

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Tatiane Calegari Gonçalves

O JUIZ DAS GARANTIAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA  
IMPARCIALIDADE JURISDICONAL

Soledade  
2012

Tatiane Calegari Gonçalves

O JUIZ DAS GARANTIAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA  
IMPARCIALIDADE JURISDICIONAL

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Campus Soledade, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Mestre Marlot Ferreira Caruccio.

Soledade  
2012

## AGRADECIMENTOS

A minha tia “Téia” que me ensinou a ter coragem para enfrentar o mundo.

A minha mãe, Vera, exemplo de força, que segurou meus pés no chão e me mostrou que com foco e determinação se pode ultrapassar qualquer obstáculo e atingir qualquer objetivo.

Ao meu pai Ercílio que tirou meus pés do chão, me ensinou a sonhar e acreditar em cada sonho e, acima de tudo, mostrou-me o significado da palavra honra.

A minha irmã Priscila que sempre acreditou na minha capacidade mais do que eu mesma.

Ao meu irmão Ercílio pela compreensão e contribuição no trabalho.

Ao meu namorado Leandro, pelo amor, paciência e apoio durante toda a realização deste trabalho.

A Professora orientadora Marlot, pela orientação na realização da pesquisa.

A todos que de alguma forma contribuíram para a concretização do presente trabalho.

## RESUMO

A realização do presente trabalho se deu por meio do método indutivo, uma vez que houve pesquisa bibliográfica. O trabalho apresenta algumas características da Constituição Federal de 1988 em contraponto com o procedimento do inquérito policial, mais precisamente quanto ao sistema inquisitivo do referido procedimento, objetivando, com isso, chegar ao instituto do juiz das garantias, guarnecido pelo Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009, que tem como finalidade reformar o processo penal vigente. Assim, a presente pesquisa visa analisar a real eficácia da aplicação do instituto do juiz das garantias, frente ao princípio da imparcialidade do juiz, que é um dos motivos para a implantação do instituto em estudo; entretanto, é um princípio impossível de ser aplicado com segurança. Por fim, o marco teórico, então, foi o princípio da imparcialidade do juiz.

**Palavras-chave:** Garantias constitucionais do processo penal. Investigação do fato delituoso. Juiz das garantias. Princípio da imparcialidade do juiz. Sistema do inquérito policial.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS RELACIONADAS AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>7</b>
1.1 Do Devido Processo Legal – Garantia Maior.....	11
1.2 Das Garantias que Integram o Devido Processo Legal .....	14
1.3 Do Princípio da Imparcialidade do Juiz .....	26
<b>2 DA INVESTIGAÇÃO DO FATO DELITUOSO .....</b>	<b>32</b>
2.1 Do Inquérito Policial .....	33
2.2 Do Juiz Criminal.....	40
2.3 Do Sistema Processual Inquisitivo no Inquérito Policial .....	44
<b>3 DO JUIZ DAS GARANTIAS .....</b>	<b>50</b>
3.1 Da Constituição Federal .....	51
3.2 Do Código de Processo Penal.....	55
3.3 Da Reforma Processual Penal.....	57
3.3.1 Do Juiz das Garantias .....	59
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>67</b>

## INTRODUÇÃO

A finalidade deste estudo é analisar o instituto do juiz das garantias frente ao princípio da imparcialidade do juiz, pois não se pode ignorar o fato de que o referido instituto vem com a finalidade de assegurar não só o sistema acusatório no âmbito do inquérito policial, mas também a aplicação eficaz do princípio ora questionado, uma vez que acredita-se que não tendo, o juiz, acesso as provas constituídas no inquérito policial durante o referido procedimento, o tornará completamente imparcial para julgar o fato, uma vez que não foi contaminado pelas provas.

Essa mudança que o projeto busca efetuar com o instituto em apreço, vem do fato de que o inquérito policial é um mecanismo regido por um sistema precário e ultrapassado, ou seja, inquisitivo, bem como que vai contra o que a Constituição Federal vigente estabelece como prioridade.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um rol extenso de garantias fundamentais que visam a proteção do indivíduo frente à atuação do Estado, razão pela qual o processo penal, no que tange ao inquérito policial, deve ser reformado.

Entretanto, faremos uma análise a fim de averiguar se a implantação do mecanismo do juiz das garantias realmente tornará o juiz julgador completamente imparcial.

Para a realização do presente trabalho, será utilizado o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, fundamental para buscar um melhor entendimento acerca do tema abordado, qual seja, o instituto do juiz das garantias frente ao princípio da imparcialidade do juiz.

É no sentido de se buscar uma resposta plausível que esclareça tais pontos que serão tratados, no primeiro capítulo, como os assuntos referentes às garantias constitucionais relacionadas ao processo penal, passando-se, após, a análise das garantias constitucionais do investigado, acusado e do réu, após, transpomos ao princípio em estudo, qual seja, o princípio da imparcialidade do juiz. Já o segundo capítulo versará sobre a investigação criminal, sua natureza jurídica, iniciativa e características, trazendo o sistema inquisitivo no inquérito policial. Ao final, no terceiro capítulo, abordar-se-á, finalmente, o instituto do juiz das garantias.

## **1 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS RELACIONADAS AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

A respeito das garantias constitucionais, relacionadas ao processo penal brasileiro, torna-se imperioso estabelecer a distinção entre as garantias e o direito como regra, para que se possa dar a atenção merecida às garantias constitucionais que também podem ser tratadas como princípios.

A respeito desse enfoque, Luiz Alberto David e Vidal Nunes Júnior (2003, p. 85-88) lecionam sobre a diferenciação entre o direito e a garantia, citando Rui Barbosa, ao referir que na medida em que os direitos têm por escopo o caráter declaratório ou enunciativo, as garantias objetivam a reparação dos direitos violados. Ainda, convém destacar que os direitos e as garantias podem coexistir em um mesmo dispositivo, como, por exemplo, no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal<sup>1</sup>.

Contudo, é possível fazer essa distinção no momento em que se percebe que o direito está disposto na seguinte frase situada no artigo acima citado: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”; uma vez que são prerrogativas outorgadas pela Magna Carta aos cidadãos brasileiros, para que estejam cientes dos seus direitos.

Já com relação às garantias constitucionais, estas vêm para assegurar a prerrogativa de reparação pelo direito violado, como disposto no inciso em comento: “assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Para uma melhor compreensão do que são princípios Constitucionais, Celso Ribeiro Bastos leciona:

os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta a proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecida de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas.

---

<sup>1</sup> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Outra função muito importante dos princípios é servir como critério de interpretação das normas constitucionais, seja ao legislador ordinário, no momento de criação das normas infraconstitucionais, seja aos juízes, no momento de aplicação do direito, seja aos próprios cidadãos, no momento da realização de seus direitos. (2002, p. 241-242).

Assim, os valores basilares que devem ser guarnecidos por todo o ordenamento jurídico na esfera nacional, estão introduzidos nos princípios constitucionais, uma vez que estes têm força sobre todo o mundo jurídico.

Ainda, com relação à diferenciação entre princípios e regras, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1161-1162) doutrina que “as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida”, bem como não se pode abrir exceções em sua aplicação, uma vez que se devem cumprir exatamente as prescrições dessa regra. Em contraponto, os princípios permitem o “balanceamento de valores e interesses” e, “em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou Standards que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados”. Para finalizar essa distinção, Canotilho assevera que “os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas)”.

É através, pois, dos princípios que se é possível adequar cada caso concreto, não se valendo, no entanto, de regras que não permitam a avaliação de determinado fato, buscando uma melhor solução, o que através das regras não seria possível, tendo em vista a sua característica categórica.

Também com base em José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 74-82), apud Celso Ribeiro Bastos, existem “quatro classes de princípios constitucionais que podem ser observadas através do Título II: ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’, Capítulo I: ‘Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos’, da Constituição Federal de 1988. Essas classes se dão como: a) os princípios fundamentais, que estão expressamente declarados no artigo 5º da Constituição Federal; b) os princípios políticos, que especificam os valores políticos fundamentais; c) os princípios constitucionais impositivos, que impõe aos órgãos do Estado a realização e execução de tarefas; d) e os princípios-garantias, que estão voltados a assegurar garantias aos cidadãos. Esses princípios, então, servem tanto para interpretações constitucionais como diretrizes para tais interpretações”.



Com antecipação, importante referir que o trabalho em questão abordará a classe denominada com a letra “d” pelo ilustríssimo doutrinador José Joaquim Gomes Canotilho, ou seja, os princípios voltados a assegurar garantias aos cidadãos.

Assim, com a missão de definir as garantias constitucionais, mais precisamente, as fundamentais, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2003, p. 85-88) doutrinam que as garantias fundamentais têm como finalidade proteger a dignidade humana, buscando resguardar a sua liberdade, suas necessidades e sua preservação que estão relacionadas sucessivamente aos direitos individuais, sociais, econômicos e culturais, bem como direitos relacionados à fraternidade e a solidariedade. Ou seja, essas garantias têm como desígnio assegurar a proteção da dignidade humana, reparando, assim, os direitos violados ou impondo essa dignidade quando da iminência de violação.

Gilmar Ferreira Mendes (2007) afirma que houve significado importante na colocação das garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988, uma vez que foram estabelecidas no início do texto constitucional, no artigo 5º, bem como foi de grande proporção já que o texto se desdobra em setenta e sete incisos e dois parágrafos. Ainda, o doutrinador em estudo afirma que

[...] a idéia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardá-los estrita observância. O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, parágrafo 4). (MENDES, 2007, p. 1).

Assim, não há como questionar a importância das garantias constitucionais, tampouco das garantias fundamentais, no ordenamento jurídico, já que a própria Lei Maior impõe seu especial valor.

Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 74- 82) ensina que um princípio constitucional, seja qual for, jamais deve ter a sua importância igualada a uma simples regra, ainda que essa regra seja também constitucional, uma vez que são os princípios, e não as regras que tem primazia na organização da Constituição.

Prossegue Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 257) referindo que em relação aos princípios fundamentais, estes “têm a característica de serem exercitados contra o Estado”, ou seja, por mais que possa ocorrer de esses princípios assegurarem direitos violados por outros cidadãos,

eles buscam, primordialmente, assegurar direitos violados ou possivelmente violados pelo Estado. Nesse sentido,

dá-se o nome de liberdades públicas, de direitos humanos ou individuais, àquelas prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado constitucional ou do Estado de Direito. Neste, o exercício dos seus poderes soberanos não vai ao ponto de ignorar que há limites para a sua atividade além dos quais se invade a esfera jurídica do cidadão. Há como que uma repartição da tutela que a ordem jurídica oferece: de um lado ela garante o Estado com instrumentos necessários à sua ação, e de outro protege uma área de interesses do indivíduo contra qualquer intromissão do aparato oficial. (BASTOS, 2002, 257-262)

Assim, nas garantias fundamentais, o infrator em potencial é o Estado, que não pode exercer a sua soberania no campo de interesses dos cidadãos, razão pela qual a estes é garantido que se tenha seus direitos resguardados por uma Lei Maior.

Contudo, dentre todas as garantias constitucionais, as elencadas nos princípios fundamentais são as mais humanas possíveis, visto que buscam dar a um simples cidadão o poder de dizer não para um Estado cujo possui soberania.

As garantias ou princípios não apresentam o aspecto funcional do direito, conforme Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 74), uma vez que se encontram em um patamar mais elevado, ou seja, em um “alto nível de abstração e de indeterminação das circunstâncias em que devem ser aplicadas.” Mais claramente, Bastos alega que:

aos princípios costuma-se emprestar relevantíssimas funções. Há, contudo, uma que se sobreleva às demais: a de funcionar como critério de interpretação das demais normas não-principiológicas. Disto resulta uma interferência recíproca entre regras e princípios, que faz com que a vontade constitucional só seja atribuível a partir de uma interpretação sistemática, o que por si só já excluiu qualquer possibilidade de que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar o desejado desvendar daquela vontade. A letra da lei é sempre o ponto de partida do intérprete, mas nunca é o de chegada.

Princípio é, por definição, o mandamento nuclear de um sistema, ou se se preferir, o verdadeiro alicerce dele. (2002, p. 74-82).

Mais uma vez se confere a importância, não só no ordenamento jurídico, mas também na sociedade, dos princípios, já que, como citado acima, são o verdadeiro alicerce do sistema.

## 1.1 Do Devido Processo Legal – Garantia Maior

Antes de adentrar no devido processo legal e nos demais princípios constitucionais referentes ao processo penal, faz-se oportuno trazer à tona as palavras de Paulo Bonavides ao citar Luís-Diez Picazo (2009, p. 255 e 256), quando afirma que a ideia de princípio deriva da linguagem da geometria, razão pela qual “se chamam princípios porque estão ao princípio”. No mesmo sentido se posiciona José Antônio Paganella Boschi:

Em sentido profano, ‘princípio’ é o que se mostra na origem (‘No princípio, Deus criou o céu e a terra’), no começo de qualquer coisa, no início de algo, ou seja, o que vem antes, a causa primeira ou primária, o elemento que ‘predomina’ na constituição de um corpo orgânico, de um preceito. (2006, p. 29).

No entanto, impõe ressaltar que por mais que os princípios sejam os “elementos que predominam”, conforme o disposto acima, ao adentrarem nos códigos, segundo Paulo Bonavides (2009), eles acabaram se afigurando como meras fontes normativas subsidiárias e, ao citar suas funções dentro do ordenamento jurídico, Bonavides (2009, p. 262) valendo-se de Gordillo Cañas aduziu que os princípios, quando adentraram nos códigos, vieram como “válvulas de segurança”, uma vez que passaram a servir “para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo”. No entanto, tal “vazio normativo”, na concepção de Bonavides (2009), não condiz com as lacunas de direito. Conforme Joaquim Arce y Flores-Valdez citado por Fábio Ramazzini Bechara:

não existem lacunas no Direito, visto que o próprio ordenamento jurídico é dotado de instrumentos ou meios destinados à integração das normas, o que permite o alcance de situações não previstas. É a denominada *heterointegração* ou *auto-integração*. No ordenamento jurídico, sempre haverá um último subsídio que possa oferecer a resolução das lacunas da lei.

O que leva, todavia, à ocorrência das lacunas legais são: imperfeição legal inicial, surgimento de novas hipóteses legais não previstas na lei, quando da sua edição, assim como a indiscutível impossibilidade da lei prever todos os casos existentes.” (2005, p. 63 e 64).

Assim, não são lacunas que os princípios vêm completar, mas sim imperfeições no ordenamento jurídico.

Por fim, os princípios nada mais são que garantias da reação do Estado mesmo que a lei seja vaga, uma vez que é através deles que o juiz socorre-se quando não há previsão legal para determinada situação. Cabe ressaltar, porém, que no âmbito penal os princípios não poderão ser em hipótese alguma, gozados para fins de incriminação, uma vez que o uso da analogia nesse sentido é vedado, assim como, a título de curiosidade, os costumes também o são. Entretanto, no intuito de benefício, a analogia pode ser aplicada sem restrições, uma vez que usada *in bonam partem*.

Contudo, segundo Paulo Tovo, citado por José Antônio Paganella Boschi (2006, p. 30) para que a existência de princípios faça sentido, cabe aos juristas decifrá-los, uma vez que é através dessa compreensão que haverá orientação e concepção do ordenamento jurídico, tanto para a sua aplicação e integração, como para a elaboração de novas normas.

Finalmente, com relação ao princípio maior, ou seja, do devido processo legal, Antônio Alberto Machado (2005) refere que foi a antiga *law of the land* da Magna Carta de João Sem Terra do ano de 1.215, que deu ascendência a esse princípio, entretanto, foi apenas em 1.628 que a sua formulação foi promulgada, na *Petition of Rights*, cujo artigo 39 ordenava:

Nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos nem de seus bens, nem declarado fora da lei, nem exilado, nem prejudicada a sua posição de qualquer outra forma; tampouco procederemos com força contra ele, nem mandaremos que outrem o faça, a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do país. (2005, p. 216)

Com relação ao *due process*, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 493) cita Coke quando este alega que a acepção desse instituto é de que é um “processo de acusação por homens de bem e justos e, conseqüentemente, requer um juízo e prova de culpabilidade do acusado.”

Assim, imperativo se faz o fato de que o princípio do devido processo legal tem como prioridade a aplicação da mais absoluta justiça em uma instrução e um julgamento no processo judicial.

Importante frisar que foi após a formulação da cláusula do *due process of law*, conforme Antônio Alberto Machado (2005), que ocorreu a sua proclamação pela Constituição dos Estados Unidos, e confirmada pela Convenção de Filadélfia em 1787, onde esta assegurou, também, que o indivíduo não perderia os seus bens nem a sua liberdade senão através do devido processo estabelecido em lei. Essa diretriz acabou por criar um princípio

“nuclear do Estado Liberal de Direito”, conhecido como, então, o devido processo legal. No Brasil essa cláusula histórica foi aplicada em 1988, no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, anunciando que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (2005, p. 216).

José Afonso da Silva (2010, p. 431-432) refere que o princípio do devido processo legal denota a verdadeira garantia do processo, uma vez que estipula que a “prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica”.

O devido processo legal, então, é a garantia maior, com relação ao processo jurisdicional, estabelecida na Constituição Federal de 1988, uma vez que garante que o processo seja desenrolado com verdadeira justiça. É através desse princípio, entretanto, que os demais princípios também vinculados ao processo jurisdicional se originam.

Nesse sentido, Antônio Alberto Machado (2005) alega que o devido processo legal é considerado como “princípio núcleo”, ou seja, princípio originador dos demais princípios relacionados ao processo. Ademais, a Magna Carta de 1988 proclamou, logo após, outros princípios que vieram para garantir a estrutura e a efetividade do “princípio mãe”:

a) os princípios do contraditório; b) da ampla defesa; c) do juiz natural; d) da fundamentação; e) da legalidade; f) do processo acusatório e; g) da presunção de inocência; h) da obrigatoriedade da jurisdição estatal; i) do direito de ação e; j) da igualdade das partes. (2005, p. 221).

Logo, é através do devido processo legal que os demais princípios que são sustentados pelo mesmo, passam a vigorar. Ademais, importante referir que há uma colossal distinção entre os princípios advindos do devido processo legal – anteriormente relacionados -, e aqueles que atuam como diretrizes do sistema jurídico, conforme Machado (2005), quais sejam: princípios da oralidade, da oficialidade, da publicidade, dentre outros, ao passo em que os sobreviventes do devido processo legal fazem parte de um grupo chamado de princípios fundantes do processo, e os últimos, do grupo dos princípios-regra, hauridos na legislação posta pelo Estado. O doutrinador traz com clareza tal distinção:

[...] os *princípios fundantes*, seriam aqueles de caráter absoluto, com forte conteúdo ético e um fundo notoriamente jusnaturalista. Portanto, são princípios anteriores ao próprio Estado e que não comportam qualquer espécie de exceção. Já os *princípios-regra* seriam de natureza relativa, expressos geralmente através de máximas gerais,

ou aforismos, que visam apenas conferir ao sistema processual a coerência necessária ao seu funcionamento. Estes últimos, porque não têm uma grande carga ética nem são absolutos, estão entre aqueles que toleram algumas hipóteses de exceção ou não incidência. Em suma, os *princípios fundantes* seriam aqueles que conferem sustentação ao edifício processual, os *princípios-regra* seriam os que lhe dão coerência e harmonia.

Importante destacar que um processo penal de garantias, próprio dos Estados democráticos de Direito, não pode prescindir do respeito a todos esses *princípios-regra*, mesmo em se tratando de princípios que não tenham um caráter absoluto. A função deles, se não é a de fundamentar o sistema processual, é exatamente a de complementar e garantir a observância do devido processo legal, que é o instrumento político criado pelo Estado Liberal de Direito para a tutela das liberdades públicas fundamentais.

Pode-se concluir, em resumo, que esses *princípios-regra*, ao mesmo tempo em que complementam o devido processo legal, tutelando o regime de liberdades, funcionam também como regras hermenêuticas tanto para esclarecer o sentido das normas processuais quanto para conferir ao sistema do processo a coerência e harmonia indispensáveis ao seu funcionamento. (2005, p. 221-224).

Assim, com base no princípio maior - o devido processo legal -, é que a atividade jurisdicional, no intuito de ofertar a uma lide a dissolução mais justa, é exercida através de um processo no qual as partes têm garantia – por um lado impede o ímpeto da “justiça pelas próprias mãos”, e por outro possibilita a plenitude de defesa contra a pretensão punitiva do Estado.

Contudo, é possível verificar que é através da aplicabilidade desse princípio maior que o processo consegue realizar o seu papel de dissolução de litígios de uma forma mais justa, assegurando as garantias constitucionais dos indivíduos e, ainda, impondo limites ao poder estatal.

## **1.2 Das Garantias que Integram o Devido Processo Legal**

O devido processo legal, no âmbito penal, é integrado pelas garantias constitucionais que têm por finalidade proteger o indivíduo contra atuações arbitrárias do Estado.

Segundo José Afonso da Silva (2010) existem alguns grupos distintos que guarnecem os princípios penais acima expostos, estabelecidos nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal como, por exemplo, o conjunto das garantias jurisdicionais penais, que tem em seu bojo os seguintes grupos:

1) da **garantia da inexistência de juízo ou tribunal de exceção** (inc. XXXVII<sup>2</sup>), acolhendo-se aí o **princípio do juiz natural**, pré-constituído, pelo qual é vedada a constituição de juiz *ad hoc* para o julgamento de determinada causa; admite-se, contudo, o foro privilegiado, mas apenas aos indiciados na própria Constituição, como o privilégio de Prefeito e de ser julgado perante o Tribunal de Justiça (art. 29, X<sup>3</sup>), o de Deputados Federais, de Senadores e Presidentes da República de serem processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Os princípios estabelecidos nesse grupo são:

a) **garantia de julgamento pelo tribunal do júri nos crimes dolosos contra a vida** e ainda assim com as *garantias* subsidiárias da plenitude de defesa, do sigilo das votações dos jurados e da soberania dos veredictos (inc. XXXVIII<sup>4</sup>), valendo dizer: outro tribunal não pode reformar o mérito da decisão do júri; pode anular o processo por vício de forma, não mudar o mérito do julgamento; b) **garantia do juiz competente** (inc. LIII<sup>5</sup> e LXI<sup>6</sup>), segundo a qual ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e nem preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo flagrante delito e nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei;

2) Garantias criminais preventivas:

**anterioridade da lei penal** (inc. XXXIX<sup>7</sup>), de acordo com a qual não há crime sem lei anterior que o defina (regra do *nullum crimen sine lege*), nem pena sem prévia cominação legal (regra da *nulla poena sine lege*), proscrevendo assim o ordenamento *ex post facto*; b) **garantia da irretroatividade da lei penal**, salvo quando beneficiar o réu (inc. XL<sup>8</sup>); b) **garantia da legalidade** e da *comunicabilidade* da prisão (LXII<sup>9</sup>), por isso que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade competente” (inc. LXV<sup>10</sup>), e para maior eficácia desta garantia confere-se ao “preso o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório” (inc. LXIV<sup>11</sup>);

3) Garantias relativas à aplicação da pena:

**individualização da pena** (inc. XLVI<sup>12</sup>), ou seja, a aplicação da pena deve ajustar-se à situação de cada imputado; b) **personalidade da pena** (inc. XLV<sup>13</sup>), vale dizer: a pena não passará da pessoa do delinqüente, no sentido de que não atingirá a ninguém de sua família, nem a terceiro, garantia, pois, de que ninguém pode sofrer sanção por fato alheio, salvo a possibilidade de extensão aos sucessores e contra eles executadas, nos termos da lei, da obrigação de reparar o dano e da decretação de perdimento de bens, até o limite do valor do patrimônio transferido; c) **proibição de prisão civil por dívida**, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (inc. LXVII<sup>14</sup>); d) **proibição de extradição de brasileiro**, salvo o naturalizado, em caso de crime

<sup>2</sup> XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção.

<sup>3</sup> Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça.

<sup>4</sup> XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei.

<sup>5</sup> LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente

<sup>6</sup> LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

<sup>7</sup> XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

<sup>8</sup> XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

<sup>9</sup> LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

<sup>10</sup> LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

<sup>11</sup> LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

<sup>12</sup> XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras.

<sup>13</sup> XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

<sup>14</sup> LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.



comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei (inc. LI<sup>15</sup>);

e) proibição de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (inc. LII<sup>16</sup>), (...);

f) *proibição de determinadas penas* (inc. XLVII<sup>17</sup>): de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis;

4) **Garantias da presunção de inocência**, segundo as quais ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória (inc. LVII<sup>18</sup>) e o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (inc. LVIII<sup>19</sup>); na verdade o texto inicial dizia “salvo nas hipóteses *excepcionais* previstas em lei”, mas uma proposta de redação do primeiro para o segundo turno eliminou o vocábulo, importante, “excepcionais”; a garantia de inocência e de que ninguém deve sofrer sanção sem culpa é que fundamenta a prescrição do inc. LXXV<sup>20</sup>, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

5) **Garantias da incolumidade física e moral**

vedação de tratamento desumano e degradante (inc. III<sup>21</sup>);

**vedação e punição da tortura**: ninguém será submetido à tortura (inc. III) e a prática desta será considerada, pela lei, crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (inc. XLIII<sup>22</sup>);

6) **Garantias penais da não discriminação** (inc. XLI<sup>23</sup> e XLII<sup>24</sup>), valendo dizer: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”; deve-se observar, não obstante, que a inafiançabilidade e especialmente a imprescritibilidade revelam um retrocesso na ciência criminal

7) **Garantia penal da ordem constitucional democrática**: é o que consta do inc. XLIV<sup>25</sup> do art. 5: “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.”(2010, p. 439-441). (Grifo nosso).

No entanto, o grupo de princípios que interessa no momento é o “das garantias processuais penais” que, conforme José Afonso da Silva (2010) guarnecem os seguintes princípios:

<sup>15</sup> LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

<sup>16</sup> LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.

<sup>17</sup> XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

<sup>18</sup> LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

<sup>19</sup> LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

<sup>20</sup> LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença

<sup>21</sup> III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

<sup>22</sup> XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem

<sup>23</sup> XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

<sup>24</sup> XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

<sup>25</sup> XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.



**instrução penal contraditória** (inc. LV<sup>26</sup>), que tem como conteúdo essencial a garantia da plenitude ou ampla defesa, com os meios e recurso a ela inerentes (incs. XXXIV, a<sup>27</sup>, e, LV);

**garantia do devido processo legal** (inc. LIV<sup>28</sup>), segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, mas que, em verdade, tem sentido muito mais abrangente, pois significa também que alguém só pode ser julgado e condenado por juiz competente previamente estabelecido na ordem judiciária e por crime que previamente também seja definido como tal em lei, sendo assim garantia conexa com a do juiz competente e à da anterioridade da lei penal;

**garantia da ação privada** (inc. LIX<sup>29</sup>), que garante ao interessado promover a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal; aqui, em certo sentido, tem-se uma forma de controle do Ministério Público, que, em deixando de cumprir sua atribuição, fica sujeito à substituição pelo interessado (vítima ou seu representante). (2010, p. 439-441). (Grifo nosso).

Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2006, p. 27) também traz um grupo de princípios constitucionais processuais que são empregados no processo penal brasileiro. “A lei processual orienta-se por princípios de duas ordens: os princípios estritamente processuais, que exprimem o sistema a que se filia, e os princípios constitucionais, que preordenam sua elaboração.” Como objeto do presente trabalho, nos aprofundaremos nas garantias processuais referentes ao âmbito penal.

Antônio Alberto Machado (2005, p. 217) aduz que, com relação à garantia constitucional do réu de que poderá, sem que haja qualquer tipo de empecilho, produzir todo o tipo de prova, fazer quaisquer alegações, enfim, valer-se de todos os meios processuais necessários à preservação de seus interesses, está assentado no princípio da ampla defesa. No entanto, essa defesa deverá ser completa, abarcando não apenas a defesa pessoal, autodefesa e a defesa técnica, realizada por profissional detentor do *ius postulandi*, mas também a facilitação do acesso à justiça.

Assim, a ampla defesa nada mais é que o direito que o réu tem de se defender, fazendo uso de todos os meios possíveis e lícitos das acusações que lhe sejam prejudiciais. Ou seja, o réu não só terá o direito de se autodefender, como lhe será absolutamente imprescindível a defesa técnica, que não se consubstancia apenas pela presença de um defensor, mas sim, que esse seja qualificado para tanto.

---

<sup>26</sup> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

<sup>27</sup> XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

<sup>28</sup> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

<sup>29</sup> LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.

José Afonso da Silva (2010) cita Liebman a fim de complementar a definição do princípio da ampla defesa, quando esse afirma que:

[...] o poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos [brasileiros] e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados *direitos cívicos*. (2010, p. 431).

Assim, a ampla defesa é o cerne ao redor do qual se desenvolve o processo penal, não se tratando, tal princípio, de mero direito, mas de uma garantia para o acusado e para um justo processo.

Com relação ao princípio da fundamentação, Antônio Alberto Machado (2005, p. 217) alega que o magistrado está obrigado a informar os motivos de suas decisões, cabendo destacar que essa tarefa deve estar condicionada pelo dever de prova, o qual vai além do princípio da livre convicção do juiz. Ou seja, o juiz assegura as suas conclusões informando também as razões pelas quais chegou a elas. Entretanto, José Joaquim Gomes Canotilho (2003) afirma que existem três razões principais para a aplicação desse princípio, sendo elas:

(1) controle da administração da justiça; (2) exclusão do caráter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo as partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas. (2003, p. 667).

Assim, José Alfredo de Oliveira Baracho (2006, p. 13-20) afirma que os “princípios constitucionais, como o da *motivação*, facilitam o controle da aplicação judicial da lei. As partes devem conhecer, também, os motivos da decisão, para poder da mesma recorrer, circunstância que facilita o controle da sentença impugnada.” Ainda, informa que, a “Constituição requer que o juiz motive suas decisões, antes de tudo, para permitir o controle da atividade jurisdicional. Os fundamentos da sentença dirigem-se ao convencimento não só do acusado, mas das partes do processo, demonstrando a correção e justiça da decisão judicial sobre direitos da cidadania.” Tal obrigação de informação dos motivos é sugerida por Antônio Alberto Machado (2005, p. 218) como “asserção e razão”.

Por meio do princípio da fundamentação é possível evitar que os juízes deixem de intervir, em suas decisões, pensamentos ideológicos e ideias particulares, o que tornaria as

suas deliberações simples opiniões pessoais sobre o assunto, o que por certo, seria um equívoco, ainda mais quando se pensa nos eventuais arbitramentos exercidos pelos juízes com um pouco mais de autoritarismo e consciência de tamanho poder em suas mãos.

A citação de que “ninguém é considerado culpado até que se prove o contrário” é fruto do princípio da presunção de inocência - proclamado no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – que estabelece que todo homem deverá ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado. Por força, segundo Antônio Alberto Machado (2005, p. 218), desse princípio, transcorrem pelo menos duas consequências práticas imediatas, quais sejam: “o ônus de provar a responsabilidade criminal do réu fica todo ele atribuído à acusação e; b) o acusado não está obrigado a colaborar com essa prova”.

Em nosso ordenamento jurídico, então, qualquer pessoa é considerada inocente e deve ser tratada como tal, até que seja provado ao contrário por meio de sentença condenatória e que tenha transitado em julgado.

Ainda, o doutrinador Machado (2005, p. 218) menciona que através desse princípio é proibida qualquer espécie de austeridade durante o processo que se mostre dispensável em relação ao acusado. Dessa forma, até a sentença condenatória definitiva, o réu merece o mesmo tratamento que se oferece a qualquer cidadão livre. Assim, o acusado não deve ser aprisionado antes da decisão final, exceto em caráter de absoluta necessidade; tampouco deve ser submetido a qualquer tipo de constrangimento desnecessário.

O princípio do contraditório se estrutura pelo mecanismo, como afirmado por Antônio Alberto Machado (2005, p. 217), da “informação e reação”, ou seja, segundo este princípio o réu tem a garantia de que deverá sempre ser informado de absolutamente todos os atos processuais, bem como terá a possibilidade, após a ciência dos referidos atos, de reagir a esses, utilizando, assim, todos os meios legais necessários à defesa de seus interesses, fazendo uso, na referida defesa, do princípio anteriormente mencionado: o da ampla defesa. O princípio do contraditório é, então, imprescindível à própria ideia de processo, bem como é uma garantia fundamental da justiça, consubstanciada no ditado romano *audiaturet altera pars*.

José Alfredo de Oliveira Baracho (2006, p. 13-24) aduz que o “direito constitucional de defesa decorre do principio do *contraditório*”. Assim, para que o princípio da ampla defesa possa ser aplicado, será necessário estabelecer a verdadeira aplicabilidade do princípio do contraditório. Destarte, para que o réu possa verdadeiramente se defender de todos os atos

contra ele praticados durante o processo, o princípio do contraditório deverá adiantar-se, uma vez que esse princípio nos impõe que o réu deverá ser avisado de todos os atos praticados nos autos, para que deles tenha ciência e possa, querendo, contestá-los.

Segundo o princípio do juiz natural nenhum processo terá validade se não presidido por um juiz previamente definido em lei, investido da função jurisdicional e com competência para o julgamento do fato. Conforme Antônio Alberto Machado (2005, p. 217), dentro desse contexto, busca o princípio em estudo, impedir que pessoas estranhas ao órgão judiciário exerçam funções que lhe são específicas – salvo quando houver autorização da própria Constituição Federal nesse sentido – e proscrever os tribunais de exceção, aqueles criados *post factum*. Assim, nenhum órgão, por mais importante que seja poderá exercer a jurisdição se não tiver o poder de julgar assentado na Constituição Federal. Nesse diapasão, em se tratando de juiz constitucionalmente incompetente, não haverá, em hipótese alguma, o aproveitamento de quaisquer atos que tenham sido por ele emanados, tanto os decisórios como os não decisórios, ou seja, pode-se dizer que os atos praticados por juiz constitucionalmente incompetente serão juridicamente inexistentes e não apenas nulos, uma vez que tais atos foram emanados de pessoa constitucionalmente incapaz para tanto.

José Alfredo de Oliveira Baracho (2006, p. 13-20) alega, ainda com relação ao princípio do juiz natural, que esse nada mais é do que uma garantia de juiz pré-constituído e competente para produzir o direito a cada caso concreto. Assim, “as expressões juiz natural (*giudice naturale*) e juiz pré-constituído por lei (*giudice preconstituito per legge*) levam a certas conclusões recepcionadas pela doutrina: aceita-se a perfeita coincidência de conteúdo conceitual entre as duas expressões, através da compreensão de que o “juiz natural” equivale a “juiz pré-constituído por lei”, resolvendo-se a querela entre a compreensão da garantia da “naturalidade e a da pré-constituição legislativa”.

O princípio ora mencionado permite aduzir que a essência do devido processo legal impossibilita o julgamento por juízes incompetentes ou, até mesmo, por tribunais de exceção. Mais uma vez é definida, através do princípio do juiz natural, a imposição de limites no poder do Estado diante do processo.

Por fim, para fechamento com relação ao princípio ora estudado, José Alfredo de Oliveira Baracho (2006) preconiza que o

[...] direito ao juiz competente, o direito ao juiz natural e a imparcialidade do julgador são garantias de caráter constitucional e judicial. São elas de significado genérico, que atingem a todo o tipo de processo e dos ordenamentos jurisdicionais. Na instrumentalização dos pressupostos inerentes ao dualismo Constituição e Processo, destacam-se os direitos de ação e os direitos de defesa. “Para a efetivação dos mesmos reconhecem-se a igualdade processual das partes e as formalidades essenciais do procedimento (notificações, publicidade, oralidade, oportunidade probatória e saneamento processual)”. (2006, p. 13-20).

O que o autor demonstrou é que através do princípio do juiz natural pode-se chegar aos demais princípios expostos, pois o juiz natural obriga a legalidade dos referidos atos.

Com relação ao princípio da publicidade, disposto no artigo 792 do Código de Processo Penal<sup>30</sup>, José Joaquim Gomes Canotilho (2003) ensina que a justificativa para a implementação desse princípio está no fato de que o

[...] princípio do Estado de direito democrático exige o conhecimento, por parte dos cidadãos, dos actos normativos, e proíbe os actos normativos secretos contra os quais não se podem defender. O conhecimento dos actos, por parte dos cidadãos, faz-se, precisamente, através da publicidade.” (2003, p. 878).

O doutrinador José Alfredo de Oliveira Baracho (2006, p. 13-20) afirma que o “princípio da publicidade é uma garantia imprescindível, para possibilitar a participação da cidadania, pelo que outros têm direito a um processo público. A publicidade não é apenas política, mas também técnico-jurídica”.

Destarte, para que se possa falar em processo cujo busca assegurar as garantias dos cidadãos, necessário se faz que todos os atos praticados dentro desse processo sejam públicos, a fim de que o acusado possa se defender de forma plena, bem como que os demais cidadãos possam participar do desenvolver do mesmo processo.

Em se tratando da possibilidade de desobediência ao princípio da publicidade, Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2006, p. 42-43) leciona que a “Constituição brasileira consagra o princípio da publicidade em dois dispositivos situados em capítulos distintos: ‘o primeiro preceito refere-se aos atos processuais, genericamente, estabelecendo, em relação a esses, como regra, a publicidade, que a lei só poderá restringir ‘quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem’”. O segundo trata, especificamente, dos atos de julgamento,

---

<sup>30</sup> Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

proferidos em audiências ou sessões de tribunais, nas quais, conforme a lei o dispuser, atendendo a razões de interesse público, poderá ser limitada a presença das “próprias partes” e “seus advogados, ou somente a estes”. Ainda, o doutrinador cita Ramiro Podetti aduzindo que “na possibilidade de que todos os atos do processo, emanados das partes, dos juízes ou de seus auxiliares, orais ou escritos, possam ser conhecidos e controlados por quem deseje fazê-lo”.

Desse modo, o princípio da publicidade somente poderá ser infringido caso haja algum motivo de interesse público, ou até mesmo quando se busca defender a intimidade ou o interesse social, uma vez que é uma garantia constitucional do processo, razão pela qual não pode ser transgredida por bel prazer.

Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2006, p. 43-44) leciona, ainda, mas agora com relação ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, estipulado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal<sup>31</sup>. Esse princípio tem como finalidade assegurar “ao titular de uma pretensão a faculdade de exercitá-la em Juízo por meio da ação própria, buscando a tutela jurisdicional para o seu direito. E que o direito de ação, assim instituído, não pode ser cerceado por nenhuma disposição legal.” Acrescenta, ainda, que o “poder jurisdicional alcança, portanto, com a sua tutela, todas as lesões ou ameaças a direitos individuais ou coletivos.” Destarte, qualquer pessoa que se sinta lesionada tem o direito de buscar a reparação do dano sofrido através da tutela jurisdicional, bem como essa tutela não poderá ser denegada.

Ainda, o doutrinador acima alega que quem criou o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional foi o constituinte de 1946, “inserindo disposição análoga (em que não estava explícita a referência a “ameaça a direito”) no seu art. 141, § 4º, a qual passou às Constituições seguintes, ganhando, no texto vigente, a redação acima.” Com relação a essa criação, Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2006, p. 43-44) cita Pontes de Miranda que aduz que “foi a mais típica e a mais prestante criação de 1946”.

O comentário de Pontes de Miranda, trazido por Paulo Roberto de Gouvêa Medina, (2006) permite a percepção de que realmente foi uma criação muito interessante, uma vez que é por meio dela que o cidadão pode buscar seus direitos quando bem lhe convier.

---

<sup>31</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O princípio da licitude das provas, estabelecido no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal<sup>32</sup>, é lecionado também por Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2006, p. 46), na medida em que esse aduz que esse princípio se trata de uma garantia individual e que é “consectária do *devido processo legal* e afinada com a preocupação de ordem ética que domina o processo moderno.” Esse princípio está relacionado principalmente a ética envolvente do processo, uma vez que somente serão válidas provas que advenham de forma lícita, ou seja, provas advindas por meio de alguma ilegalidade não poderão valer no âmbito processual a tal ponto que seria a mesma coisa que nunca tivessem sido conseguidas, tampouco apreciadas pelo juízo. Essas provas ilícitas de nada valem, segundo o princípio ora estudado, para o ordenamento jurídico.

Com relação ao princípio da celeridade processual, Flávio Henrique Aguiar França (2011) refere que o mesmo foi consagrado pela “Emenda Constitucional 45/04, presente no artigo 5º, no inciso LXXVIII, diz

[...] a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Em outras palavras, deve-se assegurar as partes uma resposta da máquina estatal num prazo moderado, considerável, apto a dar resposta a pretensão postulada”. (2011, p. 09)

Ou seja, é direito do cidadão que tenha respostas do Estado de uma maneira célere, não sendo viável que se demore muito para que se dê uma resposta a uma pretensão demandada.

Francisco de Assis Toledo refere que a “Constituição Federal, ao estabelecer o princípio da anterioridade da lei, em matéria penal, diz expressamente que tal princípio se aplica ao crime e à pena (art. 5º, XXXIX). O Código Penal, nos arts. 1º e 2º, tem igualmente endereço certo ao “crime” e à “pena”, por se apresentar como regulamentação da norma constitucional.” Dessa forma:

---

<sup>32</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos



Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. (2007, p. 39).

Não se fazem necessárias maiores delongas com relação ao princípio da anterioridade da lei, uma vez que o inciso que o dispõe já o torna claro: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Portanto, somente haverá crime praticado e, assim, o direito de o Estado julgá-lo, se esse, antes da prática do mesmo, for tipificado.

Por fim, importante trazer os princípios da legalidade, do processo acusatório e da proporcionalidade.

O princípio da legalidade diz respeito à obediência à lei, como o próprio nome sugere, e é a expressão maior do Estado Democrático de Direito. Segundo Antônio Alberto Machado (2005, p. 218), nele é assegurado que a instauração e o desenvolvimento de todo e qualquer processo devam se dar nos exatos termos da lei, observando todos os requisitos legais que definem os pressupostos e os procedimentos do processo. Ainda, cabe ressaltar que as regras devem ser interpretadas e aplicadas de forma isonômica, garantindo assim não apenas a observância das formalidades da lei, mas também a paridade de tratamento às partes. O princípio da legalidade, que busca intervir quando as regras, ou melhor, a lei não é aplicada de forma paritária, está disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, dispondo o seguinte: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Ainda, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 256) leciona que o “princípio da legalidade postula dois princípios fundamentais: o *princípio da supremacia* ou *prevalência da lei* (*Vorrang dès Gesetzes*) e o *princípio da reserva de lei* (*Vorbehalt des Gesetzes*). Esses princípios permanecem válidos, pois num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobre tudo dos direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva da lei). [...] o **princípio da prevalência da lei** significa que a lei deliberada e aprovada pelo Parlamento tem superioridade e preferência relativamente a actos da administração. [...] o princípio da prevalência da lei vincula a administração, proibindo-lhe quer a prática de actos contrários à lei (...), quer impondo-lhe a adopção de medidas necessárias e adequadas ao cumprimento da lei (...) o **princípio da reserva de lei** afirma que as restrições aos direitos, liberdades e



garantias só podem ser feitas por lei ou mediante autorização desta [...]”. Assim, todos têm o direito de responder apenas processos que estejam minuciosamente nos termos da lei, bem como que tais termos sejam aplicados de formas igualitárias.

Através do princípio do processo acusatório supõe-se um processo de partes, também alegado por Antônio Alberto Machado (2005, p. 218), com a perfeita distinção entre as funções de acusar, defender e julgar, ou seja, segundo o princípio ora estudado, deverá haver, no processo, uma relação processual triangular – *actum trium personarum* – em que o órgão jurisdicional encontra-se como imparcial aplicador da lei, e as partes, por sua vez, a acusadora e a acusada. Assim, um processo acusatório nada mais é que aquele gerido por órgãos completamente distintos e com funções diversas, sendo o autor ou o Ministério Público o órgão acusador; o juiz o órgão julgador e o acusado o órgão que busca a defesa.

Há que se falar, por fim, no princípio da proporcionalidade – princípio que não aproveita ao órgão acusador -, conforme Antônio Alberto Machado (2005, p. 219) que nada mais é que a apregoação de que a restrição ao direito do réu deve ser feita apenas nos exatos limites da lei, bem como que referida restrição seja proporcional aos intuitos do processo. O princípio ora analisado busca garantir que não ocorram exageros na saga para o alcance dos objetivos do processo, bem como que esses sejam buscados com o mínimo possível de sacrifício para os acusados.

Para firmar o entendimento nesse princípio, José Alfredo de Oliveira Baracho (2006) pafraseando Delperèe aduz que

[...] o princípio da proporcionalidade, com a generalização de sua utilização, em todas as esferas jurídicas, é responsável não só como controle da aplicação normativa, bem como de seu balanceamento. A conceituação da proporcionalidade pressupõe conformidade, disposição ou correspondência devida com as partes, de uma parte ou de todas as outras, relacionadas entre si. (2006, p. 20).

Ainda,

[...] princípio da proporcionalidade e o princípio da oportunidade, vistos em suas aplicações judiciais, tem categoria constitucional, sem perder sua natureza processual, pois são, também, princípios processuais. O princípio da proporcionalidade tem ganhado nível constitucional, primordialmente, pela jurisprudência dos Tribunais Constitucionais, sendo que na Alemanha Federal, através das sentenças ali proferidas, passa a ser qualificado como máxima fundamental. Daí se extrai princípios e regras constitucionais, que se subordinam às disposições fundamentais. (BARACHO, 2006, p. 20).

Assim, para que todos os princípios já vistos, bem como o processo sejam regidos de uma forma controlada e sem exageros em benefício de uma das partes, imprescindível a aplicação do princípio da proporcionalidade que vem exatamente para esse fim, ou seja, ordenar.

### **1.3 Do Princípio da Imparcialidade do Juiz**

O princípio da imparcialidade do juiz veio separadamente dos demais princípios, porque além de sua importância essencial é objeto de pesquisa do presente trabalho.

Fernando Capez (2004) conceitua o princípio da imparcialidade do juiz da seguinte forma:

O juiz situa-se na relação processual entre as partes e acima delas (caráter subjetivo), fato que, aliado à circunstância de que ele não vai ao processo em nome próprio, nem em conflitos de interesses com as partes, tornar essencial a imparcialidade do julgador. Trata-se da capacidade subjetiva do órgão jurisdicional, um dos pressupostos para a constituição de uma relação processual válida. (2004, p. 18)

É sabido, então, que para o juiz presidente de uma relação processual não seja suspeito quando do julgamento da ação, esse seja totalmente imparcial, e para tanto, deverá comportar-se como mero receptor de todos os adventos do processo, bem como não exerça nenhum tipo de preconceito antes do encerramento da instrução. Ou seja, um juiz imparcial é aquele que não tem nenhum tipo de sentimento com relação ao objeto do processo, tampouco com relação às partes.

Veja-se, também, o conceito de Paulo Rangel (2005) com relação à imparcialidade do juiz:

a imparcialidade do juiz, portanto, tem como escopo afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão que será prolatada, pois o compromisso com a verdade, dando a cada um o que é seu, é o principal objetivo da prestação jurisdicional. (2005, p. 19)

Assim, ao presidir um processo criminal, o juiz deverá ser totalmente imparcial até o momento da sentença.

Os artigos 5º, inciso XXXVII<sup>33</sup> e 95, parágrafo único<sup>34</sup>, ambos da Constituição Federal trazem em seu contexto, subentendido o princípio em questão, na medida em que vedam os tribunais de exceções, ou seja, aqueles criados para julgar crimes que já ocorreram, entre outros.

Segundo Paulo Rangel (2005, p. 19) são três os sujeitos processuais na relação jurídico-processual penal: *juiz*, *acusador* (Ministério Público ou o ofendido) e o *réu*. Ainda, o doutrinador aduz que o juiz tem o dever de buscar apenas a verdade processual em uma ação, sem sair de sua posição *supra partes*. Por fim, o autor alega que o juiz, ao trazer para si o ofício de administrar a justiça, proibiu assim, conforme o artigo 345 do Código Penal<sup>35</sup>, o exercício arbitrário das próprias razões. O princípio da imparcialidade do juiz é um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico, principalmente no processo penal. Segundo Ada Pellegrini Grinover (2007), a importância extraordinária dada a esse princípio não só se encontra no Brasil, mas como em vários outros ordenamentos jurídicos, uma prova disso está no fato de que tal preceito está elencado no direito internacional público, mais precisamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, onde estabelece que:

[...] toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”. (2007, p. 2).

De tal modo, é prerrogativa de qualquer pessoa ser julgada por juiz imparcial, ou seja, juiz completamente desnudo de preconceitos para que assim possa julgar com verdadeira justiça e segurança jurídica. Entretanto, importante frisar que a imparcialidade buscada através desse princípio jamais conseguirá ser atingida como deveria. Paulo Rangel, ao falar da

---

<sup>33</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

<sup>34</sup> Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

<sup>35</sup> Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

real eficácia desse princípio afirma que por mais que se trate de um princípio de elevada importância é um dos mais difíceis de ser adotados pelos juízes no julgamento de uma causa, bem como é de difícil aplicação cotidiana. (2005, p. 21 e 22).

Quando falamos em uma pessoa completamente à parte de um pré-julgamento, o que não é da natureza do ser humano, diga-se de passagem, referimo-nos a uma pessoa altamente evoluída, uma vez que é impossível que haja alguém assim. No entanto, mesmo sabendo dessa impossibilidade humana, se quer que os juízes sejam pessoas evolucionadas, razão pela qual a fim de se entender a mente do ser humano quanto à possibilidade da real imparcialidade é importante trazer os doutrinadores David Zimerman e Antônio Mathias Coltro (2010, p. 603) que revelam que os juízes, assim como qualquer outra pessoa, sofrem pressões exteriores, bem como pressões que vêm “das profundezas do psiquismo inconsciente” e é sobre essas que recai contrariamente o princípio da imparcialidade.

Cabe informar, inicialmente, que o aparelho psíquico – que proporciona a compreensão das emoções – é formado por três níveis de vida mental: consciente; subconsciente e inconsciente. O nível consciente se refere aos acontecimentos que estão se passando em tempo real e que, por óbvio, a pessoa toma conhecimento imediato. O nível pré-consciente é o nível em que as informações são de fácil acesso, pois são informações trazidas ao consciente por meio da memória. E, por fim, o nível inconsciente, razão desse estudo, representa o local/depósito de experiências infantis, desejos inadmissíveis, recalques e frustrações que, por alguma razão foram reprimidas e não chegam à consciência. Entretanto, interferem no comportamento humano, ou seja, as relações reprimidas no passado pelo inconsciente afetam o presente. (DORIN, p. 62; 151; 255).

Segundo David Zimerman e Antônio Mathias Coltro (2010, p. 604) os fatores psicológicos inconscientes dos juízes tem influência em suas decisões. Assim acontece com a *empatia*, por exemplo, que se dá ao fato de o juiz se colocar no lugar, na maioria das vezes, da vítima ou da família dessa, buscando ter ideia do verdadeiro sofrimento dos envolvidos. O termo *empatia* resulta dos étimos gregos, senão vejamos, *em* quer dizer *dentro de*, e *pathos* significa sofrimento.

No entanto, há quem acredite, e a maioria acredita que o fato de o juiz “sentir” o objeto do processo e “sentir” as partes, o ajuda a julgar com maior segurança, ou seja, a *empatia*, nesses casos, não é vista como um sintoma inconsciente prejudicial ao princípio da imparcialidade do juiz, assim como a *intuição*. Porém, há também que se falar na *visão*

*multifocal* que prejudica e muito o princípio ora estudado e que leva os juízes a decisões altamente depreciadas pelo próprio inconsciente. Veja-se:

Ninguém contesta que existe o risco, nada incomum, de que (...) o magistrado com os seus processos, adotem um **ponto de vista único, na absoluta convicção de que sempre estão certos**, o que os deixará cegos e surdos para qualquer tipo de tentativa de diálogo, ou ao aporte de diferentes pontos de vista que os outros tentem fazer. **Este tipo de radicalismo que está ancorado em pré-conceitos, provoca inevitáveis pré-juízos**, para todas as partes.” (ZIMERMAN; COLTRO, 2010, p. 604- 605). (Grifo nosso).

Os doutrinadores acima nomeados ainda alegam que é através da *visão multifocal* que o magistrado toma parte no processo, ainda que de forma inconsciente, acreditando tratar-se apenas de um ato isolado, ato único, “como se fosse à totalidade do que está sendo observado”, ferindo, assim, inconscientemente, um dos maiores princípios do ordenamento jurídico na área criminal.

Anteriormente foi comparada *empatia à intuição*, também alegada não ser um sintoma prejudicial à conformidade do princípio da imparcialidade do juiz, no entanto essa não foi conceituada por bel prazer, uma vez que a será agora, juntamente com o sintoma do *saber comunicar*, que vem em seu contraponto por lhe ser muito próximo, uma vez que um precisa do outro. Mas, só aqui é possível perceber o quão é prejudicial à *intuição* do juiz no que tange a comunicação.

Primeiramente, David Zimerman e Antônio Mathias Coltro (2010, p. 604) conceituam a intuição como algo que “alude a uma capacidade da mente para que o juiz não utilize exclusivamente os seus órgãos dos sentidos e o seu pensamento racional para captar algo importante da esfera efetiva”.

Até então, ainda não se vê prejuízo ao princípio em questão. No entanto, quando se fala no sintoma do *saber comunicar* percebe-se tamanho detrimento. Veja-se o trecho selecionado a seguir:

[...] os magistrados, mais do que ninguém, confrontam-se permanentemente com os referidos mal-entendidos que, em sua essência, decorrem de transtornos da comunicação, que tanto pode estar presente numa relação simples como a de um casal ou a de um pai com o filho, ou num âmbito maior, como o de uma família, instituição, podendo atingir uma dimensão globalística, como confrontos entre nações, etc.” (ZIMERMAN; COLTRO, 2010, p. 606).

É nítido que quando se fala em comunicação embaraçada por algum motivo, a *intuição* agirá de forma injusta, uma vez que o receptor da comunicação irá “senti-la” como bem entendeu, e tal entendimento, tendo em vista o embaraço da comunicação, estará errado.

Os embaraços constantes das comunicações que levam os juízes a certas ponderações fazem parte do maior e mais prejudicial sintoma psíquico que pode minar uma mente inconsciente de tamanha importância, uma vez que o juiz decide destinos de vidas.

David Zimerman e Antônio Mathias Coltro (2010, p. 606 e 607) aduzem, ainda com relação ao sintoma do *saber comunicar*, que existem três elementos de comunicação: a transmissão do que se deseja comunicar, a recepção dela e os canais de comunicação. Os transtornos da *transmissão* podem se dar de “uma forma arrogante, ou confusa (às vezes o discurso verbal pode ter justamente a finalidade de nada comunicar), ou de um radicalismo fanatizado de se querer impor as ideias e valores aos outros, assim como também redundam num transtorno o caso de as mensagens serem transmitidas de uma forma excessivamente tímida, falsa ou ambígua, etc.” A forma patológica de *transmitir* traz como requisitos a tonalidade e a altura da voz do indivíduo, que conduzirá a um transtorno de *recepção* (de quem está recebendo as mensagens).

No entanto, se faz imprescindível ressaltar que receptores excessivamente defensivos ou desconfiados, independentemente de como foi a transmissão por parte do outro, geralmente entendem mal e distorcem aquilo que foi de fato dito. Assim, percebe-se que o juiz sendo uma pessoa altamente desconfiada, intransigente e defensiva ao ouvir depoimentos prestados pelas testemunhas, pela(s) vítima(s), e interrogatório(s) do(s) réu(s), fará pré-julgamentos inconscientes com relação ao que “entendeu terem dito” durante a instrução. Cabe ressaltar que tais pré-julgamentos se dão, também, quando a pessoa que está sendo ouvida, manifesta nervosismo, suor, tremor no corpo e na voz, bem como com relação às vestes, expressões faciais e os gestos, por exemplo, tendo em vista que a *receptação* não se restringe apenas a verbalização, mas também a linguagem corporal. (ZIMERMAN; COLTRO 2010, p. 606 e 607).

Esses são os sintomas mais preocupantes vinculados aos juízes com relação ao princípio da imparcialidade. Então, para assegurar um pouco mais a imparcialidade na sistemática processual moderna, Paulo Rangel posiciona-se com o entendimento de que na fase do inquérito policial somente podem ser requeridas ao juiz medidas cautelares reais ou pessoais. Para corroborar seu posicionamento Paulo Rangel (2005, p. 23) se vale de Afrânio Silva Jardim para ilustrar seu posicionamento:

[...] a tendência de nossa legislação é de purificar ao máximo o sistema acusatório, entregando a cada um dos sujeitos processuais funções não apenas precípuas, mas absolutamente exclusivas, o que dá ao réu a segurança de um processo penal mais democrático, na medida em que o órgão julgador tem a sua neutralidade integralmente preservada... Impõe-se banir do nosso sistema processual os resquícios do inquisitorialismo ainda existentes, tais como as regras dos arts. 5º, inc. II, 26, 23, inc. II, 531, todos do Código de Processo Penal, bem como a Lei n.º 4.611/65. Tal se deu com a nova Constituição: art. 129... Destarte, entendemos vedadas aos órgãos do Poder Judiciário qualquer atividade persecutória na fase inquisitória, pré-processual. Não é mais o juiz um dos destinatários da *notitia criminis*, em qualquer de suas modalidades. Não pode mais o magistrado requisitar a instauração de inquérito policial, desempenhando função anômala dentro do sistema acusatório, que se apresenta como pressuposto do “devido processo legal. (RANGEL, 2005, p. 23)

Afrânio Silva Jardim não estava errado ao dizer que a tendência, no processo penal, é de purificação do sistema acusatório, uma vez que o princípio da imparcialidade do juiz, bem como a sua difícil aplicação no âmbito jurisdicional, deu origem para correntes que entendem que o juiz, assim como disposto acima, quando atua na fase pré-processual, não consegue, já no momento processual, abster-se da parcialidade, uma vez que tendo contato com o inquérito policial jamais se tornará parcial.

Contudo, mesmo sendo uma garantia constitucional, e assim essencial a um processo legal/justo, o princípio da imparcialidade do juiz, jamais conseguirá ser realmente satisfeito, uma vez que se busca, através dele, uma imparcialidade impossível, já que é da concepção humana instituir empatia, antipatia, ou, até mesmo, julgar antecipadamente, por meio do inconsciente, alguém.

Assim, uma das maiores garantias constitucionais, não é aplicada como deveria pelos juízes, mesmo que esses façam o possível para sua aplicação honesta, uma vez que por mais que pensem que estão sendo imparciais, jamais o serão, porque o inconsciente humano não denuncia essa parcialidade.



## 2 DA INVESTIGAÇÃO DO FATO DELITUOSO

A investigação é a figura pela qual se busca saber a verdade, ou seja, o que realmente aconteceu, bem como quem participou do ocorrido.

Nesse sentido Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2003, p. 1.133) define a investigação como vinda do ato de investigar, ou seja, “seguir os vestígios de”, “fazer diligências para achar; pesquisar, indagar, inquirir”, “investigar as causas de um fato”, “examinar com atenção; esquadrinhar”, etc. Assim, por meio dessa concepção literal, é possível definir que a investigação, no âmbito criminal, tem como objetivo buscar a ciência de como determinado delito ocorreu e, principalmente, se ocorreu, bem como quem o praticou.

Segundo Luiz Carlos Rocha (2003, p. 23-24) a investigação criminal é “uma pesquisa sobre pessoas e coisas úteis para a reconstrução das circunstâncias de um fato legal ou ilegal. Com o objetivo de descobrir a verdade, até onde ela possa ser revelada, em todas as indagações que se possa fazer depois do evento que se está levantando; a investigação possibilita a obtenção de elementos que darão uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas”. É, então, através da investigação criminal, feita pela polícia judiciária, que o Estado busca reconstruir a materialidade e a autoria do delito perquirido.

Assim, como ensina José Frederico Marques (1998, p. 126) a investigação criminal, desencadeada pela *notitia criminis*, é a fase anterior e preparatória da relação processual penal. Ou melhor, a atividade investigatória é iniciada antes da instauração formal do procedimento para tal fim.

Vicente Greco Filho traz a investigação criminal com maior clareza, ou seja:

[...] desde que tenha conhecimento de infração penal de ação pública, a autoridade policial, qualquer que tenha sido o meio pelo qual a *notitia criminis* chegou a seu conhecimento, deve dar início às investigações. Estas independem da abertura formal do inquérito, mesmo porque, na maioria das vezes, devem ser imediatamente feitas, sob pena de se perderem os vestígios da infração. Todavia, assim que se formalizar o inquérito, com a portaria da autoridade, as investigações preliminares dele farão parte integrante. (2010, p. 80).

No entanto, existem mecanismos pelos quais se norteiam as investigações criminais. O mais importante de todos, também conforme o doutrinador acima, José Frederico Marques



(1998, p. 126-128) que, diga-se de passagem, iremos nos aprofundar, é o procedimento conhecido como inquérito policial. Desse modo, quando o Estado tem notícia de certo delito passará a iniciar, por meio da polícia judiciária – polícia civil -, a investigação, através do inquérito policial, a fim de se descobrir a materialidade do crime, bem como sua suposta autoria.

Em suma, compete salientar as palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho:

O direito de punir pertence ao Estado. Este, contudo, não pode autoexecutá-lo. Imposições constitucionais impedem-no. Assim, coarctado na sua liberdade de auto-executar o *jus puniendi*, em face dos limites constitucionais, o Estado, para fazer valer o seu direito de punir, quando há transgressão da norma penal, deve, tal qual o particular, dirigir-se ao Estado-Juiz e dele reclamar a aplicação da *sanctio juris*. Antes de se dirigir ao Juiz, por intermédio de órgão próprio, que é o Ministério Público, deve o Estado desenvolver intensa atividade, logo após a prática da infração penal, colhendo informações sobre o fato típico e sobre quem tenha sido o seu autor. Tais informações, que constituem o *inquérito*, têm por finalidade fornecer ao titular da ação penal, seja o Ministério Público, nos crimes de ação pública, seja o particular, nos delitos de alçada privada, elementos idôneos que o autorizem a ingressar em juízo com a denúncia ou queixa, iniciando-se, desse modo, o processo [...]. (2008, p. 1-2).

É através dessa aglomeração de elementos adquiridos pela investigação, no âmbito do inquérito policial, que o Estado exerce o seu direito de punir.

## 2.1 Do Inquérito Policial

Inicialmente, é importante estabelecer a diferença entre um inquérito policial e um inquérito administrativo.

Segundo Romeu de Almeida Salles Júnior (1983, p. 03) a função do inquérito administrativo não é a mesma da autoridade policial no inquérito policial, bem como esses não visam à mesma finalidade, uma vez que o primeiro visa à apuração da responsabilidade disciplinar e serve de base à punição também disciplinar, enquanto o segundo propõe-se à apuração de infração penal, bem como busca fundamentos à eventual denúncia oferecida pelo Ministério Público. Ou seja, o inquérito policial, e aqui falaremos tão somente na esfera estadual, destina-se a reunir elementos adquiridos através de uma investigação criminal

consistente em diligências efetuadas pela polícia judiciária, com a finalidade de se concluir a materialidade, bem como a autoria do delito. Em suma, o inquérito policial para nada mais serve do que levar ao Ministério Público, informes acerca da infração ocorrida. Assim, compreende-se a incomensurável diferença entre esses dois procedimentos, uma vez que o artifício em estudo - inquérito policial - busca trazer elementos de prova para uma possível interposição de ação penal pelo Ministério Público.

Fernando Capez (2010) ensina que o inquérito policial “é o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.” Com relação à polícia judiciária, esta está disposta no artigo 4º do Código de Processo Penal<sup>36</sup>. Ainda, cabe ressaltar que o inquérito policial

[...] tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, e o ofendido, titular da ação penal privada; como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares. (CAPEZ, 2010, p. 109).

Nesse diapasão, Hidejalma Muccio (2006, p. 41) leciona que é por meio do inquérito policial que a autoridade policial investigará o delito e a sua autoria. Assim, o inquérito policial serve de base para que a polícia judiciária possa investigar e reunir elementos de provas para se chegar a prática de um crime, bem como sua autoria.

Ainda, Romeu de Almeida Salles Júnior (1983, p. 05) aduz que os primeiros passos do inquérito policial no Brasil se deram no ano de 1871, mais precisamente através da Lei n.º 2.033, de 20 de setembro do ano de 1871, regulamentada pelo Decreto-lei n.º 2.824, de 28 de novembro do mesmo ano. No mais, quanto à formalidade do inquérito policial, o artigo 42 da referida lei o definia da seguinte maneira: “o inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”.

Atualmente o inquérito policial deve ser escrito, porque todas as suas peças deverão ser reduzidas a termo e, após, rubricadas pela autoridade competente.

---

<sup>36</sup> Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Além de escrito, o inquérito policial é sigiloso e inquisitivo, conforme Romeu de Almeida Salles Júnior (1983, p. 06 e 07) uma vez que não são adotados, aqui, os princípios da publicidade e do contraditório, próprios do processo penal, haja vista que é nessa fase que se busca a elucidação dos fatos e da respectiva autoria, tornando-se, assim, necessário o sigilo das investigações e do próprio procedimento. Com relação a não aplicabilidade do princípio do contraditório, essa se justifica pelo fato de que a autoridade deve comandar as investigações como melhor entender, uma vez que não existe um rito estabelecido para tanto. Ainda, para que se veja mais justificável o caráter inquisitivo no inquérito policial, basta atentar-se para o que dispõe o artigo 107 do Código de Processo Penal<sup>37</sup>, que refere que é inviável contrapor suspeição às autoridades policiais nos autos do inquérito policial.

Neste sentido, Paulo Rangel (2010) ratifica algumas particularidades do inquérito policial, acima referidas, particularidades essas, que o distingue dos demais institutos:

inquisitorial, a autoridade policial enfeixa nas mãos todo o poder de direção do inquérito policial, inquirindo (indagando, investigando, pesquisando) testemunhas do fato e procurando esclarecer as circunstâncias em que estes fatos ocorreram;

Formal, o código de processo penal exige, como formalidade, que as peças do inquérito sejam reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, assinadas pela autoridade.

Sistemático, de forma que as peças elaboradas no decorrer da investigação sejam colocadas em ordem cronológica, para que se possa fazer uma reconstrução dos fatos, com início, meio e fim.

Unidirecional, pois tem um único fim, a apuração dos fatos objeto da investigação. Não cabe a autoridade policial nenhum juízo de valor, pois sua função é meramente investigatória. A direção do inquérito policial é exclusivamente a apuração das infrações penais.

Sigiloso, o sigilo que deve ser adotado no inquérito é aquele necessário a elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Discrecionário, não estando a autoridade policial atrelada a nenhuma forma previamente determinada, é a liberdade para a apuração do fato criminoso, sempre dentro dos limites estabelecidos em lei. Os atos arbitrários serão corrigidos judicialmente. (2010, p. 95)

Portanto, o inquérito policial é uma peça escrita, de natureza inquisitiva, sigilosa, oficial, formal e preparatória à ação penal, objetivando a investigação prévia de infração penal, evidenciando os indícios de autoria e possível materialidade, bem como as circunstâncias que envolveram o fato.

Segundo Fernando Capez (2010, p. 115-117) o inquérito policial deve ser escrito, inquisitivo, sigiloso e oficial, uma vez que, primeiramente, a investigação verbal não é

---

<sup>37</sup> Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos autos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas quando ocorrer motivo legal.

aceitável. Ainda, além de escrito, as peças do inquérito policial se darão em um só processo, bem como serão rubricadas pela autoridade competente, conforme o artigo 9º do Código de Processo Penal<sup>38</sup>. Com relação à natureza inquisitiva, essa se dá pelo fato de que “as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e da sua autoria”, bem como não são aplicados os princípios do contraditório e da ampla defesa; há proibição de arguição de suspeição das autoridades policiais, e, por fim, o artigo 14 do Código de Processo Penal<sup>39</sup> autoriza que a autoridade policial indefira qualquer diligência requerida pelas partes, exceto, por óbvio, o exame de corpo de delito, conforme o artigo 184 do Código de Processo Penal<sup>40</sup>. A característica relacionada ao sigilo, também conforme Fernando Capez convém para que ao investigado seja resguardado o estado de inocência e a garantia da intimidade, razão pela qual cabe à autoridade policial assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato ou para fins de interesse da sociedade – artigo 20 do Código de Processo Penal<sup>41</sup>. Entretanto, “o sigilo não se estende ao representante do Ministério Público, nem à autoridade judiciária.” (CAPEZ, 2010, p. 115-116).

Paulo Rangel (2005) leciona com relação à característica de formalidade. Senão veja-se:

o Código de Processo Penal exige, como formalidade, que as peças do inquérito sejam reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, assinadas pela autoridade. Essa é uma providência que visa a exigir de uma certa forma que as autoridades policiais acompanhem todas as investigações desenvolvidas pelos seus agentes e documentadas nos autos, evitando, por exemplo, a prática comum e ilegal de escrivães de polícia lavrarem o flagrante e depois o delegado assinar. (2005, p. 93)

Por fim, com relação à oficiosidade do inquérito policial, Gustavo Rodrigo Picolin alega que esta se dá ao fato de que a pretensão de apurar o delito e a autoria deverá ser buscada por órgãos oficiais, ou seja, pela polícia judiciária. (Acesso em maio de 2012)

O artigo 107 do código de processo penal, anteriormente citado, impõe de forma franca que à autoridade competente no inquérito policial não cabe opor suspeição, o que torna

---

<sup>38</sup> Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

<sup>39</sup> Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

<sup>40</sup> Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

<sup>41</sup> Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

nítido que não há, nessa fase, que se falar em princípios da publicidade e muito menos do contraditório, uma vez que aqui esses não valem. Assim, o referido artigo torna límpida a inquisitividade no inquérito policial, com a finalidade, principalmente, de se atingir maiores esclarecimentos dos fatos e da autoria dos crimes praticados.

Desde o seu surgimento, o inquérito policial é definido como uma peça de informação para eventual descoberta da materialidade de algum delito e sua autoria, para posterior análise, pelo Ministério Público, de cabimento de ação penal.

Com relação ao início do inquérito policial, Tourinho Filho aduz ser um procedimento pré-processual e de cunho obrigatório - essa obrigatoriedade não diz respeito ao processo penal, mas a indisponibilidade do inquérito policial pela autoridade competente -, bem como que pode ser iniciado de várias formas. Senão vejamos o que alega Tourinho Filho:

instaurar inquérito policial, de ofício por portaria da autoridade policial, através do Auto de Prisão em Flagrante, requisição do juiz ou Ministério Público casos estes de ação penal pública incondicionada, mediante representação do ofendido quando tratar-se de ação penal pública condicionada ou a requerimento da parte nos casos de ação penal privada, nos demais é ação penal pública incondicionada. (2010, p. 36).

Para um melhor entendimento com relação ao exposto acima, cabe citar Hidejalma Muccio (2006, p. 41) que leciona que “nem sempre poderá a autoridade policial iniciar o inquérito policial de ofício, tão logo tome conhecimento do fato infringente da norma penal.” Uma vez que somente nos casos de ação pública incondicionada, a autoridade policial, após tomar conhecimento do fato criminoso, deverá instaurar, de ofício, o inquérito policial.

De tal modo, ainda segundo Hidejalma Muccio, “é a natureza do crime que determina, então, a forma como o inquérito policial pode ser iniciado.” (2006, p. 43).

Importante referir que o desconhecimento da autoria não impede a instauração do procedimento, uma vez que a finalidade não é apenas apurar a materialidade do crime, mas também a sua autoria. Por fim, cabe ressaltar que se mesmo ao final do inquérito policial não houver definição da autoria, ainda assim esse poderá ser normalmente concluído e remetido ao Ministério Público. No entanto, o promotor de justiça, postulará arquivamento dos autos com o fundamento, por óbvio, de “autoria desconhecida”, ou requisitará novas diligências se for o caso.

Nos casos de ação penal pública condicionada, o procedimento investigatório não poderá ser instaurado sem a representação do ofendido ou de seu representante legal –

manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal no sentido de permitir ao Estado que investigue o delito e apure a autoria do mesmo. A representação, portanto, nesse caso, é peça imprescindível ao inquérito policial. E, ainda, quando da requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público para a instauração do inquérito, essa deve vir acompanhada da referida representação do ofendido.

Ademais, quanto a requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público para a instauração do inquérito policial, essa se tornará obrigatória, salvo quando manifestamente inequívoca a ilegalidade ou a arbitrariedade. Romeu de Almeida Salles Júnior cita De Plácio e Silva, alega que a requisição, na língua jurídica, significa “pedir com autoridade ou exigir”, ou seja, a requisição “é a exigência legal ou a ordem emanada da autoridade para que se cumpra, para que se faça ou para que se preste o que é exigido, ordenado ou pedido”. Assim, o delegado de polícia não poderá se recusar a execução da requisição. (1983, p. 52)

Destarte, se os elementos essenciais ao oferecimento da denúncia não estiverem presentes, a autoridade judiciária ou o Ministério Público poderá requisitar a instauração de inquérito policial para a elucidação dos fatos.

Com relação ao contraditório e a ampla defesa no inquérito policial, o artigo 5º, LV, da Constituição Federal <sup>42</sup> consagra que são garantias inerentes a todos os litigantes, tanto em processo judicial, quanto administrativo.

Marta Saad alega que, mesmo que ausente o contraditório no inquérito policial, é possível falar no exercício do direito de defesa, pois ambos os institutos não se confundem e, principalmente, são autônomos:

[...] reconhecida a existência de acusação no inquérito policial, entendida esta como sendo atribuição ou afirmação de ato ou fato delituoso a alguém, corolário imprescindível é o exercício do direito de defesa, aqui compreendido de forma ampla como sendo resistência de modo a permitir a contraposição das acusações, “com assistência de advogado, a possibilidade de guardar silêncio e a admissibilidade de produção de provas, indispensáveis à demonstração de sua inocência ou da sua culpabilidade diminuída”. (2004, p. 216).

---

<sup>42</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

Portanto, é possível conjecturar o direito de defesa no inquérito policial, uma vez que é possível postular diligências à autoridade policial, pela atuação da assistência técnica, conforme artigo 5º, LV da CF, por ter assegurado a presença física do advogado na realização de determinados atos e o direito de acessar os autos do inquérito.

Para Lopes Júnior (2006, p. 355) a justificativa para se garantir a defesa na investigação criminal está na presunção de hipossuficiência dos imputados, consubstanciada na dificuldade de compreensão sobre a atividade desenvolvida por uma autoridade estatal. Ou seja, “a presença do defensor durante o Inquérito Policial deve ser tida como um meio de controle da atuação do Estado”. Com relação a prazos no inquérito policial, o prazo de conclusão do mesmo irá depender das circunstâncias em que o investigado se encontrar, ou seja, se o investigado estiver solto ou não; caso esteja solto, o prazo será de 30 (trinta) dias, sendo possível sua prorrogação mediante consentimento do magistrado; caso o investigado esteja preso, o prazo será menor, qual seja de 10 (dez) dias improrrogáveis, ambos os casos se encontram estipulados no artigo 10 do Código de Processo Penal<sup>43</sup>.

Por outro lado, no tocante ao prazo para instauração do inquérito policial esse não é fixado pelo Código de Processo Penal; no entanto, não há grandes descompassos, uma vez que não existe isenção da autoridade policial de eventual responsabilização se acaso houver demora injustificada e relevante na instauração do procedimento a partir do conhecimento da infração penal.

Ainda, cabe ressaltar, que por mais que não haja prazo fixado em lei, o artigo 6º, inciso III, do Código de Processo Penal<sup>44</sup> conceitua que logo após a autoridade policial obter conhecimento do delito, deverá “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”.

Ou seja, com base no disposto acima, verifica-se que a falta de prazo fixado não prejudica em nada a instauração imediata do procedimento investigatório.

---

<sup>43</sup>Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 1ºA autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

§ 2ºNo relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

§ 3ºQuando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

<sup>44</sup>Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;



## 2.2 Do Juiz Criminal

Não se pode falar em investigação criminal, tampouco em inquérito policial sem tratar de uma das figuras mais importantes na ordenação dos mesmos procedimentos, o juiz.

Conforme a lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 11), o juiz não está acima das partes, mas sim “para além dos interesses delas”, uma vez que é uma figura imparcial tanto com relação aos interesses das partes como aos seus próprios, haja vista que “encarna a figura do Estado”. E, ainda, segundo Nanci de Melo e Silva (2002, p. 172) “o juiz, como homem, em sua tarefa de julgar seus semelhantes, tem uma importância que pode transcender à própria lei.”

Assim, o juiz não só faz parte de um órgão do Estado, mas é o próprio Estado, bem como a sua importância com relação à sociedade é tamanha que o pode tornar maior que o próprio ordenamento jurídico, haja vista a sua capacidade de se adequar em cada caso concreto.

Com relação ao órgão do qual o juiz faz parte, o artigo 92 da Constituição Federal<sup>45</sup> esclarece como sendo o Poder Judiciário.

Giovanni Ettore Nanni (1999, p. 41-42) a respeito do juiz e o Poder Judiciário, doutrina que os juízes “não são apenas meros partícipes do processo de julgamento na função jurisdicional, não são apenas agentes a serviço do Judiciário, porém são, por disposição constitucional, órgãos do Poder Judiciário”. Destarte, os juízes ao serem integrantes do Poder Judiciário tornam-se mecanismos importantes para o judiciário, e, sobressaem-se ao simples papel de meros participantes do serviço judiciário.

Segundo Nanci de Melo e Silva (2002, p. 152) a denominação “juiz” é tão clara que não é necessária maiores explicações a seu respeito, uma vez que juiz é quem está encarregado de decidir sobre litígios. O doutrinador cita Francesco Carnelutti ao dizer que o juiz deve prover “audiências das partes, a apreciação e a interpretação das provas, a instrução

---

<sup>45</sup> Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

- I – o Supremo Tribunal Federal;
- II – o Superior Tribunal de Justiça;
- III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI – os Tribunais e Juízes Militares;
- VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.



e a decisão que pressupõe especialmente a interpretação das leis e sua aplicação ao caso concreto”, bem como traz José Carlos de Araújo Cintra para alegar suas obrigações como a condução do processo “garantindo às partes o devido processo legal”. Contudo, além de dirimir pleitos trazendo soluções que devam tratar-se das mais honestas possíveis, o juiz deve ser, também, um fiscal da lei, uma vez que é de sua atribuição garantir o devido processo legal.

De tal maneira, uma das obrigações do juiz, como sendo o Estado, está estipulada no artigo 251 do Código de Processo Penal<sup>46</sup>, onde se sujeita o juiz a administrar o processo penal, bem como o inquérito, de uma forma regular e ordeira. Senão veja-se o que aduz o doutrinador José Frederico Marques (1998), com relação ao dever do juiz:

prover à regularidade do processo consistente não só em evitar que se escoe a substância dos atos processuais por meio de irregularidades de rito e ordem formal, mas também em promover as medidas que assegurem a justa aplicação da lei penal. “A justiça deve ser pronta, diz o artigo 266 do Código de Processo Civil Português. Ao juiz cumpre remover todos os obstáculos que se oponham ao andamento regular da causa, quer recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório quer ordenando o que for necessário para o seguimento do processo” (artigo 266).

(...).

Órgão estatal da aplicação da lei, não pode o juiz permanecer inerte durante o processo e limitar-se ao passivo papel de espectador de uma luta onde apenas intervém quando solicitado por alguns contendores.

Quer nas causas cíveis, como nas penais, interessa ao Estado que a aplicação do direito não seja conturbada pela habilidade das partes, devendo assim o processo revestir-se do caráter proeminente de “instrumento de investigação da verdade e distribuição da justiça. (1998, p. 25-26)

No que tange a *notitia criminis* pode, o juiz, além de requisitar a abertura de inquéritos – artigo 5º, II, da Constituição Federal<sup>47</sup> -, e de remeter ao Ministério Público as cópias e documentos sob a existência do crime de ação pública, para que seja promovida a perseguição penal – artigo 40 do Código de Processo Penal<sup>48</sup>-, exercer a função de órgão receptor da

---

<sup>46</sup> Art. 251. Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública.

<sup>47</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

<sup>48</sup> Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

representação do ofendido – artigo 39 do Código de Processo Penal<sup>49</sup> -. Como fiscal da indisponibilidade da ação penal pública, cumpre-lhe remeter, ao procurador-geral do Estado, os processos em que foi pedido arquivamento, sempre que entender que os fatos apurados na investigação constituam motivo para apresentação de denúncia – artigo 28 do Código de Processo Penal<sup>50</sup>. (1998, p. 31)

No entanto, para que o juiz seja capaz de atuar de forma legal, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 12) alega que esse deve estar exercendo a sua capacidade tanto objetiva, como subjetiva. A primeira, tendo como base, a competência do órgão judiciário, e a segunda com relação ao próprio juiz, ou seja, impedimento ou suspeição. Assim sendo, o juiz, para que possa agir legalmente, deve ser competente e, ainda, necessita de não haver impedimento ou suspeição com relação a sua pessoa.

Ainda, conforme Nanci de Melo e Silva (2002, p. 157-160) a atividade do juiz no processo penal, assim como nos demais, traz segurança contra eventuais agressões às garantias constitucionais, uma vez que o juiz ativo de hoje veio para substituir o “juiz autoritário” de outrora, que era inerte e passivo. Eugen Ehrlich, citado por Nanci de Melo e Silva (2002, p. 172) já dizia que “a única garantia de justiça é a personalidade do juiz.”

Portanto, um juiz ativo, ou seja, que tem como finalidade primordial resguardar as garantias constitucionais das partes, consegue dar segurança as partes de que proporcionará um julgamento justo e honrado.

No entanto, nem sempre o juiz veio com essa finalidade garantidora, ou seja, em seus primórdios o juiz possuía caráter autoritário.

Existem, entretanto, requisitos, que têm importância extrema não só no ordenamento jurídico, mas também na sociedade, e que devem ser seguidos pelo juiz para que esse possa exercer sua função com validade. Conforme Giovanni Ettore Nanni (1999), esses requisitos nada mais são do que: a) independência pessoal, que é a chave do Poder Judiciário, citado por Eugenio Raúl Zaffaroni (2002, p. 149-154) bem como somente pode ser reconhecida dentro de uma estrutura judiciária igualitária e respeitosa quanto à dignidade de todos os juízes, não havendo, então, diferenças jurídicas; b) autonomia, que, no entanto, refere-se aos juízes não

---

<sup>49</sup> Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

<sup>50</sup> Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

como pessoas, mas como um conjunto frente aos outros poderes, uma vez que corresponde a uma “concepção política de não-superioridade de um poder sobre o outro, senão dentro de sua área de atuação assinalada na Constituição”; c) e, por fim, a imparcialidade que é um pressuposto para que “a relação processual instaure-se validamente.” Assim, fica visível que o Poder Judiciário e, por óbvio, os seus juízes, gozam de independência, autonomia e imparcialidade. De tal modo, o juiz, para que consiga desempenhar o seu papel de julgador com toda a tranqüilidade e serenidade possível, será amparado pelas garantias acima estabelecidas, podendo, então, sentenciar sem temor algum.

Porém, convém enfatizar que o juiz não só está amparado por suas garantias e prerrogativas, mas também submetido a respeitar de forma imprescindível seus deveres, uma vez que o seu desempenho é analisado pelo Estado, a fim de que cumpra suas funções de forma legítima.

Giovanni Ettore Nanni (1999) doutrina, com relação a esses deveres, que ao juiz é exigida uma conduta compatível com o ordenamento jurídico, uma vez que mais do que qualquer outro agente estatal ele está ligado às regras de conduta e de ética, acarretando sanções, caso desrespeite esses deveres. Alguns dos principais deveres do juiz estão elencados no artigo 93, incisos VIII, IX e X, da Constituição Federal<sup>51</sup>; no entanto o rol é extenso e não se esgota nessa enumeração. Todavia, junto com os deveres há a ética do juiz que está inserida, ou deveria estar, na consciência de todos os juízes. A ética, nada mais é que o que se espera do juiz. Assim, como os deveres, as regras éticas são inúmeras, razão pela qual o doutrinador cita Octacílio Paula Silva que destaca algumas: “isenção, imparcialidade, independência, probidade, espírito público, espírito de justiça, responsabilidade, fortaleza, crença nos valores absolutos da pessoa humana, respeito aos direitos humanos e do cidadão, etc.” (NANNI, p. 157-164).

Por fim, para que se entenda o surgimento dessa ideia de juiz na história humana, convém destacar a origem da atividade jurisdicional dentro da sociedade como um todo, uma

---

<sup>51</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

VIII o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa;

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

vez que é o principal órgão dentro do ordenamento jurídico. Giovanni Ettore Nanni, então, apresenta a ascendência do juiz. Veja-se:

embora não com os contornos atuais, a função de julgar sempre existiu no decorrer da história, porque as desavenças são inerentes à convivência em sociedade, razão pela qual desde a existência da humanidade houve a necessidade de dirimirem os conflitos.

Nos primórdios não existia a figura do juiz, sendo que na maioria das vezes as divergências restavam resolvidas pessoalmente entre as partes, sem qualquer participação de um terceiro julgador imparcial. Era a absoluta autotutela de interesses, que tinha como timbre brigas sangrentas, enaltecendo a violência.

Por outro lado, já podia verificar-se a presença de alguma função julgadora nas coletividades pequenas, em que a opinião do líder, seja este familiar, espiritual, sacerdotal, etc., predominava quando surgiam dúvidas ou conflitos. Geralmente tais atribuições eram confiadas aos anciões, que supunham, eram seres dotados de maior sabedoria, em que a coletividade curvava-se às suas determinações.

No entanto, à medida que as sociedades foram ficando numerosas, proporcionalmente foram aumentando as controvérsias. Já existia o rei, que era o soberano e dirimia os litígios. Como este geralmente preocupava-se com outras atividades, tais como guerras com outros povos, viu-se desprovido de disponibilidade para solucionar os dissídios dos súditos. Nesse momento, constituiu um encarregado para cumprir tais funções em seu nome e sob sua dependência. Surgiu, então, a figura do juiz, mero auxiliar do monarca, que continuou assim durante muitos séculos.

Vagarosamente então vai delineando-se a estrutura de juízes e tribunais, mas de forma muito tímida e distante da realidade hoje imperante, porque ainda confundiam-se as atribuições judicantes, administrativas e religiosas. (1999, p. 46-47).

Percebe-se, então, que o exercício de um líder que diga aos seus o que se deve e se pode fazer, bem como as sanções se acaso houver transgressão de alguma norma instituída, vem desde sempre já que o ser humano é um ser que vive em sociedade, razão pela qual necessita de limites e regras para uma convivência harmoniosa com os demais.

### **2.3 Do Sistema Processual Inquisitivo no Inquérito Policial**

Paulo Rangel (2010) cita Aurélio Buarque de Holanda Ferreira a fim de definir a base da palavra sistema:

Conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação.

Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada: sistema penitenciário; sistema de refrigeração.

Reunião de elementos naturais da mesma espécie, que constituem um conjunto intimamente relacionado. (2010, p. 49).

Assim, a palavra sistema nada mais é do que algo programado para determinado fim, ou seja, é um conjunto de atribuições que devem ser respeitadas para que se possa chegar ao que se busca.

O doutrinador acima aduz com maior nitidez o que é um sistema processual penal, ao referir que esse é composto por princípios e regras constitucionais, as quais estabelecem “as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”. Paulo Rangel (2010, p. 49), entretanto, alega que existem duas diretrizes que um processo penal pode seguir: sendo um Estado Democrático de Direito, o sistema a ser seguido será o acusatório, uma vez que nesse sistema é assegurado ao cidadão suas garantias contra qualquer arbítrio do Estado; já, com relação ao sistema inquisitivo, o Estado será, a *contrario sensu*, totalitário. No entanto, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho afirma além do acusatório e do inquisitivo, existe mais um sistema que rege o processo penal, é o chamado sistema misto. Com relação a esse sistema, entretanto, segundo Coutinho, é impossível sua configuração, uma vez que “o que caracteriza cada sistema, é a existência de um princípio unificador próprio”. Senão vejamos: no sistema acusatório, o que o configura é o dispositivo; já no sistema inquisitório há um princípio regente, ou seja, o princípio inquisitivo. Assim, segundo Jacinto Nelson de Miranda:

portanto o sistema considerado misto, em verdade ou é essencialmente inquisitório, com traços do sistema acusatório, ou, ao contrário, é essencialmente acusatório, com traços do sistema inquisitório. O sistema processual penal brasileiro enquadra-se dentre aqueles considerados mistos, com tendência inquisitória, uma vez que na primeira fase, em geral realizada através do inquérito policial, o objetivo fundamental é recolher elementos necessários a fim de que sejam preenchidas as condições da ação, propiciando o seu exercício (ação) pela acusação, seja o Ministério Público nas ações públicas, seja o ofendido ou representante legal, nas ações de iniciativa privada. Nesta fase o suspeito não participa, de regra, da produção da prova, não havendo contraditório, sendo então de cunho eminentemente inquisitório. Concluindo, por ser o nosso sistema processual penal de cunho essencialmente inquisitório, resta claro que a defesa fica prejudicada e, pela maneira como tal sistema se apresenta – a gestão da prova está nas mãos do juiz – , é plenamente possível que se faça um prejudgamento do caso penal. Decide-se antes; depois se buscam as provas para legitimar-se a decisão, desenhando-se aquilo que Cordero, com razão, chamou de “quadro mental paranóico. (2001, p. 59-61). (Grifo nosso).

Contudo, o sistema que rege o processo penal brasileiro, não é nem o inquisitivo, tampouco o acusatório. O sistema misto regente, então, do processo penal, é aquele que tem em sua base, origem ou fundamento, a inquisitorialidade. Ou seja, nas raízes do processo penal brasileiro há o sistema inquisitório impregnado, no entanto, há, também, resquícios do sistema acusatório em seu desenrolar.

Fernando Capez define de uma forma muito límpida e simples o sistema misto vigente no Brasil: “há uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório”. (2010, p. 83).

Destarte, é possível verificar, através do disposto acima, onde há a separação concreta dos sistemas – a fase inicial é estabelecida pelo sistema inquisitivo (investigação e instrução preparatória), e a fase final (julgamento com todas as garantias do processo acusatório), assim, formada pelo sistema acusatório - o motivo pelo qual se diz que no sistema misto adotado pelo Brasil há uma base de inquisitorialidade, bem como resquícios do sistema acusatório.

A base inquisitória enraizada no processo penal, mais precisamente no instituto do inquérito policial, é bem demonstrada por Hidejalma Muccio (2009) quando esse leciona que essa natureza inquisitiva se dá pelo fato de que, no inquérito policial,

[...] o indiciado não é um sujeito de direitos e, sim, um objeto de investigação. Ao autor da infração penal não se permite qualquer ingerência na colheita desta ou daquela prova. A condução do inquérito, com a determinação das diligências, constitui ato discricionário da autoridade policial. Como não há acusação nem defesa nessa fase da persecução penal, a autoridade investida na função de investigar a infração penal e sua autoria não se ocupa com o mérito. Compete-lhe, tão somente, colher os elementos necessários ao exercício da ação penal pelo seu titular e dos elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e da autoria, assegurando-lhe a justa causa. Praticada a infração penal, a autoridade policial tem o dever jurídico de instaurar o inquérito policial para sua devida apuração, de ofício, sem que seja provocada por quem quer que seja (salvante algumas exceções). No exercício dessa tarefa investigatória, o sigilo é seu maior aliado. O sigilo, como visto, impede o contraditório e assegura que pessoas estranhas não se intrometam nos atos persecutórios, e, por isso, o inquérito se diz inquisitivo. (2009, p. 39-41).

Hidejalma (2009, p. 39-41), entretanto, informa que o caráter inquisitivo do inquérito policial não é só alcançado pelo o que anteriormente foi disposto, mas também, e, sobretudo, pela impossibilidade de as partes oporem suspeição às autoridades policiais, bem como ao fato de que quando as partes requerem realização de diligências, essa dependerá do “juízo de

valor” feito pela autoridade policial. Não obstante, nítida é a fase inquisitiva na investigação criminal, instauração e instrução do inquérito policial, uma vez que o indiciado não é tratado com respaldo aos seus direitos, sendo apenas, como já referido, um mero objeto da investigação. Ainda, a autoridade policial não precisa seguir nenhum tipo de procedimento, sendo livre o seu modo de investigação.

Com relação, ainda, ao sistema misto, Paulo Rangel ensina sobre a sua origem:

[...] tem fortes influências do sistema acusatório privado de Roma e do posterior sistema inquisitivo desenvolvido a partir do Direito canônico e da formação dos Estados nacionais sob o regime da monarquia absolutista. Procurou-se com ele temperar a impunidade que estava reinando no sistema acusatório, em que nem sempre o cidadão levava ao conhecimento do Estado a prática da infração penal, fosse por desinteresse ou por falta de estrutura mínima e necessária para suportar as despesas inerentes àquela atividade; ou, quando levava, em alguns casos, fazia-o movido por um espírito de mera vingança. Neste caso, continuava nas mãos do Estado a persecução penal, porém feita na fase anterior a ação penal e levada a cabo pelo Estado-juiz. As investigações criminais eram feitas pelo magistrado com sérios comprometimentos de sua imparcialidade, porém a acusação passava a ser feita, agora, pelo Estado-administração: o Ministério Público. (2010, p. 54)

Segundo o que dispôs o doutrinador acima, o sistema que se conhece hoje, no inquérito policial, vem do regime da monarquia absolutista, onde as investigações foram passadas à responsabilidade do juiz para que o Estado pudesse ter conhecimento e poder sobre os delitos praticados pelos cidadãos.

Pode-se, também segundo Paulo Rangel (2010), dividir o sistema misto em duas fases procedimentais, bem como constatar suas características próprias. Veja-se:

Fases:

1. instrução preliminar: nesta fase, inspirada no sistema inquisitivo, o procedimento é levado a cabo pelo juiz, que procede às investigações, colhendo as informações necessárias a fim de que se possa, posteriormente, realizar a acusação perante o tribunal competente;
2. judicial: nesta fase, nasce a acusação propriamente dita, onde as partes iniciam um debate oral e público, com a acusação sendo feita por um órgão distinto do que irá julgar, em regra, o Ministério Público. (RANGEL, 2010, p. 54).

Características:

A fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à



formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Há nítida separação entre as funções de acusar e julgar, não havendo processo sem acusação;

Na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto de investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo;

A fase judicial é inaugurada com acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral, público e contraditório, estabelecendo plena igualdade de direitos entre a acusação e a defesa;

O acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, através do devido processo legal, e destruir este estado. O ônus é todo e exclusivo do Ministério Público;

O procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência. (RANGEL, 2010, p. 55).

É possível verificar a desmedida diferença entre a instrução preliminar e a fase judicial. Como já exaustivamente trazido, o sistema inquisitivo somente se dá na fase do inquérito policial, ou seja, antes do processo penal propriamente dito.

No entanto, convém ressaltar que durante a fase judicial, o sistema inquisitivo se extingue e passa a vigorar tão somente o sistema acusatório, trazendo todas as garantias individuais dos acusados, bem como a separação dos órgãos julgadores e acusadores.

Em razão dessa discrepante diferença entre esses dois sistemas usados em um mesmo processo penal, é que se denomina de sistema misto, mais precisamente, sistema misto essencialmente inquisitório com traços do sistema acusatório.

Por fim, Paulo Rangel (2010, p. 54- 55) alega que ainda que o sistema misto seja um avanço com relação ao sistema inquisitivo, não é o melhor sistema, uma vez que mantém o juiz operante na fase preliminar da acusação, o que deveria ser reavaliado. Todavia, para que se possa falar, finalmente, em Estado Democrático de Direito, deveria se entregar ao Ministério Público o controle das diligências realizadas na investigação. Contudo, o sistema vigente no processo penal não é o mais recomendável, uma vez que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e que, ainda, é constituído pelos direitos fundamentais – direitos humanos -. Assim, o sistema conferido pelo ordenamento jurídico não condiz com a ideia de democracia.

Destarte, o inquérito policial, instituto de grande importância no Código de Processo Penal, uma vez que busca trazer provas que indiquem a autoria e a materialidade de delito praticado tem como alicerce a forma sistemática fundada na inquisitividade, que é um sistema



envelhecido e falho, uma vez que vai contra a Lei Maior que é totalmente humanizada e contemporânea.

Em suma, o Código de Processo Penal e a Constituição Federal não se chocam somente pela extensa diferença de época e de política vigente, sendo o código de 1941 e a CF de 1988, mas principalmente pela contrariedade ideal do código para com a Constituição Federal, na medida em que o inquérito policial age de uma forma inteiramente rígida e autoritária, o que, com base na Carta Magna, é de uma aberração completa, já que o que se quer atualmente é garantir os direitos humanos e primar pela segurança jurídica.

### 3 DO JUIZ DAS GARANTIAS

Antes de nos aprofundarmos no instituto conhecido como juiz garantidor ou juiz das garantias, que é um mecanismo enunciado no Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009, visando reformar o Código de Processo Penal vigente no Brasil, uma vez que este está totalmente contrário à ideia de cidadania que a Constituição Federal de 1988 apregoa, é importante rever as Constituições Federais anteriores à vigente, bem como a importância de uma Constituição Federal com relação às leis ordinárias.

No entanto, tal diferença, é trazida à baile somente no que tange ao Código de Processo Penal e a Constituição Federal, ambos vigentes.

Com relação ao Código de Processo Penal e a sua diferença discrepante, Julio Fabbrini Mirabete (2001, p. 34-37) aduz que essa se dá porque foi através de Portugal que o processo penal brasileiro teve origem, sendo iniciado “através de *clamores* do povo e logo passaram a principiar por meio de *querelas* – denúncias de crime em juízo por indivíduos em seu próprio interesse ou, em nome de interesse público -, e por meio de *denúncias*”.

No entanto, Mirabete (2001, p. 34-37) também apregoa que foi com a Constituição de 1934 e com o advento da Carta Constitucional de 1937 que se providenciou a promulgação do atual Código de Processo Penal brasileiro, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, “abolindo apenas, do arcaico procedimento, quase por completo, o artifício *ex officio*, e instalando a instrução contraditória e a completa separação das funções julgadora e acusatória, bem como restringiu a competência do Júri”. Contudo, é significativo que se confronte o instituto do processo penal de 1941, o qual é vigente no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, percebendo-se suas diferenças desmedidas, para, após, entender-se a necessidade da reforma processual penal no Brasil.

Por fim, menciona-se o instituto do juiz das garantias, que é o alicerce do presente trabalho, trazendo seu funcionalismo que, segundo André Machado Maya (2010), se dá na importância da separação do juiz garantidor do juiz julgador:

a importância do juiz das garantias, reside na separação da persecução penal em dois distintos e inconfundíveis momentos, com a atribuição da atividade de instruir e julgar o processo a um magistrado diferente daquele que acompanhou a investigação penal e a colheita dos elementos indiciários orientados a embasar a denúncia do Ministério Público. Com isso, 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. 1-2).

Assim, além de se entender o que é o juiz das garantias impõe-se a sua real eficácia com relação ao favorecimento da efetivação do princípio da imparcialidade do juiz.

### 3.1 Da Constituição Federal

Antes de aprofundar os aspectos do processo penal brasileiro, tem-se que dar prioridade e atenção à Carta Magna, uma vez que, como qualquer outro procedimento jurídico, o processo penal é regido à luz dessa, razão pela qual o processo penal traz em sua envergadura, assim como os demais procedimentos, a total compreensão da Constituição vigente à base da qual foi criado.

Inicialmente, situa-se o processo de constituição no mundo, uma vez que tal artifício não é algo estabelecido pelos tempos atuais. Ou melhor, apontado por Ferdinand Lassalle. (1998, p. 39-41) “todos os países possuem ou possuíram uma Constituição *real e verdadeira*”. A única diferença das constituições passadas para as atuais se dá no fato de que agora elas são redigidas em documento.

Segundo o doutrinador acima, a constituição se originou na Idade Média, onde o príncipe feudal apenas ocupava o primeiro posto entre seus iguais, razão pela qual o príncipe não poderia tomar decisões sem antes consultar os seus similares hierárquicos, quais sejam, os burgueses. (LASSALLE, 1998, p. 43).

Assim, percebe-se que já na Idade Média se tinha necessidade de que alguém tomasse o governo e ditasse as regras para que se pudesse viver com uma certa ordem e harmonia. Essas constituições eram como assegurado anteriormente pelo doutrinador Lassalle, *reais e verdadeiras*, ou seja, não eram lavradas a termo. No entanto, com o passar do tempo, por óbvio, passou-se a redigi-las passando a existir os documentos constitucionais.

No Brasil, segundo José Cretella Junior (2000, p. 27-42), a primeira Constituição, na forma escrita, deu-se em 25 de março de 1842, proclamada pelo Imperador D. Pedro I –

Constituição do Império do Brasil. Já a primeira Constituição Republicana, que foi promulgada em 15 de novembro de 1891, teve como base a Constituição norte-americana. Logo após essa, veio a Constituição Republicana de 16 de julho de 1934. No entanto, a próxima Constituição do Brasil adveio de um golpe de Estado, sendo implantado, então, o regime ditatorial, em 10 de novembro de 1937.

Conforme Pinto Ferreira (1998), a Constituição do Brasil de 1937 trouxe as seguintes alterações no ordenamento jurídico até então vigente:

1) supriu o nome de Deus, o que também ocorre na Constituição do Estado do Vaticano; 2) outorgou poderes amplos ao presidente, como a suprema autoridade do Estado, alterando a sistemática do equilíbrio dos Poderes; 3) restringiu as prerrogativas do Congresso e a autonomia do Poder Judiciário, já que em determinadas hipóteses o presidente podia ir de encontro a este, fazendo valer as leis que o Poder reputasse inconstitucionais; 4) ampliou o prazo do mandato do Presidente da República; 5) mudou o nome do Senado para Conselho Federal; 6) instituiu o Conselho de Economia Nacional, como órgão consultivo; 7) limitou a autonomia dos Estados-Membros; 8) criou a técnica do estado de emergência, que foi disciplinado pelo seu art. 186; 9) dissolveu a Câmara e o Senado, bem como as Assembléias Estaduais; 10) restaurou a pena de morte. (1998, p. 57) (Grifo nosso).

Como se pode averiguar, a mudança com relação ao item 2 e 3 acima expostos, é visivelmente relacionada ao sistema processual penal inquisitivo vigente.

Após a época ditatorial, houve a inserção, segundo José Cretella Junior (2000, p. 51-63) da Constituição de 18 de setembro de 1946, e de 24 de janeiro de 1967. Finalmente, tem-se a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 que, assegurado por Alexandre de Moraes, demonstra a ruptura com os antigos ordenamentos constitucionais por trazer em seu preâmbulo um dos motivos por ser conhecida como “Constituição Cidadã”. Note-se que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (2004, p. 42, 50-51).

Assim, a ideia de assegurar ao povo brasileiro um país democrático com todos os seus direitos sociais e individuais se deu, por óbvio, a partir do ano de 1988. Destarte, percebe-se que anterior a tal data não havia referida concepção. Cabe ressaltar, ainda, que a Constituição

Federal vigente foi um verdadeiro avanço democrático para o Brasil, uma vez que anterior a essa existiam regimes altamente diversos.

O doutrinador Alexandre de Moraes (2004, p. 53) demonstra uma grande discrepância ao se referir a Magna Carta vigente, que traz em seus objetivos fundamentais:

[...] construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, por fim, d) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Segundo Flávia Piovesan, o texto constitucional de 1988 foi um marco jurídico da transição ao regime democrático, uma vez que trouxe de forma significativa os direitos e garantias fundamentais, tornando a Constituição da República Federativa do Brasil uma das constituições mais avançadas do mundo. (2004, p. 103).

Por fim, impende salientar, que uma das maiores, quiçá a maior definição de que a constituição vigente tornou o Brasil um país democrático está no artigo 4º, inciso II, da referida Carta Magna<sup>52</sup>, uma vez que faz menção a obrigatoria prevalência dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, conforme Newton Cesar Pilau (2003), um dos motivos para a inclusão dos direitos humanos na Carta Magna vigente se deu ao fato de que o Brasil necessitava de uma nova Constituição que instaurasse no país a democracia, uma vez que o Brasil vinha de um autoritarismo extremo. Assim, os direitos humanos referidos na Constituição Federal de 1988 se deram de forma gigantesca, tendo em vista que foram inseridas na Constituição Federal as “três gerações” dos direitos humanos, ou seja, a geração da liberdade, da igualdade e da fraternidade. O doutrinador ora estudado ainda traz um discurso de Tancredo Neves, quando de sua candidatura para a Presidência da República, com a esperança de derrubar o regime militar até então vigente. Veja-se:

A Nova República pressupõe uma fase de transição, com início a 15 de março de 1985, na qual serão feitas, com prudência e moderação, as mudanças necessárias: na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, fase que se definirá pela eliminação dos resíduos autoritários, e o que é mais importante pelo início, decidido e corajoso, das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político que requer a sociedade brasileira. E, assim, finalmente, a Nova República será iluminada pelo futuro Poder Constituinte, que, eleito em 1986, substituirá as malogradas instituições atuais por uma Constituição que situe o Brasil

---

<sup>52</sup> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:  
II - prevalência dos direitos humanos;

no seu tempo, prepare o Estado e a Nação para os dias de amanhã”. (PILAU, 2003, p. 136-138)

Assim, infalivelmente pelo temor do povo brasileiro de que voltasse a incidir um golpe militar, bem como regredisse, o país, ao regime ditatorial, a “Constituição Cidadã” tratou dos direitos humanos com prioridade.

Com relação a esse temor que a população brasileira sentia, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 65-66) afirma que “a relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais.” Com relação aos direitos humanos abarcados na Magna Carta, ainda Flávia Piovesan (1994) aduz que:

A Carta de 1988 é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos (Art. 4, II), como princípio fundamental a reger o Estado brasileiro nas relações internacionais. Com isso, a soberania do Estado sofre limites e condicionamentos. Isto é, a soberania estatal está submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos, o que vem a romper a concepção tradicional de soberania absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização. (1994, p. 104 ).

Mais uma vez constata-se a colossal mudança constitucional no Brasil, uma vez que o país veio de uma realidade nada democrática e tampouco interessada em direitos fundamentais.

No entanto, convém lembrar que a Constituição Federal de 1988, por ser a Lei Maior no Brasil, impõe que deve ser por meio dela que os demais procedimentos e leis devem se basear. Nas palavras de Ferdinand Lassalle: “[...] **Constituição** deve ser qualquer coisa de **mais sagrado**, de **mais firme** e de **mais imóvel que uma lei comum.**” (1998, p. 24) (Grifo nosso).

Assim, não nos restam dúvidas de que é através da constituição vigente que o processo penal deve ser interpretado e aplicado.

### 3.2 Do Código de Processo Penal

O processo penal, como dito por Fernando da Costa Tourinho Filho (2008, p. 133-134), é uma forma de proteger os cidadãos contra eventuais abusos do Poder Público sobre o direito punitivo contra autor de um fato infringente à norma jurídica. Assim, por meio do processo penal é que o Estado limitou seu poder repressivo - *jus puniendi*. Portanto, o processo penal é um meio de contenção do poder estatal para com os civis subordinados a tal. Seria uma espécie de coibição imposta à soberania do Estado.

Esse direito de punir, outorgado ao Estado, portanto, se dá quando há ocorrência de crime. Assim, quando da ocorrência de determinado delito, então passará a existir o direito de o Estado exigir a punição do criminoso. Senão veja-se o que diz José Frederico Marques:

O direito de punir do Estado, que nasce da prática de infração penal, tem por objeto uma pretensão a *sanctio jûris* contida no preceito secundário da normal penal incriminadora. Praticada a violação do *preceptum juris*, com a ação ou omissão delituosa, forma-se a relação jurídico-punitiva, visto que o Estado passa a exigir a aplicação da sanção penal. (1998, p. 116)

Contudo, como já dito anteriormente, o processo penal é a segurança de que o Estado exercerá o seu direito de punir, mas com respeito aos direitos do réu.

Com relação, ainda, ao processo penal atual, Antônio Alberto Machado (2005, p. 46-47) aduz que nada mais é do que: “[...] o ramo do direito que disciplina tanto o direito de punir quanto o direito de defesa; aquele no interesse do Estado; este, no interesse do indivíduo”.

Ainda, Machado (2005, p.46-47) completa dizendo que o processo é o mecanismo pelo qual o Estado se obriga a se adequar para poder aplicar a lei e solucionar litígios. Porém, nem sempre o processo penal foi conhecido desta forma. Ou seja, a fase processual penal atual, conhecida, segundo Julio Fabbrini Mirabete, como *Período Humanitário do Direito Penal* traz como objetivo a humanização da justiça, uma vez que em seus primórdios tal ideia não existia. Um exemplo dessa extinta falta de preocupação com os direitos do acusado no processo penal está no direito romano, onde, segundo Manzini, citado por Julio Fabbrini Mirabete (2001, p. 34-35), os poderes do magistrado, foram invadindo a esfera de atribuições já designadas ao acusador, bem como se fez introduzir a “prisão preventiva e a tortura do réu

e de testemunhas que depusessem falsamente. Pode-se dizer, portanto, que tal procedimento tem como a base primordial o chamado *sistema inquisitivo*". A partir disto, é possível verificar que outrora se tinha uma visão atroz para com o acusado que acabava "sofrendo" o processo penal, tendo em vista que lhe não eram atribuídos direitos e nem garantias de que seria julgado de uma forma realmente justa.

Ainda, sabe-se que o processo penal remoto era um meio de "vingança" do Estado para com o cidadão que praticasse algum delito. Era todo o poder estatal em desfavor de um provável autor de fato criminoso que supostamente havia praticado.

Com relação ao processo penal vigente, esse foi instituído no ano de 1941, ou seja, durante o regime da ditadura militar - vigência da Constituição de 1937 – razão pela qual traz em sua genealogia, antecedência e, principalmente em seus fundamentos de ser, mesmo que de forma um pouco implícita, certo ar de "represália" do Estado para com o suposto delincente. Assim, se tem uma imagem de processo penal ultrapassado, já que são 70 (setenta) anos com a mesma visão processual penal, sem evolução alguma. Ou seja, temos um processo penal, por mais que de finalidade protetiva contra o poder soberano punitivo estatal, completamente estagnado no tempo e que traz como consequências jurídicas e sociais um incomensurável atraso.

Uma das maiores preocupações em relação ao processo penal vigente é a sistemática do instituto do inquérito policial, uma vez que esse é regido pela inquisitividade.

Paulo Rangel (2005, p. 49) leciona qual é a importância do sistema processual, quando afirma que esse se forma a partir de um "conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto". Tal afirmativa do doutrinador acima, nos leva a perceber que o sistema processual inquisitivo que preceitua o processo penal brasileiro – inquérito policial - veio com toda a sua base no regime ditatorial, razão pela qual é inquisitivo.

Assim, deve-se fazer uma diferenciação entre o sistema processual vigente e o que deveria vigorar – sistema acusatório, uma vez que se complementa com a Constituição Federal de 1988, tendo em vista vivermos em um Estado Democrático de Direito.

A fim de se perceber a diferenciação dos dois sistemas processuais – inquisitivo e acusatório – far-se-á jus às palavras, novamente, de Paulo Rangel (2005, p. 54-55) que refere que "no direito pátrio vige o sistema acusatório", uma vez que cabe ao Ministério Público a



acusação, conforme artigo 129, inciso I, da Constituição Federal<sup>53</sup>, bem como o processo é “público, contraditório, e são asseguradas aos acusados todas as garantias constitucionais”.

No entanto, é durante o inquérito policial que a inquisitividade “imperava”. Essa inquisitividade estabelecida na fase da investigação no inquérito policial se dá pelo fato que nesse procedimento não existe o contraditório e, a autoridade competente para a apuração da investigação criminal, dirige as investigações como bem entender, não tendo, então, um procedimento prévio a ser seguido.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2008, p. 3-4) alega que a inquisitividade no inquérito policial também torna o investigado um objeto da investigação e não um sujeito de direitos e, ainda, a realização de diligências fica ao arbítrio da autoridade policial – artigo 14 do Código de Processo Penal<sup>54</sup>. O sistema inquisitivo, assim, demonstra total falta de compatibilidade com as garantias constitucionais, razão pela qual, segundo Paulo Rangel (2005, p. 51), deve ser “banido das legislações modernas que visem assegurar aos cidadãos as mínimas garantias de respeito a dignidade da pessoa humana”. O que é o caso do Brasil, já que a Constituição Federal atual tem como prioridade a defesa dos direitos humanos, o que torna o Código de Processo Penal vigente uma total barbárie no âmbito jurisdicional.

### **3.3 Da Reforma Processual Penal**

Fauzi Hassan Choukr (2008, p. 5) aduz que o Código de Processo Penal de 1941 se choca de uma forma absurda contra a Constituição Federal vigente no Brasil, não só pela distância temporal que os dois enfrentam, mas principalmente pela forma de raciocínio de cada ordenamento. Ou seja, a Carta Magna, como exaustivamente exposta acima, busca um tratamento igualitário e justo para com os cidadãos brasileiros, visando, assim, um processo penal acusatório com fundamentação democrática; por sua vez, o instituto do inquérito policial, no processo penal vigente é de caráter inquisitivo, gerando, assim, a “incompatibilidade filosófica, política, cultural entre o Código de Processo Penal e a Constituição (mais exatamente na ordem inversa, em face de primazia desta última) por si já

---

<sup>53</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

<sup>54</sup> Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

seria suficiente para que a comunidade jurídica e política passassem a lutar pela recodificação completa”. Entretanto, a recodificação total Código de Processo Penal foi ao longo do tempo suprida pelas reformas parciais.

Contudo, com o passar do tempo a necessidade de adequação processual penal aos dias atuais para, principalmente, buscar um processo condizente com a Constituição Federal, tornou-se algo primordial a tal ponto que reformas parciais não mais bastariam para assegurar o mínimo de garantias que a Lei Maior dispõe aos acusados de um processo penal.

Mas, importante informar, que essa necessidade de adequação de um sistema inquisitivo para um acusatório não só tem prioridade no Brasil, uma vez que mais países do mundo estão em busca de tal adequação e, ainda, cabe salientar que o Brasil é um dos países mais atrasados nessa mudança, uma vez que a maioria dos países da América Latina já aderiu à atualização do Código de Processo Penal, fazendo valer o sistema acusatório. Senão veja-se o que dizem Cristián Riego y Mauricio Duce:

Como es sabido, la mayoría de los países de la región han emprendido reformas estructurales a sus sistemas de enjuiciamiento penal en las últimas dos décadas. Con dichas reformas se ha pretendido cambiar tanto aspectos de diseño como de funcionamiento práctico del sistema. Una de las áreas en donde este proceso ha generado mayores expectativas es en el aumento de derechos y garantías básicas de los ciudadanos objeto de persecución penal, (...) <sup>55</sup>. (2009, p. 13-14)

Percebe-se, então, que a preocupação de transformação do processo penal para um sistema acusatório não é só brasileira, uma vez que tal iniciativa vem de fora, já que se tem uma ideia mais absorvente de direitos humanos conferida não só pela Organização das Nações Unidas – ONU -, mas também pelas constituições que se modelaram por iniciativa própria, tendo em vista os Estados serem soberanos, a partir do que se entende como dignidade da pessoa humana pela referida ONU.

Assim, nada mais óbvio que esses países que primam pela dignidade da pessoa humana aditem seus procedimentos de acordo com tal premissa, principalmente o processo penal, onde se é possível restringir a liberdade de um ser humano.

---

<sup>55</sup> (Tradução livre) – Como sabemos, a maioria dos países da região procederam às reformas estruturais de acusação em seus sistemas penais nas últimas duas décadas. Essas reformas têm procurado mudar aspectos de funcionamento prático do sistema. Uma área que este processo gerou maiores expectativas é no aumento dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos sujeitos ao processo penal.

Logo, com relação a essas mudanças estarem acontecendo em âmbito mundial, Nataly Ponce Chauca <sup>56</sup>. (2009, p. 15) aduz que existem, mais ou menos 14 países latino-americanos que “desde los años 90 han iniciado importantes procesos orientados a la implementación de un nuevo sistema de justicia penal en la región, de carácter acusatório”. No Brasil, também não é diferente, uma vez que se passou, então, a discutir legislativamente o Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009 que pretende reformar profundamente o sistema processual penal brasileiro.

### 3.3.1 Do Juiz das Garantias

O Projeto de Lei acima mencionado busca trazer profundas mudanças em todo o ordenamento processual penal vigente e, segundo Abel Fernandes Gomes (2010, p. 99) tem como escopo principal retratar, através dessa reforma, a evolução histórica, social e jurídica do sistema processual penal brasileiro, entretanto, o trabalho ora tencionado busca apenas trazer à tona um dos elementos trazidos pelo referido projeto, uma vez que é completamente diverso do ordenamento ora vigorante, qual seja, a criação do designado juiz das garantias ou juiz garantidor que, também conforme Abel Fernandes Gomes “é, reconhecidamente, o ponto mais marcante da mudança que se pretende operar no Código de Processo Penal, que vige desde 1941” (2010, p. 99). Esse instituto em estudo foi estipulado dos artigos 14 ao 17 do Capítulo II do Título II do Livro I do referido projeto. Senão veja-se:

(...)

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

- I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;
- II - receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;
- III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
- IV – ser informado da abertura de qualquer investigação criminal;
- V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;

---

<sup>56</sup> (Tradução livre) – A partir dos anos 90 deram início a importantes processos que visam a implementação de um novo sistema de justiça penal na região, de caráter acusatório.

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

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

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

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

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

XI – decidir sobre os pedidos de:

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

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

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

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

XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, parágrafo primeiro;

XIV – arquivar o inquérito policial;

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

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

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

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

Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais e cessa com a propositura da ação penal.

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

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

§3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias apensados aos autos do processo.

Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748.

Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal. (PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 156/2009).

A reforma do processo penal em estudo diz respeito à implantação do organismo denominado juiz das garantias ou juiz garantidor, instituto já existente nos Códigos de Processo Penal de países como Chile, Paraguai e Colômbia, bem como nas legislações processuais penais de algumas províncias da Argentina, que é o juiz que atuará única e exclusivamente na fase da investigação criminal, bem como sua competência se findará com a

propositura da ação penal. Ainda, o juiz que funcionar no inquérito policial não poderá, em hipótese alguma, interferir no processo penal.

De tal modo, Rodolfo Daniel Barroso Griffiths e Marcelo Fernando Nieto Di Biase (2010, p. 125) alegam, com relação ao instituto juiz das garantias, que:

En la preparatoria efectúa el control de la investigación penal preparatoria (función de garantía), resuelve los pedidos de las partes durante la investigación y en general adoptan todas las decisiones que corresponden a esta etapa (por ejemplo requerimiento de allanamientos, detenciones, *audiencias de control de detención* y *apertura de la investigación*)<sup>57</sup>.

Ou seja, o juiz das garantias vem para assegurar a quem suporta o processo penal, que seus direitos sejam resguardados no decorrer de toda a ação.

Além disso, Abel Fernandes Gomes apresenta as falhas trazidas pelo projeto a fim da implantação do juiz das garantias no Código de Processo Penal brasileiro, sendo elas:

a) denominação “juiz das garantias” – tem-se aqui uma redundância da designação “juiz das garantias” ou “juiz garantidor”, uma vez que o juiz por si só já é uma garantia, “uma das mais relevantes garantias conquistadas pela humanidade”. O doutrinador ainda acrescenta que “a própria figura do juiz, tal como prevista nas leis de organização judiciária, com base na Constituição, já traz em si a garantia ao cidadão de que no processo penal sua função não se há de confundir com a função daquele órgão de outro Poder concebido constitucionalmente para perseguir o fato criminoso, e que por isso, mesmo diante da acusação estatal ou privada a ser deduzida e apurada perante o Poder Judiciário, alguém estará constituído para julgá-lo segundo regras de direito. Nisso, o juiz já é garantia. (GOMES, 2010, p.99-100).

b) sistema acusatório – o instituto do juiz das garantias não é um elemento essencial ao sistema acusatório já que o próprio Projeto se contraria, na medida em que alega que o sistema acusatório deve ser implantação no país, mas o juiz das garantias deverá decidir questões no curso das investigações, bem como que o juiz do processo poderá rever as decisões tomadas pelo juiz das garantias;

c) o distanciamento do juiz nas questões de mérito, a fim de prevenir a contaminação do mesmo – esse pressuposto não deve ser levado em conta, uma vez que “tecnicamente, o

---

<sup>57</sup> Faz o controle da investigação preparatória criminal (com base em garantias), resolve os pedidos das partes interessadas durante a investigação e, geralmente, toma todas as decisões que correspondem a esta fase (por exemplo, controle de audiências, prisão e início da investigação).

juiz, na fase pré-processual, apenas examina se as circunstâncias do pedido estão de acordo com a autorização legal e constitucional, (...), mas não apura o seu conteúdo material”, ou seja, atua aqui para fins de procedência da ação. (GOMES, 2010, p. 100-101)

No entanto, a falha estabelecida no instituto do juiz das garantias, objeto do presente trabalho, condiz com o contexto da letra “c” acima exposta, ou seja, com a afirmação de que com base nesse instituto se poderá aplicar com eficácia o princípio da imparcialidade do juiz.

Com relação ao juiz garantidor frente à imparcialidade do juiz do processo, André Machado Maya (2010) leciona que esse mecanismo

“preserva a imparcialidade do juiz competente para o julgamento do mérito da ação penal, evitando a sua contaminação subjetiva inerente a 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. 4).

Assim, considerando o que o doutrinador acima menciona, o fato de o juiz ter acesso prematuro a provas o torna imparcial, na medida em que essas provas passam a lhe contaminar, fazendo com que o juiz forme sua convicção anterior a fase permitida.

No entanto, segundo Abel Fernandes Gomes o argumento de que a imparcialidade estará assegurada forte ao juiz das garantias é censurável, já que o próprio projeto “atribui ao juiz da sentença a competência para receber a denúncia, quando então também terá que avaliar em juízo provisório a existência de justa causa para a ação penal, o que não deixa de lançar luzes na alta probabilidade de que o fato delituoso existe, é típico e o denunciado é o seu autor”. Ainda, o autor vai mais longe ao aduzir que:

Mais apropriado, então, ao fundamento exposto pelo Projeto e por seus defensores, seria que o juiz do processo não viesse a ter que decidir sobre nada, e que o processo lhe fosse entregue, quando muito, apenas para a realização da audiência de instrução e julgamento, na qual somente as provas orais seriam produzidas na sua presença, sem que daí para frente nenhuma outra produção de prova ou diligência viesse a ser apreciada pelo magistrado encarregado de julgar o mérito, mesmo que a requerimento das partes, só restando a ele proferir sentença. [...]

Num segundo ponto, o argumento parte da alegada probabilidade de que se foi o juiz que decidiu pela constituição de uma prova, autorizando-a na fase pré-processual, provavelmente não a desqualificaria no momento de julgar. Todavia, a assertiva é equivocada à luz do que realmente ocorre no nosso Direito, cuja estrutura posta sepulta a ideia que se quer passar, de que o que se decide na fase pré-processual é de tal profundidade que seja capaz de contaminar o mérito. É que, tecnicamente, o juiz, na fase pré-processual, apenas examina se as circunstâncias do pedido estão de acordo com a autorização legal e constitucional para atuação de meios de reunião de

elementos e medidas mais incisivas nos direitos fundamentais do sujeito, mas não as executa ou desenvolve, nem apura o seu conteúdo material. Na verdade efetua juízo sobre a aplicação do meio de prova, e não sobre o que ele será capaz de reunir de material probatório, e sua aptidão para, em cotejo com o que mais irá ser produzido pelas partes, demonstrar a procedência da acusação. Tudo o que acontecerá depois da avaliação positiva do juiz sobre a necessidade de incidência de determinado meio de prova, poderá, sim, fazer com que ao final ele decida pela improcedência da acusação, a menos que se imagine, novamente de forma preconceituosa, que o juiz sempre esteja propenso a julgar o mérito da ação penal mais atento ao meio de prova que necessariamente teve que passar pelo seu crivo do que a todo o conteúdo material probatório que foi levado ao processo. (2010, p. 102-104)

Assim, segundo o instituto do juiz das garantias frente ao projeto estudado, tem como principal motivação a segurança do princípio da imparcialidade do juiz.

Antônio Alberto Machado (2005, p. 24) alega com relação ao princípio da imparcialidade do juiz que esse é um dos pressupostos subjetivos de um processo penal – circunstância necessária e anterior ao processo. Observe-se “[...] ao juiz, com as exigências de sua investidura, competência e **imparcialidade** [...].” (2005, p. 24) (Grifo nosso).

O juiz das garantias então, segundo a ideia do projeto, vem para garantir a real eficácia desse princípio altamente importante no processo penal – imparcialidade do juiz -, uma vez que com a aplicação desse juiz garantidor, o juiz que instruir o processo, não terá sido contaminado pelas provas que teria tido contato pessoal antigamente.

Essa preocupação com a imparcialidade do juiz está bem aclarada por Nanci de Melo Silva (2002) quando esse leciona que é

[...] certo que na aplicação da lei há sempre algo de arbitrário. Em face do mesmo texto legal nem todos os juízes atuam da mesma maneira. Vários fatores sempre influem na exegese legal. Circunstâncias ocasionais, complexos vários, melhor ou pior formação moral ou cultural, temperamentos diversos, maior ou menor grau de emotividade, tudo explicaria a diversidade de atitudes e de julgamentos em face dos mesmos textos de lei. (2002, p. 155).

Essa preocupação, então, está relacionada ao fato de que o juiz é simplesmente um ser humano como qualquer outro, tendo formações morais ou culturais, bem como diversas personalidades, o que interfere nas decisões judiciais.

Ainda, nesse sentido, Nanci de Melo Silva cita Elza Maria Miranda Afonso que aduz:

**“Muito se tem esperado dos Juízes: isenção e sensibilidade, frieza e alma. Deles se espera, a um só tempo, que não procedam como simples autômatos na aplicação**



da lei, submetendo-se, servis, ao poder que a emite, e deles se espera que, na lei, encontrem a barreira que os livre do abismo do arbítrio. (...)” (2002, p. 161) (Grifo nosso).

Contudo, essa esperança de que o juiz julgue com frieza, mas com sensibilidade e alma, tornando a decisão justa, nada mais é do que uma ideologia.

Desta forma, o projeto busca priorizar o princípio da imparcialidade do juiz, uma vez que julga que o juiz que atuou na fase de investigação criminal tornar-se-á contaminado pelas provas produzidas, assim prejudicará a sua imparcialidade durante a instrução processual.

Note-se que:

É criada a figura do juiz das garantias, que participará apenas da fase de investigação. Cabe a esse juiz, de acordo com o projeto, controlar a legalidade da investigação criminal e tutelar as garantias fundamentais do cidadão submetido a inquérito. Entre outras atribuições, o juiz das garantias tem as de receber a comunicação imediata da prisão, cuidar para que os direitos do preso sejam respeitados, decidir sobre o pedido de prisão provisória ou de outra medida cautelar e também sobre os pedidos de interceptação telefônica, quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico e busca e apreensão domiciliar. Assim, há a previsão legal de dois juízes: o responsável pela legalidade da investigação das infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e o que faz o julgamento e define a sentença a ser aplicada ao réu. A designação do juiz das garantias é feita de acordo com as normas de organização judiciária da União, dos estados e do Distrito Federal. Depois de oferecida a denúncia contra o acusado na Justiça, o juiz das garantias cede seu lugar ao juiz do processo propriamente dito (arts. 15 a 18). **A figura do juiz das garantias contribui, assim, para dar maior imparcialidade às decisões do juiz da causa, que está livre e desobrigado em relação à validade das provas obtidas na fase do inquérito, não tendo compromisso direto com o modo de proceder da investigação.**” (Grifo nosso).

Porém, mesmo que seja altamente importante adequar o instituto do inquérito policial que é inquisitivo a um sistema acusatório, para que se ajuste aos fundamentos da Constituição Federal vigente, o projeto ora estudado, quando traz em seu bojo o mecanismo do juiz das garantias, não vem com tanta simpatia, uma vez que busca alcançar a prevalência do princípio da imparcialidade do juiz.

No entanto, como estudado no primeiro capítulo do presente trabalho, esse princípio jamais será alcançado, uma vez que o seu maior inimigo é justamente o juiz, bem como o fato de esse ser humano.



## CONCLUSÃO

A presente monografia não pretende esgotar o assunto, até porque o mesmo é complexo e permite inúmeras ilações, bem como é um assunto novo, razão pela qual se verifica escassez doutrinária.

O trabalho traz, inicialmente, que em um período de mais de 20 (vinte) anos de ditadura, a Constituição Federal de 1988 incorporou as garantias fundamentais como forma de “resposta” ao povo, que já se encontrava descrente. Dentre esses direitos, pode-se destacar a garantia constitucional do processo acusatório, que visa assegurar todas as garantias do cidadão quando da tolerância do processo penal. Entretanto, apenas o processo penal em si passou a garantir um sistema acusatório; o que não ocorreu com o instituto do inquérito policial, que continuou a se processar pelo sistema inquisitivo que teve origem no regime ditatorial, uma vez que o Código de Processo Penal é do ano de 1941.

Assim, é visível a discrepância entre o instituto acima referido e a Lei Maior, razão pela qual, em virtude das discussões sobre essa desconexão que o inquérito policial sofre com relação à Constituição Federal, houve a necessidade de uma mudança no processo penal, razão pela qual se acarretou o Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009, com a finalidade de reformar o Código de Processo Penal para que esse seja condizente com a Magna Carta, ou seja, traga o sistema acusatório em seu contexto do início ao fim.

No entanto, o presente trabalho traz como pesquisa apenas uma das apontadas possíveis mudanças, qual seja, implantação do mecanismo do juiz das garantias, que nada mais é que um juiz que atuará unicamente na fase da investigação criminal. Ainda, o juiz das garantias não vem somente para que se possa assegurar o sistema acusatório, mas principalmente garantir a aplicação eficaz do princípio da imparcialidade do juiz, uma vez que, segundo a ideia do projeto, quando se distancia o juiz julgador das provas trazidas no inquérito policial, no momento da investigação, se consegue defender esse juiz da contaminação pelas referidas provas.

Mas, convém destacar que o princípio ao qual o mecanismo em apreço pretende dar eficácia, jamais será eficaz seja como for, uma vez que o princípio da imparcialidade do juiz está profundamente vinculado ao psíquico, não tendo, então, força nenhuma a jurisprudência, tampouco a doutrina frente ao mesmo. Ainda, caso a mente humana não pré-julgasse

inconscientemente tudo o que lhe acontece a volta, ainda assim não haveria como cuidar para que esse princípio fosse cumprido com confiança, tampouco haveria como saber que o juiz julgador agiu com parcialidade ou imparcialidade.

Assim, a implantação do juiz das garantias, em nada vem a resguardar o princípio da imparcialidade do juiz, não só por este não ser eficaz, mas também porque não é pelo simples fato de o juiz julgador ter contato com as provas antes do início do processo penal, que o torna imparcial, uma vez que mesmo que não tenha contato no momento da investigação, o juiz julgador terá contato no recebimento da denúncia que o fará decidir se é caso de recebimento ou não. Ainda, cumpre ressaltar, que para receber a denúncia, o juiz julgador terá que averiguar se a referida acusação faz jus às provas que pertencem ao inquérito policial, razão pela qual passará a exercer o papel do juiz das garantias.

Assim, o juiz das garantias é um mecanismo completamente desnecessário a um processo penal acusatório, bem como altamente oneroso, já que deverá ocorrer a atuação sempre de dois juízes em um único processo.

O fato da onerosidade não se faria tão importante, na medida em que fosse em favor de um processo justo; entretanto, estamos falando em um mecanismo completamente desnecessário e até pouco inteligente, assim há que se falar, então, em onerosidade para o Estado, que deve assegurar não só o princípio da economia processual, que é infringido pelo mecanismo do juiz das garantias, mas também a garantia do processo célere.

Em suma, o juiz das garantias não traz benefício algum para um processo penal acusatório, tão pouco para a sociedade, já que trará onerosidade para o Estado, bem como atraso no desenrolar do processo.

Ainda, esse mecanismo é estulto, uma vez que, além de não fazer sentido sua implantação, já que o juiz julgador terá que ter acesso às provas do inquérito policial e julgá-las para eventual recebimento de denúncia, não se pode acreditar que um ser humano possa abster-se de seus sentimentos, pré-julgamentos, empatia ou antipatia, etc, uma vez que esse se fazem manifestos também no inconsciente, fazendo com que nem o próprio juiz saiba que está sendo parcial, muito menos saberá um terceiro.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 abril de 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 de abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Projetos e matérias legislativas**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=90645](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645)>. Acesso em: 30 de abril de 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHAUCA, Nataly Ponce. Reformas procesales penales en américa latina: resultado del proyecto de seguimiento, V etapa. Santiago, Chile: CEJA – JSCA, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **As reformas pontuais do código de processo penal.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista-artigos\\_leitura&artigo\\_id=5074](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista-artigos_leitura&artigo_id=5074). Acesso em: 05 de abril de 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal.** Rio de Janeiro/São Paulo: RENOVAR, 2001.

CRETELLA JR, José. **Elementos de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Criação do juiz das garantias dá maior isenção a julgamento.** Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2009/07/03/criacao-do-juiz-das-garantias-da-maior-isencao-a-julgamento>. Acesso em: 05 de abril de 2012.

DORIN, Lannoy. **Enciclopédia de psicologia contemporânea.** São Paulo: Livraria Editora Iracema LTDA, 1984.

DUCE, Mauricio. Prisión preventiva y reforma procesal penal en américa latina – evolução e perspectivas. Santiago, Chile: CEJA – JSCA, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo aurélio - o dicionário da língua portuguesa.** 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2003.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRANÇA, Flávio Henrique Aguiar. A banalização do direito penal, os impactos na sociedade e sua aplicação sobre a ótica da celeridade processual. IBCCRIM, São Paulo. 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRIFFITHS, Rodolfo Daniel Barroso; BIASE, NIETO, Marcelo Fernando. **Reformas de la justicia en américa latina – experiencias de innovación.** Santiago, Chile: CEJA – JSCA, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Princípio da imparcialidade do juiz**. Disponível em: <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/law/1723779-princ%C3%ADpio-da-imparcialidade-juiz/#ixzz1rwiBiYmS>. Acesso em: 13 de abril de 2012.

GOMES, Abel Fernandes. Direito processual penal: “juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, out./dez. 2010.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1998.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Sistema de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Antonio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas/ São Paulo: Bookseller, 1998.

MAYA, André Machado. Outra vez sobre o juiz de garantidas: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. **Boletim IBCCRIM nº 215** - Outubro / 2010.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 12 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004.

MUCCIO, Hidejalma. **Prática de processo penal: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: HM Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. **Prática de processo penal: teoria e modelos**. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PICOLIN, Gustavo Rodrigo. **Inquérito policial**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=157](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=157)>. Acesso em: 07 de maio de 2012.

PILAU, Newton Cesar. **Teoria constitucional moderno-contemporânea e a posituação dos direitos humanos nas constituições brasileiras**. Passo Fundo: UPF, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro**. IBCCRIM, São Paulo. 1994.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROCHA, Luiz Carlos. **Investigação policial: teoria e prática**. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2003.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Nanci de Melo e. **Da jurisdição constitucional**. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Prática de processo penal.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Aspectos psicológicos na prática jurídica.** 3. ed. Campinas/SP: Millenium, 2010.