



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

CRISTIANE LOURENÇO DA SILVA GUEDES

**JUIZ DE GARANTIAS E A IMPARCIALIDADE COMO GARANTIA DA DEFESA
DOS DIREITOS DO ACUSADO**

**JOÃO PESSOA
2020**

CRISTIANE LOURENÇO DA SILVA GUEDES

**JUIZ DE GARANTIAS E A IMPARCIALIDADE COMO GARANTIA DA DEFESA
DOS DIREITOS DO ACUSADO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^{fa}. Dr.^a Lenilma Cristina
Sena de Figueiredo Meirelles

**JOÃO PESSOA
2020**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

G924j Guedes, Cristiane Lourenço da Silva.

Juiz de garantias e a imparcialidade como garantia da defesa dos direitos do acusado / Cristiane Lourenço da Silva Guedes. - João Pessoa, 2021.

56 f.

Orientação: Prof^a Dr^a Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles Meirelles.

TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Constituição. 2. Juiz das Garantias. 3. Imparcialidade. I. Meirelles, Prof^a Dr^a Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

CRISTIANE LOURENÇO DA SILVA GUEDES

**JUIZ DE GARANTIAS E A IMPARCIALIDADE COMO GARANTIA DA DEFESA
DOS DIREITOS DO ACUSADO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr.^a Lenilma Cristina
Sena de Figueiredo Meirelles

DATA DA APROVAÇÃO: 07 DE DEZEMBRO DE 2020

BANCA EXAMINADORA:

**Prof.^a Dr.^a LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(ORIENTADORA)**

**Prof. Ms. EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI
(AVALIADOR)**

**Prof. Dr^o. RÔMULO RHEMO PALITOT BRAGA
(AVALIADOR)**

À Isaías Guedes.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, quero agradecer a Deus, pela minha vida e por me ajudar a vencer os obstáculos que surgiram no decorrer da graduação.

Aos meus pais (Damião e Lúcia) que, mesmo tendo pouca formação, sempre buscaram demonstrar a importância dos estudos para o êxito profissional e pessoal.

Ao meu esposo (Isaías Guedes) que, ainda quando amigos me incentivou a fazer a inscrição no Processo Seletivo Seriado (PSS) e concorrer a umas das vagas do curso de Direito. E, durante toda a graduação, esteve comigo, me levando à universidade e me aguardando no estacionamento, dentro do carro, enquanto eu estudava, pois, infelizmente, por questões pessoais, ainda não consegui vencer o medo de dirigir. Ainda, é motivo de agradecimento, o fato de você, nesses últimos três meses, ter passado horas e horas, cuidando de nossa pequena Isabela, de apenas 05 meses, enquanto eu elaborava este trabalho. Tenho certeza que sem a sua parceria nesse momento tão delicado em que me encontro, pois, um novo ciclo teve início em minha vida, o de ser mãe, eu não teria conseguido. Afinal, cuidar de um bebê demanda muito tempo. À você Isaías, meu eterno agradecimento.

À Prof^a. Dr.^a Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles, por ter aceitado ser minha orientadora na construção deste trabalho. Por suas correções e ensinamentos tão valiosos. Meu profundo e sincero agradecimento.

À professora da disciplina Trabalho de Conclusão de Curso, Prof^a Dra^a Márcia Glebyane, por toda a sua dedicação e gentileza no atendimento aos graduandos, sempre se dispondo a nos orientar e sanar as dúvidas.

Aos professores Eduardo de Araújo Cavalcanti e Rômulo Rhemo Palitot Braga, por terem aceitado o nosso convite para serem os avaliadores deste trabalho.

À todos os meus professores da Graduação.

Aos colegas do curso de Direito. Em especial, a Josias Xavier, o presidente da turma, que durante toda a graduação foi sempre tão solícito em tirar minhas dúvidas e fornecer orientações pelo whatsapp.

À todos vocês, meus profundos e sinceros agradecimentos.

“A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir.” (Rudolf von Ihering)

RESUMO

O trabalho de pesquisa trata do tema **Juiz de garantias e a imparcialidade como garantia da defesa dos direitos do acusado**. Para desenvolver o tema proposto, o trabalho teve como objetivos: analisar e fazer distinções entre os sistemas processuais existentes; analisar o princípio da imparcialidade e verificar sua relação com o sistema acusatório; analisar a Lei 13.964/2019, no que se refere ao instituto do juiz das garantias, identificando como foi sua introdução na lei, sua definição, as suas atribuições, as modificações implementadas no Código de Processo Penal pelo instituto juiz das garantias; os limites de atuação do juiz das garantias e a suspensão do instituto por tempo indeterminado.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e a análise da Lei 13.964/2019, que introduziu o instituto juiz das garantias no Código de Processo Penal (CPP) brasileiro provocando diversas alterações.

A pesquisa alcançou as seguintes conclusões: a) o instituto pesquisado é novo e foi introduzido no CPP através da Lei 13.964/2019, estando temporariamente suspenso em decorrência de diversas críticas quanto a sua constitucionalidade; b) que para a aplicabilidade do instituto faz-se necessário uma ruptura com o sistema inquisitivo ainda utilizado em nosso ordenamento jurídico, uma vez que, o papel desempenhado pelo magistrado no sistema inquisitivo é incompatível com as funções atribuídas ao juiz das garantias; c) constatou-se também a importância de um juiz imparcial para a garantia de direitos das partes envolvidas na ação penal e, por fim, d) que o juiz das garantias funciona como garantia dos direitos do acusado porque, de início, deixa evidente, a necessidade de dois juízes atuarem em uma única ação penal. O primeiro magistrado atuará na fase pré-processual (na investigação), sendo responsável pelo controle da legalidade e garantir que os direitos fundamentais do preso sejam respeitados, enquanto o outro magistrado atuará durante a instrução e julgamento da ação. Ou seja, o primeiro magistrado atuará como um tutor das garantias do acusado. Tal divisão tem a finalidade de garantir que o juiz que irá julgar o processo não participe da fase pré-processual e tenha assim sua imparcialidade protegida.

Palavras-chave: Constituição. Juiz das Garantias. Imparcialidade.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. A CONSTITUIÇÃO, OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A IMPARCIALIDADE: UMA BREVE ANÁLISE	11
2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	11
2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	12
2.2.1 SISTEMA INQUISITORIAL	12
2.2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO	15
2.2.3 SISTEMA MISTO	19
2.2.4 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE	19
3. O JUIZ DAS GARANTIAS E A GARANTIA DE DIREITOS	24
3.1 A ORIGEM DO INSTITUTO: O JUIZ DAS GARANTIAS	24
3.2 O TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E A CRIAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS	25
3.3 A INTRODUÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PACOTE ANTICRIME	29
3.4 JUIZ DAS GARANTIAS REPRESENTA UMA GARANTIA?	30
3.5 AS ATRIBUIÇÕES DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A GARANTIA DA DEFESA DE DIREITOS	34
3.6 DISCUSSÕES SOBRE A SUSPENSÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS E DIFICULDADES PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO	44
3.7 LIMITES PARA A ATUAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS	49
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	55

1. INTRODUÇÃO

É evidente que, o nosso Código de Processo Penal (CPP), em vigor desde 1941, não sofreu modificações, ao longo do tempo, o suficiente que permitissem sua adequação às exigências de um processo penal moderno, democrático, em consonância com a nossa Constituição e que fosse capaz de garantir ao acusado, ainda na fase de investigação, a proteção aos seus direitos fundamentais, na pessoa de um juiz imparcial, que não privilegiasse uma parte em detrimento a outra.

A introdução do juiz das garantias no CPP é fruto da necessidade de uma reformulação urgente em decorrências de fortes críticas a um código arcaico, ultrapassado, com fortes resquícios de um modelo autoritário e que ainda não se adequou à Constituição.

Dessa forma, o instituto juiz das garantias, introduzido no Pacote Anticrime, através da Lei nº 13.964/2019, veio para promover uma mudança positiva na condução de alguns processos penais, já que, legalmente, não poderá ser aplicável a qualquer tipo de ação penal, já que existem algumas exceções, como por exemplo, em casos de violência doméstica.

Assim, o juiz das garantias tem o papel fundamental de garantir que os direitos fundamentais do acusado, no processo penal, sejam respeitados. Esse é o lugar do juiz das garantias, nos termos do art.3º-C do CPP.

A competência do juiz das garantias se opõe drasticamente a figura do juiz instrutor, típica do modelo inquisitório, possuindo uma postura ativa, agindo de ofício na colheita de provas, investigando "e decidindo sobre medidas restritivas de direitos fundamentais que ele mesmo determina" (LOPES JR., 2020, p. 187).

Diante do exposto, o trabalho está dividido em dois (02) capítulos. No primeiro capítulo a proposta é fazer uma breve análise da Constituição de 1988; identificar e comparar os sistemas processuais penais existentes e, por fim, analisar o princípio da imparcialidade, de fundamental importância para o objeto de pesquisa.

Mas, por que estudar os sistemas processuais? Porque o juiz das garantias é um instituto típico do sistema acusatório, ou seja, ele se presta a dar concretude ao referido sistema. Daí a necessidade de, como ponto de partida da pesquisa, a análise de alguns pontos que estão interligados com o objeto e, um deles é, justamente, os sistemas processuais, em especial o acusatório. Da mesma forma, o juiz das garantias também mantém uma relação direta com o princípio da

imparcialidade, vez que, a divisão de tarefas entre os magistrados, tem justamente o objetivo de garantir a proteção aos direitos dos presos. E, tal garantia, só é possível, a partir de um julgamento imparcial por parte do magistrado.

O segundo capítulo será dedicado a conceituar o juiz das garantias, delimitando sua atuação e, o que considero mais importante, que é demonstrar, a partir das suas atribuições, que esse instituto possibilita ao acusado, ter os seus direitos fundamentais garantidos, a partir da atuação de um juiz imparcial.

É evidente que a imparcialidade do magistrado em todas as fases da persecução penal é fundamental para garantir que os direitos do investigado ou acusado sejam garantidos. E, quando esse princípio não é respeitado pelo magistrado, desperta-se na sociedade e nas partes, uma desconfiança quanto à imparcialidade em suas decisões.

É justamente, a partir do conceito e, posteriormente da análise das atribuições que o art. 3-B, da Lei 13.964/2019 estabelece ao juiz das garantias, fazendo uma ponte com o princípio da imparcialidade e sistema processual acusatório, que construo meu argumento de que o juiz das garantias atuará para garantir que todos os direitos fundamentais do acusado ou investigado sejam protegidos.

CAPÍTULO I

2. A CONSTITUIÇÃO, OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A IMPARCIALIDADE: UMA BREVE ANÁLISE

2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco para todo o ordenamento jurídico brasileiro. A referida Constituição, evidenciou o rompimento com a estrutura de poder imposto na época da ditadura, ou seja, um regime autoritário imposto por militares que comandavam o país desde 1964 para implementar o processo de redemocratização do Estado brasileiro.

Assim, em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a nova Constituição da República Federativa do Brasil, considerada uma das mais avançadas do mundo moderno "uma Constituição aberta, eclética, plural e alinhada ao processo de redemocratização do Brasil, sendo, nesse sentido, típica de um Estado Democrático de Direito" (FERNANDES, 2020, p. 317).

A moderna Constituição de 88 traz, em sua abertura, os princípios fundamentais, "que estabelecem as decisões políticas essenciais quanto à forma e à estrutura do Estado e do governo (art. 1º a 4º)" (FERNANDES, 2020, p. 327). E, como desdobramentos desses princípios, a doutrina também aborda na Constituição os princípios gerais, contidos no artigo 5º, como o princípio da legalidade, igualdade, liberdade. No entanto, nem todo o princípio está explícito no texto constitucional. É o caso do princípio da imparcialidade (importantíssimo para a garantia do devido processo legal) princípio que será abordado mais adiante, no desenvolver deste trabalho.

É essa Constituição aberta e plural, característico de um Estado Democrático de Direitos que irá se contrapor ao sistema processual penal adotado pelo CPP, de natureza inquisitiva, e passará a defender a implementação do sistema acusatório nos processos penais. Ainda, como veremos mais adiante, a Lei nº 13.964/2019, que alterou vários artigos do CPP, deixou especificado, no artigo 3-A, qual o sistema processual penal que deverá ser adotado. No entanto, como também trataremos

mais adiante, os efeitos do artigo 3-A ao 3-F estão suspensos por tempo indeterminado.

Após tais considerações acerca da nossa Carta Magna, é necessário que façamos um breve estudo sobre os três tipos de sistemas processuais penais: o inquisitorial, o acusatório e o misto, que serão abordados a seguir, antes de adentrarmos ao objeto de estudo desse trabalho, qual seja, o Juiz das Garantias.

2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

2.2.1 SISTEMAS INQUISITORIAL

O sistema processual acusatório predominou como modelo adotado até o século XII, "não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo" (LOPES JR. 2020, p. 55). No entanto, no decorrer do século XIII foi estabelecido o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, "para reprimir a heresia e tudo o que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica" (LOPES JR., 2020, p. 55). De início, os fiéis mais íntegros eram escolhidos e se comprometiam, sob juramento, a denunciar àqueles que, porventura, estivessem envolvidos em desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos (LOPES JR., 2020).

Foi num cenário de dominação do Cristianismo, onde a Igreja travava batalhas armadas com outras religiões que, a jurisdição eclesiástica expandiu sua responsabilidade e passou a julgar todos aqueles que se opunham à Igreja Católica (RITTER, 2019). Tal sistema se desenvolveu em um ambiente ideológico autoritário onde qualquer diferença deveria ser eliminada. Dessa forma, essa conjuntura de dominação da Igreja Católica acaba por influenciar diretamente a estrutura do sistema penal que, de acusatório passa a inquisitório.

Ainda, nesse sistema, o inquisidor, poderia, de ofício, iniciar processos a partir de boatos e, assim, torturar o acusado com a finalidade de chegar à verdade dos fatos. Aqui não há de se falar em imparcialidade (RITTER, 2019).

Assim, o sistema inquisitorial, foi, *a priori*, empregado pelo Direito canônico a partir do século XIII, se propagando por toda a Europa e adotado pelos tribunais civis do século XVIII. A principal característica desse sistema é o fato é que "as

funções de acusar, defender e julgar encontram-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de **juiz inquisidor**" (LIMA, 2020, p. 42, grifo do autor). Nesse sistema, aceitava-se "a denúncia anônima como forma de instauração de uma investigação (RITTER, 2019, p. 42).

Esse juiz inquisidor, que concentra poderes em suas mãos, acaba por ter sua imparcialidade comprometida, pois, "fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento" (LIMA, 2020, p. 42).

Outro ponto a ser abordado aqui é que, no sistema inquisidor, não existe a obrigatoriedade, por exemplo, do órgão acusador fazer a acusação ou até mesmo o ofendido, possibilitando que o juiz venha a dar início ao processo *ex officio*.

O juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, seja no curso da investigação, seja no curso do processo penal, independentemente de sua proposição pela acusação ao pelo acusado. A gestão das provas estava concentrada, assim, nas mãos do juiz, que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse. (LIMA, 2020, p. 42)

Afirma Lopes Jr. (2020, p. 56) que o sistema inquisitório permite que o juiz concentre poderes em suas mãos, sendo este o soberano do processo. Logo, "não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória" (LOPES JR., 2020, p. 56). Dessa forma, percebe-se então que, ao juiz inquisidor, cabia acusar e julgar, a partir de provas que ele mesmo colheu e analisou no transcorrer do processo, o que sem dúvidas, tornava impossível a aplicabilidade do princípio da imparcialidade.

Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há de se falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual (LIMA, 2020, p. 42).

No entanto, o CPP, criado em 1941 trás resquícios do sistema inquisitivo. É fato que o legislador concedeu ao julgador enormes poderes instrutórios, pois,

apesar das alterações que a Lei nº 11.690/2008 provocou, de acordo com o artigo 155, do Código de Processo Penal, o magistrado formará a sua convicção a partir da livre apreciação da prova produzida, porém será necessário que este fundamente sua decisão. Ainda, no artigo seguinte, esses poderes instrutórios são mais evidentes, pois:

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, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Código de Processo Penal, Incluído pela Lei nº 11.690 de 2008)

Dessa forma, percebe-se que, com as alterações realizadas pela Lei nº 11.690 de 2008, houve um incremento nos poderes instrutórios do magistrado, pois, ele poderá, em qualquer momento da ação ou antes mesmo de iniciá-la, determinar a produção antecipada de provas ou determinar, no curso da instrução, diligências que venham a solucionar qualquer dúvida sobre um ponto relevante da ação para assim, formar o seu convencimento. Aqui, percebe-se o quanto o juiz está diretamente ligado a toda ação penal, o que, de fato, vem a comprometer sua imparcialidade.

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ele mesmo produziu (LOPES JR., 2020,p. 56).

Ainda sobre os poderes concebidos ao juiz, pelo CPP, tem-se que, a redação do artigo 385, afirma que o juiz poderá proferir a sentença condenando o réu, para crimes de ação pública, mesmo que o Ministério Público tenha opinião diversa do magistrado.

Tão importante quanto o artigo 385 para exemplificar os poderes que o CPP de 1941 concebeu ao magistrado, é o artigo 209, que faz referência às testemunhas. Segundo o referido artigo, o juiz, quando achar necessário, poderá intimar outras

testemunhas para comparecerem em juízo, mesmo sem ter sido indicadas pelas partes.

Na Europa, o sistema inquisitório foi predominante até finais do século XVIII e início do XIX, pois, com a chegada da Revolução Francesa novos paradigmas foram lançados. Passou-se a valorizar o homem e os movimentos filosóficos, provocando então, a mudança do sistema inquisitivo para o misto.

O sistema inquisitório acabou por ser desacreditado pois, percebeu-se a impossibilidade de "uma mesma pessoa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar" (LOPES JR., 2020, p. 56).

No capítulo seguinte, veremos que, a Europa, adotou um modelo europeu de processo penal, modelo esse que, o Brasil, com a Lei nº 13.964/2019, caminha para adotá-lo, ou seja, o Juiz de Garantias.

2.2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

O modelo acusatório, utilizado nas resoluções de conflitos, teve sua origem em Atenas, sendo então, o sistema jurídico mais importante da Grécia e, tendo como características:

a) direito popular de acusação e julgamento; b) igualdade entre acusador e acusado, que, em regra, permanência em liberdade durante o julgamento; c) publicidade e oralidade do juízo, que se resumia a um debate contraditório entre acusador e acusado, frente ao tribunal e na presença do povo; d) valoração da prova segundo a íntima convicção do julgador; e) restrição do direito popular de acusação em crimes que não interessavam a ordem popular; e f) decisão judicial irrecorrível"(RITTER, 2019, p. 34).

Os crimes eram classificados em públicos (de interesse coletivo) e privados (interesses individuais). Cabia à parte que sofreu um dano acusar o responsável por tal ato. (RITTER, 2019). Para crimes de interesse público, qualquer cidadão poderia representar, já que se tratavam de delitos públicos, quanto aos crimes privados, cabia ao próprio ofendido a representação, porém, este também poderia se representado por seus pais, tutor ou senhor). (RITTER, 2019)

O tribunal mais conhecido de Atenas era o Heliastes constituído por "cidadãos honrados (escolhidos por sorteio), maiores de trinta anos, e seus julgamentos eram públicos." (RITTER, 2019, p. 32) No dia do julgamento, os juízes liam a acusação,

em praça pública. As partes do processo tinham tempo para expor suas provas. Ali também eram ouvidas as testemunhas. A prática da tortura e das ordálias eram permitidas como forma de comprovar a verdade dos depoimentos.

Encerrada a "instrução", reuniram-se os juízes para deliberarem sobre a causa, devendo dar seu veredito no mesmo dia. Duas votações eram realizadas: uma sobre a culpa e outra sobre a pena. Em caso de condenação, logo se procedia à execução da sentença; acaso fosse o acusado absolvido, examinava-se a conduta do acusador, que poderia ser considerada fundada ou temerária. Neste último caso, o mesmo perdia o direito de acusar e era multado, podendo até mesmo ter a sua acusação considerada caluniosa, o que acarretaria penas mais graves. Como se tratava de um tribunal que representava a soberania do povo, a sentença era irrecorrível." (RITTER, 2019, p. 32)

De acordo com Ritter (2019, p. 34) o sistema processual ateniense, exposto acima é o primeiro modelo do que hoje conhecemos por acusatório.

A Constituição Federal de 1988, especificamente no artigo 129, demarcou o modelo acusatório como aquele a ser adotado pelo CPP. No referido artigo, percebe-se que há a exigência de se separar as funções de acusar e julgar, ficando respectivamente, o Ministério Público com a função de acusar e o juiz, com a função de julgar. Assim, de acordo com o artigo 129, I, caberá ao Ministério Público "promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei." Vale ressaltar que, as bases do sistema acusatório, estão espalhadas por diversas passagens do texto constitucional, principalmente, no artigo 5º.

O sistema acusatório, ao contrário do inquisitivo, busca manter o juiz distante da colheita da prova como uma maneira de assegurar a imparcialidade do magistrado. (LOPES JR., 2019)

Segundo Lima (2020, p. 43):

O sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo ao juiz, de maneira equidistante e imparcial.

Dessa forma, o referido sistema processual deve garantir que, o juiz responsável pelo julgamento da ação penal, seja imparcial em sua sentença além de garantir também, à parte acusada a "eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo legal" (LOPES JR., 2020, p. 58).

O sistema acusatório possibilita que o acusado receba tratamento digno e respeitoso, passando este, do status de mero objeto para parte passiva no processo.

(LOPES JR., 2020) Logo, o acusado é detentor de direitos que precisam ser respeitados para que, todos os procedimentos adotados no transcurso do processo, tenham credibilidade, como direito a ampla defesa e ao contraditório.

Para Ritter (2019, p. 59), "esse é o sistema em que se oportunizam às partes tratamento igualitário, com direito a uma jurisdição imparcial (por mais redundante que isso deva ser), em que se encontram atribuídas a pessoas distintas as funções de acusar e julgar."

No sistema acusatório, para que alguém seja chamado a comparecer em juízo, faz-se necessário que exista contra este, uma acusação imputando-lhe o fato narrado.

Para Lopes Jr. (2020, págs. 58-59):

É a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz espectador) que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual.

Compactuando do mesmo posicionamento, Lima (2020, p. 44), afirma que, a separação das funções de acusar e julgar não é o suficiente para caracterizar o sistema acusatório. Faz-se também necessário que, o juiz, seja "estranho à atividade investigatória e instrutória" (LIMA, 2020, p.44).

Com efeito, de nada adianta a existência de pessoas diversas no exercício da função de magistrado e do órgão estatal de acusação se, na prática, há, por parte daquele, uma usurpação das atribuições deste explícita ou implicitamente, a exemplo do que ocorreu quando o magistrado requisita a instauração de um inquérito policial, da início a um processo penal de ofício (processo judicialiforme), produz provas e decreta prisões cautelares sem requerimento da parte, etc. (LIMA, 2020, p. 44)

Vale salientar que, de nada servirá essa separação inicial das funções se, posteriormente, for permitido ao juiz que haja de ofício, quanto a gestão de provas, determine a prisão do acusado de ofício, etc. Essa separação de funções será responsável pela garantia da imparcialidade do juiz.

É absolutamente incompatível com o sistema acusatório (também violando o contraditório e fulminando com a imparcialidade) a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, ou, como existia no sistema brasileiro até a reforma de 2019, em que se permitia que o juiz

decretasse a prisão preventiva de ofício, pudesse determinar de ofício a produção de provas ou ainda pudesse condenar o réu sem pedido do Ministério Público (LOPES JR., 2020, p. 59)

No sistema acusatório é necessário que o juiz não tenha poderes que lhe permitam determinar, de ofício, a produção de provas, tendo em vista que, estas, devem ser fornecidas pelas partes. Ao juiz cabe a responsabilidade de garantir que os direitos fundamentais das partes envolvidas no processo, sejam respeitados.

Um outro ponto de extrema relevância, e que merece ser abordado aqui referente ao sistema acusatório é que, somente neste sistema, é possível o emprego do contraditório e da ampla defesa. Ou seja, a possibilidade que tem o acusado de defender-se das acusações que lhe são impostas. O inciso LV do artigo 5º, previsto na Constituição Federal de 1988, define que: "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." Ao analisarmos esse inciso, percebe-se claramente qual o tipo de sistema processual penal a Constituição defende.

Com o advento da Lei nº 13.964/2019 e as alterações que esta provocou no CPP, o sistema processual consagrado por este é o sistema acusatório. Assim, de acordo com o artigo 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."

Porém, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luiz Fux, ao conceder Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's nº 6298, 6299, 6300 e 6305, suspendeu , por tempo indeterminado a aplicabilidade do artigo 3-A ao 3º F. Mais adiante, trataremos, especificamente, deste artigo.

É fato que, as alterações provocadas no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, refletem um importante avanço para o referido código, que, apesar de ultrapassado, insiste em continuar com os resquícios do sistema inquisitorial, mesmo se contrapondo a Constituição.

2.2.3 SISTEMA MISTO

O sistema processual misto, também denominado francês, se desenvolveu na Europa. O sistema inquisitorial sofreu algumas alterações no período napoleônico, que acabou por instituir o sistema misto.

Segundo LIMA (2020, p. 45), assim define o sistema processual misto:

É chamado de sistema misto porquanto abrange duas fases processuais distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, destituída de publicidade e ampla defesa, com instruções escrita e secreta, sem acusação, por isso, sem contraditório. Sob o comando do juiz, são realizadas uma investigação preliminar e uma instrução preparatória, objetivando-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade, a oralidade, a isonomia processual e o direito de manifestar-se a defesa depois da acusação.

Com o advento de CPP de 1941, houve o entendimento inicial de que o sistema processual a ser adotado pelo nosso ordenamento jurídico seria o misto. No entanto, anos mais tarde, com a promulgação da nossa Carta Magna e a separação expressa entre as funções de acusar, defender e julgar, ficou bem explícito qual o modelo processual adotado pela Constituição: o acusatório, apesar de não ser puro, pois, o nosso Código de Processo Penal tem "nítida inspiração no modelo fascista italiano" (LIMA, 2020, p. 45).

2.2.4 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

O princípio da imparcialidade (presente de forma implícita em nossa Carta Magna) é de fundamental importância para as partes no processo, pois, tal princípio, garante que, o magistrado, resolva a controvérsia judicial sem privilegiar uma das partes. Dessa forma, podemos concluir que, para que o processo seja legítimo é necessário que o magistrado mantenha-se distante dos interesses das partes que o constituem, sem privilegiar uma em detrimento da outra.

Como forma de possibilitar que o juiz, nos processos, agisse de maneira imparcial, foi que o legislador assegurou na Constituição garantias relacionadas à carreira do magistrado como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade do

salário. Assim, o magistrado poderia tomar suas decisões sem sofrer pressões de outros órgãos. (RITTER, 2019)

Afirma Ritter (2019, p. 67), que, para tornar viável o agir imparcial do juiz é preciso que "além da separação e independência entre os poderes" faz-se necessário também que as funções de acusar e julgar não estejam concentradas nas mãos da mesma pessoa. Logo, podemos concluir com tal afirmação que, é somente no sistema acusatório que, de fato, é possível a aplicabilidade do princípio da imparcialidade, já que, é somente nesse sistema que as funções de acusar e julgar não podem estar concentradas nas mãos do magistrado.

Vale salientar também que, para que o processo seja legítimo é imprescindível que estejam presentes dois sujeitos parciais, ou seja, as partes, e um terceiro imparcial (o magistrado). Pois:

À vista disso, ao juiz deverá restar tão somente de terceiro desinteressado em relação às partes, um "estar alheio" aos interesse processuais. Aí está o sentido de *terzietà* proposto pela doutrina italiana, que compreende a imparcialidade como o alheamento do julgador aos interesses em jogo no processo penal.(RITTER, 2019, p. 68-69)

É importante destacar aqui que, neutralidade e imparcialidade são conceitos bem distintos. Pois:

falar em neutralidade pressupõe ignorar os estudos da psicanálise e da fenomenologia, primordialmente, que há muito denunciaram a inseparável relação do homem com seu meio social. Não obstante, por incrível que pareça, não raras vezes se observa tal confusão, sendo necessário salientar que como ser humano comum o julgador jamais conseguirá se afastar de sua subjetividade para conduzir o processo. Tanto por pertencer e ser fruto do contexto social em que habita, quanto por possuir um sistema psíquico complexo, cujo consciente representa tão somente um dos processos mentais, circunstâncias que inevitavelmente influenciarão o pensar e o agir do magistrado (repita-se, homem comum) (RITTER, 2019, P. 70) .

No entanto, acredito que esse pertencimento do magistrado ao seu contexto social e a influência que este venha a sofrer, trazendo consigo suas experiências emocionais, culturais, ideológicas, não podem servir de justificativa para atitudes imparciais que, por ventura, possam ser empregadas no transcurso do processo. Até porque como afirmou o autor, são conceitos distintos.

A imparcialidade, de acordo com Ritter (2019, p. 76), divide-se em subjetiva e objetiva. Dessa forma, a imparcialidade subjetiva e objetiva, são assim definidas:

Examinada (por mais complexo que seja) no íntimo da convicção do magistrado, para evitar que um processo seja conduzido por alguém cuja opinião sobre o fato apurado ou sobre os envolvidos já foi anteriormente manifestada, a imparcialidade objetiva é analisada por meio da postura do julgador, que não deverá deixar qualquer espaço para dúvida de que conduz o processo sem preterir uma parte a outra(RITTER, 2019, p. 76).

É de fundamental importância que a imparcialidade do julgador esteja presente em todo o transcurso do processo penal para que não crie "desconfiança ou incerteza na comunidade e nas suas instituições", pois, não basta que o indivíduo tenha leis que o protejam, é necessário que este esteja "em uma situação jurídica objetivamente imparcial (RITTER, 2019, p. 76)

Caso haja dúvida sobre o conduzir processual do magistrado este deverá ser afastado, não podendo exercer jurisdição no processo. Tal afastamento visa garantir às partes tratamento igualitário para que uma não seja beneficiada em detrimento a outra.

Vejamos ainda o que nos diz os artigos 252 e 253 do Código de Processo Penal. Os dispositivos legais exemplificam situações em que o magistrado fica impossibilitado de julgar, como forma de garantir a sua imparcialidade, pois, em tais exemplos, esta imparcialidade encontra-se em risco.

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:
I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;
III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;
IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.
Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juizes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Ritter (2019, p. 78-79), afirma ainda que é necessário examinar em quais situações a imparcialidade do julgador pode estar comprometida, quais sejam:

O contato do juiz que posteriormente julgará o processo com toda a prova colhida na fase pré-processual (leia-se, produzida sem contraditório); a decretação de uma prisão preventiva no curso do processo pelo mesmo julgador que ao final prolatará sentença; e a produção de provas de ofício pelo magistrado; além, é claro, das hipóteses previstas no Diploma Processual - impedimentos (arts. 252 e 253), incompatibilidades (art. 112) e suspeição (art. 254) - em que então houve a preocupação do legislador com a questão.

Fica evidente, então, a necessidade de se romper com essa estrutura, criando então, uma alternativa viável, para garantir a todos os acusados o direito de ser julgado por um tribunal imparcial, que aplique a lei sem concessão de privilégios a nenhuma das partes. Pois, percebe-se também, o quanto o juiz lida diretamente com o processo em todas as fases e, essa aproximação, pode comprometer sua decisão final. Daí a importância de dois juízes atuarem no processo, um na fase de investigação no controle da legalidade e da garantia dos direitos fundamentais e o outro na instrução e julgamento. Tal proposta configura-se no chamado Juiz das Garantias, introduzido por nosso ordenamento, trazendo modificações no CPP, porém, momentaneamente, suspenso, como veremos mais adiante.

Ainda, no que se refere a hipóteses de impedimento do magistrado de atuar no processo, assegurando a imparcialidade deste, tem-se, também, o artigo 254, que faz referência a suspeição do magistrado. Vejamos:

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

- I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
- II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;
- III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;
- IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;
- V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;
- VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

O tema imparcialidade é de extrema relevância, pois, refere-se a um direito humano garantido não só por nossa Constituição como também por diversos documentos internacionais. Nesses, o indivíduo tem o direito de ser julgado por um terceiro desinteressado, o juiz. Em resumo, o juiz deve se ater a aplicar a lei e manter-se distante dos interesses em conflito, não podendo tomar partido de quaisquer das partes para não influenciar sua decisão..

Vejamos alguns dos documentos internacionais em que o direito a um juiz imparcial é tutelado:

"Declaração Universal dos Direitos Humanos - Artigo 10- Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Art. 8.1- Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Art. 14.1- do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 - Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores."

Na verdade, o que se busca evitar a partir do emprego do princípio da imparcialidade é:

A arbitrariedade (impedindo que os julgamentos sejam pautados em juízos pessoais, descomprometidos com a devida análise dos autos) e a manifestação (in)constante do julgador, para que seja capaz de proferir um julgamento idôneo, despojado de preconceitos involuntariamente e indevidamente adquiridos. (RITTER, 2019, p. 78)

Dessa forma, conclui-se que, a imparcialidade é, pois, uma garantia do devido processo legal e de um Estado Democrático de Direito. Logo, não é válido, justo ou legítimo, um processo desenvolvido perante um juiz parcial, juiz este que, porventura, tenha por algum motivo, privilegiado uma parte em detrimento de outra. É com o objetivo de assegurar a imparcialidade do magistrado perante uma sentença, que foi criado o Juiz das Garantias, objeto de análise do próximo capítulo.

CAPÍTULO II

3. O JUIZ DAS GARANTIAS E A GARANTIA DE DIREITOS

3.1 A ORIGEM DO INSTITUTO: O JUIZ DAS GARANTIAS

Com o objetivo de proporcionar uma maior garantia ao acusado de ter os seus direitos fundamentais respeitados durante as fases pré-processual e processual a Lei nº 13.964/2019, incorporou em seu texto o denominado instituto Juiz das Garantias.

Diante dessa afirmativa, percebe-se que, apesar dessa garantia está expressa na Constituição, fez-se necessária a criação de tal instituto, pois, "a efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais (LOPES Jr., 2020, p. 186).

Dessa forma, afirma Fernandes (2020, p. 677) que:

"O juiz das garantias é instituto que corrobora com os mais avançados parâmetros internacionais relativos às garantias do processo penal, tanto que diversos países já o adotam, não sendo uma novidade no cenário do direito comparado."

Logo, a lei passa a garantir que haja uma divisão de competência funcional entre os juízes no âmbito criminal. Sendo assim, um juiz atuará na fase pré-processual (na investigação), sendo responsável pelo controle da legalidade e garantir que os direitos fundamentais do preso sejam respeitados, enquanto o outro magistrado atuará durante a instrução e julgamento da ação. É necessário enfatizar que os dois magistrados são "juízes independentes e com todas as garantias da magistratura, prevista no art. 95 da Constituição Federal." (FERNANDES, 2020, p. 677)

Essa modificação brusca, se contrapõe totalmente à regra atual, pois, como se sabe, é competente para atuar no processo (regra de competência) o juiz que participou da investigação, ou seja, torna-se prevento nos termos dos arts. 75, parágrafo único, e 83 do atual CPP.

A finalidade dessa divisão de tarefas entre os magistrados, segundo Fernandes (2020, p. 677), é, justamente, proteger as garantias fundamentais dos investigados ou acusados.

Para Silveira (2009, p. 89), a criação do juiz das garantias se deu por dois motivos:

"Primeiro, a previsão de um juiz que atue exclusivamente na investigação pode proporcionar as vantagens esperadas de todo e qualquer processo de especialização. Uma rotina específica de trabalho tende a gerar, com o tempo, expertise, eficiência e agilidade. (...) um segundo objetivo, qual seja assegurar que o juiz do processo tenha plena liberdade crítica em relação aos trabalhos da fase investigativa. Rompem-se, assim, vínculos ou laços de qualquer ordem em relação à etapa precedente."

Mas, qual a origem do instituto Juiz das Garantias, incorporado no Pacote Anticrime e que ainda não vem sendo aplicado em nosso ordenamento jurídico? É o tema que se procura abordar adiante

3.2 O TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E A CRIAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

Os países latino-americanos sofrem fortes influências das transformações implementadas na Europa, no tocante ao seu ordenamento jurídico, especificamente, em matéria processual penal e, como exemplo, tem-se a introdução do instituto juiz das garantias. Logo, "a implementação em solo latino-americano é reprodução do modelo europeu do juiz de investigação criminal" (MAYA, 2020, p. 49).

Foi o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) quem primeiro se preocupou com a perda da imparcialidade pelo magistrado. Nesse sentido, como assevera Maya (2020, págs. 49-50), o problema estava no fato de que, o magistrado, concentrava em suas mãos os poderes de investigação e julgamento. Ou seja, um único juiz era responsável por conduzir a fase pré-processual e, posteriormente, proferir a sentença. Dessa forma, "o contato do magistrado com o material produzido na investigação, em determinados casos, gerava um risco concreto de quebra da imparcialidade" (MAYA, 2020, págs. 49-50).

Para o TEDH, a imparcialidade é garantida, observando-se dois aspectos, quais sejam:

"Um subjetivo, em que importa a convicção pessoal do juiz; e outro objetivo, pelo qual, consideradas as circunstâncias específicas de determinado caso concreto, deve-se observar se o magistrado apresenta condições de afastar qualquer dúvidas razoáveis acerca da sua imparcialidade"(MAYA, 2020, p. 50).

O TEDH passou a fazer indagações relacionadas à imparcialidade do magistrado e da participação desse, por diversas vezes, em momentos diferentes do mesmo processo, como no caso *De Cubbervs Bélgica* (*application* n. 9186/80, de 26.10.1984), que, posteriormente serviu como exemplos para outras decisões. (MAYA, 2020, p 50). Vejamos que:

"Na oportunidade, o Tribunal foi instado a se manifestar sobre a legitimidade de um julgamento proferido por uma Corte de Justiça composta por três juízes, um dos quais havia conduzido a investigação do caso por aproximadamente dois anos, não apenas decretando a prisão do suspeito, como também o interrogando e indeferindo requerimentos de liberdade e de trancamento da investigação. Ao analisar o caso concreto, a Corte constatou que, de acordo com o ordenamento jurídico então vigente na Bélgica, o juiz investigador possuía o mesmo *status* de um oficial de investigação da polícia, cuja atuação é subordinada à supervisão do Ministério Público. Registrou, ainda, que o procedimento investigatório previsto na legislação belga possuía nítida natureza inquisitorial, pois formado por atos secretos conduzidos sem a presença das partes. Por isso, e considerando ter a investigação perdurado por cerca de dois anos, entendeu ter o juiz investigador adquirido extenso e pormenorizado conhecimento sobre os fatos delituosos pendentes de julgamento, o que permite crer, tanto o acusado quanto à sociedade em geral, que o magistrado tenha formado suas convicções sobre a culpabilidade do réu antes mesmo da sessão de julgamento[...]Assim, a Corte Européia afirmou ter sido violada a imparcialidade no seu aspecto objetivo [...]" (MAYA, 2020, págs. 50-51).

Nesse caso, o TEDH entendeu que, esse juiz investigador, acabou agindo como um investigador de polícia e que já havia adquirido "um extenso conhecimento sobre os fatos delituosos" (LIMA, 2020, p. 125). Daí concluiu o TEDH que, a postura do magistrado poderia gerar desconfiança tanto no acusado quanto na sociedade, que passaria a crer que ele já havia "formado sua convicção sobre a culpabilidade do acusado mesmo antes do julgamento carecendo, pois, da necessária imparcialidade para julgar" (LIMA, 2020, p. 125).

Diante do que foi exposto acima, o TEDH, passou a afirmar que, nos Estados Democráticos de Direito, não é suficiente que os juízes sejam imparciais, é

necessário também que demonstrem essa imparcialidade para que a sociedade tenha confiança em suas decisões. (MAYA, 2020, p. 50).

Logo, percebe-se então, que, o TEDH tinha como preocupação central a necessidade de manter a confiança da sociedade nas decisões tomadas pelos magistrados, deixando evidente que os direitos dos acusados estavam sendo respeitados, pois, estavam sendo garantidos por juízes imparciais.

No entanto, percebe-se uma certa instabilidade na Corte Europeia quanto ao entendimento de que, um mesmo juiz, atuando em diferentes fases de um mesmo processo, nas condições de investigador e julgador, prejudicaria a sua imparcialidade. Como exemplo, tem-se o caso *Fey vs. Áustria* (*application* n. 14396/88, de 24.02.1993). Para uma melhor compreensão, irei expor o fato:

"durante a investigação criminal por crimes de fraude, a magistrada tomou depoimento da vítima, expediu ofício para o Poder Judiciário da Alemanha, questionando o porquê de uma sentença condenatória anteriormente imposta ao suspeito naquele país ter sido suspensa, telefonou para um banco austríaco onde o suspeito havia aberto uma conta corrente, para indagar se ele recebera pagamentos relativos à pensão, telefonou para duas companhias de seguro, para saber se ele solicitara ou recebera algum valor a título de pensão, e, por fim, expediu uma carta precatória para a Corte Criminal de Innsbruck para esclarecer alguns fatos sobre o suspeito. Depois de adotadas todas essas medidas investigativas, a própria magistrada julgou-o e condenou-o a três meses de prisão" (MAYA, 2020, p. 59).

Compreendo que esse exemplo evidencia a postura de um juiz parcial que, durante a fase pré-processual teve uma participação efetiva na colheita de provas, ao invés de se preocupar em conduzir todo o processo de maneira a garantir que os direitos do acusado fossem respeitados. Porém, não foi esse o entendimento do TEDH que julgou os atos da magistrada como necessários para que ela julgasse o mérito da ação. (MAYA, 2020, p. 59)

Posteriormente, o TEDH, terá uma outra compreensão acerca de um julgado onde o magistrado também fez uso de práticas investigativas. (MAYA, 2020, págs. 62-63). Vejamos:

"o TEDH conheceu e julgou o caso *Tierceandothersvs San Marino* (*Applications* n. 24954/94, 24971/94 and 24972/94, de 25.07.2020), em que o mesmo juiz, que durante a fase de investigação determinou a produção de prova pericial nos documentos da empresa do suspeito e o sequestro de seus bens, depois o julgou, condenando-o pelos delitos de desvio de dinheiro e de fraude a credores" (MAYA, 2020, págs. 61-62).

Nesse caso, o TEDH, demonstra a instabilidade em apresentar um entendimento único para casos semelhantes, já que, o referido tribunal acabou por afirmar que o magistrado utilizou de maneira exagerada os seus poderes investigatórios, o que provocou dúvidas nos réus quanto a sua imparcialidade. (MAYA, 2020, p. 62).

No entanto, o TEDH, acabou, diante de tantas controvérsias relacionadas ao comportamento do juiz, admitindo que, apesar de várias controvérsias, é possível que a atuação do magistrado na fase pré-processual comprometa sua imparcialidade "para o julgamento do mérito a depender da sua extensão e do seu envolvimento "(MAYA, 2020, p. 63).

Segundo Lima (2020, p. 126), o TEDH não reconheceu que a figura do juiz das garantias possa preservar a imparcialidade objetiva. Porém, se contrapondo ao TEDH, diversos ordenamentos jurídicos acabaram instituindo essa figura, determinando sua impossibilidade de atuar como julgador, caso tenha participado na fase investigativa.

O fato é que, o que se tem, *a priori*, na Europa, é uma modificação bastante significativa em seus Códigos de Processo Penal. Dessa forma, o Código de Processo Penal Português de (1987), visando garantir a imparcialidade do magistrado, "prevê um "juiz de instrução", que atua, na prática, como um verdadeiro juiz das garantias, controlando a legalidade da investigação e sem iniciativa para a produção de provas" (LIMA, 2020, p. 126). Assim, no referido Código, precisamente no art. 40, determina que, o juiz instrutor, não poderá julgar a ação penal (LIMA, 2020, p. 126). No caso Italiano, a principal modificação implementada em seu Código de Processo Penal foi a retirada da figura do juiz da instrução e a introdução do *giudice per le indagini preliminari* ou juiz investigador, responsável pela preliminar do processo mas que, também não poderá atuar na fase processual. (LIMA, 2020, p. 126). Essa modificação no Código de Processo Italiano, ocorreu logo após a Corte Européia reconhecer que, para garantir a imparcialidade do juiz julgador, seria necessária implementar uma regra que proibisse que, o mesmo magistrado atuasse nas diferentes fases da persecução penal (MAYA, 2020, p. 71).

Tais modificações no Processo Penal não foi exclusividade dos países europeus. Como já mencionei anteriormente, os países latino-americanos sofreram

fortes influências advindos da Europa e, como exemplo, podemos citar o Chile, Uruguai e Colômbia que também aderiram ao projeto de reforma dos seus Códigos de Processo Penal, introduzindo a figura do juiz das garantias.

Podemos concluir que, em todos os exemplos citados, levando em consideração as particularidades de cada ordenamento jurídico, houve uma especialização das funções do magistrado responsável pela intervenção na fase pré-processual, distinguindo-o daquele responsável por proferir a sentença. (SILVEIRA, 2009, p.89).

E, se contrapondo a nossa realidade, diante do novo instituto criado e que, sua aplicabilidade encontra-se suspensa, podemos observar que, após tais exemplos, “podemos afirmar, com segurança, que a separação entre as funções judiciais atinentes à investigação e ao processo é uma tendência bem consolidada na experiência internacional” (SILVEIRA, 2009, p.88).

Após compreendermos como se deu a construção de um novo modelo a ser adotado pelo ordenamento jurídico penal na Europa, a partir da perspectiva da importância de um juiz imparcial na condução de um processo, iremos, em seguida, abordar o tema, objeto desse trabalho, Juiz das Garantias, mas, não antes de fazermos um breve apanhado da construção do projeto nas duas Casas Legislativas de nosso país.

3.3 A INTRODUÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PACOTE ANTICRIME

Em 2009, o então Ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, coordenou uma comissão de magistrados, responsáveis por apresentar o anteprojeto ao Senado Federal, etiquetado sob o n. 156/2009. Ainda em 2009, o referido anteprojeto foi aprovado pelo Senado. Em seguida, seguiu para a Câmara dos Deputados onde passou a ser identificado por PL 8045/10. (MAYA, 2020, p. 87)

O anteprojeto pretendia adequar as leis processuais penais à nossa Carta Magna ocasionando, então, uma solução para umas das grandes críticas existentes em nosso ordenamento jurídico. (MAYA, 2020, p. 87)

Assim, a Lei n. 13.964/2019, aprovada pelas duas Casas Legislativas em dezembro de 2019 e aprovada pelo Presidente da República, no mesmo mês, tem sua origem no chamado Pacote Anticrime, proposto pelo Ministro da Justiça.

A referida Lei, enquanto tramitava na Câmara dos Deputados acabou por incorporar alguns pontos relevantes do projeto de reforma global que objetivava modificar o CPP, a PL8045/10. Dentre esses pontos, o que vem até o momento, sendo motivo de grande discussão é o Juiz das Garantias.

O instituto juiz das garantias, tema muito discutido atualmente e objeto desse trabalho, foi incorporado ao Pacote Anticrime, a partir do PL 8045/10, que continua tramitando na Câmara dos Deputados.

3.4 JUIZ DAS GARANTIAS REPRESENTA UMA GARANTIA?

O juiz das garantias foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 13.964/2019. Como já mencionado, tal instituto é fruto de uma reformulação aplicada ao Direito Processual Penal europeu, e que, posteriormente, acabou por influenciar a América Latina. Para Lopes Jr., (2020, p. 187), não resta dúvidas de que, o instituto juiz das garantias, foi "uma das mais importantes inovações da Lei n. 13.964/2019."

Inovação essa necessária em decorrência da necessidade de se implementar tal instituto, pois, os motivos que levaram ao Brasil a caminhar para essa mudança foram os mesmos da Europa. Afinal, no Brasil, o juiz responsável por proferir a sentença, não conduz as investigações, ele "atua já na fase de investigação, controlando a legalidade da ação da Polícia e do Ministério Público, tutelando os direitos fundamentais do investigado." (MAYA, 2020, p. 136) Logo, esse juiz que conhece toda a investigação, participando ativamente dessa, é chamado a proferir uma sentença. Diante do exposto, como garantir que esse juiz será imparcial em sua decisão, já que participou tão diretamente das investigações.

A competência do juiz das garantias se opõe drasticamente a figura do juiz instrutor, típica do modelo inquisitório, possuindo uma postura ativa, agindo de ofício na colheita de provas, investigando "e decidindo sobre medidas restritivas de direitos fundamentais que ele mesmo determina" (LOPES JR., 2020, p. 187).

De acordo com o CPP, assim é definido o instituto juiz das garantias:

"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".

A introdução do juiz das garantias em nosso CPP é fruto da necessidade de uma reformulação urgente em decorrências de fortes críticas ao um código arcaico, ultrapassado, com fortes resquícios de um modelo autoritário e que ainda não se adequou à Constituição. Dessa forma, o instituto juiz das garantias vem para promover uma mudança positiva na condução de alguns processos penais, já que, legalmente, não poderá ser aplicável a qualquer tipo de ação penal, como veremos mais adiante.

Esse novo Código irá proporcionar uma aproximação com nossa Carta Magna de 1988, "de maneira a reconciliar a lei ordinária com as garantias ali previstas", possibilitando inclusive o abandono do sistema processual inquisitivo pelo modelo acusatório. (SILVEIRA, 2009, p. 82)

Como evidencia Fernandes (2020, p. 678), a figura do juiz das garantias, veio dar mais intensidade ao modelo de processo penal defendido pela Constituição de 1988. Salientando que "tal medida constitui um avanço sem precedentes em nosso processo penal, o qual tem, paulatinamente, caminhado para um reforço do modelo acusatório".

De acordo com Lima (2020, p. 114):

"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. Consiste, pois, na outorga exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, o qual ficará, na sequência, impedido de funcionar no processo judicial desse mesmo caso penal".

Para Lopes Jr. (2020, p. 186), o juiz das garantias tem o papel fundamental de garantir que os direitos fundamentais do acusado, no processo penal, sejam respeitados. Esse é o lugar do juiz das garantias, nos termos do art.3º-C do CPP.

E, ainda, de acordo com Ritter (2020, p. 164), o que se pretende com a implementação do juiz das garantias, é o:

"aprimoramento (e até se poderia dizer tentativa de *salvação*) da jurisdição penal atual, que inválida, ilegítima e ilegal, se não for exercida de forma *imparcial*. É isso que deve ser levado em consideração e que obviamente beneficia tanto o indivíduo quanto a coletividade. O escopo da proposta, repita-se, é dar condições de imparcialidade e autonomia para o julgador do caso, para que não seja um terceiro involuntariamente manipulado no processo."

Dessa forma, com a mudança proferida pela Lei 13.964/2019, dois juízes passarão a atuar em um mesmo processo, porém, em momentos distintos. Ou seja, um juiz atuará na fase da instauração da investigação criminal até o momento do recebimento (ou queixa), enquanto o outro magistrado ficará responsável por atuar após o recebimento da peça acusatória até a sentença, que poderá ser a favor do réu ou contra ele. Vale salientar aqui que, esse primeiro juiz que atuará na fase pré-processual é denominado, juiz das garantias. Responsável por ser um “Juiz de salvaguardas. Peça-chave no modelo acusatório em construção.” (SILVEIRA, 2009, p. 90)

Essa distinção estabelecida entre as funções de cada magistrado no processo, especialmente, a função destinada ao juiz das garantias, visa promover a salvaguarda dos direitos fundamentais do investigado ou acusado, possibilitada graças a uma atuação imparcial dos magistrados.

"Nesse sentido, passará a existir uma divisão de competência funcional entre os juízes na seara criminal, como já ocorre em vários países do mundo. Um juiz **atuará durante a fase de investigação no controle da legalidade e da garantia dos direitos fundamentais** e outro, durante a instauração do processo e em seu julgamento, embora ambos sejam juízes independentes e com todas as garantias da magistratura, previstas no art. 95 da CR/88" (FERNANDES, 2020, p. 678-grifo do autor)

Essa divisão de tarefas entre os magistrados nas fases do processo, como já mencionada acima, visa proteger os direitos fundamentais do investigado ou acusado, já que o juiz das garantias não poderá participar da instrução e do julgamento da ação, em virtude de sua participação na fase da instauração da investigação criminal, porém, esse segundo juiz que ficou distante desse primeiro momento, não terá sua imparcialidade comprometida, em virtude desse distanciamento com as decisões proferidas pelo primeiro magistrado.

Percebe-se então, que, o fato do juiz das garantias não poder participar da instrução e do julgamento da ação penal, faz com que haja uma redução dos fatores que contaminam subjetivamente o processo, além de garantir que o segundo magistrado, aquele que ficará responsável pelo julgamento do processo, não tenha sua imparcialidade comprometida - veremos *a posteriori* -, que esse posicionamento não é unânime). É importante frisar também que essa imparcialidade do segundo

magistrado a atuar no processo é favorecida porque as medidas cautelares concedidas, existentes no processo, pertencem ao juiz das garantias. O que não significa que o juiz da instrução e julgamento não possa manter ou excluir medidas cautelares antes deferidas pelo juiz das garantias. Logo, o juiz que julgará o processo fará uso de sua imparcialidade, uma vez que não:

"tem compromisso pessoal com o que se passou. Não colaborou na identificação das fontes de prova. Não manteve o flagrante nem decretou a prisão preventiva. Não impôs o sequestro de bens. Não autorizou a interceptação de conversas telefônicas nem a infiltração de agentes, etc. etc. Quer dizer, em nenhum momento compartilhou a perspectiva dos órgãos de persecução penal. (SILVEIRA, 2009, p.89)

Percebe-se também que, o contato do julgador com os elementos indiciários existentes do inquérito policial acabam por prejudicar a sua imparcialidade. Daí a necessidade de afastar o julgador da fase investigativa.

Essa mudança no CPP, promovida pela Lei 13.964/2019, evidencia o direito que possui o indivíduo de ser julgado por um juiz imparcial, comprometido em assegurar que os direitos fundamentais do investigado ou acusados sejam respeitados, independente das convicções subjetivas do magistrado. Aqui, o que deverá ser levado em conta é o agir do juiz a partir de uma imparcialidade objetiva, onde este não irá beneficiar uma parte em detrimento a outra.

O magistrado assume sua função de garantidor, atuando de forma a se contrapor contra violações ou ameaças a direito, uma vez que, a postura desse frente ao Estado Democrático de Direito é de garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados.

Logo, o que se pretende é garantir que, o juiz que ficará responsável pelo julgamento do processo aja com imparcialidade, pelo fato de não ter participado da fase pré-processual, não lidando diretamente com os pedidos de medida cautelar. Assim, não podendo ser responsável por priorizar uma parte em detrimento a outra. (RITTER, 2019, p. 164). Porém, Silveira (2009, p. 90), traz para o debate um questionamento interessante, o fato de, não se ter de total garantia que esse segundo juiz, que atuará no processo, agirá com imparcialidade. Ou seja, "não há nenhuma garantia de que o juiz do processo, só porque tomou conhecimento do fato em momento posterior, decidirá com imparcialidade o caso concreto."

Porém, alguns críticos afirmam que a participação do julgador na fase de investigação não compromete sua imparcialidade e que a participação deste na colheita de provas irá contribuir para a compreensão dos fatos, o que reduziria o risco de decisões inadequadas. (FERNANDES, 2020, p. 685)

Não é novidade em nosso ordenamento jurídico o fato de, recair sobre o juiz, a responsabilidade de resguardar os direitos fundamentais do investigado ou acusado, já que a própria Constituição assim garante, aliado ao fato de, o Brasil, ser signatário de vários diplomas internacionais. (RITTER, 2020, p. 162)

No entanto, apesar de o Brasil fazer parte de tais acordos internacionais, da garantia dos direitos fundamentais a todos os brasileiros natos ou naturalizados, existentes em nossa Constituição, fez-se necessário a criação de um instituto que buscasse garantir a aplicabilidade de direitos já consolidados em nossa Carta Magna àqueles que atuam como parte em um processo penal.

Assim, é inegável os prejuízos que a atuação de um juiz parcial pode promover em um processo quando do contato desse "com os elementos indiciários do inquérito policial" (RITTER, 2020, p. 162). Daí a necessidade de estabelecer a atuação de dois juízes, em momentos distintos (como já mencionado anteriormente) do processo, garantindo que aquele que profira a sentença, não tenha atuado na fase investigativa e assim não venha a comprometer sua imparcialidade.

Diante do exposto, podemos constatar que sim, o Juiz das Garantias, por tudo o que foi discutido, atuará na fase da instauração da investigação criminal até o momento do recebimento (ou queixa), para proteger os direitos fundamentais do investigado ou acusado. Sobre tal perspectiva que trataremos no próximo tópico.

3.5 AS ATRIBUIÇÕES DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A GARANTIA DA DEFESA DE DIREITOS

Nas próximas linhas, irei expor as atribuições do juiz das garantias de acordo com a Lei n. 13.964/2019. No entanto, é necessário destacar aqui que, a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, estão suspensos por tempo indeterminado. Mas, mesmo diante desse cenário, continuemos a analisar o instituto.

Enquanto o projeto de reforma Global do Código de Processo Penal, (PL 8045/10), que visa adequar as leis penais ao texto constitucional não é aprovado e entra em vigor, alguns pontos importantes do referido projeto foram incorporados ao Pacote Anticrime - aprovado nas duas Casas Legislativas e, dentre esses pontos estão o juiz das garantias. Vale salientar que, como já mencionado antes, a aplicabilidade do instituto continua suspenso.

O que se pretende com esse novo Código é contribuir para a aproximação com o texto da nossa Constituição de 1988, de maneira a reconciliar a lei ordinária com as garantias ali previstas, enfatizando a quebra definitiva com o modelo inquisitivo e a conversão para o modelo acusatório.

O objetivo central desse tópico é discutir as mudanças no CPP provocadas pela aprovação do Pacote Anticrime, enfatizando as relacionadas com o juiz das garantias, defendendo a ideia de que tais atribuições garantem direitos das partes. Pois, é fato que, a Lei n. 13.964/2019 "introduz uma série de modificações no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais. Especificamente no tocante ao juiz das garantias" (MAYA, 2020, p. 90).

As primeiras alterações podem ser observadas no artigo 3º-A do CPP: "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."

Nesse primeiro ponto, podemos observar a preocupação do legislador em definir qual o sistema processual deve ser adotado, ou seja, o acusatório. Vale destacar aqui que, o modelo que vinha sendo utilizado pelo CPP (inquisitivo) contraria as orientações da Constituição de 88, que defende o modelo acusatório.

Podemos perceber também que o legislador optou por proibir o juiz das garantias de participar diretamente da fase investigativa, sendo retirada desse a possibilidade de gerir as provas e atribuída às partes essa competência. Tais medidas reforçam e contribuem para aplicação do sistema acusatório.

"A primeira proibição está diretamente relacionada com a criação do juiz das garantias. A opção por um juiz tutor da devida investigação criminal e dos direitos e garantias dos investigados reforça a importância do Ministério Público, a quem é definitivamente atribuído o controle da investigação criminal. A atuação *ex officio* do juiz nessa fase processual significa indevida interferência na formação da *opinio delicti* do Ministério Público." (MAYA, 2020, p. 91)

É importante frisar também que o artigo 3º-A do CPP, acabou por revogar o artigo 156, I (do mesmo código), incluído pela lei nº 11.690/2008, o qual permitia a atuação *ex officio* do juiz na produção de provas, ainda na fase investigativa.

E, por fim, quanto a segunda proibição, "substituição da atuação probatória" é realizada na fase de instrução processual. Aqui, foi retirada do juiz a possibilidade de gerir as provas, atribuindo a competência às partes. (MAYA, 2020, p. 91)

É a partir do artigo 3-B, do CPP, que iniciam-se as regulações do juiz das garantias, evidenciando a sua finalidade, elencando as atribuições impostas a esse instituto, bem como limitando a sua atuação.

Segundo Maya (2020, p. 92), o PL 8045/2010 especifica que, o juiz das garantias foi criado para "atuar como um fiscal da devida investigação criminal". E que suas atribuições "não diferem das tarefas atualmente atribuídas aos juízes com atuação nas varas criminais, no âmbito da investigação criminal."

Assim, o artigo 3ºB, do CPP, afirma que o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade na fase pré-processual e por salvaguardar os direitos individuais do acusado, além de elencar um rol de atribuições, distribuídos por dezoito incisos e pertencentes a esse instituto. Vele salientar que todos esses incisos foram incorporados pela Lei n. 13.964/2019. Analisarmos será a proposta seguinte.

*a)I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do **caput** do art. 5º da Constituição Federal;*

O inciso LXII do caput do art. 5º da nossa Constituição determina que a autoridade responsável pela prisão de qualquer pessoa deverá comunicar o fato imediatamente ao juiz competente, informando inclusive, o local para onde o preso foi levado. Essa comunicação também se estende à família ou pessoa indicada pelo preso.

Com a implantação da Lei 12.403/11, responsável pela reforma nas medidas cautelares, o Código de Processo Penal, em seu art. 306, foi adaptado à Constituição, trazendo a seguinte redação: "A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada."

Antes da Lei nº 13.964/2019, a "comunicação da prisão de qualquer pessoa era feita pela autoridade policial e distribuída no Poder Judiciário, por sorteio [...] ou [...] observada a regra de prevenção de competência" (MAYA, p. 93, 2020).

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, a comunicação da prisão, seja ela, em flagrante, temporária ou preventiva, deve ser comunicada, no prazo máximo de 24 horas, ao juiz das garantias, que ficará responsável pelo "controle da legalidade da prisão, tanto no aspecto formal, quanto no material" (MAYA, 2020, p. 93).

É importante destacar aqui que, defendo a ideia de que o juiz das garantias, atua na fase pré-processual como um garantidor dos direitos das partes. E, para corroborar minha defesa, Maya (2020, p. 92) afirma que "quaisquer situações em que determinada pessoa, suspeita ou investigada, tiver cerceados seus direitos ou garantias, poderá recorrer ao juiz das garantias."

Silveira (2009, p. 90), também compactua do mesmo posicionamento, afirmando que, ao juiz das garantias, não compete agir de ofício ou solicitar a instauração de inquérito policial. Logo, "o juiz das garantias não é um juiz investigador." Mas, o responsável pelo controle da legalidade na fase pré-processual.

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

Inicialmente, iremos nos ater ao art. 310, do CPP, o qual analisaremos para podermos compreender sua relação com o inciso II, do art. 3º da Lei nº 13.964/2019.

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Dessa forma, percebe-se que, no inciso acima, é atribuição do juiz das garantias "receber o auto da prisão em flagrante" e, analisar se o procedimento foi realizado dentro da legalidade, bem como a manutenção ou não da prisão. Tais situações são analisadas em uma audiência de custódia que deverá ocorrer 24

horas após o magistrado receber o auto de prisão em flagrante. Caberá então ao juiz, adotar uma das medidas contidas na citação acima.

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

O direito de poder ir e vir (a liberdade de locomoção) é uma das fortes características de um Estado Democrático de Direitos. Como forma de comprovar tal afirmativa, "a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelecem diversas regras de modo a tutelar a figura do preso" (LIMA, 2020, p. 133).

E, sendo a figura do juiz das garantias, um instituto criado para atuar dentro desse Estado de Direitos como um juiz garantidor, também é de sua competência, garantir que a prisão seja realizada dentro da legalidade, ou seja, cabe ao juiz cuidar para que os direitos do preso sejam protegidos, pois, a pessoa presa também é detentora de direitos e cabe ao Estado protegê-los. (MAYA, 2020, p. 95). Vale ressaltar que, o magistrado irá, em audiência de custódia, observar se a prisão em flagrante foi realizada dentro legalidade e se manterá o acusado preso. (MAYA, 2020, p. 95)

Maya (2020, p. 95) ressalta que, como vivemos em um Estado Democrático de Direitos, onde todos são iguais e fundamentado pela dignidade da pessoa humana, é dever do Poder Judiciário garantir que, os direitos do preso sejam respeitados. Logo, o juiz das garantias, só atua até essa fase processual. Assim, tal inciso faz referência apenas a prisão em flagrante ou cautelarmente, ainda no âmbito da investigação criminal.

É necessário que se perceba que essa apresentação do preso é posterior a audiência de custódia. Ou seja, por determinação do juiz, o preso poderá ser "conduzido à sua presença, a qualquer tempo" (LIMA, 2020, p. 133).

Ainda sobre os direitos do preso, o art. 3º da Lei nº 13.964/2019, assegura que:

"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."

Uma outra observação necessária a ser feita é que, caso o preso, por motivo de doença, não possa comparecer a apresentação, poderá o juiz, se deslocar até o local onde se encontra o preso. É o que diz o parágrafo único, do artigo 657, do CPP. Dessa maneira, "o juiz poderá ir ao local em que o paciente se encontrar, se este não puder ser apresentado por motivo de doença.

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

O juiz das garantias deve ser informado da existência de instauração de inquérito policial (pela polícia) ou procedimento investigativo (pelo Ministério Público). Pois, como afirma Maya (2020, 96), "não há investigação secreta no âmbito de um Estado Democrático de Direitos."

Esse procedimento tem a finalidade de garantir que o Poder Judiciário, ou seja, juiz das garantias, esteja ciente e mantenha o controle de toda e qualquer investigação, para que a autoridade competente não cometa arbitrariedades, como por exemplo, investigar uma pessoa sem que exista sobre esta uma suspeita fundamentada.

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

Ambos os incisos acima fazem referência a medidas cautelares. A nova lei estabelece que, é da competência do juiz das garantias, todas as medidas cautelares requeridas durante o processo de investigação.

"Assim, nos casos de requerimento de imposição de prisão preventiva ou outra medida cautelar, bem como nas hipóteses de requerimento de prorrogação dessas medidas, quando formulados pelo Ministério Público, ou quando representados pela autoridade policial, o juízo de adequação e necessidade da cautelar pretendida é da competência do juiz das garantias" (MAYA, 2020, p. 96).

Ainda, é necessário discorrer sobre o pedido de revogação da medida cautelar imposta ao preso ou substituição da prisão por uma medida alternativa. Esse pedido

feito pelo advogado de defesa também é encaminhado ao juiz das garantias para sua apreciação, pois, como já vimos anteriormente, juiz das garantias atua, justamente, na fase pré-processual. (MAYA, 2020, p. 96)

g)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;

Esse inciso é de extrema importância, vez que trata da produção antecipada de de provas ocorrida na fase pré-processual. A competência para determinar às partes a produção antecipada de provas é do juiz das garantias. "Diversamente do art. 156, inciso I, do CPP, que autoriza a iniciativa acusatória do juiz no tocante à produção antecipada dessas provas consideradas urgentes e relevantes." No entanto, é necessário enfatizar que, a Lei n. 13.964/2019, especifica qual sistema processual deverá ser adotado, o acusatório. Dessa forma, entende-se que, não compete ao juiz a produção de provas e sim às partes, vez que, a interferência direta na produção de provas ocorria no modelo inquisitivo, ou seja, nesse sistema, o juiz agia de ofício.

h)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;

Outra modificação implementada pela Lei nº 13.964/2019, foi o prazo para a investigação criminal, estando a pessoa presa. Assim, de acordo com o parágrafo 2º, do artigo 3-B, estando o investigado 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." Logo, entende-se que o prazo de investigação, estando o investigado preso é de 30 dias.

Essa modificação provocada pela lei 13.964/2019 (norma geral), não alcançará as legislações especiais, como por exemplo, a Lei 11.343/06, que estabelece em seu artigo 51, que: "o inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto." Esses prazos podem ser duplicados pelo juiz, mediante pedido da autoridade competente, a saber, Ministério Público ou polícia judiciária. (MAYA, 2020, p. 99)

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

Em nosso ordenamento jurídico, para que se dê início a uma investigação criminal é necessário que se tenha algo de concreto, não sendo válida informações anônimas, visto que, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento (HC 141.157) de que informações anônimas por si só, não são suficientes para que um inquérito seja instaurado. É necessário que o órgão competente realize diligências com o intuito de se confirmar a suspeita. Vejamos o que diz o referido habeas corpus:

"A denúncia anônima pode servir de base válida à investigação e à persecução criminal, desde que precedida por diligências tendentes a averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 141. 157).

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

É da competência do juiz das garantias, requisitar informações ou documentos à autoridade policial referentes a inquérito que se encontra em andamento, a partir de solicitação via requerimento das partes. Ou seja, como o modelo processual em pauta é o acusatório, não pode, o juiz, solicitar, *ex officio*, documentos ou informações à autoridade policial. (MAYA, 2020, p. 101)

k)XI- decidir sobre os requerimentos de:

É da competência do juiz das garantias decidir sobre os requerimentos relacionados a meios de obtenção de provas, solicitados pelo órgão competente, como os relacionados a interceptação telefônica; a quebras de sigilos bancário, fiscal e telefônico; a busca e apreensão domiciliar e outros meios de obtenção de prova que estejam relacionados ao investigado e que venham a restringir direitos desse, todos elencados no inciso X, do artigo 3-B, da Lei 13.964/2019.

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

É da competência do juiz das garantias julgar habeas corpus impetrado contra ato da autoridade policial, no transcorrer da investigação criminal.

Nesse ponto, Lima (2020, p. 141) faz uma observação. O juiz das garantias, no Pacote Anticrime, teve sua competência estendida até o recebimento da denúncia e não como consta a redação do inciso XII, do art. 3-B, ou seja, até o oferecimento da denúncia. Logo, segundo o autor, deveria haver uma correção nesse inciso.

m) XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

É da competência do juiz das garantias determinar o incidente de sanidade mental "quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado". E, de acordo com o parágrafo 1º, do artigo 149 do CPP, o citado exame poderá ser realizado "ainda na fase do inquérito." Vejamos o que diz:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

Outro ponto relevante é que, o resultado do exame poderá "indicar a ausência de crime (inimputabilidade), seja a impor uma redução de pena (semi-imputabilidade)" (MAYA, 2020, p. 103).

Apesar de, o legislador não mencionar, o Ministério Público e a defesa podem requisitar a realização do exame. (MAYA, 2020, p. 103)

n) 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;

É direito do acusado e de seu defensor, o acesso ao inquérito policial bem como a toda a documentação anexada a este. Assim como o inciso XV, do artigo 3º-

B, a Súmula Vinculante 14 do Supremo, também assegura o acesso a todos os elementos e provas presentes no inquérito policial. Assim, determina a Súmula que:

"É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."

Caso aja tentativa de impedir ou dificultar o acesso das partes, ao inquérito, sem que exista uma justificativa razoável, o fato deve ser encaminhado ao juiz das garantias, que atuará buscando garantir que os direitos das partes sejam respeitados. (MAYA, 2020, p. 103)

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

A figura do assistente técnico foi introduzida no processo penal através da Lei nº 11.690/08, especificamente no art. 159, parágrafos 3º e 4º. Sua função, será: "como um auxiliar das partes, dotado de conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, responsável por trazer ao processo informações especializadas" oriundas do objeto periciado. (LIMA, 2020, p. 739).

É importante destacar aqui que essa admissão do assistente técnico na fase pré-processual "não transforma essa intervenção em requisito para a realização de exames periciais neste momento da persecução penal" (LIMA, 2020, p. 143).

Assim, é da competência das partes, através de requerimento, solicitar ao juiz das garantias a aceitação de um assistente técnico que ficará encarregado de acompanhar a produção de prova.

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

O acordo de não persecução penal foi inserida no CPP pela Lei nº 13.964/2019, especificamente no artigo 28-A. Tem como função beneficiar suspeitos

de praticar delitos sem a utilização de violência ou grave ameaça. Outro requisito é que a pena mínima seja inferior a quatro anos.

Dessa forma, "o Ministério Público renuncia ao poder de acusar (oferecer denúncia) mediante a confissão do acusado e o compromisso de cumprir determinadas condições" (MAYA, 2020, p. 104).

É necessário compreender aqui que, é da competência do juiz das garantias, porque tanto a homologação quanto a colaboração ocorrem ainda na fase pré-processual.

Quanto a colaboração premiada, prevista pela Lei 12.850/2013 (das Organizações Criminosas) foi reformada pela Lei 13.964/2019. Diante disso, a colaboração premiada, também é formalizada na fase de investigação, logo sendo da competência do juiz das garantias.

Um outro ponto importante sobre as atribuições do juiz das garantias que precisamos enfatizar, devido sua relevância, é o fato de sua atuação não atingir as infrações de menor potencial ofensivo, como especifica o artigo 3º-C, da Lei n. 13.964/2019. Tais infrações são reguladas pela Lei nº 9.099/95.

Diante de tudo o que foi exposto nesse tópico, podemos perceber o quanto o juiz das garantias atuará diretamente na fase pré-processual. Daí a necessidade de mantê-lo afastado da instrução e julgamento da ação penal, como forma de garantir que a estrutura jurídica adotará os princípios constitucionais, objetivando garantir às partes, o máximo de imparcialidade nas decisões proferidas.

3.6 DISCUSSÕES SOBRE A SUSPENSÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS E DIFICULDADES PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO

A Lei 13.964/2019, que provoca profundas modificações no Código de Processo Penal e que cria o juiz das garantias é alvo de muitos questionamentos e um desses, faz referência ao prazo para sua entrada em vigor. O artigo 20 afirma que, após decorridos 30 (trinta) dias da publicação oficial da referida Lei, esta entrará em vigor. Aqui, Lima (2020, p. 127) faz forte crítica, enfatizando que, o prazo singular de 30 dias foi equivocado, vez que, leis com menos impacto, como a 12.403/11, teve um prazo de *vacatio legis* de 60 dias. Lima (2020, p. 127) também enfatiza que é evidente a necessidade de um prazo maior para a entrada em vigor

da lei, pois, é necessário que o Poder Judiciário tenha tempo para fazer os ajustes necessários em sua estrutura física e humana.

Diante de um cenário de fortes críticas, foram ajuizadas as ADIs 6298, 6299 e 6300 e, posteriormente a 6305 contrárias à normativa responsável pelas alterações no CPP. (FERNANDES, 2020, p. 682)

Em decorrência das ADIs que foram ajuizadas e da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, que ocorreria no dia 23.01.2020, já que, o prazo de *vacatio legis* foi de 30 (trinta) dias, pois, a publicação da Lei se deu no dia 24 de dezembro de 2019, o Ministro Dias Toffoli decidiu no dia 23.01.2020 conceder, de forma parcial, a medida cautelar, em resposta a ADI 6298, com as seguintes decisões:

"Pelo exposto, ante a urgência de análise liminar, tendo em vista a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 no dia 23 de janeiro de 2020 (art. 20 da lei), concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, para:

- (i) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19;
- (ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão;
- (iii) conferir-se interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações:
 - (a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990;
 - (b) processos de competência do Tribunal do Júri;
 - (c) casos de violência doméstica e familiar; e (d) processos criminais de competência da Justiça Eleitoral.
- (iv) fixarem-se as seguintes regras de transição: (a) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento;
- (b) quanto às investigações que estiverem em curso no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico. Nessa hipótese, cessada a competência do juiz das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa."

Após a decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli (Presidente do Supremo Tribunal Federal), o Ministro Luiz Fux, vice-presidente da Corte e relator das ADIs, quando no exercício da Presidência do STF decidiu em 22.01.2020, suspender a criação do Juiz das Garantias por tempo indeterminado, até que o Plenário analise a questão. A decisão do ministro Fux acabou por revogar a liminar concedida pelo

Presidente da STF. (LIMA, 2020, p. 684). Destacarei aqui que, todo o artigo 3º do CPP foi suspenso, apesar de o 3-A, não fazer referência ao juiz das garantias e sim, ao sistema processual que, com a implementação da lei, deverá ser adotado pelo CPP. Logo, a minha interpretação diante da suspensão do art. 3-A está relacionada a oposição que se tem de utilizar o sistema acusatório como sistema processual em nosso ordenamento.

Como justificativa para a suspensão da criação do juiz das garantias, o ministro Fux utilizou-se de dois argumentos:

"a) a proposta de lei deveria ter partido do Poder Judiciário, já que afeta o funcionamento da justiça do país; b) a lei foi aprovada sem a previsão do impacto orçamentário dessa implementação de dois juízes por processo "(FERNANDES, 2020, p. 684)

Para o Ministro Fux, a criação do juiz das garantias viola "o Novo Regime Fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016." Ou seja, a citada emenda constitucional foi responsável por acrescentar o art. 113 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que acaba por determinar que, a lei que crie ou altere uma despesa, passando está a ser obrigatória ou lei que renuncie despesa deverá ser acompanhada de um estudo que demonstre o provável impacto orçamentário e financeiro. (MAYA, 2020, p. 132)

Porém, com relação as ADIS, que argumentavam acerca da inconstitucionalidade da Lei 13.964/2019, afirmando entre outras, que a lei invadia a competência do Poder Judiciário quanto a sua organização, foi considerada constitucional pelo Ministro Dias Toffoli, "avançando no exame dos seus fundamentos e da suas adequação, necessidade e razoabilidade para efetivação da garantia da imparcialidade." (MAYA, 2020, p. 132)

Ainda, argumenta o Ministro Dias Toffoli que, a criação e a instituição do juiz das garantias no processo penal brasileiro, pelo Legislativo são legítimos, fazendo parte da liberdade de conformação dos legisladores. (MAYA, 2020, p. 134)

Lima (2020, p. 127), afirma que o instituto juiz das garantias sofreria forte oposição, esbarrando, em diversos obstáculos como, por exemplo, a ausência de previsão orçamentária; o fato de muitas comarcas contarem com apenas um juiz; a necessidade de criação de diversos cargos de juízes, uma vez que, com a implementação da lei, serão necessários dois juízes para cada ação penal.

Dessa forma, percebe-se que, o instituto juiz das garantias, trás consigo uma gama de discussões que girão em torno de pontos positivos e negativos e, tais pontos fazem referência à sua criação. Como ponto positivo e, provavelmente, o mais importante, o juiz das garantias põe fim a uma das grandes críticas acerca do sistema processual penal adotado. Isso porque o Código de Processo Penal tem resquícios do sistema inquisitivo, se contrapondo ao sistema processual expresso na Carta Magna, o acusatório. Logo:

"Fica claro, com o disposto no art. 3-A, que o processo penal será regido pelo sistema acusatório e o juiz das garantias permite essa estrutura na medida em que segrega o juiz que irá controlar a legalidade da investigação criminal, daquele que irá instruir e julgar o processo." (FERNANDES, 2020, p. 684)

Outro ponto positivo importante para aqueles que defendem o instituto do juiz das garantias: "é a contribuição do juiz das garantias no que tange a imparcialidade do juiz de instrução e julgamento, já que o juiz da instrução não terá com aquilo que fora realizado durante a fase investigatória." (FERNANDES, 2020, p. 685)

Uma outra consideração importante a ser feita, no tocante às críticas relacionadas a implementação do juiz das garantias, faz referência ao parágrafo único do artigo 3º-D, que afirma que "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." Para Fernandes (2020, p. 685), nesse ponto, "o juiz das garantias pode deixar de ser viável na medida em que se tem muitas comarcas com apenas um magistrado, o que dificultaria a administração de um sistema de rodízio." Ressalta ainda o autor que, o objetivo central do juiz das garantias, que é o de salvaguardar direitos, pode ser seguir o caminho inverso, já que, não havendo uma quantidade suficiente de juiz das garantias para atender às demandas, os inquéritos iniciados pela autoridade policial ou Ministério Público, não chegarão a termo em tempo razoável. (FERNANDES, 2020, p. 685)

Na tentativa de sanar essa problemática, os defensores do juiz das garantias afirmam que, a solução está na "implementação eletrônica da investigação e do processo em todas as comarcas." (FERNANDES, 2020, p. 685).

De fato, as dificuldades para a implantação do juiz das garantias, em nosso ordenamento jurídico, existem:

"Enfim, o problema existe. Em alguns Estados ele é mais grave, noutros menos, mas não há como negá-lo. No Amazonas, por exemplo, conforme levantamento preliminar não oficial, 41 das 59 comarcas têm apenas um juiz, sem considerar a eventual presença de substitutos; no Rio de Janeiro, a mesma relação é de 12 para 96, o que, convenhamos, não chega a ser um drama; em Minas Gerais, a questão volta a se agravar, pois temos 185 comarcas com um único juiz no universo de 295; no Ceará, do total de 134 comarcas, 57 contam com apenas um magistrado. Esses números dão contornos mais precisos ao problema, convindo lembrar, porém, que as comarcas ou circunscrições têm pesos muito variados em termos de população e volume de demanda. (SILVEIRA, 2009, p.92)"

Na tentativa de solucionar a problemática quanto as dificuldades da implantação do juiz das garantias, Ritter (2019, p. 172), também dá a sua contribuição:

"Há diversas sugestões para a implantação do novo instituto sem maiores investimentos, do que são exemplos a *regionalização* do juiz das garantias (de modo que um único juiz garante atenda um grupo de comarcas próximas) e a sua *concretização progressiva*, no sentido capital-interior (iniciando nas entrâncias finais até se chegar as iniciais, que contam com um só juiz), de forma semelhante ao que foi feito no Chile, quando implementado o novo CPP chileno (lá na direção inversa, interior-capital)." (Grifos do autor)

Em um levantamento realizado pela Corregedoria Geral de Justiça o que se constatou foi o seguinte, que:

"40% das Varas da Justiça Estadual no país são constituídas por um só juiz, reprovou tal inovação. 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." (RITTER, 2019, p. 171)

Daí a necessidade de se implementar o juiz das garantias e exigir que o Estado assuma o seu dever de organizar-se estruturalmente, para então, adaptar-se à nova realidade, pois, o que não se deve permitir é que o Estado, se acomode e, queira "acobertar o velho e perverso propósito de mudar o sistema desde que tudo fica como está" (RITTER, 2019, p. 172).

Há inúmeras tentativas de se questionar a constitucionalidade do juiz das garantias (como vimos anteriormente), na "tentativa de *abortamento* dessa figura importante" (RITTER, 2019, p. 173), alegando ser tal instituto um retrocesso na luta contra a impunidade pois, sua implementação levaria tempo, possibilitando que

processos futuros prescrevessem, uma maior morosidade nas investigações, além da quantidade insuficiente de juízes para atuar nos processos. Diante de um cenário em que, segundo Ritter (2019, p. 174), o nosso sistema de justiça criminal, utiliza-se de práticas abusivas (o que concorre para as nulidades), além de violações a nossa Carta Magna e ao Estado Democrático de Direitos, defende o referido autor, uma reforma processual penal, em que se priorizassem o princípio da imparcialidade e a "qualidade da prestação jurisdicional". Porém, para que tais pontos sejam implementados é necessário que, o juiz das garantias seja efetivado, pois: "Sem o juiz das garantias, a impressão é de que o Código já nasceria "empobrecido", como que enclausurado no século XX. (RITTER, 2019, p. 175).

Silveira (2009, p. 92) também defende a implementação do juiz das garantias: "Daí que o debate pode tomar um caminho sinuoso, onde posições contrárias ou céticas em relação ao juiz das garantias se escondem no argumento da inviabilidade material, sem aprofundá-lo." Mas, o que se sabe é que a mudança precisa acontecer e: "Talvez a saída seja uma regra de transição que ofereça tempo às situações de maior complexidade e que nos permita, ao mesmo tempo, vencer a inércia" (SILVEIRA, 2009, p. 92).

Me contrapondo aos que são contrários a implementação do juiz das garantias, acredito que, caso o Judiciário adote as ideias elencadas acima, a problemática apontada pelos críticos quanto a falta de magistrados para atuar como juiz das garantias seria sanada, resolvendo então, uma das fortes críticas para a efetivação do juiz das garantias.

Afinal, é necessário que o Estado assuma o seu papel de garantir que, toda a estrutura necessária para a implementação do juiz das garantias seja fornecida, afim de que, aja o rompimento com um modelo processual autoritário e arcaico e se avance para práticas que condizem com um Estado Democrático de Direito.

3.7 LIMITES PARA A ATUAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

A competência do juiz das garantias está limitada a dois enfoques: "de acordo com a fase procedimental e de acordo com a matéria" (MAYA, 2020, p. 111). Ou seja, de acordo com o art. 3º-C, do CPP, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, é da

competência do juiz das garantias atuar na fase pré-processual, cessando sua atuação com o recebimento da denúncia ou queixa.

Ainda, sua limitação também está condicionada à matéria, objeto da investigação criminal.

"Com a propositura da ação penal, ele se despede, passando o bastão para o juiz do processo, que decidirá as questões pendentes e reexaminará, se for o caso, a necessidade das cautelares em curso. A distribuição da ação penal será, portanto, o divisor de águas" (SILVEIRA, P. 91).

Quanto ao condicionamento da atuação do juiz das garantias à matéria, o Ministro Dias Toffoli, quando da concessão da medida cautelar, ao conferir interpretação dos artigos referentes ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), estabeleceu a impossibilidade de aplicação do instituto nas seguintes situações que envolvam: processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990; processos cuja competência são do Tribunal do Júri; casos que envolvam violência doméstica e familiar; e processos criminais de competência da Justiça Eleitoral.

Temos ainda, segundo Lima (2020, p. 130) que, de acordo com a decisão do Ministro Dias Toffoli (na ADI 6298), este entendeu que, quando o juiz das garantias for implementado, este não poderá ter competência sobre os processos penais já instaurados. Do contrário, estaria em de encontro ao art. 2º do CPP que diz que: "a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior."

Uma outra situação importante é com relação às investigações que estiverem em andamento. O juiz responsável pela investigação "tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico." (ADI 6298, Decisão Monocrática do Ministro Dias Toffoli em 15.01.2020, p. 24). Concluída as investigações e cessada sua competência, o juiz das garantias enviará o processo ao juiz da instrução e julgamento.

Em resumo, o juiz das garantias, terá competência para atuar em todas as ações de responsabilidade do juiz singular. (MAYA, p. 111, 2020).

De acordo com Lima (2020, p. 159), o juiz das garantias só poderá repassar a peça acusatória quando concluída as diligências investigativas, pois, caso o juiz que ficar responsável pela instrução e julgamento venha a proferir alguma decisão de

caráter investigatório, ficará impedido de atuar no processo, segundo o art. 3º-D. Tal impedimento visa garantir a imparcialidade por parte do magistrado que proferirá a sentença.

Ainda sobre os limites estabelecidos da atuação do juiz das garantias, aqui temos dois pontos de vista. Para Silveira, (2009, p. 89), o juiz responsável pelo processo estará em uma situação mais confortável para agir de forma imparcial, já que, não participou da colheita de provas.

Ao contrário do que defende Silveira (2009, p.89), Ritter (2019, p. 169), faz uma crítica ao fato de pertencer ao juiz do processo a decisão de recebimento/rejeição da inicial acusatória. Segundo o autor, "é colocar em xeque a própria razão de ser do juiz das garantias." É deixar a cargo do julgador a responsabilidade pela aceitação ou não de dar prosseguimento à ação penal, é aproximar o julgador das provas ali contidas na inicial, o que pode, então, comprometer sua imparcialidade. "É *aproximar* o julgador do caso justamente daquilo que se quer afastá-lo."

E continua Ritter (2019, p. 169), a defender a extensão da competência para o juiz das garantias, afirmando que a atuação desse deveria se prolongar até o recebimento/rejeição da inicial acusatória para assim, afastar o juiz que irá julgar, dos elementos colhidos na investigação preliminar e garantir assim, a imparcialidade.

É importante incluirmos nessa discussão acerca do instituto, um ponto crucial da transferência de competência, para dar continuidade a ação penal, após concluída a fase pré-processual. Ou seja, o fato de, as decisões tomadas pelo juiz das garantias não vincular o juiz da instrução e julgamento. Este, após o recebimento da denúncia ou queixa, terá o prazo de dez (10) dias para reexaminar a necessidade de manter ou não as medidas cautelares proferidas pelo juiz das garantias. Vale salientar que esse reexame não é opcional. (FERNANDES, 2020, p. 681). Um outro ponto importante sobre essa transição de transferência da competência entre os dois juiz é que: "o juiz do processo não responderá pela legalidade ou qualidade dos elementos informativos colhidos na investigação" (SILVEIRA, 2009, p.89). Contudo, a figura do juiz das garantias não permite deduzir, por falta de suporte lógico, a nulidade das sentenças proferidas por juízes que, no modelo legal vigente, tenham participado da investigação. (SILVEIRA, 2009, p. 90).

O juiz das garantias também não é competente para atuar nas varas criminais colegiadas. E, o motivo é simples. Afirma Maya (2020, p. 111) que, "a única possibilidade de julgamento colegiado em primeira instância é a regulada pela Lei nº 12.964/12, agora alterada pela Lei 13.964/2019" (MAYA, 2020, p. 111).

Assim, como as varas colegiadas estão responsáveis pela investigação e julgamento e, o juiz das garantias não atua na fase de instrução e julgamento, entende-se que essa é uma limitação de sua competência.

Ainda, é necessário ressaltar que a Lei nº 13.964/2019 não altera a Lei nº 8038/90, lei responsável por regular as funções do juiz de instrução. Logo, a referida lei, utilizará como parâmetro, a regra geral do CPP quanto à atuação do juiz de instrução.

Diante das limitações para a implementação do juiz das garantias, quer referentes à falta de estruturas física e humana no judiciário, quer diante de uma forte oposição montada contra a proposta de romper com uma estrutura arcaica e autoritária do conduzir processual, instalada em nosso país, é da responsabilidade do Estado garantir que a lei seja cumprida, que as mudanças necessárias sejam implementadas, mesmo diante de tanta oposição. É necessário que o nosso CPP evolua e se adapte às transformações que se destinem a não enxergar o processo com a finalidade exclusiva de promover uma sanção àquele que, por ventura, tenha rompido com o pacto social, mas também, de, utilizar o CPP com um instrumento que garanta direitos às partes, durante toda a trajetória de uma persecução penal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados é evidente a necessidade da implementação do juiz das garantias no Brasil, como forma de garantir por parte do magistrado a aplicabilidade do princípio da imparcialidade na condução da persecução penal.

É fato que, dos países que compõem a América Latina, o Brasil, é um dos poucos que ainda não finalizou uma reforma global em seu Código de Processo Penal. O PL 156/2009 continua tramitando no Congresso, apesar das necessidades urgentes de alterações que visem adequar o referido Código à nossa Constituição.

Também é fato que, a aplicabilidade do juiz das garantias irá ocasionar uma forte ruptura com o modelo de processo penal então vigente em nosso país, e como afirma Maya (2020, p. 131), o juiz das garantias irá superar, “em definitivo, a regra da prevenção da competência, de difícil compatibilidade para com a garantia da imparcialidade.”

É evidente que com a entrada em vigor do juiz das garantias rompe-se com a estrutura de um Código de Processo Penal arcaico, com resquícios de um modelo autoritário, adequando-o ao texto constitucional. Assim, a aplicabilidade do juiz das garantias irá garantir às partes de um processo, o tratamento igualitário.

A divisão de tarefas proposta pelo instituto visa garantir que o magistrado que ficará responsável pelo julgamento da ação não atue na fase de investigação, como forma de isentá-lo de pré-juízos, ou seja, como forma de assegurar sua imparcialidade, já que ficará distante da fase pré-processual, ou seja, estão vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Ainda, mesmo diante de tantos questionamentos acerca de sua inviabilidade, o fato é que, o juiz das garantias, promoverá uma transformação gigantesca em nosso ordenamento jurídico, tanto em aspectos estruturais quanto de pessoal. Afinal, para que o instituto entre em vigor, cada ação penal, com exceção daquelas em que o juiz das garantias não poderá atuar, serão necessários dois magistrados para atuar.

Outra constatação crucial dessa pesquisa é que, nos termos da Constituição brasileira, é necessário que o juiz das garantias seja um instituto legalizado no âmbito do processo criminal para dar concretude, materialidade ao sistema acusatório que é uma pretensão da Constituição desde 1988.

Por fim, a dinâmica legal estabelecida especialmente pelo Código de Processo Penal precisa evoluir, afinal, vive-se em um Estado Democrático de Direito que prega a igualdade e o respeito aos direitos humanos. Portanto, cabe ao Estado viabilizar as modificações necessárias e promover as devidas mudanças em suas legislações. Ainda, tão importante quanto a atuação do Estado, é necessário também que a comunidade jurídica mude sua forma de pensar e passe a aplicar um processo penal constitucionalizado, balizado justamente no sistema acusatório

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. – 3. ed. – Brasília, DF : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020. 200 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Senado Federal, acesso em 20 de outubro de 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade 6.298**. Distrito Federal. Relator : Min. Luiz Fux. Decisão Monocrática do Ministro Dias Toffoli, em 15.01.2020, p. 23. Acessada em 15 outubro de 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** / Bernardo Gonçalves Fernandes - 12. ed. rev., atual., e ampl. - Salvador : Ed JusPodivm, 2020. 2.208 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo penal**:volume único / Renato Brasileiro de Lima - 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador : Ed JusPodivm, 2020.1952 p.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. 1232 p.

MAYA, André Machado. **Juiz das garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19** / André Machado Maya. - 1 ed. - São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.148 p.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva** / Ruiz Ritter. - 2. ed. rev. atual e ampl. - São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. 206 p.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de informação legislativa. Brasília**, v. 46, n. 183, 88-92, jul./set./2009.