UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Carlos Eduardo Faccin

O JUIZ DAS GARANTIAS: A CONCRETIZAÇÃO DA
IMPARCIALIDADE POR MEIO DA APROXIMAÇÃO AO
SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

Casca

2017

Carlos Eduardo Faccin

O JUIZ DAS GARANTIAS: A CONCRETIZAÇÃO DA
IMPARCIALIDADE POR MEIO DA APROXIMAÇÃO AO
SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Universidade de Passo Fundo, Campus
Casca, como requisito parcial à obtenção do
grau de bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais, sob a orientação da Professora Dra.
Josiane Petry Faria.

Casca

2017

Dedico o presente trabalho de conclusão de curso a todos aqueles que estiveram comigo no trilhar deste caminho, cujo incentivo e apoio foram essenciais para alcançar este momento.

Agradeço aos meus pais, por todo esforço e carinho dispendido durante minha vida. Aos meus irmãos, pela compreensão e momentos de alegria. A minha namorada Ana Carolina, pelo amor e por incentivar os estudos e fornecer o apoio para superar os desafios. Aos meus amigos que, sempre presentes, nunca deixaram faltar palavras de apoio e afeto, e a minha orientadora, Dra. Josiane Petry Faria, pela brilhante orientação que possibilitou a realização da pesquisa.

“Três coisas devem ser feitas por um juiz:
ouvir atentamente, considerar sobriamente e
decidir imparcialmente”.
Sócrates.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a figura do Juiz das Garantias e sua eficácia como meio de concretizar a imparcialidade do julgador e aproximar o processo penal brasileiro à matriz acusatória prevista na Constituição Federal de 1988. Com a pretensão de realizar uma reforma global no Código de Processo Penal e adequá-lo a chamada filtragem constitucional, tramita atualmente na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 8.045/2010, que visa instituir um código completamente novo e que traz, entre as inovações, a figura do Juiz das Garantias, cujo propósito de criação reside, entre outros, na preservação da imparcialidade do magistrado. Visando apreciar a eficácia desse instituto, parte-se do exame da instrumentalidade constitucional, explorando as nuances dos princípios inerentes ao processo penal. Na sequência, o tópico de estudo se detém nos sistemas processuais penais existentes, uma vez que, a partir daí será possível identificar o sistema vigente no ordenamento brasileiro. Após, analisa-se o modelo de Juiz das Garantias proposto, sua forma de atuação e os equívocos do projeto de lei, realçando o papel da sociedade e a importância da alteração legislativa para que se alcance de maneira eficaz o objetivo esperado. Conclui-se que a inserção do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico brasileiro é capaz de consolidar a imparcialidade do magistrado e assim aproximar o processo penal à matriz acusatória, mas são necessárias alterações pontuais no projeto, principalmente nos dispositivos que continuam a proporcionar ao magistrado o contato com elementos colhidos em fases onde não se exercem o contraditório e a ampla defesa, caso contrário o Juiz das Garantias resultará em uma aparente eficácia.

Palavras-chave: Código de Processo Penal. Estado Democrático de Direito. Imparcialidade. Juiz das Garantias. Sistema acusatório.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS RELACIONADAS AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	10
2.1	O processo penal do Estado Democrático de Direito: a instrumentalidade constitucional.....	10
2.2	O devido processo legal como superprincípio garantidor.....	15
2.3	O princípio da imparcialidade <i>versus</i> neutralidade.....	20
3	OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS CLÁSSICOS E O PROCEDIMENTO ADOTADO NO BRASIL: A NATUREZA INQUISITÓRIA E A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....	25
3.1	A legalidade e a segurança jurídica: a afirmação dos direitos fundamentais através da previsibilidade da aplicação das normas.....	25
3.2	Os sistemas acusatório, inquisitório e misto: para além da separação de funções.....	29
3.3	Resquícios inquisitoriais no processo penal brasileiro: o ativismo judicial e o rompimento da imparcialidade na busca pela verdade.....	35
4	IMPARCIALIDADE E GARANTISMO: A INSERÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	42
4.1	O Juiz das Garantias: a contribuição da sociedade para a necessária mudança de paradigmas.....	42
4.2	O Projeto de Lei n. 8.045/2010: O novo Código de Processo Penal e a figura do Juiz das Garantias.....	44
4.3	Pontos controversos da proposta: incorrendo nos mesmos erros?.....	49
5	CONCLUSÃO.....	56
	REFERÊNCIAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objeto de estudo a análise da figura do Juiz das Garantias, previsto no Projeto de Lei n. 8.045/2010 e que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados, como o meio eficaz para concretizar a imparcialidade do julgador e consolidar a matriz penal acusatória que a Constituição Federal de 1988 consagrou através dos princípios inerentes à proteção da pessoa humana, frente ao poder punitivo do Estado-Juiz. A escolha do tema resta justificada em sua atualidade e importância, visto que se trata de uma alteração que está em tramitação no Congresso Nacional e por tratar-se de tema cuja discussão vem ganhando cada vez mais notoriedade. Ainda, frisa-se a pertinência do assunto escolhido ante a importância que a substancialização da imparcialidade do magistrado trará para o futuro do processo penal brasileiro.

Com efeito, o atual Código de Processo Penal data do ano de 1941. Entretanto, não é possível afirmar que sua originalidade se mantém, pois desde sua promulgação, várias reformas foram realizadas, sendo que as maiores e mais significativas datam dos anos de 2008 e 2011. Ainda, desde aquela época, inúmeras foram as mudanças no Brasil, que ultrapassam o âmbito legislativo e transcendem na esfera social. Porém, entre as modificações, a que mais trouxe inovações foi a Constituição Federal de 1988, pois foi através dela que se inseriram no ordenamento jurídico brasileiro inúmeros princípios e garantias cuja incidência no processo penal demonstraram-se de máxima importância, principalmente por trazerem, ainda que implicitamente, a noção de que o Brasil havia adotado, a partir daquele momento, um sistema processual penal acusatório.

Diante do total impacto da Constituição no Código de Processo Penal, passou a ser necessária a filtragem constitucional das normas nele presentes, objetivando que tanto seu conteúdo quanto sua forma de aplicação se adequassem aos preceitos contidos na carta magna. Entretanto, diante da resistência da aplicação de algumas normas tangenciadas com o que dispõe a Constituição, iniciaram-se questionamentos sobre a real existência de um sistema acusatório no Brasil, pois diante de certos atos, alguns princípios foram sendo mitigados, entre os quais, o da imparcialidade do julgador.

Baseado nisso, é comum que decisões judiciais onde se proporcione ao acusado o exercício de tais garantias tenham a reprovação da sociedade, que

visualiza nessas situações a configuração da impunidade. Entretanto, sua divulgação, juntamente com a consolidação dessa forma de jurisprudência, revela-se capaz de proporcionar e auxiliar em uma significativa mudança na visão que a sociedade e, mesmo o judiciário, possuem a respeito desse tema.

Buscando adequar-se aos ditames constitucionais, foi criada uma comissão de juristas com o objetivo de elaborar o projeto do novo Código de Processo Penal. Apresentado em 2009 ao Senado Federal e aprovado, atualmente tramita na Câmara dos Deputados sob o n. 8.045/2010 e traz, entre outras inovações, a figura do Juiz das Garantias.

Presente em vários ordenamentos jurídicos, esse instituto trata-se da forma encontrada por muitos países para garantir a imparcialidade do magistrado, pois sua atuação, voltada à salvaguarda dos direitos e garantias individuais, mantém o juiz que irá proferir a sentença distante da tomada de decisões, principalmente aquelas que o levariam a agir de ofício, que o colocariam em contato com evidências colhidas sem o crivo do contraditório e da ampla defesa e que influenciariam de forma prejudicial – ao acusado – em sua tomada de decisão.

Parte da doutrina visualiza o Juiz das Garantias como a maneira adequada de se alcançar a imparcialidade do julgador. Entretanto, no projeto do novo Código de Processo Penal, existem dispositivos que, da maneira em que estão colocados, poriam em risco a eficácia dessa modificação, pois remeteriam o magistrado responsável pelo processo novamente à necessidade de tomar decisões fundamentadas em matérias cujo contraditório e ampla defesa não incidiram.

Assim, buscar-se-á elucidar as nuances desse instituto, que vêm para atender ao que um Estado Democrático de Direito anseia, de modo que ao final seja possível responder ao seguinte questionamento: A figura do Juiz das Garantias, prevista no Projeto de Lei n. 8.045/2010, revela-se como um instrumento de concretização do princípio da imparcialidade, aproximando o processo penal à matriz acusatória prevista na Constituição Federal?

A presente monografia dividir-se-á em três partes, com o intuito de expor os elementos que importarão no adequado entendimento da questão, quais sejam: as garantias constitucionais relacionadas ao processo penal brasileiro; os sistemas processuais penais clássicos e o procedimento adotado no Brasil, com sua natureza inquisitória e o viés constitucional; e, por fim, a imparcialidade e o garantismo através da inserção do Juiz das Garantias no processo penal brasileiro.

Preambularmente, buscar-se-á explicar a funcionalidade do processo penal quando submetido à égide de um Estado Democrático de Direito, através de uma análise histórica e conceitual. Ainda, será analisado o princípio do devido processo legal e sua máxima aplicação, enfatizando, posteriormente, uma de suas derivações – a imparcialidade – contrapondo-a com a noção de neutralidade, cuja distinção entre ambas revela-se indispensável.

Em um segundo momento, diante da necessidade de caracterizar o processo penal brasileiro, serão demonstrados os principais sistemas processuais existentes e, a partir daí, será possível delimitar em qual deles o ordenamento brasileiro encontra sua fundamentação. Posteriormente, através do estudo de dispositivos contidos no atual Código de Processo Penal, visualizar-se-á qual a influência do ativismo judicial no rompimento da imparcialidade do magistrado.

Por fim, partindo da premissa de que mudanças são necessárias, será examinado o projeto de lei em comento, principalmente as disposições que regulam o Juiz das Garantias, comparando-o com o direito estrangeiro e analisando o grau de inovação que tais transformações serão capazes de trazer para a manutenção do princípio da imparcialidade.

2 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS RELACIONADAS AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 no Brasil desencadeou uma era de novos preceitos cujos objetivos traduzem-se em garantir a proteção necessária ao indivíduo frente a um Estado que se mostra autoritário e arbitrário quanto ao exercício de seu dever de prestação jurisdicional, principalmente no âmbito processual penal. Diante dessa premissa, trazer a percepção acerca da existência de um processo penal balizado por um regime democrático de direito, sobretudo através da análise das principais garantias constitucionais inerentes a esta modalidade de regime estatal, revela-se indispensável para a assimilação de que o respeito a tais garantias importarão na realização de um processo justo, eficaz e seguro.

2.1 O processo penal no Estado Democrático de Direito: a instrumentalidade constitucional

Apesar de o Brasil estar inserido sob a égide de uma democracia, o processo penal brasileiro encontra nas disposições constitucionais as maiores incompatibilidades para o seu efetivo exercício, de modo que sua adaptação a tais preceitos revela-se indispensável.

A solidificação de uma sociedade igualitária e soberana vincula-se ao exercício efetivo da democracia. Esta é hoje entendida como o conjunto de crenças, ideias e ideais políticos, éticos e jurídicos, desempenhando a função de, à luz dos direitos humanos, assegurar a todos os homens sua dignidade como pessoa humana. Para que alcance este objetivo, busca-se a utilização dos princípios consagrados nas constituições, estruturando o modo de viver da população e sistematizando de forma eficiente a finalidade da atuação do Estado. (ESPÍNDOLA, 2003, p. 3-4).

Neste contexto, a Constituição revela-se como o norte de uma nação democrática, estabelecendo os valores da sociedade que devem ser resguardados e praticados, bem como determina a organização estrutural do Estado e as formas de defesa inerentes aos direitos outorgados para os seus cidadãos (ESPÍNDOLA, 2003, p. 4).

Leciona Robert Dahl (2001, p. 141-142) que as constituições interferem na democracia de um país de várias maneiras. Em um primeiro momento, ajudam na estabilização da estrutura democrática do governo, através do fornecimento de segurança aos direitos e garantias que as instituições políticas exigem. Ainda, destaca-se seu papel de proteção dos direitos fundamentais e da igualdade. Tal fato importa na aceção de que a Constituição serve para proteger direitos tanto das maiorias quanto das minorias, sendo assegurado um tratamento neutro aos cidadãos, com o prevalecimento da igualdade e impedindo que haja qualquer favorecimento ou penalização ilegítimos de qualquer cidadão.

Frente a isso, nota-se que democracia e Constituição devem ser vistas como um todo indivisível, onde reside uma dependência mútua para que a efetividade de ambas seja concretizada. A garantia de uma real democracia passa pela existência de uma Constituição que detenha valores que assegurem o caminho para que se alcance esta efetivação, assim como a prevalência da soberania da Constituição refletirá diretamente no exercício da democracia.

Portanto, reforça-se a noção de que não há Constituição democrática sem que nela estejam inseridos direitos individuais, significando que se busca cristalizar a premissa de que em primeiro lugar vêm as liberdades dos cidadãos e somente depois o poder do governo (BOBBIO, 2004, p. 52).

Diante disso, Norberto Bobbio (2004, p. 93) segue sua explanação e reflete acerca da coexistência entre direitos e democracia, afirmando que

sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com os próprios cidadãos.

Nesse contexto, tem o Estado Democrático de Direito a função de conjugar as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Para alcançar este objetivo, existem princípios que vinculam a sua existência, destacando-se, entre outros, a constitucionalidade (vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento de garantia jurídica), um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos (garantindo autonomia do indivíduo frente ao Estado), a legalidade (como forma de garantir a proteção dos direitos frente ao

arbítrio e prepotência estatal) e a segurança e certezas jurídicas (STRECK; MORAIS, 2003, p. 92-93).

A partir da análise da dependência recíproca entre a efetiva Democracia e a Constituição, percebe-se que o Estado Democrático de Direito tem como característica a existência de uma ordem jurídica onde a Carta Magna tem a qualidade de representar o topo de uma cadeia legislativa, de modo que as demais normas subordinam-se aos seus comandos. Esta superioridade da Constituição resulta em efeitos imediatos na regulação e no exercício do processo penal, sobretudo no que se refere aos postulados que limitam a atuação Estatal sobre as ações que visam interferir na liberdade do indivíduo, visto ser o Estado o único detentor do *jus puniendi*.

Com isso, colocando as normas constitucionais no topo da hierarquia das fontes, estas tornam universais os direitos nelas vinculados. Dessa forma, a Constituição não apenas regula a produção das demais normas – em seu aspecto formal, de caráter procedimental –, mas principalmente busca através de seu feitiço substancial, vincular as demais leis ao seu conteúdo e significado, de modo que a violação ao respeito e à atuação de tais direitos geram invalidades das normas infraconstitucionais (FERRAJOLI, 2014, p. 21-23).

É quando se está diante desse alinhamento que se tem a legitimação da existência do processo penal democrático, já que sua fundamentação se dá através da chamada instrumentalidade constitucional. Isso significa que o processo penal deve pautar-se e ser realizado a partir do que dispõe a Constituição Federal, de modo que seguindo uma carta magna democrática, o resultado será a existência de um processo penal democrático e garantista (LOPES JUNIOR, 2016, p. 32).

O chamado processo penal democrático, por sua vez, estando atrelado às disposições constitucionais, pressupõe que a sua aplicação está vinculada a existência de um amplo leque de direitos e garantias inerentes à dignidade da pessoa humana que devem ser observados durante todo o andamento do processo ao qual o sujeito possa ser submetido, servindo tanto como método de limitação da atividade acusatória do Estado ou mesmo proporcionando um ambiente de paridade entre as partes atuantes.

Diante disso, o respeito aos direitos e garantias fundamentais são imperativos, de modo que estes não podem, sob o pretexto de se assegurar maior eficácia ao exercício do poder punitivo, ser minimizados, devendo esta legítima

prática da autoridade estatal ser pautada pela observância das garantias individuais (FIORI, 2010, p. 69).

É nesse sentido que se observa que ao mesmo tempo em que o Estado possui o monopólio da jurisdição penal, aplicando sanções no caso de violação a um bem jurídico tutelado, este mesmo poder punitivo encontra limites na maneira como se aplica esta sanção, bem como no procedimento utilizado para que se alcance tal medida repressiva.

Como lição básica, portanto, é preciso entender definitivamente que é o processo penal que deve ser lido a luz da Constituição, submetendo-se a filtragem constitucional, de modo que não se permita que os direitos fundamentais nela contidos sejam interpretados de forma restritiva sob o pressuposto de se adaptar a um processo penal que se revela, aos olhos da Constituição, ultrapassado no que diz respeito aos postulados democráticos e garantistas (LOPES JUNIOR, 2016, p. 35-36).

Desenvolver o processo penal em conformidade com a Constituição, obedecendo aos direitos e garantias nela presentes, revela-se como um compromisso assumido por qualquer Estado que vive sob a égide de um Estado Democrático de Direito. Porém, tal responsabilidade encontra resistência, principalmente em razão de dispositivos do atual Código de Processo Penal que não foram recepcionados pela atual lei maior e que continuam em pleno uso pelos nossos magistrados.

Reforçando a responsabilidade do Estado em manter a harmonia entre a lei ordinária e as normas constitucionais, Luigi Ferrajoli (1994, p. 125, tradução nossa) reforça a ideia de que a sujeição do juiz não deve estar atrelada a letra da lei independente de seu significado, mas sim deve atender a lei válida no que diz respeito a sua compatibilidade e coerência com as regras constitucionais e com os direitos fundamentais cuja supremacia constitucional impõe a observância.

Diante desse cenário, Geraldo Prado (2006, p. 90-91) traz o entendimento de que a partir do momento em que a carta magna optou por um sistema composto por princípios e direitos fundamentais¹, oportunizou aos aplicadores das leis ordinárias a

¹ É importante destacar a diferença entre princípios e regras, onde os primeiros são considerados pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete, comportando uma série indeterminada de aplicações que, mesmo em caso de conflito com outros princípios, podem ser avaliadas de forma

tarefa de zelar pela sua efetividade sempre em conformidade com a Constituição, incumbindo-lhes a tarefa de proceder na adaptação ou inaplicabilidade daquelas leis que contrariam os preceitos constitucionais.

A existência de limites impostos ao exercício da atividade punitiva determina procedimentos que devem ser respeitados ao longo de um processo penal. Porém, revela-se a dificuldade existente para a assimilação de que o processo penal, além de buscar a resposta à prática do ato danoso, é também um instrumento de proteção da sociedade contra o possível exercício do poder estatal de forma arbitrária.

Portanto, deve o cidadão fazer uso e ter ao seu lado todas as garantias das quais o ordenamento dispõe, para que se concretize um procedimento democrático, de modo que haja igualdade em sua totalidade e tornando inadmissível a supressão de qualquer dessas garantias. Assim, cabe àquele que possui o poder de aplicar a norma a responsabilidade de utilizá-la de maneira coerente no que tange a sua compatibilização constitucional, suprimindo os dispositivos que afrontam as garantias fundamentais ou adaptando-as ao texto da carta maior.

As garantias do processo penal aparecem na forma de regras e princípios, seja por estarem presentes no próprio Código de Processo Penal, ou principalmente pela extração do texto constitucional. É de fato essencial a coexistência entre ambos, pois um sistema constituído exclusivamente de regras seria limitado à racionalidade prática, enquanto que um sistema regido exclusivamente por princípios nos levaria a uma total insegurança jurídica (CANOTILHO, 1993, p. 168-169).

No que tange aos princípios, José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 171-173) os separa em quatro grupos: a) princípios jurídicos fundamentais, sendo aqueles que pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo; b) princípios políticos constitucionalmente conformadores, sendo aqueles que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte; c) princípios constitucionais impositivos, caracterizados como aqueles que impõem aos

flexível sem que isso importe na exclusão de um ou de outro. Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e consequências determinadas que, embora admitam exceções, quando contraditadas acabam por excluir o dispositivo colidente (AMARAL JUNIOR, 1993, p. 1).

órgãos estatais a realização de fins e a execução de tarefas; d) os princípios-garantia.

De elevada importância ao processo penal são os princípios-garantia, que se traduzem em prerrogativas para o cidadão, como aquele que trata do juiz natural, a garantia do *non bis in idem*, ou, ainda, a do devido processo legal. Todos vinculam o legislador estreitamente a sua aplicação, pois lhes é atribuída uma força de autêntica norma jurídica (CANOTILHO, 1993, p. 173).

Assim, surge a imagem de que não existirá democracia – e um processo penal democrático – sem uma Constituição que guie a atuação dos sujeitos. Deve haver a obediência, tanto na interpretação quanto na aplicação das disposições principiológica-constitucionais, fortalecendo seu caráter de aplicação imperativa.

No plano teórico, as disposições que limitam a atuação jurídico-penal do Estado no Brasil apresentam-se em harmonia com o que se espera de uma nação que adotou como referência um modelo democrático de direito, em razão da instrumentalidade do processo penal e através de sua constitucionalização.

Porém, na aplicação da norma, percebe-se que há a tendência de que o indivíduo acabe por ter suas garantias minimizadas, pois o Estado-Juiz enxerga a persecução penal primeiro como a forma de garantir a punição pela prática do crime, e, somente em segundo plano, como o meio de garantir ao cidadão o respaldo para um processo justo.

2.2 O devido processo legal como superprincípio garantidor

Quando se remete a um processo penal constitucional, faz-se imprescindível o estudo do chamado princípio do devido processo legal², visto que diante de uma sociedade que vive sob a égide de um Estado Democrático de Direito, esse se revela como um importante aliado no que concerne à limitação do exercício da atividade jurisdicional, principalmente aquela que trata da reprimenda ao cidadão.

² Em 1215, João Sem-terra emitiu a conhecida *Magna Charta Libertatum*, que entrou para a história como uma “fonte dos direitos e das garantias que permitiram aos ingleses a formação de um arcabouço jurídico protetor da liberdade”. Mais tarde, em 1787, os Estados Unidos promulgaram sua primeira Constituição, que, após quatro anos, foi atualizada, onde se destacou a Emenda V, ratificada pela Emenda XIV, que sedimentou o chamado *due process of law*, ou, devido processo legal. (SLAIBI FILHO, 2009, p. 321-322).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, instituiu expressamente este princípio, dispondo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Frente à história, surge o significado deste instituto, como

o conjunto de garantias expressamente previstas na Constituição ou por ela reconhecidas como necessárias para integrar a pessoa interessada no processo de decisão, pública ou privada, que diga respeito à sua liberdade ou aos seus bens ou a qualquer interferência arbitrária nos seus direitos de personalidade (SLAIBI FILHO, 2009, p. 324).

Através deste princípio é que se garante a igualdade entre as relações instituídas pelo Estado, assegurando que as decisões tomadas pelo poder público, seja na forma de atividade judicial ou administrativa que importem na restrição à liberdade ou bens, sejam feitas somente se atender a procedimentos legalmente estabelecidos, que juntos irão levar o nome de devido processo de lei (SLAIBI FILHO, 1992, p. 209).

Diante disso, constata-se que este princípio se traduz como a razão de o Estado possuir o monopólio da jurisdição penal, pois, ao avocar para si a função de deliberar acerca do futuro daqueles que infringem as normas penais, deve estruturar um sistema para que o exercício deste poder se torne confiável e legítimo, e isso somente ocorrerá através da realização de ações que respeitem formalidades que englobem toda a principiologia constitucionalmente prevista, visando desta forma garantir aos sujeitos do processo a segurança necessária a prática de todos os atos.

Aclarando tal raciocínio, verifica-se que é a partir do princípio do devido processo legal que, sem qualquer prejuízo da penalidade imposta, haverá a garantia de que o processo tenha um hígido, regular e seguro desenvolvimento, tornando-o um escudo protetor contra um possível excesso por parte do Estado, já que esse garantismo apenas busca que o *jus puniendi* seja exercido com consonância com os princípios constitucionais e os valores fundamentais de um Estado Democrático de Direito (BOSCHI, 2006, p. 3).

No que tange à classificação do princípio do devido processo legal, é possível dizer que contém dois sentidos: o material e o formal. Em seu aspecto material, engloba a tutela da vida, da liberdade, da propriedade e a edição de normas razoáveis e justas. Formal, pois o processo deve necessariamente se desenvolver

conforme a lei, com publicidade, justiça e com a prevalência da imparcialidade do órgão julgador (MESSA, 2014, p. 114).

Nesse contexto, surgem como relevantes as palavras de Alberto Wray Espinosa (2000, p. 37) que ao dissertar a respeito do devido processo legal, ressalta que

“la necesidad de que el principio resulte aplicable a las situaciones más diversas ha conducido, cuando se trata de definir su contenido, o a formulaciones sumamente generales o a la enumeración de las cualidades que debe reunir un procedimiento para que sea “el debido”. De hecho, la segunda modalidad es consecuencia de la insuficiencia de la primera: cualquier intento de definición lleva necesariamente a la enumeración de condiciones, de modo que el camino más directo para precisar el contenido y alcance del “devido proceso” consiste en identificar los principios en los que se descompone y desairoliarlos a fin de descubrir su particular forma de manifestarse en cada caso”.

É através de seu aspecto formal que se cria a noção de que o devido processo legal se eleva ao patamar de superprincípio, pois a partir de sua análise é possível identificar que engloba elementos tidos como indispensáveis aos mais variados casos, bem como imprescindível à manutenção da ordem. No campo penal e processual penal, cita-se como exemplo disso o direito de acesso ao judiciário, ao conhecimento do teor da acusação, a um julgamento público e célere, ao contraditório e a ampla defesa (abrangendo a autodefesa e a defesa técnica), a proibição de um julgamento com base em leis posteriores que sejam desfavoráveis, o direito ao descarte de provas ilícitas, a gratuidade da justiça, ao juiz natural, ao silêncio (como forma de enfrentamento a autoincriminação) e a todos os meios de provas disponíveis (BRASIL, 2009b, p. 5).

Do amplo leque de princípios provenientes do devido processo, três merecem destaque: o do contraditório, o da ampla defesa e o da presunção de inocência. A relevância em se analisar estes princípios reside no fato de que possuem intrínseca relação com a temática do presente trabalho, pois ao mesmo tempo em que exercem grande controle sobre o poder punitivo do Estado, apresentam evidente correlação com a essência de um sistema processual penal acusatório.

O primeiro dos princípios, denominado de *contraditório*, deve ser tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, já que “o ato de contradizer a suposta verdade afirmada na acusação [...] é ato imprescindível

para um mínimo de configuração acusatória do processo” (LOPES JUNIOR, 2012, p. 239).

Afere-se a partir do estudo desse princípio que as decisões que visem afetar o direito de um cidadão só poderão ser adotadas após a audição da versão daquele cuja imputação paira, bem como de lhe disponibilizar a oportunidade de apresentar as evidências que lhe são favoráveis. Assim, o contraditório não abrangeria somente a argumentação, mas também o rechace dos fatos através de evidências (ESPINOSA, 2000, p. 38, tradução nossa).

Para que se contraponha aos fatos, é necessário, primeiramente, que se tenha conhecimento da acusação. Entretanto, não é qualquer informação que possibilitará o amplo exercício do contraditório. Esta deve ser completa, expressa e clara, delimitando os fatos e a vinculação judicial (SILVA, 2001, p. 18).

Não obstante, diante da primordialidade de contrapor os fatos apresentados, é que a forma como serão apresentados é de suma importância, já que este princípio se traduz “na necessidade de dar às partes a possibilidade de exporem suas razões e requererem a produção das provas que julgarem importantes para a solução do caso penal” (COUTINHO, 1998, p. 187), revelando-se, assim, como um aliado tanto do processo quanto das partes, já que permite que haja o uso de tantas evidências e manifestações que se fizerem necessárias durante o andamento do feito.

Para um entendimento atual, pode-se dizer que o *contraditório* traz o direito das partes de debater frente ao juiz, porém, observando que sozinho isto não bastará para caracterizar a ampla participação no processo. É preciso também que o juiz participe (não caindo no erro de confundir com um juiz-inquisidor), dando respostas adequadas às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões e evitando atuações de ofício que resultem em surpresas para as partes (LOPES JUNIOR, 2012, p. 241).

De acordo com Afrânio Silva Jardim (2002, p. 15), este princípio busca atender a estrutura dialética do processo penal acusatório, onde as partes são colocadas em situação que as habilite a oporem-se as afirmações e as provas, fornecendo ao juiz o material necessário ao julgamento. Tal entendimento de que este princípio busca a dialética decorre da concepção de que as partes são sujeitos da relação processual e conseqüentemente, titulares de direitos, deveres, poderes e ônus.

Tendo como função, portanto, assegurar o caráter dialético do processo, a sua importância se evidencia como diretriz do devido processo legal, pois está disposto no inciso seguinte ao que trata deste instituto, no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988 (SLAIBI FILHO, 2009, p. 331).

O *contraditório*, assim, institui-se como cláusula de garantia para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontrando no interesse público a certeza da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal (OLIVEIRA, 2015, p. 44).

Já a *ampla defesa* se revela como a possibilidade que o acusado tem de dispor de todos os meios para se defender. Esta defesa pode se dar pela chamada defesa técnica ou através da autodefesa. A defesa técnica trata-se prática pela qual o sujeito passivo não pode dispor, visto se tratar de uma garantia a condição da paridade de armas e imprescindível ao contraditório (LOPES JUNIOR, 2012, p. 243).

Ainda, pode-se aduzir que a defesa, da mesma forma que a ação, trata-se de um direito assegurado constitucionalmente e, portanto, reveste-se de garantia individual. Assim, da mesma forma como a acusação é exercida por um órgão dotado de capacidade e estruturação técnica-jurídica, também ao acusado deve ser concedida a oportunidade de sua representação ser efetivada por aquele que também possua tais qualidades (SILVA, 2001, p. 20).

Ainda, aliado a defesa técnica, há também a possibilidade de o próprio sujeito passivo resistir à coerção, exercendo a defesa pessoal. É encontrada com maior relevância no interrogatório policial e judicial, sendo classificada como um exercício positivo ou negativo. Positivo, pois o sujeito passivo pode atuar justificando fatos ou negando a autoria do que lhe é imputado. Negativo, pois também lhe é facultado não agir, não contribuindo para a atividade probatória, sem que isso lhe cause prejuízo. Diante disso, vê-se que a autodefesa é renunciável pelo imputado (LOPES JUNIOR, 2012, p. 246-247).

Já a *presunção de inocência* fundamenta-se no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Antes disso, tal princípio já se encontrava no “Artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e foi Reproduzido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948” (SLAIBI FILHO, 2009, p. 339).

Este princípio implica em analisar todo o processo a partir do pressuposto da existência de inocência daquele a qual se imputa o fato delituoso, devendo reduzir-se medidas que restrinjam direitos do réu, mas, principalmente, exigir que a prova

completa da culpabilidade do fato fique a cargo da acusação (LOPES JUNIOR, 2012, p. 237-238).

A abrangência deste postulado pode ser detectada a partir de duas regras: a primeira – regra de tratamento – que pode ser exemplificada a partir da indicação de que medidas cautelares, como as prisões, jamais poderiam ser utilizadas como antecipação de castigo ao acusado, ao passo que a segunda regra – probatória – implica na imposição à acusação de comprovar os fatos alegados. Assim, não possui o réu a necessidade de confessar, devendo ser esquecida a comum prática de atribuir ao acusado a tarefa de refletir a respeito do brocardo “quem não deve não teme”, utilizada como forma de constrangê-lo a depor (BOSCHI, 2006, p. 5-6).

Nada obstante, a *presunção de inocência* revela-se como um pilar do modelo garantista proposto por Luigi Ferrajoli, operando em proximidade com o princípio da legalidade, com vistas a impedir a aplicação arbitrária de sanções quando o julgador estiver em dúvida, sendo que se opta pela possível absolvição de um culpado ao invés da condenação de um inocente (WEDY; LINHARES, 2016, p. 8).

Visto a importância do devido processo legal e seus princípios derivados, visualiza-se a necessidade de um processo penal constitucional, cuja instrumentalidade forneça as partes, principalmente ao réu, a segurança jurídica necessária para exercer sua defesa diante do Estado-Juiz, de modo que os resquícios inquisitoriais do processo penal brasileiro abram espaço para a efetivação do sistema acusatório que a Constituição adota através de seus fundamentos.

2.3 Princípio da imparcialidade *versus* neutralidade

No processo penal, o magistrado figura como uma importante peça do espetáculo travado entre a acusação e defesa, pois é de sua incumbência desempenhar o controle sobre a regularidade dos atos e o zelo pelo exercício das garantias do acusado. O atual Código de Processo Penal permite que o magistrado participe de certas fases do procedimento de cuja atuação deveria afastar-se, pois, no propósito de um sistema acusatório, tais atos caberiam exclusivamente à acusação e defesa. Por essa razão, cabe a análise principiológica que regula a atividade do juiz durante a persecução penal.

Aclarando a ideia dos papéis de cada sujeito no curso do procedimento, Alexandre Morais da Rosa (2015, p. 46-47) cita a teoria dos jogos. O autor, ao

mencionar noções básicas de como funciona o jogo do processo penal, traz a ideia de que, como em uma partida qualquer, existem aqueles denominados de jogadores e também o julgador (es). Os jogadores, de início, revelar-se-iam como as figuras de acusação e defesa, cujo objetivo reside na busca pela vitória através de uma estratégia. Porém, o que realmente importa nesta questão é que estes dois sujeitos do espetáculo não devem e não podem se confundir, em qualquer momento, com o julgador, pois é de sua competência a função de coordenar e garantir o cumprimento das regras do jogo, de modo que, ao final, restará o triunfo para um dos jogadores.

Justamente para assegurar que não ocorra este conflito ou uma eventual confusão entre as partes do processo é que o princípio da imparcialidade surge no ordenamento brasileiro, destacando Aury Lopes Junior (2012, p. 187) que “a imparcialidade do órgão jurisdicional é um princípio supremo do processo e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reperto judicial justo”.

A imparcialidade do juiz, portanto, revela-se como condição de validade do processo, visto que sua não observância importa em profundas consequências para a parte que se considera lesada. Assim, o que caracteriza a imparcialidade é a apuração da presença da distância entre o juiz e as partes, que concretize o papel de terceiro desinteressado, atribuindo, desta forma, o poder de decisão a alguém que seja capaz de deliberar objetivamente (PRADO, 2016, p. 16).

Com isso, há a demonstração de que “el juez es juez, nada más que juez. Y entre el juez y las partes resulta aplicable el principio del tercio excluído: o bien es parte, o bien es juez; no hay possibilidade intermedia” (CORIA, 2006, p. 135).

Contudo, antes de adentrar de forma mais profunda na análise deste princípio, é importante que se estude a distinção entre a imparcialidade e a neutralidade do juiz, já que crer na possível imparcialidade e ao mesmo tempo na neutralidade da prestação jurisdicional representa uma utopia, um modelo baseado na fé e em um mito, onde o juiz estaria além dos limites do ser humano (COLLI, 2010, p. 2).

No momento em que se faz referência a neutralidade, numa concepção científica, significa relacionar uma situação onde os

“cientistas estariam isentos, imunes, em nome de sua racionalidade objetiva, de formular todo juízo de valor, de manifestar toda e qualquer preferência pessoal, de ser responsáveis por toda e qualquer decisão de ordem política ou implicando questões de tipo ético” (JAPIASSU, 2001, p. 36).

Importando este conceito para a alçada processual, significa referir que ao magistrado cabe tão somente a prerrogativa da aplicação do direito já existente, sem que haja a possibilidade de fazer qualquer relação entre a sentença e os acontecimentos sociais, políticos ou econômicos que fazem parte do cotidiano (RAMIRO, 2007, p. 8).

Na visão de André Machado Maya (2014, p. 57-58), a noção do juiz como um homem inserido em um contexto social leva a presumir a impossibilidade de tê-lo como um ser isolado do mundo, destituído de valores ou emoções, sendo que é impossível prescindir de sua própria identidade, vivências pessoais, sua forma de ser, de modo que um magistrado nessas condições não seria capaz de julgar, visto que uma decisão pressupõe uma escolha entre duas ou mais opções, cujo conceito de neutralidade não admite.

De acordo com Nereu José Giacomolli e Liza Bastos Duarte (2006, p. 305-306), é ilusório o pensamento de que uma decisão judicial possa ser tomada sem que se leve em consideração valores sociais, modelos históricos, filosóficos ou psicológicos, de maneira neutra. Mesmo que o julgador não perceba, existem processos que trabalham na motivação de uma decisão, influências externas que independem de sua vontade de assimilação, levando consigo o mito de que, em algum momento, é possível existir neutralidade do magistrado. Isto não ocorrerá, não enquanto residir no ser humano a impossibilidade de se abster de influências psíquicas, históricas, ideológicas ou culturais.

Por conseguinte, a noção de neutralidade do magistrado deve ser esquecida, pois não há a possibilidade de que uma decisão seja meramente racional a letra da lei. A produção de uma sentença pressupõe conhecimento a respeito dos fatos, a interpretação da norma, demonstração de ideologias e vivências, que são postas as claras durante o exercício da jurisdição, e é isto que torna o processo mais justo, pois implica na equiparação entre o magistrado e os seus jurisdicionados.

No viés do princípio da imparcialidade, a sua manutenção pressupõe uma série de garantias que visam dar segurança para que no exercício de suas funções, o magistrado não venha a sofrer nenhuma retaliação, seja política ou funcional.

Estas garantias (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos) não são vistas como pertencentes ao magistrado em si, mas sim à sociedade, que possui o direito a uma solução dada de maneira justa e imparcial (RANGEL, 2016, p. 18).

Esta imparcialidade encontra perfeita sintonia com o sistema acusatório adotado constitucionalmente, já que foi com o objetivo de manter o magistrado imparcial durante a persecução penal que a Constituição delegou ao Ministério Público a exclusividade da ação penal, demonstrando a nítida escolha pela separação das funções dos sujeitos do processo (RANGEL, 2016, p. 19).

Classificando a imparcialidade, explica Geraldo Prado (2006, p. 109) que esta pode ser analisada através de dois parâmetros: primeiro, tem-se as hipóteses de impedimento, onde se busca excluir aquele magistrado que possa ter interesse no resultado do processo. Ainda, existem os casos de suspeição, com o objetivo de substituir o juiz quando há interesse deste nas partes. Quanto se fala em causas de impedimento, está se tratando de questões impessoais, mas que mantêm determinado vínculo com o magistrado, enquanto que as causas de suspeição possuem forma predominantemente pessoal.

Materializando estes exemplos na legislação atual, têm-se causas de *judex suspectus* (suspeição) presentes no artigo 254 do Código de Processo Penal, e para casos de *judex inhabilis* (impedimento) no artigo 252, do mesmo código. No caso de o juiz não se declarar suspeito ou impedido, a parte tem o direito de fazê-lo, por meio de exceção (MUCCIO, 2000, p. 89).

Porém, a questão da imparcialidade do juiz não se limita aos dois pontos anteriores. É necessário que sua apreciação não esteja comprometida em razão de algum pré-juízo. Exemplo disso reside na possibilidade de o juiz que requisitou a instauração do inquérito ser o mesmo que julgará, demonstrando que já há a tendência de que sua posição será a de considerar a existência de um ilícito (PRADO, 2006, p. 110-111).

Dessa maneira, a configuração do processo através de uma relação entre três sujeitos, onde existem duas partes (o acusador e o defensor) e um super partes (o juiz) é necessária, de modo a garantir a equidistância necessária entre o magistrado e o interesse das partes. Este afastamento entre o que as partes buscam e a atuação do juiz deve ater-se tanto no âmbito pessoal quanto institucional. Pessoal, pois o julgador não deve e não pode ter nenhum interesse privado no resultado da

causa, e institucional, visto não ser permitido que exerça simultaneamente a função de acusar, pois só deste modo estaria se preservando o caráter cognitivo do processo, impedindo o juiz de se tornar inimigo do réu (FERRAJOLI, 2002, p. 463-466).

Diante disso, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1998, p. 173) leciona que

o princípio da imparcialidade funciona como uma meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição, razão por que se busca criar mecanismos capazes de garanti-la. Desta forma, é forçoso reconhecer que a imparcialidade é uma garantia tanto para aquele que exerce a jurisdição, como para aquele que demanda perante ela [...].

Apesar de não expresso na Constituição Federal, o princípio da imparcialidade trabalha como um núcleo do processo penal. Trata-se de um princípio que deve ser preservado ao máximo, em razão da sua enorme importância, principalmente para aquele que está sendo acusado e que se encontra a mercê de estigmas, que são impostos a partir do momento em que se torna parte de um processo acusatório.

A condução e julgamento do processo de forma igualitária e justa passa pela realização deste princípio, cujos efeitos irão incidir desde o tratamento dado a defesa do acusado até o momento em que o juiz analisará as provas para proferir sua decisão, pois caso o magistrado já inicie a persecução penal com um juízo a respeito do acusado, sua decisão não poderá ser considerada legítima.

3 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS CLÁSSICOS E O PROCEDIMENTO ADOTADO NO BRASIL: A NATUREZA INQUISITÓRIA E A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

O sistema processual penal adotado por um Estado se revela como reflexo dos dispositivos constitucionais nele existentes. De acordo com Paulo Rangel (2016, p. 45), é o sistema que irá estabelecer as diretrizes à aplicação do direito penal, de modo que se dará, a princípio, de duas formas: através de um modelo inquisitivo, presente em estados totalitários e instáveis, ou por meio de uma matriz acusatória, característica de um Estado Democrático de Direito.

3.1 A legalidade e a segurança jurídica: a afirmação dos direitos fundamentais através da previsibilidade da aplicação das normas

Previamente a abordagem específica aos sistemas processuais penais, julga-se necessária uma explanação acerca da relação existente entre os postulados da Legalidade e da Segurança Jurídica.

O princípio da legalidade caracteriza-se como a pedra angular de todo direito penal que procure o fortalecimento da segurança jurídica, certificando que ao indivíduo seja disponibilizada a possibilidade de obter o conhecimento prévio dos delitos e das penas, sendo possível prever a intervenção do poder punitivo do Estado, e também garantindo a não submissão à coerção penal distinta daquela constante na legislação (BATISTA, 2007, p. 67).

Por meio desse princípio, a lei se revela como controladora da atividade estatal, cuja intervenção nas relações humanas somente poderá realizar-se de acordo com o que encontrar-se estabelecido nas normas. Caso haja a imposição de qualquer conduta fora do que regula a lei, considerar-se-á constrangimento praticado pelo Estado, demonstrando que este princípio é essencial para repelir o abuso e o arbítrio do Estado (SANTORO FILHO, 2001, p. 1).

Dessa forma, a legalidade carrega consigo a necessidade de proteção e garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, limitando o poder de aplicação e execução da lei penal. Neste aspecto, como garantidor de direitos fundamentais do indivíduo, este primado fornece ao cidadão o conhecimento acerca de quais são as condutas proibidas, qual a sanção aplicável e o mais importante,

como será a atuação dos órgãos estatais para se alcançar esta sanção. Assim, impõe a obrigatoriedade de um processo público e que siga os trâmites definidos pela lei para que seja possível a aplicação de uma sanção (GIACOMOLLI, 2010, p. 4-6).

Nesse mesmo sentido, Guilherme Merolli (2014, p. 221) afirma que é o princípio da legalidade que norteia a incursão do jurista no caso concreto, funcionando como garantidor dos direitos do cidadão diante de toda e qualquer intervenção, inclusive – e principalmente – as ilegítimas, do Estado. Da legalidade, portanto, prescinde-se a noção de que todos os atos devem realizar-se parametrizados com o que dispõe o ordenamento jurídico, cabendo ao operador do direito aplicar a lei sempre com respeito à hierarquia das normas e as disposições da princiologia.

A supremacia da Constituição faz com que o órgão incumbido de prestar a jurisdição tenha o dever de realizar seus atos com afinidade aos direitos fundamentais e pautados pelo texto constitucional, de modo a assegurar a credibilidade de suas decisões e impedir que iniquidades surjam de onde deveria emanar o justo (LIMA, 2012, p. 85).

A legalidade, como princípio garantidor, impõe-se como uma precursora da ideia de segurança jurídica. Por segurança jurídica, diz-se que esta implica na imposição de previsibilidade das consequências jurídicas das condutas, estabilidade e continuidade da ordem jurídica, indispensáveis para um Estado de Direito (ZAMARIAN; NUNES JUNIOR, 2012, p. 343).

A segurança jurídica significa proteção à confiança do cidadão para com o direito. Deve ser permitido que o indivíduo preveja as possíveis intervenções estatais e, desta maneira, possa preparar-se e confiar seus atos ao direito vigente, de modo que sejam reconhecidos pela ordem jurídica, bem como as consequências jurídicas vinculadas a eles (DIAS, 1998, p. 144-145).

Trata-se de um bem dos mais preciosos que o Estado proporciona. Uma das justificativas para a existência do Estado é assegurar a existência e a paz ao seu povo. Isso se dá através da observância de normas jurídicas que permitem aos indivíduos moverem-se com igualdade e autonomia. A falta de segurança jurídica provocaria a inefetividade do ordenamento jurídico, o que acarretaria o caos e, conseqüentemente, um estado de anarquia (MAGALONI, 1990, tradução nossa).

Também deve se considerar a segurança jurídica como uma forma de afirmar direitos fundamentais e, avaliando a dignidade da pessoa humana como um complexo de direitos e deveres que asseguram ao indivíduo proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, percebe-se que a dignidade não será respeitada e protegida em um ordenamento onde não haja o mínimo de estabilidade e segurança jurídica que propicie a confiança necessária nas instituições estatais e em suas decisões (SARLET, 2010, p. 8).

Portanto, cabe ao magistrado a tarefa de interpretar e aplicar a lei, que deriva do poder do povo e do ato legislativo, sendo sua tarefa aferir se tal norma deve ser aplicada ou se o propósito a que ela serve está eivado de inconstitucionalidade (LIMA, 2012, p. 85).

Consideram-se aspectos da segurança jurídica que as normas sejam claras, compreensíveis e completas, que não induzam ninguém a erro e que garantam estabilidade no ordenamento jurídico, respeitando a hierarquia das fontes do direito. Também devem ser prévias, para que possibilitem a previsibilidade de seus efeitos jurídicos e, principalmente, sua irretroatividade, além de estáveis, para que, privilegiando o direito adquirido e a coisa julgada, reflitam na geração de confiança em seu conteúdo. Concomitantemente, é necessário que haja a regularidade da atuação do órgão encarregado da aplicação dessas normas (ZAMARIAN; NUNES JUNIOR, 2012, p. 346).

Entretanto, merece atenção o fato de que o Código de Processo Penal tem a característica marcante de possuir dispositivos cuja validade encontra-se intimamente ligada à interpretação dada pelo magistrado, de modo que sua conformidade constitucional fica condicionada ao poder discricionário do julgador, que tende a modificar-se constantemente.

O grau de segurança jurídica, portanto, está vinculado à cobrança por parte dos jurisdicionados de consistência e coerência das decisões de cortes como a do Superior Tribunal Federal, pois é a partir desta cobrança que cada um de seus membros estará compelido a padronização e conseqüente previsibilidade de suas decisões (SILVA, 2011, p. 149).

O entendimento de que é necessária a uniformização das interpretações jurídicas, principalmente no que diz respeito a normas processuais penais, pode ser extraída da passagem de decisão monocrática do ministro do Superior Tribunal Federal, Luiz Fux, onde considerou que para a preservação e proteção da

segurança jurídica, da igualdade e da efetividade da jurisdição, devem os órgãos jurisdicionais obedecer às pacíficas jurisprudências emanadas pela mais alta corte do país (BRASIL, 2014, p. 4).

Sendo a legalidade o conjunto de previsões normativas através das quais se busca a preservação dos direitos fundamentais, percebe-se que de sua existência não derivará automaticamente a garantia de segurança jurídica, pois o desenvolvimento deste segundo princípio está ligado diretamente ao exercício da jurisdição.

Dessa forma, devido a sua natureza constitucional, o princípio da legalidade, situa-se como o norte da atividade dos órgãos jurisdicionais, pautando sua aplicação de acordo com as normas superiores da Constituição. Assim, ajustando-se a esse princípio, a criação de normas penais, sua aplicação e execução conduzirão a um ordenamento que emana confiança aos seus jurisdicionados, livre de subjetividades e concepções revestidas somente de formalidades (GIACOMOLLI, 2010, p. 5).

Marco Antonio Marques da Silva (2001, p. 8) leciona que sendo este um dos fundamentos da legalidade no que se trata de matéria penal, pode-se dizer que dela derivam algumas concepções importantes para a garantia da segurança jurídica: trata-se da observância a *lex praevia*, *lex scripta*, *lex stricta* e da *lex certa*. A primeira trata-se da proibição de leis retroativas que causem efeitos mais gravosos ao acusado. Já a *lex scripta* figura como a proibição de se agravar a punibilidade através do direito consuetudinário. *Lex stricta*, quando se busca impedir o agravamento da punibilidade pautando-se na analogia e, por fim, a *lex certa*, que visa proibir leis penais indeterminadas.

Com isso, quando se trata de interpretação da norma ou sua produção, principalmente no direito processual penal, o trabalho do magistrado e do legislador em atribuir-lhe uma concepção dentro dos parâmetros constitucionais é de imensa importância para a efetivação da segurança jurídica, pois àquele cujos efeitos penais incidirão necessita do conhecimento prévio acerca de qual o real sentido atribuído para aquela norma e, por conseguinte, conseguirá melhor exercer a ampla defesa, o contraditório e estarão sujeitos ao devido processo legal de forma mais eficaz.

3.2 Os sistemas acusatório, inquisitório e misto: para além da separação de funções

Considerando o processo como uma estrutura de atos que se desenvolvem no tempo, há a necessidade de se adotar uma forma para que este processo siga o seu curso, atribuindo-lhe um sentido que servirá, especialmente diante de um Estado Democrático de Direito, como limitador de abusos de poder e de violações de garantias (WEDY; LINHARES, 2016, p. 1).

Na seara da sistemática processual, têm-se o modelo acusatório, que conforme explica Aury Lopes Junior (2016, p. 145), remonta sua origem no Direito grego, onde havia a participação do povo como responsável pela acusação. Qualquer um podia acusar (para os delitos graves) e a ação privada vigorava para aqueles delitos menos graves.

Neste modelo de processo grego, havia a característica da inércia dos juízes, incumbindo às partes demonstrar a veracidade de suas alegações, imperando o silêncio dos juízes durante o processo, de modo que poderia ser considerado um verdadeiro processo acusatório (WEDY; LINHARES, 2016, p. 4-5).

Já no direito romano, existiam duas formas de processo penal: a *cognitio* e a *accusatio*. A primeira delas conferia ao magistrado amplos poderes para a condução do processo, resultando na escassez de garantias. Desta forma, devido ao fato de causar temor entre a população, já que havia excesso de competência com o magistrado, foi gradativamente sendo substituída por outro modelo, a *accusatio*. Neste sistema, havia o responsável exclusivo para a acusação (um cidadão do povo, voluntário), sendo esta a principal mudança em relação à *cognitio*, pois os juízes assumiram um papel passivo, deixando a iniciativa e a gestão da prova a cargo das partes (LOPES JUNIOR, 2016, p. 145).

Desta última forma de processo romano é que derivam as principais características do atual conceito de sistema acusatório. Têm-se a separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com o processo sendo regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais. Ainda, há a garantia e prevalência do contraditório e da ampla defesa durante todo o processo, além de todas as demais garantias que lhe são conferidas através da Constituição, por exemplo. O sistema de provas é o do livre convencimento, sendo o juiz livre na apreciação das provas, porém deve ater-se ao que está presente nos autos. Ainda, há a segurança da

imparcialidade do julgador, pois a este cabe somente o controle dos atos, não interferindo na acusação e defesa, apenas adotando as providências necessárias ao andamento do feito (RANGEL, 2016, p. 48-49).

Assim, pode-se dizer que o sistema acusatório delinear-se-á através da prevalência de inúmeros princípios, destacando-se o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do julgador.

De acordo com Francesco Carnelutti (2013, p. 22-23), a decisão do juiz baseia-se em uma escolha: de um lado, estão presentes as razões postas pela acusação e, em contraponto, as exposições apresentadas pela defesa. Tais razões guiam o juiz através de um caminho para que de lá saia sua escolha. A parcialidade com que a acusação e a defesa apresentam suas teses é que garantem a imparcialidade daquele que deve decidir.

Diante disso, neste sistema processual, deverá prevalecer no procedimento o protagonismo das partes, onde acusação e defesa movimentar-se-ão, presente a paridade de armas, trazendo ao processo o material probatório necessário ao convencimento do juiz, que permanecerá inerte, sob pena de que seu ativismo influencie na condução do processo. Somente após o término da fase probatória é que o magistrado irá se pronunciar, através de uma sentença devidamente fundamentada (CARVALHO, 2015, p. 165-166).

Rico na preservação de garantias às partes, a principal crítica ao modelo acusatório, para Aury Lopes Junior (2016, p. 149) reside justamente na necessidade de o juiz manter-se inerte como forma de preservação de sua imparcialidade. Isso acarreta o imperativo de que deve se conformar com a produção defeituosa de provas, tendo que decidir baseado nestas.

Em contraponto ao sistema acusatório, têm-se o modelo inquisitorial de processo penal, que, com seu surgimento remetido à velha Roma, no seio da Igreja Católica, é caracterizado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 18) como o maior engenho jurídico que o mundo conheceu.

Trata-se de um modelo que teve seu auge durante o direito canônico, com aplicação na maior parte das legislações europeias no período dos séculos XVI ao XVII, sob o pretexto de que, à época, deixar a função de acusar a mercê dos particulares causava certa impunidade (RANGEL, 2016, p. 45).

Vê-se que neste sistema há uma total inversão de conceitos, pois o que deveria ser uma disputa regrada pela lealdade e paridade entre acusador e acusado,

transforma-se em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado, de modo que o acusado perde sua característica de sujeito processual e passa a ser um objeto de investigação (LOPES JUNIOR, 2016, p. 151).

A partir do momento em que o acusado perde seu caráter de sujeito processual e é visto como objeto visualiza-se que o sistema inquisitivo acaba por excluir o contraditório, limitar a ampla defesa e inviabilizar a presunção de inocência, pois o que vigorava era a noção de que o indício importava em uma semi-prova e conseqüentemente uma semi-culpabilidade e uma semi-condenação (CARVALHO, 2008, p. 17-18).

Dessa forma, é possível delimitar quatro principais características do sistema inquisitório: a primeira diz respeito às funções de acusar, defender e julgar, que pertencem ao juiz, causando, desde logo, o rompimento de sua imparcialidade; a segunda está na forma sigilosa em que corre o processo, até mesmo para o acusado; depois, temos a supressão do contraditório e da ampla defesa, já que, como mero objeto do processo, o acusado não necessita de tais garantias; e por último, temos a adoção do modelo de avaliação tarifada das provas. (RANGEL, 2016, p. 46).

É, pois, através do método de avaliação tarifada de provas, que a confissão do acusado era vista como o auge do processo, fazendo com que o acusador-inquisidor fizesse valer de todos meios coercitivos necessários, mais comumente a tortura, para alcançá-la.

Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 24), outra característica fundamental deste sistema está justamente na

gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a, secretamente, sendo que a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os fatos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na ‘acusação’ – , dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases.

Este modelo de sistema foi utilizado até meados do século XIX, quando a Revolução Francesa passou a exercer influência no processo penal com seus movimentos filosóficos de valorização do homem, removendo as características inquisitivas e desacreditando a noção de que uma mesma pessoa seria capaz de

exercer funções tão diferentes, como acusar, defender e ao mesmo tempo, julgar (LOPES JUNIOR, 2016, p. 157-158).

Os sistemas acusatório e inquisitorial são antagônicos. Como forma de diferenciá-los, pode-se dizer que no modelo inquisitorial, com a concentração do acusar e julgar em um único sujeito, este primeiro julga e depois acusa, residindo neste ponto a dificuldade da coexistência entre este sistema com um regime democrático. Já no modelo acusatório, há cada sujeito do processo em seu polo, de modo que antes “se faça o que tem que fazer, e, só depois se julgue o que tem, não aquilo que se foi buscar” (SÁ, 2010, p. 159).

Ainda, o sistema acusatório mostra-se superior ao inquisitivo no que tange ao seu humanismo e compatibilidade com o Estado Democrático vigente, já que enquanto o sistema inquisitivo caracteriza-se pelo caráter secreto do processo, pela obtenção da confissão a qualquer custo, o sistema acusatório prima pela publicidade, pela oralidade, disponibiliza a possibilidade de recursos e permite maior participação do defensor durante todo os atos do procedimento (FRANK, 1986, p. 21-22, tradução nossa).

Não havendo mais espaço para a manutenção de um princípio inquisitivo e nem para a impunidade que consideravam existir em um processo acusatório (pois nem sempre chegava ao conhecimento de Estado a prática da infração penal) e diante da necessidade de delegar a função de acusar para pessoa distinta do juiz, surge a noção do chamado sistema misto, tendo como fundamento a mescla dos sistemas acusatório e inquisitivo, prevalecendo em alguns momentos do processo características de um ou de outro (RANGEL, 2016, p. 50).

Neste modelo, têm-se duas fases: a primeira fase, denominada de instrução preliminar, de caráter preponderantemente inquisitivo, portanto inexistente o contraditório e a ampla defesa. Esta fase é realizada pelo juiz, que colhe provas para que se realize a acusação. No segundo momento, é onde há a acusação propriamente dita, feita em regra pelo Ministério Público, com a existência das garantias inerentes ao acusado, onde se permite que sua defesa seja amplamente exercida (RANGEL, 2016, p. 51).

Apesar de presente o contraditório e a ampla defesa na segunda fase do sistema misto, a faculdade que o juiz possui de atuar de ofício na produção de material probatório acaba por negatizar qualquer aspecto benéfico que este modelo poderia ter, pois se revela impossível ter segurança na imparcialidade de um

jugador que buscou provas acerca da existência de ilícito para que pudesse haver base para uma posterior acusação.

A partir da caracterização destes três sistemas, surge a necessidade de definir qual destes é adotado pela legislação brasileira. Um dos entendimentos, e o mais disseminado, é o de que no Brasil vigora o sistema misto, pois existe uma fase inquisitiva (inquérito policial) e uma fase acusatória pura (o processo penal propriamente dito) (MESSA, 2014, p. 102).

Deste entendimento é defensor Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 37), quando leciona que o corpo processual penal brasileiro, estruturado tanto pelo Código de Processo Penal quanto pelas demais leis, utilizam referências tanto de caráter acusatório quanto de caráter inquisitivo, de forma que surge o sistema misto.

Para chegar ilustrar esta afirmação, o autor expõe o seguinte cenário:

a investigação do crime inicia-se, como regra, na delegacia, instaurando-se o inquérito policial, de natureza inquisitiva e trâmite nos moldes do sistema inquisitivo. Nesse procedimento administrativo, colhem-se as provas a serem utilizadas, posteriormente, no contraditório judicial, com força probatória definitiva (laudos, medidas cautelares, etc.). Durante o referido procedimento, há a atuação de um magistrado, não raras vezes o mesmo irá receber futura denúncia ou queixa e julgará o réu. Esse juiz, fiscalizador do inquérito, pode decretar uma prisão preventiva ou uma busca e apreensão. Posteriormente, recebe a peça acusatória, instrui o feito e, de maneira imparcial, julga a causa. [...]. Este é o sistema existente, que é misto. Há lanços inquisitivos e toques acusatórios (NUCCI, 2015, p. 37).

Já com entendimento distinto, defendendo a predominância das características acusatórias do sistema brasileiro, Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 22) leciona que Constituição Federal assegura tal forma ao estabelecer o contraditório e a ampla defesa como garantias ao acusado, bem como ao designar para o Ministério Público a titularidade da ação penal (em certos casos também ao próprio ofendido). Ainda, garante o direito a um juiz natural e a publicidade dos atos processuais.

Dessa forma, percebe-se que para esta linha de pensamento, o critério para a caracterização de um processo acusatório reside no fato de que a acusação foi dada a um órgão do Estado (Ministério Público), enquanto que a função de julgar foi assegurada a outro, os juízes de direito (MUCCIO, 2000, p. 66).

Entretanto, Aury Lopes Junior (2016, p. 160-161) vai contra estas duas correntes afirmando que a simples separação das atividades de acusar e julgar não são o bastante para definir o modelo processual vigente como acusatório, sendo isto

um mero reducionismo e, também, critica quem considera a existência de um sistema bifásico, ou misto (inquérito inquisitivo e um julgamento com contraditório, no molde acusatório), pois inevitavelmente as provas colhidas na primeira fase serão simplesmente trazidas de forma integral para o processo, de modo que serão forçosamente corroboradas pelas provas judicializada, tornando o processo uma repetição/encenação da fase instrutória.

Conforme explica Salo de Carvalho (2008, p. 16), a caracterização do sistema processual se dará através da análise da posição a qual o magistrado encontra-se no processo. Para o sistema acusatório, faz-se necessário um juiz espectador, passivo no que diz respeito ao começo da ação e da iniciativa probatória, desligado, portanto, das partes, sendo inadmissível qualquer manifestação sua sobre fatos que serão utilizados futuramente como prova. Oposto a isso, diante de um juiz que busca as provas, há um sistema inquisitivo.

Nesta feita, cumpre salientar que a separação das funções revela-se essencial para o processo, porém, dada a complexidade que o processo penal possui, ela deve estar alinhada com outros fatores determinantes, como iniciativa probatória, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade de oportunidades, entre outros (LOPES JUNIOR, 2016, p. 163).

Com isso,

não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir 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 converta a prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois isso equivale a “prisão decretada de ofício”; ou mesmo decrete a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na fase, mas sim no atuar de ofício!), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127); ouça testemunhas além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, incisos I e II); [...] (LOPES JUNIOR, 2016, p. 164).

Assim, percebe-se que para manter a separação das funções, a iniciativa probatória deveria estar sempre nas mãos das partes, garantindo a imparcialidade do juiz, já que partindo da premissa de que o processo tem por finalidade reconstituir um fato histórico, a gestão da prova torna-se a espinha dorsal de um sistema processual (LOPES JUNIOR, 2016, p. 165).

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1998, p. 165-167) fundamenta os sistemas a partir de dois princípios unificadores: o primeiro é o dispositivo, base de um sistema acusatório onde a gestão da prova encontra-se nas mãos das partes; enquanto que o segundo princípio é o inquisitivo, alicerce do sistema inquisitório, que entrega para o juiz a gestão probatória. Portanto, visualiza-se a impossibilidade de considerar que no Brasil vigora um sistema misto ou puramente acusatório, já que a gestão da prova, no atual ordenamento, encontra-se em vários momentos nas mãos do juiz, sendo esta a questão primordial a ser analisada no momento de definir qual o sistema vigente.

Diante disso, Aury Lopes Junior (2016, p. 159-165) afirma que o modelo brasileiro deve ser conceituado como (neo)inquisitório, pois a gestão da prova nas mãos do juiz coloca em risco a imparcialidade, garantia esta que deve estar presente no modelo acusatório e que não encontra sustentação em um ordenamento que admite a atividade instrutória/investigatória do magistrado, bem como ignora o fato de que a posição ocupada pelo julgador define o quão eficaz serão as demais garantias, como o contraditório, por exemplo.

É possível perceber elementos convincentes a respeito de cada modelo processual, porém deve-se atentar ao fato de que aqueles que mitigam garantias constitucionais devem ser vistos com certa cautela, de forma que as segundas violações não venham a se tornar a regra, de modo que acabe por retornar aos tempos do Direito Canônico, onde vigorava tal característica.

3.3 Resquícios inquisitoriais no processo penal brasileiro: o ativismo judicial e o rompimento da imparcialidade na busca pela verdade

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a inclusão no ordenamento jurídico brasileiro de vários princípios e garantias que influenciam diretamente no exercício da jurisdição penal, o que ocasionou uma necessária mudança de paradigmas no que diz respeito a aplicação do direito penal e do direito processual penal.

Entretanto, a ocorrência de revoluções propende-se a ocasionar equívocos no reajustamento do domínio penal, visto que o que se nota é que os Estados resistem às mudanças e mantém o autoritarismo judiciário do antigo regime, impedindo a evolução. Destacam-se, nesses equívocos, o menosprezo que se tem a

determinados princípios jurídicos que integram um acervo sobre os quais a mão forte do punitivismo não pode e não deve estender-se (BATISTA, 1990, p. 112).

Nessa seara, pode-se dizer que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 2004, p. 16), de modo que o alcance dessas garantias depende, de certo modo, da boa vontade daqueles que detém o poder.

Adentrando neste tópico, é necessário compreender que o Brasil, ao instituir o Código de Processo Penal de 1941, que vigora até hoje, adotou a mesma sistemática do *Codi Rocco*, da Itália dos anos de 1930, código este que se fundava em uma estrutura predominantemente inquisitorial, adequada, deste modo, aos interesses da época ditatorial a qual o Brasil passara (COUTINHO, 2009, p. 109).

Destarte, com o advento da Constituição Federal de 1988 e seu extenso rol de princípios e garantias que enraízam o Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, inserem no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que implicitamente a noção de um sistema processual penal acusatório, abriu-se margem para a discussão acerca de dispositivos que conduzem a marcha processual penal brasileira, justamente pelo fato de que a aplicação de determinadas regras (presentes tanto no Código de Processo Penal quanto em legislações esparsas) não se validaram ao submeterem-se à chamada “filtragem constitucional”.

A existência de um sistema acusatório, ainda que no plano teórico, se revela em uma conquista do Estado Democrático de Direito, de forma que tal sistema

revoga (ou deveria revogar!) o serôdio sistema inquisitório, de triste memória histórica. Ora, ao juiz cabe julgar; ao promotor cabe deduzir a pretensão acusatória, investigar e produzir provas, detendo, para tanto, parcela da soberania estatal (nesse sentido, diferencia-se do advogado, porque não está vinculado à pretensão acusatória); ao advogado, cabe efetuar a defesa e garantir os direitos do réu; ao legislador, cabe produzir legislação adequada ao sistema jurídico (STRECK, 2010, p. 168).

Porém, persiste no Brasil a tendência de desprezar o real sentido da Constituição, colocando-a num posto secundário, de modo que não são raras às vezes em que esta cede sua supremacia aos códigos, sendo fácil encontrar na jurisprudência dos tribunais brasileiros decisões que, ao invés de respeitar a

superioridade constitucional e interpretar a lei infraconstitucional em face da Constituição, acabam por fazer justamente o oposto (OLIVEIRA, 2008, p. 9-10).

É por isso que no plano atual, existem situações que remetem ao sistema inquisitório, principalmente em dispositivos que conferem ao juiz poderes que extrapolem sua função constitucionalmente assegurada, qual seja a de terceiro imparcial, e faça com que acabe por invadir a esfera de atuação de outra parte – a acusação – durante o curso do processo.

Tais dispositivos são aqueles que concedem ao juiz poderes instrutórios, visto que resulta com o rompimento da igualdade, do contraditório e com aquele que é considerado a principal garantia para um julgamento válido: a imparcialidade do julgador (LOPES JUNIOR, 2016, p. 48).

Como materialização desta afirmação, cita-se o artigo 242 do diploma processual penal brasileiro, que permite ao magistrado, de ofício, determinar uma busca, o que ocorre da mesma forma com o sequestro, de acordo com o que preceitua o artigo 127, também do Código de Processo Penal.

Ainda, na mesma esteira, dispõe o Código de Processo Penal que o juiz pode ouvir testemunhas além daquelas indicadas pelas partes (artigo 209), reconhecer agravantes que não foram alegadas e proferir sentença condenatória, mesmo que o Ministério Público tenha declinado pela absolvição (artigo 385) e, ainda, promova a alteração da classificação jurídica do fato, através da *emendatio libeli* prevista no artigo 383.

Entretanto, reside no artigo 156 do Código de Processo Penal, que foi alterado pela Lei n. 11.690/2008, que faculta ao juiz ordenar de ofício a produção de provas e a realização de diligências para esclarecer dúvidas, a problemática de que se assim o fizer, coloca o magistrado em posição de investigador, deixando de estar distante dos interesses das partes, para buscar aquilo que achar que é verdade, ou, ainda, que o quer que se concretize como verdade (RANGEL, 2016, p. 09).

Reza o artigo 156 que apesar de incumbir àquele que alega demonstrar a prova, faculta-se ao magistrado ordenar a produção de provas que considere urgentes e relevantes, mesmo antes de iniciada a ação penal, ou, ainda, determinar a realização de diligências para que se dirima dúvidas que surgirem no curso da instrução ou antes do momento de prolatar a sentença.

Em uma estrutura acusatória de processo, não cabe ao juiz atuar *ex officio*, como permite o inciso I do mencionado artigo, já que isso implica na sua

contaminação e conseqüente imparcialidade. Além disso, este dispositivo contraria o próprio artigo 155 do Código de Processo Penal, que dispõe que o magistrado somente poderá condenar fundamentando com as provas colhidas na fase judicializada, que passaram pelo crivo do contraditório. Portanto, como permitir que se determine diligências para a produção de provas ainda na fase do inquérito e não pensar que o juiz não as levará em consideração no momento de proferir a sentença? (RANGEL, 2016, p. 508).

Continua Paulo Rangel (2016, p. 509) discorrendo que crer que o julgador está preocupado com os direitos do réu no momento em que pratica atos de ofício não passa de mera ilusão, afinal, de acordo com os mandamentos constitucionais, principalmente através do princípio *in dubio pro reo*, o juiz, diante de dúvidas sobre o fato que é imputado ao acusado, deve decidir em favor do réu, portanto, não haveria a necessidade de produção de provas.

Ainda, seguindo o entendimento de que tal dispositivo revela-se inconstitucional, Geraldo Prado (2006, p. 137) aduz que ao permitir ao magistrado que procure por algo, pode-se concluir que já é sabido o que se quer encontrar e, quando se fala em processo penal, tal fato demonstra a tendência de que a imparcialidade do julgador já esteja de certa forma comprometida.

Com isso, surge o entendimento de que a iniciativa do julgador em participar da gestão da prova resulta em flagrante violação a sua imparcialidade, resultando em uma atuação inquisitória. Assim, trata-se de uma atuação que contraria a lógica de um devido processo legal corolário da necessidade de contenção do poder punitivo cuja existência provém do Estado Democrático de Direito (KHALED JUNIOR, 2013, p. 147).

Sendo possível definir o sistema processual através do tratamento concedido à gestão da prova, e sendo esta considerada como o princípio unificador do sistema, possui o Brasil uma cultura de base tradicionalmente inquisitorial, fundamentada e solidificada por meio do discurso da busca pela verdade real (KHALED JUNIOR, 2013, p. 156).

Entretanto, o esforço em encontrar a verdade real, de acordo com a análise de Aury Lopes Junior (2016, p. 386), trata-se de um mito que deve ser combatido, visto que esta possui íntima ligação com uma estrutura inquisitorial, refletindo em governos autoritários, legitimando a figura do juiz inquisidor e dos mais variados e contraditórios meios probatórios, sempre visando alcançar o propósito da verdade.

O que se percebe, igualmente, é que a verdade é perseguida em um processo inquisitório, de modo que torna o juiz protagonista da investigação, pois o transforma ao mesmo tempo em acusador, buscando extorquir a verdade, aonde quer que esteja, independentemente dos meios utilizados para este objetivo (FERRAJOLI, 2002, p. 488).

Diante disso, é importante a noção de que tal característica sugere uma configuração processual onde o imputado é um inimigo a ser derrotado, de modo que a ambição pela verdade e a concessão de poderes instrutórios ao juiz para que a encontre, acarreta inúmeros desacertos que uma estrutura acusatória democrática não pode e não deve aceitar, sendo seu dever reduzir e evitar este que pode ser considerado como danoso ao processo democrático (KHALED JUNIOR, 2013, p. 185).

Portanto, sabe-se que quando o juiz deixa de ser mero espectador e passa a agir como parte, age como juiz inquisidor e descaracteriza o processo acusatório. Assim, não raramente, o magistrado utilizar-se-á de todos meios disponíveis para confirmar sua convicção, pois não há controle algum sobre sua atuação no processo penal e, portanto, através desta perspectiva, entende-se que o julgador pode proceder a novos interrogatórios, reinquirir testemunhas, ou seja, preencher as lacunas de sua teoria com os elementos que lhe convém (KHALED JUNIOR, 2013, p. 185-186).

Dessa maneira, refuta-se a possibilidade de que poderes de gestão sobre a prova recaiam na competência de atuação do magistrado, visto que o resultado não será outro senão a busca pela satisfação da verdade, mas a verdade que o magistrado entende ser a real.

Entretanto, vêm sendo utilizado como justificativa para que o juiz exerça atividades típicas de investigador sem que o caracterize como tal, o raciocínio de que o Brasil não adotou em seu ordenamento um juizado de instrução e, portanto, o juiz que atua na etapa preliminar da persecução penal não pode ser considerado e nem confundido com o investigador. Diante disso, confia-se na visão de que o magistrado é um ser em sua essência imparcial, e que somente algo deveras anormal e espalhafatoso poderia ser considerado como uma demonstração de parcialidade (PRADO, 2016, p. 5).

Contudo, nota-se que mesmo essa justificativa não deve ser utilizada para frustrar e nem mesmo minimizar as garantias do imputado, pois a imparcialidade do

juiz deve ser protegida a todo o momento por mecanismos que permitam o exercício da função que lhe é constitucionalmente assegurada, como protetor do devido processo legal (KHALED JUNIOR, 2013, p. 156), e isso pode ser feito até mesmo retirando poderes que não lhe são típicos de um sistema constitucional acusatório.

Como reflexo desse entendimento, Geraldo Prado (2006, p. 104) aduz que “no processo acusatório é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir, que define o horizonte do mencionado processo”, de modo que longe de considerar a verdade como o fator hegemônico do sistema, o processo acusatório visa resguardar, primeiramente, seu caráter de contenção do poder punitivo, diferentemente do que ocorre no modelo inquisitivo, cuja busca pela verdade resulta no desprezo pela forma, já que o real interesse está no resultado, qual seja, a condenação, independentemente de como foi obtida (KHALED JUNIOR, 2013, p. 159).

Através da necessidade de afastar a falácia da busca da verdade real como legitimante da gestão da prova como atributo do magistrado, Aury Lopes Junior (2012, p. 575, grifo do autor) aduz que

o ponto-chave é negar a “verdade” como função do processo (até para fugir da armadilha do sistema inquisitório, fundado na busca da verdade). É uma ingenuidade que reflete a crença na onipotência do conhecimento jurídico moderno. A equação até então, é(era): razão moderna + juiz + ritual judiciário = mito da verdade. E o mito fundador da sentença e até do processo (inquisitório) é a verdade. Daí por que desvelar é preciso, inclusive para, liberto da missão de revelador da verdade, caminhar em direção ao processo penal acusatório e democrático.

Isso porque a questão da verdade associa-se a gestão da prova, de modo que sua busca, em um contexto de processo democrático, deve ser pensada a partir de limitações ao juiz, detentor do impulso oficial. Desta forma, diante de poderes ilimitados ao magistrado, sob o pressuposto de se alcançar a verdade real dos fatos, não há que se falar em democracia e conseqüentemente em processo acusatório (STRECK, 2012, p. 17).

Nesta seara, a verdade real não pode ser considerada como o objetivo a ser alcançado pela instrução criminal, deslegitimando dessa maneira o argumento de que ao julgador cabe avocar para si, através de dispositivos permissionários do Código de Processo Penal, a pretensão acusatória. Na realidade, o processo criminal reveste-se como um limitador a investigação do real, de modo que resta a

aceitação de que a verdade que se busca é aquela atinente a certeza dos fatos, porém alcançada através dos limites do sistema processual (KIRCHNER, 2009, p. 9-10)

Ao passo em que se percebe que desde o momento em que se permite que o magistrado tenha poderes instrutórios, a busca pela verdade será o discurso adotado para validar todos os atos que afrontem a principiologia de um sistema acusatório. Frente a isso, deve-se buscar sempre a leitura sob o viés constitucional destes dispositivos permissionários do ativismo judicial, de modo que seja possível controlar a incidência de características de um sistema inquisitorial marcado pela parcialidade do magistrado.

4 IMPARCIALIDADE E GARANTISMO: A INSERÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Desde que foi promulgado, o Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941, que instituiu o Código de Processo Penal, sofreu várias alterações diante da necessidade de se adaptar às novas situações que a evolução da sociedade proporcionou, estando ligada, de modo principal, a promulgação da Constituição Federal de 1988, que fez com que o código se tornasse obsoleto em várias de suas passagens em razão de não ser recepcionável pela carta magna. Por esse motivo, deu-se início a questionamentos a respeito do papel do magistrado, principalmente no que diz respeito ao seu agir durante o curso do processo.

4.1 O Juiz das Garantias: a contribuição da sociedade para a necessária mudança de paradigmas

O processo penal reveste-se como a forma de materializar a pretensão punitiva do Estado, obedecendo a procedimentos que permitam alcançar o caráter retributivo do crime de forma eficaz. Assim, sua otimização faz-se necessária sempre que seus regramentos deixam de contemplar normas consideradas inafastáveis daqueles que são submetidos a esses procedimentos.

Entretanto, predomina no seio da sociedade, principalmente em razão dos altos índices de violência, o pensamento de que o acusado trata-se de mero objeto da persecução penal, de modo que para garantir a aplicação da pena, deve-se permitir a supressão de garantias individuais em prol da segurança da coletividade.

Diante disso, surge o chamado “direito penal do inimigo”, que, de forma superficial, caracteriza-se pela função de buscar a cessação do perigo, neutralizando seu agente causador e prevenindo o mal que o desvio de conduta poderia causar. Resguardar-se-iam os direitos dos cidadãos, porém, em face do inimigo, devido ao perigo que representa, seriam esquecidos os princípios básicos que ajudam a caracterizar um Estado Democrático de Direito (NOLASCO, 2012, p. 2).

Para os que possuem essa visão do processo penal, entende-se que no momento em que passam a existir direitos aos acusados, está também se propagando a impunidade, de modo que a solução para impedir isso é a negação da

Constituição. Assim, não haveria problema em permitir que o juiz exerça um papel de xerife, combatendo o crime através de todos os meios justificáveis (PORTELLA JUNIOR, 2012, p. 2).

Nesse contexto,

resguardar los derechos de los justiciables no es una tarea de fácil comprensión para la comunidad, especialmente cuando existe una identificación demasiado estrecha, en el juicio público, entre imputado y delincuente. Esta identificación permite entender juicios como los que se han escuchado permanentemente al juzgar la reforma al proceso penal: *los delincuentes tienen más derechos que antes y los delincuentes tienen más derechos que las víctimas* (MARTIN, 2013, p. 54).

A supressão dos direitos fundamentais que visam à neutralização dos indivíduos perigosos para a sociedade decorre de uma prática populista e imediatista, tendo papel meramente simbólico, cujo efeito único é o de transmitir aos cidadãos a falsa sensação de segurança, sem, entretanto, possuir qualquer eficácia no que diz respeito à redução da criminalidade (MALAN, 2006, p. 13).

A razão de ser dessa prática estatal reside principalmente na espetacularização da violência e do discurso de lei e ordem, disseminado principalmente através da mídia, que influenciam o cidadão a pensar no processo penal antigarantista como a forma de combater a criminalidade, efetivar a segurança pública e a paz social (PORTELLA JUNIOR, 2012, p. 1-2).

Portanto, tem-se como a primeira etapa para a efetivação do modelo proposto de Juiz de Garantias e para entender seu real efeito no processo penal, a necessidade de que haja a reeducação jurídica da sociedade, principalmente no que diz respeito à matéria criminal.

No Brasil, especialmente os de classe menos favorecida tendem a ser os mais afetados pelas práticas inquisitoriais do processo penal. Assim, fazer com que tenham acesso ao conhecimento de seus direitos constitucionalmente previstos, como por exemplo o de ter acompanhamento técnico desde a fase investigatória, da possibilidade de manter-se em silêncio durante o interrogatório, de não produzir prova contra si, de exercer o contraditório e a ampla defesa, revela-se como importante meio de combate a eventuais violações e abusos de direito (SCHNEIDER, 2014, p. 165-166).

A partir disso, haverá a propagação da ideia de que não somente o Juiz das Garantias, mas todas as regras e princípios inerentes ao processo penal, não visam

somente beneficiar os réus. As garantias são devidas para toda a sociedade, pois no plano teórico não existe distinção entre aquele que está no banco dos réus e aquele que assiste a persecução penal, afinal todos são iguais perante a lei (ABRÃO; MAYA, 2011, p. 18).

Ao criar esse entendimento, entender-se-á que o princípio que prepondera no processo penal é o da proteção dos inocentes, e todos o são até que se tenha uma sentença com trânsito em julgado. Assim, há a valorização dos indivíduos frente ao Estado, o que leva a democratização do processo penal (LOPES JUNIOR, 2012, p. 74).

Emerge daí, portanto, a mudança de pensamento que auxiliará na implantação do Juiz das Garantias. Enquanto houver a pressão das grandes massas por um processo penal que vise somente punir, os juízes ficarão inclinados a fazer uso das normas que permitem tal atuação. Por outro lado, havendo a modificação das perspectivas da sociedade, juntamente com alterações legislativas que corroborem tais ideologias, haverá mais chances de se alcançar o resultado que o processo penal constitucional pretende.

4.2 O Projeto de Lei n. 8.045/2010: o novo Código de Processo Penal e a figura do Juiz das Garantias

Diante do tempo de vigência que o atual Código de Processo Penal possui e somada à ineficácia das recentes alterações, se tornou necessária e urgente a união de esforços para que fosse elaborado um novo Código, de modo a adequar o processo penal ao que demanda a sociedade atualmente. Principalmente no que tange a garantia de direitos previstos constitucionalmente é que se buscam as principais mudanças, visto que o que se espera de um Estado Democrático de Direito é que o processo penal seja a forma confiável de se alcançar o caráter repressivo para com aquele que praticou o delito. Confiar no Estado para decidir sobre as consequências da infringência a um bem jurídico penalmente tutelado trata-se de tarefa que demanda daquele sobre a qual o poder de fazê-lo paira portar-se com imparcialidade, de modo que não recaiam dúvidas acerca da legitimidade de sua decisão.

No Brasil, a legislação prevê duas fases processuais: a primeira, de investigação preliminar e de caráter predominantemente inquisitivo, a cargo da

autoridade policial, e a segunda fase, que se diz judicializada, onde vigoraria a sistemática acusatória, com a presença do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, conceder poderes instrutórios ao magistrado, lhe permitindo agir de ofício na busca de material probatório, antes mesmo de iniciada a ação penal, de modo que tenha contato com elementos que desde logo não foram submetidos ao crivo do contraditório, pois agindo dessa forma, estaria o juiz tornando-se parte e sua imparcialidade restaria prejudicada.

Assim, percebe-se a incompatibilidade entre os modelos propostos pelo atual Código de Processo Penal e a Constituição de 1988, que é criticado principalmente em razão dos ideais daquele tempo em que fora promulgado, pois seus objetivos apontavam para uma direção diversa daquela que a atual Constituição propôs quando de sua divulgação, que estabeleceu um extenso rol de garantias e direitos individuais (BRASIL, 2009a, p. 15-16).

Nesse quesito, não haverá eficácia na persecução penal se esta se der em detrimento dos direitos assegurados constitucionalmente. A redução de garantias não promove a eficácia da prestação jurisdicional, pois se tratam de uma exigência indispensável ao efetivo exercício dos propósitos de um estado democrático de direito. Assim, quando respeita as garantias individuais, o Estado demonstra que não está somente exercendo sua autoridade, mas sim permitindo que a solução do conflito seja realizada com a consciência de que a decisão se fundamentou no mais amplo conhecimento e maturidade que a árdua tarefa do exercício do poder pode proporcionar (BRASIL, 2009a, p. 16).

Diante disso, foi constituída uma comissão de juristas de modo que foi apresentado ao Senado Federal o projeto de Lei n. 156/2009, através do Senador José Sarney, que tem como objetivo instituir o novo Código de Processo Penal. Atualmente, o projeto tramita sob o número 8.045/2010 na Câmara dos Deputados.

Através dele, pretende-se promover importantes modificações no processo penal brasileiro no que diz respeito à criação de uma principiologia geral, efetivando a tutela penal dos direitos fundamentais, mas também garantias ao se emitir juízos de valores sobre comportamentos e danos (OLIVEIRA, 2010, p. 11). Nisso, vê-se no projeto uma oportunidade para concretizar o princípio da imparcialidade do julgador, que há tanto se discute.

De início, o projeto de lei traz em seus primeiros artigos questões gerais e que já posicionam o leitor na direção que os legisladores pretendem dar ao processo

penal brasileiro. O artigo 1º, por exemplo, dispõe sobre o respeito aos princípios fundamentais tratados constitucionalmente, bem como aqueles decorrentes dos tratados dos quais o Brasil é parte. Trata-se de medida que visa acabar com a discussão da efetiva aplicação desses tratados no processo penal brasileiro (DEZEM, 2010, p. 13). Ainda, nos artigos 2º e 3º, impõe a observância do devido processo legal, bem como da realização de todo o procedimento sob a ótica do contraditório e da ampla defesa.

Entretanto, está presente no artigo 4º a primeira novidade: define a estrutura do processo penal brasileiro como acusatória, de forma explícita, e ainda, insiste dispondo que é vedada a iniciativa do magistrado na fase de investigação, bem como sua atuação probatória. Ainda, há dois artigos que limitam aqueles que não compreenderam a postura adotada pela Constituição: o artigo 5º, que traz critérios para a interpretação da norma penal, delineada pela proibição de excessos e pela efetivação dos direitos fundamentais, e o artigo 6º, que veda a interpretação extensiva de normas restritivas de direitos fundamentais (DEZEM, 2010, p. 13).

Ainda sobre a definição explícita da opção pelo sistema acusatório, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009, p. 113) assevera que tal escolha se revela como uma prestação de contas com a realidade,

principalmente porque depois de 1988 não mais faz sentido – começando pela inconstitucionalidade – nenhum ordenamento que se coloque de forma incompatível com a Constituição. Desde este ponto de vista, o princípio republicano, o princípio da isonomia, o princípio do devido processo legal e o princípio da fundamentação de todas as decisões (dentre outros) formam um quadro onde não há espaço para o predomínio da base do Sistema Inquisitório. Eis por que a opção da [...] Comissão foi, com precisão, pelo Sistema Acusatório.

Encerrar-se-á, assim, a discussão doutrinária a respeito do sistema adotado pelo Brasil. Entretanto, deve-se observar que a prática revela que existe diferença entre o que é adotado e o que é exercido, afinal, a Constituição Federal desde sua promulgação trouxe, ainda que implicitamente, a adoção de um sistema acusatório e, mesmo assim, as práticas são de atos que coadunam com um sistema inquisitivo.

No momento em que é designada ao juiz a tarefa de decidir sobre matérias pertinentes à investigação, haverá, inevitavelmente, o contado dele para com o material já colhido, afinal, para deliberar, por exemplo, a respeito de pedido de prorrogação de prazo para conclusão de inquérito, ou para decidir acerca da adoção

de medidas probatórias que restrinjam direitos fundamentais, é necessário que o magistrado tenha contato com as linhas investigatórias e adote uma posição sobre as pessoas envolvidas. Nesse momento, a cada fase da investigação, torna-se impossível que o juiz se mantenha alheio ao que lhe é narrado e trazido, de modo que ao final, já está familiarizado com os fatos, pois participou ativamente da investigação, de modo que, quando da fase judicial, será difícil que sua opinião seja modificada diante da apresentação das provas que realmente deveriam ser levadas em consideração (SCHREIBER, 2010, p. 2-3).

Buscando inovar e afastar essa atuação instrutória do magistrado, o projeto do novo Código de Processo Penal traz como uma de suas maiores novidades a implantação da figura do Juiz das Garantias. No âmbito processual penal, juiz não tem outra função senão a de garantir os direitos fundamentais do acusado, de modo que a inovação diz respeito a um juiz que terá sua competência exclusivamente voltada para a atuação na fase pré-processual (MAYA, 2009, p. 6).

De forma comparativa, têm-se as experiências de países que inseriram em seu ordenamento esse instituto, pois conforme André Machado Maya (2010, p. 14), a “criação do instituto do juiz de garantias foi saudada nos países onde já adotado, não apenas da América Latina, mas também da Europa, como é o caso da Itália, em que a atuação na fase preliminar é atribuída ao *giudice per indagini preliminari*”.

No processo penal italiano, cujo modelo influencia na legislação brasileira, os atos de investigação cujo exercício possa vir a causar restrições às garantias do acusado devem ser autorizados pelo chamado “juiz da investigação preliminar”, que também pode atuar na produção antecipada de provas. Após a investigação é realizado o juízo de admissibilidade da acusação, os autos são remetidos a um juízo diverso, que será o responsável pelo julgamento do feito (LOPES, 2014, p. 8-9).

Ao mesmo tempo, no Paraguai, a atualização na legislação processual penal trouxe a figura do “*juez penal de garantías*”. Conforme explica Christian Bernal Duarte (2009, p. 140-142, tradução nossa), esse magistrado não possui intervenção direta durante a investigação preliminar, atuando na busca de provas de ofício, por exemplo, pois essa função probatória se encontra a cargo do Ministério Público e da polícia judiciária. Ao juiz penal de garantias cabe, no sistema paraguaio, controlar os meios de obtenção de provas, aceitar ou não medidas cautelares contra o investigado, de modo que se mantenha a preservação de suas garantias, constituindo-se o magistrado, portanto, como o último refúgio do imputado.

Também na Colômbia houve a instituição de um novo Código de Processo Penal. No ano de 2004, foi promulgado o *codigo de procedimiento penal*. Nele, a investigação está a cargo do *fiscalía general de la nación*, que comparativamente, equivale ao ministério público no Brasil. A esse órgão cabe agir com medidas que limitam direitos fundamentais, como interceptações telefônicas e apreensões. (FALAVIGNO, CAZABONNET, 2016, p. 85).

Entretanto, tal exercício encontra-se vinculado ao Juiz das Garantias, que detém a função de controle dessas medidas, convalidando-as ou não. A produção de provas, nesse sistema, ficou totalmente a cargo do ministério público, de modo que foi proibido ao juiz proceder na busca de evidências. (FALAVIGNO, CAZABONNET, 2016, p. 85).

Percebe-se que há a tendência dos países em modificar seus modelos de processo penal a fim de que se adequem a realidade que a evolução da sociedade trouxe, instituindo um formato de processo onde haja a prevalência de garantias ao acusado e, um dos meios utilizados para essa concretização foi a criação de um Juiz de Garantias.

No Brasil, essa figura encontra-se no Capítulo II do projeto de lei do novo Código de Processo Penal, que trata exclusivamente desse instituto. O artigo 14 dispõe em seu *caput* que compete ao juiz das garantias o controle da legalidade da investigação e a proteção dos direitos individuais. Portanto, sua atividade abrange

ejercer una revisión estricta, no sólo formal sino principalmente sustancial, de una importante franja de actuaciones penales, en las que se involucran derechos fundamentales de las personas sometidas a la acción penal del Estado; de allí su papel de garante y con ello el ejercicio de una función eminentemente constitucional. Su principal tarea es controlar la actividad estatal en lo que se refiere a la limitación de derechos fundamentales, búsqueda de la verdad y acopio de material probatorio; por tanto su rol esencial es el de guardián de los derechos y garantías de las personas intervenidas punitivamente (ARANGO, 2010, p. 231-232).

De modo a concretizar esse objetivo, o artigo 14 traz em seus incisos as competências inerentes à função de garantidor, de modo que aquele juiz que praticá-las automaticamente estará impedido de funcionar na etapa processual, pois entendeu o legislador que, ao contrário do que ocorre no atual Código de Processo Penal, a atuação instrutória do magistrado acarretaria a quebra de sua imparcialidade.

Caberá ao magistrado incumbido no papel de garantidor, decidir, por exemplo, acerca do pedido de prisão provisória ou outras medidas cautelares, decidir a respeito da produção antecipada de provas que se consideram urgentes e relevantes, requisitar documentos para a autoridade policial e, entre outros, decidir sobre pedidos de interceptação telefônica, quebra de sigilos fiscal e bancário, busca e apreensão. Essa atuação abrangerá todas as infrações penais, com exceção daquelas consideradas de menor potencial ofensivo, conforme preceitua o artigo 16 do referido projeto de lei.

Objetiva-se com o Juiz das Garantias o atendimento de dois pontos importantes para o desenvolvimento do processo: o primeiro, diz respeito a otimização da atuação jurisdicional criminal, no que tange a especialização da matéria, e o segundo, compõe-se na manutenção da distância do juiz do processo responsável por proferir a decisão com os elementos colhidos na fase de investigação (BRASIL, 2009a, p. 18).

Através disso,

preserva-se a imparcialidade do juiz competente para o julgamento do mérito da ação penal, evitando a sua contaminação subjetiva inerente à fase pré-processual, e otimiza-se a garantia do contraditório, viabilizando que o magistrado julgador tome contato com a prova e, portanto, forme sua convicção, apenas durante a instrução criminal, com a paritária participação da acusação e da defesa (MAYA, 2010, p. 14).

Esse distanciamento que propõe o projeto de lei vem corroborar as aclamações dos processualistas mais garantistas que enxergam nas atuais atividades instrutórias dos magistrados uma forma de ser obter juízos prévios sobre os fatos investigados, sendo que esses elementos, colhidos sob um viés inquisitivo, não podem ser usados para a valoração durante a tomada de decisão. Assim, afastando o juiz do processo dessa forma de atuação, a imparcialidade restaria especialmente preservada.

4.3 Pontos controversos da proposta: incorrendo nos mesmos erros?

No ano de 2008, o Código de Processo Penal passou por uma profunda reforma, cujo objetivo consistiu em adaptar a estrutura processual ao modelo que a Constituição Federal de 1988 implantou, qual seja, um sistema acusatório regido por

direitos e garantias, entre as quais, a imparcialidade. Entretanto, reformas parciais não mudam o sistema, pois não atacam o núcleo do problema, de modo que acabam por se tornar meros remendos (COUTINHO, 2008, p. 11).

Naquela reforma, foi dada nova redação ao seu artigo 156, que passou a permitir que o juiz, de ofício, ordenasse a produção de provas e a realização de diligências que julgasse pertinentes para dirimir suas eventuais dúvidas. Tal redação foi considerada tanto prejudicial quanto a original, pois passou a permitir ao magistrado a atuação probatória nas duas fases da persecução penal, diferente do que ocorria na antiga redação, que, de certa forma, passava a impressão de que o juiz não atuaria na primeira fase (COUTINHO, 2008, p. 11). A reforma que visava adequar o processo aos ditames constitucionais, portanto, equivocou-se, pois colocou em xeque a imparcialidade do magistrado.

No projeto de lei que visa instituir o novo Código de Processo Penal, ficou definido que ao juiz não caberá qualquer iniciativa na fase de investigação e nem a substituição probatória do órgão de acusação, evidenciando-se o caráter revolucionário da reforma global. Além disso, traz o inovador Juiz das Garantias como sujeito responsável pelo bom andamento da fase pré-processual, afastando ainda mais o magistrado responsável pelo julgamento da obtenção de provas e do ativismo que questiona imparcialidade.

Entretanto, a reforma traz algumas peculiaridades que, diante da complexidade do tema, pode novamente comprometer a finalidade almejada pela modificação do Código de Processo Penal e da figura do Juiz das Garantias. Segundo Paulo Victor Freire Ribeiro (2010, p. 974) são atribuições que devem ser conferidas ao magistrado garante, entre outras: receber a cópia do auto de prisão em flagrante, acompanhar os atos de flagrante em ação controlada, receber a portaria de instauração de inquérito policial, decidir sobre prisões cautelares e de pedidos de prisão preventiva, decidir sobre a produção de provas, tais como a busca e apreensão, interceptações telefônicas, quebras de sigilo e outras diligências que interessem a investigação, determinar a produção de provas urgentes e não repetíveis, receber a preliminar da peça acusatória e citar o acusado para responder à acusação e também receber em definitivo a peça acusatória.

Justamente nesse último ponto reside o primeiro equívoco da proposta. Ficou definido no *caput* do artigo 15 que a competência do Juiz das Garantias cessa com a propositura da ação penal. Assim, percebe-se que acordo com a redação do artigo,

não será da competência do Juiz das Garantias receber a denúncia ou ainda notificar o denunciado para apresentar a resposta à acusação (MAYA, 2009, p. 7).

Como há a necessidade de que se demonstre o mínimo de fundamentação para que se inicie o processo, e isso se dá justamente com o contato do magistrado com o material que é coletado na fase de investigação, esse material é produzido exclusivamente para uso na acusação, e dessa maneira não possui o devido contraditório e ampla defesa (LOPES, 2014, p. 15).

Com isso, tem-se como inapropriada a opção adotada pelo legislador, pois inevitavelmente o juiz do processo precisará analisar todos os elementos colhidos na fase investigatória para decidir se aceita ou não a denúncia, aproximando novamente o magistrado da fase pré-processual. (MAYA, 2009, p. 7).

De acordo com Marcos Vinicius Pimenta Lopes (2014, p. 16), a estrutura do procedimento penal possui três momentos importantes: a investigação, a admissibilidade ou não da acusação e o julgamento propriamente dito. Tratar-se-ia de pensamento utópico imaginar a possibilidade de haver um magistrado responsável por cada uma dessas etapas.

Assim, o correto e mais próximo da realidade processual brasileira, e atendendo ao objetivo que a implantação do Juiz das Garantias almeja, seria que o mesmo magistrado incumbido da tarefa de garantidor fosse o responsável pelo recebimento da peça acusatória, pois já estará em contato com os elementos indiciários produzidos na fase pré-processual, e somente após isso encaminhasse ao magistrado competente para a instrução criminal (MAYA, 2009, p. 7).

A alteração nesse sentido traria ainda mais eficácia para o Juiz das Garantias, pois ainda que a investigação não seja sua, possui o conhecimento acerca de todo o material produzido e estaria mais apto para essa decisão, sem comprometer o julgamento futuro. Delegar ao juiz da instrução a admissibilidade da acusação seria como anular qualquer benefício que o magistrado garante trouxe ao acusado durante a investigação.

Ainda no mesmo artigo 15, dispõe os parágrafos primeiro e segundo que as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo e que após a propositura da ação penal, caberá ao magistrado do processo analisar as questões pendentes, e que as decisões tomadas pelo Juiz das Garantias não vinculam aquele responsável pelo processo. Essa regra surge em razão da independência que rege a função jurisdicional, assim, havendo novos elementos de convicção, abre-se a possibilidade

de o juiz do processo determinar interceptações telefônicas, quebras de sigilo, ou mesmo a prisão preventiva do réu (MAYA, 2014, p. 205-206).

Diante disso, abre-se a possibilidade de que novamente haja a contaminação do juiz pelos elementos probatórios colhidos na fase de investigação, tal como ocorreria no recebimento da denúncia. Dessa forma, para dar maior eficácia à figura do Juiz das Garantias, as apreciações de todas as medidas ficariam ao seu cargo e então, somente quando concluídas todas as diligências é que haveria lugar para o recebimento ou não da denúncia. (MAYA, 2014, p. 206).

Comparativamente, a Itália adota o sistema de que a admissibilidade ou não da denúncia é feita pelo mesmo juiz que atuou na fase de investigação, de modo que o juiz da instrução fica somente responsável pela decisão de mérito. O mesmo ocorre nos Estados Unidos da América, onde a admissibilidade é feita por um órgão distinto daquele que julga a causa. Já na Alemanha, que adota o procedimento de delegar ao mesmo magistrado a função de admitir ou não a acusação e julga-la, existem críticas a este modelo, pois “como consequência, o tribunal corre o risco de não examinar com olhos neutros na fase judicial” (LOPES, 2014, p. 16).

Outro problema, também presente no artigo 15 do projeto de lei, diz respeito a exclusão da competência da atuação do Juiz das Garantias nas infrações de menor potencial ofensivo. Para André Machado Maya (2014, p. 204), não haveria problema em desconsiderar a atuação do Juiz das Garantias nesse tipo de delito, visto que a Lei n. 9.099/95 dispõe que nesses casos lavra-se termo circunstanciado, e não há em regra instauração de inquérito policial, sendo que o procedimento comum se restringe a colheita das informações de infrator, vítima e testemunhas, além do resumo do fato e suas circunstâncias.

Entretanto, o inquérito policial é somente uma das formas disponíveis para a investigação criminal, de modo que se o objetivo do legislador reside em impedir que o juiz se vincule ao que se produz na fase pré-processual, deveria também trazer para os juizados especiais o Juiz das Garantias, proporcionando tanto para aqueles submetidos ao procedimento ordinário quanto para o procedimento sumaríssimo o mesmo tratamento (LUZ, 2011, p. 1).

Já nas instâncias recursais, surge outra incompatibilidade: a fixação da competência para atuar se dá através da prevenção. Isso significa que os recursos posteriores da sentença penal condenatória, incluindo aqueles que se referem a execução penal, serão conhecidos pelo juiz ou pelo órgão colegiado que já

participou da apreciação, por exemplo, de algum *habeas corpus* que questionava alguma medida referente a investigação preliminar (MAYA, 2014, p. 207).

Caso se mantenha essa regra, haveria a garantia da imparcialidade apenas durante a primeira instância, pois quando o órgão recursal for acionado, eles já possuirão uma convicção acerca do caso, ou ainda sobre a culpabilidade do acusado. A maneira para evitar tal dano ao objetivo do novo Código de Processo Penal e preservar a imparcialidade em ambas as instâncias, seria a criação de um juizado de garantias, com competência para analisar exclusivamente os atos dos juízes de garantias durante a instrução criminal (MAYA, 2014, p. 207).

Percebe-se que o legislador trouxe no projeto do novo Código de Processo Penal o objetivo de desvinculá-lo dos moldes inquisitoriais nos quais a atual legislação fundamenta-se. Entretanto, algumas peculiaridades do projeto evidenciam deficiências e criam questionamentos acerca da real efetividade do texto que, da forma como se apresenta, será capaz de trazer para o ordenamento jurídico, principalmente no que diz respeito à manutenção da imparcialidade do julgador durante todo o procedimento penal.

Outrossim, apesar desses equívocos que ainda há tempo de serem corrigidos, têm-se como principal empecilho para a concretização do Juiz das Garantias não somente o plano legislativo, mas também o tratamento hermenêutico. Mesmo que o magistrado se encontre diante de normas eminentemente garantistas que conduzam a atenção aos direitos fundamentais, será no momento da interpretação da aplicação dessas normas que deverá haver maior cautela dos juízes, pois muitos ainda possuem uma tradição autoritária, que deve ser desconstruída para dar espaço a uma maior cultura democrática (CASARA, 2010, p. 173-175).

Nesse campo, vislumbra-se que tal problemática se trata de mera construção ideológica e que a modificação será assentida pelos magistrados com o tempo, de forma que alteração legislativa contribuirá para que haja a aceleração dessa transformação de paradigmas.

A sistemática processual demonstra que desde o início do procedimento até o momento de sua decisão, o magistrado encontra-se submetido a fatores que de forma superveniente poderão influenciar a sua imparcialidade. Baseado nisso, para que se proceda à manutenção de seu caráter de terceiro equidistante das partes, sua inércia, somada ao fato de a gestão da prova estarem exclusivamente nas mãos

das partes, resultaria no distanciamento necessário para que seja proferida uma sentença justa e sem fundar-se em prévios juízos de valores (CASARA, 2015, p. 146).

Assim, a figura do Juiz das Garantias vem para materializar o necessário distanciamento do magistrado para com matérias que possam macular seu caráter de terceiro imparcial. Deve-se entender que garantias não devem ser confundidas com impunidade. Quando se defende um processo penal balizado por princípios constitucionais, está se legitimando o próprio poder punitivo, que a partir do momento que ultrapassa os limites delineados pelas normas, torna-se abusivo e perigoso (LOPES JUNIOR, 2016, p. 95).

Diante do exposto, têm-se como válida a instituição da figura do Juiz das Garantias, visto que

la base fundamental de un juicio justo es la imparcialidad del juez y esa imparcialidad es la que genera la confianza en la justicia por la ciudadanía; es obligación ineludible de los juzgadores sostener y fomentar esa confianza para que nunca desaparezca. Dentro del sistema acusatorio, un juicio justo en un tribunal imparcial constituye el basamento del principio de debido proceso de ley (MOGUEL, 2013, p. 32).

Em que pesem as alterações pontuais e necessárias que devem ser realizadas no projeto que tramita no Congresso Nacional, a eficácia do novo Código de Processo Penal, principalmente através da figura do Juiz das Garantias, no que diz respeito à preservação da imparcialidade do magistrado, encontra respaldo na legislação de outros países que instituíram essa peça no jogo processual.

Frente ao exposto, observa-se que para aferir a constitucionalidade de um sistema processual é imprescindível que haja a estreita concordância entre os princípios constitucionais e os dispositivos processuais. A partir disso, em conjunto com a evolução democrática, legislativa e a aproximação com as expectativas sociais, haverá no campo processual penal, um modelo de sistema que não seja somente aparentemente acusatório, mas sim que realmente seja capaz de efetivar a tutela da dignidade humana e a segurança jurídica necessária a todos que possam vir a ser submetidos ao processo penal (PRADO, 2006, p. 241).

Dessa forma o Brasil, como Estado Democrático de Direito deve, a partir da inovação legislativa que pretender instituir o Juiz das Garantias, adequar-se ao que o atual cenário processual necessita, qual seja, tornar o julgador uma presença no

qual as partes acreditam e que seja capaz de transmitir aos seus jurisdicionados a confiança necessária de que existe uma atuação imparcial e de valorização das garantias constitucionais das quais o Estado não pode e não deve sob qualquer pretexto mitigar e, a partir disso, com os princípios inerentes ao sistema acusatório ocupando uma posição cuja máxima observância é imposta, haverá a real elevação do sistema acusatório como o modelo processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

5 CONCLUSÃO

A estruturação de um sistema normativo que garanta aos jurisdicionados a imparcialidade do magistrado tem precedentes que remetem a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois foi a partir desse marco e diante da entrada em vigor de uma ampla cadeia principiológica, que houve a necessidade da reinterpretação de dispositivos inerentes ao processo penal.

Com isso, surge a chamada instrumentalidade constitucional, que resulta da nova visão que se deve ter das normas ordinárias, tendo como referência os padrões constitucionais. A partir daí, tem-se a noção de que em um Estado Democrático de Direito é necessária a integração de todas as normas com o molde prescrito na Constituição vigente, visto que diante da importância das garantias nela contida, não há como fundamentar a aplicabilidade de qualquer dispositivo que resulte na mitigação desses preceitos.

Dessa forma, figura a importância do princípio do devido processo legal, que sob um viés de superprincípio desenvolverá o processo de forma efetiva e de maneira a fornecer ao acusado todas as formas de defesa frente ao poder punitivo do Estado-Juiz, havendo assim a segurança necessária para que se tenha a certeza de que ao final houve uma sentença justa e imparcial.

Quando se fala em imparcialidade, volta-se a ideia de que o juiz deve abster-se de qualquer contato, seja de caráter pessoal ou processual, que possa resultar em um prévio juízo de valor sobre o que se está julgando. Assim, a imparcialidade revela-se como um atributo imprescindível de um sistema acusatório processual, sendo que a legitimidade de uma decisão judicial está atrelada ao efetivo cumprimento desse princípio.

Tratando-se de sistemas processuais penais clássicos, faz-se necessário analisar a questão da legalidade das normas e da consequente segurança jurídica que isso fornece. A legalidade trata-se da adequação das demais normas com o que é constitucionalmente previsto. Diante disso, a aplicação, criação ou interpretação de dispositivos em consonância com a Constituição é de enorme importância para o fornecimento de segurança jurídica, principalmente para aqueles que são submetidos ao processo penal, pois assim poderão exercer de forma mais efetiva sua ampla defesa e contraditório.

Considerando que a diferenciação dos sistemas processuais penais se dá através de seu núcleo fundante – qual seja a gestão da prova –, atualmente o sistema inquisitório não encontra fundamentos de existência no processo penal brasileiro, visto que não se adequa ao que impõe um Estado Democrático de Direito, já que nesse sistema o magistrado possui livre poder sobre a gestão da prova e, assim, sua imparcialidade resta maculada. Já o modelo acusatório trata-se de o ideal para o Estado que se norteia pela proteção das garantias ao acusado. Nele, o julgador está em posição alheia às partes, sendo que sua função reside na avaliação das provas e na prolação da sentença, preservada, portanto, a imparcialidade.

No Brasil, portanto, há de se considerar que o sistema adotado é o inquisitório, pois apesar de inúmeras garantias constitucionais que são fornecidas ao acusado, o magistrado possui em vários momentos do processo a faculdade de gerir a prova e atuar de ofício.

Isso se dá principalmente em razão de dispositivos constantes no Código de Processo Penal que não passaram pela filtragem constitucional e que, por isso, sua aplicação evidencia seu caráter inquisitório. Há, ainda, a resistência na aplicação da norma de acordo com a Constituição, que se respalda no que costuma se chamar de “busca pela verdade”, onde falsamente se legitima a mitigação de direitos do acusado sob o pretexto de que o réu se trata de um inimigo a ser derrotado.

Objetivando analisar especificamente a figura do Juiz das Garantias sob o prisma da imparcialidade e do garantismo penal, acentua-se a necessidade de que seja de início reconhecida a importância de se proporcionar às partes do processo penal as garantias inerentes ao válido exercício de seus direitos, sem que isso seja rotulado simplesmente como a propagação da impunidade. Essa seria a primeira mudança para a implantação do Juiz das Garantias, pois as alterações legislativas devem estar com contato com os anseios sociais.

Previsto no Projeto de Lei n. 8.045/2010, o Juiz das Garantias tem com principal fundamento a salvaguarda dos direitos e garantias do acusado. Sua previsão, comparada com a de outros países que também a adotaram, revela certa semelhança. Percebe-se que o Juiz das Garantias, nos sistemas penais em que está inserido, fornece maior segurança às partes – principalmente ao acusado – pois mantém afastado da fase investigatória o juiz responsável pela sentença e também porque atua como fiscal de atos que venham a colocar em risco garantias inerentes a dignidade do réu.

Entretanto, com a análise específica dos artigos do projeto que tratam desse instituto, percebe-se que existem pontos que podem colocar em risco sua eficácia no ordenamento brasileiro. De imediato, deve se atentar ao fato de que apesar de toda a atuação do juiz das garantias na fase pré-processual, caberá ao magistrado responsável pelo julgamento receber ou não a denúncia. Para essa primeira decisão, ele deverá analisar, ainda que superficialmente, as evidências colhidas sem o crivo do contraditório, já estando caracterizado o dano ao acusado, pois o juiz já estará formando um pré-juízo sobre os fatos.

Ainda, há o inconveniente da não previsão de atuação do juiz das garantias nos casos que tratem de crimes de menor potencial ofensivo e a definição da competência nas instâncias recursais através da prevenção. Dessa maneira, aquele colegiado que irá analisar eventual recurso do acusado, já terá decidido acerca de um *habeas corpus* na fase pré-processual, por exemplo, e assim já haverá tido contato com elementos anteriores do processo.

Em suma, do modo em que se encontra disposto no projeto de lei, o juiz das garantias não alcançará a eficácia desejada no ordenamento jurídico brasileiro, pois ainda que seja capaz de diminuir a atuação do juiz responsável pela sentença na fase pré-processual, concede a esse mesmo magistrado poderes que ainda assim a colocarão em contato com elementos colhidos sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, de modo que se fazem necessárias mudanças no projeto com a finalidade de corrigir tais equívocos.

De início, deve ser alterada a competência daquele que incumbido de receber ou não a denúncia, sendo que a forma mais adequada é deixar essa tarefa a cargo do próprio juiz das garantias. Também, declinar a sua atuação para as causas de menor potencial ofensivo, permitindo que em todos os crimes haja paridade para exercer o direito de defesa e, ainda, é preciso que se crie um juizado de garantias, cuja competência seria de analisar em segunda instância os atos realizados pelo juiz garante.

Realizadas tais mudanças, entende-se que o Juiz das Garantias se revela como a forma adequada para preservar a imparcialidade do magistrado responsável pela sentença, resguardando assim o um dos direitos mais importantes do acusado e, a partir disso, haverá a real aproximação do processo penal brasileiro aos moldes de um sistema processual acusatório, cuja máxima reside na preservação das garantias dos indivíduos frente ao poder punitivo do Estado-Juiz.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues; MAYA, André Machado. O (futuro) Novo Código de Processo Penal: um código dos réus? *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo: ano 18, n. 218, p. 12, jan. 2011.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. A boa fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: v. 6, p. 27-33, abr./jun., 1993.

ARANGO, María Isabel. A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación. *Revista Nuevo Foro Penal*. Medellín, v. 6, n. 75, p. 231-242, jul./dez., 2010. Disponível em: <<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/1890/1888>>. Acesso em 05 mar. 2017.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOSCHI, José Antonio Paganella. O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a prática pretoriana. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. v. 58, p. 232-279, jan./fev., 2006. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015a496b203cfdedb700&docguid=lee23c700a85a11e0820000008558bb68&hitguid=lee23c700a85a11e0820000008558bb68&spos=2&epos=2&td=3&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 16 fev. 2017.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 maio 2016.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 29 maio 2016.

_____. Senado Federal. *Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília, DF, 2009a. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/upload/antrcpp.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal Federal. *Emb. Decl. no Habeas Corpus n. 94.016-SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 14 abr. 2009b. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>>. Acesso em 15 maio 2016.

_____. Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 122878-DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 01 ago 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000232770&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 out. 2016

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2013.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502618428/cfi/0>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

_____, Salo de. *Penas e garantias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumens, 2008.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. Juiz das garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Orgs). *O novo processo penal à luz da constituição: (análise crítica do Projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____, Rubens Roberto Rebello. *Mitologia Processual Penal*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626034/cfi/0>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

COLLI, Maciel. *Decisão Judicial, influência no inconsciente e ilusão de neutralidade da prestação jurisdicional*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/10432-Decisao-Judicial-influencia-do-inconsciente-e-ilusao-de-neutralidade-da-prestacao-Jurisdicional>>. Acesso em: 16 out. 2016.

CORIA, Dino Carlos Caro. Las garantías constitucionales del proceso penal. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, ano 12, 2006. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30342/27388>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, n. 30, p. 163-198, 1998.

_____, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul., 2008.

_____, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-57.

_____, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set., 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 29 maio 2016.

DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DEZEM, Guilherme Madeira. Novo Código de Processo Penal: aspectos referentes à teoria geral da prova. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo: Ed. especial CPP, ano 18, p. 13-14, ago. 2010.

DIAS, Francisco Mauro. Estado de direito, Direitos humanos (direitos fundamentais), segurança jurídica e reforma do estado. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 211, p. 135-150, jan./mar., 1998.

DUARTE, Christian Bernal. Reforma del proceso penal em Paraguay y el juez penal de garantías y sus funciones. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Orgs). *O novo processo penal à luz da constituição: (análise crítica do Projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Manoel. A Constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 44, p. 75-86, jul./set., 2003. Disponível em: <[http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015ac3bc6a8a336fa670&docguid=I55003ad0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I55003ad0f25311dfab6f0100000000000&spos=3&epos=3&td=18&cont ext=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015ac3bc6a8a336fa670&docguid=I55003ad0f25311dfab6f01000000000&hitguid=I55003ad0f25311dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=18&cont ext=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 05 mar. 2017.

ESPINOSA, Alberto Wray. El debido proceso en la constitucion. *Revista de Derecho Iuris Dictio*, v. 1, n. 1, p. 35-48, 2000. Disponível em: <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/El_debido_proceso_en_la_constitucion.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2017.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; CAZABONNET, Brunna Laporte. Reformas processuais na américa latina. *Iuris Dicere Revista de Direito das Faculdades João Paulo II*, v. 1, n. 1, p. 81-92, jul./dez., 2016. Disponível em: <<http://seer.faculdadejoaopaulo.edu.br/index.php/iurisdicere/article/view/28/107>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 21 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____, Luigi. El derecho como sistema de garantias. *Revista de Derecho Themis*. Lima, n. 29, p. 119-130, 1994.

_____, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502213364/cfi/0>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

FIORI, Ariane Trevisan. O Desafio do Novo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Orgs). *O novo processo penal à luz da constituição: (análise crítica do Projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FRANK, Jorge Leonardo. *Sistema Acusatorio Criminal Y Juicio Oral*. Buenos Aires: Lerner Editores Asociados, 1986.

GIACOMOLLI, Nereu José. Função garantista do princípio da legalidade. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. v. 1, p. 449-466, out. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015a498e609dd0b412af&docguid=lcf632150f25011dfab6f010000000000&hitguid=lcf632150f25011dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=5&context=110&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

_____, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, v. 33, n. 102, p. 287-307, 2006.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522479900/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 80, p. 119-149, set./out., 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015a80c9e5e720d333b0&docguid=l01cb3960f25211dfab6f010000000000000000&hitguid=l01cb3960f25211dfab6f010000000000000000&spos=2&epos=2&td=11&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015a80c9e5e720d333b0&docguid=l01cb3960f25211dfab6f01000000000000&hitguid=l01cb3960f25211dfab6f01000000000000&spos=2&epos=2&td=11&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 27 fev. 2017.

LIMA, Rogério Montai de. Poder de decidir X Segurança jurídica: um olhar firme para o exercício judicante. *Anais do X Simpósio de Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502636644/first>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

LOPES, Marcus Vinicius Pimenta. Estudo e crítica do “juiz das garantias”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 111, p. 227-259, nov./dez., 2014. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015a9feb1acb8061e22b&docguid=l282cf680989211e4a6cc010000000000&hitguid=l282cf680989211e4a6cc010000000000&spos=24&epos=24&td=29&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

LUZ, Gustavo de Oliveira da. Juiz das Garantias: ainda na busca do sistema constitucional acusatório. *Boletim Jurídico*. Ano 12, n. 752. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2332>>. Acesos em: 07 maio 2017.

MAGALONI, Beatriz. Seguridad jurídica o legitimidad? *ITAM, Estudios Filosofia-História-Letras*, 1990. Disponível em: <http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras22/textos2/sec_5.html>. Acesso em: 27 fev. 2017.

MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 59, p. 223-259, mar./abr., 2006. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015b0cd11026f984030c&docguid=l97b1f0202d4111e0baf30000855dd350&hitguid=l97b1f0202d4111e0baf30000855dd350&spos=3&epos=3&td=5&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

MARTIN, Jorge Eduardo Sáez. El papel del juez de control en el sistema acusatorio, según el Proyecto de Código Procesal Penal Único para México. *Revista del Instituto de La Judicatura Federal*, n. 36, p. 37-56, 2013. Disponível em: <<http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/36/Jorge%20Eduardo%20S%C3%A1ez%20Martin.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

MAYA, André Machado. O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo: ano 17, n. 204, p. 6-7, nov. 2009.

_____, André Machado. Outra vez o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo: ano 18, n. 215, p. 14, out., 2010.

_____, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492145/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 09 out. 2016.

MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos críticos de direito penal: dos princípios penais de garantias*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522480968/cfi/0!/4/4@0.00:54.3>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

MESSA, Ana Flávia. *Curso de Direito Processual Penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502201392/cfi/0>>. Acesso em: 14 maio 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOGUEL, Ricardo Alfonso Morcillo. El papel del juez nacional em el sistema penal acusatorio. *Revista del Instituto de La Judicatura Federal*, n. 36, p. 11-36, 2013. Disponível em: <<http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/36/Ricardo%20Alfonso%20Morcillo%20Moguel.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal*. v. 1, 1 ed., Bauru: Edipro, 2000.

NOLASCO, Thiago Guilherme. *Considerações sobre o Direito Penal do Inimigo e o Processo Penal do Inimigo*. 2012. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10654-Consideracoes-sobre-o-Direito-Penal-do-inimigo-e-o-Processo-Penal-do-inimigo>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522497607/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 15 maio 2016.

_____, Eugênio Pacelli de. Reformas legislativas e o CPP. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo: ano 18, p. 11, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Vinte anos de Constituição: uma exploração hermenêutica dos dilemas para a concretização do texto Constitucional. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, n. 1, v. 1, 2008. Disponível em: <<http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/38/21>>. Acesso em: 07 maio 2017.

PORTELLA JUNIOR, José Carlos. O processo penal do inimigo: negação da dignidade humana do acusado. *Revista Jus Navigandi*, ano 17, n. 3193, mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21388/o-processo-penal-do-inimigo-e-a-negacao-da-dignidade-humana-do-acusado>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 122, p. 135-169, set./out., 2016, Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015a498acb049f539132&docguid=lb5be0c3078df11e69688010000000000&hitguid=lb5be0c3078df11e69688010000000000&spos=3&epos=3&td=3&context=97&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 16 fev. 2017.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. *Imparcialidade e neutralidade: identidade?* 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/imparcialidade-e-neutralidade-identidade>>. Acesso em: 16 out. 2016.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2016 Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006094/cfi/6/2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

RIBEIRO, Paulo Victor Freire. O juízo de garantias. Definição, regramento, consequências. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 105, p. 939-988, jan./dez., 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67924>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da. *A teoria dos jogos aplicada ao processo penal*. 2 ed. Florianópolis: Empório do direito, 2015.

SÁ, Priscilla Placha. Juiz de Garantias: Breves considerações sobre o Modelo Proposto no Projeto de Lei do Senado 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Orgs). *O novo processo penal à luz da constituição: (análise crítica do Projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. O princípio da legalidade e seus corolários. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, abr. 2001. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/873-Artigo-O-principio-da-legalidade-e-seus-corolarios>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, n. 21, mar./abr., 2010. Disponível

em:<http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=33311&p=6>. Acesso em: 17 fev. 2017.

SCHNEIDER, Gabriela. *Do inquisitorialismo à consolidação do sistema acusatório no Brasil: Uma análise crítica das soluções qualitativas diante da transição inacabada do Estado Democrático de Direito*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto do código de processo penal. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo: ano 18, n. 213, p. 2-3, ago. 2010.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988 – aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

_____, Lênio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Revista NEJ Eletrônica*. v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr., 2010. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

_____, Lênio Luiz. O que é isto: A verdade real? Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico da terrae brasilis. *Revista dos Tribunais*, v. 921, p. 359-392, jul. 2012. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015be315f6324863c469&docguid=I5f0aa2a0c66311e1ba6a00008517971a&hitguid=I5f0aa2a0c66311e1ba6a00008517971a&spos=12&epos=12&td=17&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015be315f6324863c469&docguid=I5f0aa2a0c66311e1ba6a00008517971a&hitguid=I5f0aa2a0c66311e1ba6a00008517971a&spos=12&epos=12&td=17&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>)>. Acesso em: 07 maio 2017.

WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 119, mar./abr., p. 201-240, 2016. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015a498621ba33307cb7&docguid=I5f0aa2a0c66311e1ba6a00008517971a&hitguid=I5f0aa2a0c66311e1ba6a00008517971a&spos=3&epos=3&td=4&context=84&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015a498621ba33307cb7&docguid=I5f0aa2a0c66311e1ba6a00008517971a&hitguid=I5f0aa2a0c66311e1ba6a00008517971a&spos=3&epos=3&td=4&context=84&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>)>. Acesso em: 16 fev. 2017.

ZAMARIAN, Livia Pitelli; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. O fornecimento de segurança jurídica pela constituição através da prestação jurisdicional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 19, p. 341-363, jan./jul., 2012.