



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JEFFERSON MATSON NÓBREGA SILVA

**O JUIZ DE GARANTIAS: UMA INOVAÇÃO LEGISLATIVA NO PROCESSO
PENAL COMO FORMA DE ASSEGURAR O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE
NA PERSECUÇÃO PENAL**

CAMPINA GRANDE/PB

2016

JEFFERSON MATSON NÓBREGA SILVA

O JUIZ DE GARANTIAS: UMA INOVAÇÃO LEGISLATIVA NO PROCESSO PENAL COMO FORMA DE ASSEGURAR O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE NA PERSECUÇÃO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Processo Penal

Orientador: Profa. Me. Elis Formiga Lucena

CAMPINA GRANDE/PB

2016

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S586j Silva, Jefferson Matson Nóbrega.
O juiz de garantias [manuscrito] : uma inovação legislativa no processo penal como forma de assegurar o Princípio da Imparcialidade na persecução penal / Jefferson Matson Nobrega Silva . - 2016.
23 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2016.
"Orientação: Profa. Ma. Elis Formiga Lucena, Departamento de Direito".

1. Modelos Processuais. 2. Princípios Constitucionais. 3. Processo Penal. I. Título.

21. ed. CDD 345.05

JEFFERSON MATSON NÓBREGA SILVA

O JUIZ DE GARANTIAS: UMA INOVAÇÃO LEGISLATIVA NO PROCESSO PENAL
COMO FORMA DE ASSEGURAR O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE NA
PERSECUÇÃO PENAL

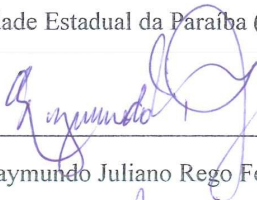
Área de concentração: Processo Penal.

Aprovado em: 19/05/2016.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Elis Formiga Lucena (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Raymundo Juliano Rego Feitosa
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Marcelo D' Angelo Lara

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

O JUIZ DE GARANTIAS: UMA INOVAÇÃO LEGISLATIVA NO PROCESSO PENAL COMO FORMA DE ASSEGURAR O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE NA PERSECUÇÃO PENAL

Jefferson Matson Nóbrega Silva.

RESUMO

As sociedades modernas convivem com um fato social indesejado, a saber: a criminalidade. O Estado assume um papel de protagonista diante desse cenário, pois, a este foi conferido o monopólio do direito de punir àquele que comete uma infração penal, entretanto, para isso deve seguir uma série de procedimentos a fim de garantir os direitos fundamentais do infrator, pois ao Estado é dado o direito de punir, mas não de uma forma ilimitada. Deve o ente punitivo seguir a persecução penal que, é dividida em nosso ordenamento em duas fases, a primeira consiste na investigação preliminar, ao passo que na segunda se tem o processo. O modelo processual adotado pela Constituição Cidadã a ser seguido na persecução penal foi o modelo acusatório. E de acordo com este, deve o juiz assumir o papel de julgador do caso, tendo como norte o princípio da imparcialidade. O presente trabalho por meio de pesquisas bibliográficas, na doutrina pátria e no ordenamento jurídico, irá demonstrar qual o cenário atual da *persecutio criminis* no Brasil, se está sendo respeitado o princípio da imparcialidade nos julgamentos, bem como fazer a análise do juiz de garantias, uma inovação prevista no projeto do novo Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Persecução penal; Modelos processuais; Princípios constitucionais no Processo Penal; Juiz de garantias.

INTRODUÇÃO

A constituição da República Federativa do Brasil tem suas bases fundadas em um Estado Democrático de Direito, no qual, tem-se o respeito ao império das leis, bem como aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Um traço marcante das sociedades modernas é a criminalidade. Diante desse fato social, o Estado tem um papel crucial. De um lado irá combater a prática de crimes com seu *ius puniendi*, pois, apenas, ao Estado é conferido o monopólio do direito de punir. Não obstante, por outro lado, deve garantir os direitos dos cidadãos, inclusive daqueles que

transgridam o ordenamento jurídico cometendo infrações penais. E como equalizar essa problemática, punir o indivíduo e garantir, concomitantemente, seus direitos fundamentais?

A constituição de 1988 trouxe o modelo a ser seguido pelo Estado para desenvolver o seu *ius puniendi*. Adotou-se o sistema acusatório, no qual, evidencia-se como núcleo fundante, a separação das funções de acusar, defender e, enfim, julgar àquele que praticou uma infração penal. Neste modelo, em apertada síntese, o juiz assume a função de julgar a demanda, com imparcialidade, bem como garantir os direitos daquele que será julgado. Com a adoção desse sistema, a carta política de 1988 conseguiu equalizar a problemática de punir e garantir direitos daquele que transgredir o ordenamento pátrio.

Seguindo os ditames preconizados na constituição de 1988 o cenário da persecução penal mostra-se ideal, contudo, esta não é a realidade brasileira. A constituição adotou o sistema acusatório, entretanto, o código de processo penal que, regula toda a persecução penal, o qual foi instituído pelo Decreto-Lei N° 3.689, de 3 de outubro de 1941, com grande influência Facista, tem em sua redação fortes traços da adoção de um sistema inquisitório.

O diploma processual penal, que fora objeto de várias reformas pontuais, a fim de se adequar aos modelos constitucionais, até chegar a constituição cidadã, tem fortes resquícios de um sistema inquisitório, a maior evidência disso são as previsões, dispostas ao longo do código, que garantem ao juiz ter um papel ativista, tanto na fase de investigação preliminar, como na fase processual da persecução penal.

No cenário atual, será que essa atuação ativa do juiz, buscando dar efetividade à persecução penal, não estaria violando direitos fundamentais do cidadão? O juiz que na fase de investigação assumir posição ativista, conseguirá julgar o caso com a tão esperada imparcialidade?

Essas indagações serão objeto do presente artigo, que mostrará o quadro atual da *persecutio criminis* com todas as suas máculas, como também trará à tona a figura do juiz de garantias, uma inovação prevista no projeto do novo código de processo penal que, tem a função precípua de trazer uma imparcialidade plena ao juiz na persecução penal.

A metodologia utilizada para desenvolver a presente obra, teve por base uma pesquisa bibliográfica da legislação infraconstitucional, da legislação constitucional, assim como da doutrina pátria.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Na evolução histórica do processo penal foram desenvolvidos três sistemas processuais penais, o sistema inquisitorial, o sistema acusatório e o sistema misto.

Antes de enfrentar os sistemas individualmente se faz necessário entender o que é sistema processual.

Para Prado (1999, p. 171), “sistema processual é o modelo político jurídico de resolução dos conflitos de interesses na esfera penal”. O cidadão que delinque gera um conflito social, em que a sociedade quer como resposta estatal o combate a tal ato, responsabilizando àquele que praticou o crime, para isso, o Estado precisa submeter o indivíduo a um processo para, enfim, aplicar-lhe a pena. Essa sistemática, de encontrar o autor da infração, submetê-lo a um processo e aplicar uma sanção pelo ato praticado, é preestabelecida por um sistema processual.

No mesmo sentido Rangel (2005, p. 45) explica: “conjunto de princípios e regras de um determinado momento histórico, estabelece as diretrizes para a aplicação do direito penal a cada caso concreto”. Precisa-se de um sistema preconcebido para poder aplicar o direito penal e sancionar o transgressor do ordenamento penal.

Depreende-se que a finalidade precípua dos sistemas processuais é estabelecer um conjunto harmônico de regras e princípios que vão nortear toda a persecução penal.

1.1.Sistema inquisitorial

Esse sistema teve seu apogeu no direito canônico, e foi adoto pela Europa por alguns séculos.

Tem como traço marcante o fato de o juiz concentrar todos os papéis presentes em uma relação processual; funcionando como acusador, defensor e, por fim, julgador do caso.

De acordo com Renato Brasileiro:

Adotado pelo direito canônico a partir do século XIII, o sistema inquisitorial posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII. Tem como característica principal o fato de as

funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor. (BRASILEIRO, 2015, p.39).

Como o juiz concentrava em suas mãos as funções de acusar, defender e julgar, não se tinha um processo dialético, o que imperava era, apenas, a vontade do juiz. Por ele acusar e julgar, não havia respeito ao princípio do contraditório, pois o réu não tinha o que contrariar, tendo em vista que o próprio juiz iria se encarregar de sua defesa.

No sistema inquisitorial buscava-se a utópica verdade real, e como o juiz tinha ampla iniciativa probatória, ele buscava a reconstrução dos fatos de qualquer maneira, chegando-se ao extremo de se torturar o réu para obter sua confissão, que era tida à época como a rainha das provas. Nesse contexto, o acusado era tido como mero objeto do processo, e não como sujeito de direitos.

Tem esse sistema, ainda, as características de ser secreto e escrito.

Em suma, por ter tais características o sistema inquisitivo, flagrantemente, viola inúmeros direitos fundamentais do cidadão, dentre eles: o contraditório e a ampla defesa, assim como o direito de ser submetido a um devido processo legal substancial.

Tem-se, ainda, o fato de o juiz nesse sistema não respeitar o princípio da imparcialidade, pois ao funcionar como acusador e, buscar provas com o fim de dá efetividade a persecução penal, punindo àquele que praticou um fato definido como crime, fica o juiz psicologicamente ligado ao resultado da demanda, não se tendo objetividade no julgamento, assim como a devida imparcialidade. Com isso há uma violação clara à constituição federal de 1988, como também, a convenção Americana de Direitos Humanos. (BRASILEIRO, 2015).

1.2. Sistema acusatório

Diametralmente oposto ao sistema inquisitorial está o sistema acusatório. De acordo com essa sistemática processual, existe um processo dialético, em que as partes assumem seus devidos lugares, formando um *actum triun personarum*. De um lado, tem-se o polo da acusação, do outro a defesa e, sobrepondo-se a esses está presente um juiz que, assume uma posição equidistante das partes, e detém a função de julgar o caso a ele apresentado.

Historicamente, ensina Renato Brasileiro:

O sistema acusatório vigorou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germano. A partir do século XIII entra em declínio, passando a ter prevalência o sistema inquisitivo. Atualmente, o processo penal inglês é aquele que mais se aproxima de um sistema acusatório puro. (BRASILEIRO, 2015, p.41).

Com o fortalecimento da igreja, o sistema acusatório que até aquele momento vigorava foi substituído pelo sistema inquisitorial, característico sistema de regimes totalitários.

Enquanto, no sistema inquisitorial prevalecia a concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de uma única pessoa, qual seja, o juiz inquisidor, no sistema acusatório há uma clara separação dessas funções, em que sujeitos processuais assumem funções distintas dentro do processo, ou seja, uma parte acusa, a outra se defende e, por fim, o juiz julga a demanda.

As características que permeiam o sistema acusatório são: a prevalência da oralidade, a publicidade, a motivação das decisões judiciais, a separação rígida entre o juiz e a acusação e a paridade de armas entre acusação e defesa.

Outro traço marcante desse sistema é o fato de a atividade probatória ser função das partes, devendo o juiz assumir a posição de garantidor das regras da persecução penal, além de salvaguardar direitos e liberdades fundamentais do cidadão. Destarte, o acusado era dito como sujeito de direitos, diferentemente, do sistema inquisitivo, no qual, ele era visto como mero objeto do processo. (BRASILEIRO, 2015).

A constituição federal de 1988, em seu artigo 129, inciso I adotou o sistema acusatório, assegurando a função de titular privativo da ação penal pública ao Ministério Público. O juiz só irá julgar a demanda se for provocado pelo titular da ação, o que, em regra, é função do Ministério Público.

Com a produção probatória sendo desenvolvida pelas partes, e havendo o distanciamento do juiz da acusação, o sistema acusatório se harmoniza com o princípio da imparcialidade, assim como, respeita os princípios do contraditório e da ampla defesa.

1.3. Sistema misto

Esse sistema recebe o nome de misto, pois ele fica entre os dois outros sistemas supramencionados, ou seja, basicamente ele é a junção dos outros dois. Nele o processo se desdobra em duas fases distintas, a primeira fase é inquisitorial, tendo como características: a forma escrita e secreta. Nessa fase o objetivo é a apuração da materialidade e da autoria, sem acusação e, portanto, sem contraditório. Na segunda fase o órgão encarregado da acusação apresenta a acusação, o réu apresenta sua defesa e o juiz julga, tem como regra, as características da publicidade e da oralidade. (BRASILEIRO, 2015).

Durante muitos séculos o sistema inquisitivo foi adotado pela Europa, mas a partir do século XIII, ele passou por algumas transformações.

“Após se disseminar por toda a Europa a partir do século XIII, o sistema inquisitorial passa a sofrer alterações com a modificação napoleônica, que instituiu o denominado sistema misto. Trata-se de um modelo novo, funcionando como uma fusão dos dois modelos anteriores, que surge com o *Code d'Instruction Criminelle français*, de 1808. Por isso, também é denominado de sistema francês”. (BRASILEIRO, 2015, p.42).

2. PERSECUÇÃO PENAL

A persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro é dividida em duas fases, a primeira consiste na investigação preliminar e a segunda na fase do Processo Penal que, tem início a partir do momento em que o juiz recebe a peça acusatória, seja a denúncia ofertada pelo Ministério Público nas hipóteses de crimes perseguidos por ação penal pública, ou queixa crime oferecida pelo querelante nos crimes de ação penal pública de iniciativa privada. Como leciona Frederico Marques:

a *persecutio criminis* apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto a primeira é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*. (MARQUES, 2003, p.138).

2.1. Investigação preliminar

A investigação preliminar é um momento imprescindível para que haja um processo. E, não poderia ser diferente, pois iniciar um processo contra uma pessoa é já lhe trazer uma penalização, uma vez que ela será estigmatizada no seu convívio social. Por esse e outros

motivos que, a investigação preliminar é tão importante, a fim de não trazer injustiça a uma pessoa que será ré, indevidamente, em um processo.

A investigação preliminar possui como principais caracteres: a autonomia, pois pode haver uma investigação completa, bem estruturada e não ter um futuro processo; a instrumentalidade, tendo em vista, ser um instrumento a serviço do processo, entre outros.

Os fundamentos de existência da investigação preliminar são: esclarecer um fato, qual seja, uma infração penal, e trazer uma cognição a nível de probabilidade, *fumus comissi delicti*; evitar acusações infundadas, isso para evitar processo desnecessário, sem base alguma, que só trazem sofrimento para o réu, com a sua estigmatização, etc.

No Brasil é adotado como modelo de investigação, o modelo policial, no qual, em regra, a polícia titulariza as investigações. É o que infere da redação do art. 144, § 4º, da Constituição Federal, senão vejamos: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

Dentro desse contexto de investigação preliminar, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o inquérito policial, como o principal meio para apurar infrações penais, bem como quem as praticou. É o que dispõe o código de processo penal em seu art.4º: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.”

2.1.1. Inquérito policial

É cediço que o inquérito policial é o principal meio de investigação preliminar do ordenamento pátrio.

Faz-se necessário trazer a conceituação acerca do instituto.

“Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.” (BRASILEIRO, 2015, p.109).

Outrossim, prelecionam Nestor e Alencar:

O inquérito policial vem a ser o procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado. (NESTOR E ALENCAR, 2013, p.98).

Depreende-se que o inquérito policial tem natureza eminentemente administrativa. O delegado de polícia, que preside o feito irá diligenciar, a fim de obter elementos de informação quanto à autoria e à materialidade delitiva objetivando contribuir para a formação da convicção do titular da ação penal.

A atuação da autoridade policial na persecução penal é de suma importância, pois ao colher os elementos de informação quanto à autoria e à materialidade delitiva, ele subsidia o oferecimento da denúncia que tiver como base o inquérito policial desenvolvido. Isto é, para o oferecimento da denúncia deve-se ter justa causa para a ação, que se traduz com a prova da materialidade do fato, ou seja, ocorreu a prática de um fato criminoso e, indícios suficientes de autoria. A ausência de justa causa para a ação de acordo com o que reza o inciso III do art. 395 do código de processo penal, é uma das causas de rejeição da peça acusatória.

Outrossim, esses elementos de informação na fase de investigação viabilizam o requerimento de medidas cautelares.

Nas lições de Renato Brasileiro:

Esses elementos de informação colhidos no inquérito policial são decisivos para a formação da convicção do titular da ação penal sobre a viabilidade da acusação, mas também exercem papel fundamental em relação à decretação de medidas cautelares pessoais, patrimoniais ou probatórias no curso da investigação policial. De fato, para que medidas cautelares como a prisão preventiva ou uma interceptação telefônica sejam determinadas, é necessário um mínimo de elementos quanto à materialidade e autoria do delito. Além disso, também são úteis para fundamentar eventual absolvição sumária, CPP, art. 397. (BRASILEIRO, 2015, p.110).

Vale destacar as principais características do inquérito policial para melhor inteligência da temática. São eles:

- a) Procedimento escrito;
- b) Procedimento dispensável, pois pode haver o oferecimento da denúncia, independentemente dele;
- c) Procedimento discricionário;
- d) Procedimento temporário;
- e) Procedimento indisponível, haja vista que o delegado uma vez iniciando um inquérito deve concluí-lo, não podendo arquivar autos de inquérito;
- f) Procedimento inquisitório, prevalece na doutrina e na jurisprudência que o inquérito é um procedimento inquisitorial, pois nele não há contraditório, nem ampla defesa.
- g) Sigiloso.

Dentre as características supratranscritas a mais emblemática é ser o inquérito inquisitivo. E a razão de ser é o fato de ser presidido por um agente administrativo que

conduz todo o procedimento sem observar os princípios da ampla defesa e do contraditório. Isso se dá, pelo fato de nesse momento da persecução penal não haver acusado, o que há é uma pessoa sendo investigada de ter cometido uma infração penal. Do contrário, ou seja, caso o delegado de polícia tivesse o dever de informar ao investigado a colheita de informações, a fim de que ele contraditasse, respeitando-se o contraditório, o procedimento de investigação estaria fadado ao insucesso.

Apesar de nesse procedimento não ser respeitado o contraditório e a ampla defesa, o investigado tem direitos fundamentais inerentes a dignidade da pessoa humana e deverão ser respeitados e protegidos pelo Estado.

É cediço que o delegado é o protagonista dessa fase investigativa, mas, e o juiz, qual é o seu papel na primeira fase da persecução penal? O juiz no modelo de investigação como já foi mencionado não é o encarregado das investigações, pois essa função foi atribuída ao delegado de polícia. No sistema acusatório, o qual, segundo a ampla maioria da jurisprudência e da doutrina foi adotado pelo ordenamento penal brasileiro, o juiz deve atuar nessa fase quando for invocado, seja pelo delegado, seja pelo Ministério Público, para autorizar, por exemplo, medidas restritivas de direitos fundamentais, tais como algumas medidas cautelares constritivas da liberdade.

Diante do exposto, entende-se que a intervenção do juiz é uma intervenção excepcional, contingencial. Contudo, o código de processo penal em seu art.156, inciso I, permite que o juiz de ofício, determine a realização de provas, ainda, na fase pré-processual. Faz-se necessário ver a redação do artigo 156, inciso I:

Art. 156. 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;

Tal dispositivo é alvo de severas críticas pela doutrina, pois a princípio viola a garantia do sistema acusatório e quebra a imparcialidade do juiz.

3. A PRIMEIRA FASE DA PERSECUÇÃO PENAL CONDUZIDA POR UM JUIZ ATIVISTA

É cediço que a constituição federal de 1988 adotou o sistema acusatório. Neste, em apertada síntese, tem-se a separação das funções de acusar, defender e julgar; como também a iniciativa probatória pertence às partes, tendo o juiz que ficar equidistante das partes e

assegurar o devido processo legal, e ao final, após as partes apresentarem suas teses, baseadas em provas colhidas com respeito ao contraditório, julgar o caso, apresentando a devida fundamentação de sua decisão, e dando publicidade ao julgamento.

Parece não ser essa a realidade brasileira. O Código de Processo Penal garante ao juiz ter um comportamento ativista na fase do inquérito, prevendo até que, pode o juiz requisitar que o delegado de polícia instaure o inquérito, senão vejamos: “Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

Se o juiz tem conhecimento da prática de um fato criminoso deve informar ao Ministério Público para que, esse requirite a instauração do procedimento de investigação, já que é o maior interessado na instauração do inquérito policial, pois trará elementos informativos para subsidiar a ação penal, tendo em vista que essa necessita de que haja justa causa para o oferecimento da ação penal. Não há razão para que o juiz requirite ao delegado que, instaure o inquérito.

Deve o juiz ficar, totalmente, alheado da fase investigativa. O juiz no sistema acusatório deve assumir uma posição de mero espectador; claro salvaguardando direitos fundamentais do cidadão, assim como, vigiar para que haja respeito ao princípio da legalidade em todos os atos, porém, no que concerne a participar ativamente da fase de investigação, procurar provas, entre outros, deve ele, realmente, assumir um papel de mero espectador e não de protagonista.

Existe uma incompatibilidade lógica entre as funções de investigar e julgar, pois os atos de investigação têm como fim a procura da prática de um fato criminoso e de sua provável autoria. Por isso, deve o juiz ficar longe desse cenário, a fim de não fazer pré-julgamentos. E, não ferir sua imparcialidade.

O juiz que atua na fase de investigação de forma ativa, ao invés de respeitar os direitos fundamentais do cidadão, estará indo na contramão disso, ou seja, ferindo direitos do imputado, a saber: direito ao contraditório e a ampla defesa, entre outros. Assim como, estará se maculando pela parcialidade.

Outro artigo do Código de Processo Penal, duramente criticado pela doutrina que, atribui ao juiz ter um comportamento ativista na fase investigativa, é o art.156, inciso I.

Este dispositivo dispõe que:

“Art. 156. 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;”

Da análise do art. 156 do Código de Processo Penal se faz necessário observar como era a sua antiga redação, que assim previa:

“ Art. 156. 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.”

Comparando-se a redação anterior do art. 156, do Código de Processo Penal, com a atual, que foi alterada pela lei nº 11.690 de 2008. Constatou-se que o legislador infraconstitucional deu azo ao juiz determinar a produção probatória, de ofício, antes de iniciada a ação penal, ou seja, mesmo antes de o Ministério Público oferecer a denúncia. Com essa previsão andou mal o legislador, tendo em vista, que com isso feriu o sistema acusatório, adotado pela Constituição de 1988.

O juiz que vai atrás da prova na fase investigativa está ferindo, cabalmente, o sistema acusatório, assim como, ferindo o princípio da imparcialidade.

Pacelli argumenta:

[...] da nova redação do art. 156, I, CPP, dada pela Lei 11.690/08, ao prever que poderá o juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. O retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável. (PACELLI, 2012, p.83).

3.1. Princípios relacionados à persecução penal

3.1.1. Princípio da ampla defesa

É um direito fundamental do cidadão previsto no art.5º, LV, da Constituição Federal de 1988. O princípio da ampla defesa deve ser lido de modo abrangente, entendendo-se como sendo a junção da autodefesa e da defesa técnica.

A autodefesa divide-se em direito de audiência e direito de presença, em resumo, aquele consiste em ter o imputado o direito de ser interrogado pelo juiz, para pessoalmente

apresentar sua defesa. Já o direito de presença, assegura a presença do acusado em todos os atos da instrução.

Já a defesa técnica, em apertada síntese, apresenta-se como sendo o direito, indisponível e irrenunciável, de o acusado ter uma defesa plena e efetiva por profissional com capacidade técnica, ou seja, advogado legalmente habilitado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

A falta de defesa técnica gera nulidade absoluta, é o que depreende-se do verbete sumular nº 523 do STF " no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu."

A ampla defesa segundo Nucci:

[...] ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal [...]. (NUCCI, 2010, p.82).

Como visto o direito à ampla defesa deve ser criteriosamente observado, pois no âmbito da persecução penal, está em jogo um dos mais importantes direitos fundamentais do indivíduo, a saber: o direito à liberdade. A não observância do princípio da ampla defesa gera graves consequências ao processo como, por exemplo, culmina com sua nulidade.

3.1.2. Princípio do contraditório

O princípio do contraditório, assim como o da ampla defesa são direitos fundamentais do cidadão, não podendo ser afastados mesmo com a aquiescência do imputado.

Esse princípio forma-se pela junção do direito à informação e do direito de reação, contradição, daquilo levantado pela parte contrária.

Hodiernamente, não se tem apenas um contraditório formal, ou seja, assegurar o direito à informação e o direito de reação. Para se ter um respeito pleno ao princípio do contraditório deve ser assegurado às partes paridade de armas. Ou seja, as partes devem ter o

mesmo poder de reação e de conseguir reconstruir os fatos no processo, a fim de formar a convicção do magistrado.

Ensina Pacelli (2012, p. 42): “[...] o contraditório deve garantir ao acusado não somente o direito de participação no processo, mas também de realizar os atos na mesma intensidade e extensão”.

O princípio do contraditório é algo basilar a persecução penal, tendo em vista que através dele se forma o processo dialético, e o juiz julgará o caso com base em provas produzidas com base no contraditório.

Sua importância é de tal monta que ensina Renato Brasileiro:

Notadamente no âmbito processual penal, não basta assegurar ao acusado apenas o direito à informação e à reação em um plano formal, tal qual acontece no processo civil. Estando em discussão a liberdade de locomoção, ainda que o acusado não tenha interesse em oferecer reação à pretensão acusatória, o próprio ordenamento jurídico impõe a obrigatoriedade de assistência técnica de um defensor. Nesse contexto, dispõe o art. 26 1 do CPP que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. E não se deve contentar com uma atuação meramente formal desse defensor. (BRASILEIRO, 2015, p.49).

3.1.3. Princípio da imparcialidade

A Constituição de 1988 prevê garantias a atividade jurisdicional, tais como: vitaliciedade, irredutibilidade de subsídio e inamovibilidade; pretendeu com isso o legislador constituinte que, o juiz em sua atividade não sofresse ingerência a ponto de julgar as demandas favorecendo classes de poder. Outrossim, a Constituição trouxe a vedação do juízo ou tribunais de exceções. Preocupou-se, pois, o constituinte originário com a imparcialidade na prestação jurisdicional.

O legislador infraconstitucional também se preocupou com a questão da imparcialidade do magistrado.

“Em determinados casos, a lei presume a parcialidade do magistrado, impondo-lhe que se afaste da causa. Tal ocorre nas situações de impedimento e suspeição. As causas de impedimento, também consideradas como ensejadoras da *incapacidade objetiva do Juiz*, encontram-se arroladas no art. 252 do Código de Processo Penal. Trata-se de situações específicas e determinadas, que impõem a presunção absoluta (*jure et jure*) de parcialidade. Já as causas de suspeição, rotuladas também como motivos de *incapacidade subjetiva do juiz*, estão previstas no art. 254 do Código de Processo Penal.” (AVENA, 2011, P.39).

A despeito de a Constituição de 1988 não ter previsto expressamente o princípio da imparcialidade, infere-se de seu texto que ela o adotou de forma implícita. Entretanto, vários

diplomas internacionais que o Brasil é signatário adotaram tal princípio de forma expressa como, por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969, garantem o direito a um juiz ou tribunal imparcial, como se lê do artigo 8.1, que integra o nosso ordenamento jurídico, uma vez que foi promulgado internamente por meio do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.

Leciona Oliveira (2008, p.259) “[...] a imparcialidade do juiz é requisito de validade do processo, estando inserido no devido processo legal constitucional, como uma das principais conquistas do modelo acusatório de processo.” Infe-re-se do ensinamento do renomado autor que só haverá o processo válido e eficaz se houver obediência ao princípio da imparcialidade, do contrário a persecução penal estará fadada ao insucesso, visto que padecerá de nulidade.

Do que foi exposto, conclui-se que o juiz na persecução penal, principalmente na fase investigativa deve ter um comportamento passivo. Os dispositivos do código de processo penal que autorizam o magistrado ter um comportamento ativista, a saber: requisitar a instauração de inquérito policial; determinar de ofício algumas medidas cautelares de ofício; bem como determinar a produção de provas de ofício; devem ser relidas à luz da Constituição Federal de 1988, que adotou o sistema acusatório, que não se alinha aos comportamentos supramencionados previstos na legislação processual infraconstitucional.

Prelecionam GLOECKNER e LOPES JR:

A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP, etc) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. Nesse sentido, além de ser uma exigência do garantismo, é também a posição mais adequada aos princípios que orientam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo penal. (GLOECKNER e LOPES JR, 2014, p.259).

Um juiz ativista se liga ao pleito condenatório, pois formará pré-julgamentos daquilo que lhe está sendo mostrado, pelo delegado, pelo Ministério Público, assim como, pela sua própria experiência pessoal, pois ao determinar que se instaure um inquérito, e atue ativamente no transcorrer dele, determinando medidas constritivas de direitos fundamentais, bem como determinando a produção de prova de ofício, formará juízos de valor de uma pessoa que não está contraditando nada, pois, ainda, não lhe foi oportunizado o contraditório, uma vez que este só será desenvolvido na fase processual.

Como se sabe, de acordo com o sistema acusatório, deve o magistrado ficar equidistante das partes durante a persecução penal, para só ao final jogar a demanda,

subsidiado pelas provas produzidas pelas partes em contraditório judicial. Comportando-se de forma diversa, ou seja, assumindo um comportamento ativista, a ponto de procurar a prova, estará o juiz maculado pela parcialidade, sem contar que estará ferindo princípios constitucionais, tais como o contraditório e a ampla defesa.

Reforçando o que foi exposto o projeto do novo Código de Processo Penal em seu art.4º prevê que: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

4 JUIZ DE GARANTIAS: UMA INOVAÇÃO NO PROCESSO PENAL PARA ASSEGURAR JULGAMENTOS IMPARCIAIS

Tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei do novo Código de Processo Penal o PLS 156 de 2009, projeto esse elaborado por uma Comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal, de relatoria do Professor Eugênio Pacelli de Oliveira. Ao ser distribuído na Câmara dos Deputados, recebeu o número PL 8045/2010 e foi apensado ao projeto de lei nº 7987/2010, de autoria do Deputado Federal Miro Teixeira, que tem por objeto, igualmente, a reforma global do Código de Processo Penal. No Capítulo II do Título II do projeto está previsto o juiz de garantias.

É cediço que a persecução é formada por duas fases, a investigativa e a processual. E no cenário atual alguns juízes assumem um comportamento ativista na fase investigativa, sob o amparo do Código de Processo Penal. Isso, fere sobremaneira o sistema acusatório.

Hodiernamente, a grande preocupação com a persecução penal é que se tenha um juiz imparcial. E como já dito, o juiz que assume um papel ativista na fase investigativa, acaba ainda que minimamente perdendo a sua imparcialidade. O juiz de garantias mudaria esse quadro, pois na persecução haveria dois juízes, um que iria funcionar na fase investigativa, qual seja: o juiz garantidor, e na fase do processo, após receber a ação penal funcionaria outro, totalmente, alheio à investigação, que manteria a tão esperada equidistância das partes, como também sua imparcialidade.

Vale destacar o que leciona Gomes ^[01]:

A preocupação central dessa proposta, digna de encômios, reside no respeito ao princípio acusatório assim como na preservação da imparcialidade do juiz do processo. Por força do princípio acusatório o juiz que investiga ou que monitora a investigação não pode julgar a causa. O juiz que investiga fica "contaminado", isto é, perde sua imparcialidade, compromete-se psicologicamente com a investigação. Nesse mesmo sentido muitos países (Espanha, França, Estados Unidos etc.) têm promovido recentes reformas na sua legislação (com o escopo de preservar a imparcialidade judicial na fase contraditória)... Quem se posiciona no sentido de que "o projeto significa um evidente atraso legislativo, apequenando, sem qualquer propósito, as funções dos juízes que passam a não mais buscar a verdade dos fatos e contentando-se com a produzida ou orquestrada pelas partes, em prejuízo ao próprio Estado de Direito" (Fausto de Sanctis), não tem a exata noção de qual é a posição do juiz brasileiro na fase de investigação. O juiz que "busca a verdade dos fatos", sobretudo na fase investigatória, perde completamente sua imparcialidade e, claro, não pode presidir a fase processual (propriamente dita), sob pena de nulidade absoluta.

O modelo do juiz de garantias se alinha sobremaneira ao sistema acusatório, fruto de um Estado Democrático de Direito.

Vale destacar como previu o projeto do novo Código de Processo Penal o juiz de garantias. Diferente do que muitos pensam não é um juiz que irá presidir inquérito, este continua sendo dirigido pela autoridade policial. Ele, apenas irá funcionar exclusivamente na fase de inquérito, sendo responsável pelo seu controle de legalidade, salvaguardando direitos fundamentais do cidadão, assim como decidir sobre pedido realizado de medida cautelar, entre outros. Para melhor compreensão a respeito do juiz de garantias, faz-se necessário trazer a previsão do projeto do novo Código de Processo Penal que traz tal figura:

Art. 15. 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;
- II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543;
- III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
- IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial;
- 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 atenção às razões apresentadas pela autoridade policial 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 da autoridade policial sobre o andamento da investigação;
- XII – decidir sobre os pedidos de:
 - a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática;
 - b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;
 d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

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

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

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada.

Art. 16. 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.

Art. 17. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo.

Art. 18. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Como se infere dos dispositivos supratranscritos o juiz de garantias ficará, absolutamente adstrito à fase investigativa, tutelando direitos fundamentais do investigado, fazendo o controle de legalidade dos atos realizados nesta fase, assim como decidindo sobre as medidas cautelares.

Outrossim, a problemática atualmente vivenciada acerca do teor do art.156, inciso I do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de o juiz, ainda, na fase de investigação preliminar determinar a produção de provas consideradas urgentes e relevantes. O juiz de garantias ficaria encarregado de determinar tal ato, ou seja, a produção probatória quando necessária. Com isso o juiz que iria julgar a demanda não teria contato com a produção incidental dessa prova, o qual conseguiria realizar um julgamento justo, pois coberto estaria pela imparcialidade.

O juiz de garantias, como se depreende da redação supra iria respeitar o contraditório e a ampla defesa do investigado. Daí, como já mencionado, haveria o respeito ao sistema acusatório adotado pela constituição.

Amorim de Freitas ^[02], em ricas palavras afirma que:

A alteração legislativa é digna de aplauso, na medida em que promove a compatibilização entre as garantias dos acusados e a determinação judicial atinente às medidas investigatórias com a isenção e imparcialidade no que respeita ao julgamento da correspondente ação penal, purificando o processo de julgamento.

O juiz de garantias é majoritariamente aceito pela doutrina pátria. Por todos, Luiz Flávio Gomes, Guilherme de Souza Nucci. Assim, como também é admitida pelos tribunais

superiores, o STJ julgando um recurso em Habeas Corpus que, envolvia a LC nº 234/2002 sinaliza nesse sentido, senão vejamos:

(...) 1. O art. 50, I, "e" da LC nº 234/2002, especializou a Vara de Inquéritos Criminais para o acompanhamento judicial e de garantias na fase investigatória, nesse limite compreendendo-se as questionadas decisões de quebra do sigilo telefônico.

2. A especialização de varas é forma de racionalização do trabalho jurisdicional e, tratando-se de separação da fase investigatória, inclusive salutar à garantia da imparcialidade do juiz das garantias, que não atuará no juízo da culpa, com valoração das provas no feito criminal contraditório.

3. A previsão contida no art. 1º da Lei nº 9.296/96 é simples reiteração da regra geral de que as medidas cautelares são solvidas pelo juízo competente para a ação principal, e não determinação de diferenciado tratamento de competência para a quebra do sigilo telefônico.

4. Nenhuma nulidade há na deliberação sobre cautelares e jurisdição de garantias por magistrado da Vara de Inquéritos, que como tal não atuará na futura ação principal.

(...)

STJ. 6ª Turma. RHC 49.380/ES, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 04/11/2014.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivencia-se, hodiernamente, no Brasil, um quadro insustentável. Isso porque, tem-se um Código de Processo Penal que, regula a persecução penal em suas duas fases, contaminado pelo modelo inquisitório, o qual, em apertada síntese, confere ao juiz amplos poderes probatórios, assim como, um papel de protagonista na persecução, assumindo um papel ativista até na fase de investigação, a qual deveria ele ficar equidistante. Não se pode ter outra conclusão, senão essa quando se analisa dispositivos como o Art. 156, I, do CPP.

Em sentido oposto ao Código de Processo Penal, no ordenamento brasileiro está a Constituição Federal de 1988 que adotou o sistema acusatório, este que respeita o Estado Democrático de Direito, pois coloca os sujeitos processuais em seus devidos lugares, tendo o juiz a função de julgar o caso a ele apresentado, permanecendo durante a *persecutio* equidistante das partes, permanecendo íntegro em sua imparcialidade, garantido as regras do processo, bem como salvaguardando os direitos fundamentais do cidadão.

Diante desse quadro não há outro caminho, senão fazer uma releitura do Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal.

É cediço, que o juiz que tem um comportamento ativista na fase de investigação fica psicologicamente ligado à acusação, e não guarda a imparcialidade tão esperada para o julgamento da demanda. E este é o cenário atual do ordenamento brasileiro, tendo como respaldo legal o próprio Código de Processo Penal. Este modelo até então vigente deve ser expurgado, tendo em vista, que num Estado Democrático de Direito não há como admitir que o cidadão seja julgado por um juiz parcial, ferindo, claramente, diversos princípios constitucionais, e exterminando direitos fundamentais do cidadão.

Em suma, a adoção do juiz de garantias é medida inadiável, posto que, com este ter-se-á julgamentos justos e válidos, pois coberto pelo manto da imparcialidade. Assim, como harmonizar o ordenamento, pois ao incorporar o juiz de garantias, está-se a respeitar o sistema acusatório. Aliando-se o Código de Processo à Constituição Cidadã.

ABSTRACT

Modern societies coexist with an unwanted social fact, namely: the crime. The State takes a starring role in this scenario, because this was given a monopoly of the right to punish the one who commits a criminal violation, however, for it must follow a series of procedures in order to ensure the fundamental rights of the offender, because the State is given the right to punish, but not an unlimited form. Should the punitive criminal persecution following, is divided into our ranking in two phases, the first is the preliminary investigation, whereas in the second the process. The procedural model adopted by Civic Constitution being followed on criminal persecution was the accusatory model. And according to this, the judge must assume the role of judge on the case, with the North the principle of impartiality. The present work through bibliographic research on doctrine and the legal system, will show what the current scenario. the current persecutio criminis in Brazil, if you're being respected the principle of impartiality in the trials, as well as the judge's analysis of securities, an innovation envisaged in the design of the new code of criminal procedure.

Keywords: Criminal Prosecution; Procedural models; Constitutional principles in criminal proceedings; Justice of guarantees.

REFERÊNCIAS:

AVENA, Noberto. Processo Penal Esquematizado. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. 1297 p.

2.AMORIM DE FREITAS, Adrian Soares. "O juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal", disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/17821/o-juiz-das-garantias-projetado-pelo-novo-cpp>, acessado em 02 de abril de 2016.

1.GOMES, Luiz Flávio. "O juiz das garantias projetado pelo novo CPP", disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/18508/o-juiz-das-garantias-projetado-pelo-novo-cpp>, acessado em 02 de abril de 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 3ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2015. 1819 p.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 551 p.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003. 467 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. -16. Ed.São Paulo: Atlas, 2012. 1398 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, 10ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2008, pág. 259.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 1999. 270 p

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 10º ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. 1176 p.

SENADO FEDERAL. PL nº 8045/10. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> Acesso em 01.04.2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8ª ed. Bahia: Jus Podivm. 2013. 1385 p.

