

FACULDADES INTEGRADAS DE BAURU
DIREITO

Aline Stefane Batista De Toledo

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ DE GARANTIAS

BAURU
2020

Aline Stefane Batista de Toledo

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ DE GARANTIAS

**Monografia apresentada às
Faculdades Integradas de Bauru para
obtenção do título de Bacharel em
Direito, sob a orientação do Professor
Dr. Camilo Stangherlim Ferraresi**

**Bauru
2020**

TOLEDO, Aline Stefane Batista de Toledo

A (in) constitucionalidade do juiz de garantias. Aline Stefane Batista de Toledo. Bauru, FIB, 2020.

43f.

Monografia, Bacharel em Direito. Faculdades Integradas de Bauru - Bauru

Orientador: Dr. Camilo Stangherlim Ferraresi

1. Juiz de Garantias. 2. Imparcialidade do Juiz. 3. (In)constitucionalidade no Direito Brasileiro. I. A (In)Constitucionalidade do Juiz de Garantias II. Faculdades Integradas de Bauru.

CDD 340

ALINE STEFANE BATISTA DE TOLEDO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ DE GARANTIA

**Monografia apresentada às
Faculdades Integradas de Bauru para
obtenção do título de Bacharel em
Direito,**

Bauru, 06 de janeiro de 2021

Banca Examinadora:

Presidente/ Orientador: Dr. Camilo Stangherlim Ferraresi

Professor 1: Ms. Tales Manoel Lima Vialôgo

Professor 2: Ms. Bazílio Alvarenga Coutinho Junior

**Bauru
2020**

Agradeço a Deus que iluminou meu caminho durante essa caminhada, aos meus pais que graças aos seus esforços e amor tudo se tornou possível, ao meu namorado por todo amor, carinho e companheirismo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, o centro de tudo e da minha vida, que com seu amor infinito e sua bondade, permitiu que tudo isso acontecesse.

À minha mãe por ser dedicada e demonstrar sempre seu carinho afeto e amor, você é um dos bens mais preciosos que tenho, minha conselheira, amiga, e que me apoia incondicionalmente em tudo.

Ao meu pai pelo seu apoio e confiança que me torna mais forte e capaz para realizar meus sonhos, está sempre pronto a fazer meus sonhos serem os dele.

Vocês são meu alicerce e tudo que sou é graças a vocês, amo vocês infinitamente!

Ao meu namorado por estar sempre ao meu lado ao longo desses anos, seu amor e incentivo para que eu busque sempre o melhor foram essenciais para que eu chegasse até aqui. Obrigada por tudo meu amor, te amo!

Ao meu irmão, cunhada, sobrinha, por sempre acreditarem no meu potencial e por todo carinho que demonstram.

Ao meu avô José Toledo, minha avó Aparecida Quirino, minhas tias, minhas primas e primos, minha sogra e sogro, que estiveram presentes nesses 5 anos de graduação, sempre confiando no meu potencial. Eu amo cada um de vocês e agradeço por cada momento de apoio.

Ao meu orientador Camilo, que não mediu esforços para me ajudar, e incentivar, sem você esse trabalho não seria possível. Obrigada Professor pelo apoio e amizade construída.

A todos os professores em que tive o privilégio de aprender não só Direito, mas também como ser uma profissional mais humana sempre pronta a ajudar o próximo.

Aos meus colegas de turma, por compartilharem comigo descobertas e aprendizado e pelo companheirismo que me permitiram crescer não só como pessoa, mas também como formando.

A todos com quem convivi ao longo desses anos de curso, que me incentivaram e que certamente tiveram impacto na minha formação acadêmica.

“Teu dever é lutar pelo direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

TOLEDO, Aline Stefane Batista. **A (in) constitucionalidade do juiz de garantias.** 2020 999f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2020.

RESUMO

Com as mudanças promovidas pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Lei Anticrime, que reformula nosso Código de Processo Penal, traz uma inovação: a figura do juiz das garantias, que apesar de presente em diversos países, é instituto inédito em nosso ordenamento jurídico. O tema é alvo de avanços e algumas controvérsias que causam grandes discussões doutrinárias. Dessa forma, será feito, um estudo sobre os sistemas processuais, em especial o adotado em nosso país, o acusatório partindo-se, para uma análise das características, benefícios, eficácia e viabilidade desse novo instituto.

Palavras-chave: Juiz das garantias. Sistemas processuais penais. Sistema Acusatório

TOLEDO, Aline Stefane Batista. **A (in) constitucionalidade do juiz de garantias.** 2020 999f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2020.

ABSTRACT

With the changes promoted by Law No. 13.964/2019, known as the Anticrime Law, which reformulates our Code of Criminal Procedure, it brings an innovation: the figure of the judge of guaranties, which despite being present in many countries, is an unprecedented institute in our legal system. The topic is the subject of advances and some controversies that cause great doctrines. Thus, a study on the procedural systems will be made, especially the one adopted in our country, the accusation, posteriorly, for an analysis of the characteristics, benefits, effectiveness and viability of this new institute.

Keywords: Judge of guaranties. Criminal Procedure Systems. Accusatory system.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	12
2.1	Sistema Inquisitivo	13
2.2	Sistema Acusatório	14
2.3	Sistema Misto	16
2.4	Sistema Processual Penal brasileiro	17
3	O JUIZ DE GARANTIAS E A EVOLUÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO	21
3.1	Origem E Conceito De Juiz De Garantias	23
3.2	O Juiz De Garantias No Direito Comparado	23
4	PRINCIPIOS E GARANTIAS NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL	26
4.1	Princípio do Devido Processo Legal (ampla defesa e contraditório decorrem do devido processo legal)	27
4.2	Princípio Acusatório	28
4.3	Princípio da duração razoável do processo	29
4.4	Princípio da Imparcialidade	31
5	A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.964/19	32
5.1	A (In)compatibilidade com os Direitos Fundamentais	344
5.2	(In)constitucionalidade do juiz d garantias: possibilidades de implantação	366
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
	REFERÊNCIAS	
	APÊNDICES	
	ANEXOS	

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a atual constituição brasileira considerada a mais democrática de todas as constituições existentes no país, e uma das que mais asseguram os direitos e garantias individuais, através dos inúmeros princípios que os regem, procedente das três gerações de direitos fundamentais, que possuem como objetivo promover a dignidade da pessoa humana e proteger o cidadão.

Um dos objetivos é garantir que o acusado seja julgado de forma equânime e imparcial, haja vista o sistema processual penal consolidado com a atual constituição, o acusatório.

Apesar de o atual código de processo penal ter resquícios inquisitórios, tendo em vista suas inspirações autoritárias e fascistas frente a época em que se encontravam, por conta disso o código encontra-se ultrapassado em vários aspectos que se contrapõe com a atual constituição.

O instituto juiz de garantias foi criado na Alemanha nos anos 70 e desde então passou por adaptações para se moldar a cada ordenamento jurídico, sua previsão legal encontra-se em diversos pactos internacionais, como no Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos que afirma o direito a um tribunal imparcial.

O conceito de juiz de garantia é a possibilidade de ter um juiz encarregado da fase pré processual e um juiz para entrar no processo a partir do momento em que acaba a fase investigatória, que irá sentenciar o mérito na ação penal, para que não se contamine com as provas que não foram produzidas em juízos.

O principal objetivo do juiz de garantias é a imparcialidade do julgador, pois ele será responsável pelo controle da legalidade da fase investigatória e salvaguarda dos direitos individuais, decidirá sobre prisão provisória, quebra de sigilo telefônico, procedimentos de busca e apreensão, entre outros.

Punitivismo e ativismo judicial não devem ser confundidos com parcialidade, ser imparcial está relacionado a que se abstém de tomar partido de um dos lados da demanda ao julgar.

Mesmo que o juiz não tenha a intenção de se contaminar é involuntário que passe a fazer pré-julgamentos que inconscientemente irão interferir no julgamento, como por exemplo, quando o juiz ordena produção antecipada de provas urgentes, terá sua convicção formada sobre os fatos, e apenas buscará corroborar sua opinião já formada.

Dessa forma analisado o instituto conforme a constituição e como forma de priorizar a garantia dos direitos fundamentais ao acusado, a imparcialidade do juiz, a consolidação do acusatório é certo a medida do juiz de garantias se encontra respaldada pelos princípios constitucionais não se encontrando em desacordo com a mesma.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Sistema processual penal, essas três palavras possuem um significado amplo, pois mesmo isoladas já são palavras com grandes significados. A palavra sistema por exemplo conforme o dicionário Aurélio significa “conjunto das instituições econômicas, morais, políticas de uma sociedade, a que os indivíduos se subordinam.”, ou seja, o sistema tudo se resume no momento político e social em que cada Estado se encontra, não se pode ter uma única definição, pois mesmo se analisado um único Estado em diferentes contextos estará vivendo em momentos sociais e políticos divergentes. Para finalizar esse raciocínio a palavra sistema está vinculada à sociedade, à sua cultura, política, contexto social em que o Estado se encontra.

“A evolução do processo penal está intimamente relacionada com a própria evolução da pena, refletindo a estrutura do Estado em um determinado período.” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 44)

Para analisar os sistemas jurídicos existentes, pode-se primeiramente buscar uma breve definição de seu significado, conforme Paulo Rangel conceitua, sistema processual penal é: “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.” (RANGEL, 2010, pág. 49)

É de fato que a natureza do processo penal se modifica conforme a predominância de ideologia punitiva ou libertária, sua estrutura servirá como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários da sua constituição. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 54)

No mais será abordado suas características de forma individual e em harmonia com os princípios da Constituição de 1988, para posteriormente identificar o adotado pelo direito brasileiro.

2.1 Sistema Inquisitivo

O termo inquisitivo, se alude a inquisição e surgiu no fim do século XII com os tribunais eclesiásticos instituídos pela Igreja Católica, eram utilizados nos julgamentos de crimes contra a fé católica. Nesse sentido, esclarece Rangel:

Surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. Surgiu com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal no acusatório privado anterior. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares. (RANGEL, 2009, p. 191)

O processo seguia o seguinte rito, conforme explica Aury:

No transcurso do século XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. Inicialmente, eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivessem conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 55)

O papel de julgar ficava ao encargo do próprio acusador, tornando esse sistema desproporcional e parcial, já que o acusado não era visto como um sujeito de direitos, mas apenas um objeto da investigação, que por consequência causou danos irreparáveis de forma imediata na sociedade. Com o fortalecimento das monarquias no século seguinte, esse meio de julgamento se expandiu por toda a Europa.

Explica Aury:

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 (juizator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 56)

Com a inquisição foi suprimida a publicidade e acusação, atuando assim o juiz de ofício e em sigilo, até mesmo as declarações das testemunhas eram

mantidas e sigilo para que o réu não soubesse quem eram. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 56)

Com base no sistema inquisitório, Aury destaca:

Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico 19: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 56)

Com o passar dos tempos buscando-se melhorias sociais e com o avanço das garantias fundamentais, surgiu novos pensamentos em relação aos julgamentos em que visava a imparcialidade do órgão julgador e direitos e garantias ao acusado, tais fatos começaram a ocorrer na França com Luís XIV na assembleia de 1791, impacto resultante da Revolução Francesa.

O Brasil por sua vez com o Código Processual Penal de 1941 em consonância com a Constituição Federal vigente a época, se consolidou um caráter inquisitório, podendo se perceber com a obrigatoriedade de o juiz mandar prender o réu quando recebida a denúncia mesmo sem resguardar direitos como a ampla defesa. Com base nesse cenário vejamos que não se tinha como objetivo a resguarda de direitos fundamentais.

2.2 Sistema Acusatório

O surgimento do sistema penal acusatório ocorreu no fim do período republicano em que houve a necessidade de um modo mais eficaz para a investigação de alguns crimes em específico.

O referido sistema ganhou ainda mais força no reinado de Henrique II, no Direito Inglês, foi criado o *trial by jury* em que dividia o julgamento popular em duas partes, a admissão da acusação e a aplicação do direito material ao caso.

Nesse cenário o representante do rei que fazia o papel de juiz-presidente não intervinha no julgamento, sua figura se restringia em manter a ordem do processo. (RODRIGUES, 2013)

A criação do Ministério Público para atribuir a propositura de ação penal pública ocorreu no final do século XIV com os procuradores do rei da França, como forma de assegurar a necessária separação de poderes. Com isso, três partes

passam a atuar no processo, o juiz para garantir a aplicação da lei com sua imparcialidade, a parte autora com o objetivo de acusar e o réu que passou a exercer seus direitos e garantias. (RODRIGUES,2013)

Aury Lopes Jr destaca a nova formatação a partir do sistema acusatório, ou seja, “no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes.” (LOPES JUNIOR, 2012, p. 133)

Em relação a posição do Juiz, Aury: “Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador.” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 58)

O estudo dos sistemas processuais penais na atualidade tem que ser visto com o “**olhar da complexidade**” e não mais com o “**olhar da Idade Média**”. Significa dizer que a configuração do “sistema processual” deve atentar para a garantia da “imparcialidade do julgador”, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo isso à luz da Constituição. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero *objeto* para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 58)

Portanto, o juiz passa a ter papel restrito de mero observador e garantidor do devido processo legal, permanecendo inerte pois nela há a separação das partes que podem acusar, defender e julgar, cabendo ao Juiz apenas julgar exclusivamente conforme as provas produzidas no caso concreto, isso é o chamado *judge made law* pelos ingleses. (RODRIGUES, 2013)

O processo penal acusatório caracteriza-se, portanto, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo (por isso de nada serve a separação inicial das funções se depois permite-se que o juiz atue de ofício na gestão da prova, determine a prisão de ofício etc.) para garantia da imparcialidade (juiz que vai atrás da prova está contaminado, prejuízo que decorre dos pré-juízos, como veremos no próximo capítulo) e efetivação do contraditório. A posição do julgador é fundada no *ne procedat iudex ex officio*, cabendo às partes, portanto, a iniciativa não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção da prova. 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.(LOPES JÚNIOR, Aury, 2020, p. 59)

Essa separação de poderes e gestão de provas aos encargos das partes possibilita a ocorrência de um julgamento imparcial, com relação ao Magistrado.

Conforme diz Aury “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.”

2.3 Sistema Misto

Com os crescentes movimentos filosóficos que viam a valorização do homem na Revolução Francesa, surgiu o sistema misto, no mesmo período foi adotado os Júris Populares. (RODRIGUES, 2013)

O sistema processual misto, tem como característica a presença tanto de procedimentos inquisitórios como acusatórios.

Senão vejamos, essa mistura de sistema vem de uma busca de manter o sistema inquisitivo, mas com um modelo mais justo para os acusados, o modelo acusatório.

Para que isso seja possível deve-se ter uma divisão processual e procedimental em que na investigação preliminar e instrução probatória ter-se-á processo de caráter inquisitivo, ou seja feita pelo juiz e no julgamento por consequência acusatório em que acusação ficará à um órgão específico e distinto do julgador.

Nesse diapasão, aponta Ivan:

Mesmo nós estarmos em um sistema notadamente acusatório, que foi declarado em nossa Constituição Federal de 1988, o sistema brasileiro ainda sofre de processos inquisitoriais que acabam remetendo aos antigos entendimentos da época em que foi formalmente elaborado o Código de Processo Penal, delineando o chamado Sistema Misto. (CASTRO, 2018)

Para Aury é desnecessário classificar um sistema como misto haja vista todos os sistemas existentes nos ordenamentos não serem mais puros, o que torna essa definição um verdadeiro reducionismo ilusório, o ponto que fará o sistema ser considerado acusatório ou misto será as características predominantes, sua essência. Ou seja:

Ora, afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador

de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 54)

Mas se for analisado que atualmente nenhuma classificação é considerada pura, tendo em vista que mesmo no sistema mais tradicional tem tendências de caráter contemporâneos, torna sem precisão tal classificação.

2.4 Sistema Processual Penal brasileiro

Apesar de não ser unânime as posições acerca do Sistema Processual Penal adotado pelo Direito Brasileiro, haja vista o paradoxo existente entre o que diz o Código de Processo Penal e a Constituição Federal, é possível identificar características estruturantes para identificar o sistema vigente.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que o nosso Código de Processo Penal está em vigor desde 1941 e tem inspiração no Código de Processo Penal Italiano que teve como participante Vincenzo Manzini, que via a presunção de inocência como um absurdo ilógico, pois a acusação era um sinal de que a probabilidade era maior de ter ocorrido. (ESPINOLA FILHO, 1954 apud RODRIGUES, 2013)

A perspectiva em que o mundo vivia na década de 40, com o fortalecimento de governos autoritários, era de um momento em que o direito ditatorial prevalecia, sem garantias, sem direitos humanos. No período da Segunda Guerra Mundial em que se pode destacar que foi a única vez na história em que não ocorreu os Jogos Olímpicos (1940/1944) a Itália estava em uma ideologia fascista, conhecida como ditadura de Benito Mussolini ou ditadura fascista.

No mesmo sentido se encontrava o cenário em nosso país, com o governo ditatorial de Getúlio Vargas em que se predominava um direito punitivo democrático e liberal. (FERRARESI, 2016, p. 5.)

O Estado novo, como era chamada a 3ª fase da Era Vargas é considerado um prenunciador da ditadura militar no Brasil. Também destacamos a forte influência no modelo nazifascista.

Getúlio Vargas foi deposto do cargo de presidente por um golpe militar, no ano seguinte em 1946, foi substituída a Constituição autoritária o Estado Novo por uma nova constituição.

É importante levar em consideração de que apesar de haver pontos em que nosso processo penal possui características inquisitórias, ele se preocupa em assegurar os princípios constitucionais amparados, como a distinção entre o órgão acusador e o julgador, ficando o primeiro aos encargos do Ministério Público no que concerne a função de promover a ação penal pública de modo privativo, afastando assim qualquer tentativa de perseguição do órgão julgador; bem como há a garantia a imparcialidade do juiz e respeitando o contraditório e a ampla defesa:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 59).

Não se pode deixar de destacar que o Ministério Público é relevante não somente por ter como função a acusação, como por sua autonomia fazer com que seja cumprida os princípios constitucionais e observar o andamento processual para que não ocorra óbice na formulação dos casos individualmente, bem como restringindo em casos que não forem relevantes para o processo penal. Por conta disso, não obstante, é de suma importância a atribuição de um órgão distinto para esse fim, para que ocorra um julgamento justo com a observância da legalidade, contraditório, ampla defesa, juiz natural, presunção de inocência e o devido processo legal. (CASTRO, 2018)

Necessário destacar outro ponto importante para a classificação do sistema processual, além da distinção entre investigação, acusação e julgamento, que é a gestão de provas, a forma que ela será produzida identificará o princípio gerador. Essa posição é a adotada por Aury Lopes Júnior e Jacinto Coutinho que consideram o processo penal brasileiro inquisitório quando analisado a sua essência. (RODRIGUES, 2013)

Nesse diapasão, a conclusão de Jacinto Mirando Coutinho: “Pode-se concluir que o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz.” (COUTINHO, 2000, p.3)

Porém, a visão presente a luz da constituição é a que deve ser vista, pois nela os ditames estabelecidos mesmo que intrinsecamente ditará o que é considerado constitucional ou não, como também a validade para todos os demais códigos conforme a pirâmide de Kelsen em que a constituição está no topo, acima das demais normas jurídicas (infraconstitucionais). Dessa forma nenhuma determinação legal poderá estar em oposição a ela.

A luz da Constituição reconhece Aury:

A Constituição demarca o modelo acusatório, pois desenha claramente o núcleo desse sistema ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (art. 129), exigindo a separação das funções de acusar e julgar (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo) e, principalmente, ao definir as regras do devido processo no art. 5º, especialmente na garantia do juiz natural (e imparcial, por elementar), e também inciso LV, ao fincar pé na exigência do contraditório. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 60)

Tornaghi e Bonfim, classificam nosso sistema como bifásico e misto, na primeira fase o Inquérito Policial que seria inquisitivo, e na segunda fase, a fase judicial, como acusatório. Já Mirabette, Tourinho e Scarance consideram a fase investigatória de caráter administrativo e não processual. (RODRIGUES, 2013)

Não há lógica em se negar a existência de dispositivos inquisitório com relação aos poderes introdutórios do juiz e que conseqüentemente compromete a parcialidade do magistrado que nem se quer poderia ter acesso ao inquérito policial, por ser considerado atuação pré-processual. O Juiz deveria ter contato com as provas apenas (re)produzidas no curso do processo, ou seja, deveria julgar apenas com base nas provas colhidas a partir do momento em que são colhidas em juízo.

Comprovando a inexistência da separação de poderes admitindo que o juiz produza provas de ofício, assumindo um papel que não lhe convém. (LOPES JÚNIOR, 2020). Diz em consonância com o exposto acima Rangel:

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o Inquérito Policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, dando acesso ao juiz a informações que deveriam ser desconsideradas em juízo, mas que a prática tem demonstrado que são comumente levadas em consideração pelo magistrado. Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito.” (RANGEL, 2007, p. 56)

Por fim, com as mudanças ocorridas no nosso ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988, que inaugurou um novo sistema jurídico brasileiro,

houve a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que prioriza a tutela dos direitos fundamentais no Processo Penal.

Ainda há muitos avanços necessários, mas o pensamento do direito atualmente já caminha para que tais revoluções ocorram; como uma reforma necessária no Código de Processo Penal Brasileiro, para que se consolide sem sobra de dúvidas o sistema acusatório.

De acordo com Cunha Martins (2010, p. s.p. apud LOPES JÚNIOR, 2020, p. 63), “no processo inquisitório há um “desamor” pelo contraditório; já o modelo acusatório constitui uma declaração de amor pelo contraditório.”

Finalizo assim o pensamento, como esclarece Aury:

É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 63)

Mesmo não sendo um sistema acusatório puro, tendo em vista o princípio da verdade real, em que atribui a faculdade do juiz requerer provas consideradas urgentes na fase investigativa. O artigo 4º do Código de Processo Penal consagra a estrutura processual como acusatória.

É convicto que sistema brasileiro atual se encontra enraizado em princípios como da publicidade, contraditório, ampla defesa, conforme ditado pela nossa constituição, não sobrando dúvidas que a atuação do juiz deve ser somente quando provocado, características que tornam nosso sistema processual acusatório.

3 O JUIZ DE GARANTIAS E A EVOLUÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Vivemos em constante evolução, o mundo é mutável, não diferente também é nossa visão de como ele deve ser. Por consequência, nossas perspectivas através da oposição dos contrários resultam-se em revoluções que consolidam novos direitos.

O juiz de garantias desde seu surgimento em 1970 na Alemanha, onde foi idealizado, e sua experiência efetivada em 1987 em Portugal, passou por transformações e adaptações para se adequar a cada ordenamento jurídico.

Ele é adotado principalmente por países que possuem ascendência Romana, como os latino-americanos, no Brasil ainda não se encontra incluído, mesmo com a última reforma ocorrida no nosso ordenamento jurídico, com a Lei 13.964 de 2019, em que previu tal modalidade, por ter sido suspensa pelo Ministro Luiz Fux, vice-presidente do STF em decisão liminar.

É considerado por muitos uma inovação legislativa, mas na verdade é utilizado a muito tempo em outros países.

Como visto na Declaração do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em relação ao Caso Piersack de 1982, um grande avanço para época, em que afirmou:

Todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de julgar o processo. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática"; e concluiu: é possível afirmar que o exercício prévio no processo de determinadas funções processuais pode provocar dúvidas de parcialidade.

No mesmo sentido decidiu de maneira similar, no Caso Cubber de 1984, em que indagou:

Na própria direção, praticamente exclusiva, da instrução preparatória das ações penais empreendidas contra o Requerente, o citado magistrado havia formado já nesta fase do processo, segundo toda verossimilhança, uma ideia sobre a culpabilidade daquele. Nestas condições, é legítimo temer que, quando começaram os debates, o magistrado não disporia de uma inteira liberdade de julgamento e não ofereceria, em consequência, as garantias de imparcialidade necessárias.

Nesse diapasão o direito a um juiz imparcial, sem pré-juízos que possui a mesma ideologia do juiz de garantia, tem-se o artigo 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

O sentido de um juiz imparcial torna-se veemente fracassado, na realidade em que se existe a possibilidade da iniciativa probatória do juiz na fase de investigação preliminar.

Há corrente doutrinária que entende que não será contaminado o juiz na fase processual apenas por ter atuado na fase de investigação, não achando necessário a figura do juiz de garantias.

Mas nas palavras de Aury Lopes Junior, indaga:

Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos prejulgamentos que realiza no curso da instrução preliminar 15 (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica etc). (LOPES, JR., 2016, p. 11)

Ainda acerca da pesquisa realizada, Bernd Shünemann diz:

A 1.^a hipótese trata do comportamento do juiz criminal ao sentenciar e analisa a transposição da concepção inicial para a sentença. Ela parte da relação entre o conhecimento adquirido da leitura do inquérito e a decisão de culpa exposta na sentença. Esta hipótese foi examinada pela comparação das sentenças condenatórias e absolutórias proferidas. A tabela anterior mostra os resultados do comportamento do juiz criminal em nosso experimento. De acordo com os resultados obtidos, todos os 17 juízes criminais, que conheceram o inquérito, condenaram. Por outro lado, os juízes, que não foram equipados com esta peça de informações, sentenciaram com maior nível de ambivalência, tanto que, neste subgrupo, 8 condenaram e 10 absolveram o acusado. O nível de significância mais elevado de diferença no comportamento judicial está na tabela que distingue a possibilidade de se inquirir testemunhas. Nesta se identifica, em seu lado esquerdo, que os juízes com conhecimento do inquérito proferiram 8 sentenças condenatórias e nenhuma absolutória. Já do subgrupo dos magistrados sem acesso a essa fonte de conhecimento, apenas 3 condenaram. Os outros 8 desse subgrupo absolveram o acusado, o que constitui uma relevante e alta diferença de $p < .002$ no nível de significância

calculado, segundo o Teste exato de Fisher. Ainda que se deixem de lado os resultados que vão além, como o acentuado e crítico modo de avaliação dos membros do Ministério Público alemão e a discrepância nas sentenças proferidas pelos juízes criminais sem a possibilidade de inquirir pessoalmente as testemunhas, pode-se ter a 1.^a hipótese como confirmada. O conhecimento dos autos do inquérito tendencialmente incriminador leva, sem exceções, o juiz a condenar o acusado. Esta tendência permanece mesmo diante de uma audiência de instrução e julgamento ambivalente, que, no fundo, sugere uma absolvição. (SHÜNEMANN,2012)

Destarte, com a participação do juiz na produção de provas, a possibilidade de pré-julgamento em favor da acusação é grande, mesmo com provas absolutórias.

É mais provável que o réu seja condenado, conforme pesquisa realizada na Alemanha por Bernd Shünemann que detalhou o processo de pesquisa em seu artigo científico. (SHÜNEMANN,2012)

3.1 Origem E Conceito De Juiz De Garantias

O surgimento efetivo do juiz de garantias ocorreu em 1987 através do Código de Processo Penal português, em Portugal, com a denominação de “juiz da instrução”.

No texto do artigo 17 do Código retro citado dissertou como função do juiz da instrução: “proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até a remessa do processo para julgamento” (PORTUGAL, 1987), os atos em que forem de sua prática encontravam-se previstos nos artigos 268 e 269, ficando notório a função como garantidor no âmbito pré-processual. (MIGALHAS, 2020)

Diante da inovação legislativa, exige-se um breve conceito sobre o juiz de garantias, conforme o disposto no artigo 3º-B da lei 13.964: “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”

Dessa forma, o juiz das garantias atuará na fase pré-processual, de caráter investigativo, e participará diretamente junto aos órgãos de acusação, em que muitas vezes decidirá sobre autorização de realização de diligências e acompanhará a produção de provas a partir da ótica da acusação, sem o crivo do contraditório, o que poderá interferir na sua imparcialidade. Nesse sentido, explica Silveira:

Não tendo emitido juízo sobre a oportunidade e conveniência de diligências que invadem direitos fundamentais do investigado, tampouco sobre pedidos cautelares, o magistrado entra no processo sem o peso de ter decidido a favor ou contra uma das partes. (...) Como suas impressões digitais não foram deixadas no inquérito, é razoável supor que estará em melhores condições de avaliar crítica e imparcialmente o trabalho desenvolvido naquela fase.(SILVEIRA, 2009)

Neste mesmo diapasão, temos que o magistrado com atuação no âmbito criminal apenas na fase pré-processual, ressalvados os crimes de menor potencial ofensivo será o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e por resguardar os direitos individuais em que tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. (MIGALHAS, 2020)

Ou seja, o juiz de garantias nada mais é que o responsável por atuar como o garantidor do sistema de direitos eficaz, bem como das garantias fundamentais do acusado no processo penal. Ou seja, controla a legalidade da investigação criminal.

3.2 O Juiz De Garantias No Direito Comparado

O juiz das garantias surgiu em 1987, em Portugal com o Código de Processo Penal português, sob o nome de “juiz da instrução”. Os atos praticados pelo juiz da instrução estão previstos nos artigos. 268 e 269 do Código de Processo Penal português em que afirma como competência exclusiva do juiz de instrução : a) Proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido; b) Proceder à aplicação de uma medida de coação ou de garantia patrimonial, à exceção da prevista no artigo 196.º, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público; c) Proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, nos termos do n.º 3 do artigo 177.º, do n.º 1 do artigo 180.º e do artigo 181.º; d) Tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do n.º 3 do artigo 179.º; e) Declarar a perda a favor do Estado de bens apreendidos, com expressa menção das disposições legais aplicadas, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277.º, 280.º e 282.º;

f) Praticar quaisquer outros atos que a lei expressamente reservar ao juiz de instrução. (MIGALHAS, 2020)

Consoante ao artigo 286 do Código de Processo Penal Português em que é adotado o sistema acusatório, se divide-se em três partes, uma preliminar e obrigatória, sendo ela o inquérito que tem como objetivo captar provas e autoria, a facultativa é a que irá apurar o delito, por último, ocorrerá o julgamento. Após cessada todas as investigações o Ministério Público resolverá submeter ou não o investigado a julgamento. Entre as fases citadas há uma intermediária, não-obrigatória, a instrução, em que tem como objetivo confirmar ou não a acusação, ficando ao critério do juiz de instrução. (COSTA, 2012)

Art. 286 – Finalidade e âmbito da instrução 1 - A instrução visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento. 2-A instrução tem carácter facultativo. 3 - Não há lugar a instrução nas formas de processo especiais

O "juez de las garantías", assim chamado na Argentina foi implantado no ano de 1991, o magistrado recebe os pedidos dos promotores do Ministério Público, chamados de "fiscales". Com a figura do juiz de garantias poderá ser autorizado ou não o pedido dos promotores, como no caso dos pedidos de prisões provisórias, buscas e apreensões e quebras de sigilo de comunicações e de dados bancários e fiscais. Ao termino da investigação é enviada a denúncia pelo promotor e o juiz deixa de participar do processo, outro juiz que irá julgar se recebida a acusação. O julgamento pode acontecer por um único juiz, uma turma com três magistrados ou um júri misto, formados por pessoas da comunidade, em que se aceita for a acusação, o processo se inicia. (JUSBRASIL, 2020)

Já na Alemanha, país pioneiro a apresentar o juiz de garantias, ainda na década de 79, onde surgiu a ideia do que chamamos hoje de juiz de garantias. Essa nova ideia de substituir o juiz instrutor inquisidor veio através de uma grande reforma ocorrida em 1974, em que foi substituído pelo promotor investigador, ocorrendo o mesmo posteriormente pela Itália e Portugal no ano de 1988.

As primeiras ideias sobre juiz de garantia no mundo surgiram na Alemanha, nos anos 1970. Lá, esse magistrado é chamado de juiz de investigação ou "Ermittlungsrichter", em alemão. Ele decide sobre questões como busca e apreensão, interceptação telefônica, oitiva de

testemunhas e prisões antes do início da ação penal. Normalmente, uma câmara de magistrados é que sentencia o processo. (JUSBRASIL, 2020)

Na Alemanha diferente do que ocorre no Brasil, o processo é julgado por uma turma de três magistrados, dessa forma também ocorre na Argentina. (JUSBRASIL,2020)

No geral há a figura do juiz investigador, que irá garantir a proteção do investigado frente as violações no procedimento de investigação. Esse juiz será de uma instancia inferior e não irá dirigir a investigação em seu conjunto, mas apenas irá averiguar a hipótese de requerimentos do Ministério Público de ordenar medidas coercitivas. Como já tratado anteriormente, a instrução e julgamento serão realizados pelos tribunais penais. (Garcia & Fernandes, 1996, p. 434-435)

No Chile, a figura do “juez de garantia”, em que possui atuação apenas na fase investigativa, ficando a outro magistrado o julgamento. Sua atuação ocorre para garantir o exercício dos direitos que a Constituição assegura. Com a prévia autorização desse magistrado. Destaca-se que no Chile em qualquer etapa do procedimento em que o “juez da garantia” pode julgar o imputado sem condições de exercer os direitos que lhe concede as garantias judiciais consolidadas pela Constituição, pelas leis e pelos tratados internacionais ratificados e que se encontrem vigentes, poderá adotar de ofício ou por provocação, as medidas necessárias que permitam o seu exercício. Estabeleceu-se a figura de maneira progressiva, iniciando no interior em relação às capitais. (COSTA,2012)

4 PRINCÍPIOS E GARANTIAS NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

Nas palavras de Aury: “Todo poder tende a ser autoritário e precisa de limites, controle. Então, as garantias processuais constitucionais são verdadeiros

escudos protetores contra o (ab)uso do poder estatal.” Por conta disso tem como necessário constituir garantias mínimas.

4.1 Princípio do Devido Processo Legal (ampla defesa e contraditório decorrem do devido processo legal)

O princípio do devido processo legal é gênero para todos os outros princípios que são espécie, todos os princípios decorrem dele por conta disso é o princípio mais importante. Senão vejamos, o devido processo legal garante a todos que todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais sejam respeitadas.

No artigo 5º, LV, da CF/88 estão consagrados os princípios do contraditório e da ampla defesa: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O contraditório é o direito de contradizer a suposta verdade afirmada pela acusação. Ele que conduzirá às alegações mútuas das partes em forma de dialética. Mas não basta apenas o direito de resposta da outra parte, mas sim criar condições igualitárias de fala e oitiva da outra parte. (LOPES, JR., 2020, p.145)

O contraditório, na concepção do autor, deve ser visto em duas dimensões: no primeiro momento, é o direito à informação (conhecimento); no segundo, é a efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidades. (LOPES, JR., 2020, p. 147)

Ou seja, a oportunidade de reação visa a participação da defesa dos seus interesses, no entanto será efetivado somente se a outra parte tiver realmente oportunidade de poder influenciar o magistrado na formação de seu convencimento. (ROCHA, 2012, p. 24)

O princípio do contraditório parte do pressuposto que devam existir ao menos dois sujeitos com interesses opostos, podendo cada um valer-se dos diversos meios (princípio da ampla defesa) para convencer o juiz de sua inocência ou culpabilidade do outro. (ROCHA, 2012, p. 24)

O contraditório diz respeito a igualdade de oportunidades e tratamento, já a ampla defesa surge do contraditório, mas não pode ser confundida. Nas palavras de Aury:

Contudo, contraditório e direito de defesa são distintos, pelo menos no plano teórico. PELLEGRINI GRINOVER explica que “defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório. (LOPES, JR., 2020, p. 146)

O direito de defesa se divide em: defesa técnica em que diz ser pressuposto de nulidade absoluta que, ninguém poderá ser acusado ou julgado sem defensor. Já a defesa pessoal pode ser positiva quando há depoimento ou uma conduta ativa frente a determinada prova, e negativa quando utiliza o direito de silêncio.

4.2 Princípio Acusatório

O princípio acusatório parte da premissa que apesar de não estar previsto expressamente em nossa constituição, nosso processo penal é regido pelo sistema acusatório, como já visto anteriormente é regido pela dignidade da pessoa humana. Sua definição encontra-se consolidada na separação entre a figura do juiz, do órgão que irá acusar e da defesa. Cada órgão será atribuído a diferentes pessoas que o representará.

Nesse ponto é importante destacar as palavras de Aury:

Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica. (LOPES, JR., 2020, p. 130)

A importância desse princípio é muito mais que apenas um princípio a mais, é um marco que separa o sistema inquisitivo primitivo para o acusatório com uma nova valoração.

A principal função do princípio está em garantir o máximo possível da eficácia da imparcialidade do julgador e do contraditório, *ne procedat iudex ex officio*, que significa a impossibilidade de o juiz dar início ao processo de ofício, sem que haja provocação; mantendo assim a gestão da prova nas mãos das partes. (LOPES, JR.,2020, p. 162)

A atribuição da carga probatória é do acusador, tendo em vista a defesa ser marcada pela presunção de inocência, podendo possuir iniciativa probatória. Não pode o juiz atuar nessa fase como iniciativa. Cabe ao juiz a postura de espectador e não mais um juiz-ator de modelo claramente inquisitório. (LOPES, JR.,2020, p. 132)

Porém isso não impede a atuação do juiz para complementar com questões que não tenham ficado claras. (LOPES, JR.,2020, p. 133). Mas a atuação do juiz deve ser sempre dentro do limite que lhe é conferido, ou seja, “o juiz pode “esclarecer” algo na mesma linha de indagação aberto pelas partes, não podendo inovar/ampliar com novas perguntas, nem, muito menos, indicar provas de ofício.” (LOPES, JR.,2020, p. 133).

No mesmo raciocínio:

Em um processo acusatório existe um preço a ser pago: o juiz deve conformar-se com a atividade probatória incompleta das partes. Não se lhe autoriza a descer para a arena das partes e produzir (de ofício) provas nem para colaborar com a acusação nem para auxiliar a defesa. (LOPES JR, 2020, p. 133)

4.3 Princípio da duração razoável do processo

O Princípio da duração razoável do processo surgiu na Constituição dos Estados Unidos em 1934, já em 1948 foi previsto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e posteriormente tratado no Pacto São José da Costa Rica.

Só passou a ser inserido no ordenamento jurídico no ano de 2004 com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45.

Foi inserido o inciso LXXVII do artigo 5ª da Constituição Federal consagra “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, fez-se necessário a criação de tal modalidade, tendo em vista que o réu deve ser julgado em um prazo razoável, sem que ocorra grande morosidade e para

que a justiça seja efetivada. Torna-se um direito do cidadão e assim nasce o dever do Estado.

Dados apontam que cerca de quarenta por cento da população carcerária encontra-se aguardando o julgamento no primeiro grau de jurisdição. O Brasil ocupa atualmente no ranking mundial a 3ª posição de quantidade de população carcerária do mundo, o que torna ainda mais importante a duração razoável do processo. (FRANCO,2017)

Ainda há preconceitos criados em relação a rapidez não estar atrelada na verdade real, mas prolongar o processo não tornará o mesmo mais detalhado, muitas das vezes passam-se anos e a tutela jurisdicional não foi cumprida.

Mas falta meios para se garantir o cumprimento da duração razoável do processo, não há fixação de tempo máximo para duração do processo, tampouco sanção, ou seja, “definida assim a necessidade de um referencial normativo claro da duração máxima do processo penal e das prisões cautelares, bem como das soluções dotadas em caso de violação desses limites.” (LOPES JR, 2020, p. 118).

A falta de limite de duração do processo, não atinge apenas o transgressor, mas também a vítima que deseja ver uma resposta efetiva do Estado em punir o autor. Bem como tornar a aplicação do direito penal convicto no convívio social. (FRANCO,2017)

No Brasil, a situação é gravíssima. Não existe limite algum para a duração do processo penal (não se confunda isso com prescrição) e, o que é mais grave, nem sequer existe limite de duração das prisões cautelares, especialmente a prisão preventiva, mais abrangente de todas. O CPP prevê vários prazos procedimentais, mas sem sanção. (LOPES JR, 2020, p. 116)

Ou seja, é nítido o fato de que a falta de mecanismos que tornem efetivo, como a definição do que venha a ser razoável, aplicação de sanções quando não seguido o prazo, sendo nítido a falta do legislador criar normas que possibilitem a concretização do princípio no nosso ordenamento. Nesse sentido, “o legislativo não cria leis capazes de promover a efetividade do princípio, o judiciário mitiga sua aplicação, ou demora para prestar a tutela jurisdicional, o executivo não cria políticas públicas voltadas a prevenção do cometimento de crimes.” (FRANCO,2017)

4.4 Princípio da Imparcialidade

Apesar de parecer a imparcialidade não se confunde com neutralidade, haja vista essa segunda ser utópica, pois o juiz que pensar ser possível se desfazer de seus valores e ideologias está enganando a si mesmo. Já o juiz consciente de que apesar de possuir seus preceitos deverá abster-se de considerações subjetivas que possam influenciar sua decisão, e da forma mais responsável e racional criar seu livre convencimento, estará agindo de forma imparcial. (MAYA, 2014, p. 53)

Conforme o artigo X da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, é assegurado ao ser humano o direito “a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela”. É utilizado desde que os Direitos Humanos foram enunciados em diversos diplomas internacionais, dado o intuito de garantir o cumprimento dos direitos e deveres de todos.

O princípio da imparcialidade e o juiz de garantias estão totalmente interligados, pois a premissa de que ambos partem é um juiz imparcial, sem pré-conceitos, sem qualquer influência, apenas julgando conforme as provas produzidas em juízo. Ou seja, para que o juiz não esteja corrompido por provas da fase investigatória e que influencie seu julgamento antes mesmo de ouvi-lo em juízo, o juiz de garantia tornará o princípio da imparcialidade eficaz.

É impossível compatibilizar o Estado Democrático de Direito, prometido expressamente em nossa Constituição da República, com um Poder Judiciário punitivista, ativista, que "flexibiliza" direitos fundamentais e sociais elencados na Constituição. (JARDIM, 2018)

Enquanto houver resquícios do sistema inquisitório, que permite ao juiz produzir provas saindo da sua função de juiz-espectador, o princípio da imparcialidade continuará sendo violado.

5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.964/19

O conceito de constitucionalidade muito é confundido atualmente com opinião, caso a opinião de determinado grupo seja a favor está será dita como constitucional e vice-versa. Como dito por Lenio Luiz Streck:

Sim, o Brasil inventa uma nova “teoria”: tudo agora é inconstitucional, formal e materialmente. Na verdade, trata-se apenas de uma inconstitucionalidade desejada. É inconstitucional o que desejo que seja (STRECK,2020).

Mas muito se deve mudar e passar a analisar a norma conforme a constituição, pois é isso que significa uma norma ser constitucional ou não. Por mais obvio que isso possa parecer ainda há uma forte corrente que trata da constitucionalidade como funcionabilidade e possibilidade.

Em análise das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas ao STF com relação ao juiz de garantias aduzem argumentos que não se tratam de constitucionalidade, como serão demonstrados abaixo.

Como no caso da alegação do artigo 3ºA a 3ºF, possuem vício de inconstitucionalidade formal, alegando que a União deveria ter se mantido apenas em estabelecer normas gerais, pois conforme o posicionamento dos impetrantes, o regramento da investigação criminal não se consubstancia em matéria processual e sim procedimental, porem conforme as jurisprudências juntadas, não põe em dúvida a constitucionalidade da lei federal fixar normas gerais, tendo em vista que as leis estaduais em relação a investigação criminal devem versar sobre administração funcional de seus órgãos, sempre complementar a lei federal e em concordância com ela. (SCHREIBER, 2020, p. 6/7)

Pois do contrário não existiria leis federais tratando sobre a investigação criminal após a promulgação da constituição de 1988, sem contar o fato de o juiz de garantia possuir natureza processual. Dessa forma não há que se falar em

constitucionalidade formal dos artigos 3ºA a 3ºF do CPP, por veicularem normas de procedimento em matéria penal. (SCHREIBER, 2020, p. 8)

Outro ponto criticado ao instituto com relação a sua inconstitucionalidade, utilizado pelo Ministro Luiz Fux em sua decisão de suspensão dos artigos que tratam do juiz de garantia, diz respeito ao argumento de que as regras veiculadas seriam pertinentes à organização judiciária, pelo fato de que para sua implantação seria necessário uma reestruturação completa das unidades judiciárias.

Nesse sentido, encontra-se pacificado o entendimento que de acordo com a Constituição Federal é aceito que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário, por deliberação do tribunal de justiça sem que tenha impacto orçamentário (HC 91024,2ª Turma, Rel. Ellen Gracie, 2008).

Além do mais, a alteração não visa alterar as estruturas judiciárias, e sim tem como principal objetivo, um objetivo muito maior e que visa um bem maior, a consolidação do sistema acusatório, bem como a preservação da imparcialidade do juiz.

Ora, o próprio art. 3º-E ora impugnado prevê a necessidade de leis de organização judiciária para a designação dos juízes de garantia, mas nada impede que, até que sejam editadas tais leis, os tribunais, no exercício de sua competência administrativa, instituam varas com tal especialização, desde que não haja aumento de despesas. Ou sejam, o façam através de especialização de varas já instaladas. (SCHREIBER, 2020, p. 9)

Com a implementação da figura do juiz de garantia os tribunais através de sua competência administrativa que irão organizar seu quadro judiciário para que ocorra conforme sua escolha de funcionalidade, ou seja, não está a lei 13.964 através do juiz de garantias em nada afetando sua autonomia funcional.

Entretanto mais uma vez no argumento apresentado não encontra inconstitucionalidade, considerando que não afeta a autonomia organizacional dos tribunais como também não gera aumento no custo, pois não impõe a criação de cargos e novas funções aos juízes, considerando que não será necessário aumentar o número de juízes e varas para sua implementação (a possibilidade de implementação será tratada no tópico 5.2) (SCHREIBER, 2020, p. 9).

Ressalva-se que não serão atribuídas novas funções aos juízes o que não acarretará em aumento de serviço, dessa forma evitando sobrecarga ou necessidade de aumento na quantidade de juízes.

Além das alegações das supostas inconstitucionalidades formais, foram utilizados argumentos com relação a materialidade, os argumentos utilizados foram separados em dois grupos pelo Ministro Fux, o primeiro sendo a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para a implementação da medida e o segundo grupo o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate a criminalidade.

Com relação à ausência de dotação orçamentaria Simone Schreiber ponderou:

Quanto à ausência de dotação orçamentária, repita-se que a lei 13964/19 não cria cargos no âmbito do Poder Judiciário. Como ponderou o Ministro Tóffoli na decisão monocrática já referida, a questão “não é de reestruturação, e sim de reorganização da estrutura já existente. Não há órgão novo. Não há competência nova. O que há é divisão funcional de competência já existente. É disso que se trata” (SCHREIBER, 2020, p.10).

Pode-se citar como exemplo de leis federais que criaram novos órgãos judiciários de não iniciativa do judiciário e sem previsão de impacto orçamentário a lei dos juizados especiais e a lei dos juizados especiais federais (SCHREIBER, 2020, p. 11).

A medida da eficiência dos mecanismos no combate a criminalidade não deve ser vista como argumento para considerar o instituto constitucional ou não, haja vista não ser trazido pela constituição como critério de conformidade com a mesma, não restando dúvidas de que essa alegação não merece respaldo.

5.1 A (In)compatibilidade com os Direitos Fundamentais

Tendo em vista que o instituto juiz de garantia nada mais é que uma extensão dos direitos fundamentais consagrados na constituição, não ganhados como um presente e sim, consagrados por muita luta na história para que hoje se tornassem efetivos os princípios que servem como limite de atuação do jurista, bem

como são valores fundamentais para validade do ordenamento jurídico, e que irão nortear o sistema de normas vigentes na sociedade.

Conforme o exposto no item 4 do presente trabalho, em que foram destacados princípios e garantias constitucionais que regem o processo penal, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório que partem dele; acusatório de suma importância, a duração razoável do processo e o princípio da imparcialidade. Todos partem da mesma premissa, separar os órgãos de acusação, defesa e julgamento, para que a vida, a liberdade e a intimidade seja protegida, garantindo assim a existência de um juiz imparcial.

Dessa forma torna-se claro que o juiz de garantias em nada fere a compatibilidade haja vista terem as mesmas premissas, não resta dúvidas que partem dos mesmos princípios e direitos fundamentais, como o juiz natural.

Frisa-se que o juiz de garantia é inclusive um grande avanço ao princípio do juiz natural, haja vista ser um princípio protetor que busca um julgamento adequado com um julgador técnico e isento, o juiz de garantia nada mais é que a efetiva consagração do juiz natural.

Não há motivos para se cogitar pensar que o instituto tratado fere o princípio do juiz natural, em nenhum aspecto, apesar de ser utilizado como um argumento na ADI 6298, pois a atuação de dois juízes diferentes em diferentes fases do mesmo processo, embora não seja comum o critério funcional de divisão de competência nos processos de primeira instância, ele pode ocorrer e ser estabelecido em lei, nessa concepção é o que torna possível realizar atos processuais através de carta precatória. (SCHREIBER, 2020, p. 11).

Analisado pela luz do devido processo legal em que assegura um processo igualitário e que as garantias sejam respeitadas.

Para Afrânio Silva Jardim,

“o devido processo legal está vinculado diretamente à depuração do sistema acusatório, mormente quando conjugado com a regra do art. 129, I do novo texto constitucional, bem como com as demais normas que sistematizam e asseguram a independência do Poder Judiciário, em prol de sua imparcialidade e neutralidade na prestação jurisdicional e aquelas outras que, igualmente, tutelam a autonomia e independência funcional dos órgãos do Ministério Público.” (JARDIM, 2001 p. 318 apud MOREIRA, 2002)

Isto significa que os conjuntos de princípios se sobrepõem de forma que um complementa o outro, seguindo a mesma direção e buscando o mesmo fim direitos e garantias fundamentais, isto é, o juiz das garantias se encarregará de controlar os direitos e garantias individuais do acusado na primeira fase da persecução penal, garantindo o devido processo legal.

Por fim, a figura do juiz de garantia foi criada como uma alternativa legal e eficaz para que se consolidasse as características acusatórias e democráticas já trazidas por nossa constituição e pactos internacionais, bem como aprimorar a estrutura judiciária.

5.2 (In)constitucionalidade do juiz de garantias: possibilidades de implantação

Com relação a possibilidade de implementação da medida do juiz de garantias, haja vista comprovada sua constitucionalidade, encontram-se alguns empecilhos como o número insuficiente de juízes, conforme levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça, o Brasil possui um déficit de 20% nos postos de juiz que equivale a 4.400 vagas.

O estudo do caso criado no fim do ano passado contou com a participação de 77 magistrados, 27 tribunais e 7 instituições como a Procuradoria Geral da República, a Ordem dos Advogados do Brasil e a defensoria Pública da União, com a finalidade de coletar dados bem como sugestões para sua implantação.

Mas apesar do número de juízes apresentados pelo levantamento ser insuficiente, tendo em vista as particularidades de cada vara e tribunal bem como suas peculiaridades geográficas, a implementação poderá ocorrer por meio virtual através de videoconferência modelo utilizado pelos tribunais de justiça durante a pandemia ocorrida nesse ano.

Por conta da pandemia o poder judiciário passou a adotar medidas excepcionais como a ocorrência de audiência de custódia por videoconferência, alterando a Resolução nº 213/2015 que vedava a realização por meio virtual da audiência de custódia.

Com isso mesmo que por conta da COVID-19 passou a ser regulamentar algo que não era permitido o que faz com que possibilite a efetivação da audiência de custódia ocorrer por meio do sistema de videoconferência em situações de comarcas com varas únicas.

É certo que o meio virtual apresenta vantagens pois facilita e agiliza o processo, bem como permite juízes atuarem como juiz de garantia em outras comarcas o que não acarretaria também o aumento de custos.

Já nas comarcas em que há mais de uma unidade judiciária com competência criminal a adoção de central especializada conhecidas como centrais de inquérito, como já ocorre na cidade de São Paulo.

É importante também que ocorra a divisão sobre como serão os procedimentos para as futuras investigações e regra de transição para as investigações já iniciadas e processos em curso.

Outro ponto que merece destaque é para os casos da Lei Maria da Penha e aos processos com ritos próprios em que deverão ser analisado se serão realizado por varas das garantias especializadas ou não se aplicar tal medida a tais procedimentos.

Conforme o levantamento conclui-se que:

As informações apresentadas reforçam a premissa de que o Poder Judiciário possui realidades distintas — decorrentes das peculiaridades demográficas, geográficas, administrativas e financeiras de cada localidade —, diversidade essa, contudo, que não compromete a viabilidade da implantação do instituto do juiz das garantias, desde que feita de forma planejada e particularizada.

O Grupo de Trabalho responsável pela elaboração de estudo em relação a aplicação do instituto na estrutura judiciária pontou através da obtenção de subsídios sólidos que não é apenas viável como sobretudo a perfeita adequação do “juiz das garantias” à realidade brasileira.

Apesar de ser um momento com desafios para o judiciário, a implementação é possível e não acarretará em aumentos de gastos.

O normativo apresenta um roteiro bastante didático, com opções de diversos caminhos para a implantação. Os tribunais não serão obrigados a adotar nenhum dos moldes organizacionais listados, pois cada corte terá a

discricionarietà para optar pelo desenho institucional mais adequado à sua realidade

É notório que a redistribuição de funções que convertam varas criminais em varas de garantias vai reduzir a carga de trabalho tanto do juiz criminal que divide entre os atos pertinentes à fase investigatória e da instrução como também da vara responsável pelo juiz das garantias.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentou este trabalho o instituto do juízo de garantias. Atentou-se em demonstrar uma gama de conhecimentos extensos sobre a base do surgimento da medida, os sistemas processuais penais, se possibilitando a definição e demonstrado o sistema adotado pelo Brasil atualmente.

Como analisado em sua definição e implementação em outros países estudados tendo se mostrado bastante eficiente. No nosso país apesar de ainda não implementado, há em cidades dos estados de São Paulo, Paraná e Pará, as Varas específicas de Inquérito

Dado a trajetória do juiz na investigação identifica-se que nos primórdios era adotado condutas típicas do sistema inquisitivo, pois eram as ideologias pregoadas na época, que vieram do período do Brasil colônia. Na época em questão o juiz era nomeado pelo monarca, e tinha função de investigar, acusar e punir os chamados inimigos da monarquia, o poder de investigação estava totalmente nas mãos do juiz que podiam inicia-las e desenvolve-las de ofício de forma sigilosa e na ausência do acusado.

Com a inauguração do processo penal pátrio, no contexto histórico de independência do Brasil, em 1822, essa realidade passou a mudar, foi criado leis com inspiração na Revolução Francesa com bases não mais visando a punição e sim com base humanitárias.

Mesmo assim, a ocorrência de resquícios inquisitórios continuam, tendo em vista nosso atual Código de Processo Penal ainda ser do ano de 1941, muito criticado e considerado arcaico, pois representava os ideais políticos vigentes ao Estado Novo com bases autoritárias.

A atenção as garantias e princípios constitucionais foram tratados com a devida importância ao longo do presente trabalho que se tornou essencial para a compreensão da constituição em relação ao tema.

A instrução do personagem inovador ao ordenamento jurídico brasileiro irá consagrar os princípios que norteiam o sistema processual acusatório, bem como o Estado Democrático de Direito.

É importante destacar que a falta de recursos, a dificuldade na implementação e a acomodação com a realidade não podem ser usados como motivos para que avanços ocorram.

Com relação aos argumentos contrários a aplicação do juiz de garantias foram explanados neste trabalho propostas de solução para a ocorrência da implementação.

É ininteligível juízes serem avessos a garantias, levando em consideração que é um sistema de garantias que justifica a própria existência do juiz criminal em um Estado democrático e dado a notoriedade de que com tal mudança a concretização da imparcialidade será ocorrida.

Por fim após explanado todos os aspectos referentes ao instituto tratado no presente trabalho, acredita-se que além de o juiz de garantias atuar na fase pré-processual possibilitar que o primeiro contato do julgador com o processo fosse realizado com a garantia do contraditório e conseqüentemente sua interpretação em relação ao caso não se influenciaria pelas teses da defesa e da acusação, é também notoriamente constitucional.

REFERÊNCIAS

BARDARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias**. 2011 Disponível em: <<http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>> Acesso em 14 de outubro de 2020.

CASTRO, Ivan Barbosa. **Os sistemas processuais penais**. Revista Ambito Jurídico, São Paulo, 2018. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/sistema-processual-penal/>. Acesso em 20 de maio de 2020.

CHALFUN, Gustavo e OLIVEIRA JUNIOR, José Gomes. **Da análise do juiz das garantias sob a luz do direito comparado e das decisões liminares do STF**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/319989/da-analise-do-juiz-das-garantias-sob-a-luz-do-direito-comparado-e-das-decisoes-liminares-no-stf>> Acesso em 14 de outubro de 2020.

CNJ. A implementação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro. Disponível em: < <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias.pdf>> Acesso em 15 de dezembro de 2020.

Como funciona o juiz de garantias pelo mundo, modelo nascido nos anos 70. In Advogado Digital. Disponível em:<<https://advogadodigitalbr.jusbrasil.com.br/noticias/798125244/como-funciona-o-juiz-de-garantias-pelo-mundo-modelo-nascido-nos-anos-70>> Acesso em 08 de julho de 2020.

COSTA. Ivana Rocha. **Juiz das Garantias de acordo com o projeto do novo Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27838/1/2012_tcc_ircosta.pdf> Acesso em: 13 de maio de 2020

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Apud BEM, Leonardo de. **O processo penal brasileiro e sua matriz inquisitória**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/leonardodebem/2012/03/27/o-processo-penal-brasileiro-e-sua-matriz-inquisitoria/>>. Acesso em: 10 de maio de 2020

FRANCO, Elizeu Petersen. **O princípio da duração razoável do processo penal.** In JUS. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58632/o-principio-da-duracao-razoavel-do-processo-penal> Acesso em: 20/11/2020.

FERRARESI, Camilo Stangherlim. **El perdón em la história jurídica.** 2016. Acesso em 30 de maio de 2020.

GARCÍA, Nicolás Rodríguez; FERNANDES, Fernando Andrade. **Orientações fundamentais da fase preliminar do processo penal: uma análise comparativa.** Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 5, jul/dez, p. 434-435. 1996.

JARDIM, Afrânio Silva. **Sistema processual acusatório, imparcialidade dos juízes e estado de direito.** Jornal GGN. Disponível em: <<https://jornalgggn.com.br/noticia/sistema-processual-acusatorio-imparcialidade-dos-juizes-e-estado-de-direito-reflexoes-por-afranio-silva-jardim>> Acesso em: 15/11/2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Acesso em: 22 maio 2020

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Acesso em: 23 maio 2020

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** Volume 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Acesso em: 26 maio 2020

LOPES JR., Aury. **A IMPRESCINDIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA UMA JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL: REFLEXÕES A PARTIR DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA.** In Revista eletrônica Duc In Altum Cadernos de Direito, set-dez de 2016. Disponível em: <<https://faculdededamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/397/381>>. Acesso em 23 de março de 2020.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal** Da prevenção da competência ao Juiz das Garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53, 61.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Direito ao devido processo legal.** Revista Ambito Juridico. Bahia, 2002. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-11/direito-ao-devido-processo-legal/#_ftn7> Acesso em 10 de dezembro de 2020

OEA. Convenção Européia de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>> Acesso em 10 de agosto de 2020.

PORTUGAL. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=199&pagina=1&tabela=leis&nversao=>>. Acesso em 05 de setembro de 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Acesso em 15 de novembro de 2020.

RODRIGUES, Martina Pimentel. **Os sistemas processuais penais**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26262>. Acesso em: 26 maio 2020

SANTOS, Rafa. Estudo do CNJ estabelece bases para implantação do juiz das garantias. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/estudo-cnj-estabelece-bases-implantacao-juiz-garantias>> Acesso em 16 de dezembro de 2020.

SCHREIBER, Simone. **Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias**. In *conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-25/simone-schreiber-defesa-constitucionalidade-juiz-garantias>> Acesso em: 28 de novembro de 2020.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O Código, as cautelares e o juiz das garantias**. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 46, nº 183. Edição especial. Julho /setembro 2009. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194933>. Acesso em 20 de março de 2020.

SHÜNEMANN, Bernd. **O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal**. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=140 Acesso em 23 de março de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo**. In *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>> Acesso em 27 de novembro de 2020.