

BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA NOVIDADE DO PACOTE ANTICRIME: A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS

BRIEF NOTES ABOUT THE NEW ANTI-CRIME PACKAGE:
THE FIGURE OF THE JUDGE OF GUARANTEES

Fernanda Santiago Ferreira¹
Marina de Oliveira²

Resumo: O presente artigo visa mostrar a importância da introdução da figura do juiz das garantias, pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), para o estabelecimento de um Sistema Acusatório no Processo Penal brasileiro. Para tanto, apontamos a obrigatoriedade da adoção do modelo acusatório para a garantia de um Sistema de Processo Penal condizente com a Constituição Federal de 1988, e ressaltamos a imperiosa divisão de funções que permite distanciar o magistrado da gestão de provas no curso do processo, tornando-o assim, uma figura imparcial a quem incumbe apenas julgar a parte ré. Neste sentido, a imparcialidade do juiz é crucial para que as garantias individuais do acusado no processo penal sejam respeitadas, uma vez que é ele a figura processual responsável pela asseguuração de todo o sistema de garantias constitucionais. Desta forma, apresentamos o juiz das garantias como uma ferramenta para que os princípios processuais constitucionais sejam efetivados e o Processo Penal se dê em conformidade com os ideais democráticos.

Palavras-chave: Juiz das Garantias. Pacote Anticrime. Sistema de Processo Penal. Sistema Acusatório.

Abstract: This article aims to show the importance of introducing the figure of the judge of guarantees, by the Anti-Crime Package (Law 13.964/2019), for the establishment of an Accusatory System in the Brazilian Criminal Procedure. For that, we point out the mandatory adoption of the accusatory model to guarantee a Criminal Procedure System consistent with the Federal Constitution of 1988, and we emphasize the imperative division of functions that allows to distance the magistrate from the management of evidence in the course of the process, making -o thus, an impartial figure who is only responsible for judging the defendant. In this sense, the impartiality of the judge is crucial so that the individual guarantees of the accused in criminal proceedings are respected, since he is the procedural figure responsible for ensuring the entire system of constitutional guarantees. In this way, we present the judge of guarantees as a tool so that the constitutional procedural principles are put into effect and the Criminal Procedure takes place in accordance with democratic ideals.

Keywords: Judge of Guarantees. Anti-Crime Package. Criminal Procedure System. Accusatory System.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Artigo recebido em: 22 set. 2021 - Artigo aprovado em: 25 nov. 2021.

1 Introdução

Primeiramente, este artigo aborda a consagração do Sistema Acusatório a partir dos princípios fundamentais processuais que constam no texto da Constituição da República Federativa de 1988. Deve-se ter em mente que nosso Código de Processo Penal é antigo, a primeira versão foi produzida em 1941 com base em ideologias fascistas do direito penal italiano da época. Neste sentido, apontamos como a Constituição Federal introduziu diretrizes democráticas no Sistema Processual Penal que, ainda, adota de forma predominante o modelo inquisitório.

Isto posto, buscamos mostrar a diferença entre o Sistema Acusatório (em suma, democrático, contraditório, constitucional e com a fundamental separação entre quem julga e quem produz prova) e o Sistema Inquisitório (de base autoritária, sem espaço para o contraditório e com concentração das tarefas de julgar o réu e produzir provas contra o mesmo em uma só pessoa). Para tanto, apontamos as principais características de cada modelo e ressaltamos a importância da função exercida pelo magistrado para a configuração dos dois sistemas.

A partir disso, fez-se evidente a importância de estabelecermos um Sistema Processual Penal que adote unicamente o modelo acusatório, tornando-se assim, condizente com os valores democráticos e com a Constituição Federal de 1988. Desta forma, evitar-se-ia pré-julgamentos e decisões subjetivas e pessoais pela parte do magistrado, uma vez que “o julgador pode formar seu convencimento a partir dos elementos informativos, os quais foram colhidos em sede de inquérito de forma unilateral, sigilosa, sem contraditório e o devido processo legal” (LEITE, 2020, p. 4). Acerca desta hipótese, Lopes Júnior (2019, p. 327) afirma que “o resto do processo passa a ser uma mera encenação destinada a reforçar a decisão já tomada previamente”.

Destaca-se que o Juiz das Garantias vem sendo uma temática de grande polêmica ao se tratar da constitucionalidade de seus dispositivos. Aqui, cabe abordarmos o porquê de a figura do Juiz das Garantias não estar efetivamente nos Tribunais brasileiros. Antes que a Lei 13.964/2019 entrasse em vigência (*vacatio legis* de trinta dias) foram apresentadas

quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade sob a justificativa da existência de vícios formais e materiais frente a Suprema Corte, sendo estas: 6.298, 6.299, 6.300, 6.305. Para o requerente da ação, o dispositivo que trata do Juiz das Garantias abriria espaço para instabilidade jurídica no atual sistema de Justiça, além de pontuar que não há magistrados suficientes no Brasil para exercerem funções investigatórias e acusatórias.

Em tais ADI's, pautou-se a inconstitucionalidade da figura do Juiz das Garantias, sob a alegação de que há violação da CF nos seguintes pontos:

(a) violação da CF por vícios de competência e iniciativa legislativa; (b) violação ao pacto federativo; (c) violação aos princípios do juiz natural, da isonomia e da segurança jurídica; e, (d) igual violação à determinação do art. 169, §1o, da CF/88, tendo em vista que a instituição do "juiz das garantias" implicaria, necessariamente, aumento de despesas, sem correspondente previsão orçamentária (OLIVEIRA, 2020, p. 158)

O instituto encontra-se suspenso por decisão prevista na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300, 6.305.

Todavia, evidenciamos que este escrito se atentou apenas em expor, de maneira breve e concisa, um pouco sobre a historicidade e as funções do objeto de estudo. Neste ponto, inserimos o foco deste artigo: a figura do juiz das garantias. Introduzido em 2019 no Sistema de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, o juiz das garantias é apresentado como ferramenta para estabelecer, de fato, o Sistema Acusatório no Processo Penal brasileiro. Desta forma, essa figura busca concretizar a imparcialidade do juiz no Processo Penal e, conseqüentemente, reforçar a efetivação das garantias processuais fundamentais, conforme preconizado constitucionalmente.

2 Princípios do sistema acusatório na Constituição Federal de 1988

Partamos da premissa de que as regras e garantias processuais penais estão de acordo com o tipo de processo penal adotado pelo Estado, e que este sistema processual, por sua vez, tende a ser influenciado pelo momento político e social que está inserido. Isto

posto, a adequação do Sistema Processual Penal ao modelo inquisitório ou acusatório é reflexo da resposta do Direito Penal e do Estado frente às exigências da sociedade da época (LOPES JR., 2008). Neste sentido, constata-se historicamente que o sistema acusatório é predominante em países que prezam pela liberdade individual e por uma forte base democrática, enquanto o sistema inquisitório tende a ser utilizado por países com fortes características autoritárias e de maior repressão (ARRUDA 2014).

Tendo em vista o crescimento do movimento pela democratização do país e a consequente promulgação da Constituição Federal em 1988, fez-se necessário a inserção do modelo acusatório no Sistema de Processo Penal brasileiro. Desta forma, assentada na construção e proteção de um Estado Democrático de Direito, a CF/88 trouxe em seu texto princípios garantistas que impulsionaram mudanças urgentes no Sistema Processual Penal brasileiro que - ainda - está regido pelo antigo Código de Processo Penal de 1941. Inspirado na legislação processual penal italiana produzida em pleno regime fascista, o nosso vigente CPP foi elaborado em bases notoriamente autoritárias (PACELLI, 2017), restando à Constituição Cidadã atuar de forma a afastá-lo de sua ideologia fundadora.

Isto posto, no texto da CF/88 é possível identificar princípios explícitos e implícitos que introduziram o Sistema Acusatório no Processo Penal brasileiro. A título de exemplo, Greco Filho aponta o princípio da ampla defesa (art. 5º, LV) como “a garantia mais importante e ao redor da qual todo o processo gravita” (GRECO FILHO, 2015, p. 55). Além deste, vale citar os princípios explícitos do contraditório (art. 5º, LV, LVII); da presunção de inocência ou da não culpabilidade (art. 5º, LVII); e do devido processo legal (art. 5º, LIV). Bem como os princípios implícitos de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo ou da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e da vedação da dupla punição e do duplo processo pelo mesmo fato (*ne bis in idem*). Através destas diretrizes, a Constituição busca assegurar ao cidadão, o direito de defesa e também de um julgamento justo, inerentes de um processo penal feito por via democrática (GARCIA, 2020).

Contudo, conforme observa Saffraider (2010), há uma certa discrepância entre as diretrizes da Constituição Federal e o que é adotado de fato pelo Código de Processo Penal.

Sob o enfoque constitucional, o sistema adotado para o processo penal é o acusatório, porém, ao analisarmos o CPP, há uma clara adoção do Sistema Inquisitório, forte resquício da normativa fascista que moldou o referido Código concebido em 1941 (SAFFRAIDER, 2010). Cabe, pois, abordarmos a diferença entre o Sistema Acusatório e o Sistema Inquisitório no curso do Processo Penal.

2.1 Sistema Acusatório e Sistema Inquisitório.

Conforme exposto, o Sistema Acusatório tende a ser implementado em países de base democrática, enquanto o Sistema Inquisitório é adotado historicamente por países de base autoritária. Em suma, isto acontece porque aquele separa em figuras diferentes as funções de acusar, defender e julgar, e garante o cumprimento do princípio do contraditório; enquanto este, delega todas essas diferentes funções a apenas uma pessoa, além de não possibilitar que o réu tenha direito pleno de defesa.

Por ordem crescente de conformidade com as exigências sociais contemporâneas, começaremos a explicar acerca do Sistema Inquisitório. De acordo com o autor Fernando Capez, a partir de uma perspectiva focada na figura do réu, o Sistema Inquisitório é

Sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como mero objeto da perseguição, motivo pelo qual práticas como a tortura eram freqüentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão. (CAPEZ, 2008, p. 46)

Na mesma linha, Vicente Greco Filho afirma que no Sistema Inquisitório “não convém à distribuição da justiça, em virtude do comprometimento do magistrado com a acusação que ele mesmo formulou” (GRECO FILHO, 2015, p. 56). Corroborando com esse entendimento, José Laurindo de Souza Netto nos elucida acerca da figura do juiz no Sistema Inquisitório:

O processo tipo inquisitório puro é a antítese do acusatório. Nele, não há o contraditório, e por isso mesmo, inexistem as regras de igualdade e liberdade processual. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma só pessoa: o juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, ao final, profere a decisão, podendo, no curso do processo submeter o acusado a torturas (na origem), a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito, nenhuma garantia se confere ao acusado. (SOUZA NETTO, 2003, p. 25)

A partir disso, vemos que, previamente à Constituição de 1988, o nosso Processo Penal - que adotava unicamente o Sistema Inquisitório - tinha como fim máximo obter a confissão da parte ré, uma vez que ela era considerada a “rainha das provas” do nosso sistema tarifado de produção de provas. Acerca do tema, o mesmo autor ensina que:

Especificamente com relação às provas, é importante ressaltar que elas eram tarifadas por lei (sistemas de prova legal), ou seja, cada prova possuía um valor probatório diverso, e a confissão era denominada a ‘rainha das provas’, suplantando qualquer outra, mesmo que obtida mediante tortura. Quanto as provas documentais e testemunhais, havia uma tarifação, que observava, principalmente, a condição da testemunha (sexo, parentesco com a vítima etc.). Havia até mesmo uma graduação para a comprovação de determinados fatos – por exemplo, um roubo se provava com número específico de testemunhas masculinas, ou, então, femininas, sendo que um homicídio tinha sua autoria comprovada por um número diverso. (SOUZA NETTO, 2003, p. 30)

Por intermédio da promulgação da Constituição de 1988, passamos a adotar formalmente o Sistema Acusatório. Este é baseado, segundo Greco Filho, “na separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador” (FILHO, 2010, p. 56), verificada no nosso Sistema Processual Penal no órgão do Ministério Público e na figura do magistrado. Neste sentido, o Sistema Acusatório tem características opostas ao Sistema Inquisitório, na medida em que é “contraditório, público, imparcial, assegura ampla defesa; e distribui as funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos” (CAPEZ, 2008, p. 45). Aury Lopes Jr. reúne as características do referido modelo:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) iniciativa probatória deve ser das partes; c) mantém-se o juiz como um terceiro

imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (predominantemente); f) plena publicidade de todo procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa) h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada) Possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição. (LOPES JR., 2008, p. 58)

A destacada separação entre aquele que julga e aquele que acusa é fundamental ao ponto de, eliminada essa divisão de funções, não há processo acusatório (BADARÓ, 2003). Neste sentido, “a posição do juiz é elemento fundamental para que se possa determinar a existência de um ou outro sistema” (PENNA, 2021, p. 27), isto porque, ele é “responsável pela asseguaração da eficácia de todo o sistema de garantias, consagrado na própria Constituição” (PENNA, 2021, p. 27).

Assim, é crucial, para a concretização de um Sistema Acusatório, que o juiz seja uma figura imparcial no Processo Penal. Acerca do princípio constitucional da imparcialidade do juiz, Penna ensina que

Sendo a imparcialidade o princípio supremo do Processo Penal Constitucional, caracterizado pela observância dos direitos fundamentais do acusado, é evidente que não há outra possibilidade senão a adoção do sistema penal acusatório. Nesse, o juiz é mantido afastado da iniciativa e gestão da prova, de modo a efetivar sua imparcialidade no desenrolar do processo e concretizar esse princípio fundamental. (PENNA, 2021, p. 27-28)

Isso posto, a imparcialidade do juiz é garantida por meio da separação orgânica das funções desempenhadas no processo que, conseqüentemente, afastam o juiz da tarefa de gestão de provas. Assim, os Sistemas Acusatórios têm a clareza de que o juiz apenas julga, “atribuindo tão somente às partes a tarefa de colheita e produção das provas” (PENNA, 2021, p. 28). Contudo, percebe-se que o Direito Processual Penal separa a figura do juiz e do

promotor de justiça, mas permite que o magistrado tenha uma gerência muito forte sobre o sistema probatório. Nesse sentido, podem ser destacados dispositivos legais que exacerbam este fato e que evidenciam o princípio inquisitivo na matriz processual brasileira – por exemplo, art. 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal, que serão abordados no decorrer deste artigo (PENNA, 2021).

Tendo em vista que “é inegável que a possibilidade de gestão probatória pelo magistrado acarreta a perda da imparcialidade” (PENNA, 2021, p. 28). Nos resta reconhecer que o Sistema de Processo Penal brasileiro é predominantemente inquisitório, de forma que meras características do Sistema Acusatório (como a formal divisão de funções) não são capazes de afastar essa base arraigada ao Direito Processual Penal.

Dessarte, a fim de estabelecer um Sistema Acusatório de fato - que esteja de acordo com os princípios constitucionais e com o artigo 3-A do Código de Processo Penal, que determina que “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” -, a Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, introduziu a figura do juiz das garantias no Sistema Processual Penal. Desta forma, o juiz das garantias pode ser entendido como uma faceta da verdadeira efetivação do Processo Penal Constitucional e, por consequência, do Sistema Acusatório. Essa figura tem, pois, a função de reforçar a tutela das garantias individuais e a importância do princípio do juiz natural, uma vez que não há utilidade nos princípios constitucionais que contemplam garantias processuais fundamentais (como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, a presunção de inocência), se a prática revela fortes características do modelo inquisitório (PENNA, 2021).

3 O que é a figura do juiz das garantias?

O juiz natural é o sujeito integrante no âmbito do processo penal contemporâneo. Lopes Júnior (2019, p. 67) destaca que “o princípio do juiz natural não é um mero atributo do juiz, se não um verdadeiro pressuposto de sua existência”. Para entendermos propriamente as funções e incumbências do juiz das garantias, precisamos, em um primeiro

momento, diferenciá-lo do juiz natural, sujeito integrante do processo penal atual. Primeiramente, cabe destacar que tal figura do direito processual penal é consagrada pelo texto da Constituição Federal em seu art. 5º, LIII, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 1988). Ressalta-se, ainda, uma análise feita pelo Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca deste dispositivo:

O postulado do juiz natural representa garantia constitucional indisponível, assegurada a qualquer réu, em sede de persecução penal [...] O postulado do juiz natural, em sua projeção político-jurídica, reveste-se de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do estado, e, enquanto limitação insuperável, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover judicialmente, a repressão criminal (STF - HC, 81.963, RS Rel. Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 28/10/2004, Segunda turma, Data de Publicação: DJ 28/10/2004)

Outrossim, Lima (2019, p. 1.235-1.236) afirma que incumbe ao juiz natural

“receber a denúncia (ou queixa), citar o acusado para o exercício da ampla defesa, instruir o processo, para, ao final, reconhecer a procedência (ou não) do pedido condenatório constante da peça acusatória para fins de condenar ou absolver o acusado, infligindo, no primeiro caso, a sanção penal cominada pela norma penal por ele violada”.

Percebe-se que esta autoridade do processo penal faz-se presente em todas as fases do processo, desde o recebimento da denúncia ou queixa-crime. O juiz das garantias surge justamente com o intuito de separar o juiz criminal e o juiz do processo. Desta forma, o magistrado não atua na investigação criminal preliminar, a fim de que uma prova não contamine o mérito de seu julgamento, uma vez que, atualmente, “é ele quem detém as prerrogativas acautelatórias e instrutórias na fase pré-processual” (LEITE, 2020, p. 4).

O juiz das garantias, portanto, procura estabelecer que o magistrado não deve ser um investigador, e sim, um fiscal da atividade investigatória das agências penais do Estado. Um verdadeiro garantidor dos direitos fundamentais do acusado, uma vez que “busca concretizar a imparcialidade do magistrado no Processo Penal, fenômeno do qual emana a

possibilidade de efetivação de todos os demais instrumentos assecuratórios do devido processo legal” (PENNA, 2021, p. 26). Assim, o instituto do juiz das garantias pode ser entendido como aquele que dispõe “competência para atuar exclusivamente na fase pré-processual, assegurando um julgamento imparcial na medida em que a sentença será proferida por um outro julgador que não participou da etapa preliminar” (LEITE, 2020, p. 4).

Acerca do afastamento da figura do juiz da investigação policial, cabe ressaltar que, mesmo que existam dispositivos e normas que assintam a atuação de ofício do magistrado, estes sempre devem submeter sua ação prévia ao Ministério Público ou à polícia. Neste sentido, o alheamento é um conceito decorrente do princípio da imparcialidade da figura do juiz. Ferrajoli (2006, p. 579-580) compreende o alheamento como a situação “a qual deve encontrar-se submetido o juiz no que tange ao interesse das partes, enquanto mero expectador processual, pois sua função limita-se a decidir qual das soluções apresentadas é verdadeira e qual é falsa”. À vista disso, Lopes Júnior (2019, p. 140) afirma que “o juiz não orienta a investigação policial e tampouco presencia seus atos, mantendo uma postura totalmente suprapartes e alheia à atividade policial”. De acordo com o autor, no sistema penal brasileiro, o juiz não investiga nada, uma vez que inexistente a figura do juiz instrutor e por este motivo, não há distinção entre uma autoridade jurisdicional instrutora e outra julgadora.

Neste ponto, cabe destacar a inconstitucionalidade do inciso I do art. 156 da Lei nº 11.690/2008, a qual, em sua redação, autoriza o juiz a “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” (BRASIL, 2008). Assim, Lopes Júnior (2019, p. 140) afirma que

Como se percebe, além de caminhar em direção ao passado (juiz-instrutor), a reforma pontual maquiou o problema, utilizando critérios vagos e imprecisos (necessidade e adequação para que e para quem?) e o manipulável princípio da proporcionalidade (que com certeza será utilizado a partir da falaciosa dicotomia entre o [sagrado...] interesse público e o [sempre sacrificável] direito individual do imputado...)

Ademais, quando se determina a produção de provas de ofício, sem necessidade de requerimento prévio do Ministério Público ou da polícia, o magistrado acaba por assumir a posição de um inquisidor - juiz do Sistema Inquisitivo -, o que viola gravemente a base de um processo penal: o respeito ao devido processo legal. À título de complementação, segue jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF):

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. ACÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. **Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal.** 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (STF - ADI: 1570 DF, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data do Julgamento: 12/02/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-10-2004).

Assim, como o alheamento é uma concepção diretamente ligada ao princípio da imparcialidade do magistrado, nada mais válido destacarmos esta relação de maneira mais aprofundada em um momento posterior. Desta forma, visando evidenciar categorias de maneira um pouco mais particular acerca do juiz criminal como uma garantia ao devido processo legal e como salvaguarda dos direitos fundamentais do próprio acusado, dividiremos esta seção em duas: a) Sobre as competências e encargos do Juiz das Garantias e, b) Sobre a jurisdição penal imparcial no Juiz das Garantias.

3.1 Sobre as competências e encargos do Juiz das Garantias

Com as novas alterações efetuadas no Código de Processo Penal (CPP) advindas pela determinação do Pacote Anticrime, a Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 nos apresentou a figura do Juiz das Garantias e, com isso, as funções que este exerceria. De acordo com o artigo 3-B da Lei,

- 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;

Assim, é necessário pontuar algumas observações acerca deste dispositivo. O primeiro inciso reforça uma garantia já prevista pela Constituição Federal, a de que a prisão deve ser publicizada. O direito da comunicação de prisão encontra-se situado no art. 5º LXII: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (BRASIL, 1988). Já o segundo inciso, refere-se ao momento em que, após a prisão do sujeito, o magistrado, dentro de um prazo de 24 horas, demandará “a audiência de custódia com a presença do indivíduo para que então o Juiz de Garantias decida neste momento se é passível manter o indivíduo preso ou então conceder provisoriamente a liberdade” (SILVA, 2020, p. 20).

- 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;

Quanto ao terceiro inciso, trata-se dos direitos básicos do encarcerado assegurados pelo Estado, sejam eles físicos, morais ou psicológicos. Destes abrangem-se: direito à alimentação e vestimenta, à higiene, à visita, à não sofrer discriminação, à assistência médica e entre outros. Sendo assim, o Juiz das Garantias, com o intuito de fiscalizar o bem-estar do preso, pode solicitar que este seja conduzido até a sua presença. Acerca do quarto inciso,

“demonstra aqui um complemento em relação aos incisos anteriores, pois além da ciência, terá o controle sobre o que esteja acontecendo nesta fase, mesmo que os autos estejam em mãos do Delegado” (SILVA, 2020, p. 20-21).

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;

Tratando-se sobre o inciso quinto, Santos (2021, p. 19) afirma que “decidir a respeito da prisão provisória é algo muito importante, levando sempre em consideração os requisitos necessários para manter o preso, ou revogar a prisão provisória”. Desta forma, é necessário atentar-se ao “§2º do artigo 312 do Código de Processo Penal, que não admite a prisão preventiva como antecipação do cumprimento da pena, uma vez que ainda não ocorreu coisa julgada” (SANTOS, 2021, p. 19). Já o inciso sexto, “evidencia-se aqui a oportunidade do contraditório em uma audiência com esse fim em relação as hipóteses de prorrogação das medidas cautelares ou algum tipo de substituição” (SILVA, 2020, p. 22).

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;

Acerca do inciso sétimo, Silva (2020, p. 22) destaca que “aqui é manifesto o caráter urgente e de natureza não repetível da prova [...] a tomada de decisão e não o requerimento de ofício do próprio magistrado que era permitido anteriormente no art.156, I do CPP”. Já os incisos oitavo e novo seriam as mesmas funções do juiz anterior, só que, agora, atribuídas ao Juiz das Garantias. Desta forma, “o juiz garantidor, tendo apenas ele contato com as fases

investigatórias, decidindo a respeito sobre produção de provas, garante de forma impar a imparcialidade do segundo julgador, garantindo o princípio do juiz imparcial” (SANTOS, 2021, p. 19).

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.

Os demais incisos, tratam sobre os requerimentos do magistrado, sejam de informações sigilosas, interceptações telefônicas ou dados fiscais e bancários. Além disso, o dispositivo disserta sobre a hipótese de o magistrado obter dúvidas acerca da sanidade mental, caso isso venha a acontecer, ele poderá determinar a instauração do exame. O inciso décimo quarto, por exemplo, vem com o propósito de “retirar o contato do juiz da instrução com os elementos probatórios e informativos produzidos nesta fase para resguardar a imparcialidade que o mesmo deverá mantê-la no curso da ação penal” (SILVA, 2020, p. 24). Ademais, os incisos restantes tratam-se de atribuições que acontecem ou devem ser estabelecidas durante o período da fase investigatória.

Além disso, é importante destacar que, na Lei 13.964 em seu artigo 3-C, o legislador tratou de incluir uma restrição à atividade do Juiz das Garantias ao afirmar: “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". Desta forma, a infração de menor potencial ofensivo, ou seja, a contravenção penal "fica por conta da autoridade policial, demonstrando que em casos raríssimos será necessária a atuação deste magistrado" (SILVA, 2020, p. 25).

3.2 Sobre a jurisdição penal imparcial no Juiz das Garantias

Conforme exposto anteriormente, a imparcialidade do magistrado é prevista constitucionalmente, a fim de assegurar os direitos fundamentais do sujeito que está sendo acusado, e limitar a atividade do Estado. Além de estar prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 1), a garantia da imparcialidade é "conseqüência lógica do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), e consequência mais importante do advento do sistema acusatório (CF, art. 129,1)" (LIMA, 2019, p. 1.243). Assim, ela "representa isonomia entre as partes visto que o sistema acusatório o qual é adotado prevê a separação das funções, cabendo somente ao Juiz a de julgar" (SILVA, 2020, p. 27).

Segundo Lopes Júnior (2019, p. 70), "a imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva". Sendo assim, o magistrado precisa estar completamente apartidário nos interesses das partes na lide. É justamente por este motivo que devemos nos atentar à atribuição de poderes investigatórios ou de ofício sem prévio requerimento das partes ao juiz, como por exemplo, o dispositivo criticado anteriormente. Isto porque,

a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 71)

Assim, para Penna (2021, p. 28), “dentro do sistema acusatório, o magistrado não deve atuar, em nenhuma hipótese, com o objetivo de substituir as partes na resolução do litígio”.

Neste mesmo sentido, Leite (2021, p. 18) pontua que não devemos nos prender à falácia de que o requisito da imparcialidade incide unicamente sobre o juiz “deixando de considerar que ele representa o próprio Estado, de modo que a desconfiança não recai na pessoa do magistrado, mas sim ao Estado, no exercício da função de julgar”. Assim também dissertam LOPES JÚNIOR e RITTER (2016, p. 75):

Como se pudesse se tolerar uma prestação jurisdicional deficiente por falta de recursos do Estado. Ora, ter uma jurisdição imparcial (por mais redundante que seja a expressão) é pressuposto para se ter Estado de Direito. E no Brasil, aliás, é estrito cumprimento da ordem constitucional, que já vigora há mais de 20 anos. Sem falar que a ‘falta’, sendo constitutiva, sempre existirá, não podendo servir de fundamento para se justificar a omissão do Estado no seu dever de estruturar-se para atender à realidade posta.

Ademais, cabe destacar a diferenciação do princípio da imparcialidade efetuada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), momento cujo entendimento de que o magistrado investigatório não poderia ser o mesmo do julgador foi consagrado. Tal diferenciação é justamente a que é proposta na figura do Juiz das Garantias; “se o juiz lançou mão de seu poder investigatório da fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador” (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 73).

A partir disto, diferenciou-se o princípio da imparcialidade em dois: a) imparcialidade subjetiva e, b) imparcialidade objetiva). De acordo com Lopes Júnior (2019, p. 73), a subjetiva “alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de pré-juízos”, enquanto a imparcialidade objetiva “diz respeito se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade”.

4 Considerações finais

Este artigo expôs que a adoção do modelo acusatório de forma exclusiva pelo Sistema Penal é de extrema importância para que este esteja em conformidade com a Constituição Federal e com as diretrizes fundadoras de um Estado Democrático de Direito. Isto porque, o Sistema Acusatório permite que os princípios constitucionais que amparam o réu durante o curso do processo penal sejam, de fato, executados. Só por esta via tem-se um processo constitucional, contraditório e imparcial.

Neste sentido, os princípios previstos pela CF/88 são a essência formadora da figura do Juiz das Garantias que foi introduzido pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) de forma a tentar estabelecer um Sistema Acusatório de fato - tendo em vista a clara contradição entre a Constituição Cidadã que, por óbvio, adota o referido modelo e o Código de Processo Penal que traz o Sistema Inquisitório de forma predominante.

Para tanto, grosso modo, incumbe ao Juiz das Garantias ser imparcial e *garantir* os direitos fundamentais do acusado. No decorrer do artigo focamos na imparcialidade do magistrado, visto que ela é essencial para a configuração do modelo acusatório, e que há contradição entre a CF/88 e o CPP nesse ponto - o que demonstra clara resistência à instauração de um Sistema Acusatório puro. Desta forma, essa figura expõe uma das grandes falhas do Sistema Processual Penal e tenta dar uma alternativa à via que vem sendo seguida desde 1941.

Isto posto, a figura do juiz das Garantias é uma verdadeira inovação no campo prático do Direito Processual Penal brasileiro, mesmo que se trate de matéria nova no país que está sujeita a eventuais ajustes. Visto a inutilidade reiterada dos princípios constitucionais quando não colocados em prática, o Pacote Anticrime trouxe a figura do Juiz das Garantias como forma de resposta às urgentes exigências de um Processo Penal que faça jus ao título democrático que o país carrega.

Referências

- ARRUDA, Wesley Rodrigues. **Sistema processual penal brasileiro: inquisitório, acusatório ou misto?**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 dez. 2014. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42516/sistema-processual-penal-brasileiro-inquisitorio-acusatorio-ou-misto>>. Acesso em: 16 set 2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: senado. 1988.
- BRASIL. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Brasília, DF: Senado. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm> Acesso em: 16 de setembro de 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília, DF: Senado. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 16 de setembro de 2021.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2ª. Ed., São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2006.
- GARCIA, Paulo Sérgio. Sistema Acusatório Princípio Processual Penal Implícito na Constituição. **Revista de Ciências Jurídicas**, v. 21, n. 1, p. 31-37, 31 jul. 2020.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- LEITE, Maísa Almeida. **A adoção do instituto do juiz das garantias no processo penal brasileiro como possibilidade para uma jurisdição imparcial**. 2020. Monografia Graduação - Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/71238>>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2019.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a Partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, n. 16, p. 55-91, set.-nov. 2016.

OLIVEIRA, Felipe Braga de. Juiz das garantias: o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal. **Rev. de Direito Penal, Processo Penal e Constituição** | e-ISSN: 2526-0200 | Evento Virtual | v. 6 | n. 1 | p. 157-174 | Jan/Jun. 2020. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/6672>> Acesso em: 21 de setembro de 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PENNA, Thiago Henrique Trentini. **Juiz das garantias: a busca pela efetivação do sistema acusatório**. In: V Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra, 2020. Anais de Artigos Completos Volume 5. Campinas / Jundiaí: Editora Brasília / Edições Brasil / Editora Fibra, 2021. p. 25-36.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

SAFFRAIDER, Jeniffer Amanda. **O sistema acusatório no Brasil**. JurisWay, 2010. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall>>. Acesso em: 16 set. 2021.

SANTOS, Gabriel Moizes Dos. **Juiz de Garantias no processo penal brasileiro**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia: 2021. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1699>> Acesso em: 16 de setembro de 2021.

SILVA, Hálex de Souza. **O impacto do juiz de garantias no processo penal**. 2020. Monografia Graduação - Centro Universitário UNIFACIG. Disponível em: <<http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/repositoriottcc/article/view/2476>> Acesso em: 16 de setembro de 2021.