparcialidade do juiz nos processos, principalmente nos criminais. O juiz deve assegurar as garantias e direitos dispostos na Carta Maior, pois somente assim estará atuando de modo não político, mas constitucional. Buscando essa maior isenção do juiz, frente as provas produzidas no âmbito da investigação policial, criou-se o “juiz das garantias”, o qual busca garantir maior imparcialidade na análise das provas. Tal figura polêmica será apontada a seguir, bem como o projeto de lei que visa instituí-la.

#### 3.4. O anteprojeto do código de processo penal e a polêmica figura do “juiz das garantias”

Está em trâmite no Congresso Nacional, mais precisamente na Câmara dos Deputados, o projeto de lei do novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009), elaborado por uma comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal, de relatoria do Professor Eugênio Pacelli. O texto do projeto foi, previamente, aprovado no Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados para votação. Ao ser distribuído na Câmara, recebeu o número Projeto de Lei nº. 8.045/201.

O Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal insere a figura do “juiz das garantias” em seu texto legal, segundo o qual, terá competência para as decisões jurisdicionais realizadas no curso da investigação criminal, zelando pela legalidade do procedimento e pelo respeito aos direitos e garantias do investigado, sendo que este “juiz das garantias” não poderá atuar na fase processual (BRANDANI, 2011).

E basta a leitura da exposição de motivos<sup>4</sup> do Projeto do Código que se quer aprovar (formulada pela Comissão de Juristas designada para a elaboração do seu anteprojeto, que já

---

<sup>4</sup> Redação parcial da exposição de motivos: *In verbis*: “[...] Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados

no seu primeiro parágrafo acentua a imprescindibilidade da Reforma em questão para finalmente se adequar o Código de Processo Penal aos ditames da Carta da República de 1988, para se chegar a essa conclusão a respeito da intenção da Reforma nesse ponto.

De acordo com Aury Lopes Junior e Ruiz Ritter (2016), o juiz das garantias é a busca pelo aprimoramento (e até se poderia dizer da tentativa de salvação) da jurisdição penal atual, que se não for exercida de modo imparcial poderá ser considerada inválida, ilegítima e ilegal. É isso que deve ser levado em consideração e que obviamente beneficia tanto o indivíduo como a sociedade. Em outras palavras, os autores ressaltam que o objetivo da proposta é dar condições de imparcialidade e autonomia para o julgador do caso, para eu não seja um terceiro involuntariamente manipulado no processo.

Neste mesmo sentido, continua se manifestando Aury Lopes Jr (2017), ao lecionar que o julgador para desempenhar sua função de garantidor dos direitos e das garantias do acusado, para prestar a jurisdição, é imprescindível a plena imparcialidade, princípio supremo do Processo Penal.

Segundo Gustavo Badaró (2017) o caminho seguido pelo Projeto de Código de Processo Penal brasileiro, que incorporou a figura do “juiz das garantias” tem por finalidade consolidar o modelo orientado pelo princípio acusatório, separando a atuação do juiz das garantias do magistrado que atuará no processo penal (art. 16, do Projeto de Lei)<sup>5</sup>, buscando, com isso assegurar a imparcialidade do juiz, bem como resguardar as garantias do acusado preconizadas na Constituição Federal.

Em suma, para assegurar a imparcialidade do juiz em seu aspecto objetivo, deve ser considerado impedido de atuar no processo o juiz que, na fase da investigação, tenha praticado atos jurisdicionais em que tenha havido um prejulgamento ou um juízo antecipado sobre a existência do crime e a autoria delitiva. Nestes casos, em razão da prática do ato anterior, o acusado poderá legitimamente duvidar da imparcialidade do julgador (BADARÓ, 2017)

Leciona ainda o autor que é impossível ignorar que o direito ao juiz imparcial deve ser considerado em seu aspecto objetivo, e que a realização de determinados atos, na fase do inquérito policial, pode implicar em prejulgamento, permitindo que o acusado, possa suspeitar que não está tendo um julgamento imparcial, caso a sentença seja proferido pelo mesmo juiz.

---

de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor - Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 -, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado. [...]” (BRASIL, 2009)

<sup>5</sup> Art. 16. O juiz que, na fase de investigação criminal, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14, ficará impedido de funcionar no processo, observados o disposto no art. 748.

Tentando evitar isto, é de suma importância que se preveja a separação das funções, com juízes distintos atuando durante a fase de investigação e durante a fase processual propriamente dita. Por tais motivos, é de se louvar a iniciativa do Projeto de Código de Processo Penal de adotar a figura do juiz das garantias (BADARÓ, 2017).

Com vistas a assegurar a imparcialidade do magistrado, a redação do projeto atribui a um magistrado a competência exclusiva para atuação em fase investigatória, garantindo a tutela dos direitos fundamentais dos investigados e zelando pela legalidade pré-processual (GOMES, 2016).

Desta forma, temos que o “juiz das garantias” vem sendo apontado pela doutrina como uma possível solução para a efetivação de um juiz imparcial no processo penal, possibilitando, conseqüentemente, que o magistrado que atuar no processo penal tenha condições de analisar os autos com a devida atenção às garantias constitucionais e transnacionais do acusado (como previamente mencionado), viabilizando o sistema acusatória e, por fim, por meio do devido processo legal, consumando um Estado Democrático de Direitos.

A principal crítica apresentada por doutrina mais conservadora consiste no fato de que há dificuldades burocráticas e operacionais, diante da falta de estrutura do Poder Judiciário.

De acordo com o autor Mauro Fonseca Andrade (2011), órgãos como CONAMP, o CNJ (em nota técnica nº. 10/2010) e a AJUPE (nota técnica nº. 03/2010), se posicionaram contrários ao projeto da criação do cargo, apontando como argumentos a inviabilidade estrutural da figura, bem como o inevitável confronto com o direito constitucional a um processo com prazo razoável.

O autor Gustavo Badaró (2017), assertivamente, propõe que uma ponderação seja feita. No entanto, diz o autor, não se pode continuar a se adotar a simplista posição de que, pelo simples fato de não haver previsão legal de impedimento, não haverá mais qualquer comprometimento da imparcialidade do magistrado, mesmo que ele tenha atuado na fase do inquérito policial. Mas também, não se pode cair no extremo oposto, e considerar que, pelo simples fato de um juiz ter atuado e proferido qualquer decisão na fase de investigação, estará, irremediavelmente, comprometida a sua imparcialidade objetiva.

Ressalta ainda que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, tem relativizado o impedimento ao magistrado que atuou na investigação preliminar, de atuar no processo, ao caso concreto. Como aduz Badaró (2017) é preciso analisar a natureza do ato praticado pelo juiz na fase de investigação, para verificar se houve ou não comprometimento de sua imparcialidade objetiva. Todavia, esta análise não precisa ser feita somente considerando a “extensão e a

natureza das medidas adotadas pelo juiz antes do processo”, que acaba remetendo para um casuísmo vinculado ao conteúdo concreto de cada ato decisório.

Por fim, ressalta Badaró (2017) a respeito da necessidade do estudo de caso-a-caso:

Concretamente, no caso em que um juiz determinou a prisão preventiva do acusado, ou autorizou a ação controlada, na fase preliminar, estará comprometida sua imparcialidade objetiva e eventual decisão por ele proferida quanto ao mérito da causa será absolutamente nula por se tratar de ato proferido por juiz impedido.

Portanto, temos que, na proposta de edição do novo Código de Processo Penal, há tentativa de seguir o fluxo evolutivo da sociedade, das diretrizes garantistas constitucionais, bem como as garantias estabelecidas nos Tratados Internacionais, com a instituição de juízes de garantia, por exemplo, entre outras modificações não amparadas neste trabalho, cumprindo a função de adequar o Código de Processo Penal à luz da Constituição, regida pelo sistema acusatório.

Isto exposto, não obstante algumas dificuldades apontadas pela doutrina, o que se pretendeu demonstrar foi a principal finalidade do projeto em adequar o novo Código de Processo Penal à realidade jurídica atual, ditada pelos princípios e garantias constitucionais, diante do anacronismo do atual CPP.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme delineamos no início deste estudo, o processo penal sem a investigação preliminar seria irracional, posto que não seria possível saber quem condenar (ou não) e pelo que condenar. A partir disto, indagou-se a respeito do indispensável instituto do inquérito policial para a investigação prévia da materialidade da conduta delitiva e autoria do fato.

Desta forma, estudou-se o inquérito policial é um procedimento administrativo, preparatório ou preliminar da ação penal, destinado à colheita dos elementos da investigação, viabilizando o oferecimento da peça acusatória, presente o *fumus comissi delicti*. Contudo, não restando comprovado indícios de autoria ou da materialidade do crime, o inquérito policial é arquivado, só podendo ser desarquivado pelo surgimento de novo fato.

Superada a questão da necessidade da investigação policial, ponto nevrálgico a respeito desta fase, consiste no fato de que, por não estar amparada por todos os princípios constitucionais, como o contraditório, o seu valor probatório é limitado, ou seja, o magistrado, em tese, não poderia embasar sua decisão em provas não repetidas em juízo, haja vista que o acusado não se encontraria amparado por seus direitos e garantias constitucionais.

Adentramos, por conseguinte, em um modelo teórico criado por autor italiano que, inspirado nas ideias iluministas e, buscando conter o avanço de ideais fascistas, instituiu o garantismo que, sumariamente, entendemos ser um modelo de frio ideológico, que visa limitar os poderes estatais, majorando as garantias do cidadão, principalmente as liberdades e igualdades. Para alcançar os objetivos propostos por esta teoria, foram listados os principais axiomas, quais sejam: o princípio da legalidade; princípio da submissão à jurisdição, do qual decorre o princípio da presunção de inocência; princípio da não derrogação do juízo, que se desdobra no princípio do ônus da prova; ente outros.

Portanto, a partir desde princípio teórico, é possível estabelecer um nexos entre as garantias que devem ser asseguradas ao acusado, tanto na fase inquisitório, quanto na fase processual. Na fase do inquérito, embora não haja contraditório, é necessário que Estado proteja o acusado, pois, a Constituição, recepcionando o garantismo jurídico, descreveu que todos são inocentes até o trânsito em julgado de sentença condenatória, bem como pressupôs que, todo ser humano deve ser tratado com dignidade, haja vista tais considerações, apontamos que durante a fase inquisitória o acusado deverá, principalmente, ter direito a uma defesa técnica, e ser apresentado a um juiz competente, a permanecer em silêncio sem que isto lhe acarrete consequências, entre outros.

Neste contexto introduzimos a análise dos diferentes sistemas penais, concluindo que no Brasil, vigora um anacronismo, pois embora a Constituição tenha recepcionado o sistema acusatória, o Código de Processo Penal, recepcionado pela Carta Maior, apresenta, ainda fortes resquícios de um sistema inquisitório.

A partir dessa dissonância entre a Constituição e o atual Código de Processo Penal, e tendo em vista o modelo garantista adotado pelos Tribunais Internacionais, propõe-se uma interpretação do Código Processual Penal à luz da ordem constitucional. Tem-se, deste modo, a noção de que somente por intermédio de um processo penal democrático é possível que haja efetivação das garantias constitucionais dos indivíduos, a limitação do poder estatal e, conseqüentemente, a instauração de um modelo acusatório.

Buscou-se, neste diapasão, demonstrar os princípios constitucionais e supraconstitucionais, que devem ser aplicados ao processo penal a fim de que se efetive o processo penal democrático, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, até o princípio da imparcialidade do juiz.

O juiz imparcial não é o juiz neutro, pois é inerente ao juiz suas convicções, virtudes e moral, o que se deve buscar, constantemente, a imparcialidade, que pressupõe que o juiz se coloque entre as partes e acima delas, para que possa exercer a sua função dentro do processo, qual seja, todos os direitos do acusado, tanto na fase da investigação policial, como na fase do processo penal.

Portanto, por meio deste trabalho, tentamos demonstrar a necessidade de que o Código de Processo Penal seja modificado, a fim de abranger todos os direitos e garantias, os quais todos os cidadãos tem direito, inclusive aqueles que efetivamente praticaram delitos.

Por fim, ressalta-se a presença do “juiz das garantias” no Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional, que visa assegurar a imparcialidade do juiz, por meio do seu afastamento dos atos executados durante o inquérito policial. Contudo, apesar de a doutrina destacar pela imprescindibilidade do juiz das garantias para um processo justo e imparcial, apontou-se para o fato de que institutos estatais estão apresentando críticas acerca do juiz das garantias, bem como ressaltando ser impossível sua implantação no Brasil.

Feitas tais considerações, concluímos que o atual Processo Penal deve ser reforma ou interpretado à luz da Constituição Federal, a fim de que seja efetivado no Brasil o sistema processual penal acusatório, bem como ressaltamos pela importância de se ter um magistrado imparcial, natural e independente e, como forma elementar de buscar a concretização de todos



os direitos e as garantias neste trabalho descritas no Processo Penal Constitucional. Esse é, como foi apresentado no trabalho, princípio supremo e condição necessário para o Estado Democrático de Direitos.

Ademais, com relação a figura do juiz das garantias e em atenção à atual condição brasileira, entendemos que ponderado é o pensamento de que a parcialidade do juiz deverá ser analisada caso-a-caso, pois há casos em que será dispensada a figura do juiz das garantias, em compensação, haverá os que estes serão elementares, a fim de que não haja lesão aos direitos do acusado a partir da parcialidade do juiz e, conseqüentemente lesão ao que estabelece o atual Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA FILHO, Marcos Antônio de. **A função do novo juiz no processo penal constitucional e democrático**. Publicado em: janeiro de 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-funcao-do-novo-juiz-no-processo-penal-constitucional-e-democratico/>> Acesso em: 22 de setembro de 2017.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O juiz das garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Porto Alegre: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, nº. 40, fev. 2011, p. 3.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz Natural no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial**: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. Artigo Científico. Publicado em: 20 de junho de 2017. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias-1.html>> Acesso em: 12 de outubro de 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio. **A regulamentação da audiência de custódia (ou de apresentação) por ato de Tribunal viola a Constituição?**. Artigo Científico. Disponível em: <[http://www.dpu.def.br/images/esdpu/jornaldpu/edicao\\_2/Artigo\\_6\\_-\\_A\\_regulamenta%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_audi%C3%A2ncia\\_de\\_cust%C3%B3dia\\_ou\\_de\\_apresenta%C3%A7%C3%A3o\\_por\\_ato\\_de\\_Tribunal\\_viola\\_a.pdf](http://www.dpu.def.br/images/esdpu/jornaldpu/edicao_2/Artigo_6_-_A_regulamenta%C3%A7%C3%A3o_da_audi%C3%A2ncia_de_cust%C3%B3dia_ou_de_apresenta%C3%A7%C3%A3o_por_ato_de_Tribunal_viola_a.pdf)> Acesso em: 06 de setembro de 2017.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**: Tradução de João Ferreira; revisão técnica Gilson César Cardoso. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRANDANI, Sérgio Augusto Souza. **O juiz das garantias previsão do anteprojeto do código de processo penal**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentada para Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo – Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Presidente Prudente, 2011. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2874/2652>> Acesso em: out. De 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº. 3.689/41. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em: 12 de outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 11 de agosto de 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº. 678. **Pacto de San José da Costa Rica**. Tratado Internacional. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 19 de setembro de 2017.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo Penal Aplicado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Papel do jurista num mundo em crise de valores**. Artigo Científico. Publicado em 1995. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67320/69930>> Acesso em: 03 de outubro de 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução da 8. edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. Antonio Scarance

Fernandes. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Luigi Ferrajoli. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/26328996/direito-e-razao---luigi-ferrajoli>> Acesso em: 17 de julho de 2017.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva:** curso no Collège de France (1972/1973)/ Michel Foucault; tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis: Rio de Janeiro. Editora Vozes, 2013.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio:** uma visao minimalista do Direito Penal. 4. ed. Niterói: Impetrus, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal.** Disponível em: <<http://www.lgf.com.br>> Publicado em: 19 de janeiro de 2010. Acesso em: 05 de setembro de 2017.

JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica.** Rio de Janeiro: Imago Editora, 1975.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal:** volume único/ Renato Brasileiro de Lima. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal:** introdução crítica. Aury Lopes Jr. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Vol I. 4ª.ed. 2ª Triagem. Rio de Janeiro: Editora Lumun Juris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial:** reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Artigo Científico. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito. Ano 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Aury%20e%20Ruiz%20-%20Artigo%20Cient%20C3%ADfco

.pdf> Acesso em: 14 de outubro de 2017.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATZENBACHER, Guilherme Petry. **Da imparcialidade à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos**. Monografia apresentada para a Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/36030/000817256.pdf?sequence=1>> Acesso em: 22 de outubro de 2017.

NOVELLI, Rodrigo Fernando. A teoria do garantismo penal e o princípio da legalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS. Vol. 16. n. 31. Jan./jun. 2014. Disponível em: <[www.unigran.br/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf](http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf)> Acesso em 28 de setembro de 2017.

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

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. **Garantias da magistratura e independência do Judiciário**. Artigo Científico. Publicado em: 29 de março de 1999. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/245/garantias-da-magistratura-e-independencia-do-judiciario>> Acesso em: 05 de outubro de 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª edição. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **A nulidade parcial sem redução do texto como instrumento garantista**. Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2001. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/81988/181724.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Ingo Wolfgang Sarlet. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na investigação criminal**. 2ª ed. ver. e ampl. Bauru, São Paulo: Edipro, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. Rogério Lauria Tucci. 3.ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

WOOD, Allen W. **Kant**. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2008.