

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Natália Gheno de Quadros

PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA
APRECIÇÃO CRÍTICA ACERCA DO JUIZ DE GARANTIAS

Passo Fundo
2013

Natália Gheno de Quadros

PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA
APRECIÇÃO CRÍTICA ACERCA DO JUIZ DE GARANTIAS

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Orlando Faccini Neto.

Passo Fundo
2013

AGRADECIMENTOS

A Deus.

À minha família e amigos pela força,
compreensão e por acreditarem no meu potencial,
especialmente ao meu pai e à minha mãe.

Ao orientador e professor Me. Orlando Faccini Neto, pelo apoio
e orientação dados para a construção desta pesquisa.

Aos professores que tive durante o curso de graduação,
por contribuírem na construção do meu conhecimento.

A todos que, de alguma forma, colaboraram
para a realização e conclusão deste curso.

“A defesa é o mais legítimo direito dos homens.”

Carlos Bernardo González Pecotche

RESUMO

O presente trabalho monográfico pretende realizar uma análise acerca do projeto de reforma global do vetusto Código de Processo Penal, a fim de adequá-lo ao cenário de direitos e liberdades públicas protegidas pela Constituição Federal de 1988. Uma das grandes inovações do projeto está na adoção do sistema acusatório como modelo reitor do processo penal, bem como na criação do juiz de garantias, que pretende dar guarida à imparcialidade do juiz do processo e, assim, obter um julgamento adequado ao caso. Primeiramente, será realizado um exame acerca dos sistemas processuais e princípios constitucionais; após, tecer alguns comentários abordando a atividade do juiz durante a persecução penal, relacionando-a aos princípios constitucionais destinados a assegurar um devido processo legal e, ao final, a questão a ser apreciada se encontra na inviabilidade e desnecessidade da criação deste instituto para alcançar os fins constitucionais previstos para o processo, tais como a imparcialidade do juiz, a qual não é afetada por sua atuação na fase investigatória, a fim de que se alcance um julgamento adequado do caso penal.

Palavras-chave: Sistemas Processuais Penais. Projeto de reforma do Código de Processo Penal. Juiz de garantias.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O HISTÓRICO DOS SISTEMAS PRECESSUAIS CLÁSSICOS	8
1.1 Sistema acusatório, inquisitório e misto	9
1.2 Identificação do núcleo fundante	15
1.3 Princípios constitucionais	17
2 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ	25
2.1 A atuação instrutória do juiz no processo penal de acordo com o Código de Processo Penal	25
2.2 A busca pela verdade real e a fragilização do princípio da igualdade de armas e do contraditório	34
2.3 Princípios da imparcialidade e do devido processo penal frente aos poderes instrutórios do juiz	40
3 O PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	47
3.1 O anteprojeto do Código de Processo Penal	47
3.2 A adoção do sistema acusatório e a proposta do juiz de garantias	50
3.3 Apreciação crítica	60
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	72

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso pretende realizar uma análise crítica acerca do Projeto de Código de Processo Penal que tramita atualmente na Câmara dos Deputados, especialmente no que tange à adoção expressa do modelo acusatório como sistema processual penal e a criação do juiz de garantias.

A existência deste projeto de lei para a alteração global do atual CPP traz consigo grandes inovações e, desta vez, opta expressamente pelo modelo acusatório que limita as atividades do juiz. Segundo os criadores do projeto, pretende-se criar, para a fase de investigação, um juízo de garantias competente para atuar no curso desta e, para a ação penal, instituir-se-ia um novo julgador, este dotado da imparcialidade necessária para julgar a lide de forma justa.

Segundo grande parte da doutrina e jurisprudência, a Constituição Federal brasileira institui em sua carta, embora não expressamente, um modelo acusatório de processo penal. De outra banda e confrontando-se com a Lei Maior, o Código de Processo Penal adotaria, segundo uma análise de sua letra legal, um sistema processual inquisitório, causando, portanto, uma incompatibilidade entre estas normas. Isso, porque é dado ao juiz realizar determinadas atividades jurisdicionais durante a fase de investigação que, de alguma forma, poderia afetar sua imparcialidade durante o julgamento do processo, o que caracterizaria neste ponto um modelo de matriz inquisitorial.

A análise desta pesquisa estará pautada na questão da necessidade ou não de um juiz de garantias para assegurar, posteriormente, a imparcialidade do julgador do processo, bem como na real possibilidade de efetivação deste instituto, tendo em conta a realidade apresentada no cenário jurídico atual. Dentro deste viés, realizar-se-á, primeiramente, uma crítica a respeito dos sistemas acusatório, inquisitório ou misto, bem como dos princípios constitucionais reitores do processo penal e, posteriormente, do papel fundamental que o juiz criminal exerce dentro da ação penal e, ao final, analisar os dispositivos do projeto, assim como sua (in)viabilidade e (des)necessidade.

A fim de dar suporte à pesquisa, contrapor-se-ão argumentos favoráveis à alteração, que afirmam que esta nova formatação iria dar suporte à aplicação dos princípios constitucionais de garantia do acusado, que se traduziria em uma especialização do julgador e conseqüentemente em ganho de celeridade, com os argumentos contrários que asseveram a

impossibilidade da implantação desta figura processual, por tratar-se de um idealismo exacerbado o qual levará inevitavelmente a uma discricionariedade do direito processual penal.

O método de abordagem a ser utilizado no presente trabalho será o dialético, no qual serão emitidas opiniões e contrapostos fatos, argumentos e ideias, através de pesquisas bibliográficas. Quanto ao método de procedimento a ser utilizado, será o método monográfico, levando a estudo o caso objeto da pesquisa, a fim de permitir a sua discussão e dela obter um posicionamento.

Tal análise se faz imprescindível, pois a criação de um novo código afeta não apenas o sistema jurídico, mas também toda uma nação que vive sob a égide das normas ditadas pelo Estado e, inclusive, porque existe uma grande necessidade de renovação do sistema processual penal, a fim de adequá-lo a realidade brasileira, tendo em vista o aumento vertiginoso da criminalidade que torna a sociedade cada vez mais refém deste sistema. Após esta apreciação realizada sobre o projeto deste novo Diploma Legal, espera-se alocar o papel do juiz de garantias dentro do processo penal, assim como realizar breves reflexões acerca da viabilidade e necessidade de sua criação, para garantia de um processo justo e equitativo.

1 HISTÓRICO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS CLÁSSICOS

Ao iniciar um estudo acerca do processo penal brasileiro, não se pode rechaçar a compreensão histórico-evolutiva dos sistemas processuais ao longo do tempo. Muitos foram os acontecimentos que propiciaram o desenvolvimento do que se entende hoje em dia por processo penal. Os anseios da sociedade por um tratamento mais justo e igualitário contribuiu para esse aprimoramento, que se encontra em constante movimento, conforme a necessidade existente.

Não custa salientar que o estudo das distinções das características predominantes dos sistemas processuais penais varia não apenas do ponto de vista histórico, como também na visão teórica¹, que será abordada em momento oportuno. O conflito de vontades sempre esteve presente no seio de qualquer sociedade e devido à necessidade da solução mais eficiente para estes conflitos, nasce o Direito. Com fins a uma solução equitativa, surgem determinadas regras procedimentais que, concatenadas, destinam-se a resolver tais conflitos.

Traçando uma linha temporal, o sistema acusatório imperou até meados do século XII, sendo paulatinamente substituído pelo sistema inquisitório que vigorou até o final do século XVIII – em determinados locais até parte do século XIX – momento em que movimentos sociais e políticos conduziram a uma nova mudança de rumos.²

O sistema inquisitório possui raízes na velha Roma, nascendo no seio da Igreja Católica, como uma resposta defensiva ao desenvolvimento das chamadas doutrinas heréticas.³ Com o seu aperfeiçoamento pelo direito canônico, passou a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII, XVIII.⁴ Como aponta Jacinto Coutinho, “como crime e pecado passaram a ser sinônimos, o processo é imaginado como um mecanismo terapêutico capaz de, pela punição, absolver”.⁵ Deixava ao magistrado, como representante do rei, poderes de iniciativa, instrução e julgamento⁶, admitindo um amplo poder discricionário.

¹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 61.

² LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116.

³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Coord.: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.18.

⁴ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 47.

⁵ COUTINHO, *O papel do novo juiz...*, p. 24.

⁶ PRADO, *Sistema Acusatório...*, p. 74.

Quanto ao sistema denominado *accusatio*, remonta primeiramente ao Direito grego e posteriormente, ao romano. Como destaca Geraldo Prado, era dominado amplamente pelo princípio contraditório, sendo dever das partes produzirem as provas das suas alegações.⁷ O julgador passou a ter papel de expectador, cabendo ao Estado garantir, por meio de instrumentos processuais, somente o conhecimento e julgamento do fato delituoso. Assim explica Salo de Carvalho, “com a laicização do Estado e do direito, o crime não corresponde mais à violação do divino, mas à livre e consciente transgressão da norma jurídica promulgada pelo Estado, submetendo o infrator à penalidade retributiva decorrente do inadimplemento [...]”.⁸

1.1 Sistemas acusatório, inquisitório e misto

Cabe, primeiramente, a indicação de uma noção básica acerca do significado da palavra sistema. Conforme elucida Mauro Fonseca Andrade, sistema jurídico pode ser primeiramente definido como “a reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente”.⁹ São eles criados a partir do agrupamento de unidades que se atrelam sob uma premissa.¹⁰

Desta forma, o sistema processual penal caracteriza-se por ser um conjunto de princípios e regras constitucionais que determina as diretrizes a serem seguidas à aplicação da norma penal no caso concreto, podendo variar conforme o momento político em que o Estado se encontra.¹¹ Como afirma Mauro Fonseca Andrade, “os sistemas processuais penais nada mais são do que manifestações históricas de como o processo penal de um determinado período da humanidade foi regulamentado”.¹² Como exemplo disto, é que se pode afirmar que

⁷ PRADO, *Sistema Acusatório...*, p. 77.

⁸ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 43.

⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 30-31

¹⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.34.

¹¹ RANGEL, *Direito processual...*, p. 47.

¹² ANDRADE, *Sistemas Processuais...*, p. 37.

a centralização de poderes na mão de um Estado absolutista, caracteriza um processo penal inquisitório.¹³

São duas as formas principais que o processo penal pode tomar como meio para a solução dos conflitos: acusatório e inquisitivo.

Segundo Mauro Fonseca Andrade, são dois os elementos fixos do sistema acusatório. Primeiro, a obrigatória separação dos papéis do acusador e do julgador, sendo indispensável que o juiz não atue como acusador, nem mesmo de forma assistencial, e o segundo elemento caracteriza-se por um efeito produzido pelo ajuizamento da acusação, ou seja, a investigação criminal possui natureza administrativa, e a abertura do processo significa o início da fase de julgamento com a apresentação da defesa e produção de provas.¹⁴

Igualmente no processo contraditório – ou *adversarial* – as partes obtêm por si mesmas os elementos probatórios, e elas mesmas são encarregadas de apresentar estas provas relativas à questão de culpabilidade no juízo oral¹⁵, não havendo influência do julgador, apenas na hora de valorar a prova para seu julgamento.

Além da distinção dos poderes processuais penais, ou seja, da não coincidência entre o julgador e o acusador, outras características inerentes a um processo acusatório são demonstradas nas palavras de Zilli, a saber:

1. A jurisdição penal é exercida, essencialmente, por tribunais populares, posicionando-se o julgador como um árbitro imparcial entre acusador e acusado; 2. A persecução penal é exercida por uma pessoa física que não possui qualquer vínculo com os órgãos oficiais de persecução; 3. O acusado é considerado como um sujeito de direitos, estando, pois, em posição de igualdade frente ao acusador; 4. O procedimento desenvolve-se mediante um debate público, oral, contínuo e contraditório; 5. Na valoração da prova, impera o sistema do livre convencimento, não estando os juízes subordinados a regras específicas e rígidas quanto à valoração das provas apresentadas; 6. A sentença é resultado de uma votação, que pode tomar como base a vontade expressa pela maioria ou pela unanimidade dos julgadores.¹⁶

No sistema acusatório as partes encontram-se em pé de igualdade dentro do processo. Sobre ambos atua um julgador conferido de imparcialidade para a produção do julgamento: o

¹³ ZILLI, *A Iniciativa Instrutória...*, p.38.

¹⁴ ANDRADE, *Sistemas Processuais...*, p. 258.

¹⁵ AMBOS, Kai. *Temas Fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2011. p. 248.

¹⁶ ZILLI, *A Iniciativa Instrutória...*, p. 38-39.

Estado-Juiz.¹⁷ A titularidade para a acusação pertence também ao Estado, contudo na figura do Ministério Público. De acordo com Paulo Rangel, “na França, em fins do século XIV, surgiram os *les procureurs du roi* – os procuradores do rei – dando origem ao Ministério Público. Assim o titular da ação penal pública passou a ser o Ministério Público, afastando, por completo, o juiz da persecução penal”. Desta forma, o processo penal se caracteriza por ser um verdadeiro *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu.¹⁸

Em um Estado Democrático de Direito é garantia de qualquer cidadão a segurança de um sistema processual penal acusatório frente a qualquer arbítrio do Estado.¹⁹ Não se pode olvidar, contudo, que não há neutralidade e, por consequência, perfeição técnica na atuação do juiz, vez que, bem como os demais, é um homem normal²⁰. Segundo o jurista e escritor italiano Franco Cordero,

nel rituale accusatorio il processo è pura operazione tecnica: un esito vale l'altro, purché correttamente ottenuto; abbiamo notato come le regole siano tutto; sarebbe abuso distorcerle a fini buoni. Questo modello ideologicamente neutro riconosce un solo valore: fair play.²¹

Em suma, pode se chamar de sistema acusatório, aquele sistema processual penal que coloca o juiz como um sujeito passivo equidistante das partes e um processo entre partes iguais, iniciado pelo acusador, a quem compete a carga probatória, em contenda com a defesa a qual possui direito a um júízo contraditório, oral e público e, ao fim, julgada conforme a livre convicção do magistrado.²²

De outra banda, o sistema inquisitório demonstra-se como um contraponto ao sistema acusatório. Neste sistema inquisitório, “o início da fase processual inicia-se com a *notitia criminis*, a partir da qual o juiz já exerceria plenamente suas funções, tutelando as fases de

¹⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos do Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 66.

¹⁸ RANGEL, *Direito Processual...*, p. 50.

¹⁹ Idem. p. 47.

²⁰ COUTINHO, *O papel do novo juiz...*, p.15.

²¹ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè Editore. 2006. p. 101.

²² FARRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 564.

investigação, promovendo a investigação e sentenciando ao final do processo”.²³ Conforme preceitua Mauro Fonseca Andrade, será considerado inquisitivo o processo penal que possuir, ao menos, dois elementos fixos: o caráter prescindível da presença do acusador distinto do juiz, e o fato de o processo ser instaurado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz.²⁴

Com efeito, assinala Jacinto Coutinho, que a característica fundamental do sistema inquisitório se encontra

na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que vantagem (aparente) de tal estrutura residiria em que juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na ‘acusação’ – dado seu domínio único e onnipotente do processo em qualquer das suas fases.²⁵

Desta forma, um juiz que, por iniciativa própria, instaura um processo não é capaz de desligar-se psicologicamente da pretensão, colocando-se uma situação que suscite sua parcialidade, ou seja, que seu julgamento se dará de forma favorável a ela. Nenhuma garantia é oferecida ao réu, transformando-o em um simples objeto, desconhecendo as regras de igualdade ou liberdade processual.²⁶

O sistema inquisitivo demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que um Estado Democrático de Direito disponibiliza aos seus cidadãos, qual seja a proteção à dignidade da pessoa humana.²⁷ A busca da verdade real é utilizada como justificativa à atuação do magistrado na persecução penal, isto é, o juiz fará o que estiver ao seu alcance para buscar a realidade dos fatos posto à sua apreciação, não importando os meios e modos utilizados para tanto.²⁸

Também, o processo inquisitório, possui uma questão característica a esse sistema, qual seja a intervenção do órgão judicial na obtenção das provas, porque o processo está

²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 322.

²⁴ ANDRADE, *Sistemas Processuais...*, p. 383.

²⁵ COUTINHO, *O papel do novo juiz...*, p.24.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Ed, 2008. p. 64.

²⁷ RANGEL, *Direito Processual...*, p. 49.

²⁸ ZILLI, *A Iniciativa Instrutória...*, p. 40.

encaminhado ao esclarecimento dos fatos, no qual o juízo poderá basear-se nas provas constantes nos autos²⁹, obtidas durante a fase instrutória.

Ademais, outras características do sistema inquisitório, são demonstradas nas palavras do doutrinador Zilli,

1. hierarquização da jurisdição: invariavelmente, o monarca é o depositário da jurisdição penal, que a delega a funcionários subordinados, que a exercem em seu nome; 2. Presença do inquisidor: o poder de acusar e perseguir é exercido pelo mesmo órgão que também é encarregado de julgar; 3. O acusado é tratado como um objeto de persecução penal e não como sujeito de direitos; 4. O procedimento consiste em uma investigação secreta, escrita e descontínua; 5. No campo probatório, impera o sistema de provas legais, ou seja, a valoração das provas atende a rigorosos critérios que podem afastar ou reconhecer um fato como elemento hábil para a formação da convicção; 6. O sistema de recursos reflete a forma hierarquizada de organização da jurisdição penal. Da mesma forma que o monarca delega aos seus subordinados parcela da jurisdição que por eles é exercida, esta lhe é inteiramente devolvida quando do exame e julgamento do recurso.³⁰

O sistema inquisitório puro pode ser reconhecido como um conjunto de leis e normas onde não vigora o contraditório e a igualdade entre as partes. Conforme Tourinho Filho, os encargos de julgador, acusador e defensor encontram-se concentrados em uma única pessoa, qual seja, o juiz. Segundo o autor, cabe ao magistrado a iniciativa do processo, *ex officio*, recolhendo as provas, bem como, ao final, proferindo a decisão. Um processo secreto e escrito, sem qualquer garantia ao acusado. Ele poderia, inclusive utilizar-se de tortura, a fim de obter do acusado a confissão – considerada a rainha das provas –³¹ demonstrando, neste ponto, o total descaso para o acusado, utilizando-se do meio que julgar necessário, sem qualquer cuidado com o réu, que é um sujeito de direitos.

Como se percebe, os sistemas acusatório e inquisitório mostram-se antagônicos, tendo como principais distinções básicas a posição do magistrado em relação às partes e sua atuação durante o processo.

Além dos dois sistemas acima expostos costuma-se afirmar a existência de um terceiro sistema processual penal, qual seja o sistema denominado misto. Seu surgimento deveu-se à

²⁹ AMBOS, *Temas Fundamentales...*, p. 247.

³⁰ ZILLI, *A Iniciativa Instrutória...*, p. 40.

³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 88.

expansão napoleônica, na qual se desenvolveu por toda Europa continental os ideais de uma persecução penal baseada nas premissas Iluministas.³²

Este sistema misto, reformado ou napoleônico – tendo em vista sua essência original na França, no *Code d'Instruction Criminale*, de 1808 –,³³ é a conjugação dos outros dois, sem possuir um princípio unificador próprio, sendo, ou essencialmente inquisitório com algumas qualidades acessórias secundárias do sistema acusatório, ou essencialmente acusatório com alguns traços, não definidores, do sistema inquisitório.³⁴

De acordo com a maior parte da doutrina, o sistema misto configura-se em duas fases: a primeira seria a instrução preliminar do processo, inspirado no sistema inquisitivo, onde há a colheita de provas desprovida de contraditório que, ao final, é apresentada ao juízo; a segunda fase distingue-se por ser uma fase marcadamente acusatória, em outras palavras, as partes iniciam um debate oral e público, tendo um órgão julgador distinto do acusador.³⁵

Há muitos debates acerca da existência deste sistema misto ou acusatório formal: uns, corroborando sua existência; outros, afirmando tratar-se, na realidade, de um sistema inquisitório. Nas palavras de Aury Lopes Jr., o conceito de sistema misto seria um reducionismo ilusório:

é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação, para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz.³⁶

Como visto, a caracterização do sistema misto demonstra-se, essencialmente, a partir da conexão dos outros dois sistemas clássicos, organizados na forma bifásica, a primeira inquisitória e a segunda, acusatória.

³² ZILLI, *A Iniciativa Instrutória...*, p. 36.

³³ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 128.

³⁴ COUTINHO, *O papel do novo juiz...*, p. 17-18.

³⁵ RANGEL, *Direito Processual...*, p. 52.

³⁶ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 129.

1.2 Identificação do núcleo fundante

A análise do ponto nevrálgico do estudo dos sistemas processuais penais encontra-se na identificação do seu núcleo, em outras palavras, do seu princípio informador, uma vez que é ele que irá determinar se se trata de um sistema acusatório ou inquisitório, e não as demais características presentes naqueles.³⁷

As opiniões da doutrina dividem-se quanto à identificação deste núcleo fundante. Uma parte alega estar na separação de funções de acusar, defender e julgar, outra parte afirma estar na questão da gestão probatória.

O processo acusatório caracteriza-se por um processo contraditório, com um órgão responsável pela instrução e pela acusação e, dentro deste processo, enfrentam-se duas partes que se submetem ao julgamento de um terceiro, imparcial. Por outro lado, o modelo inquisitivo se caracteriza, primeiramente, porque o mesmo órgão que instrui o processo está imbuído de decidi-lo. Segundo, porque o objetivo do processo é a busca pela verdade real e, também, porque durante a investigação vige o princípio da oficialidade.³⁸

Segundo a doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, o sistema acusatório identifica-se pela separação das atividades processuais, atribuindo-as a órgãos distintos; quanto ao sistema inquisitório, identifica-se pela reunião destas funções em apenas uma figura processual. Alega, ainda, que a atividade instrutória do juiz se liga ao *adversarial system*, com origem no sistema anglo-saxão, fazendo contraponto ao *inquisitorial system*, com raízes na Europa ocidental. O primeiro caracteriza-se pelo poder atribuído às partes de impulsionarem o processo, inclusive em relação à produção da prova. Ao contrário, no *inquisitorial system* caberia este papel ao juiz. Afirma que o problema reside na confusão que parte da doutrina realiza quanto à conceituação de *adversarial-inquisitorial* e acusatório-inquisitório, ou seja, por as aventarem, como se pertencentes à mesma categoria.³⁹

Nas palavras de Damaska, “buy adversary I mean a system of adjudication in which procedural action is controlled by the parties and the adjudicator remains essentially passive”.⁴⁰ Neste sistema processual, os litigantes é que decidem, em conjunto com seus

³⁷ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p 134.

³⁸ AMBOS, *Temas Fundamentales...*, p. 218.

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório*. Revista brasileira de ciências criminais. ano 7. n. 27. jul.-set. p. 71-80. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 72.

⁴⁰ DAMASKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. Yale: Yale University Press, 1997. p. 74.

auxiliares, o que deverá ser objeto de prova no curso do processo, não cabendo isso ao julgador.⁴¹

Por outro lado, assinala Jacinto Coutinho que, para o estudo do direito processual penal é necessária a compreensão dos sistemas acusatório e inquisitório, regidos respectivamente pelos princípios *adversarial* e inquisitivo. A definição de tais princípios seria regida pela gestão da prova dentro do processo, uma vez que o processo tem o fim precípuo da reconstituição de fatos pretéritos que somente será obtido através da produção probatória.⁴² Ainda, da mesma forma manifesta-se Aury Lopes Jr., ao afirmar categoricamente que “o sistema inquisitório é fundado pelo princípio inquisitivo, ou seja, de instrução e conhecimento de ofício pelo juiz na busca da verdade material”.⁴³

Por consequência disto no sistema inquisitório o poder da gestão da prova concentra-se todo nas mãos do julgador, sendo o acusado um mero objeto dentro do processo utilizado para a produção da verdade dos fatos.⁴⁴ O labor do juiz na busca da verdade é penoso e solitário, tendo em vista ser um dado histórico e multifário, podendo desdobrar-se em várias facetas, razão pela qual, para reconstruí-lo, deverá ele verificar todos os aspectos, ou pelo menos os principais, pelas vias que escolher.⁴⁵

No sistema acusatório a produção da prova é dever das partes, devendo o juiz aplicar a lei ao caso concreto conforme sua livre apreciação da prova, conhecido pelos ingleses como *judge made law*. O acusado é visto como um sujeito processual e não mais como objeto, podendo ele produzir provas na intenção de reconstrução histórica dos fatos.⁴⁶ Desta forma, o juiz irá atuar na situação passiva da produção da prova, isto é, caberá a ele apenas apreciar o que lhe foi apresentado.

Nada impede que, dentro de um processo penal inquisitório, possam-se operar características do sistema acusatório, tal qual oralidade, publicidade, livre convencimento motivado, entre outros, desde que presente o ponto nevrálgico e definidor do sistema inquisitório, qual seja, a gestão da prova nas mãos do juiz.⁴⁷ Portanto, um sistema, mesmo

⁴¹ DAMASKA, *Evidence Law...*, p. 74.

⁴² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. Revista de estudos criminais. ano 1. n 1. 2001. Disponível em: <<http://www.itecrs.org/revista/1.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2013. p. 28.

⁴³ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 135.

⁴⁴ COUTINHO, *Introdução aos princípios...*, p. 28.

⁴⁵ COUTINHO, *O papel do novo juiz...*, p. 25

⁴⁶ COUTINHO, *Introdução aos princípios...*, p. 28.

⁴⁷ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 135.

sendo considerado inquisitório, poderá possuir traços acusatórios, contudo de forma acessória, não chegando ao ponto de alterar a espécie de sistema.

Desta feita, a ideia é sempre a mesma. Para que se possa identificar um determinado sistema processual, que atualmente dividem-se em três, há elementos que devem estar presentes, como um núcleo rígido, para possibilitar a identificação deste. Quanto aos demais elementos secundários, poderão estar presentes indistintamente entre os demais sistemas, uma vez que não se propõem a determinar a natureza ou existência do sistema processual, mas sim garantir seu funcionamento.⁴⁸

Frente a esta realidade existente no Brasil, não há como se afirmar que a legislação brasileira, seja constitucional ou infraconstitucional, possua algum sistema processual penal definido; o que há, na realidade, são modelos de processo. Enquanto uns afirmam tratar-se de um sistema acusatório, outros afirmam a existência de um sistema inquisitório, causando uma crise de identidade ao processo penal brasileiro, ocasionando um profundo clima de incerteza jurídica tanto no meio doutrinário como acadêmico.⁴⁹

Segundo Pacelli, “não há modelo processual definido na Constituição da República”. Há, sim, a demonstração de direitos e garantias fundamentais inerentes a um Estado Democrático de Direitos, que possui como função precípua a proteção e efetivação desses direitos. A função jurisdicional penal está bem demarcada, quando se atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal. Mas, proibir toda e qualquer forma de iniciativa instrutória do juiz no curso do processo, alegando a existência de um sistema acusatório nacional, demonstra-se praticamente impossível.⁵⁰

1.3 Princípios constitucionais

Pertinente se faz agora uma análise aos princípios constitucionais norteadores do processo penal brasileiro. Eles constituem marco inicial na construção da dogmática jurídico-processual penal, somados aos princípios gerais do direito, traduzindo-se como verdadeiros

⁴⁸ ANDRADE, *Sistemas Processuais...*, p. 35.

⁴⁹ Idem, p. 461.

⁵⁰ OLIVEIRA; FISCHER, *Comentários ao Código...*, p. 323.

meios de respostas a problemas que venham a surgir no curso do processo.⁵¹ São eles fundamentais, visto que alicerçam determinada legislação, podendo estar expressos na ordem jurídica positiva, ou implícitos, extraídos de outros princípios, ideias vigentes na própria legislação.⁵²

Os princípios, segundo José Afonso da Silva, são “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, [...], aos quais confluem valores e bens constitucionais”.⁵³ Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que “os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”.⁵⁴

É a análise dos princípios gerais que informam cada sistema que resultará qualificá-lo naquilo que tem de particular e de comum com os outros do presente e do passado. Atribui-se extrema relevância aos princípios, pois eles carregam em si conotações éticas, sociais e políticas, servindo de sustento ao sistema processual.⁵⁵

Um longo tempo se passou desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, um sem número de relações novas se apresentaram, e os princípios vêm abrir os horizontes da Constituição⁵⁶, aplicando a estes fatos interpretações distintas, que possibilitam ao julgador dar a melhor solução ao caso concreto. Segundo Prado, “confere ao texto constitucional vida, relação plasmada na eleição dos valores considerados primordiais para manutenção de um estado de compromisso social, expondo-se como dimensão determinante, apta a fornecer diretrizes materiais de interpretação das normas”.⁵⁷

Aury Lopes Jr. é categórico ao afirmar que “os princípios gozam de plena eficácia normativa, pois são verdadeiras normas”. São normas fundamentais do sistema jurídico, constituindo sua própria essência e lhe garantindo essa característica normativa.⁵⁸

O princípio da imparcialidade liga-se à jurisdição. O juiz ocupa uma posição *supra partes* na relação processual. Isso quer dizer que o julgador está para além dos interesses das partes – e de seus próprios –, e não que esteja acima delas, posicionando-se como uma figura

⁵¹ RANGEL, *Direito Processual...*, p. 3.

⁵² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito Processual Penal*. Coleção OAB. 1. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012. p. 31-32.

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2003. p. 92.

⁵⁴ CANOTILHO e MOREIRA apud SILVA, *Curso de Direito...*, p. 92.

⁵⁵ GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, *Teoria geral...*, p. 56.

⁵⁶ PRADO, *Sistema Acusatório...*, p. 57.

⁵⁷ *Idem*. p. 59.

⁵⁸ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 173.

imparcial. É a atuação do Estado através do juiz, atuando como órgão daquele,⁵⁹ protegendo-o de situações objetivas que possam colocar em dúvida sua parcialidade, reforçando a pureza de seus desígnios, dentre os quais é o de prestar, da melhor maneira possível, a jurisdição penal.⁶⁰

No exercício da jurisdição, a busca pela imparcialidade torna-se uma meta a ser atingida pelo julgador, razão pela qual se buscam criar mecanismos capazes de garanti-la⁶¹. Um exemplo é o dever do juiz de não produzir provas, ou de não se manifestar acerca de seu parecer sobre o processo antes do momento oportuno, qual seja a sentença, sob pena de pré-julgar as partes. Nesse sentido, a gestão da prova deve estar em poder das partes litigantes. O juiz deverá posicionar-se acima das partes, não sendo sua função a iniciativa de produção de provas e, apenas assim, assegurará sua imparcialidade de julgamento.⁶²

Este princípio não admite a possibilidade de um juiz parcial. Já que o Estado chamou para si o dever de dar a cada um o que é seu de direito, essa missão não teria sucesso, se, no processo, não houvesse a imparcialidade do julgador. E mais, imparcialidade exige obrigatoriamente, independência. Quer dizer, nenhum julgador seria imparcial, se não estivesse livre de coibições, favores e influências que poderiam ensejar a perda de seu cargo. Visto isso, ao juiz são conferidas garantias constitucionais que o tornam livre para realizar seu julgamento, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios.⁶³

O princípio da imparcialidade está extremamente relacionado aos sistemas processuais. Neste sentido se posiciona Aury Lopes Jr. quanto à imparcialidade: “não é uma qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório. Por isso, a importância de mantê-lo longe da iniciativa probatória, pois, quando o juiz atua de ofício, funda uma estrutura inquisitória”.⁶⁴

A imparcialidade do juiz tem íntima relação com o sistema acusatório e com a Constituição Federal vigente, pois visa retirar do julgador a persecução penal, mantendo-o imparcial e conferindo ao Ministério Público a exclusividade da ação penal, separando nitidamente as funções dos sujeitos processuais.⁶⁵

⁵⁹ COUTINHO, *O papel do novo juiz...*, p. 11.

⁶⁰ ZILLI, *A Iniciativa Instrutória...*, p. 145.

⁶¹ COUTINHO, *Introdução aos princípios...*, p. 34.

⁶² LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 234.

⁶³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59.

⁶⁴ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 234.

⁶⁵ RANGEL, *Direito Processual...*, p. 20.

Contudo, não se pode confundir o dever de imparcialidade do juiz com a neutralidade deste, vez que é impossível um ser humano – o julgador – desprender-se de todos os seus traumas, crenças, vivências de suas atividades cotidianas, visto que a manifestação de sentimentos é um dos aspectos fundamentais que diferencia a condição do ser humano das máquinas computadorizadas que apenas fornecem um raciocínio frio acerca das relações humanas.⁶⁶

O princípio em apreço é basilar ao sistema acusatório que, como bem explica Aury Lopes Jr., “somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória”.⁶⁷

Nesse sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal no HC 94.641/BA, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 11 de novembro de 2008:

EMENTA: HABEAS CORPUS. Processo Penal. Magistrado que atuou como autoridade policial no procedimento preliminar de investigação de paternidade. Vedação ao exercício jurisdicional. Impedimento. Art. 252, incisos I e II, do Código de Processo Penal. Ordem concedida para anular o processo desde o recebimento da denúncia.

Após o voto da Ministra-Relatora que conhecia, em parte, do habeas corpus e, na parte conhecida, denegava a ordem, e do voto do Ministro Joaquim Barbosa que, de ofício, deferia a ordem de habeas corpus, o julgamento foi adiado em virtude de pedido vista do Senhor Ministro Cezar Peluso. Falou, pelo paciente, o Dr. Djalma Eutímio de Carvalho e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Francisco Adalberto Nóbrega. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Presidiu este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma, 14.10.2008. Decisão: A Turma, por votação majoritária, concedeu, de ofício, ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Ministro Joaquim Barbosa, vencida a Senhora Ministra-Relatora, que conhecia, em parte, do pedido e, na parte conhecida, o indeferia, expedindo-se, imediatamente, ordem de soltura em favor do paciente se, por al, não estiver preso. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 11.11.2008.⁶⁸

Relacionado ao princípio da imparcialidade, encontra-se o princípio da inércia de jurisdição, que se concretiza como um dos instrumentos para a efetivação da imparcialidade e

⁶⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2052>>. Acesso em: 24 jun. 2013. s/p.

⁶⁷ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 188.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 94641/BA 94.641/BA*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 26 jun. 2013.

que, juntamente a ele, formam um dos pressupostos para a realização de um processo penal democrático. É uma das características importadas do sistema acusatório, determinando que a jurisdição é inerte e não poderá ser exercida de ofício pelo juiz, cabendo a este atuar apenas quando provocado. Busca-se desta forma a máxima efetivação da imparcialidade do julgador, bem como de sua equidistância das partes.⁶⁹

De outra banda, possuem doutrinadores, tal como Zilli, que afirmam que há de se “romper com o mito dogmático de que a iniciativa instrutória é incompatível com a imparcialidade”.⁷⁰ Quer dizer que o juiz, ao requisitar provas não requeridas pelas partes ou pedir novos esclarecimentos às partes, não saberá quais os resultados que esta prova trará ao processo, muito menos a quem ela irá beneficiar. A iniciativa do juiz pretende esclarecer alguns pontos ainda nebulosos, o que de forma alguma afetaria sua imparcialidade, demonstrando, na realidade, verdadeira sensatez à apuração dos fatos.⁷¹

Mais um princípio característico do sistema acusatório é o contraditório. Trata-se de um princípio relativo a um processo típico de partes, “no qual o julgador mantém-se equidistante delas no exercício da atividade jurisdicional (conforme determina o princípio da imparcialidade)”.⁷² É marcado pela necessidade de sua aplicação de forma plena e indisponível, não bastando que seja apenas garantido, devendo ser igualmente estimulado pelo Estado.⁷³

Possui previsão constitucional, como um direito fundamental, no artigo 5º, LV, que declara: “Aos litigantes e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.⁷⁴ Este princípio encontra-se incorporado não apenas na Lei Maior brasileira, mas também em toda legislação infraconstitucional. Tourinho Filho afirma que

em todo processo de tipo acusatório, como o nosso, vigora esse princípio, segundo qual o acusado, isto é, a pessoa em relação à qual se propõe a ação penal, goza do direito “primário e absoluto” de defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe

⁶⁹ COUTINHO, *Introdução aos princípios...*, p. 37.

⁷⁰ ZILLI, *A Iniciativa Instrutória...*, p. 144.

⁷¹ GRINOVER, *A iniciativa instrutória...*, p. 77-78.

⁷² COUTINHO, *Introdução aos princípios...*, p. 43.

⁷³ ZILLI, *A Iniciativa Instrutória...*, p. 166.

⁷⁴ BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido.⁷⁵

O contraditório é inerente a toda resolução processual de litígios. Uma vez que a lide possui um sentido bilateral, constituída por interesses conflitantes, o processo, qualquer que seja, deverá ser estruturado sob a forma do contraditório, para que o direito de defesa se concretize e não sofra restrições indevidas. Sem ele não há o devido processo legal,⁷⁶ não há direito, não há justiça.

O princípio em análise costuma ser visto como o direito de informação e de reação do acusado, possibilitando-se a ela desdizer as afirmações feitas pelo Ministério Público em sua peça exordial, buscando desta forma a verdade processual dos fatos. A importância desta ciência ao réu é tamanha, que, na impossibilidade de citação ou no seu não comparecimento, o Estado-juiz irá lhe nomear um causídico, para que atue em sua defesa.⁷⁷

De outra banda, no inquérito policial, a defesa técnica está limitada, pois limitada está a defesa como um todo. Por mais que o direito de defesa tenha expressa previsão constitucional, na prática, a forma como o inquérito é conduzido, não há muito espaço para a atuação da defesa, podendo-se concluir, inclusive, que a defesa técnica na fase pré-processual tem uma atuação exógena.⁷⁸ O inquérito policial não passa de mero expediente administrativo, sem o escopo de aplicar uma pena a quem esteja sendo investigado,⁷⁹ não havendo, portanto, violação ao contraditório e ampla defesa do acusado.

Nada mais natural, em um processo que pretende o julgamento e um resultado que pretenda a possível condenação do acusado, que lhe sejam assegurados todos os meios inerentes ao exercício da mais ampla defesa.⁸⁰ Pode ser visto, também, como um fundamento técnico, tendo em vista que as manifestações trazidas pelas partes, no exercício do contraditório, é um dos melhores métodos para a descoberta da verdade dos fatos.⁸¹ Desta forma, percebe-se que o princípio contraditório é fundamental durante a persecução penal, devendo ser assegurado desde o princípio da ação penal, até qualquer instância recursal, bem como durante a execução da pena.

⁷⁵ TOURINHO FILHO, *Manual de processo...*, p. 63.

⁷⁶ MARQUES, *Elementos de direito...*, p. 87.

⁷⁷ RANGEL, *Direito Processual...*, p. 17.

⁷⁸ LOPES Jr., *Direito processual...*, p. 245.

⁷⁹ RANGEL, *Direito Processual...*, p. 18.

⁸⁰ ZILLI, *A Iniciativa Instrutória...*, p. 166.

⁸¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas do processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. Cood. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 250.

Outro princípio indispensável a um processo penal constitucional é o da iniciativa das partes onde se afirma que não poderá o juiz agir de ofício para dar início à ação penal, bem como estará adstrito a julgar a ação nos limites do que foi pedido, “não podendo ampliar a acusação, piorando a situação do réu, sem aditamento à denúncia, promovido por quem de direito”.⁸²

No mesmo viés encontra-se o princípio da oficialidade que diz respeito ao sujeito que irá dar impulso à investigação criminal, bem como posteriormente ao processo penal em si. A provocação da jurisdição se dá a partir da ação, que se configura num direito-dever – do Ministério Público – de se buscar a tutela jurisdicional, a fim de uma decisão de mérito que concretize a melhor solução ao caso concreto. Se tal interesse é público, pertencente à coletividade, a ação deverá ser promovida por órgão estatal; caso contrário, tratando-se de interesse particular deverá ela ser promovida pelo ofendido, assessorado ou não pelo órgão público.⁸³

Por fim, o princípio da presunção de inocência está consagrado no artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo princípio reitor do processo penal, podendo, inclusive, servir como parâmetro para análise da qualidade de um sistema penal, através do seu nível de observância.⁸⁴

A regra da presunção de inocência possui aplicação no tratamento processual e social a ser empregado ao réu, que deverá ser considerado inocente até que a sentença condenatória transite em julgado.⁸⁵ O juiz deve para com o acusado manter uma posição “negativa” – não o avaliando culpado – bem como uma posição “positiva”, considerando-o inocente.⁸⁶ Somente após o término da instrução processual, se o magistrado entender que, apreciando as provas constantes nos autos, a condenação é a resposta correta e justa da lei, praticará uma operação mental, concluindo pela culpa do réu e por sua consequente condenação.⁸⁷ Desta forma, o julgador deverá abster-se de pré-julgamentos, dispensando ao réu respeito pela pessoa humana que é, bem como lhe conferindo a efetivação de seus direitos fundamentais.

Tantos outros princípios são de extrema relevância à análise dos sistemas processuais penais, bem como ao processo penal no seu todo. São eles que garantem às partes um

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 97.

⁸³ COUTINHO, *Introdução aos princípios...*, p. 39.

⁸⁴ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 263.

⁸⁵ ZILLI, *A Iniciativa Instrutória...*, p. 147.

⁸⁶ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 263.

⁸⁷ RANGEL, *Direito Processual...*, p. 25.

processo justo e equitativo, conduzido por juiz marcadamente imparcial, que irá aplicar o direito ao caso concreto da forma mais coerente e coesa possível. Não há de se falar em condenação e, por conseguinte, em pena, sem que um devido processo legal tenha se instaurado, oportunizando todos os meios de defesa ao acusado, e é por meio dos princípios norteadores do processo que estas garantias constitucionais irão se materializar.

Assentadas as primeiras premissas acerca dos sistemas processuais penais, seus históricos, características e traços definidores, torna-se possível realizar um exame dos atos e poderes do magistrado brasileiro no curso da persecução penal, tendo por base o Código de Processo Penal brasileiro, bem como a realidade que se apresenta atualmente no país. Sabe-se que o papel do juiz da instrução do processo é de extrema relevância, e dentre outros fatores, acaba por definir o rumo que a ação irá tomar.

2 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

A atuação do juiz durante a instrução penal é tema de grande discussão pela doutrina e jurisprudência brasileira. São seus atos que, durante a fase pré-processual, poderão determinar os rumos da investigação e do próprio processo, condenando ou absolvendo o réu, conforme a sua compreensão acerca do caso concreto.

O juiz com jurisdição constitui-se em um dos pilares processuais, juntamente com o autor e o réu.⁸⁸ Ele trabalha durante todo o curso do processo penal, tal como no processo civil, ao lado das partes, sujeitos processuais parciais, caracterizando-se, contudo, por ser um sujeito imparcial constituído para solucionar a lide.⁸⁹ Caberá ao acusador e ao defensor demonstrarem, através de provas e fatos, os caminhos a serem seguidos pelo juiz, a fim de que ele possa, ao final, escolher um deles.⁹⁰

O estudo para compreensão do papel que o julgador possuiu no curso de um processo se faz extremamente necessário, principalmente à luz do Código de Processo Penal brasileiro e dos princípios constitucionalmente previstos para proteção dos direitos e garantias do acusado e do devido processo legal.

2.1 A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro de acordo com o Código de Processo Penal

Primeiramente, cabe uma análise acerca do papel que o magistrado possui no curso de todo o procedimento penal, seja na fase investigatória ou processual. Este sujeito é figura central do processo, representante do Estado na relação processual, com poderes jurisdicionais. Caberá a ele, exclusivamente, aplicar o direito objetivo ao caso,⁹¹ não podendo exceder esta função sob pena de macular a imparcialidade o processo, desestabilizando o

⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Coord.: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 9.

⁸⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos do Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 441.

⁹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad: Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Editora Russell, 2009. p. 46.

⁹¹ MARQUES, *Elementos de direito...*, p. 441.

equilíbrio processual.⁹² Carnelutti afirma que “no ponto mais alto da escala está o juiz. Não existe ofício mais alto do que o seu e nem uma dignidade mais imponente”.⁹³

O juiz, como representante do Estado na solução de conflitos, possui papel extremamente relevante e que demanda equilíbrio e ponderação. O Estado, ao chamar para si a responsabilidade de aplicar correta e eficazmente o direito penal, deverá zelar e respeitar os interesses por ele apontados como relevantes quais sejam, “a manutenção da ordem jurídica e social e a preservação da liberdade jurídica do cidadão”.⁹⁴

Um dos princípios norteadores desta relação processual é o princípio do juiz natural, consagrado no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal⁹⁵ brasileira, no Título que trata dos direitos e garantias fundamentais, expressando sua importância no ordenamento jurídico positivo. Tal regra impõe o reconhecimento de que somente o juiz – órgão instituído pelo Estado e dotado de poder jurisdicional – é que poderá aplicar o direito ao caso concreto. Trata-se de órgão pré-existente, isto é, sua competência foi instituída antes da ocorrência do fato em apreço.⁹⁶

Todo juiz é dotado de jurisdição, ou seja, o poder de dizer o direito ao caso concreto, mas é o exercício desta que vem a ser limitado, contudo, em razão de critérios, acobertados pelo rótulo da competência.⁹⁷ O juiz natural é o juiz competente, aquele que possui sua competência legalmente preestabelecida,⁹⁸ isto é, somente ele poderá aplicar o direito a determinado fato da vida real.

A garantia do juiz natural possui um tríplice significado, qual seja:

- a) somente os órgãos instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição; b) ninguém poderá ser processado e julgado por órgão instituído após o fato; c) há uma

⁹² MARQUES, *Elementos de direito...*, p. 443.

⁹³ CARNELUTTI, *As misérias...*, p. 37.

⁹⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 124.

⁹⁵ 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: [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013. s/p.

⁹⁶ ZILLI, *A Iniciativa Instrutória...*, p. 135.

⁹⁷ Idem. p. 139.

⁹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. Revista de estudos criminais. ano 1. n 1. 2001. Disponível em: <<http://www.itecrs.org/revista/1.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2013. p. 34.

ordem taxativa de competência entre os juízes pré-constituídos, excluindo-se qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.⁹⁹

Nas palavras de Jacinto Coutinho, “o princípio do juiz natural é expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade”.¹⁰⁰ Trata-se de verdadeira exclusividade do magistrado legalmente instituído para exercer seu poder jurisdicional, em determinado processo, sem que seja possível a criação de tribunais de exceção, na forma do artigo 5º, inciso XXXVII¹⁰¹, da Constituição Federal.¹⁰² Consiste, portanto, “na combinação de exigência de prévia determinação das regras do jogo (reserva legal peculiar ao devido processo legal) e da imparcialidade do juiz”.¹⁰³

O juiz em seu labor no curso do processo é confrontado por fatos e provas trazidos aos autos pelas partes e, a partir desses dados, instruirá seus atos decisórios. A maior finalidade da prova é o convencimento do juiz a seu favor. Rege, portanto, nestes momentos processuais, nos quais apresentará seu juízo de valor, o princípio do livre convencimento do juiz.

Tal princípio surge após o superado sistema de apreciação da prova legal, onde a eficácia da prova trazida pelas partes já possuía seu valor pré-determinado pelo julgador. No sistema do livre convencimento motivado, o juiz teve seu trabalho flexibilizado, permitindo-lhe determinar discricionariamente o valor da prova, seja de forma isolada ou em conjunto com outras provas.¹⁰⁴ Assim prevê o Código de Processo Penal em seu artigo 155, afirmando que o “juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.¹⁰⁵

A livre valoração da prova pelo julgador, é claro, fica vinculada à motivação de seus atos decisórios, isto é, ele deverá fundamentar as decisões de acordo com as suas interpretações acerca dos fatos. Esta garantia esta prevista constitucionalmente no artigo 93,

⁹⁹ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 176.

¹⁰⁰ COUTINHO, *Introdução aos princípios...*, p. 38.

¹⁰¹ 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. BRASIL. Constituição, 1988, s/p.

¹⁰² LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 176.

¹⁰³ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 109.

¹⁰⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas do processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. Cood. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 250.

¹⁰⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013. s/p.

inciso IX¹⁰⁶, e serve para controle da eficácia do contraditório e da racionalidade da decisão judicial.¹⁰⁷

Para melhor compreensão da legislação processual penal vigente, faz-se necessária a compreensão do contexto histórico no qual foi criado. Foi por meio do Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, de autoria de Alcântara Machado, no desempenho de sua função que lhe confiara o Governo, que entrou em vigor o Código de Processo Penal atualmente utilizado no direito brasileiro.¹⁰⁸ Naquele ano, como é de notório conhecimento, a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) estava no auge; um confronto militar que inicialmente ocorreu entre a Alemanha nazista e a coalizão franco-britânica, mas que se estendeu até que alcançasse a maior parte dos países.¹⁰⁹

O Brasil, assim como o resto do mundo, vivia sob um governo autoritário, onde Getúlio Vargas, Presidente da República àquela época, impunha a implantação de uma nova ordem: o Estado Novo, consistindo em um governo ditatorial inspirado no fascismo e no corporativismo. No dia de 10 de dezembro de 1937, Vargas ordena um cerco militar ao Congresso Nacional, determinando seu fechamento e, na mesma noite, anuncia ao povo brasileiro uma nova constituição, que viera a substituir a Constituição Liberal de 1934.¹¹⁰ O Presidente prometeu um plebiscito para aprová-lo, mas que nunca foi convocado, instituindo pura e simplesmente a ditadura.¹¹¹

A Constituição Federal de 1937 tinha como alicerce a estrutura jurídica do Estado Novo. No seu preâmbulo, procurava justificar sua necessidade em função do risco de guerra civil e do estado de apreensão criado pela infiltração comunista. Uma de suas características marcantes foi a prorrogação do mandato presidencial para seis anos, a proibição de qualquer tipo de greve por seu considerado movimento anti-social e a nomeação de interventores para a chefia dos governos estaduais,¹¹² além do fato de que todo o Poder Executivo e Legislativo

¹⁰⁶ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] 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. BRASIL. Constituição, 1988, s/p.

¹⁰⁷ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 253.

¹⁰⁸ BRASIL. Código de Processo Penal, 1941, s/p.

¹⁰⁹ COTRIM, Gilberto. *História e consciência do mundo*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. p. 376.

¹¹⁰ COTRIM, Gilberto. *História e consciência do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. p. 276-277.

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2003. p. 82.

¹¹² COTRIM, *História e consciência do Brasil*, p. 277.

estava centralizado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decreto-lei que ele próprio aplicava depois, como órgão do executivo.¹¹³

Como já dito, a legislação vigente adapta-se ao momento político em que cada Estado esta vivendo,¹¹⁴ logo nada mais natural do que possuir uma legislação autoritária para um governo totalitário. Foi, então, sob a égide de uma Constituição inspirada no modelo polonês, com características marcadamente fascistas e em um momento de extrema tensão mundial,¹¹⁵ que o Código de Processo Penal foi criado.

Para os dias de hoje é manifesta e inquestionável a incompatibilidade dos modelos normativos apresentados no Decreto-Lei 3.689 de 1941, e na Constituição Federal de 1988. O cenário histórico e político apresentado no ano de 1941 aponta em direções totalmente opostas ao cenário das liberdades públicas defendidas pelo atual texto constitucional.¹¹⁶ Muito tempo se passou desde a década de 40 e, conseqüentemente, a visão acerca do direito e do respeito ao cidadão mudaram, ou melhor, evoluíram.

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988 funda 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”.¹¹⁷ Ou seja, a proteção do indivíduo demonstra-se plena, assegurando-lhe o abrigo de seus direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas.

A Constituição de 1988 é conhecida como a “Constituição Cidadã”, nas palavras de Ulysses Guimarães – presidente da Assembléia Constituinte que a produziu àquela época – visto que houve grande participação popular em sua elaboração e, notadamente, porque se volta à plena realização da cidadania.¹¹⁸

Esta incompatibilidade já vinha sendo, há tempos, combatida por juristas e doutrinadores que apregoavam a necessidade de uniformização das normas brasileiras. Os tribunais superiores reiteradamente confirmavam a constitucionalidade das disposições legais que autorizavam os juízes criminais a produzirem provas de ofício. A esperança daquela

¹¹³ SILVA, *Curso de direito...*, p. 83.

¹¹⁴ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 47.

¹¹⁵ COTRIM, *História e consciência do Brasil*, p. 277.

¹¹⁶ BRASIL. Senado Federal. *Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.juareztares.com/Textos/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2013. p. 15.

¹¹⁷ BRASIL. Constituição, 1988, s/p.

¹¹⁸ SILVA, *Curso de direito...*, p. 90.

corrente doutrinária estava depositada na reforma parcial do Código de Processo Penal, que tramitava há tempos no Congresso Nacional.¹¹⁹

A Lei 11.690/2008 alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal, contudo o legislador de 2008 continuou a seguir os mesmos passos que embasaram a criação do Código de 1941, permanecendo, portanto, com o mesmo viés inquisitório,¹²⁰ que restou demonstrado nos termos do artigo 156 daquele Código,

a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.¹²¹

Cabe salientar que a velha redação deste mesmo artigo é muito semelhante à atual, uma vez que houve inovação apenas quanto ao seu inciso I. Quanto ao inciso II, remete ao caput da antiga redação, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.¹²²

Como visto, a alteração possibilita ao magistrado, de ofício, determinar a produção probatória antes mesmo de iniciada a ação penal, porque assim entende urgente e necessário, bem como no curso da instrução processual, quando entender necessário para dirimir qualquer dúvida suscitada no curso da ação.

A redação de 2008 demonstra-se ainda mais abrangente que a sua antecessora, uma vez que, além de permitir a atuação *ex officio* durante a persecução penal, permitiu também a iniciativa instrutória do juiz antes mesmo da formalização da acusação pelo Ministério

¹¹⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *A Atividade Probatória Ex Officio Judicis na Recente Reforma Processual Penal*. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/maurofonsecaart.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2013. p. 2.

¹²⁰ SCHMITT, Patrícia Guimarães. *Sistema probatório brasileiro e a atuação do juiz no processo penal*. XI Salão de Iniciação Científica – PUCRS, 09 a 12 de agosto de 2010. Faculdade de Direito. Porto Alegre, RS, 2010. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/XISalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/83240-PATRICIAGUIMARAESSCHMITT.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2013. s/p.

¹²¹ BRASIL. Código de Processo Penal, s/p.

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 348.

Público ao investigado, possibilitando ao magistrado ordenar a produção da prova no curso da investigação preliminar à ação penal.¹²³

Então, mesmo com a alteração proposta pelo legislador de 2008, segundo Lopes Jr., persiste a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, visto que representam uma quebra do contraditório, da igualdade, da paridade de armas e da própria estrutura dialética do processo. Conseqüentemente, acabou por fulminar a imparcialidade do julgador, tido como a principal garantia da jurisdição.¹²⁴

Neste viés, o jurista Eugênio Pacelli de Oliveira, em uma entrevista concedida à revista OAB in Foco, afirma que a previsão do artigo 156 do CPP viola o princípio acusatório, vez que o ônus da prova pertence ao Ministério Público:

Não só viola o sistema acusatório, como incentiva uma cultura que deve ser superada no Brasil. O juiz criminal não deve ocupar função de proeminência na persecução penal. Existe um órgão específico para cuidar disso (o MP), no que é auxiliado suficientemente pela Polícia, indevidamente denominada "Judiciária". A Polícia atua com o Ministério Público e não com o Judiciário. O juiz deve ser o juiz das liberdades públicas, isto é, deve atuar preservando as garantias individuais, antes da decisão final, e aplicando o Direito Penal, quando for o caso, no exercício, então, de função tipicamente jurisdicional. Questões relativas à qualidade da prova, para fins de condenação e de acusação, não dizem respeito ao juiz, ao menos no que se refere à produção dela (prova). Jurisdição não é investigação e não é acusação. Tampouco é defesa, mas, sim, o julgamento de uma questão penal segundo o Direito válido.¹²⁵

Paulo Rangel alega que a reforma do artigo 156 incidiu no mesmo erro anterior, colocando o julgador no papel de investigador, descendo de sua posição *supra partes*, a fim de procurar a verdade. Assevera, mais, que, durante diversas passagens o código mostra a necessidade de o julgador determinar providências na busca pela descoberta processual dos fatos, tratando-se de um resquício inquisitório.¹²⁶

¹²³ ARMBORST, Aline Frare. *A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório*. 2008/2. Artigo publicado partir do resumo de TCC. (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, RS, 2008/2. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2013. s/p.

¹²⁴ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 135.

¹²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Entrevista sobre a reforma do CPP*. Revista OAB in Foco. n 13. jun. 2008. Entrevista concedida a Claudia Zardo. Disponível em: <<http://www.oabuberlandia.org.br/oab10.qps/Ref/QUIS-7G4RXB>>. Acesso em: 3 ago. 2013. s/p.

¹²⁶ RANGEL, *Direito processual...*, p. 10.

De outra banda, há quem afirme que a redação constante no artigo 156 do Código de Processo Penal não afeta o princípio acusatório e muito menos afeta a imparcialidade do julgador. Afirmam que tal dispositiva é compatível com a Constituição Federal, pois retrata o novo papel do juiz no processo penal moderno, deixando sua posição de mero espectador na produção de provas, passando a ter uma função mais ativa, a fim de estimular o contraditório e a ampla defesa.

A jurista Ada Pellegrini Grinover, que, aliás, foi uma das autoras do projeto de reforma, adepta a esta concepção, afirma que o papel ativo do magistrado na produção probatória, tanto curso da persecução penal como na fase que o antecede, não compromete sua imparcialidade, pois ele não poderia antever o resultado da prova que eventualmente mandou produzir. O juiz deverá estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto; deverá suprir a deficiência probatória das partes a fim de superar a desigualdade entre elas; bem como não se limitando a analisar os elementos trazidos pelas partes e, sim, determinando sua produção sempre que necessário.¹²⁷

Contudo, mesmo os defensores da perfeita conformação do artigo 156 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal atual afirmam que o inciso I, daquele, só poderia ser aplicado, desde que houvesse requerimento do órgão acusador, neste caso o Ministério Público, sob pena de prejudicar o princípio da inércia de jurisdição. Neste viés,

em que pese o caput do dispositivo ("A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício") generalizar a possibilidade de o Juiz agir de ofício em ambas as situações que prevê – incisos I e II – parece evidente que, no caso do inciso I ("ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida"), o juiz só pode agir quando provocado pelo titular do direito de ação (Ministério Público ou querelante, conforme de iniciativa pública ou privada), no resguardo de uma prova pertinente e importante, que esteja em vias de perecer, tendo por parâmetro os já citados arts. 225 do próprio Código de Processo Penal e 846/851 do Código de Processo Civil. Assim se estabelece em complemento, como também já destacado, ao art. 155, caput, parte final, do Código de Processo Penal, no ponto em que ressalva as provas antecipadas, que são essas que o Juiz pode determinar antes de iniciada a ação penal (art. 156, I, do Código de Processo Penal), mas não de ofício, como parece pretender o caput, o que contrariaria, aí sim, o princípio da inércia, inerente ao sistema acusatório, com o quê mostrar-se-ia incompatível, eis que ainda não iniciada a ação por quem de direito, não cabendo ao Juiz partir em busca da prova antes de ser exercido o direito de ação, posto que, se assim o fizesse, estaria investigando, adotando comportamento tipicamente inquisitivo (nos velhos moldes dos arcaicos Juizados de Instrução), o que lhe é vedado constitucionalmente. Sugere-se, pois, uma

¹²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório*. Revista brasileira de ciências criminais. ano 7. n. 27. jul.-set. p. 71-80. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 77.

interpretação conforme a Constituição, de modo a, na hipótese do inciso I, não permitir que o Juiz aja de ofício, só podendo determinar a produção de prova antecipada se isto for requerido pela parte interessada.¹²⁸

Pelas palavras de Marcos Zilli, a iniciativa instrutória do juiz, no curso de um processo ou da própria investigação, deve obedecer a uma forma e figura apropriadas, quer dizer, ser utilizada no limite da razoabilidade, sob pena de violação do devido processo legal e, conseqüentemente, do próprio Estado Democrático de Direito. Há, pois, que se observar o respeito e zelo aos princípios basilares de um processo penal constitucional.¹²⁹

O artigo 3º da Lei 9.034/95¹³⁰, que trata de crimes resultantes de organizações criminosas, possui redação similar a do artigo 156 do Código de Processo Penal. Permite que o juiz realize investigações pessoais na coleta de provas para formação de seu próprio juízo de cognição. A letra de tal dispositivo foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.570-2¹³¹ onde foi julgada inconstitucional, pois previa uma atividade inquisitorial do julgador.

Neta senda, a atuação instrutória do julgador durante o processo penal não é ilimitada, visto que existem freios à iniciativa oficial, quais sejam, a necessidade de contraditório, a obrigatoriedade da motivação de suas decisões e os limites de licitude e legitimidade na produção da prova trazida aos autos.¹³²

Além do artigo 156 do Código de Processo Penal, existem outros que conferem ao juízo poderes próprios da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício converta a prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310 CPP)¹³³; a oitiva de testemunhas além das indicadas (art. 209 CPP)¹³⁴; o reinterrogatório a qualquer momento, se assim

¹²⁸ BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e gestão da prova. Os novos arts. 155 e 156 do Código reformado (Lei nº 11.690/08)*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18837-18838-1-PB.pdf>>. Acesso em: 4 ago. 2013. s/p.

¹²⁹ ZILLI, *Iniciativa Instrutória...*, p. 133-134.

¹³⁰ Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. BRASIL. *Lei n. 9.034*, de 3 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm>. Acesso em: 4 ago. 2013.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 1570*. Relator: Min. Maurício Correa. Brasília, 14 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 4 ago. 2013.

¹³² GRINOVER, *A iniciativa instrutória...*, p. 78.

¹³³ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. BRASIL. Código de Processo Penal. s/p.

¹³⁴ Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem. § 2º Não

entender necessário (art. 196 CPP)¹³⁵, entre outros dispositivos.¹³⁶ Contudo, o texto das normas infraconstitucionais deve ser lido à luz da Constituição Federal e, de forma especial, no viés do modelo processual acusatório que ela consagra, afastando desta maneira, sem dúvida, o papel do juiz investigador.¹³⁷

Assim, de acordo com o Código de Processo Penal atual, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Como regra”.¹³⁸ O papel do magistrado no curso de uma investigação criminal deve ser apenas de garantidor da legalidade dos atos praticados pela autoridade policial e pelo Ministério Público, não devendo requerer provas de ofício sob pena de macular sua atuação e infringir o princípio da inércia de jurisdição. Caberá às partes produzir as provas pertinentes à instrução da investigação, garantindo, deste modo, a efetivação dos princípios da imparcialidade e do devido processo penal.

2.2 A busca pela verdade real e a fragilização do princípio da igualdade de armas e do contraditório

Segundo a doutrina, um dos propulsores à afetação da imparcialidade do juiz é a incessante busca pela verdade real, onde se permitiria a ele, utilizar-se de todos meios ao seu alcance para desvendar os fatos ocorridos e, assim, aplicar melhor o direito e, desta maneira, fazer justiça.

A atuação do juízo na busca pela verdade real ou absoluta é questão que aflige filósofos e pensadores desde a antiguidade, mas que, da mesma forma, cotidianamente, assola o trabalho dos magistrados.¹³⁹ Trata-se de um dilema pelo qual todos passam, visto que o processo coloca à prova todo seu conhecimento acadêmico em conflito com as alegações produzidas pelas partes.

será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa. BRASIL. Código de Processo Penal, s/p.

¹³⁵ Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes. BRASIL. Código de Processo Penal, s/p.

¹³⁶ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 132.

¹³⁷ MOURA, *As reformas...*, p. 261.

¹³⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 325.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *A verdade real na jurisprudência do STJ*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105250>. Acesso em: 4 ago. 2013. s/p.

O princípio da verdade real afirma que o juiz, no uso de suas funções, não deve se contentar somente com as provas produzidas pelas partes, devendo esgotar todos os meios possíveis para alcançar a verdade real dos fatos trazidos ao processo.¹⁴⁰ A pena, função precípua da justiça penal, deve ser dirigida àquele que, de fato, tenha incorrido em uma infração. Visto isso, o processo penal deverá zelar pela verdade real, que servirá como fundamento de uma sentença.¹⁴¹

A verdade formal, “aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos”,¹⁴² identifica-se com o princípio dispositivo, onde os poderes instrutórios do juiz são limitados, em face da natureza do sistema processual. Em contrapartida, a verdade real é dirigida pelo princípio investigativo, no qual o juiz possui poderes para buscar provas, tendo em vista o interesse público do processo judicial.¹⁴³

O julgador tem em suas mãos o destino de um ser humano, bem como seus direitos fundamentais à liberdade, à vida e à honra, que poderiam ser seriamente afetados por um julgamento discricionário e não comprometido com a verdade. Tendo isso em vista, deverá o juiz buscar a realidade – ou aproximar-se dela – para proferir seu melhor julgamento.¹⁴⁴

A apuração da verdade atingível é considerada por Rogério Lauria Tucci o meio mais relevante para alcançar o escopo precípua do processo penal, qual seja a liberdade e integridade física do acusado, que só pode ser obtido por um procedimento inquisitório, onde se possibilite aos agentes estatais atuarem na busca de esclarecimentos acerca do fato e, conseqüentemente, julgando o caso de forma adequada.¹⁴⁵ A descoberta da verdade, portanto,

¹⁴⁰ GUEDES, Lucio Ferreira. *A busca da verdade real e o direito de não produzir prova contra si mesmo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3282, 26 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22109>>. Acesso em: 4 ago. 2013. s/p.

¹⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57-58.

¹⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Ed, 2008. p. 71.

¹⁴³ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Verdade formal versus verdade material*. in Revista dos Tribunais Online. Revista dos Tribunais. v. 875. p. 432. set. 2008. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001418ee2ba80c29d441d&docguid=I23595310f25611dfab6f010000000000&hitguid=I23595310f25611dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=5&startChunk=1&endChunk=1&fallback-referer=http%3A%2F%2Fwww.revistadostribunais.com.br%2Fmaf%2Fapp%2Fdelivery%2Fdocument>>. Acesso em: 05 ago. 2013. s/p.

¹⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio da prova no processo penal*. 2. ed. Comentários à Lei da Tortura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 65.

¹⁴⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 43.

demonstra-se como meio para reconstrução dos fatos passados que foram levados a julgamento.¹⁴⁶

Conforme Tourinho Filho, quando se fala em verdade real, não se tem a pretensão de chegar à verdade de fato, mas afirmar que a legislação processual penal confere ao juiz, mais que a qualquer outro, poderes de coletar dados que lhe possibilitem, dentro de uma análise histórico-crítica, sempre que possível, restaurar aquele fato passado que é o crime investigado.¹⁴⁷

Segundo Ada Pellegrini Grinover, a “verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele”.¹⁴⁸ O juiz, portanto, jamais alcançará a verdade objetiva, ou seja, aquela que corresponde perfeitamente ao acontecimento da vida real. Ele possui, na verdade, uma crença de que a verdade se encontra nas provas produzidas pelas partes, e com base nisso, condena ou absolve o acusado.¹⁴⁹ Nenhum homem é capaz de apoderar-se da verdade, o que se crê ser a verdade, nada mais é do que um aspecto dela.¹⁵⁰

O processo penal é “uma recepção natural de fatos históricos” e, para que se alcance um patamar próximo da realidade dos fatos, faz-se necessária uma degustação das informações trazidas ao processo.¹⁵¹ A busca por esses acontecimentos pretéritos é um tanto complexa, visto que a procura e o encontro desta verdade real se fazem com as naturais ressalvas provenientes das limitações humanas; por isso, melhor seria falar em verdade processual. Muitos dos dados utilizados pelo julgador nesta perseguição pela verdade estão baseados em provas um tanto quanto duvidosas, o que conseqüentemente poderá conduzi-lo a uma “falsa verdade real”.¹⁵²

No julgamento do HC 155.149, o julgador Felix Fischer, atual presidente do Superior Tribunal de Justiça, aproxima-se da melhor concepção da verdade real,

Na realidade, no entanto, é de se gizar, a concepção havida, inclusive, por muitos, como ultrapassada, daquilo que vem a ser verdade real, não é aceita pela dogmática moderna. Jorge Figueiredo Dias (in "Processo Penal", ed. 1974, reimpressão de

¹⁴⁶ MARQUES, *Elementos do Direito...*, p. 64.

¹⁴⁷ TOURINHO FILHO, *Manual de processo...*, p. 58.

¹⁴⁸ GRINOVER, *A iniciativa instrutória...*, p. 74.

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 104.

¹⁵⁰ CARNELUTTI, *As misérias...*, p. 45.

¹⁵¹ SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 160.

¹⁵² TOURINHO FILHO, *Manual de processo...*, p. 58.

2004, Coimbra Editora) alerta que "...a verdade material que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão absoluta de um acontecimento, que todos sabem escapar à capacidade do conhecimento humano; tanto mais que aqui intervém, irremediavelmente, inúmeras fontes de possível erro..."(p. 204). Ensina que a assim denominada verdade material há de ser tomada em duplo sentido: "no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo "absoluta" ou "ontológica", há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço, mas processualmente válida" (p.193/194).

Sobre a mitificação da verdade real em sua concepção ortodoxa – hoje tida como própria da metafísica - Francisco das Neves Baptista diz: "... o mundo da prova é o mundo das presunções e construções ideais, estranhas ao que se entende, ordinariamente, por realidade. E o sistema jurídico processual assim o quer: a Constituição subordina rigidamente a prova processual à licitude de sua obtenção e restringe o acesso oficial à intimidade das pessoas; o Código de Processo Penal impõe formas específicas para a prova técnico-pericial e, contrariando a corrente afirmação da "inexistência de hierarquia dos meios probatórios", põe a confissão em nível de manifesta inferioridade, relativamente às demais fontes de evidência. Adicionalmente, condiciona a admissibilidade de qualquer elemento informativo como convincente à observância do contraditório: (e)vocando a proibição de fazer uso da ciência privada, poder-se-ia dizer também, que à luz do contraditório, se configura como de ciência privada tudo o que for utilizado sem prévia participação das partes " (citando Marinoni) - tudo isto em: " O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal", Renovar, p. 209/210).¹⁵³

O processo não se presta para buscar a verdade real, mas, sim, para aplicar as garantias fundamentais do indivíduo. A ausência de limitação na busca desta verdade poderia criar institutos processuais que impediriam a efetivação desses direitos fundamentais.¹⁵⁴ E é por este motivo, que o princípio da verdade real foi mitigado, passando a ser entendido e aceitado na forma da verdade processual.

A verdade processual é composta pelos fatos trazidos pelas partes com fins a instruir o processo, sendo levados em consideração pelo julgador quando da prolação da sentença. Trata-se de colher elementos probatórios necessários e lícitos para comprovar, com certeza – dentro do processo –, os fatos ocorridos no mundo dos homens, que, obviamente, muitas vezes, não haverá correspondência entre um e outro.¹⁵⁵ A verdade processual – a ser alcançada nos limites estritos do sistema processual – demonstra que a certeza se encontra

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 15.5149/RJ*, da 5ª Turma. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 ago. 2013.

¹⁵⁴ SAMPAIO, *A verdade...*, p. 167.

¹⁵⁵ RANGEL, *Direito Processual...*, p. 7.

apenas nos fatos trazidos pelas partes aos autos, dando o suporte necessário para a decisão final.¹⁵⁶

O direito, como se sabe, não pode ser realizado a qualquer preço, devendo respeitar, sobretudo, os princípios e garantias capazes de assegurar o devido processo legal.¹⁵⁷ Um julgador, capaz e autorizado a praticar qualquer ato na busca pela realidade, não atuará conforme sua exigência dentro do processo e acabará beneficiando uma das partes em prejuízo da outra, deflagrando o princípio da igualdade e paridade de armas.

A paridade de armas é requisito imprescindível a um procedimento acusatório, bem como para a efetivação do princípio do devido processo legal, condição insuprimível e mínima de um processo justo.¹⁵⁸ E a busca pela verdade real pelo julgador do processo, diante destes princípios, poderia causar um desequilíbrio entre as partes, auxiliando mais a uma e prejudicando a outra.

A aplicação de uma pena só se dará quando findados todos os trâmites processuais necessários, compostos por produção de provas, contraditório e ampla defesa, para apenas ao final ser proferida a sentença de acordo com os fatos exauridos nos autos. O Estado é o titular do direito de punir, por isso é necessário criar limites a esta intervenção, sob pena de causar sérios prejuízos às partes. E cabe ao processo exercer o papel de limitador desta função estatal, cuidando para que o processo se desenrole com respeito aos deveres democráticos.¹⁵⁹

De fato, o processo penal não trata de (re)construir um fato passado, ou de o juiz perseguir a verdade a qualquer custo, mas na verdade de proporcionar o melhor julgamento ao caso concreto, tendo por fundamento os fatos apresentados pelas partes e lhes garantido o contraditório e a paridade de condições. Se ao acusador, por exemplo, foi proporcionado o direito de acusar, caberá ao réu contradizer seus argumentos, apresentando argumentos e, se necessário, produzindo novas provas.

Caberá ao juiz, no uso de sua racionalidade, ponderar a necessidade de produção daquela prova e, se julgar necessário, exigir esclarecimentos. A sentença é “um ato de

¹⁵⁶ KIRCHNER, Felipe. *A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 17. n. 80. set.-out. p. 119-150. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 146-147.

¹⁵⁷ RANGEL, *Direito Processual...*, p. 8.

¹⁵⁸ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *O princípio da imparcialidade do julgador como garantia fundamental e seus efeitos no processo*. in Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo. vol. 186. p. 333. ago. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001418ef115cf91df68f9&docguid=Ideb8be10f25711dfab6f01000000000&hitguid=Ideb8be10f25711dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=28&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 ago. 2013. s/p.

¹⁵⁹ SAMPAIO, *A verdade...*, p. 174.

convencimento formado em contraditório e a partir dos respeitos às regras do devido processo”.¹⁶⁰

Nem sempre se alcançará a verdade, e tampouco é necessário, basta que a decisão final seja dada com base em um processo equitativo e democrático. Não pode ser o objetivo do processo penal, o de atingir a verdade, mas, sim, o de descobrir qual das percepções trazidas ao processo torna-se mais razoável.¹⁶¹ Contudo, o relativismo inerente à verdade processual não impede que se estabeleça como meta a busca da verdade, pois não se poderia conceber uma sentença justa, se o processo não estivesse preocupado com a verificação correta dos fatos.¹⁶²

Nas palavras de Humberto Theodoro Junior, o compromisso com a verdade “estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. E, é com o espírito de servir à causa da verdade que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito”.¹⁶³

Portanto, “a verdade buscada no processo penal não será real”.¹⁶⁴ Ela deve, pelo contrário, realçar o afastamento da história utilitarista do processo penal, com o seu objetivo inquisitório, para, dessa forma, destacar o processo penal acusatório, pautado em um sistema democrático, realizando sua função fundamental de garantia do sujeito e formando a dialeticidade processual, a neutralidade e a imparcialidade do juiz.¹⁶⁵

O fato de não se poder alcançar a verdade real, não implica que ela não deva ser buscada, contudo tal busca não poder ser interminável. Por este fato, deve-se procurar a verdade relativa, ou processual, aquela trazida pelas partes ao processo através da prova, sempre preservando os direitos fundamentais do indivíduo, para que não se incorra em um duplo erro, o de pensar ter alcançado a verdade absoluta dos fatos e o de, nesta busca, aniquilar as garantias constitucionais.¹⁶⁶

A desvalia do princípio da verdade real como princípio informador do processo penal não se baseia apenas nos limites criados para a tramitação de um processo criminal e da

¹⁶⁰ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 575.

¹⁶¹ ZILLI, *A Iniciativa Instrutória...*, p. 50.

¹⁶² Idem. p. 115.

¹⁶³ THEODORO Jr., Humberto. *Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)*. In Revista Brasileira de Direito de Família, nº 3, do IBDFAM, out.-dez. 1999, Síntese Editora, p. 05-23. Disponível em: <http://www.jfgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Humberto/Prova.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2013. p. 7.

¹⁶⁴ SAMPAIO, *A verdade...*, p. 174.

¹⁶⁵ Idem. p. 170.

¹⁶⁶ MANZANO, *Verdade formal...*, s/p.

perspectiva constitucional de um sistema processual acusatório brasileiro, sendo igualmente uma consequência da própria limitação humana de compreender fatos passados.¹⁶⁷

Tecidos os argumentos acerca dos poderes instrutórios conferidos ao magistrado na forma do Código de Processo Penal que vige atualmente, e a busca da verdade real como propulsora desta liberdade probatória no curso da ação penal, imprescindível se faz analisar a questão da sua imparcialidade e de que forma isto poderia prejudicar, ou não, as partes e o próprio desenrolar do processo.

2.3 Princípios da imparcialidade e o devido processo penal frente aos poderes instrutórios do juiz

O processo penal constitui-se em “una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales están como *partes* em la causa, y el tercero *super partes*: al acusador, el defensor y el juez”.¹⁶⁸ Este último é considerado um sujeito processual e não parte dentro do processo. Possui a função de aplicar o direito ao caso concreto, ato também conhecido como a subsunção da norma ao fato, mas sempre de forma imparcial, isto é, fazendo atuar a lei e compondo os interesses das partes sem trata-las de forma desigual, proporcionando a todos os mesmos direitos e tratamentos.¹⁶⁹

Este poder é conferido ao juiz pelo Estado, titular do direito de punir. E, portanto, deve ser racionalizado, não se abrindo espaço para a discricionariedade. Não basta a existência da jurisdição e de um julgador, é necessário, sobretudo, que ele esteja apto a desempenhar seu papel garantidor.¹⁷⁰

O princípio da imparcialidade é um dos caminhos que ajudam na efetivação deste papel garantidor do juiz. Trata-se de um princípio constitucionalmente previsto, contudo, de maneira implícita,¹⁷¹ uma vez que não vem expressamente apresentado. Mas, com base em outros princípios expressamente previstos e no próprio texto constitucional, se depreende a existência e relevância deste no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁶⁷ KIRCHNER, *A utopia...*, p. 146-147.

¹⁶⁸ FARRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 581.

¹⁶⁹ NUCCI, *Manual de processo...*, p. 541.

¹⁷⁰ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 187.

¹⁷¹ NUCCI, *Manual de processo...*, p. 90.

A imparcialidade do juiz é atributo de preocupação não só na legislação brasileira, mas também da maioria das legislações da América Latina, onde este princípio é levado à estrutura constitucional ou extraído diretamente do Pacto de São José da Costa Rica. “Fala-se que a imparcialidade está ínsita no conceito mesmo de juiz”,¹⁷² e mais que uma garantia institucional, é também um hábito intelectual e moral.¹⁷³

É o que afirma claramente o texto do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, “os direitos e garantias fundamentais expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.¹⁷⁴ Inclusive, este princípio é fruto do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada por meio do Decreto 678/92), demonstrando, desta forma, sua importância não só em plano nacional, como também em nível mundial, que em seu artigo 8º, item 1, afirma que,

toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, *por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial*, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.¹⁷⁵ (grifo nosso)

A Declaração Universal de Direitos do Homem, presente na proclamação feita pela Assembleia Geral da ONU, reunida em Paris no ano de 1948, determina 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”.¹⁷⁶

Tal princípio está amplamente amparado pela legislação brasileira, tendo em vista sua aderência através de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, bem como em decorrência do regime legal e dos princípios adotados pela Carta Magna.¹⁷⁷ Ele é imprescindível à regular tramitação do processo, uma vez que, sem ele, o processo não teria razão de ser, não haveria o porquê de um órgão julgador equidistante das partes e apto a dar o

¹⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. *A defesa penal e a sua relação com a atividade probatória*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 10. n. 40. out.-dez. p. 91-105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 102.

¹⁷³ FARRAJOLI, *Derecho y Razón...*, p. 580.

¹⁷⁴ BRASIL. Constituição, 1988, s/p.

¹⁷⁵ GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, *Teoria geral...*, p. 91.

¹⁷⁶ Idem. p. 59.

¹⁷⁷ TEIXEIRA, *O princípio...*, s/p.

direito ao caso concreto. É papel do juiz garantir que as partes sejam tratadas de forma isonômica, com igualdade de oportunidades de manifestação e produção probatória.¹⁷⁸

A parcialidade, por outro lado, denota “um estado subjetivo, emocional, um estado anímico do julgador”,¹⁷⁹ atitude esta totalmente contrária ao que se espera da figura encarregada de compor o litígio. Justo para coibir a ocorrência desta parcialidade e visar um processo equitativo, é que as partes no exercício de seus direitos poderão arguir as exceções de impedimento e suspeição do juízo, quando entender que ele poderá tomar partido favorável à outra parte, visando afastar o magistrado não isento.¹⁸⁰ É o que entende a 3ª Câmara Criminal em exceção de suspeição, cuja ementa segue:

IMPARCIALIDADE. INSTRUÇÃO CRIMINAL E SENTENÇA ANULADAS EM APELAÇÃO. RENOVAÇÃO DA INSTRUÇÃO PELO MESMO MAGISTRADO. OFENSA AO DIREITO DE SER JULGADO POR UM JUIZ IMPARCIAL. 1. A imparcialidade, reconhecida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos como uma das garantias judiciais fundamentais (artigo 8.1 do Pacto de San José da Costa Rica), tem sido conceituada pela doutrina como o princípio supremo do processo. *Desde uma aproximação subjetiva imparcialidade significa a inexistência de pré-juízos, de preconceitos que possam viciar o julgamento, se traduz na inexistência de uma convicção prévia acerca do objeto do julgamento, de uma opinião sobre o caso penal ou sobre as partes envolvidas, um tomar partido sobre determinada controvérsia, ou aderir às razões de uma das partes antes do momento oportuno.* Por outro lado, desde uma perspectiva objetiva, não basta ao Poder Judiciário fazer justiça; é necessário mostrar à sociedade que a Justiça está sendo feita. Trata-se da teoria da aparência, segundo a qual, havendo dúvida razoável e fundada sobre a parcialidade do juiz, justifica-se o seu afastamento, ainda que, subjetivamente, possa não estar ele influenciado. 2. No caso, anulada a instrução criminal e a sentença em grau de apelação, o feito retornou ao mesmo magistrado prolator da decisão anulada, que havia presidido a anterior instrução criminal, para renovação da colheita da prova e prolação de nova sentença. Portanto, a convicção foi firmada, fazendo-se mister um juízo por outro órgão jurisdicional.¹⁸¹ (grifo nosso)

Igualmente necessário para dar suporte à imparcialidade do juiz é sua independência, ou seja, sua exterioridade ao sistema político e, de forma geral, a todo o sistema.¹⁸² Constitui-

¹⁷⁸ ALMEIDA, Arnaldo Quirino. *Os poderes instrutórios do juiz no atual Código de Processo Penal e o “juiz de garantias” no seu projeto de reforma.* Disponível em: <<http://arnaldoquirino.com/2011/08/27/os-poderes-instrutorios-do-juiz-no-atual-codigo-de-processo-penal-e-o-juiz-de-garantias-no-seu-projeto-de-reforma/>>.

Acesso em: 20 ago. 2013. s/p.

¹⁷⁹ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 187.

¹⁸⁰ NUCCI, *Manual de processo...*, p. 90.

¹⁸¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Exceção de suspeição nº 70043284165*, da 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 21 de julho de 2011. Disponível em <www.tjrs.jus.br>.

¹⁸² FARRAJOLI, *Derecho y Razón...*, p. 580.

se nas garantias da vitaliciedade, consistente na impossibilidade da perda de cargo pelo juiz, se não por sentença judicial; da inamovibilidade a qual não permite a remoção do magistrado de um local para outro, e, por fim, da irredutibilidade de subsídios que impede a incidência de qualquer tributo sobre seus vencimentos.¹⁸³ A independência é vista como uma garantia orgânica, imprescindível para assegurar igualdade entre as partes,¹⁸⁴ possuindo previsão legal no artigo 95 da Constituição Federal¹⁸⁵.

Não se pode confundir, contudo, a imparcialidade com neutralidade. O juiz, no exercício da sua função, não consegue distanciar-se de suas necessidades, crenças e experiências vividas. O sujeito é visto como construtor da realidade, uma figura ativa no espaço e, por isso, torna-se insustentável a tese da neutralidade do julgador.¹⁸⁶ A imparcialidade, por outro lado, não se preocupa com as pré-compreensões do indivíduo, mas, sim, à impossibilidade de o sujeito posicionar-se a favor de uma parte e contrária à outra em momento inoportuno, que não na ocasião da sentença.

A imparcialidade é essencial à manutenção da justiça. Sem ela se estaria deflagrando o princípio do devido processo legal, previsto pela primeira vez, expressamente, na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LIV¹⁸⁷, que afirma que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nas palavras de Carnelutti, “a repugnância à parcialidade converte-se para o juiz na necessidade de superá-la, e nesta necessidade a salvação do juízo”.¹⁸⁸

O devido processo legal, conhecido por *due process of law* do direito anglo-saxão, guarda raízes no princípio da legalidade e, modernamente, representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, referente à regularidade ímpar que se demanda do processo penal.¹⁸⁹ Este princípio, além de ser um dos corolários do Estado Democrático de Direito, demonstra-se requisito essencial para que uma decisão judicial possa ser considerada

¹⁸³ GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, *Teoria geral...*, p.182-183.

¹⁸⁴ FARRAJOLI, *Derecho y Razón...*, p. 584.

¹⁸⁵ Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. BRASIL. Constituição, 1988, s/p.

¹⁸⁶ COUTINHO, *O papel do novo juiz...*, p. 46-49.

¹⁸⁷ BRASIL. Constituição, s/p.

¹⁸⁸ CARNELUTTI, *As misérias...*, p. 50.

¹⁸⁹ NUCCI, *Manual de processo...*, p. 84.

legítima,¹⁹⁰ podendo ser entendida como uma qualidade do próprio processo e fator legitimante do exercício da função jurisdicional.¹⁹¹

Tal garantia processual compreende-se, modernamente, pelo direito de um procedimento adequado. Este não só deve ser conduzido sob a égide do contraditório, como também deverá ser condizente à realidade social e condizente à relação de direito material aventada.¹⁹² Neste viés, encontra-se o conceito do devido processo penal, que se constitui em um conjunto de vários outros princípios e garantias imprescindíveis para o fim a que se propõe o processo, “objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais mediante a efetivação do direito ao processo, com a imprescindível concretização de todos os seus consectários, e num prazo razoável”.¹⁹³

Determinada parte da doutrina brasileira afirma que, ao se conferir poderes instrutórios ao magistrado, estar-se-ia caindo nos “modelos processuais historicamente ultrapassados”¹⁹⁴, tal como o sistema inquisitório, destruindo a estrutura dialética do processo penal e, conseqüentemente, o princípio da imparcialidade. Apenas se poderia dar real suporte à efetivação do princípio da imparcialidade, quando houver, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, o afastamento dos poderes investigatórios do juiz.¹⁹⁵

Geraldo Prado, defensor da inércia do julgador para a realização do princípio da imparcialidade, afirma que “a intervenção judicial, voltada ao controle da realização das investigações básicas para a deflagração da ação penal, é algo completamente anômalo, a ser expurgado do ordenamento jurídico”.¹⁹⁶ Esta atividade causaria a violação das regras de distribuições de função dentro da ação penal, bem como deflagraria a garantia da imparcialidade no julgamento do acusado.

A atuação do juiz-ator, provocando a produção de prova, ou de qualquer outra forma, substituindo o lugar do acusador, é considerada quebra da isonomia processual. Neste viés

¹⁹⁰ ZILLI, *A Iniciativa Instrutória...*, p. 130.

¹⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 22.

¹⁹² GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, *Teoria geral...*, p. 88.

¹⁹³ TUCCI, Rogério Lauria. *Devido processo penal e atuação dos sujeitos parciais*. in Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo. vol. 69. p. 91. jan. 1993. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad81815000001418ef4633b70cbc5c2&docguid=I5d5fa4f0f25711dfab6f010000000000&hitguid=I5d5fa4f0f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=38&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 ago. 2013. s/p.

¹⁹⁴ ZILLI, *A Iniciativa Instrutória...*, p. 133.

¹⁹⁵ LOPES Jr., *Direito Processual...*, p. 188.

¹⁹⁶ PRADO, *Sistema Acusatório...*, p. 179.

decidiu a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, entendendo que houve supressão do princípio acusatório pela atuação do julgador:

HABEAS CORPUS - CRIMES AMBIENTAIS - PRESCRIÇÃO - AFASTAMENTO - DENÚNCIA - IMPUTAÇÃO EXCLUSIVA À PESSOA JURÍDICA - INÉPCIA - ADITAMENTO À DENÚNCIA - DETERMINAÇÃO PELO MAGISTRADO DE INCLUSÃO DO RESPONSÁVEL NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA - NULIDADE - PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ - NÃO OBSERVÂNCIA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - ORDEM CONCEDIDA. 1. Não ocorrente a prescrição da pretensão punitiva estatal, em face das penas máximas abstratamente previstas para os crimes imputados na inicial, considerando-se a data dos fatos (27 de junho de 2001), a data do recebimento da denúncia (16 de julho de 2004 e do recebimento de seu aditamento (12 de fevereiro de 2009) até a atual data. 2. A denúncia é peça que deve conter os requisitos mínimos para que o réu possa exercer a defesa da imputação que lhe é dirigida, o que não ocorreu no caso em tela. Inépcia da inicial. 3. Denúncia oferecida tão somente contra a pessoa jurídica Fundação Sinhá Junqueira, imputando-se-lhe responsabilidade pelo suposto crime ambiental. A inicial acusatória não vislumbrou a participação ou co-autoria da Paciente. 4. O despacho exarado pelo juiz que determinou o aditamento da denúncia com a inclusão do suposto responsável pelo crime ambiental no pólo passivo da inicial é nulo, porquanto tem o condão de impingir ao órgão ministerial o ato de inserir na denúncia a responsabilização penal da pessoa física, o que é vedado ao magistrado. Ferimento ao sistema acusatório e ao princípio da imparcialidade do juiz. 5. *O sistema acusatório diz com a impossibilidade do Estado-Juiz se substituir ao órgão acusador quando este último age de maneira negligente ou falha, sob pena de se vincular à causa e perder imparcialidade.* 6. Ordem concedida. Trancamento da ação penal.¹⁹⁷ (grifo nosso)

Por outro lado, existem opiniões que afirmam que a imparcialidade do juiz se trata de uma discussão muito mais ampla que o princípio acusatório. Não haveria incompatibilidade alguma entre a iniciativa probatória do magistrado, com limites legais devidamente definidos – é claro – e um sistema de natureza acusatória.¹⁹⁸

O juiz, quando determina a produção de provas, não está produzindo prova para uma ou outra parte, está, na verdade, criando meios de convencimento da realidade dos fatos que interessam à justa solução do conflito. Ele, portanto, não pode se transformar em um personagem alheio e indiferente à missão jurisdicional de assegurar às partes o devido processo penal.¹⁹⁹

¹⁹⁷ SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal (3ª região). *Habeas Corpus nº 0001192-94.2010.4.03.0000/SP*, da 5ª Tuma. Relator: Des. Luiz Stefanini. São Paulo, 26 de julho de 2010. Disponível em <www.trf3.jus.br>. Acesso em: 20 ago. 2013.

¹⁹⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 253.

¹⁹⁹ THEODORO Jr., *Prova – princípio...*, p. 8.

Para Ada Pellegrini Grinover, a atuação instrutória do juiz, longe de afetar sua imparcialidade, assegura um verdadeiro equilíbrio para as partes, bem como uma apuração mais completa e profunda dos fatos narrados. Pois, “ao juiz não importa que vença autor ou réu, mas interessa que sai vencedor aquele que tem razão”.²⁰⁰

A legislação brasileira confere ao juiz poderes instrutórios supletivos, como forma de dar efetividade às garantias do contraditório e de proporcionar equilíbrios entre as partes, vez que muitas vezes uma demonstra-se hipersuficiente à outra. Entende-se, deste desdobramento, que a atuação supletiva do magistrado quando da produção de provas, no curso do processo, não significa eivar seu trabalho de imparcialidade, mas, sim, garantir um contraditório amplo e efetivo, como preconiza o princípio do devido processo legal.²⁰¹

Há de se romper com mito dogmático de que o poder instrutório conferido ao juiz é incompatível com a sua imparcialidade. Longe de se constituir um atributo antagônico com a iniciativa instrutória, fornece-lhe o tom da sua validade. Trata-se de recurso último, concretizável, apenas e tão somente, quando as partes não tiverem sido suficientemente claras para elucidar os fatos, seus pontos e circunstâncias relevantes, sob pena de concentrar todos os poderes em um único órgão, abrindo-se espaço para dúvidas quanto à preservação de sua imparcialidade.²⁰²

Desta forma, a iniciativa instrutória do juiz no decorrer da ação penal pode ser autorizada, para a garantia do contraditório e da igualdade de condições, mas com o único fim de suprir alguma lacuna que possa existir, quando forem insuficientes as provas trazidas pelas partes para a formação do seu convencimento. Não se trata de uma atuação desmedida, mas, sim, de uma iniciativa dentro dos ditames da legalidade e da proporcionalidade, tendo como parâmetros da sua atuação, o razoável e necessário. Assim, não haveria afetação da sua imparcialidade, pelo contrário, iria demonstrar que o juízo necessita de mais argumentos para pautar uma eventual condenação ou absolvição.

Acima de tudo, o juiz deve possuir convicção de sua posição, isto é, de que tomou a melhor decisão para determinado fato penal. Para além de uma absolvição ou uma condenação, ele possui em suas mãos o destino não apenas de uma vida, mas também de várias, seja pela família do acusado, seja pela da vítima.

²⁰⁰ GRINOVER, *A iniciativa instrutória...*, p. 74.

²⁰¹ GRINOVER, *A defesa penal...*, p. 104.

²⁰² ZILLI, *A Iniciativa Instrutória...*, p. 144-145.

3 O PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A partir do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal que visa à renovação do sistema processual adotado no Brasil, com a criação e modificação de diversos institutos que dão uma nova feição à persecução criminal, é que se tenta adequar a legislação à realidade que se apresenta atualmente.

Pode-se afirmar que a alteração mais marcante está na adoção expressa de um sistema acusatório pelo *Códex* Processual Penal, bem como na criação do juiz de garantias, encarregado de assegurar o respeito às garantias constitucionais do acusado durante a fase de instrução preliminar ao processo. Tal disposição pretende criar instrumentos capazes de garantir a imparcialidade do julgador, afastando-o de uma decisão arbitrária.

3.1 O anteprojeto do Código de Processo Penal

O atual Código de Processo Penal foi criado, como já analisado, sob um clima de extrema tensão mundial e nacional. Foi instituído por meio do Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, por Getúlio Vargas, então Presidente da República, tendo como objetivos a pretensão de obter o equilíbrio entre o interesse social e a defesa do indivíduo e entre o interesse do Estado na punição do criminoso e a garantia do indivíduo à segurança de sua liberdade.²⁰³

Contudo, passados mais de 70 anos, alega-se a inexistência de coerência “entre um Código de Processo Penal de fortes traços inquisitivos e os princípios exaltados pela Constituição Federal, com uma extensa carta de direitos e garantias a reverberar os seus valores sobre toda a legislação pátria, exaltando o sistema acusatório”.²⁰⁴

²⁰³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013. s/p.

²⁰⁴ BRANDANI, Sérgio Augusto Souza. *O juiz de garantias. Previsão do anteprojeto de Código de Processo Penal*. 2011. 88 f. Trabalho de Conclusão (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, UniToledo, Presidente Prudente - SP, 2011. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2874/2652>>. Acesso em: 31 ago. 2013. p. 21.

As reformas parciais realizadas em uma norma podem, muitas vezes, apresentar uma série de incoerências internas, quer dizer, alteram-se determinados dispositivos, para que se adequem à realidade social e ao ordenamento constitucional, deixando outros intocáveis que não coadunam com a nova ordem legal, ocasionando, conseqüentemente, um enfraquecimento desta norma.²⁰⁵ Assim, torna-se impossível a criação de um processo uno e coerente.

O Código de 1941 foi instituído por meio de um Decreto-Lei, tal instituto foi superado pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que dava plenos poderes ao chefe do Poder Executivo de legislar, usurpando a função precípua do Poder Legislativo. Era, portanto, característica de um governo autoritário.

Em síntese, o motivo mais relevante pelo qual se sente a necessidade de tamanha alteração, na posição dos juristas brasileiros, é a necessária adequação do Código de Processo Penal criado no ano de 1941 à Constituição Federal de 1988, vez que as transformações sociais exigem uma adaptação da ordem legal à realidade na qual se encontra o país. “E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada; e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal”.²⁰⁶

Foi, então, por meio do Requerimento nº 277, de 2008, feito ao Senado Federal, que o Senador Renato Casagrande solicitou a instituição de uma comissão de juristas responsável pela confecção de um projeto de novo Código de Processo Penal. Diferentemente das outras vezes, esta se trata de uma proposta de reforma total e não mais uma reforma parcial na tentativa, muitas vezes falha, de constitucionalizar a legislação processual penal.²⁰⁷

A justificativa trazida pelo Senador em seu requerimento acerca da necessidade desta renovação legislativa se encontra no fato de o Brasil estar passando por um período de muita violência social, o que coloca em destaque a necessidade da efetividade da atuação punitiva

²⁰⁵ MEZZALIRA, Ana Carolina; GIULIANI, Emília Merlini. *A reforma do CPP e seus reflexos para o acusado: A busca pela conformidade constitucional do processo penal*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8635>. Acesso em: 31 ago. 2013. s/p.

²⁰⁶ BRASIL. Senado Federal. *Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.juareztares.com/Textos/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2013. p. 15.

²⁰⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo*. Disponível em: <<http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/attachments/article/12/O%20Sistema%20Acusatorio%20no%20Projeto%20de%20Novo%20CPP.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2013. s/p.

estatal. Segundo ele, ainda, “a construção desse projeto de Código de Processo Penal mostra-se oportuna e necessária para tornar o processo penal mais ágil, célere, eficaz e justo”.²⁰⁸

Tal requerimento foi recepcionado pelo então Presidente do Senado Federal àquela época, Senador Garibaldi Alves Filho, que, por meio do Ato da Presidência nº 011, de 2008, instituiu uma comissão encarregada da elaboração do anteprojeto de um novo Código de Processo Penal,²⁰⁹ composta pelos renomados juristas Antônio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira (relator), Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido (coordenador), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres de Avelar e Tito Souza do Amaral.²¹⁰

Esta comissão apresentou em 22 de abril de 2009 o resultado de seu trabalho ao novo Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, sendo posteriormente convertido no Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009.²¹¹ Tinha como característica particular e inovadora a adoção expressa de um sistema processual acusatório e a criação do juízo de garantias, destinado à atuação em uma fase específica, anterior à instauração do processo criminal.

Ainda no Senado Federal, o projeto passou por quatro redações. A primeira, originária da comissão de juristas encarregados pela criação do anteprojeto, e mais outras três, oriundas das emendas apresentadas quando de sua passagem pela Comissão de Constituição e Justiça e pelo plenário daquela Casa Legislativa.²¹² Após todas estas redações, o PSL foi aprovado em sua casa criadora e remetido, então, à Câmara dos Deputados – casa revisora do projeto – e autuado sob o nº 8.045/2010, onde se encontra com uma lenta tramitação até a presente data.

O projeto, já no seu início, deixa antever a adoção por uma estrutura de processo penal zelosa aos princípios fundamentais do cidadão, como previsto nos sete primeiros artigos do Livro I, Título I – Dos Princípios Fundamentais, do Projeto. Isso se deve não apenas à vontade de sistematização do processo penal, como também pela vontade precípua de adequação do processo à Carta Magna de 1988. Esta proteção maior dada às garantias fundamentais do indivíduo, não tem por escopo tornar o procedimento mais moroso,

²⁰⁸ CASAGRANDE, Renato. Senado Federal. *Requerimento nº de 2008*. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/12590.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2013. s/p.

²⁰⁹ ANDRADE, *O sistema acusatório proposto...*, s/p.

²¹⁰ BRASIL. Senado Federal. *Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.juareztares.com/Textos/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2013. p. 5.

²¹¹ ANDRADE, *O sistema acusatório proposto...*, s/p.

²¹² ANDRADE, Mauro Fonseca. *O Juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/O-Juiz-de-Garantias-na-Interpretacao-do-TEDH.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2013. s/p.

tampouco inviabilizar a eficácia do Direito Penal, mas, sim, garantir que o poder de punir, conferido ao Estado, seja exercido nos limites da legalidade e do devido processo legal.²¹³

A Exposição dos Motivos do novo CPP demonstra a preocupação dada ao cidadão e à sua ampla gama de direitos, tanto pelo seu zelo, demonstrado ao tratar do modelo acusatório, como pela criação do juiz de garantias e pelo cuidado em redesenhar o papel de cada personagem no curso do processo. Ele resgata o preceito fundamental de que, em um Estado Democrático de Direito, a “eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais”, mesmo, porque “as garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado”.²¹⁴

3.2 A adoção do sistema acusatório e a proposta do juiz de garantias

As inovações trazidas pelo projeto são extremamente marcantes, como jamais vistas nas reformas parciais ocorridas em outras oportunidades. As emendas feitas pelos legisladores no CPP tentaram adequá-lo à realidade social, política e normativa brasileira, que, contudo, ainda carece de uma uniformização legislativa.²¹⁵

O objetivo da criação de um novo Código é desvincular-se do vetusto Código de 1941 e promover um processo penal à luz da Constituição Federal de 1988 e, portanto, promover a constitucionalização do processo penal. Um Código de Processo Penal exerce uma função privilegiada no controle social, mas não atua espontaneamente, assim como nenhuma outra lei ou Constituição, sendo imprescindível para tanto a aceitação e implementação desta norma no cotidiano das pessoas, na realidade na qual estão inseridas, a fim de verificar sua eficácia e abrangência.²¹⁶

²¹³ BRASIL. Senado Federal. *Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.juareztares.com/Textos/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2013. p. 16.

²¹⁴ Idem. p. 15.

²¹⁵ BRANDANI, *O juiz de garantias...*, p. 21.

²¹⁶ PRADO, Geraldo. *A reforma processual penal brasileira*. in Revista dos Tribunais Online. Revista Brasileira de Ciências Criminas. vol. 40. p.143. out. 2002. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad81816000001418ef6d7d1b0f3a421&docguid=I2e688d30f25511dfab6f01000000000&hitguid=I2e688d30f25511dfab6f0100000000&spos=1&epos=1&td=2&context=49&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 19 set. 2013. s/p.

Sempre se discutiu o sistema processual que seria utilizado pelo direito pátrio, mas nunca se chegou a alguma resposta concreta, visto que tanto a legislação constitucional como infraconstitucional, em nenhum momento faz referência expressa ao sistema processual adotado. Trata-se, portanto, de um debate doutrinário e jurisprudencial.²¹⁷

Os sistemas processuais são manifestações históricas de como o processo penal foi regulamentado em determinado momento histórico²¹⁸, e à medida que o tempo passa, vão surgindo novas perspectivas, sendo necessária a transformação e adequação deste sistema à realidade social.

Parte da doutrina afirma que, no Brasil, “embora não oficialmente, é o misto”.²¹⁹ Para Nestor Távora,

embora o Código Processo Penal brasileiro seja inspirado preponderantemente em princípios inquisitivos – conquanto existam dispositivos inseridos pelas sucessivas reformas que prestigiam o sistema acusatório –, a sua leitura deve ser feita a luz da Constituição, pelo que seu modelo de processo deve se adequar ao constitucional acusatório, corrigindo os excessos inquisitivos (interpretação conforme à Constituição).²²⁰

Outra parte da doutrina afirma ser insuficiente, e até mesmo um reducionismo ilusório, a classificação do sistema brasileiro como sendo misto. Portanto, segundo análise dos princípios e garantias individuais constitucionalmente assegurados, existe uma tendência ao sistema acusatório, havendo, todavia, uma matriz inquisitória, que deverá ser combatida à medida que não resiste à cogente filtragem constitucional.²²¹

Para Geraldo Prado, existe na verdade um sistema com aparência acusatória, pois se for levado em conta a posição dos sujeitos processuais jurídicos, e a dinâmica que entrelaça todos eles, ter-se-ia um procedimento inquisitório. Todavia, muitos dos princípios opostos ao sistema acusatório são verdadeiramente implementados todos os dias, tendo em vista que a Constituição Federal preconiza a efetivação de um sistema acusatório – embora não

²¹⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 459.

²¹⁸ Idem. p. 37.

²¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 117.

²²⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 43.

²²¹ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 137.

expressamente – sendo, por isso, tal sistema, atualmente, uma mera promessa que poderá se tornar realidade através da instituição de um novo Código de Processo Penal, com um novo fundo cultural.²²²

Como visto, não há consenso quanto ao modelo seguido, e isso faz com que o Brasil, atualmente, possua somente modelos de processo e não um sistema de processo, visto que não há uma unidade sistêmica, ou seja, o Brasil não optou previamente pela adoção de um ou outro sistema, ao contrário de Portugal²²³, que decidiu optar expressamente pelo sistema acusatório em seu texto constitucional²²⁴, e da Itália, que na Lei Delegada nº 81, de 16 de fevereiro de 1987²²⁵, traçou as bases a serem adotadas pelo Código de Processo Penal italiano, adotando expressamente o sistema acusatório, embora não tenha impossibilitado a atuação do juiz na fase de produção de provas.²²⁶

Foi com a intenção de dar cabo a esta controvérsia doutrinária, à insegurança jurídica e, mesmo, para construir um processo penal brasileiro mais técnico e menos improvisado, que o legislador optou por estabelecer um Código de Processo Penal totalmente renovado, nele constando expressamente o modelo processual a ser seguido no país.²²⁷

Tal adoção do sistema acusatório como sistema processual penal é uma das características do projeto. Nele resta compreendido que a gestão da prova foge da supervisão direta do julgador, passando a atuar de forma plena no papel que a Constituição Federal lhe conferiu: a de garante da ordem constitucional e conseqüentemente do cidadão.²²⁸ Conforme descrito no artigo 4º, o “processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste

²²² PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 195.

²²³ Artigo 32º, 5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 1º set. 2013. s/p.

²²⁴ ANDRADE, *Sistemas Processuais...*, p. 461.

²²⁵ Assim está previsto no artigo 2.1 daquela Lei, “Il codice di procedura penale deve attuare i principi della costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall’Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. Esso inoltre deve attuare nell processo penale i caratteri del sistema acusatorio, secondo i principi ed i criteri che seguono”. ITÁLIA. Lei Delegada nº 81, de 16 de fevereiro de 1987. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em: 11 set. 2013. s/p.

²²⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. *O Sistema Acusatório e a Atividade Probatória Ex Officio Judicis na Visão da Corte Constitucional Italiana*. Disponível em: <<http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/attachments/article/39/Corte%20Constitucional%20Italiana.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013. s/p.

²²⁷ ANDRADE, *O sistema acusatório proposto...*, s/p.

²²⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 05 set. 2013. p. 113-114.

Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.²²⁹

Nos motivos apresentados pela criação do projeto do novo Código de Processo Penal fica clara a pretensão de adequar o princípio acusatório à realidade social vivida pelo país. A vedação da atividade instrutória do juiz – uma das características do sistema acusatório – não tem a intenção de reduzir as funções jurisdicionais, pelo contrário, não se optou por um juiz inerte, mas, sim, por preservar ao máximo o distanciamento do julgador da formação dos elementos que venham a configurar a pretensão das partes. Da mesma forma, em países como Espanha, Portugal, Itália e Alemanha, onde da mesma forma se adota o modelo acusatório, sendo provocada a jurisdição, o juiz poderá adotar medidas acautelatórias, quando imprescindíveis à tutela do regular exercício da função jurisdicional.²³⁰

Embora não esteja expressa na legislação vigente a adoção de um sistema processual, e parcela da doutrina alegar que não existe um modelo processual fixo na legislação brasileira, outra parte da doutrina e da jurisprudência afirma a existência de um sistema acusatório implícito na Constituição Federal de 1988, tanto pela previsão do artigo 129, da Carta Magna, que determina que é de titularidade exclusiva do Ministério Público a propositura da ação penal pública, como pela existência de garantias fundamentais e pela adoção do Estado Democrático de Direito.²³¹

Por parte da jurisprudência, a adoção pelo sistema acusatório é significativa, como, por exemplo, em precedentes do Superior Tribunal de Justiça²³², do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²³³ e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região²³⁴. Quanto ao Supremo

²²⁹ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 156, de 22 de abril de 2009*. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 08 set. 2013. p. 2.

²³⁰ BRASIL. Senado Federal. *Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.juareztares.com/Textos/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2013. p. 17.

²³¹ ARMBORST, Aline Frare. *A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório*. 2008/2. Artigo publicado partir do resumo de TCC. (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, RS, 2008/2. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2013. s/p.

²³² “Os antecedentes negativos e a reincidência devem restar devidamente demonstrados nos autos por meio de prova documental, não podendo o Tribunal, para esse fim, *em desarmonia com o sistema acusatório adotado pelo constituinte de 1988*, amparar-se unicamente nas declarações do acusado obtidas no seu interrogatório.” (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 63.790/RJ*, da 6ª Turma. Relator: Min. Paulo Gallotti. Brasília, 17 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

²³³ “No sistema acusatório consagrado na Constituição Federal, não pode o magistrado levar adiante a pretensão punitiva já abandonada pelo seu autor, à vista das provas produzidas.” (grifo nosso). RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime nº 70022113773*, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Amilton

Tribunal Federal, embora não tenha se posicionado expressamente pela adoção do modelo acusatório na Constituição Federal, em precedente²³⁵ consigna a vinculação entre o Estado Democrático e o sistema acusatório, reconhecendo ser este o modelo processual adotado pelo direito brasileiro.²³⁶ Contudo, estes mesmo tribunais, em diversos precedentes, afirmam a constitucionalidade dos poderes instrutórios conferidos aos membros do Poder Judiciário, seja por previsão legal²³⁷ ou não²³⁸, o que, como se sabe, nada têm haver com o sistema acusatório.²³⁹

A adoção pelo sistema acusatório no artigo 4º do PLS 156/2009 esta pautado sobre duas premissas: primeiro, a vedação da iniciativa do juiz da fase de investigação e, segundo, a vedação da substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

A impossibilidade da iniciativa do juiz na fase de investigação vem de encontro ao conturbado artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, fruto da reforma parcial trazida pela Lei 11.690/2008, onde era autorizado ao juiz, no curso da investigação, requerer a produção de provas consideradas imprescindíveis. Fica vedado, portanto, sob qualquer hipótese a intervenção probatória do julgador no curso da investigação preliminar ao

Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 19 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.jus.br>>. Acesso em: 02 de set. 2013.

²³⁴ “No sistema acusatório, implantado pela nova constituição federal, só é admissível a apelação voluntária, cuja iniciativa esta reservada”. (grifo nosso). RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal (4ª região). *Remessa ex officio criminal nº 94.04.42522-2*, da 1ª Turma. Relator: Des. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, 20 de outubro de 1994. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

²³⁵ “O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, a obrigação de expor, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação das pessoas acusadas da suposta prática da infração penal, a fim de que o Poder Judiciário, ao resolver a controvérsia penal, possa, em obséquio aos postulados essenciais do direito penal da culpa e do princípio constitucional do “*due process of law*”, ter em consideração, sem transgredir esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, a conduta individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação”. (grifo nosso). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 83.947/AM*, da 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 07 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 de set. 2013.

²³⁶ ARMBORST, A atuação instrutória..., s/p.

²³⁷ “Não há intromissão indevida do Ministério Público Federal, porque como titular da ação penal (art. 129, incisos I e VIII, da Constituição Federal) a investigação dos fatos tidos como delituosos a ele é destinada, cabendo-lhe participar das investigações. Com base nos indícios de autoria, e se comprovada a materialidade dos crimes, cabe ao Ministério Público oferecer a denúncia ao órgão julgador”. (grifo nosso). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 94.278/SP*, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 25 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

²³⁸ “Regular participação do órgão do Ministério Público em fase investigatória e falta de oportuna arguição de suposta suspeição do magistrado. Pedido indeferido”. (grifo nosso). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 75.769/MG*, da 1ª Turma. Relator: Min. Octávio Gallotti. Brasília, 30 de julho de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

²³⁹ ANDRADE, O sistema acusatório proposto..., s/p.

processo, assim como a determinação de interceptações telefônicas, busca e apreensão e prisão temporária, sem que haja requerimento das partes.²⁴⁰

Quanto à segunda vedação, presente no artigo 4º do projeto, pretende afastar a *sobreposição de funções*²⁴¹. Afirma que o juiz, no curso do processo, não poderá substituir o órgão acusador, autor da ação penal, nos casos de desídia ou ausência na audiência de instrução. Ou seja, a falta de provas produzidas pelo Ministério Público capazes de comprovar o teor da denúncia, não pode autorizar ao juízo buscar elementos probatórios que levem à condenação do acusado.²⁴²

Para Coutinho, a definição de um sistema assim, que coloque cada parte em seu lugar, principalmente o juiz, permite que ele mantenha-se equidistante ao interesse das partes. O juiz é a demonstração da democracia do processo penal, assim, cabe apenas a ele dar o direito ao caso concreto, tendo como função precípua preservar o devido processo legal e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.²⁴³

Se tal dispositivo for analisado com mais atenção, percebe-se que o juiz está proibido de substituir apenas o órgão acusador, podendo, em sentido contrário, atuar como defensor. Quer dizer, poderá o juiz determinar a produção de provas que entenda necessária, desde que em benefício do réu, e nunca em seu desfavor.²⁴⁴ Mas, quem irá fazer a análise acerca das consequências que estes esclarecimentos podem trazer será o próprio juiz, sendo impossível antever qual parte será beneficiada com tal ato.²⁴⁵

A adoção expressa de um sistema acusatório não pretende propagar a impunidade de criminosos, mas, sim, assegurar que o processo discorra sobre a efetivação das garantias fundamentais e o devido processo legal. Tal sistema realça o papel constitucional das partes, bem como assegura que o processo caminhe na direção de uma maior democracia processual.²⁴⁶

Como consequência da escolha do sistema acusatório, como sendo o modelo reitor do processo penal brasileiro, criou-se a figura do juiz de garantias com regulamentação prevista

²⁴⁰ ANDRADE, *O sistema acusatório proposto...*, s/p.

²⁴¹ COUTINHO, *Sistema acusatório...*, p. 114.

²⁴² ANDRADE, *O sistema acusatório proposto...*, s/p.

²⁴³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP*. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ano 18. Edição Especial. ago. 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2013. p. 17.

²⁴⁴ ANDRADE, *O sistema acusatório proposto...*, s/p.

²⁴⁵ BORGES, Clara Maria Roman. *As atuais tendências de reforma do código de processo penal e a promessa de constitucionalização e democratização do sistema processual penal vigente*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/claraborges.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2013. s/p.

²⁴⁶ COUTINHO, *Sistema acusatório...*, p. 115.

nos quatro artigos do Título II do projeto, possuindo, como atribuição específica, a tutela de direitos fundamentais da pessoa investigada no curso da investigação preliminar ao processo.²⁴⁷

Trata-se de uma das maiores inovações trazidas pelo PLS 156/2009 – se não a maior – constante em seu artigo 14º dispondo que

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XI – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

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

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

XIV – arquivar o inquérito policial;

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

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

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

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.²⁴⁸

²⁴⁷ SCHREIBER, Simone. *O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano. 18, n. 213, ago. 2013. p. 2 Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim213.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2013. p. 2.

²⁴⁸ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 156, de 22 de abril de 2009*. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 08 set. 2013. p. 4-5.

Torna-se, primeiramente, importante, a compreensão da atuação deste juiz de garantias dentro do novo sistema projetado. Como bem dito no caput do artigo 14, tal magistrado possui a função de controlar a legalidade da investigação criminal, bem como a de salvaguardar as garantias essenciais ao investigado.²⁴⁹ O juiz de garantias não possui a função de presidir o Inquérito Policial, pois este papel continua nas mãos da polícia e, excepcionalmente, tem-se aceito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que as investigações possam ser feitas pelo Ministério Público isoladamente.²⁵⁰

Atualmente, o modelo apresentado pelo Código de Processo Penal institui estes poderes a apenas um juiz, encarregado pela fase de investigação e, posteriormente, pela fase de instrução processual e, ao final, pelo julgamento do processo. Existe inclusive uma regra de fixação de competência pela prevenção prevista no artigo 83 do CPP²⁵¹, onde sempre que concorrerem dois ou mais juízes competentes para atuarem no processo, será prevento o juiz que praticar algum ato no curso dele, ou medida relativa a este, mesmo que antes do oferecimento da denúncia.²⁵²

De outra banda, o juiz de garantias, projetado pelo PLS, é aquele juiz competente²⁵³ para atuar na fase preliminar ao processo, ou seja, a fase de investigação policial, tendo sua competência encerrada no momento da propositura da ação penal. Nota-se que não caberá a ele o recebimento da denúncia, tampouco determinar a citação do acusado para oferecer resposta. Inclusive, é vedado a este juízo, que participou da fase de investigação, atuar na fase de instrução processual²⁵⁴, ficando evidente a preocupação do projeto com a imparcialidade do julgador.

²⁴⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Quem tem medo do “juiz das garantias”?* Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ano 18. Edição Especial. ago. 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2013. p. 21-22.

²⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. *O juiz das garantias projetado pelo novo CPP*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2786, 16 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18508>>. Acesso em: 8 set. 2013. s/p.

²⁵¹ Art. 83 - Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c). BRASIL. Código de Processo Penal, 1941, s/p.

²⁵² SCHREIBER, *O juiz de garantias...*, p. 2.

²⁵³ A competência o juiz de garantias está prevista no artigo 15 do PLS 156/2009, com a seguinte redação, “a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal. §1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo. §2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso. §3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo”. BRASIL. Projeto de Lei nº 156, 2009, p. 5.

²⁵⁴ Nesse sentido prevê o artigo 16 do PLS 156/2009, “O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo”. BRASIL. Projeto de Lei nº 156, 2009, p. 5.

É importante destacar que se trata de duas fases distintas da persecução penal, a fase de investigação e a fase de instrução processual. A primeira ocorre na via administrativa, conduzida pela autoridade policial responsável pela apuração dos fatos ocorridos e dos indícios de autoria e materialidade do crime, para o fim de informar a ação penal. A segunda fase é judicial, conduzida por um juiz dotado de jurisdição e competência, imprescindível para que o Estado possa exercer seu direito de punir, e responsável pelo julgamento imparcial do processo e a aplicação ou não da respectiva pena ao acusado.²⁵⁵

A atuação de um juiz no curso da fase investigatória é imprescindível, pois caberá a ele analisar a legalidades dos atos praticados, bem como assegurar o respeito às garantias fundamentais do investigado, e não coadjuvar juntamente com a polícia e o Ministério Público na apuração dos fatos e produção de provas.²⁵⁶ Inclusive, a Constituição Federal exige a intervenção judicial para a prática de determinados atos, principalmente aqueles que violem bens jurídicos fundamentais, tais como a necessidade de decisão fundamentada do juiz para que alguém que não esteja em flagrante possa ser preso²⁵⁷ e a necessidade de autorização judicial para a realização de uma interceptação telefônica^{258, 259}.

Será ele o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais referentes à tutela direta das inviolabilidades pessoais, tais como a proteção da privacidade, da dignidade e da honra. Na exposição dos motivos do Projeto de Código de Processo Penal, afirma-se que

o deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: a) a *otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional*; e b) *manter o distanciamento do juiz do processo*,

²⁵⁵ LUZ, Gustavo de Oliveira da. *Juiz das garantias: ainda na busca do sistema constitucional acusatório*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2960, 9 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19724>>. Acesso em: 8 set. 2013. s/p.

²⁵⁶ SCHREIBER, *O juiz de garantias...*, p. 2.

²⁵⁷ Art. 5º (...) 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. BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.s/p.

²⁵⁸ Art. 5º (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. BRASIL. Constituição, 1988, s/p.

²⁵⁹ LUZ, *Juiz das garantias...*, s/p.

*responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.*²⁶⁰ (grifo nosso)

Não caberá atuação do juiz de garantias nos crimes de menor potencial ofensivo regulados pela Lei 9.099/95. Tal disposição se justifica, à medida que a prática destas infrações gera a lavratura do termo circunstanciado e não a instauração de um inquérito policial. Em tese, nos termos circunstanciados não há investigação criminal, mas apenas a colheita dos fatos ocorridos, não havendo medidas investigativas restritivas do direito do indivíduo por parte da autoridade policial.²⁶¹

Segundo o PLS 156/2009, na forma do artigo 25²⁶², caberá à autoridade policial informar ao juiz de garantias a prisão em flagrante de qualquer pessoa, enviando-lhe o auto de prisão em flagrante. O magistrado ficará encarregado pela legalidade do procedimento, como a fiscalização de prazos legais referentes à persecução criminal, podendo prorrogá-los a pedido da autoridade policial. Entretanto, este juiz não possui o poder de requerer a abertura de uma investigação criminal, tampouco de requerer diligências no curso da investigação, podendo atuar somente mediante provocação, ficando com tais faculdades o juiz do processo.²⁶³ Com relação ao auto de prisão em flagrante, tem-se que

Art. 64. [...]

§1º No caso de flagrante delito, se, por qualquer motivo, não se puder contar com a assistência de advogado ou defensor público no local, o auto de prisão em flagrante será lavrado e encaminhado ao juiz das garantias sem o interrogatório do conduzido, aguardando a autoridade policial o momento mais adequado para realizá-lo, salvo se o interrogando manifestar livremente a vontade de ser ouvido naquela oportunidade.²⁶⁴

²⁶⁰ BRASIL. Senado Federal. *Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.juareztares.com/Textos/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2013. p. 17.

²⁶¹ MAYA, André Machado. *O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal*. Disponível em: < <http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Juiz-das-garantias-Andre.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2013. p. 2.

²⁶² Art. 25. Incumbirá ainda à autoridade policial (...) II – comunicar imediatamente a prisão de qualquer pessoa ao juiz das garantias, enviando-lhe o auto de prisão em flagrante. BRASIL. Projeto de Lei nº 156, 2009, p. 7-8.

²⁶³ HAGEMANN, Fernanda Mietch. *Juiz de Garantias: necessidade ou falácia?* 2010. 41 f. Trabalho de Conclusão (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Unijuí, 2011. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/269/MONOGRAFIA%20FERNANDA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 set. 2013. s/p.

²⁶⁴ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 156, de 22 de abril de 2009*. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 08 set. 2013. p. 16.

É do juiz de garantias a competência para decretação de todas as medidas cautelares em sede de investigação preliminar, conforme previsão do artigo 33, do PLS²⁶⁵, bem como para decisões acerca de incidentes de suspeição e impedimento da autoridade policial, e do *habeas corpus* contra ato de ilegalidade praticado no curso da investigação.²⁶⁶

Como visto, a atuação do juiz de garantias é bem delineada pelo projeto, atuando apenas nas fases de investigação que antecede a instauração do processo, para garantia e respeito aos direitos fundamentais do investigado, evitando, assim, exageros e afetação da imparcialidade do julgador. Contudo, esta criação deve ser analisada sob um ponto de vista crítico, quanto à possibilidade de efetivação, assim como a sua necessidade para dar garantia de um devido processo penal.

3.3 Apreciação crítica

Passaram-se mais de 70 anos desde o Decreto-Lei 3.689/41, responsável pela criação do atual Código de Processo Penal. Durante todo esse período diversas reformas parciais foram realizadas, buscando uma adequação daquele modelo à moderna Constituição Federal de 1988. Durante determinado período, tais alterações demonstraram-se suficientes, mas, com o passar do tempo e a evolução ocorrida sobre estudo do processo penal, surgiu a necessidade de uma readequação à realidade social apresentada.

Tais alterações causaram uma perda de identidade do processo penal brasileiro, que já não se adequava à legislação constitucional, tampouco supria a necessidade cada vez mais latente. Surge então, por iniciativa do Senado Federal, acompanhado por uma comissão de juristas, o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 que pretende a reforma global do Código de Processo Penal. O tema é alvo de grande discussão doutrinária, jurisprudencial e política, tendo em vista que os efeitos do processo penal refletem em diferentes áreas, e não apenas no âmbito jurídico.

²⁶⁵ Art. 33. Os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida necessária à formação do convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação, *bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem decretadas pelo juiz das garantias.* (grifo nosso) BRASIL. Projeto de Lei nº 156, 2009, p. 10.

²⁶⁶ HAGEMANN, *Juiz de Garantias...*, s/p.

Por este motivo, a reforma global do Código de Processo Penal sempre se mostrou como a melhor maneira de harmonizar o sistema brasileiro, contudo possui a seu desfavor a própria morosidade na tramitação do código no Poder Legislativo, bem como a dificuldade na aprovação de um instituto inteiramente novo.²⁶⁷ O espectro de atuação de um novo *Códex* processual vai muito além do conteúdo de sua regulamentação, visto que trata de questões muito sensíveis que levantam expectativas ainda maiores.²⁶⁸

Ao defender a adoção expressa de um sistema acusatório, pretendeu-se a criação de um princípio unificador, a fim de estabelecer um processo uno e coerente. Contudo, deve se ter em mente que a criação de um sistema puro é uma tarefa árdua, tendo em conta que, mesmo em um sistema acusatório, poderá haver características secundárias de um processo inquisitorial.²⁶⁹

O projeto, conforme afirma Aury Lopes Jr., apresenta uma inconsonância. No artigo 4º fica estabelecido o sistema acusatório como modelo processual pátrio, impossibilitando o ativismo do juiz na fase investigatória. Contudo, possibilita-se, no artigo 525²⁷⁰, que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes e, no parágrafo único, afirma que no curso da fase de investigação, a decretação depende de solicitação do Ministério Público ou de representação da autoridade policial, exceto se a cautelar for substitutiva de outra medida. Para o autor, tal possibilidade *ex officio* pelo juiz mostra-se tão ou mais danosa ao processo, à sua imparcialidade e à própria estrutura acusatória, do que o ativismo no curso da investigação policial. É o alheamento total, em qualquer das fases, seja ela investigatória ou policial, que cria as condições necessárias para a existência de imparcialidade, assim como da efetivação da estrutura acusatória.²⁷¹

²⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A reforma do Código de Processo Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, n. 31, jul.-set. p. 65-75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 66.

²⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Reformas legislativas e o CPP*. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ano 18. Edição Especial. ago. 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2013. p. 11.

²⁶⁹ PEREIRA, Viviane de Freitas; MEZZALIRA, Ana Carolina. *Em busca de um princípio Unificador para o processo penal. O sistema acusatório constitucional como garantia no processo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2428, 23 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14376>>. Acesso em: 11 set. 2013. s/p.

²⁷⁰ Afirma o artigo 525 do projeto que “no curso do processo penal, as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, observados os princípios do Código e as disposições deste Livro. Parágrafo único. Durante a fase de investigação, a decretação depende de requerimento do Ministério Público ou de representação do delegado de polícia, salvo se a medida substituir a prisão ou outra cautelar anteriormente imposta, podendo, neste caso, ser aplicada de ofício pelo juiz”. (grifo nosso) BRASIL. Projeto de Lei nº 156, 2009, p. 97.

²⁷¹ LOPES Jr., Aury. *Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações....)*. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ano 18. Edição Especial. ago.

Por outro lado, Zilli afirma que se deve “romper com o mito dogmático de que a iniciativa instrutória é impossível com a imparcialidade”.²⁷² Primeiramente, porque o juiz desconhece a consequência que tal diligência poderá trazer, bem como quem será o beneficiado com a requisição de tais esclarecimentos. E, também, porque não é apenas com a simples vedação da iniciativa instrutória pelo juiz, que irá se salvaguardar a sua imparcialidade.

No artigo 4º do projeto, onde se veda a atuação do juiz em substituição da atuação probatória do órgão acusador, possibilita-se o ativismo judicial, sempre que se venha favorecer o acusado²⁷³, o que demonstra uma atividade totalmente parcial, a qual não se coaduna com o princípio acusatório. “Ao contrário, esse modelo de juiz, denominado juiz-defensor, somente se fez presente no sistema inquisitivo, em especial na Inquisição Espanhola, que autorizava o juiz a produzir prova de ofício, unicamente, se fosse para beneficiar o réu”.²⁷⁴

Se for para assegurar a imparcialidade do juiz, mantendo-o inerte na busca de esclarecimentos probatórios, que seja para ambas as partes, salvaguardando assim os princípios da igualdade e da paridade de armas. Como afirma Jacinto Miranda Coutinho, para “o processo penal ser devido, as partes devem ocupar o lugar que a CR destinou para elas e, assim, não faz qualquer sentido o juiz ter a iniciativa da prova (como se fosse ônus processual seu), mormente em favor da acusação e contra o réu ou mesmo vice-versa”.²⁷⁵

O sistema acusatório, sobretudo, visa garantir um julgamento justo e equidistante do acusado, onde se proporcione igualdade de condições às partes e um devido processo legal capaz de dar efetividade às garantias e direitos fundamentais do indivíduo. Não será uma iniciativa instrutória do magistrado que irá eivar o processo de imparcialidade, tampouco dismantelar o sistema acusatório apregoado pelo projeto. Muitas vezes, é necessária a intervenção do Estado para proporcionar equidade às partes, que por qualquer motivo,

2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2013. p. 8.

²⁷² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 144.

²⁷³ ANDRADE, *O sistema acusatório proposto...*, s/p.

²⁷⁴ CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA. *Análise do projeto de lei 156/2009 do Senado (PL 8045/2010 na Câmara), que institui o novo Código de Processo Penal*, 2011. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5keOq_OGzSMJ:www.paginasdeprocessopenal.com.br/index.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D72:anlise-do-projeto-de-lei-156-2009-do-senado%26id%3D4:cdigos-de-processo-penal-estaduais%26Itemid%3D20+%&cd=2&hl=en&ct=clnk>. Acesso em: 20 set. 2013. p. 14.

²⁷⁵ COUTINHO, *Anotações pontuais...*, p. 17.

demonstre-se hipossuficiente.²⁷⁶ Contudo, não se poderá permitir um ativismo judicial desmedido, tampouco pré-julgamentos pelo juiz, visto que ele possui seu papel bem delineado no curso do processo, cabendo, ao final, proferir uma decisão com base nas provas apresentadas nos autos, tendo em conta a necessária motivação de seus atos.

A fixação deste modelo processual, além de por um fim aos debates entre doutrinadores e tribunais, irá auxiliar no combate a institutos atrelados ao sistema inquisitório, assim como evitar práticas incompatíveis com o sistema acusatório²⁷⁷ e assegurar que o processo se pautar na defesa dos direitos fundamentais do indivíduo, assegurando-lhe igualdade de condições com o órgão acusador.

A indicação de um sistema acusatório não significa, portanto, a adoção de um sistema de impunidade, que tanto se combate nos dias atuais, mas, sim, um sistema capaz de delimitar o papel destinado a cada um dos personagens do processo, principalmente o do magistrado, como garantidor dos preceitos fundamentais do indivíduo e da democracia processual,²⁷⁸ sem olvidar da necessidade de aplicação do direito na busca pela solução mais justa ao caso concreto.

Outra polêmica criada pelo PLS 156/2009 foi a criação do juiz de garantias. Parte da doutrina alega a impossibilidade de se concretizar este instituto no sistema processual brasileiro, e outra parte afirma que tal criação é necessária para o desenvolvimento ideal da justiça.

A proposta do projeto interessa a todo Poder Judiciário, visto que afeta tanto direta como indiretamente a atividade jurisdicional do Estado. Mas, o debate ocorre até mesmo no campo político, tendo em vista que a alteração do código processual penal comove toda a estrutura do Estado. O Senador Pedro Simon, em uma de suas propostas de alteração do projeto, argumenta que a supressão da atividade supletiva do juiz da fase de investigação e na instrução probatória prejudica o esclarecimento da verdade tão almejada pelo processo penal, o que poderia tornar o processo um mero debate entre defesa e acusação. Tal proposta de

²⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório*. Revista brasileira de ciências criminais. ano 7. n. 27. jul.-set. p. 71-80. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 77-78.

²⁷⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Reflexões em torno de um novo código de processo penal*. Disponível em: <<http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/attachments/article/16/Reflex%C3%B5es%20em%20Torno%20de%20um%20Novo%20CPP.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2013. p. 7.

²⁷⁸ COUTINHO, *Sistema acusatório...*, p. 115.

alteração foi rejeitada porque o ativismo judicial não se coaduna com a proposta de sistema acusatório adotado pelo projeto.²⁷⁹

De outra banda, o Senador Renato Casagrande, que, aliás, foi o relator da proposta de alteração do código, afirma que a criação do juiz de garantias, responsável exclusivamente pela fase de investigação, trará mais especialização e conseqüentemente maior celeridade ao processo, além do respeito ao equilíbrio de forças das partes, bem como à imparcialidade do magistrado.²⁸⁰

A inviabilidade da criação do juiz de garantias no sistema processual deste país demonstra-se latente, tanto pela sua desnecessidade quanto pela sua impossibilidade de inauguração. Segundo a Nota Técnica nº 10, emitida pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2010,

o levantamento efetuado pela Corregedoria Nacional de Justiça no sistema Justiça Aberta revela que 40% das varas da Justiça Estadual no Brasil constituem-se de comarca única, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição. Assim, nesses locais, sempre que o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de jurisdicionar no processo, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta. Logo, a adoção de tal regramento acarretará ônus ao já minguado orçamento da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juízes e servidores, limitados que estão pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no que tange ao gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender outras comarcas. Ademais, diante de tais dificuldades, com a eventual implementação de tal medida haverá riscos ao atendimento do princípio da razoável duração do processo, a par de um perigo iminente de prescrição de muitas ações penais. Também é necessário anotar que há outros motivos de afastamentos dos magistrados de suas unidades judiciais, como nos casos de licença, férias, convocações para Turmas Recursais ou para composição de Tribunais.²⁸¹

Conforme o parecer do CNJ, torna-se inexecuível com base no histórico deficiente do sistema brasileiro. Seriam necessários dois juízes por comarca – um responsável pelas garantias na fase de investigação, e outro para a instrução e julgamento do processo – o que para realidade do país seria um absurdo, tendo em conta que, no Estado de São Paulo, região

²⁷⁹ COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA. Senado Federal. *Parecer n. de 2010*. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/74696.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2013. p. 17.

²⁸⁰ CASAGRANDE, *Requerimento nº...*, s/p.

²⁸¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Nota técnica nº 10/2010*. Ref.: Projeto de Lei do Código de Processo Penal nº 156/2010. (Publicada no DJ-e nº 160/2010, em 01/09/2010, pág. 2-4). Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/317-notas-tecnicas/11221-nota-tecnica-no-102010a>>. Acesso em: 14 set. 2013. s/p.

mais desenvolvida do país, 40% das comarcas possuem apenas um magistrado, ficando clara a deficiência de recursos humanos e materiais para consolidação deste instituto.²⁸² A falta de juiz que assola algumas regiões do Brasil se deve não apenas à falta de recursos, como também de pessoas qualificadas a exercerem estes cargos.²⁸³

Os defensores desta medida afirmam que a “falta de alguma coisa” é constitutiva e sempre existirá, mas uma reforma de verdade exige uma mudança cultural e da própria estrutura do Estado. Caberá a ele dar suporte para que esta nova realidade seja implementada – comprometendo tanto os poderes legislativo como executivo e judiciário. Existem muitas medidas que podem ser tomadas, como o necessário período de transição estabelecido em seis anos, para suprir esta deficiência material e pessoal, bem como a regionalização do juiz das garantias, para que um único juiz atenda a várias pequenas comarcas ao mesmo tempo, até que seja superado o problema das comarcas que possuam apenas um magistrado.²⁸⁴

Demonstra-se, portanto, dispensável a instituição do juiz de garantias no sistema processual brasileiro, seja pela questão orçamentária ou pelo seu exercício dentro do processo. O papel que o juiz exerce, atualmente, durante a investigação criminal é justamente a de salvaguardar os direitos e garantias fundamentais do investigado e, assim, “fiscalizar a legalidade e constitucionalidade das diligências investigatórias. Vale dizer, sua função é, essencialmente, de garantia, não havendo nenhuma razão lógica ou técnica para que tal atividade sirva de impedimento para conhecer de ulterior ação penal”.²⁸⁵ Nada impede que o juiz de garantias não esteja maculado pela parcialidade, ao decidir sobre a decretação de uma medida cautelar ou não. O juiz, acima de tudo, é um ser humano como qualquer outro, não se pode exigir dele uma imparcialidade utópica, um alheamento total aos fatos.

Ao se posicionar em desfavor da criação deste instituto, não se pretende conferir características inquisidoras ao magistrado, mas, sim, reafirmar sua função no curso da investigação, que é de garantir que os direitos fundamentais do acusado sejam respeitados. A produção de prova de ofício pelo juiz durante a fase de inquérito é vedada, até mesmo inconstitucional, visto que sua atuação é residual. Não lhe cabe concorrer junto ao órgão

²⁸² BARROS FILHO, Mário Leite de. *A reforma ou destruição do Código de Processo Penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2187, 27 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13056>>. Acesso em: 14 set. 2013. s/p.

²⁸³ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Juiz das garantias do novo CPP é arbitrário*. Revista Consultor Jurídico. 6 de junho de 2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-06/sistema-juiz-garantias-cpp-arbitrario-inviavel>>. Acesso em: 14 set. 2013. s/p.

²⁸⁴ LOPES JR., *Breves considerações...*, p. 8-9.

²⁸⁵ CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA, *Análise do projeto...*, p. 23.

acusador a fim de angariar provas contra o investigado. E mais, no curso da ação penal, sua iniciativa probatória seria autorizada apenas, e quando, necessária ao esclarecimento de algum ponto não demonstrado pelas partes, sempre motivando seus atos e submetendo-os ao contraditório e a ampla defesa.

A reforma tem que atacar pontos nevrálgicos que necessitam ser modificados para dar mais efetividade e celeridade à aplicação da justiça e não criar mais empecilhos ao trâmite desta. Deve-se evitar a prática de exageros por parte do julgador, ou a figura do juiz-inquisidor, colocando o juiz no seu devido lugar, o que foi previsto na adoção de um modelo acusatório pelo projeto. A adoção deste sistema processual não necessita da instituição do juiz de garantias para que se mostre efetivo.

O fato é que não basta apenas a alteração do Código de Processo Penal, pois é necessário modificar todo o aparato judicial (Código Penal, Lei de Execução Penal, sistema carcerário etc.), assim como a mentalidade dos operadores de direito. O importante, ao cabo e ao fim, é realizar uma reforma legislativa compatível com a realidade da sociedade brasileira, de acordo com a necessidade que se apresenta atualmente. “Um código não é de algumas pessoas; não é de uma Comissão; é da nação. E para ele todos devem concorrer, dentro dos parâmetros traçados, dos quais para nós são inarredáveis aqueles da Constituição da República”.²⁸⁶

A reforma é necessária e mais, imprescindível à manutenção da justiça e do Estado Democrático de Direito, mas, como qualquer obra humana, necessita ser aperfeiçoada. O importante é que “a chave de interpretação e aplicação das normas processuais penais conforme-se à estrutura acusatória e coopere no sentido de moldar a cultura democrática que se reivindica em nossas terras”.²⁸⁷

O projeto, antes de ser adotado, necessita ser debatido e analisado criteriosamente, não apenas no campo teórico, como também no campo prático, com a participação da sociedade e das pessoas que convivem diariamente com o sistema criminal, a fim de analisar os pontos que necessitam e podem ser aprimorados no projeto, trazendo-o para mais perto da realidade na qual o Brasil está inserido. De nada adianta defender a proposta apresentada e até mesmo a criação do juiz de garantias, se eles não puderem ser concretizados.

²⁸⁶ COUTINHO, *Anotações pontuais...*, p. 16.

²⁸⁷ PRADO, Geraldo. *Os embargos infringentes no PLS 156/2009*. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ano 18. Edição Especial. ago. 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2013. p. 18.

Embora a criação de um novo Código de Processo Penal divida opiniões, ele deve ter como fim precípuo o bem comum, com respeito à dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do cidadão, sem, contudo, olvidar da sede de justiça pela qual tanto se clama, tendo em conta o alto índice de criminalidade que assola a sociedade brasileira.

CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado neste trabalho de conclusão, pode-se aferir que o Código de Processo Penal de 1941, todavia vigente, demonstra-se superado, tanto pela época em que foi formulado, visto que o cenário político do Brasil em 1940 é completamente distinto da realidade das liberdades públicas previstas atualmente, como também pelas diversas reformas parciais que nele foram realizadas com o intuito de adequá-lo a Constituição Federal de 1988, mas que acabaram tornando-o desarmônico.

Justo por esse motivo, a iniciativa de criação de um novo CPP é louvável. A definição expressa de um sistema processual pela legislação infraconstitucional foi completamente acertada, pois acaba com uma discussão travada por doutrina e jurisprudência acerca de qual modelo é adotado pela legislação brasileira, inclusive porque adequa o CPP aos princípios e diretrizes definidos pela Carta Magna de 1988.

Juntamente com a adoção de um sistema acusatório, o projeto propõe-se a criar um juiz destinado a salvaguardar os direitos do investigado no curso da fase investigatória, preliminar ao processo, que se torna posteriormente prejudicado a operar neste processo, sendo os autos remetidos a outro juiz, capaz, então, de desenvolver uma instrução e decisão imparciais. Embora a ideia seja louvável, pois possui o intuito de dar maior efetividade aos direitos e garantias constitucionalmente previstos ao indivíduo, bem como de garantir a imparcialidade do juiz criminal nas ações penais, é imprescindível ter em conta a realidade apresentada no cenário jurídico brasileiro. São muitas as deficiências existentes, tal como a falta de recursos materiais e humanos em muitas comarcas do país.

O Brasil, principalmente nas regiões mais afastadas do centro do país, demonstra que seria consideravelmente difícil concretizar o instituto do juiz de garantias, pois para cada comarca do país seriam necessários, ao menos, dois juízes, e em muitas delas sequer existe um juiz com titularidade. Nas grandes comarcas, como as das capitais dos estados, existe sim a possibilidade, mas seria inaceitável que alguns acusados fossem julgados por um juiz imparcial, seguindo o novo procedimento, e os demais, em pequenas comarcas, fossem julgados por um “juiz parcial”, conforme o rito do CPP de 1941.

Além destes apontamentos há a questão orçamentária, que traria um grande impacto ao erário público, pois o Poder Judiciário possui outras necessidades e prioridades na aplicação destes valores, como, por exemplo, na criação de defensorias públicas, estas, sim,

com capacidade a atuar em favor dos investigados indefesos e suscetíveis a abusos pelo Estado.

Durante a fase investigatória algumas diligências realizadas pela autoridade policial necessitam de autorização judicial, justo porque caberá ao juiz salvaguardar o investigado de qualquer exagero que possa vir a ser cometido pelos investigadores; é o seu papel, único e exclusivo. Não é seu dever requerer provas *ex officio* durante a fase de investigação, visto que o processo não se instaurou. Sua atuação é apenas secundária, a fim de defender a legalidade do inquérito. Por esse motivo o juiz de garantias é desnecessário, não havendo motivos para que exista um juiz apenas para essa fase, já que sua atuação será meramente asseguradora de direitos.

O Estado conferiu a um terceiro o poder de dizer o direito porque ele é um ser equidistante das partes e, portanto, seria capaz de dar a melhor solução ao fato ocorrido, cabendo a ele garantir que o acusado, assim como a vítima, participem de um processo comprometido com a justiça.

Acredita-se que a necessidade da criação de um juiz de garantias, a fim de conferir imparcialidade ao julgamento do processo, é prescindível. Não se estaria pré-julgando o réu ao aceitar ou rejeitar um pedido de prisão preventiva ou liberdade provisória. Trata-se da análise dos fatos e provas até então apresentados pelas partes ao julgador. E, sempre que necessário, no curso da ação penal, poderá o juiz requerer o esclarecimento de algum ponto controvertido que não foram por elas demonstrados. Não se trata de uma busca incessante por provas, ou pela busca da verdade real – que esta, como se sabe, é inalcançável – mais, sim, de elucidar determinado fato obscuro que possa, deveras, influenciar o seu julgamento.

O julgador não pode ser uma pessoa inerte de acordo com o processo penal moderno. Deve zelar pelo regular andamento do processo, tomando todas as diligências que entender necessárias à apuração de fatos confusos, tendo em conta sempre a ponderação e a justeza de seus atos, podendo, inclusive, decretar de ofício alguma eventual nulidade que entenda existente e capaz de deflagrar o julgamento da causa.

A atuação do magistrado, ao contrário do que se imagina, pretende dar suporte a sua decisão. Sua atividade dentro do processo não pode ser ilimitada, tampouco discricionária, haja vista a existência de freios à iniciativa oficial, os quais se encontram na necessidade de motivação de seus atos, bem como nos limites da licitude, da legitimidade e da necessidade das provas produzidas. O juiz, sempre que exorbitar os limites da legalidade e

proporcionalidade, estará infringindo o princípio da imparcialidade, que deverá ser reclamado pelas partes na defesa de seus direitos constitucionais a um julgamento justo.

O processo penal demonstra-se cada vez mais descomprometido com a humanização, quer dizer, está se tornando cada vez mais impessoal, o que deve ser combatido criando-se instrumentos capazes de proporcionar um processo respeitador dos direitos humanos e preocupado com o indivíduo. Não se deve combater o bom juiz, aquele preocupado com as partes – em especial o acusado – mas, sim, aquele mau juiz, discricionário e inquisidor, que não possui apego ao processo e tampouco aos que nele estão envolvidos, pois o direito não poderá ser realizado a qualquer preço, sendo imperioso criar limites ao direito do Estado de punir.

Acima de tudo, o juiz é um ser humano; não há como distanciá-lo da realidade, do acusado e das provas. Ele é um ser inserido na realidade e não uma máquina programada para julgar, já que possui suas experiências e motivações e certamente irá imprimi-las em seus atos. E o juiz de garantias, assim como o juiz do processo, está sujeito a isso, sendo impossível idealizar um juiz completamente imparcial e alheio. Até mesmo porque ele próprio estaria sujeito a ser contaminado pela imparcialidade no curso da investigação policial, vindo a praticar algum ato discricionário.

Entende-se que a atividade do julgador, sempre que realizado sob a égide do contraditório, da necessidade e da proporcionalidade, não é incompatível com o sistema acusatório, uma vez que este modelo processual pretende a defesa do acusado contra eventuais excessos do Estado, bem como de um julgamento injusto e parcial. O magistrado, no uso de suas atribuições de julgar, deve sempre dar o seu melhor, cuidando para que sua sentença esteja dentro dos ditames estabelecidos pela Carta Magna.

Para além de uma discussão acerca de sistemas processuais (acusatório e inquisitório), que se torna muito complexa e exaustiva, tendo em vista a falta de consenso sobre esses conceitos, caberá ao Código de Processo Penal e aos operadores de direito instituírem um processo penal democrático, pautado nos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. O processo penal, mais que qualquer outro processo, deve seguir rigorosamente as “regras do jogo”, a fim de conferir igualdade de condições às partes e assegurar o devido processo legal, concretizando os ditames previstos na Constituição Federal de 1988 que institui um Estado Democrático de Direitos.

Deste modo, a reforma é admirável e indispensável, mas ainda carece de determinados ajustes que a tornem viável e capaz de suprimir as necessidades da sociedade. No que tange ao juiz de garantias demonstra-se, portanto, desnecessário à efetivação da imparcialidade do julgamento. A atuação de um juiz no curso da investigação policial é imprescindível, pois será ele o órgão capaz de dar guarida aos direitos fundamentais do acusado, assim como analisar a legalidade dos atos praticados pela autoridade policial. Seu papel não é coadjuvar juntamente com o órgão acusador na busca por provas, o que seria até mesmo inconstitucional. Acredita-se que a imparcialidade do juiz não será afetada por atuar na fase investigatória, pois sua função ali não é pré-julgar o investigado, ou analisar o mérito da questão, mas apenas conferir legitimidade a esta fase antecedente ao processo, o que se demonstra imprescindível para a realização da justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Arnaldo Quirino. *Os poderes instrutórios do juiz no atual Código de Processo Penal e o “juiz de garantias” no seu projeto de reforma*. Disponível em: <<http://arnaldoquirino.com/2011/08/27/os-poderes-instrutorios-do-juiz-no-atual-codigo-de-processo-penal-e-o-juiz-de-garantias-no-seu-projeto-de-reforma/>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito Processual Penal*. Coleção OAB. 1. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2012.

AMBOS, Kai. *Temas Fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Quito: Cevallos Editora Jurídica. 2011.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *A Atividade Probatória Ex Officio Judicis na Recente Reforma Processual Penal*. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/maurofonsecart.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2013.

_____. *O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo*. Disponível em:

<<http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/attachments/article/12/O%20Sistema%20Acusatorio%20no%20Projeto%20de%20Novo%20CPP.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

_____. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 1. ed. Curitiba: Juruá. 2010.

_____. *Reflexões em torno de um novo código de processo penal*. Disponível em: <<http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/attachments/article/16/Reflex%C3%B5es%20em%20Torno%20de%20um%20Novo%20CPP.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2013.

_____. *O Juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/O-Juiz-de-Garantias-na-Interpretacao-do-TEDH.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2013.

_____. *O Sistema Acusatório e a Atividade Probatória Ex Officio Judicis na Visão da Corte Constitucional Italiana*. Disponível em: <<http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/attachments/article/39/Corte%20Constitucional%20Italiana.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013.

ARMBORST, Aline Frare. *A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório*. 2008/2. Artigo publicado partir do resumo de TCC. (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, RS, 2008/2. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/alin_e_frare.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2013.

BARROS FILHO, Mário Leite de. *A reforma ou destruição do Código de Processo Penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2187, 27 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13056>>. Acesso em: 14 set. 2013.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e gestão da prova. Os novos arts. 155 e 156 do Código reformado (Lei nº 11.690/08)*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18837-18838-1-PB.pdf>>. Acesso em: 4 ago. 2013.

BORGES, Clara Maria Roman. *As atuais tendências de reforma do código de processo penal e a promessa de constitucionalização e democratização do sistema processual penal vigente*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/claraborges.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2013.

BRANDANI, Sérgio Augusto Souza. *O juiz de garantias. Previsão do anteprojeto de Código de Processo Penal*. 2011. 88 f. Trabalho de Conclusão (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, UniToledo, Presidente Prudente - SP, 2011. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2874/2652>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

BRASIL. *Lei n. 9.034*, de 3 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm>. Acesso em: 4 ago. 2013.

BRASIL. Senado Federal. *Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de reforma do Código de processo penal*. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.juareztares.com/Textos/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 156, de 22 de abril de 2009. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal*. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 8 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *A verdade real na jurisprudência do STJ*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105250>. Acesso em: 4 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 15.5149/RJ*, da 5ª Turma. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 63.790/RJ*, da 6ª Turma. Relator: Min. Paulo Gallotti. Brasília, 17 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 1570*. Relator: Min. Maurício Correa. Brasília, 14 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 4 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 94.641/BA*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 26 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 75.769/MG*, da 1ª Turma. Relator: Min. Octávio Gallotti. Brasília, 30 de julho de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 83.947/AM*, da 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 07 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 de set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 94.278/SP*, do Tribunal Pleno. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 25 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad: Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Editora Russell. 2009.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASAGRANDE, Renato. Senado Federal. *Requerimento n° de 2008*. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/12590.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA. Senado Federal. *Parecer n. de 2010*. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/74696.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Nota técnica n° 10/2010*. Ref.: Projeto de Lei do Código de Processo Penal n° 156/2010. (Publicada no DJ-e n° 160/2010, em 01/09/2010, pág. 2-4). Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/317-notas-tecnicas/11221-nota-tecnica-no-102010a>>. Acesso em: 14 set. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA. *Análise do projeto de lei 156/2009 do Senado (PL 8045/2010 na Câmara), que institui o novo Código de Processo Penal*, 2011. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5keOq_OGzSMJ:www.paginasdeprocessopenal.com.br/index.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D72:anlise-do-projeto-de-lei-156-2009-do-senado%26id%3D4:cdigos-de-processo-penal-estaduais%26Itemid%3D20+&cd=2&hl=en&ct=clnk>. Acesso em: 20 set. 2013.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 1º set. 2013.

CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè Editore. 2006.

COTRIM, Gilberto. *História e consciência do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

_____. *História e consciência do mundo*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP*. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ano 18. Edição Especial. ago. 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2013.

_____. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. Revista de estudos criminais. ano 1. n 1. 2001. Disponível em: <<http://www.itecrs.org/revista/1.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2013.

_____. *O papel do novo juiz no processo penal. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Coord.: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 05 set. 2013.

DAMASKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. Yale: Yale University Press, 1997.

FARRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 9. ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *O juiz das garantias projetado pelo novo CPP*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2786, 16 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18508>>. Acesso em: 8 set. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A defesa penal e a sua relação com a atividade probatória*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 10. n. 40. out.-dez. p. 91-105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório*. Revista brasileira de ciências criminais. ano 7. n. 27. jul.-set. p. 71-80. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *A reforma do Código de Processo Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, n. 31, jul.-set. p. 65-75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Ed, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUEDES, Lucio Ferreira. *A busca da verdade real e o direito de não produzir prova contra si mesmo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3282, 26 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22109>>. Acesso em: 4 ago. 2013.

HAGEMANN, Fernanda Mietch. *Juiz de Garantias: necessidade ou falácia?* 2010. 41 f. Trabalho de Conclusão (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Unijuí, 2011. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/269/MONOGRAFIA%20FERNANDA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 set. 2013.

ITÁLIA. *Lei Delegada nº 81*, de 16 de fevereiro de 1987. Disponível em: <<http://www.normattiva.it>>. Acesso em: 11 set. 2013.

KIRCHNER, Felipe. *A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 17. n. 80. set.-out. p. 119-150. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES Jr., Aury. *Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no pls 156/2009 (e mais algumas preocupações...)*. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ano 18. Edição Especial. ago. 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2013.

_____. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUZ, Gustavo de Oliveira da. *Juiz das garantias: ainda na busca do sistema constitucional acusatório*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2960, 9 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19724>>. Acesso em: 8 set. 2013.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Verdade formal versus verdade material*. in Revista dos Tribunais Online. Revista dos Tribunais. v. 875. p. 432. set. 2008. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600001418ee2ba80c29d441d&docguid=I23595310f25611dfab6f010000000000&hitguid=I23595310f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=5&startChunk=1&endChunk=1&fallback-referer=http%3A%2F%2Fwww.revistadotribunais.com.br%2Fmaf%2Fapp%2Fdelivery%2Fdocument>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

MARQUES, José Frederico. *Elementos do Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millennium. 2000.

MAYA, André Machado. *O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal*. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Juiz-das-garantias-Andre.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2013.

MEZZALIRA, Ana Carolina; GIULIANI, Emília Merlini. *A reforma do CPP e seus reflexos para o acusado: A busca pela conformidade constitucional do processo penal*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8635>. Acesso em: 31 ago. 2013.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Quem tem medo do “juiz das garantias”?* Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ano 18. Edição Especial. ago. 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2013.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas do processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. Cood. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Juiz das garantias do novo CPP é arbitrário*. Revista Consultor Jurídico. 6 de junho de 2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-06/sistema-juiz-garantias-cpp-arbitrario-inviavel>>. Acesso em: 14 set. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *O valor da confissão como meio da prova no processo penal*. 2. ed. Comentários à Lei da Tortura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Entrevista sobre a reforma do CPP*. Revista OAB in Foco. n 13. jun. 2008. Entrevista concedida a Claudia Zardo. Disponível em: <<http://www.oabuberlandia.org.br/oab10.qps/Ref/QUIS-7G4RXB>>. Acesso em: 3 ago. 2013

_____. *Reformas legislativas e o CPP*. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ano 18. Edição Especial. ago. 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2052>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

PEREIRA, Viviane de Freitas; MEZZALIRA, Ana Carolina. *Em busca de um princípio Unificador para o processo penal. O sistema acusatório constitucional como garantia no processo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2428, 23 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14376>>. Acesso em: 11 set. 2013.

PRADO, Geraldo. *A reforma processual penal brasileira*. in Revista dos Tribunais Online. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 40. p.143. out. 2002. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001418ef6d7d1b0f3a421&docguid=I2e688d30f25511dfab6f010000000000&hitguid=I2e688d30f25511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=49&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 19 set. 2013.

_____. *Os embargos infringentes no PLS 156/2009*. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ano 18. Edição Especial. ago. 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2013.

_____. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Crime nº 70022113773*, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 19 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.jus.br>>. Acesso em 02 de set. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Exceção de suspeição nº 70043284165*, da 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 21 de julho de 2011. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 19 ago. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal (4ª região). *Remessa ex officio criminal nº 94.04.42522-2*, da 1ª Turma. Relator: Des. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, 20 de outubro de 1994. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 02 set. 2013.

SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal (3ª região). *Habeas Corpus nº 0001192-94.2010.4.03.0000/SP*, da 5ª Tuma. Relator: Des. Luiz Stefanini. São Paulo, 26 de julho de 2010. Disponível em <www.trf3.jus.br>. Acesso em: 20 ago. 2013.

SCHMITT, Patrícia Guimarães. *Sistema probatório brasileiro e a atuação do juiz no processo penal*. XI Salão de Iniciação Científica – PUCRS, 09 a 12 de agosto de 2010. Faculdade de Direito. Porto Alegre, RS, 2010. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/XISalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/83240-PATRICIAGUIMARAESSCHMITT.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2013.

SCHREIBER, Simone. *O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano. 18, n. 213, ago. 2013. p. 2. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim213.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *O princípio da imparcialidade do julgador como garantia fundamental e seus efeitos no processo*. in Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo. vol. 186. p. 333. ago. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001418ef115cf91df68f9&docguid=Ideb8be10f25711dfab6f010000000000&hitguid=Ideb8be10f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=28&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

THEODORO Jr., Humberto. *Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)*. In Revista Brasileira de Direito de Família, nº 3, do IBDFAM, out.-dez. 1999, Síntese Editora, p. 05-23. Disponível em: <http://www.jfgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Humberto/Prova.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. *Devido processo penal e atuação dos sujeitos parciais*. in Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo. vol. 69. p. 91. jan. 1993. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000141bee3410b294b54c2&docguid=I5d5fa4f0f25711dfab6f010000000000&hitguid=I5d5fa4f0f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=7&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

_____. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.