



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

LUIS HENRIQUE MACIEL ARANTES TOITO

**JUIZ DAS GARANTIAS: APLICABILIDADE DO INSTITUTO NO DIREITO
BRASILEIRO**

**Assis/SP
2021**



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

LUIS HENRIQUE MACIEL ARANTES TOITO

**JUIZ DAS GARANTIAS: APLICABILIDADE DO INSTITUTO NO DIREITO
BRASILEIRO**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando: Luis Henrique Maciel Arantes Toito
Orientadora: Aline Silvério Paiva Tertuliano da Silva

Assis/SP
2021

FICHA CATALOGRÁFICA

T646j TOITO, Luis Henrique Maciel Arantes
Juiz das garantias aplicabilidade do instituto no direito brasileiro / Luis Henrique Maciel Arantes Toito. – Assis, 2021.

39p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientadora: Esp. Aline Silvério Paiva Tertuliano da Silva

1.Juiz 2.Sistema acusatório

CDD 341.412

**JUIZ DAS GARANTIAS: APLICABILIDADE NO INSTITUTO DO DIREITO
BRASILEIRO**

LUIS HENRIQUE MACIEL ARANTES TOITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Aline Silvério Paiva Tertuliano Da Silva

Examinador: _____
Maria Angélica Lacerda Marin

**Assis/SP
2021**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha mãe, Enelaine Maciel, pelo cuidado, atenção e esforço a mim sempre ofertado.

Aos meus irmãos pelos momentos de alegria familiar.

À minha namorada, Eduarda, pelo amor, companheirismo e cuidado.

Aos meus familiares, a meus amigos e a todos que, de qualquer forma, apoiaram e me incentivaram nesse laborioso projeto de vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me dar forças e iluminar meu caminho.

À minha mãe, por ser tão dedicada e amiga, pessoa que mais me apoia e acredita na minha capacidade.

Ao meu irmão Gustavo, por ser o motivo de momentos de alegria.

Ao meu mais que amigo Lucas Antônio, por todo o carinho doado nesses últimos anos e por ter sido peça fundamental na feitura do presente trabalho.

A minha namora Eduarda Mota, obrigado pelo companheirismo e pelas motivações.

Aos meus amigos de faculdade, em especial Bruno Boffe, Danilo de Oliveira e Matheus Henrique, pela paciência, estímulo e ajuda durante todo o curso.

A professora Maria Angélica, peça fundamental para escolha do presente tema.

A todos os professores da faculdade de direito, que contribuíram para minha formação, em especial à professora Aline Silvério, por ter de imediato aceitado a proposta de me orientar, pela dedicação dispensada e pelo auxílio prestado na concretização deste trabalho monográfico.

RESUMO

O presente trabalho de monografia apresenta o tema: JUIZ DAS GARANTIAS E APLICABILIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO BRASILEIRO e todas as alterações feitas pela Lei 13.964/19, trazendo um modelo sistema acusatório puro junto à salvaguarda Constituição. A apresentação será desenvolvida através de três capítulos, que discorrem sobre os aspectos sistema processual, as funções do juiz mediante o novo código de processo penal e a eficácia dos princípios fundamentais da imparcialidade, do contraditório e da ampla defesa dentre outros. Há presente também, uma análise do juiz das garantias, baseado nas alterações da nova lei pacote anticrime. Este trabalho tem por objetivo analisar os princípios que regem o sistema acusatório, previsto na Constituição de 1988, os meios para efetiva-lo na esfera brasileira e, ainda, praticabilidade da implementação do juiz garantias. A metodologia utilizada na elaboração da monografia foi o de compilação, que consiste na exposição de pensamento de vários doutrinadores que escreveram e se posicionaram sobre o tema escolhido. Dessa forma, desenvolveu-se uma pesquisa bibliográfica, utilizando como apoio as contribuições de autores que abrangem em sua escrita o assunto em questão, realizada por meio de consultas periódicas a seus livros.

Palavras-chave: Juiz das garantias, Sistema acusatório, Lei nº 13.964/2019.

ABSTRACT

Texto em inglês.

This monograph presents the theme: JUDGE OF GUARANTEE ANDE THE APPLICABILITY OF THE BRAZILIAN LAW INSTITUTE and all of the changes made by the law 13.964/19, bringing an accusatorial clear system model, together with the safeguard of the constitution. The presentation will be developed in their chapters, which discuss the aspects procedural system, the judge's functions through the new code of criminal process and the effectiveness of the fundamental principles of impartiality, contradictory and ample defense, among others. There is also, an analysis of the judge of guarantees, based on the changes in the new law anticrime package. This work analyzes the principles that govern the accusatorial system, foreseen in Constitution of 1988, the means to make effective in Brazilian sphere and, furthermore the practicability of the implementation of the judge of guarantees. The methodology used in the preparation of this monograph was compilation, which consists of the exposition of the thoughts of several scholars who have written and positioned themselves on the chosen theme. Thus, bibliographical research was developed, using as support the contributions of authors who cover in their writing the subject in question, carried out by periodic consultations in their books.

Keywords: Judge of guarantee, accusatorial system, law 13.964/19

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF: Constituição Federal

CPP: Código de Processo Penal

STF: Supremo Tribunal Federal

MP: Ministério Público

CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE FRANCÊS: Código de instrução criminal francês.

JUS PUNIENDI: Direito de Punir.

CÓDEX: Código Antigo

SINE QUA NON: indispensável

SUMÁRIO

1. <u>INTRODUÇÃO</u>	11
2. <u>O SISTEMA PROCESSUAL</u>	12
3. <u>DAS FUNÇÕES DO JUIZ</u>	19
3.1. <u>PAPEL DO JUIZ NO NOVO PROCESSO PENAL</u>	19
3.2. <u>O JUIZ E A CONSAGRAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO</u>	20
3.3. <u>VERDADE DO PROCESSO PENAL FRENTE À ATUAÇÃO DO JUIZ</u>	22
3.4. <u>PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E JUIZ NATURAL</u>	24
3.5. <u>O JUIZ CRIMINAL ENTRE IMPACIALIDADE DOS SEUS ATOS E A NEUTRALIDADE IMPOSTA PELA SOCIEDADE</u>	27
4. <u>JUIZ DAS GARANTIAS</u>	28
5. <u>CONCLUSÃO</u>	34
6. <u>BIBLIOGRAFIA</u>	35

1. INTRODUÇÃO

Em 24 de dezembro de 2019, foi sancionada pelo Presidente da República Jair Bolsonaro, a Lei 13.964/2019, que traz alterações na legislação processual penal, cujo objetivo é trazer medidas de recrudescimento e rigor legislativo, no combate ao crime organizado, tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e de armas, crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos. Além disso, as alterações legislativas buscam modernizar e agilizar a persecução penal, tanto na fase de inquérito quanto no curso do processo.

Nesse Contexto, uma das alterações trazidas foi a figura do juiz das garantias, previsto no art. 3º da referida lei, sendo este definido como responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e salvaguarda dos direitos individuais. Inicialmente há de se verificar que a figura do juiz garantista não é nova no nosso ordenamento jurídico, na medida que, com a Constituição Federal de 1988, foi atribuído ao Poder Judiciário o reconhecimento de uma função garantidor dos direitos fundamentais.

Em uma Constituição garantista, como denominada por alguns doutrinadores, direcionada ao respeito às garantias individuais daquele a quem é atribuída a prática de uma infração penal, sendo este um sujeito que deve ter seus direitos fundamentais e correlatos respeitados, tanto na fase de inquérito como no curso do processo, o juiz deve ser visto como um garantidor dos direitos do investigado ou acusado.

De outra forma, superando o modelo positivista, restou absoluta a ideia de um juiz como mero julgador; foi reconhecida sua função de garantidor que não pode mais se manter inerte diante da constatação de violação ou ameaça de lesão a direitos constitucionais, se aproximando assim, da ideia do órgão jurisdicional como sendo de suma importância para a efetivação de um processo penal norteado por princípios constitucionais.

As alterações trazidas pelo pacote anticrime repercutem justamente no papel do juiz no processo penal, não apenas como um órgão de Estado para fazer valer a aplicação do direito penal, mas também como um verdadeiro garantidor de proteção e legalidade contra os arbítrios do Estado frente ao sujeito que figura no polo passivo do processo, sendo este o mais frágil quando em relação ao aparato Estatal. Presente em outros ordenamentos jurídicos como Espanha, Itália, México e Bolívia, a figura do juiz garante tem como objetivo a garantia da imparcialidade e, ao contrário do que ocorria no ordenamento brasileiro, o juiz

da fase preliminar/ pré-processual, será distinto daquele que acompanhará a instrução criminal.

O juiz que atuava no inquérito, antes considerado preventivo para acompanhar o processo, atuará tão somente até o recebimento da denúncia, nos termos do art. 3º-B, XIV, do Código de Processo Penal, no entanto, a previsão ainda é discutida pela doutrina; a controvérsia existente em relação ao juiz garantista diz respeito à imparcialidade e a impunidade. De um lado, parte da doutrina enxerga no juiz garante a possibilidade de imparcialidade no processo penal e aproximação de um processo guiado pelos princípios constitucionais próprios de um Estado Democrático de Direito.

Em síntese, a criação do juiz de garantias, sobretudo em comarcas de 1ª entrância, significa um aumento orçamentário para viabilizar a sua implementação, posto que seriam necessários mais juízes, um para acompanhar a fase de investigação e outro para atuar no decorrer do processo. Atualmente a implantação do juiz das garantias encontra-se suspensa por decisão do Ministro Luiz Fux, em razão das ADIs (Ação Direta de Inconstitucionalidade) de nº 6.298, 6.299 e 6.300, principalmente pelas dificuldades de organização judiciária, para implementação da medida. Feito este panorama inicial, o presente trabalho visa a dissertar acerca do juiz de garantias e se propõe a responder ao seguinte questionamento: As alterações trazidas pela Lei 13.964/19 e a instituição do juiz de garantias são um avanço para a constitucionalização do processo penal e efetivação do sistema acusatório? Por tanto, o presente trabalho irá analisar a aplicabilidade no instituído do direito brasileiro.

O primeiro capítulo enfatiza os sistemas processuais como um todo, citando cada modelo e a distinção entre eles dentro do código de processo penal. No segundo capítulo abordaremos as funções do juiz no processo penal e o modelo e os princípios os quais regem diante da Constituição Federal.

Por fim, no último capítulo foi trazida o modelo do juiz garantista apresentando os benefícios que essa função pode oferecer para nosso ordenamento jurídico, o modelo que a Constituição Federal sempre preza sendo ele o acusatório que tem o objetivo de ser imparcial e respeitar as garantias constitucionais.

Em que pesem os questionamentos da viabilidade da medida, ainda que não esteja disposta de forma ideal, bem como as dificuldades de implementação, há que se considerar que as dificuldades se tornam ínfimas, quando comparadas aos benefícios. O juiz imparcial

leva a um processo em que se assegura maior igualdade entre as partes e, conseqüentemente, leva a um aumento de credibilidade no próprio sistema judiciário. A figura do juiz garante deve ser observada como um avanço na busca por um processo penal mais justo.

2. O SISTEMA PROCESSUAL

Os Sistemas Processuais Penais são métodos de pacificação social pelos quais diversas comunidades, em diferentes lugares e momentos da história, resolviam seus problemas penais.

As regras e garantias processuais penais alteram de acordo com o tipo de processo penal adotado. Como o Direito é dinâmico, tem-se que cada Estado opta por um sistema processual penal influenciado pela época, transformações sociais e principalmente políticas que ali se passaram.

Nos dizeres de Ernst Beling: “É natural que nas épocas em que o Estado se viu seriamente ameaçado pela criminalidade o Direito penal tenha estabelecido penas severas e o processo tivesse que ser também inflexível.” (Beling, 1943, p.21.)

Nesse mesmo sentido, são as palavras de Aury Lopes Jr:

Os sistemas Processuais inquisitivos e acusatório são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época. Atualmente, o Law and order é mais uma ilusão de reduzir a ameaça da criminalidade endurecendo o Direito Penal e o processo. (Jr., Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 3ª Ed., 2008, p.55.)

Nessa linha de raciocínio, constata-se que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em contrapartida, o sistema inquisitório aparece historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, reduzindo as garantias individuais em face da hegemonia estatal.

Doutrinariamente, a depender dos princípios que orientam existem três espécies de sistemas processuais detectados: Sistema Inquisitório, Sistema Acusatório e Sistema Misto.

2.1 SISTEMA INQUISITIVO

O sistema inquisitivo (ou inquisitório) dominou nos séculos XVI a XVII, ordenado pelo princípio inquisitivo, retrata-se por não levar em conta o contraditório e a ampla defesa, por

procedimentos seguidos como escrito e sigilosos e por uma mitigação dos direitos e garantias dos indivíduos. O doutrinador Aury Lopes Jr. assegura que esse sistema “foi desacreditador – principalmente por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.” (Lopes Jr, 2007, p.68.).

Composto de ampla liberdade probatória no sistema inquisitivo, o magistrado conduz o procedimento de forma escrita e sigilosa, podendo determinar de ofício a colheita de provas, tanto no curso das investigações, quanto no curso do processo penal, independentemente de requerido pela acusação ou defesa.

O acusado é tratado como mero objeto do processo e não como sujeito de direitos, havendo nítida mitigação dos direitos e garantias individuais, legitimada pela louvada busca da verdade real ou material, admitindo-se, inclusive, a tortura para que uma confissão fosse obtida, assim sendo considerada a mais importante das provas, suficiente para o encerramento das investigações e para condenação do réu. Nas palavras de Paulo Rangel: “No sistema inquisitivo, o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhe foram trazidas pelas partes, visando convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação”. (Rangel, Direito Processual Penal. 12ª ed., 2007, p. 46.).

Não há dúvidas que a postura de um juiz inquisidor, com concentração de poderes instrutórios, compromete a garantia da imparcialidade e o postulado do devido processo legal, uma vez que o magistrado se compromete prévia e psicologicamente com a demanda que futuramente terá que julgar.

A justificativa usada para aplicação do sistema inquisitivo é a celeridade do processo e a efetividade da prestação jurisdicional, entenda-se que ao deixar a função de acusar a cargo do particular estraria sendo favorecida a impunidade, visto a importância dessa função. O sistema inquisitório é típico em países autoritários, onde os direitos individuais não são respeitados.

O Código de Processo Penal Brasileiro, quando iniciou sua vigência em 1941, teve grande inspiração fascista no Código Rocco da Itália, em que posicionava a figura do juiz em uma posição hierarquicamente superior às partes da relação jurídica processual, como no caso de ter conferido poderes para iniciar ação penal através do procedimento denominado judicial forme, sem observar o princípio da inércia da jurisdição (Távora & Alencar, 2017) ou quando o juiz é chamado para exercer a fiscalização anômala do princípio da

obrigatoriedade da ação penal ainda na fase de investigação (art. 28 do Código de Processo Penal), embora o parquet tenha sido elegido constitucionalmente para propor a ação penal pública quando existir elementos suficientes de autoria e materialidade delitiva ou até promover o arquivamento diante da ausência desses mesmo elementos.

Destarte, atualmente o Código de Processo Penal tenha sofrido inúmeras alterações ao ponto de procurar superar de vez o sistema inquisitório, ainda existe a figura do juiz inquisidor como se vê previsto no artigo 156, inciso I, do CPP, introduzido pela Lei nº 11.690/08, que concedeu ao magistrado a possibilidade de ordenar, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, compatibilidade e proporcionalidade da medida. Na mesma acepção, a redação do artigo 311 do Código de Processo Penal, alterada pela Lei nº 12.403/11, que em uma breve leitura, seria possível a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz na fase investigativa, verdade que não é aceito pela esmagadora doutrina para não comprometer o princípio da imparcialidade do julgador.

2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema Acusatório por sua vez teve início no direito grego, (Lopes 2007, p.58.), no modelo acusatório há uma nítida separação das funções de acusar. Defender e julgar, conferidas as partes distintas com a igualdade de condições na relação processual.

Dessa maneira, no sistema acusatório, encontrados nos países democráticos, este adotado pelo Brasil, são características predominantes desse sistema a separação rígida entre os personagens juiz, autor e réu, cada um exercendo sua função como julgar, acusar e defender, nesta ordem. Além disso, o processo prima pela publicidade, pelo contraditório, ampla defesa e a oralidade do julgamento. Já no sistema inquisitório, existe a frequente iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução processual.

No sistema acusatório, os princípios do contraditório, da presunção de inocência, da ampla defesa e da publicidade conduzem todo o processo, atuando o juiz somente quando provocado, de modo a julgar com base nas provas produzidas e trazidas aos autos. O princípio da verdade real é substituído pela busca da verdade, pois o entendimento de PACCELLI “não existir nenhuma verdade judicial que não seja uma verdade processual” (Pacelli, O Processo Penal Brasileiro, 2014, p. 11.). O órgão julgador é dotado de

imparcialidade e atua de forma paralelo das partes, apreciando as provas pelo sistema do livre convencimento motivado.

O juiz na fase preliminar investigativa deve ser chamado a intervir apenas para garantir se os direitos fundamentais do investigado (acusado) verificando se estão sendo preservados, se estorvar de produzir prova de ofício. Já na fase processual, concebe-se que o magistrado tenha poderes instrutórios, mas essa iniciativa deve ser considerada caráter de exceção, como por exemplo a atividade subsidiária e complementar à atuação das partes.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 deixou claro sua preferência pelo sistema acusatório, ao conferir a função privativa do Ministério Público em promover a ação penal pública conforme se vê prelecionado no artigo 129, inciso I, CF/88. Nesse sentido, em razão do princípio da inércia da jurisdição, a propositura da ação penal pública somente tem início quando a pessoa responsável deduzir a pretensão punitiva em juízo, devendo o juiz dar o impulso oficial na condução do processo.

Não obstante, o Código de Processo Penal tenha em seu texto originário caráter inquisitivo, inúmeros reparos foram realizados por alterações legislativas e interpretação da jurisprudência que obteve a construção de um modelo predominantemente acusatório. Deve-se ressaltar que em nosso país não há sistema acusatório puro, visto que, além da imparcialidade do magistrado, nosso ordenamento é pautado, também, pelo princípio da verdade real, visto que, a busca pela verdade dos fatos, podendo o juiz ordenar de ofício a produção de provas, mesmo que seja de forma limitada, ainda que seu exercício é apenas complementar, requerendo provas consideradas urgentes.

As Leis nº 11.719/08 e 11.690/08 alteraram diversos dispositivos processuais penais construindo um modelo acusatório já arranjado pela Constituição Federal de 1988. As reformulações sedimentaram o princípio da oralidade durante a audiência e elegeram as partes como protagonistas na fase de arguição das testemunhas, reservando-se ao magistrado o complemento dos pontos não esclarecidos, como se vislumbram pelos artigos 212 e 403, ambos do Código de Processo Penal.

Embora adequada as alterações, houve certo desmedido com a alteração do art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal, na qual passou a conferir ampla liberdade de iniciativa probatória ao juiz, “frequentemente legitimada pelo decantado princípio da verdade real.” (PACELLI, 2017, p. 20). No entanto, a doutrina declina que este dispositivo deve ser declarado inconstitucional por resgatar a figura do juiz inquisidor, é o que traz o artigo 156 do CPP:

Art.156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

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; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – Determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Nesse passo julgou o Tribunal de justiça do Distrito Federal, onde o juiz agiu de ofício em relação a antecipação de provas e oitivas das vítimas onde a atuação do magistrado foi julgada parcialmente, Habeas Corpus admitido parcialmente e, no mérito, ordem denegada. (59885020118070000 DF 0005988-50.2011.807.0000, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 19/05/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 31/05/2011, DJ-e Pág. 150)

Destarte, apesar de o inquérito ser um procedimento de característica inquisitiva, ausente os requisitos do contraditório e a ampla defesa, sigiloso, o sistema processual no Brasil continua com as características do acusatório, visto que a fase investigativa é, no entanto, pré-processual. Isso se dá quando recebida a denúncia/queixa, o processo de torna público de acordo com as regras constitucionais. Isso só confirma o já afirmado anteriormente, que o sistema acusatório não é o puro.

2.3 SISTEMA MISTO

O sistema misto remonta a Revolução Francesa e mais precisamente no ano de 1808, com o surgimento do famoso Code d'instruction criminelle francês. Trata-se de um modelo em que ocorreu a fusão entre os dois modelos anteriores.

Denominou-se misto ou acusatório formal, há uma união ou mescla de outros sistemas, nesse caso, os acima prelecionados. Eles são desdobrados em duas fases distintas. A primeira, de natureza inquisitorial, sob a presidência de um juiz que inicia a investigação sem o contraditório, com instrução escrita, secreta e sem acusação. A segunda, de caráter acusatório. O doutrinador Paulo Rangel critica o sistema misto afirmando que “não obstante ser um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar da acusação” (Rangel, 2001, p.51.).

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor em nosso país, em razão da grande inspiração no modelo fascista italiano, compreendia-se que o sistema previsto era o misto,

principalmente por existir uma fase preliminar inquisitorial traçada pelo inquérito policial de natureza escrita e sigilosa. Após, iniciado o processo com a acusação formal pelo Ministério Público, ocorreria então a fase acusatória.

No entanto, com encetamento da Constituição Federal de 1988, não há dúvidas de que restou claro a separação das funções de acusar, defender e julgar, certificando-se a proteção dos princípios do contraditório e ampla defesa, a publicidade, oralidade e presunção de não culpabilidade. Desse modo, o Código de Processo Penal deve ser interpretado e relido à luz dos direitos, garantias e princípios lançados pela nova ordem constitucional.

2.4 SISTEMA BRASILEIRO ATUAL

Existe ainda muita divergência acerca de qual sistema processual é adotado em nosso país. O artigo 4º do projeto do novo Código de Processo Penal virá acabar com a discussão sobre esse assunto prelecionado acima ao dispor 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 autuação probatória do órgão de acusação”.

Para o doutrinador Guilherme Nucci o sistema processual adotado no Brasil é misto, composto por sistema inquisitivo-acusatório, inquisitivo garantista ou acusatório mitigados:

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 de Processo 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. Não há qualquer pureza na mescla dessas regras, emergindo daí o sistema misto. (Nucci, Provas no Processo Penal, 2009, p. 25.)

Os doutrinadores acreditam que o sistema processual brasileiro adotado atualmente seja o modelo misto, tem fundamento pelos fatos de que, em regra, a apuração de um crime, tem início na delegacia de polícia, instaurando-se o devido inquérito policial, de natureza inquisitória.

O doutor Guilherme de Souza Nucci, explica na prática como se procede o sistema misto:

Nesse procedimento administrativo, colhem-se provas a serem utilizadas, posteriormente, no contraditório judicial, com força probatória definitiva (laudos, medidas cautelares etc.). Durante o referido procedimento, há a atuação de um magistrado, não raras vezes o mesmo que irá receber futura denúncia ou queixa e julgará o réu. Esse juiz, fiscalizador do inquérito, pode decretar uma prisão preventiva ou uma busca e apreensão. Posteriormente, recebe a peça acusatória, instrui o feito e, de maneira imparcial, julga a causa. Esta é a realidade contra a qual a doutrina alguma pode opor-se. Este é o sistema existente, que é misto. Há laços inquisitivos e toques acusatórios. (Nucci, Provas no Processo Penal, 2009, p. 25.)

Noutro turno, na concepção do doutrinador Paulo Rangel, que se posiciona no sentido de que o sistema processual que o Brasil adota é o sistema acusatório/formal, onde tem a divisão de julgar, acusar e defender, mas lembra de que o sistema em sua essência não é puro, pois argumenta que “o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, (...)”.

No entanto, o sistema misto, visou uma solução entre os sistemas inquisitivo e acusatório, por meio de junção dos mesmos a eficiência inquisitória na investigação e o tipo processual acusatório sendo mais adequado na defesa dos direitos humanos e nas garantias constitucionais.

Após grande impasse, discussões entre doutrinadores chegou a uma conclusão concreta de que o modelo que é usado atualmente no sistema processual brasileiro é o acusatório, visto que, as funções de acusar e julgar pertencem a órgãos diferentes. Além disso, hoje no Brasil vigora um sistema garantista carregados pelos princípios constitucionais, como por exemplo: o contraditório, a ampla defesa, a publicidade e o mais importante a imparcialidade do magistrado.

3. DAS FUNÇÕES DO JUIZ

A função do juiz criminal não é de um punidor escrupuloso, cumpra-lhe julgar com imparcialidade, neutralidade e serenidade a ação penal condenatória imposta pelo Ministério Público.

É fato que o Direito Penal e o Direito Processual Penal visam sempre à proteção de cada integrante da sociedade civil. O primeiro, ao expor ações tidas como criminosas, protege, por escrito, o indivíduo, de modo a não o surpreender. Já o Direito Processual Penal, exige por sua vez, em conjunto com a Constituição Federal, artigo 5º, incisos LIV e LV, o cumprimento severo do devido processo legal, defende, igualmente o acusado, garantindo-lhe um julgamento pelo menos justo com a ampla defesa, perante um juiz imparcial.

Noutro turno, ao juiz criminal a Constituição Federal e o Código de Processo Penal imputam a função de limitar o exercício arbitrário do *jus puniendi* pelo Estado-administração, representado então pelo Ministério Público, titular da ação penal.

3.1. PAPEL DO JUIZ NO NOVO PROCESSO PENAL

Exclusivamente, a aparência do juiz sempre exerceu funções de destaque no ramo do judiciário especialmente no processo penal brasileiro. As disposições originárias do Código de Processo Penal, modificado em plena vigência do Estado Novo, permitiam ao julgador o exercício de algumas faculdades que o alcançavam a uma posição de verdadeira proeminência em relação as demais figuras processuais.

Elucidado, podemos citar as seguintes faculdades processuais, as quais, de acordo com a redação original do *Códex*, eram verificadas pelo legislador em favor do juiz: determinar de ofício a produção de provas durante a ação penal, proferir sentença condenatória mesmo em caso de pedido absolvição da acusação e condenar o réu por crime mais grave do que aquele apontado pela acusação na denúncia.

Contudo, embora algumas funções permaneçam vigente até hoje, não há dúvidas de que, depois da publicação da Constituição Federal e as sucessivas reformas processuais que aconteceram nos últimos trinta anos, o protagonismo antes do exercido pelo juiz vem sendo gradualmente mitigado em favor das partes.

A edição da Lei 13.964/2019, pacote anticrime, constitui a história mais recente, tendo em vista que, entre outras diversas reformulações substanciais, a norma possibilitou a

celebração do Acordo de não Persecução Penal entre a acusação e defesa, negócio jurídico processual que tem o potencial de ser celebrado em grande parte das causas penais frequentemente processadas diante do Poder Judiciário.

Destarte, o projeto da lei Anticrime, além de enunciar expressamente, no *Códex*, que o processo penal terá estrutura do sistema acusatório, trouxe ainda, diversas alterações, dentre elas a possibilidade de celebração de Acordo de não Persecução Penal entre acusação e defesa para os delitos cuja pena mínima não ultrapasse quatro anos. Isso indica que, nos termos atuais, as partes podem dispor da causa penal por meio de várias formas de ajuste de ampla abrangência. É nessa linha de raciocínio que deve ser operada a ressignificação das funções desempenhadas pelos autores processuais do processo penal.

3.2. O JUIZ E A CONSAGRAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO FRENTE AO NOVO PARADIGMA PROCESSUAL

Presentemente, esse impasse entre os sistemas processuais penais e nossa lei maior ligado com nosso ordenamento jurídico penal tem sido um motivo de muito debate entre os operadores do direito. Existe diversas posições acerca do sistema adotado pelo Brasil, entre a Constituição Federal e o Código de Processo Penal.

A primeira posição a respeito ao sistema inquisitivo, onde o juiz adota a postura inquisitória, sendo ela as ações como julgar e acusar. Porém, existe outros que acreditam que o sistema processual brasileiro seria um sistema misto, em que adota a postura inquisitório e acusatória em duas fases distintas, uma na fase investigatória e outra na fase instrutória.

O magistrado Kai Ambos afirma que o sistema adotado em nosso país é o sistema misto, pelo fato de não haver um regime melhor, encarado sob uma perspectiva entre Constituição Federal e o CPP, em que para consistir o devido processo legal, necessita-se de iniciativas probatórias advindas do CPP e modelo inquisitório e da garantia processuais em favor do acusado, advinda da CF/88 e modelo acusatório, adotando assim o sistema misto, veja-se:

O Código brasileiro de 1941, refletindo a tendência de sua época, baseado no Código de Rocco da Itália Fascista, abraça, assim, um sistema misto e, portanto, apesar de trazer a característica de fortalecer o Ministério Público, dando-se, em regra, a separação entre as funções de acusar e julgar na fase de ação, adotando o contraditório e a necessidade de defesa técnica, conservava, ainda, na forma

original do Código, formas de procedimento ex officio e amplos poderes ao juiz na fase de investigação. (Ambos, O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719, 2009, p. 45.)

Noutro turno, a lei Maior entende que o Brasil adota um sistema acusatório, onde as funções de julgar, acusar e defender, o que seria o ideal a ser seguida, pois não há nada acima de nossa Constituição, e se ela adota um modelo de sistema, então é esse sistema que devemos segui-lo.

O doutor Rafael Cristiano Brugnerotto segue com seus pensamentos baseando-se na ideia de Constituição garantista. Entenda-se:

A Constituição de 1988, em vigor até hoje, consagrou como forma de governo a República. O regime é presidencialista, com forma de Estado federativo, e incorporou emendas populares, consagrou os direitos fundamentais e os princípios da dignidade da pessoa humana, demonstrando a Constituição cidadã clara preocupação com o controle de constitucionalidade, o que garante a sua supremacia. (Brugnerotto, 2008. p. 40.)

Com consequência, a constitucionalização do processo garante ao cidadão e ao processo as garantias devidamente protegidas, dentre elas a dignidade da pessoa humana como requisito básico do sistema acusatório. Vale ressaltar que, em respeito a qualquer norma que não esteja dentro dos parâmetros constitucionais serão excluídos, por força da lei Maior. Conclui André Copetti:

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passamos a ter a possibilidade de realização de um Estado Democrático de Direito em nosso país, mas a sua concretização efetiva encontra sérios obstáculos tanto na legislação infraconstitucional anterior, vinculada à velha ordem liberal-individualista, quanto no próprio campo jurídico ainda largamente enraizado no imaginário de nossos juristas. (Copetti, 2000. p 207.)

Destarte, aguarde-se um projeto de Lei que altere os artigos vigente do nosso Código de Processo Penal, que trazem os resquícios do sistema inquisitório que deverão ser extintos, para que a nossa Constituição assegure todas as garantias do processo e do acusado e que possa seguir seu modelo de sistema acusatório.

3.3. VERDADE DO PROCESSO PENAL FRENTE À ATUAÇÃO DO JUIZ

Nesse passo, apresenta-se o Art. 209 do Código de Processo Penal, refere-se ao princípio da busca pela verdade real:

Art. 209, CPP: O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

1º: Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

2º: Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa. (Filho, Código de Processo Penal Comentado. Vol. 1 e 2. 13ª, 2010. p. 646 e 647.)

Entretanto, essa medida encontra-se de frente contra o sistema acusatório da CF/88, compreendo que somente as partes é quem tem competência para indicar testemunhas novas ao processo. Tourinho filho explica que “trata-se de medida adotada na contramão do processo acusatório. São as partes que devem produzir provas”. Há doutrinadores que afirmam estar corretos esses artigos de lei, com o fundamento de que o juiz faz valer-se de seus poderes, sem prejudicar as partes.

Por outro lado, a instrução não tem por fim encontrar a verdade, destina-se a ela proporcionar ao magistrado o retrato mais fiel possível dos fatos constitutivos, modificados e extintivos do direito.

Noutro turno, o Juiz está sempre em busca da verdade, mesmo que na maioria das vezes seja relativa, para que fundamente suas decisões, de condenar ou absolver, visto que, em entendimento doutrinário confirmando a eficácia do artigo de lei prelecionado, é fato que o juiz não pode se contentar apenas com o que é apresentado, devendo assim, seguir o Artigo 209 do CPP, indo então em busca da verdade real, seguindo do mesmo contexto, em que a busca pela verdade real dos fatos é direito do juiz, portanto, este deve-se aproveitar de seus poderes instrutórios. Kai entende da seguinte forma:

O processo acusatório visando pelo menos a uma “verdade” embasada na probabilidade e na convicção do juiz necessita, assim, da instrução probatória, para o fim de poder o juiz, reconstruir e buscar na instrução criminal elementos sobre o fato concreto ocorrido, para depois sopesar a prova e chegar à decisão final.

Elucidar-se-á, então, o thema probandum, que é a hipótese a ser verificada através da prova. (Ambos, 2009. p. 53.)

É a linha de raciocínio de Ada Pellegrini Grinover, que ao citar a busca pela verdade real por parte do juiz, visa que:

(...) longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos.” Ainda, entende que “o juiz só pode buscar uma verdade processual que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza. E para que chegue a esse estágio, deverá ser dotado de iniciativa instrutória. (Grinover, Julho – Setembro de 1999. p. 74 e 76.)

Entretanto, entende-se, que a fase instrutória entrega ao juiz os poderes ilimitados em busca da verdade real. Doutrinadores que criticam o poder do juiz em produzir provas alegam que toda a fase instrutória está ligada ao sistema inquisitório, onde o magistrado não se torna um mero observador do processo e passa a intervir diretamente nele.

O doutrinador Francisco Baptista diz que “a verdade buscada é ideal – “concordância do pensamento consigo mesmo”. (Baptista, 2001. p. 137 a 138.) A busca da verdade real buscada pelo magistrado, teoricamente já existe, dentro de seus próprios pensamentos e convicções, compreendendo que essa busca é uma desculpa formalizada para tentar uma possível condenação.

Com o princípio da imparcialidade comprometida pelo juiz, o mesmo não poderá gozar de suas funções de maneira limpa, o que fere o devido processo legal, portanto, a verdade que se busca fica inteiramente manipulada.

Diante do assunto em pauta, a imparcialidade do juiz está prevista no artigo 93, IX da CF/88, somente será obtida com a publicidade dos atos processuais. Vejamos:

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

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Constituição Federal, 1988)

O jurista Celso Ribeiro Bastos discute o artigo prelecionado acima, fazendo menção aos princípios como a imparcialidade do juiz, a publicidade do processo para que possa proferir uma sentença justa que é um requisito fundamental. Afirma:

De fato, a publicidade se constitui numa forma de controle público da Administração da Justiça e também da imparcialidade do juiz. De nada adiantariam os meios de controles populares previstos na Constituição se os atos não fossem públicos. Toda a coletividade tem interesse no acompanhamento dos atos públicos e, dentre eles, nos atos do Poder Judiciário. (Bastos, 2000. p. 47.)

Destarte, somente nos casos previstos em lei é que a publicidade pode se ausentar. Visto que, é possível que o magistrado permaneça imparcial acerca de suas decisões, não prejudicando nenhuma das partes, nem o andamento processual, fazendo com que as garantias constitucionais fiquem asseguradas.

3.4. A APLICABILIDADE DE TAIS PRINCÍPIOS FRENTE À ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

A Constituição Federal agigantou ao criar os princípios fundamentais do contraditório, da ampla defesa e o princípio do juiz natural, os quais seriam enredos bastante utilizados pelos grandes doutrinadores acima das críticas da iniciativa probatória do juiz iria ferir as garantias constitucionais.

O doutor José Roberto dos Santos Bedaque, defende a iniciativa probatória, cita diante do princípio do contraditório, vejamos:

Sem dúvida alguma, a melhor maneira de preservar a imparcialidade do magistrado é submeter sua atividade ao princípio do contraditório e impor-lhe o dever de motivar suas decisões (arts. 5º, LV e 93, IX, da CF/1988). Pode ele manter-se absolutamente imparcial, ainda que participe ativamente da instrução. Basta que suas decisões sejam fundamentadas e proferidas após efetivo contraditório entre os litigantes. Aliás, o respeito ao princípio do contraditório é condição de validade de qualquer prova. (Bedaque, 2011. p. 120.)

É fato que tudo que o autor defende é um mero mito, devido ao princípio *in dubio pro reo*, em que o juiz em posição de dúvida, deve absolver o réu, e jamais solicitar a produção de provas, diante do princípio do contraditório.

A CF/88 expõe o princípio do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa em seu artigo 5º, incisos XXXVII, LIII e LV, nestes termos:

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

XXXVII – não haverá júízo ou tribunal de exceção;

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (Constituição Federal, 1988)

Ademias, o princípio do juiz natural é uma garantia de um julgamento imparcial, sem manipulação na decisão para nenhuma das partes, visto que, a divisão de um juiz longe de alcance dos fatos, e que está no processo para analisar com imparcialidade e aplicar o veredito, Tourinho Filho expõe sua linha de raciocínio a respeito do juiz natural, entenda-se:

Juiz natural é aquele cuja competência resulta, no momento do fato, de normas legais abstratas. Nenhum órgão, por mais importante que seja, se não tiver o poder de julgar assentado, explícita ou implicitamente, na Lei Maior, não poderá exercer, validamente, a função jurisdicional. (Filho, 2010. p. 260 e 261.)

Compreendendo que a questão do juiz natural, seria um juiz competente, seguindo o princípio constitucional, capaz de aplicar e julgar de maneira imparcial questões previstas ou não no nosso ordenamento jurídico.

Noutro turno, princípios do contraditório e da ampla defesa asseguram ao réu mecanismo de defesa, para que este tenha voz ativa dentro do processo, também, o direito de permanecer calado. Foi com a CF/88 que o réu conseguiu seu direito de defesa, para que o magistrado possa decidir com imparcialidade, apreciando de maneira justa as provas trazidas ao júízo por ambas as partes. É isso que o conhecimento do Supremo Tribunal Federal, decorrente ao assunto, devido ao habeas corpus Nº 76.526 que foi reconhecido e deferido para determinar que o Tribunal coator, considerando superada a preliminar de conhecimento da apelação interposta pelo Defensor Público, prossiga no julgamento do

recurso, como entender de direito”. (Informativo STF nº. 108 – DJ de 30.04.1998). (Sobrinho, 2001. p. 182.)

Diante do fato prelecionado, julgado pelo STF, mostra a eficiência do princípio do contraditório e da ampla defesa, vez que, ambos os princípios estão ligados constitucionalmente. O magistrado deve ter conhecimento da eficácia dos princípios do contraditório e da ampla defesa, em que se omitindo da presença deles, a sentença proferida fica nula, é fato que o juiz deve estar atento a esses princípios para não ir contra a Constituição Federal.

3.5. O JUIZ CRIMINAL ENTRE IMPARCIALIDADE DOS SEUS ATOS E A NEUTRALIDADE IMPOSTA PELA SOCIEDADE

É costume dentro da justiça brasileira a ideia de que um processo justo será somente se seguir princípio da imparcialidade, é notório que, a imparcialidade imposta dentro de um processo com suas atribuições separadas, com um juiz garantindo os direitos de ambas as partes e como um mero observador do processo, tornando-se assim um devido processo legal.

Noutro turno, confunde-se imparcialidade com neutralidade, um juiz neutro é uma das discussões pertinentes da doutrina brasileira, é um assunto debatido, pois, impossível existir um juiz neutro sendo que existe um juiz imparcial, em que apenas assiste o andamento do processo sem a intervenção nele, mas isso não significa que seja um juiz imune de emoções. Aury Lopes Jr. diz que:

não existe racionalidade sem sentimento, emoção, daí a importância da subjetividade e de todo sentire no ato decisório, bem como assumir que a sentença é ato de crença, de fé (abandono da verdade pela impossibilidade).” Ainda, conclui que “É inafastável esse sentire por parte do julgador e ele se expressa na valoração da prova e na própria axiologia, incluindo a carga ideológica, que faz da norma (penal ou processual penal) aplicável ao caso. (Junior, 2010. p. 363.)

O autor afirma que é difícil dentro do processo penal manter a neutralidade, pois a justiça depende de pessoas, e estas, carregam consigo barragens que são impossíveis de serem separadas.

Ademais, a neutralidade e a imparcialidade não andam juntas, se o juiz optar por um julgamento neutro, este tomará parte do processo, violando as garantias constitucionais, entretanto, seguindo um julgamento imparcial, tomará a postura correta pois o processo seguirá de maneira justa tendo seus princípios garantidos, e a divisão de acusar, defender e julgar distintas entre si.

Destarte, o que realmente importa não é um julgamento neutro e sim, um julgamento em que haja justiça e igualdade, em que o magistrado consiga colocar-se acima das partes sem prejudicar o andamento processual, com as provas que tiver em mãos consiga proferir sua sentença de maneira ilibada e sendo um mero observador do processo.

4. JUIZ DAS GARANTIAS

O juiz das garantias não é uma consideração de hoje, pois já estava presente no Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal, que trata do novo Código de Processo Penal, acontecendo-se o amplo debate pela comunidade jurídica desde então.

Ao abordar o juiz de garantias, a nova Lei nº 13.964/2019 mostrou-se as seguintes disposições, veja-se:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Art. 3º-B. 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 caput do art. 5º da Constituição Federal;

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;

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

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

XI - decidir sobre os requerimentos de:

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

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

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

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

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas, produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

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

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.

Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão. (República, 2019)

O dispositivo do art. 3º-A, como previsto, insere disposição expressa no CPP, adequando-o à nova ordem constitucional, sendo indiscutível a posição pelo sistema acusatório.

Já o art. 3ºB e seguintes, tratam do instituto do assunto evidente “juiz de garantias”, promovendo alterações na estrutura do processo penal brasileiro, com as principais funções divididas por competência e atribuições entre os magistrados que atuam na primeira fase investigativa e na fase processual.

Noutro turno, compete ao magistrado que atua na etapa investigatória o controle da legalidade da investigação e a proteção dos direitos individuais do acusado conforme lecionado no art. 3º- B, inclusivamente o recebimento da acusação com a superação da fase preliminar.

Em frente dessa nova realidade, estabelece a condição do acusado como sujeito do processo penal, visto que, direitos e garantias devem ser resguardados pelo poder judiciário, bem como preservar o juiz à observância da legalidade da atividade na fase investigativa, o que representa um avanço importantíssimo para a firmação do modelo acusatório.

Condizente com a lição de Ferrajoli, a divisão entre as atribuições de acusar, defender e julgar, é essencial do sistema acusatório, entretanto, a atuação do Judiciário na fase investigatória somente se revela admissível com o propósito de assegurar os direitos e as garantias constitucionais do acusado.

Já o doutrinador Luís Geraldo Landredi, cita que:

En un proceso de corte adversarial, caracterizado, como ya se há visto, por la especificidad de las funciones atribuídas a las partes em la determinación de la marcha del proceso y en la producción de la prueba, la actividad del “juez” en la fase que precede al juicio - momento en que el poder punitivo del Estado ya produce drásticas y indelebles consecuencias, y lo hace en el ámbito personal, sobre todo, modificando el entorno del sujeto - no puede prestarse para sumar aún más fuerza contra ella, sino que debe compensar todas las diferencias y desequilibrios que se interponen entre la persona y las agencias del sistema penal que las persiguen. A todas luces, este “juez penal específico”, como lo denomina Bertolino (2000, pp. 2-3), tiene atributos especiales y sólo debe desarrollar roles típicamente jurisdiccionales que conforman su dimensión sociológica comprensiva de todo fenómeno de interacción de hechos y personas dentro del proceso, jugando “un

papel de resistencia y de no rebasamiento de la función judicial hasta una mera práctica policial cualificada” (Ferrajol, 1998. p. 567.)

Lejos de la gestión (y la contaminación) de actividades inquisidoras (propias del polifuncional “juez de instrucción” de herencia napoleónica), la labor primordial del “juez” en esta fase inicial de la persecución penal es operar garantías y al mismo tiempo supervisar la legalidad de las actuaciones e injerencias de las otras agencias, retomando el modo más específico y legitimado del ejercicio de la función (de definir al derecho) que la Constitución le asigna. “Volver a la jurisdicción”, en este marco, como explica Ruggiero (1996: p. VIII), significa evitar que la jurisdicción en este primer instante del proceso penal se resuelva en una apariencia de control que traicione la primordial actividad de tutela de los derechos fundamentales, que es su meta fundamental. (Lanfredi, 2017, pp. 204/206.)

Além disso, as atuações dos magistrados divididos na fase pré-processual e na fase processual certifica-se para os princípios da imparcialidade que o juiz deve cumprir, verdadeira condição *sine qua non* da atividade jurisdicional.

Relutância, a imparcialidade é ligada ao princípio do juiz natural consequentemente do devido processo legal, consistindo em garantias prevista no art. 14, item 1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no art. 8, item 1, da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Vale salientar que o entendimento de que o novo instituto promove a imparcialidade, não parte, em absoluto, da desconfiança pessoal ou da presunção que exista atuações parciais dos magistrados que atuam na fase investigativa.

O instituto do juiz das garantias, permite em fortalecer a imparcialidade do juiz sob um objetivo que, segundo o professor Badaró “deveria não da relação do juiz com as partes, mas de sua prévia relação com o objeto do processo”. Consequentemente, o magistrado não é uma figura neutra, mas uma pessoa que constrói imagens mentais e concepções, *a priori*, como todo ser humano. Destacado ainda por Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter, a promoção da originalidade do magistrado colabora para o almejado distanciamento com situação discutida dentro do processo.

Cabe evidenciar a existência de subsídios empíricos confirmam a referida premissa, da pesquisa realizada pelo jurista alemão Bernd Schünemann baseada na aplicação da teoria da Dissonância Cognitiva no processo penal

De acordo com a teoria prelecionada acima, desenvolvida no âmbito da psicologia social, o ser humano busca um equilíbrio em seu sistema intelectual, ou seja, procura manter relações concertina entre suas opiniões e conhecimento por meio de processo

involuntários. Ademais, surge o contexto efeito perseverança, ou seja, um mecanismo de confirmação das hipóteses pré-concebidas.

O trabalho desenvolvido pelo alemão, que contou com a participação de magistrados criminais e membros do Ministério Público, aleatoriamente escolhidos, concluiu que o conhecimento dos autos do inquérito que, em regra, apresenta uma leitura policial dos fatos influi significativamente no julgamento do mérito.

Badaró por sua vez, destaca que, outra questão que deve ser sustentada: a análise do cabimento das medidas cautelares, no curso da investigação, demanda que o juiz, em algum momento, avalie elementos diretamente relacionados à prática da alegada infração penal. Nesse passo, acrescenta:

Para se decretar uma prisão preventiva, além dos requisitos que caracterizam o *periculum libertatis*, é necessário, com relação ao *fumus commissi delicti*, que haja “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (CPP, art. 312). Os “modelos de constatação” são distintos, quanto à existência do crime, de um lado, e a autoria delitiva, de outro. É necessário que haja prova da existência do crime, isto é, certeza de que o fato existiu. Em suma, trata-se de juízo de certeza, não bastando a mera probabilidade. Assim sendo, não há como negar que o magistrado que, analisando os elementos de investigação do inquérito policial, decretar a prisão preventiva, estará previamente afirmando que há crime, e com tal pré-julgamento, sua imparcialidade objetiva estará comprometida, mormente no caso em que, por exemplo, a tese defensiva seja a inocorrência do fato (p. ex.: nega que tenha mantido relações sexuais, no caso de estupro). (Badaró, 2011, pp. 345- 346.)

Comprovações semelhante é apresentada por Eduardo Gallardo Frías, que é magistrado garantista no Chile, o qual afirma que

En esto no hay dos lecturas posibles: quien conoció de los autos y registros en la etapa preliminar, decretando muchas veces medidas restrictivas de derechos fundamentales no está en condiciones de actuar como juez imparcial en el juicio. Supongamos que un juez em la etapa de investigación decretó una prisión preventiva, um levantamiento del sigilo bancario, interceptaciones de comunicaciones privadas, leyó informes policiales para adoptar decisiones, conoció las circunstancias de una detención flagrante, etc. ¿Cómo puede ese mismo juez después sacar todo eso de su cabeza y por arte de magia, en una especie de “auto lobotomía epistémica”, decidir en un juicio oral donde se supone que solo se debe resolver en base a las pruebas producidas por las partes en esa audiencia? (...) (Frías, 2012, p. 7 e 10)

Na mesma linha de raciocínio, Alexandre Morais Rosa, salienta que

A separação, sem comunicação ostensiva, entre as fases procedimentais, modifica o modo como se prepara o julgamento, já que não se trata da mera modificação do personagem que conduz o processo e sim porque o Juiz do Julgamento somente recebe o sumário da primeira fase e não os autos na totalidade, os quais deverão permanecer acautelado no Juiz das Garantias (CPP, art. 3-B, § 3º), com acesso às partes (CPP, art. 3-B, §4º), acabando-se com o uso manipulado de declarações da fase de investigação (...) . Abandona-se o procedimento escrito/inquisitório em nome da oralidade e imediação que deverão presidir os pedidos, normalmente em audiências presenciais ou por videoconferência (exceção justificada). O grande salto é que não se terá mais a lógica atual dos autos do processo, justamente porque ele deixa de ser contínuo, a saber, não se transfere simplesmente os autos do Juiz das Garantias

para o Juiz de Julgamento. Cindir as funções entre Juiz de Garantias e Juiz de Julgamento sem uma radical separação de autos transforma a reforma em mera falácia garantista, diria Ferrajoli. Os autos do Juiz das Garantias ficam acautelado na secretaria (CPP, art. 3º-C, § 4º: “Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias), devendo, por oportunidade da Audiência de Instrução e Julgamento cada uma das partes/jogadores, levar o material probatório a ser apresentado, sem juntada aos autos, isto é, rompe-se com a tradição escrita de se juntar tudo aos autos para deliberação. (Rosa, 2020, p. 345-350.)

Destarte, em último detalhe, a implementação do juiz das garantias permite conferir máxima de eficiência à imparcialidade, exercício jurisdicional fundamental e verdadeira garantia implícita, ligada ao princípio do juiz natural do devido processo legal.

5. CONCLUSÃO

É fato que, diante dos direitos e garantias asseguradas pela Constituição Federal de 1988, o sistema processual atual ainda há resquícios inquisitivo, entretanto, o sistema processual está passando por alterações que o tornará um sistema acusatório puro, onde será fundamental a divisão das funções de defender, acusar e julgar, e as divisões entre os magistrados, um na fase pré-processual e um na fase processual, será primordial para que este personagem siga o princípio da imparcialidade.

Noutro turno, trazendo mais um juiz dentro do processo o tribunal de justiça terá um gasto a arcar, sabendo que, será importantíssimo visando uma maior celeridade do processo e terá magistrados exercendo apenas a função garantista, aliviando o judiciário da morosidade, e tendo um julgamento justo para o investigado.

Ademais, o processo penal vem passando por modificações importantes, vale salientar que, o juiz deixa de lado a posição de destaque e passa a ser um mero observador do processo, agindo de forma culta e imparcial, deixando que as partes promovam as provas para que o magistrado possa proferir uma decisão justa.

Sendo assim, esse debate irá dilatar por um tempo, visto que, alguns doutrinadores acham que o melhor sistema seja o misto pois há ainda artigos que preveem colher provas diretamente conforme dispositivo no art. 156 do CPP e o art. 209 do CPP, é fato que o juiz de garantias vem para solucionar um dilema que é separar tudo que colheu na investigação daquilo que amealhou durante a instrução. Assim o objetivo é evitar concentração de poder nas mãos do mesmo juiz.

Por fim, a Lei nº 13.964/2019 em seu escopo do juiz das garantias predomina a liberdade da ampla defesa e a isonomia entre as partes no processo, vigora a publicidade do procedimento, quando em juízo, oferece as partes o contraditório principalmente à defesa. Visando a garantir a imparcialidade do magistrado e do sistema acusatório, impõe o livre sistema de produção de provas desde que estas não sejam ilícitas.

6. BIBLIOGRAFIA

- Ambos, K. (2009. p. 53.). *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- Ambos, K. (2009, p. 45.). *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- Badaró, G. H. (2011, pp. 345- 346.). *Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há função do juiz garantista*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris .
- Baptista, F. d. (2001. p. 137 a 138.). *O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Bastos, C. R. (2000. p. 47.). *1938 – Comentários à Constituição do Brasil: Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Vol. 4 – tomo III: Arts. 92 a 126*. São Paulo : Saraiva.
- Bedaque, J. R. (2011. p. 120.). *Poderes Instrutórios do Juiz*. 5ª Ed. Rev. E Atual., e Ampl. Ed. *Revista dos Tribunais*, 120.
- Beling, E. (1943). *Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Labor.
- Brugnerotto, R. C. (2008. p. 40.). *Ações Penais Constitucionais*. São Paulo: Lawbook.
- Copetti, A. (2000. p 207.). *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Federal, C. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Fonte: Constituição
Compilado :
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- Ferrajol, L. (1998. p. 567.). *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. 3ª ed. Madrid: Trotta.

- Filho, F. d. (2010, p. 646 e 647.). *Código de Processo Penal Comentado*. Vol. 1 e 2. 13ª. Ed. Rev. E Atual. São Paulo: Saraiva, p. 646 e 647.
- Filho, F. d. (2010, p. 260 e 261.). *Código de Processo Penal Comentado*. 13ª Ed. Revista Atualizada. Ed. Saraiva. São Paulo, 260 e 261.
- Frías, E. G. (2012, p. 7 e 10). *La reforma al Proceso Penal Chileno y el juez de garantía*. Boletim. Chile: IBCCRIM.
- Grinover, A. P. (Julho – Setembro de 1999, p. 74 e 76.). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 7, nº 27. Ed. *Revista dos Tribunais – Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.*, p. 74 e 76.
- Jr., A. L. (2007, p.58.). *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional: Volume I*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.
- Jr., A. L. (2008, p.55.). *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris.
- Junior, A. L. (2010, p. 363.). *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional. Volume II*. 3ª Ed: *Revista e Atualizada*. . Rio de Janeiro : Lúmen Júris.
- Lanfredi, L. G. (2017, pp. 204/206.). *Juez de garantías y sistema penal*. Florianópolis: Empório do Direito.
- Lopes Jr, A. (2007, p.68.). *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional: Volume I*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.
- Nucci, G. d. (2009, p. 25.). *Provas no Processo Penal*. São Paulo: RT.
- Nucci, G. d. (2009, p.25.). *Provas do Processo Penal*. São Paulo : RT.
- Pacelli, E. (2014, p. 11.). *O Processo Penal Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 11.
- Pacelli, E. (2017). *Curso de Processo Penal*. Atlas ed. 21. São Paulo., 20.
- Rangel, P. (2001, p.51.). *Direito Processual Penal*. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.
- Rangel, P. (2007, p. 46.). *Direito Processual Penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

República, P. d. (24 de 12 de 2019). *LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019*. Fonte: Lei Anti Crime : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm

Rosa, A. M. (2020, p. 345-350.). *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: EMais.

Sobrinho, O. S. (2001. p. 182.). *A Constituição Federal vista pelo STF. 3ª Ed. Atual. Até a Emenda Constitucional nº 31, de 14/12/2000*. São Paulo: Juarez de Oliveira.

Távora, N., & Alencar, R. R. (2017). *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. rev. Salvador: Ed. JusPodivm.