



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC**  
**FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA**  
**– FADI**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CAROLINA BONATO GONÇALVES COSTA**

**O JUÍZO DAS GARANTIAS E O PROCESSO PENAL**  
**CONSTITUCIONAL**

**BARBACENA**  
**2017**

**CAROLINA BONATO GONÇALVES COSTA**

**O JUÍZO DAS GARANTIAS E O PROCESSO PENAL  
CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Débora Maria Gomes Messias Amaral

**BARBACENA  
2017**

Artigo científico apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Barbacena, da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito. Qualquer citação atenderá às normas de ética científica.

---

**CAROLINA BONATO GONÇALVES COSTA**

Aprovada em \_ / \_ / \_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professora Orientadora – Débora Maria Gomes Messias Amaral

---

Professora Componente da Banca – Delma Gomes Messias

---

Professor Componente da Banca – Rafael Cimino Moreira Mota

## **DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro para os necessários fins que as teorias expostas e defendidas no presente trabalho são de inteira responsabilidade deste autor, ficando a Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, seus professores e, especialmente, o Orientadora Dra. Débora Maria Gomes Messias Amaral, isentos de qualquer responsabilidade sobre os mesmos.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do orientador, da banca examinadora e da instituição de ensino.

Por ser verdade, firmo o presente.

Barbacena/MG, 23 de junho de 2017

Carolina Bonato Gonçalves Costa

# **O JUÍZO DAS GARANTIAS E O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL**

Carolina Bonato Gonçalves Costa\*, Débora Maria Gomes Messias Amaral\*\*

## **RESUMO**

Este trabalho versará sobre a possível implementação do denominado “Juízo das Garantias” no processo penal brasileiro. Este instituto é alvo dos projetos de lei nº 7.987 e 8.045, ambas de 2010, e encontram-se atualmente em franco debate no Congresso Nacional. O mencionado Juízo buscará tornar o processo penal brasileiro efetivamente acusatório, descartando definitivamente todos os seus traços inquisitoriais herdados da ditadura Vargasista. Assim, o escopo do projeto é compatibilizar a legislação infraconstitucional que dita as regras do jogo processual com os ditames garantistas da Constituição Federal de 1988. E para obterem êxito nesta empreitada, pretendem com a criação do Juízo das Garantias afastar o juiz preventivo na fase investigatória para não atuar em hipótese alguma na fase de julgamento. Afinal, juiz que instrui e que colhe provas se contamina. Há, neste ponto, que se ressaltar o perigoso e obsoleto mito da “verdade real”. Não existe verdade real, existe tão somente a verdade processual, construída sob as precisas regras do jogo processual, em que o magistrado é mero expectador, sob pena de inevitável contaminação e, pré-julgamento. Assim, mantendo-se o processo bifásico, ficaria o Juízo das Garantias com a incumbência de tutelar os direitos e garantias individuais do investigado durante a fase pré-processual, eximindo-se de posteriormente julgar o investigado que se tornar réu.

**Palavras chave:** Sistema Acusatório. Contaminação do Juiz. Juízo das Garantias. Imparcialidade.

## **THE JUDGMENT OF GUARANTEES AND THE CONSTITUTIONAL CRIMINAL PROCEEDINGS**

### **ABSTRACT**

This work will versity about the possible implementation of the so-called “Judgment of Guarantees” in Brazilian criminal proceedings. This institute is the law proposition 7,987 and 8,045, both from the year of 2010, and are currently in frank debate in the National Congress. The aforementioned court will try to make the Brazilian criminal proceeding effectively accusatory, definitively ruling out all its traits inherited from the Vargasista dictatorship. So, project's scope is to reconcile the infraconstitutional legislation that dictates the procedural game's rules with the guarantees dictates of the Federal Constitution of 1988. And in order to

---

\* Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Barbacena – MG. E-mail: carolbonatog@gmail.com

\*\* Professora Orientadora. Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF. Professora Universitária da UNIPAC, Procuradora Geral da Câmara Municipal de Barbacena e Advogada. E-mail: deboraamaral@unipac.br

be successful in this endeavor, they intend with the creation of the Judgement of Guarantees to dismiss the pre-trial judge in the investigative phase as not to act in any way at the trial stage. After all, a judge who instructs and who collects evidences, contaminates himself. There is, at this point, to highlight the dangerous and obsolete myth of “real truth”. There's no real truth, there is only the procedural truth, built under the precise procedural game's rules, in which the magistrate is a mere spectator, under penalty of inevitable contamination and pre-judgement. So, maintaining the two stages of the criminal process, the Judgment of Guarantees would be responsible for safeguarding the individual rights and guarantees of the investigated person during the pre-trial phase, and then exonerating the accused from becoming the defendant.

**Keywords:** Accusatory System. Contamination of the Judge. Judgment of Guarantees. Impartiality.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Estado Democrático de Direito e Sistema Processual Penal Brasileiro: Os Traços Inquisitoriais Foram Superados?; 3. O Processo Penal Democrático e a Imparcialidade do Magistrado 4. O Juízo das Garantias; 5. Considerações Finais.

## 1 INTRODUÇÃO

De todos os ramos do direito, é o processo penal o mais sensível e suscetível às vulnerabilidades dos momentos de instabilidade ética e moral da sociedade, oscilando ao longo da história entre períodos de mais ou menos liberdade.

Logo, fora exatamente num contexto nefasto do período da humanidade, a Segunda Guerra Mundial, em que ascendeu ao poder o fascismo na Europa, que fora decretado por Getúlio Vargas o atual Código de Processo Penal brasileiro, marcado profundamente por inúmeros dispositivos autoritários, em prejuízo da condição de presunção de inocência de todo aquele perseguido pelo Estado.

Neste diapasão, um Estado policialesco ganhou contornos sentidos ainda hoje, em que a condição de inocente do investigado não é respeitada.

Não obstante o passar dos anos, o que se presencia ainda hoje na prática forense penal são inúmeras condenações penais baseadas exclusivamente nas provas colhidas no inquérito policial, sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, em flagrante violação à Constituição Federal de 1988.

Assim, sob essa ótica, para evitar condenações infundadas prolatadas por juízes contaminados pelas provas colhidas no inquérito policial é que se encontra hoje na pauta do Congresso Nacional os projetos de lei nº7.987/2010 e 8.045/2010, os quais trazem em seus dispositivos interessantes e profundas mudanças.

Desta feita, pretendem, dentre outras façanhas, implementar no Judiciário Brasileiro o “Juízo das Garantias”, sendo o objetivo precípua deste projeto harmonizar a legislação infraconstitucional aos ditames democráticos e garantistas insculpidos na Carta Magna promulgada em 1988.

## 2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: OS TRAÇOS INQUISITORIAIS FORAM SUPERADOS?

Dado que o objetivo intrínseco aos Projetos de Lei que buscam implementar o Juízo das Garantias no Brasil está intimamente relacionado ao sistema acusatório, em consonância

com os objetivos e fundamentos insculpidos no Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição Federal de 1988, tendo por premissa rechaçar qualquer traço inquisitorial oriundo da vetusta codificação de 1941, para que se possa compreender o alcance deste intuito, mister se faz debruçar-se acerca das características dos sistemas processuais existentes: inquisitório, misto e acusatório, ainda que sucintamente.

Deste modo, pode-se apontar que enquanto o sistema inquisitório é caracterizado pela concentração nas mãos de um único representante do Estado das funções de investigar, acusar e julgar, o “inquisidor”; e o sistema misto é marcado pela dicotomia entre fase pré-processual, de feições inquisitoriais, presidida pelo Juízo de Instrução, e fase de julgamento propriamente dita, \_ presente sobretudo nos países da Europa Continental, com destaque para a França, país berçário deste modelo<sup>1</sup>\_ , o sistema acusatório é de natureza garantista e cunho evidentemente democrático, pautando-se pela: separação clara das funções de acusar e julgar; paridade de armas entre acusação e defesa, incumbindo à acusação o ônus da carga probatória; imparcialidade do magistrado; e, preservação do status de inocência do investigado/acusado.

Assim, dado que o sistema processual penal acusatório é o que melhor se coaduna com os princípios garantistas previstos na Constituição Federal de 1988, constatar-se-á ao longo do trabalho que há um grande esforço realizado por parte da doutrina e parcela dos Tribunais brasileiros em implementar efetivamente este sistema em nosso ordenamento jurídico.

Não obstante às benesses existentes no sistema processual acusatório, para boa parte da doutrina pátria vige no direito processual penal brasileiro o sistema misto e argumentam isto se baseando no fato de a nossa codificação adjetiva ser bifásica, ou seja, tem-se uma fase pré-processual bem delineada, instrumentalizada pelo Inquérito Policial e presidida pelo Delegado de Polícia, e uma fase processual propriamente dita, cuja competência é constitucionalmente atribuída ao Juiz.

Nesta esteira, posicionam-se Hélio Tornaghi e Edilson Bonfim, argumentando que o nosso sistema seria bifásico, e, por conseguinte, misto, considerando o Inquérito Policial, nitidamente inquisitivo, como fase preliminar do processo, seguida pela fase judicial, de caráter acusatório<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sob a égide do ditador e conquistador Napoleão Bonaparte, promulgou-se o Code d’Instruction Criminale de 1808, o Código Napoleônico, como o primeiro ordenamento jurídico que adotou o sistema misto, passando o processo penal a se desdobrar em duas fases: uma fase pré-processual, de contornos inquisitoriais, a ser exercido pela Polícia Judiciária, e uma fase essencialmente processual, a ser tutelada pelo Juiz de Direito.

<sup>2</sup>Ver. BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62-63.



GUILHERME DE SOUZA NUCCI também considera o sistema brasileiro misto, fundamentando seu entendimento não no processo bifásico, mas em um “senso de realidade”, nesse sentido:

Os princípios norteadores do sistema, advindos da Constituição Federal, possuem inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência etc.). Porém, é patente que o corpo legislativo processual penal, estruturado pelo Código Processual Penal e leis especiais, utilizado no dia a dia forense, instruindo feitos e produzindo soluções às causas, possui institutos advindos tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28-29.)

Entretanto, ocorrem em erro crasso os posicionamentos acima destacados, e isto por dois precisos motivos: um, esquecem-se do fato de que um sistema é precisamente definido em razão da figura do julgador<sup>3</sup> e, dois, porque o Juiz de Instrução fora descartado pelo ministro da Justiça de Getúlio Vargas, Francisco Campos, o qual, nas suas razões de motivo explanadas ao presidente da República, preferiu o Inquérito Policial em razão da vasta extensão territorial brasileira.<sup>4</sup>

Os autores Mirabette, Fernando Tourinho e Scarance refutam o entendimento que se baseia na teoria do processo bifásico para classificar o sistema processual penal como misto, por considerarem que a fase investigatória não é propriamente processual e sim de caráter eminentemente administrativo.<sup>5</sup>

Assim, seria o nosso sistema inquisitório ou acusatório?

Para responder-se a esta pergunta, faz-se necessário um breve giro histórico acerca do arcabouço jurídico e contextual do atual Código de Processo Penal, promulgado em 1941.

<sup>3</sup> Assim se manifesta Eugênio Pacelli: no que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo, e porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação. PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Ed.17, São Paulo: Atlas, 2013, p.13.

<sup>4</sup> O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso hinterland, vários dias de viagem, seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a instrução única; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe, aqui, discutir as proclamadas vantagens do juízo de instrução. (**Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal de 1941**).

<sup>5</sup>Apud BONFIM, Edilson Mougenot. op. cit., p. 62-63.

O Código de Processo Penal é um decreto-lei imposto por Getúlio Vargas durante a ditadura do Estado Novo. Ou seja: todo o problemático contexto de restrição severa das liberdades civis e de graves violações de direitos humanos existentes quando da promulgação do Código Penal servia igualmente de cenário ao então novo Código de Processo Penal – destacando-se o fato de uma norma de tamanha importância para o resguardo dos direitos individuais fundamentais ser fruto não de um processo legislativo democrático realizado por membros de um Congresso representante do povo, mas sim dos rasgos autoritários de um ditador, e, pior, ainda estar em vigor sem despertar maiores inquietações da comunidade jurídica brasileira<sup>6</sup>.

O vigente Código de Processo Penal Brasileiro foi profundamente influenciado pelo Código de Rocco, código processual penal italiano de 1930, o qual, em virtude do contexto fascista da época de Mussolini, tinha uma forte matriz autoritária. Entretanto, saliente-se que os padrões autoritários de nossa Justiça Criminal antecedem ao ainda vigente Código Penal de 1941.<sup>7</sup>

Assim, neste cenário de arbitrariedades punitivas do Estado, é pertinente esta observação de Manzini que, segundo FILHO (1954, p. 385), “a presunção de inocência era um absurdo ilógico, pois que, se havia uma acusação contra uma pessoa, era porque existiam fortes indícios de autoria, não podendo esta pessoa ser tratada como inocente”.

E de fato, poder-se-á constatar claramente esta passagem arbitrária no seguinte trecho da exposição de motivos de FRANCISCO CAMPOS, a qual merece destaque:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. **Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.** Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo

<sup>6</sup> ZAPATER, Maíra. “O Código de Processo Penal de 1941: Tudo que você disser poderá ser usado contra você”. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/06/17/o-codigo-de-processo-penal-de-1941-tudo-o-que-voce-disser-podera-ser-usado-contra-voce/>. Acesso em 25 de maio de 2017.

<sup>7</sup> PRADO, Geraldo. **O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações, Permanências.** Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/483833/mod\\_resource/content/1/Policia%20Civil\\_Artigo%20Geraldo%20Prado\\_p%20558%20cita%20a%20Recomendacao%203%20de%202013.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/483833/mod_resource/content/1/Policia%20Civil_Artigo%20Geraldo%20Prado_p%20558%20cita%20a%20Recomendacao%203%20de%202013.pdf). Acesso em 14 de abril de 2017.

interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. (**Exposição de motivos ao Decreto-Lei nº3.689, de 03 de outubro de 1941**).

Assim, conclui-se pelo apreço à época pelo juízo de culpabilidade em prol do juízo de inocência, em que se elevavam as diretrizes máximas da segurança pública em prejuízo das garantias do acusado, visto como mero objeto de custódia do Estado, como destaca EUGÊNIO PACELLI:

Voltando ao passado, o princípio fundamental que norteava o Código de Processo Penal, então, era o da presunção de culpabilidade. Manzini, penalista italiano que ainda goza de grande prestígio entre nós, ria-se daqueles que pregavam a presunção de *inocência*, apontando uma suposta inconsistência lógica no raciocínio, pois, dizia ele, como justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente?

Evidentemente, a aludida dúvida somente pode ser explicada a partir de um pressuposto: o de que o fato da existência de uma acusação implicava juízo de antecipação de culpa, *presunção de culpa*, portanto, já que ninguém acusa quem é inocente! Vindo de uma cultura de poder fascista e autoritária, como aquela do regime italiano da década de 1930, nada há a se estranhar. (PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Ed 17, São Paulo: Atlas, 2013, p. 6-7).

Deste modo, poder-se-ia afirmar, dado o exposto alhures, ser o sistema processual penal brasileiro inquisitório.

Entretanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, segundo balizada doutrina, hoje vige no Brasil o sistema processual penal acusatório, baseando-se na posição adotada pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 129, inciso I,<sup>8</sup> que dispõe ser atividade privativa do Ministério Público promover a ação penal pública, o que afastaria qualquer possibilidade de perseguição pelo órgão julgador.

Nesse sentido, posiciona-se RANGEL (2007, p. 56), afirmando que: “hodiernamente, no direito pátrio, vige o sistema acusatório, pois a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular.”<sup>9</sup>

FERNANDO CAPEZ, ao tratar do sistema acusatório, coloca em relevo o estudo do criminólogo Giannpaolo Poggio Smanio<sup>10</sup> para apontar suas características relacionando-as

<sup>8</sup> BRASIL, Constituição Federal de 1988, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em 14 de abril de 2017.

<sup>9</sup> Ver. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel.

**Teoria Geral do Processo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 64-66.

<sup>10</sup> Ver. SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e juízo especial criminal**. São Paulo, Atlas, 1997, p. 31-8

com nossas garantias constitucionais, concluindo, também, ser o sistema acusatório o adotado pelo Brasil:

A Constituição Federal de 1988 vedou ao juiz a prática de atos típicos de parte, procurando preservar a sua imparcialidade e necessária equidistância, prevendo distintamente as figuras do investigador, acusador e julgador. O princípio do *ne procedat iudex ex officio* (inércia jurisdicional) preserva o juiz e, ao mesmo tempo, constitui garantia fundamental do acusado, em perfeita sintonia com o processo acusatório.

[...]

O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII). (Criminologia, Cit., p. 31-8). É o sistema vigente entre nós. (CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 84-85).

Pesquisando-se as jurisprudências dos tribunais pátrios, pode-se constatar que o impasse acadêmico é refletido em seus posicionamentos, havendo uma evidente divergência hermenêutica: há julgados que buscam compatibilizar a vetusta codificação de 1941 ao sistema processual penal acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, ao passo que outros mantêm inalteráveis alguns dos dispositivos inquisitoriais do Código de Processo Penal vigente, como segue o julgado abaixo:

**STJ - HABEAS CORPUS HC 162970 RJ 2010/0029855-2 (STJ)**

**Data de publicação: 21/03/2012**

**Ementa:** HABEAS CORPUS. **PROCESSUAL PENAL**. MAGISTRADO. ATUAÇÃO NA FASE INVESTIGATÓRIA. IMPEDIMENTO PARA ATUAR EM QUALQUER AÇÃO PENAL DECORRENTE DESSA INVESTIGAÇÃO. REALIZAÇÃO DE ATOS INVESTIGATÓRIOS PELO JUIZ. REQUISIÇÃO DE INSTAURAÇÃO DE AUDITORIA. ILEGALIDADE. AFRONTA AO **SISTEMA ACUSATÓRIO**. NATUREZA OBJETIVA DA NULIDADE. ART. 580 DO CPP. EXTENSÃO AOS CORRÉUS. 1. O impedimento do magistrado decorrente de sua ativa participação na fase investigatória, inclusive com a realização de interrogatórios e requisição de realização de auditoria no âmbito da Receita Federal, tem natureza objetiva e veda sua atuação em qualquer ação penal que tenha origem nesse procedimento. 2. Hipótese em que esta Corte, no RHC n. 23.945/RJ e no HC n.122.059/RJ, advindos de ação penal cujo procedimento investigatório também deu origem à ação penal ora impugnada, afirmou o impedimento de juiz federal, bem como declarou ilícitas as provas decorrentes da sua atuação direta na fase investigatória. 3. Não cabia ao juiz, sponte própria, no âmbito de medida cautelar ajuizada para obtenção de autorização de monitoramento telefônico, expedir ofício requisitando à autoridade administrativa a instauração de auditoria para apuração da ocorrência dos ilícitos investigados. 4. Afronta ao **sistema acusatório** caracterizada. 5. Diante da natureza objetiva do impedimento e do fato gerador da ilegalidade das provas produzidas pelo magistrado na fase investigatória, os efeitos da declaração de nulidade devem ser estendidos aos demais corréus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. 6. Ordem concedida para reconhecer o impedimento do Juiz Federal Lafredo Lisboa Vieira Lopes e, em

consequência, anular a Ação Penal. 2007.51.01.806888-5, em trâmite na 3ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, desde o oferecimento da denúncia, bem como para determinar o desentranhamento do Relatório. 8 da Auditoria Correicional da Corregedoria-Geral da Receita Federal e dos demais atos investigatórios realizados...

Assim, como esposado no julgado colacionado acima, percebe-se o notável posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em harmonizar a legislação infraconstitucional ao previsto na Constituição Federal de 1988 no intuito de se efetivar o sistema acusatório no devido processo penal, afastando toda e qualquer ingerência do Juiz que inadvertidamente age *ex officio*.

Entretanto, é muito importante salientar-se que, não obstante este acolhimento, ainda se encontram inúmeros dispositivos de natureza inquisitorial em pleno vigor no ordenamento jurídico brasileiro, os quais são acolhidos, contraditoriamente, pelo mesmo tribunal, observem:

**STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 59475 SP 2015/0110086-3 (STJ)**

**Data de publicação: 18/06/2015**

**Ementa:** PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OBTENÇÃO, MEDIANTE FRAUDE, DE FINANCIAMENTO EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GRAFOTÉCNICA DE OFÍCIO PELO JUIZ. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No curso do processo penal, admite-se que o juiz, de modo subsidiário, possa - com respeito ao contraditório e à garantia de motivação das decisões judiciais - determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis, a fim de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes, seja por força do princípio da busca da verdade, seja pela adoção do **sistema** do livre convencimento motivado. 2. Nos termos do art. 156, II do CPP é facultado ao magistrado, de ofício, "determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante". 3. In casu, o juiz, após as alegações finais, por se tratar de infração penal que deixou vestígios (obtenção, mediante fraude, de financiamento em instituição financeira), converteu o julgamento em diligência e determinou, com fundamento no art. 156, II, do CPP, a realização de perícia grafotécnica em alguns documentos, com a finalidade de dirimir dúvida sobre ponto relevante para o deslinde da causa (autoria do fato), facultando às partes, ainda, o exercício dos direitos previstos no art. 159 do CPP (possibilidade de o acusado formular quesitos e indicar assistente técnico), o que não configura qualquer ilegalidade. **4. Recurso a que se nega provimento.**

Trazendo-se à baila uma interessante manifestação proferida pelo desembargador JOSÉ ANTÔNIO P. BOSCHI<sup>11</sup> em uma mesa redonda na qual se discutia a evolução do

---

<sup>11</sup>BOSCHI, José Antônio Paganella. Conferência realizada sob o título: **EVOLUÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: MESA REDONDA NO I SEMINÁRIO DE POLÍTICA DE MEMÓRIA INSTITUCIONAL E HISTORIOGRAFIA**, antiga sala do Tribunal Pleno, Palácio da Justiça, Porto Alegre, 13 de setembro de 2002. Disponível em

Código de Processo Penal brasileiro, pode-se vislumbrar com precisão todo o exposto linhas atrás, em que há uma mescla de adoção do sistema acusatório com inegáveis dispositivos inquisitoriais ainda em vigor, senão vejamos:

(...) O Código de Processo Penal em vigor hoje, embora seja criticado e apontado, numa perspectiva unilateral, como um código fascista, deu um grande e significativo passo na direção do maior aperfeiçoamento do modelo acusatório, porque, por intermédio dele, a ação penal de ofício, que era a regra pelo Código Penal de 1832, ficou restrita somente às ações contravencionais – aspecto também mencionado pelo Des. Melício – naquele procedimento do art. 531, que acabou revogado pela Constituição Federal.

Sem embargo disso, o nosso Código de Processo Penal, que está em vigor ainda hoje, contém resquícios de Inquisição. Por exemplo: **o Juiz ainda controla o arquivamento do inquérito, quando essa é uma atividade pré-processual; o Juiz pode decretar o seqüestro dos bens, de ofício (art. 127); o Juiz pode instaurar incidente de falsidade, de ofício (art. 149); o Juiz pode instaurar incidente de insanidade mental do réu (dispositivo expresso do CPP); o Juiz pode requisitar a prova, de ofício (art. 156), mesmo para condenar o réu, suprindo, portanto a omissão do Estado acusador; o Juiz pode renovar o interrogatório a qualquer tempo; o Juiz pode decretar a busca e apreensão, de ofício; o Juiz pode decretar a prisão preventiva do imputado, de ofício; o Juiz pode alterar a acusação, a chamada *mutatio libeli* do art. 384, de ofício; o Juiz pode interpor recurso, de ofício; o Juiz pode reinquirir o acusado, de ofício; as Câmaras julgadoras, ao apreciarem apelações, podem ordenar novas provas, de ofício.** (destaque nosso).

Assim, pode-se facilmente se comprovar que, não obstante uma leitura sistemática do texto constitucional levar a crer estar-se sob a égide de um sistema processual penal acusatório, de feições democráticas, há em vigor inúmeros dispositivos de feições nitidamente autoritárias sendo largamente aplicados no Judiciário brasileiro, distanciando os cidadãos de uma Justiça Penal efetivamente justa, com distinções sérias e contundentes das funções de investigar, acusar e julgar, falhas às quais o Juízo das Garantias procurará corrigir.

### 3 O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO E A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO

Contemporaneamente, o mundo jurídico assiste a um importante fenômeno de grandes proporções: a constitucionalização do direito<sup>12</sup>. Pode-se apontar como seu marco histórico, na

---

<[https://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_ga\\_ucho/revista\\_justica\\_e\\_historia/issn\\_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao\\_Codigo\\_Processo\\_Penal.pdf](https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_ga_ucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf)> Acesso em 25 de maio de 2017.

<sup>12</sup>A locução constitucionalização do Direito é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição

Europa continental, o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar; e, como marco filosófico, o pós – positivismo<sup>13</sup>.

Assim, ante as atuais conjecturas, tendo o Brasil, como outros países da América Latina, retomado a sua democracia após anos de período ditatorial militar, pode-se acertadamente falar em *processo penal constitucional*, o que pressupõe um conjunto ordenado de princípios e postulados a assegurar as garantias e direitos fundamentais de todo aquele formalmente acusado.<sup>14</sup>

Deste modo, não subsistindo ramos do direito isolados com suas rígidas regras, assumem relevo os princípios da Constituição, e, especificamente no que tange ao processo penal, apresenta-se com significativa importância o princípio da imparcialidade do magistrado, sendo, segundo o professor Aury Lopes Jr., citando PEDRO ARAGONESES ALONSO, um “princípio supremo do processo”:

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um ‘princípio supremo do processo’ e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo. Sobre a base da imparcialidade está estruturado o processo como tipo heterônomo de reparto. (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ed.10, São Paulo: Saraiva, p.127, o.p. ARAGONESES, Pedro Aragão. **Proceso y Derecho Procesal**).

E ser imparcial pressupõe uma posição equidistante por parte do magistrado.

Entretanto, na prática forense penal, os juízes aplicam o defasado princípio da “verdade real.”

Consequentemente, para se buscar a tal “verdade”, o juiz se distancia de sua posição constitucional, jurisdicionalmente inerte, prejudicando seu espírito de imparcialidade, reduzindo sua equidistância entre as partes, e, decidindo antecipadamente em sua psique, vai ao encontro de fatos robustos para a comprovação de sua tese condenatória.

Esta busca pela “verdade real” contraria toda a lógica do sistema acusatório, pois que confere ao juiz amplos poderes instrutórios, quando então este passa a se convencer antes pela

---

espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. ROBERTO, Luís. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Disponível em [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art04102005.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm) Acesso em 25 de maio de 2017.

<sup>13</sup>*Ibidem*

<sup>14</sup>BRASIL, Constituição Federal de 1988. art. 5º, incisos XXXVII a LXVIII. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em 25 de maio de 2017.

sua convicção do que pela verdade construída estritamente nos autos do processo, buscando o que fora deste está - *Non quod est in actis non est in mundo*.<sup>15</sup>

Não obstante, doutrina tradicional insiste na figura da “verdade real”. Observem o posicionamento de FERNANDO CAPEZ, conhecido no meio acadêmico por suas posições clássicas:

No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante nos autos ...[omissis]... Esse princípio é próprio do processo penal, já que no cível o juiz deve conformar-se com a verdade trazida aos autos pelas partes, embora não seja um mero espectador inerte da produção de provas (vide art. 130 do CPC). (CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26-27.)

Referido princípio, que encontra respaldo acadêmico na doutrina tradicional, é referendado pela jurisprudência pátria, em total descompasso com o processo penal acusatório e democrático instituído sistematicamente pela Constituição Federal de 1988. Senão, observem:

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 22953 SP 1992/0012894-7 (STJ)  
Data de publicação: 31/10/1994  
**Ementa:** RESP - PROCESSUAL PENAL - JURI - PROVA - VERDADE REAL - APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO EM PLENARIO - O PROCESSO PENAL BUSCA A VERDADE REAL. ENSEJA QUALQUER MEIO DE PROVA (CONSTITUIÇÃO, ART. 5., LV), DESDE QUE NÃO OBTIDO POR MEIO ILÍCITO. NÃO CONFUNDIR, PORÉM, EXERCÍCIO DO DIREITO DE PROVAR COM ABUSO DO DIREITO DE PROVAR. IMPÕE-SE A LEALDADE PROCESSUAL. VEDADA A APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO NO PLENARIO DO TRIBUNAL DO JURI, SEM PREVIA CIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA. IMPLICA NULIDADE EVIDENCIADO QUE, DO FATO, DECORREU PREJUÍZO.  
**Encontrado em:** /10/1994 CPP-41 LEG:FED DEL: 003689 ANO:1941 ART: 00475 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CF-88 LEG:FED CFD... : 00475 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CF-88 LEG:FED CFD:000000 ANO:1988 ART :00005 INC:00055 CONSTITUIÇÃO

Todavia, a verdade, por sua complexidade, não deve servir como objetivo do processo penal. Como bem afirma Francesco Carnelutti<sup>16</sup>, inspirado em Martin Heidegger, a verdade é inalcançável pelo homem, pois “a verdade está no todo, e o todo é demais para nós”. Ou seja, “está além do humano, nele não cabe”.

Ainda segundo o notável e culto processualista italiano:

A verdade é como a luz ou como o silêncio, os quais compreendem todas as cores e todos os sons; mas a física tem demonstrado que a nossa vista não vê e os nossos ouvidos não ouvem mais que um breve segmento da gama de cores e dos

<sup>15</sup> O que não está nos autos não está no mundo.

<sup>16</sup> CARNELUTTI, 1965, p.4 apud LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. Ed.9, São Paulo: Saraiva, 2012. p. 571.



sons; estão aquém e além da nossa capacidade sensorial as infra e ultra cores, assim como os infra e os ultrassons. (CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2009. p. 45).

O crime, ademais, é passado, e a reconstrução deste passado se mostra extremamente delicada, uma vez que a reconstrução de um fato histórico é sempre minimalista e imperfeita.<sup>17</sup>

Na lição de THUNS, (2004, p. 157) “O homem é incapaz de reconstruir um fato histórico, porque o tempo encarregou-se de extingui-lo no exato instante em que tornou-se passado”.

Por isso que, para FERRAJOLI, (2002, p. 33) “a ideia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde a uma ilusão metafísica”.

O professor Aury Lopes, sempre preciso, faz esta brilhante análise acerca da atividade cognitiva do magistrado que, ao final, se convence pela tese que melhor lhe aprouver:

O julgador, ao realizar a reconstrução de um fato histórico, fará um exercício mental onde apreciará alguns fatos, e não dará tanta atenção a outros. Fará escolhas. E o resultado destas escolhas não poderá ser tratado como sendo a realidade dos fatos ocorridos, muito menos como a verdade de tais fatos. Será apenas a versão do julgador para o ocorrido, fruto de sua atividade cognitiva, sempre subjetiva. Esta cognição dependerá também do que será trazido pelas partes para dentro do processo, ou seja, dos elementos probatórios. Cada lado apresentará a sua versão dos fatos, e caberá ao julgador optar pela que melhor lhe convença. Ao final, teremos um ato de convencimento do julgador. (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. Ed.9. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 575).

Por isso que, segundo AMILTON BUENO DE CARVALHO,

[...] Juiz nenhum tem como dizer que isso aconteceu assim e foi praticado de tal maneira, por tal pessoa, o máximo que ele pode dizer é que as provas coletadas convenceram-lhe (ou não) de que tudo aconteceu assim e foi praticado de tal maneira, por tal pessoa, o que é coisa bem diferente, muito diferente! Ora, convicção que tenho é uma coisa, verdade do que aconteceu é outra bem diferente.(CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche o Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 146).

Ante ao exposto, pode-se afirmar que, dada a subjetividade com que o homem faz juízos de valor das coisas que o rodeia, é muito delicado se falar em uma verdade que seja

---

<sup>17</sup>*Ibidem*, p. 571.

“real”, pois toda verdade é uma reconstrução histórica, e, no que tange ao processo penal, esta reconstrução deve ser feita nos estritos limites dos autos.

## 4 O JUÍZO DAS GARANTIAS

Sinônimo de garantia é devido processo penal. Com esta frase inaugura-se o último e principal tópico do trabalho. Mas, indaga-se: o que isto pressupõe? A resposta é a afirmação de que um devido processo penal é um devido processo legal, o qual se coaduna com os ditames principiológicos emanados de um Estado Democrático de Direito.

DOTTI (2010, p. 45) é preciso ao invocar que: “somente o Poder Judiciário é competente para aplicar a pena conforme a prescrição da lei.” Logo, como consequência desta premissa, o devido processo legal é o único meio de se viabilizar a sanção através da invocação ao Judiciário por meio do direito público de ação.

Por conseguinte, o mestre TUCCI correlaciona o devido processo legal ao seu escopo solucionador de conflitos, afirmando que:

O devido processo legal deve ser entendido como conjunto de elementos indispensáveis para que o processo possa atingir sua finalidade solucionadora de conflitos de interesses destacados pelo legislador como de altíssima relevância social (aquelas tutelas de bens jurídicos a que o legislador houve por bem atribuir proteção penal).(TUCCI, Rogério Laura. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. Ed. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 60).

Tucci cita ainda o mestre Inaki Esparza Leibar para apontar aquelas garantias que, unidas, delimitariam a ocorrência do devido processo legal: equidade, imparcialidade, independência, igualdade, publicidade, racionalidade, certeza e universalidade (além de quaisquer outras que a Constituição orientadora daquele processo venha a garantir).<sup>18</sup>

Neste condão, é precisa a lição do mestre ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, *ex positis*,

É necessário, então, trazermos esta ordem de garantias ao âmbito do processo penal, de modo que tais disposições operem especificamente na defesa dos direitos daqueles que sofrem persecução penal e da sociedade, que exige sanção pela maculação de seus bens jurídicos penalmente tutelados. Fala-se, assim, em devido processo penal.(FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. Ed.6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 44).

<sup>18</sup> Ver. TUCCI, Rogério Laura. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. Ed. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 60.

Para RODRIGO BADARÓ, no Direito brasileiro um processo penal é devido processo penal desde que

Se desenvolva perante o juiz natural, em contraditória assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável. (BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal: tomo I**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.p. 36).

Fora disto não haverá devido processo legal no âmbito criminal.

Ademais, saliente-se que é de interesse de toda a sociedade que a persecução penal se desenvolva como um devido processo legal, pois somente assim evitar-se-á que indivíduos que não praticaram fato típico, antijurídico e culpável sejam apenados, e que aqueles que praticaram delito não fiquem à margem da punibilidade.

Assim, a previsão constitucional das garantias integrantes do processo torna a segurança do procedimento muito mais efetiva:

O ato processual, praticado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas.(GRINOVER, Ada Pellegrini; GOME S FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES , Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 23).

Feitas estas considerações iniciais e abrangentes acerca dos institutos do devido processo legal, bem como dos desdobramentos dos princípios garantistas expressos na Constituição Federal de 1988, poder-se-á debruçar-se sobre as mudanças legislativas atualmente discutidas no Congresso Nacional, as quais visam efetivar um Sistema realmente acusatório no processo penal brasileiro.

Neste condão, alvo de intensos debates, os projetos<sup>19</sup> de lei nº 7.987/2010 e 8.045/2010 inovam na ciência processualística penal brasileira, criando a figura do Juízo das Garantias, que assim dispõe:

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;

<sup>19</sup> BRASIL, Projeto de Lei nº 7.987/2010. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=488850> Acesso em 14 de abril 2017.

- 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."

Portanto, do exposto acima, depreende-se que o intuito do legislador ordinário é buscar compatibilizar a Lei adjetiva repressiva brasileira aos ditames democráticos introduzidos pela Constituição Federal de 1988, criando a figura de um Juiz que terá a função de zelar pelos direitos e garantias fundamentais do investigado, protegendo-o das eventuais arbitrariedades do Estado, através dos inúmeros mecanismos acima elencados.

Ante o aludido, indaga-se: como funcionará, na prática, o Juízo das Garantias? Para responder a esta pergunta, invoca-se: 1- o instituto da prevenção, responsável por fixar a competência jurisdicional; e, 2- o modelo de investigação preliminar adotado no Brasil.

Logo, em decorrência deste modelo, a autoridade policial coleta os elementos informativos destinados à formação da justa causa pelo titular da acusação, enquanto todas as medidas cautelares que forem requisitadas, como por exemplo, quebra de sigilo bancário, interceptação telefônica, pedido de prisão preventiva ou temporária, etc., serão praticadas pelo juiz competente, o juiz prevento.

Este juiz, prevento, será o competente para tutelar os direitos e garantias individuais do investigado durante a fase do inquérito policial. Assim, tem-se a premente necessidade de se estabelecer a prevenção como critério excluidor de competência, levando-se à consequência do processamento da investigação preliminar sob a tutela de um juiz e a ação penal sob a competência de outro.

Para o renomado jurista Luís Flávio Gomes<sup>20</sup>, citando Antônio Sérgio de Moraes Pitombo, o atual Código de Processo Penal brasileiro traz em seu texto inúmeros dispositivos de feições inquisitoriais, conferindo amplos poderes instrutórios ao juiz ainda na fase da investigação, os quais comprometem significativamente a imparcialidade do mesmo, que será o competente e o juiz natural da causa em virtude do instituto da prevenção.

---

<sup>20</sup> “(...)No atual sistema criminal brasileiro, muitos juízes, estaduais e federais, estão perdendo a noção sobre qual é a sua exata (e constitucionalmente correta) função na fase preliminar (de investigação). Como bem ponderou Antônio Sérgio de Moraes Pitombo, ‘A experiência tem mostrado que certos magistrados adotam ativismo excessivo na investigação criminal, ao fazerem reuniões com policiais antes de operações, ao decretarem, de ofício, medidas assecuratórias, e ao chegarem a sugerir que se requeiram prisões cautelares. Longe da proteção dos investigados contra a arbitrariedade, passam eles a tratar com aparência de normalidade práticas policiais em desconformidade com a ordem jurídico-constitucional, tais como o uso indevido de algemas, a exposição pública de pessoas presas, a apreensão desmensurada de documentos e a interceptação telefônica sem restrição temporal, dentre outros abusos. Em simples palavras, perdem tais juízes de direito a equidistância necessária ao exercício da jurisdição, para se tornarem algozes dos investigados em casos de repercussão, especialmente.

Mais tarde, no desenvolvimento do processo-crime, constata-se esse envolvimento do juiz criminal graças a seu vínculo psicológico com as provas produzidas na fase policial, até porque ele, vez ou outra, participou de atos instrutórios que lhe influenciam o convencimento. Torna-se o magistrado um escudeiro da pretensa legitimidade da investigação criminal, em vez de juiz imparcial capaz de enxergar as aberrações que se deram no procedimento investigatório. A aproximação em demasia da hipótese factual desenhada pela polícia judiciária também faz com que o juiz criminal passe a ter convicções prévias quanto a fatos e a pessoas investigadas, o que torna a etapa do contraditório no processo criminal apenas teatro formal, do qual o julgador já conhece o fim. Isso acaba nítido por meio da leitura de decisões e sentenças, cujo tempo verbal e vocabulário denotam que o magistrado tem para si premissas quanto à causa sub judice que lhe prejudicam a isenção no momento da coleta e debate das provas na instrução criminal. No curso do processo judicial, esse convencimento precoce se revela com a manifestação antecipada de juízos de certeza sobre a materialidade e autoria de crimes, o que demonstra a supressão do devido processo legal para formação da culpa’.

Para evitar que essas trágicas experiências continuem se perpetuando no nosso país, o projeto do novo CPP prevê, acertadamente, o chamado juiz das garantias, que terá como função precípua a de monitorar o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais do suspeito ou indiciado, na primeira fase da persecução penal, sem prejuízo de também preservar o direito do Estado de investigar o fato e apurar a sua autoria, visando à devida aplicação da norma penal violada. (...) GOMES, Luís Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2057647/o-juiz-de-das-garantias-projetado-pelo-novo-codigo-de-processo-penal> Acesso em 16 de abril.

Portanto, em decorrência da prevenção como se está prevista atualmente no Código de Processo Penal em vigor redundará em um juiz contaminado com a causa que irá decidir, por ter se manifestado anteriormente ainda no curso da investigação preliminar.

Em tempo, é de extrema relevância apontar-se para a atual tramitação dos projetos supracitados, os quais são pontos nevrálgicos do presente artigo.

Neste íterim, ressalte-se que o projeto de lei nº 8.045-2010, de iniciativa do Senado Federal e autoria do senador José Sarney, PMDB-AP, sob a rubrica PLS nº156 apensou aos autos de sua tramitação o projeto de lei nº 7.987-2010 ambos versando sobre o Juízo das Garantias, e, encontra-se atualmente situado na Casa Revisora do Congresso Nacional em uma nítida fase de maturação legislativa.

Assim, por ato da Presidência da Câmara dos Deputados, fora criado em 25 de fevereiro de 2016 Comissão Especial para debater o projeto, nos termos do art. 205, §1º do Regimento interno da Casa, resultando em importantes debates acadêmicos produzidos pela Câmara dos Deputados em inúmeras audiências públicas, contando com a presença de ilustres processualistas brasileiros, a exemplo dos professores Aury Lopes Jr., PUC-RS e Rodrigo Badaró, USP-SP e transmissão online via internet pelo sítio do YouTube.

A propósito, cumpre sublinhar as suas recentes aprovações parciais na Comissão Especial<sup>21</sup> mencionada linhas atrás, sob a relatoria dos deputados Federais Paulo Teixeira, do PT-SP, o qual lhe incumbiu a análise quanto a constitucionalidade, juridicidade e adequada técnica legislativa dos arts. 458 a 611; e, Pompeo de Mattos, do PDT-RS, arts. 321 a 457.

Deste modo, dada a riqueza do debate e inovação do instituto, em que seu escopo é justamente efetivar as linhas garantistas e democráticas traçadas no Texto Constitucional, constitucionalizando o direito processual penal brasileiro, dificilmente tal proposta seria vetada no que tange ao exame de sua constitucionalidade, juridicidade e adequação técnica legislativa, a ser oportunamente realizada pelo legislador ordinário.

Ante todo o exposto neste tópico, constata-se que a fundamentação teórica que sustenta a implementação do Juízo das Garantias no Poder Judiciário brasileiro mostra-se louvável, e isto, sobretudo, por resguardar o pilar de uma democracia moderna: um magistrado imparcial que julga conforme as provas colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, em uma posição equidistante das partes, numa postura verdadeiramente observadora da paridade de armas entre estas, preservando-se o status de inocência do investigado/réu e garantindo a efetividade do sistema processual penal acusatório, o qual se coaduna com os princípios e valores expressos na Constituição Federal de 1988.

---

<sup>21</sup> Consultar tramitação em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263&ord=1> Acesso em 22 de junho de 2017

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto ao longo deste artigo científico, mostra-se imprescindível a adoção do Juízo das Garantias no Brasil, principalmente levando-se em conta a notória prática forense criminal em que um número infindável de acusados é condenado por provas colhidas em sede policial e reconstituídas em Juízo, desprezando-se o fato de as mesmas terem sido produzidas sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, dois pilares de sustentação de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, ao se retirar das mãos do magistrado os poderes instrutórios que ainda hoje lhe servem, criando a figura de um Juízo exclusivo para tutelar os direitos e garantias do cidadão, certamente evitar-se-á o mal de sua contaminação, preservando-se o devido processo legal em sua essência acusatória, com partes bem delineadas: acusação e defesa, em que caberá exclusivamente à acusação todo o ônus da carga probatória condenatória, figurando o Juiz como mero expectador.

## REFERÊNCIAS

### BIBLIOGRAFIA

BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal: tomo I**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 36.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. Ed. 5, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62-63.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26-27.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 84-85

*Ibidem*, p. 84-85

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2009. p. 45.

CARNELUTTI, 1965, p.4 apud LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. Ed.9, São Paulo: Saraiva, 2012. p. 571.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche o Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 146.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 64-66.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Ed.3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P.45.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer. et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. Ed.11, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ed.9 São Paulo: Saraiva, 2012, p. 575.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ed.10, São Paulo: Saraiva, p.113.

*Ibidem*, p. 127

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. Ed.13, São Paulo: Saraiva, 2016, p.61.

*Ibidem*, p.62.

*Ibidem*, p.67.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28-29.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Ed 17, São Paulo: Atlas, 2013, p. 6-7.

*Ibidem*, p.13.

RANGEL, Paulo. ed. 2007. Saraiva. **Direito processual penal**. Ed. 13, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e juízo especial criminal**. São Paulo, Atlas, 1997, p. 31-8

THUNS, Gilberto. **O Mito sobre a verdade e os Sistemas Processuais**. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 157.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. Ed.3, São Paulo:Revista dos Tribunais, 2009, p. 60.



## PERIÓDICOS

BOSCHI, José Antônio Paganella. Conferência realizada sob o título: **Evolução do código de processo penal: mesa redonda no I Seminário de Política de Memória Institucional e Historiografia**, antiga sala do Tribunal Pleno, Palácio da Justiça, Porto Alegre, 13 de setembro de 2002. Disponível em [https://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_gaucha/revista\\_justica\\_e\\_historia/issn\\_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao\\_Codigo\\_Processo\\_Penal.pdf](https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf)> Acesso em 25 de maio de 2017.

GOMES, Luís Flávio. **O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal**. Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2057647/o-juiz-de-das-garantias-projetado-pelo-novo-codigo-de-processo-penal>> Acesso em 16 de abril de 2017

PRADO, Geraldo. **O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações, Permanências**. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/483833/mod\\_resource/content/1/Policia%20Civil\\_Artigo%20Geraldo%20Prado\\_p%20558%20cita%20a%20Recomendacao%203%20de%202013.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/483833/mod_resource/content/1/Policia%20Civil_Artigo%20Geraldo%20Prado_p%20558%20cita%20a%20Recomendacao%203%20de%202013.pdf)> Acesso em 14 de abril de 2017.

ROBERTO, Luís. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art04102005.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm)> Acesso em 25 de maio de 2017.

ZAPATER, Maíra. “**O Código de Processo Penal de 1941: Tudo que você disser poderá ser usado contra você**”. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/06/17/o-codigo-de-processo-penal-de-1941-tudo-o-que-voce-disser-podera-ser-usado-contra-voce/>> Acesso em 25 de maio de 2017.

## LEGISLAÇÃO

BRASIL, Constituição Federal de 1988. art. 5º, incisos XXXVII a LXVIII. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em 25 de maio de 2017.

BRASIL, Projeto de Lei nº 7.987/2010. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=488850> Acesso em 14 de abril 2017.

BRASIL, Constituição Federal de 1988, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em 25 de maio de 2017.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm) Acesso em 16 de abril de 2017.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 162970 RJ 2010/0029855-2. Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Publicada em DJe 21/03/2012, Brasília – DF. Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus – RHC nº 59475 SP 2015/0110086-3. Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Publicada em DJe 18/06/2015, Brasília – DF. Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial REsp nº 22953 SP 1992/0012894-7. Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Publicada em DJ 31.10.1994 p. 29528, Brasília-DF. Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO