



FACULDADES INTEGRADAS DE PONTA PORÃ

INGRID MACHADO NUNES DE OLIVEIRA

**JUIZ DE GARANTIAS: SUA APLICABILIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Ponta Porã

2020

INGRID MACHADO NUNES DE OLIVEIRA

**JUIZ DE GARANTIAS: SUA APLICABILIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão apresentado a Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel/Licenciado em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Braun.

Ponta Porã

2020

INGRID MACHADO NUNES DE OLIVEIRA

**JUIZ DE GARANTIAS: SUA APLICABILIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão apresentado à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel/Licenciado em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Braun
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Prof. Dr. Gianete Paola Butarelli
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Ponta Porã-MS _____ de _____ de _____.

Dedico este trabalho ao meu Deus, minha família e ao meu namorado que sempre me apoiaram nesta caminhada e não mediram esforços para que eu realizasse este sonho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, porque durante esses cinco anos foi meu socorro bem presente e sempre me encheu de ânimo e esperança. Em Deus sempre mantive o meu foco, pois sempre soube que sem Ele nada disso seria possível.

À minha família e amigos, agradeço imensamente pelo apoio e por sempre acreditarem em mim, este momento não seria possível sem cada um de vocês.

Ao meu namorado, sou grata, pois não somente me incentivou a lutar pelos meus sonhos, mas também sempre me ajudou a conquistá-los.

Ao meu orientador Prof. Dr. Fabrício Braun deixo toda minha gratidão e admiração pela paciência, profissionalidade e dedicação, mas, sobretudo agradeço pela amizade durante esta etapa. Saiba que sempre o levarei comigo, como exemplo de pessoa e profissional, pois fizeste parte de um momento muito especial em minha vida. Meu muito obrigada e “seja feliz”.

Aos demais professores que desde 2016 estiveram comigo nesta jornada e que contribuíram de forma excelente para minha formação, apresento os meus profundos agradecimentos e saibam que me lembro de cada um com muita consideração.

Ainda, agradeço a todos da Delegacia de Polícia Civil de Amambai, onde obtive muito conhecimento e aprendi amar ainda mais o trabalho da polícia, que nunca mede esforços em servir e proteger o cidadão. Em especial, agradeço a Dra. Larissa Franco Serpa, delegada de polícia, e ao escrivão Eder Carlos de Oliveira a quem devo toda minha gratidão, pois sempre me trataram com muito respeito, carinho, me ensinaram muito e sempre me serviram de inspiração.

Por fim, aos colegas que durante esses anos dividiram comigo momentos de alegrias e tristezas e que hoje desfrutam da recompensa dos cinco anos de lutas e superação, agradeço pela parceria e desejo sucesso a todos.

Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis há por toda a parte.

Barão de Montesquieu

OLIVEIRA, Ingrid Machado Nunes de. **Juiz das Garantias**: sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. 52 páginas. Trabalho de Conclusão de Graduação em Direito – Faculdades Integradas de Ponta Porã - MS, 2020.

RESUMO

O presente trabalho visa abordar sobre a figura do Juiz das Garantias, criado pela Lei nº 13.964/2019 no projeto de reforma do Código de Processo Penal, aprovado em 24 de dezembro de 2019 pelo Congresso Nacional como pacote anticrime e atualmente suspenso pela ADI 6298 do STF. Inicialmente, portanto, será tratado dos sistemas processuais penais, em seu aspecto geral, bem como será abordado sobre o sistema inquisitivo, acusatório e misto a fim de construir uma base para o assunto tratado posteriormente. Ademais, será discorrido sobre a atuação do Juiz das Garantias em aspectos gerais, favoráveis e problemáticos de sua existência, apontando correntes contrárias e adeptas do instituto tratado. Tendo em vista o vasto número de vertentes que poderiam ser tratadas neste assunto, o estudo, em sua parte final, será direcionado para a relevância do Juiz das Garantias sobre a ótica da falibilidade do sistema penitenciário brasileiro.

Palavras-chave: Processo Penal. Sistema Processual Penal. Juiz das Garantias. Sistema acusatório.

OLIVEIRA, Ingrid Machado Nunes de. **Guarantee Judge**: its applicability in the Brazilian legal system. 52 pages. Completion work in law graduation – Faculdades Integradas de Ponta Porã, 2020.

ABSTRACT

The working present aims to address about the figure of Guarantee Judge, created by the law number nº 13.964/2019 on the Penal Process Code, approved in December 24, 2019 by the National Congress as an anticrime package and currently suspended by the STF ADI 6298. Initially, therefore, it'll be dealt with in criminal procedural systems, in your general aspects, as well as will be addressed about the inquisitive, accusatory systems and mixed in order to build a base for the subject dealt later. In addition, will be discoursed about the Guarantee Judge in general, favorable and problematic aspects of its existence, pointing out contrary and adept currents of the dealt with in this subject, the study, in your final part, will be direct to the Guarantee Judge on the perspective of the fallibility of the Brazilian penitentiary system.

Key words: Penal Process. Criminal procedural system. Guarantee Judge. Accusatory systems.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	12
1.1 ASPECTOS GERAIS.....	12
1.2 SISTEMA INQUISITIVO.....	14
1.3 SISTEMA ACUSATÓRIO.....	16
1.4 SISTEMA MISTO.....	18
1.5 SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	20
2 A ATUAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS – ASPECTOS GERAIS E PROBLEMÁTICOS DE SUA EXISTÊNCIA.....	22
2.1 A ATUAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NO MODELO BRASILEIRO COM BASE NA LEI 13.964/2019.....	26
2.2 CORRENTES DOUTRINÁRIAS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS A EXISTÊNCIA DO JUIZ DE GARANTIAS NO SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIRO.....	28
2.2.1 Correntes Favoráveis ao Juiz das Garantias.....	29
<i>3.2.1.1 A necessidade do juiz das garantias frente a imparcialidade e sua indispensabilidade.....</i>	<i>31</i>
2.2.2 Correntes Desfavoráveis ao Juiz das Garantias e suas Críticas.....	32
3 A RELEVÂNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS SOBRE A ÓTICA DA FALIBILIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	34
3.1 O PAPEL DO JUIZ DE GARANTIAS FRENTE À CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	34
3.2 AS CONTRIBUIÇÕES DO JUIZ DE GARANTIAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	39
3.2.1 Garantia de não produzir prova contra si mesmo assegurada pelo Juiz de Garantias.....	40
3.2.2 Garantia de Ampla Defesa com uma Linha de Interrogatório que é Guiada Pela Busca da Verdade e não Pela Condenação de um Indivíduo.....	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

As particularidades e funções de um processo penal justo e democrático, o qual, concomitantemente, revele-se como um recurso efetivador do jus puniendi estatal e protetor dos direitos e garantias do sujeito investigado ou acusado mediante a fiscalização da máquina persecutória do Estado, são assunto de diversas discussões e controversas hodiernamente, causando dúvidas, mas também formando opiniões a respeito do tema.

A doutrina nacional evidencia que, por um lado, o Código de Processo Penal atual apresenta-se inadequado ao ordenamento jurídico brasileiro nupérreo, essencialmente em relação às mudanças inseridas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), que redemocratizou o país e estabeleceu um vasto sistema principiológico de direitos e garantias aos cidadãos.

Contudo, em contrapartida, os especialistas da matéria certificam que o código corrente também é ineficaz para a efetividade e celeridade da persecução penal, não proporcionando, deste modo, a necessária segurança aos cidadãos por meio da tutela penal. Pelos presentes motivos sobreviria a necessidade de mudança no processo.

Em continuidade, considerando que toda a persecução penal e a ação penal de fato, especificamente a função dos sujeitos no processo penal, é governada por um conjunto de regras e princípios postos pelo Estado em um estipulado período, observaremos, dentre outras, a função do Juiz das Garantias, consoante conjectura o PL 8.045/2010, que será o magistrado designado de agir na fase preliminar da persecução penal – fase de inquérito policial – sendo o “encarregado pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais” o qual estará obstruído de funcionar no processo penal no qual atuou anteriormente como controlador da investigação.

A lei incorpora o art. 3-A, no CPP, asseverando uma estrutura acusatória do processo penal brasileiro: “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” (BRASIL, 1941).

Assim, não se pode negar que a incorporação do artigo supramencionado, é uma progressão em termos de democracia processual penal, especialmente a se

ponderar que, a partir da vigência da lei nova, o agora juiz de garantias (art. 3-B a 3-F, da Lei 13.964/2019) não terá nenhuma iniciativa probatória de ofício.

O Código de Processo Penal de 1941 foi promulgado sob amparo do chamado Estado Novo, época em que estava vigente a Constituição de 1937, conhecida como Constituição Polaca, pelo fato de sua inspiração na Constituição fascista Polonesa, sem olvidar a forte inspiração das constituições autoritárias da Alemanha, Itália e Portugal e outros países. Nesse período, o Executivo foi fortalecido e encerrou-se a autonomia dos Estados e do federalismo. O poder Legislativo e o Judiciário foram enfraquecidos, os direitos pessoais foram reduzidos e o partido político foi extinto.

Persuadido pelo enredo desse tempo, o referido Código mostra-se antiquado em alguns ângulos, sendo possível encontrar inúmeros dispositivos que vão de encontro com a atual Constituição Federal, reputada como a mais democrática das constituições já promulgadas em nosso ordenamento. Em busca de um Código de Processo Penal mais relacionado com o Estado Democrático de Direito, foi desenvolvido o projeto de lei nº 156/09, com essência de garantir os direitos fundamentais, baseado no sistema processual acusatório.

O Projeto de Lei 156/09 do Senado Federal, que foi convertido no Projeto de Lei 8.045/10, traz em seu interior uma inovação ao nosso ordenamento jurídico: a figura do Juiz das Garantias, um magistrado atuante apenas na fase investigatória. Ao operar no inquérito policial, decretando uma prisão preventiva, uma medida cautelar, deliberando sobre uma interceptação telefônica ou, somente, tomando conhecimento de uma abertura de inquérito, este juiz se tornaria impossibilitado de atuar na fase processual, pois acredita-se que ele está com o entendimento viciado para sentenciar o caso.

Contudo, nota-se que a dificuldade básica do estudo intitulado “o Juiz das Garantias no Projeto de Novo Código de Processo Penal” – é uma abordagem a respeito da atuação do juiz no processo penal brasileiro de acordo com o que propõe o projeto de novo CPP, com notável atenção às primordiais mudanças instituídas pela novel normativa no processo penal brasileiro, mormente em relação ao sistema processual penal e ao papel do Juiz das Garantias, bem como sua necessidade e adequação ao Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Em contrapartida, vê-se que há acentuada divergência entre os doutrinadores que abordam o tema, a respeito da necessidade ou adequação do

Juiz das Garantias no processo penal conforme pretende o novo código. Além disso, se trata de assunto relacionado à persecução penal, o qual exibe impacto certo na segurança da comunidade e nos direitos particulares das pessoas investigadas e/ou acusadas.

O principal objetivo da introdução desse protagonista no cenário processual do nosso país seria a salvaguarda dos direitos do investigado, atendendo às exigências de proteção de intimidade, da privacidade e da honra do cidadão, bem como garantindo equidade no momento do julgamento, já que a fase investigativa e a processual estariam a cargo de juízes dissemelhantes. Assunto controverso, centro de muitos debates tanto no que concerne a sua viabilidade como a sua imprescindibilidade e a sua eficácia.

O presente estudo será de grande relevância por se tratar de uma nova questão no mundo jurídico e, conseqüentemente, ainda “pouco” discutida pelos estudiosos do direito brasileiro. Nesse seguimento, observa-se que há ínfimo tratamento da figura do Juiz das Garantias, bem como do próprio projeto de novo CPP pela doutrina brasileira e pelo meio acadêmico nacional, resultando em conhecimento superficial sobre o assunto por parte do meio acadêmico, principalmente.

Isto posto, o atual trabalho dedica-se a entender o instituto, voltando-se a investigar o papel dessa figura e os aspectos positivos e/ou negativos inerentes à matéria. Este assunto é pertinente ao trabalho porque a doutrina profere que os sistemas processuais penais estão no centro das discussões no processo penal brasileiro, principalmente acerca da investigação criminal e da postura judicial durante o processo, o que vai em direção ao tema escolhido.

Assim, o presente estudo tem como objetivo principal trazer o olhar de figuras jurídicas sobre o assunto, com base na Lei nº 13.964/2019, onde em seu encerramento deverá ser capaz de mostrar se o juiz das garantias trará benéficos ou malefícios para o ordenamento jurídico brasileiro.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

1.1 ASPECTOS GERAIS

Uma breve linha de raciocínio da evolução histórica do sistema processual penal é de suma importância para que se possa entender com perspicuidade os fatores que serviram para influenciar a evolução do referido tema até o presente momento vivido pelo mundo jurídico brasileiro. Previamente, cabe ressaltar que o assunto será tratado de forma muito sucinta, tendo em vista que seria invencível tratar de forma aprofundada toda a origem histórica e características dos sistemas processuais.

Temos a compreensão de que nem sempre os feitos do Estado foram realizados da maneira que são hodiernamente e podemos constatar isto quando voltamos nosso olhar para a formação do primeiro grupo civilizado - sociedade primitiva – onde surgiu a necessidade de punição pelos atos praticados que iam contra os princípios impostos por uma “autoridade máxima”, sendo assim, esses líderes detinham o poder de decidir e punir aqueles que violassem os costumes adotados.

Com o decorrer dos anos a sociedade foi se organizando e evoluindo, surgindo assim as civilizações, onde baseado nos costumes e na religião estabeleceram regras de conduta, ou seja, leis que ajudavam os indivíduos a viver em sociedade de uma forma mais pacífica, trazendo direitos e obrigações para todos, contudo ainda haviam muitos conflitos e desproporcionalidade nas punições.

Nessa constante e vagarosa evolução começaram a surgir os Códigos Penais, contudo vale lembrar que primitivamente não existia um Código de Processo Penal unificado que seria aderido por toda superfície nacional como temos atualmente, sendo assim, cada Estado membro era encarregado de delinear seus próprios códigos. A Constituição Federal de 1937 explanava, em seu art. 16, XVI, que competia à União, privativamente, legislar sobre direito processual e esse entender também estava previsto no art. 5º, XIX, da Constituição Federal de 1934.

Apenas no ano de 1941 foi desenvolvido o Código de Processo Penal, do modo que permitia a Constituição Federal e assim passou a prevalecer em todo o país, revogando todos os demais Códigos Processuais que existiam no território nacional. O novo Código Processual Penal continha diversos dispositivos que

evidenciava um caráter inquisitório, como por exemplo, a obrigação do Juiz, ao receber a denúncia, mandar prender o réu, mesmo sem a manifestação do contraditório ou ampla defesa.

Isto posto, torna-se nítido que o referido dispositivo não tinha a intenção de assegurar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Ademais, uma segunda questão seria as contradições encontradas no íntimo dos sistemas processuais inquisitórios, acusatórios e mistos, notando-se então que não existem sistemas puros:

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 JUNIOR, 2008, p. 56).

Da Constituição Federal de 1988 em diante, ocorreu uma modificação nos patamares do nosso sistema jurídico e buscou-se a instalação e concretização de um Estado democrático de Direito para uma tutela dos direitos fundamentais que irão remodelar o Processo Penal.

Atualmente, o papel do processo penal é ser um instrumento para salvaguardar os direitos básicos, avaliando e interpretando as regras, de forma que as sanções penais possam ser aplicadas em circunstâncias apropriadas, dentro de um escopo razoável e em circunstâncias justas e iguais. É com base nesse entendimento que analisamos o processo penal do sistema jurídico.

A fim de compreender os sistemas processuais penais é imprescindível, antes de tudo, assimilar o significado da palavra “sistema”. Em seu sentido etimológico, sistema (em âmbito jurídico) é denominado como o conjunto de normas, coordenadas entre si, profundamente interligadas, que atuam como uma estrutura organizada dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Examinando a palavra “sistema” é admissível afirmar que é um “conjunto de elementos, entre os quais haja alguma relação” (FERREIRA, 2008, p. 742). Ainda, pode-se afirmar que o sistema processual penal é um “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, p. 49).

Segundo Andrade (2013, p. 38), o sistema jurídico é:

[...] a reunião, consistentemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente.

De acordo com as leis, com o momento histórico e com os princípios que norteiam um ordenamento jurídico o emprego do Direito Penal pode apresentar mudanças. Quando nos referimos a um país severo, certamente as leis vigentes terão a prerrogativa de atenuar os direitos e garantias individuais, todavia, caso esteja relacionado a um Estado Democrático de Direito, há de se observar certa barreira do poder do Estado, preservando o indivíduo de qualquer arbítrio estatal. O conjunto de regras e princípios que indicam como as leis criminais devem ser aplicadas em um caso particular é denominado sistema de processo penal.

Para que o direito processual penal funcione normalmente, é imprescindível que seus princípios de jurisdição e o próprio processo penal sejam consistentes com a "Constituição Federal" e homenageiem a hierarquia normativa para o estabelecimento de um sistema harmonioso.

Existem três sistemas processuais: acusatório, inquisitório e misto. A maior diferença entre os dois primeiros é a propriedade do Ministério Público. No sistema acusatório, existem diferentes órgãos para processar e julgar, enquanto no sistema inquisitório, há apenas uma pessoa para desempenhar essas funções.

O sistema processual varia de país para país e geralmente não reflete necessariamente as condições políticas e sociais de cada país. No Brasil, diante dos constantes conflitos entre a Lei de Processo Penal e a Constituição Federal de 1988, ainda há muitas discussões sobre o atual sistema de processo penal.

1.2 SISTEMA INQUISITIVO

De acordo com Rangel (2009, p. 191), o sistema inquisitivo:

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.

A partir do momento em que a monarquia foi fortalecida no século XV, o poder do rei de realizar os julgamentos aumentou e se expandiu por quase toda a Europa.

Tratando-se de um sistema em que o acusador também é juiz, ou seja, tudo está sob a alçada do Estado-Juiz, portanto, antes que esses dois instrumentos sejam delegados à autoridade da mesma pessoa, isso começa a parecer desproporcional, tendo em vista que quem está fazendo as acusações, obviamente espera que o réu seja condenado.

Um dos países em que o sistema inquisitivo foi vigorosamente instalado na justiça comum foi a Espanha, ademais temos também o Tribunal da Santa Inquisição que ceifou muitas vidas e cometeu diversas crueldades contra os seres humanos.

No Brasil conseguimos encontrar um resquício da Santa Inquisição realizada na Bahia, por meio do que Mott (2010, p. 11) disse:

Apenas treze anos separam a fundação da Santa Inquisição em Portugal (1536), da fundação da cidade de Salvador (1549). Ambas tiveram sua infância no século XVI, adolescência conturbada na metade inicial do Século XVII e idade adulta e apogeu nas décadas finais dos seiscentos e inícios do Século XVIII, decadência a partir de 1750. A inquisição teve suas portas fechadas em 1821, enquanto a Bahia confirmou, definitivamente, a independência do Brasil em 1823. Por diversas vezes, a Inquisição imiscuiu-se arbitrariamente na vida dos baianos, mantendo, a ferro e fogo, através da eficiente rede de aproximadamente um milheiro de espíões, os temíveis Comissários e Familiares do Santo Ofício, a hegemonia da Santa Madre Igreja: “um só rebanho e um só Pastor!”.

Com a abolição das ordenações criminais de Luís XIV na França em 1791, os primeiros sinais de enfraquecimento do sistema de investigação começaram a aparecer na França, contudo, por se tratar de um sistema que perdurou por séculos, mudanças rápidas seriam inadequadas, e a localidade de um sistema jurídico mais eficaz e mais benéfico para a sociedade se desenvolveu.

Diante das diversas atrocidades provocadas pelo sistema inquisitivo e pelo avanço da sociedade na busca do progresso social e da justiça, o Estado passou a assumir uma postura diferenciada frente à sociedade e à capacidade dos acusadores e julgadores, o que se confirma no seguinte dizer:

A solução encontrada para fazer cessar a impunidade que grassava na época não foi das melhores,[...] criava-se um monstro que mais tarde deveria ser combatido: o sistema inquisitivo. O avanço das conquistas sociais, no campo dos direitos e das garantias fundamentais, exigiu uma nova postura do Estado, que deveria afastar o juiz da persecução penal, assegurando ao acusado todos os direitos e garantias inerentes ao pleno exercício de sua defesa, principalmente a imparcialidade do órgão julgador. (RANGEL, 2009, p. 186).

Diante do exposto acima, vemos que o objetivo principal do sistema inquisitivo é concentrar o poder nas mãos de uma pessoa, que habitualmente era o monarca e que incumbia essa função ao juiz para que fosse realizada todas as fases da persecução criminal através da investigação, acusação e julgamento, negando a participação do contraditório e ampla defesa, visto que o acusado se tratava meramente de um objeto no ordenamento jurídico. Outrossim, a publicidade dos atos não era divulgada pois o processo era escrito nos livros de atas e corria de modo secreto.

Uma vez que todo esse sistema de acusação e julgamento era circundado por um ciclo fechado, a condenação era tida como um fato quase imutável, especialmente por contar com uma arbitrariedade de valorações probatórias sobre a verdade real que reincidia com peso sobrepujante nos interrogatórios do réu, contudo sem a inteligência aplicável de uma contraparte testemunhar em sentido oposto.

1.3 SISTEMA ACUSATÓRIO

Ao observar o sistema acusatório nota-se que este se opõe ao sistema inquisitório, tendo em vista que no modelo acusatório, conforme ilustra Nucci (2017), o julgador e o acusador não se acumulam em somente uma pessoa ou órgão, além de que será preservado ao acusado a garantia ao contraditório. Este sistema tem como objetivo jurídico essencial a divisão de uma atividade acusatória praticada por um órgão que será diverso de outro que irá continuar no julgamento.

Desta forma, Mirabete (2002, p. 40) indica que:

No direito moderno, tal sistema implica o estabelecimento de uma verdadeira relação processual com o *actum trium personarum*, estando em pé de igualdade o autor e o réu, sobrepondo-se a eles,

como órgão imparcial de aplicação da lei, o juiz.

Por outro lado, Lopes Jr. (2018) inclui que ao fazer uso desse sistema processual, tem-se a convicção de que o juiz continuará imparcial, visto que ele não será mais o encarregado por produzir as provas, as quais ficarão por conta das partes, atribuído ao juiz unicamente o julgamento do fato, tendo como suporte para tal decisão as informações a ele exibidas pelas partes.

Destarte, frente a tais características, compreendemos que o sistema acusatório é evoluído de uma forma muito maior se comparado ao inquisitório, outrossim, é válido reiterar que o modelo acusatório é tido também como mais justo, pois dá a garantia ao acusado de ampla defesa.

À medida que aconteciam o desenvolvimento para a divisão da integralidade dos acusadores e julgadores, compreendeu-se uma modificação no tratamento do acusado, passando da imagem de um simples objeto do direito penal para um sujeito de direitos, predominando-se o contraditório e ampla defesa frente a atual estrutura social e política do Estado, consoante sucede:

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).

É na Constituição Federal de 1988 que podemos ver isso nitidamente, pois ela incorpora integralmente as garantias e princípios básicos de um país democrático e de direito.

O Ministério Público é o órgão acusador encarregado pelo ingresso da ação penal pública de modo privado e isso nos destina ao entendimento absoluto de que vivemos um tempo que se procede a um sistema acusatório a começar da concepção de que o órgão julgador e o julgamento ficam em níveis distintos.

A relevância do MP não se encontra somente na sua particularidade de acusador, mas também no fato de ser o conservador das normas, servindo-se de sua autonomia para realizar os preceitos constitucionais e observando todo o progresso processual legitimado em sua forma solene nas acusações, limitando as repulsas de unir todas as solenidades maquinarias estatais para acontecimentos que

não sejam importantes para o processo penal.

Encontramos no interior do ordenamento desse sistema a relevância das separações de órgãos formados para esse fim em observância a legalidade imperativamente regrada dentro do contraditório, ampla defesa, juiz natural, presunção de inocência, o devido processo legal e outros mecanismos de suma importância para se preservar um julgamento correto.

Notamos que a Constituição Federal se atentou em proporcionar ao infrator uma defesa com abrangência ao determinar condições de indispensabilidade de advogado perante a justiça o que, segundo já consolidado pelo verbete 523 do STF, é causa de nulidade absoluta a ausência de advogado no processo.

Embora estejamos em um sistema notadamente acusatório, que foi revelado em nossa Constituição Federal de 1988, o sistema brasileiro ainda é interferido pelo processo de interrogatório, que acaba por reportar-se ao entendimento passado de quando a Lei de Processo Penal foi devidamente redigida. O então denominado sistema heterogêneo.

1.4 SISTEMA MISTO

Conforme menciona Rangel (2018), o referido sistema se desdobra em duas fases, que apresentarão componentes dos sistemas inquisitório e acusatório. A primeira fase será referida como instrução preliminar, nesta fase os fatos serão apurados de acordo com os padrões do sistema inquisitório, por conseguinte no momento da investigação o réu será cersiado do direito ao contraditório e a ampla defesa, assim como tal procedimento será liderado pelo juiz. Por outro lado, a segunda fase ganha o nome de fase judicial e é aprofundada debaixo do amparo do sistema acusatório, sendo asseguradas ao acusado todas os benefícios que anteriormente foram limitados.

Portanto, ao se considerar que “[...] o sistema misto corresponde a elementos acusatórios e inquisitivos em maior ou menor medida [...]” (RUBIANES, 1985, apud MIRABETE, 2002, p. 41), não é equivocado acreditar que ainda que dois Estados, em seus tocantes ordenamentos jurídicos, estabeleçam o sistema misto, não terá a preservação de que tais modelos processuais serão parecidos de Estado para Estado, afinal, pode ter aspectos diferentes de acordo com as características que as normas nacionais de cada país atribuem ao sistema misto.

O sistema misto tem características que fazem parte tanto do sistema acusatório quanto do inquisitivo. Podemos observar isto na tentativa de manter um sistema inquisitivo junto com um novo modelo que almeja ser mais justo com o réu, o modelo acusatório.

Conforme Guilherme Nucci (2007) em todo o mundo o sistema adotado no processo penal é o misto, pois seria humanamente improvável de assumir um sistema puro, só acusatório ou só inquisitório. E transferindo esse entendimento para o nosso ordenamento jurídico, o autor ainda declara que os conhecimentos probatórios, prazos processuais, recursos e outros procedimentos conectados diretamente no processo, são seguros por um sistema misto, pois, mesmo a Constituição nos expando que precisamos assumir um sistema acusatório, o Processo Penal autorizaria o Estado agir de modo inquisitorial.

Como conseguiremos compreender alguns desses entendimentos estão sempre voltadas as observações do processo penal para darem direção às possibilidades de sistemas inquisitoriais, mas a verdade é que aparenta não haver um acatamento ao que deve ser o fundamento de todo processo jurídico, político e social que é a CF de 1988.

Para que um sistema misto seja evidenciado é imprescindível que seja realizada a divisão processual e procedimental na investigação preliminar, na instrução probatória e no julgamento, como vemos:

As funções de acusar, defender e julgar são entregues a pessoas distintas. Na fase do julgamento, o processo é oral, público e contraditório (oralement, publiquement et contradictoirement), contudo, as duas primeiras fases são secretas e não-contraditórias. No processo tipo misto ou acusatório formal, na fase da investigação preliminar e da instrução preparatória, observa-se o processo do tipo inquisitivo e na fase de julgamento o processo do tipo acusatório. (MUCCIO, 2000, p. 65).

A percepção dentro de um sistema misto é uma inquisição no meio do processo que terá como indícios os conceitos e componentes pré-processuais no decorrer da investigação, a qual não está no acolhimento de um contraditório e ampla defesa, atenuando as probabilidades de um julgamento com base nas semelhanças entre acusadores e acusados.

Ainda existem muitas controvérsias sobre qual sistema processual adotado em nosso país. Conforme dispõe o artigo 4º do projeto do novo Código de Processo

Penal virá acabar com debates sobre esse tema ao dispor que: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 1941).

1.5 SISTEMA PROCESSUAL ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Observando a análise de todas essas ideias a respeito dos sistemas processuais mostradas nos tópicos passados aparece uma indagação, qual o sistema usado em nosso ordenamento? Bem, antes de procurar uma resposta para tal pergunta importante, cabe frisar que “na atualidade, eles [os sistemas processuais] jamais conseguirão ser adotados, integral e individualmente em um único ordenamento jurídico” (NUCCI, 2017, p. 71).

Ao buscarmos uma resposta a tal pergunta, nos deparamos com o fato de que os juristas brasileiros têm opiniões diferentes, pois alguns compreendem que o nosso sistema jurídico admitiu o sistema misto, pois, a persecução penal se parte em duas etapas, onde na primeira, desenvolvida na área do inquérito policial (IP), adota-se o sistema inquisitorial, já na segunda etapa, que se inicia após o estabelecimento da relação processual, adota-se o sistema acusatório e todas as suas garantias. Todavia os demais doutrinadores entendem que o Brasil adota o sistema acusatório, tendo em conta que o IP não possui natureza processual, mas sim administrativa, conseqüentemente só será processo a fase criada em juízo sob o procedimento acusatório (BONFIM, 2017).

Avante estes dois entendimentos, é possível observar a existência de uma terceira posição, que foi adotada por Lopes Jr. (2018), argumenta que foi adotado no Brasil o chamado sistema neoinquisitorial, que seria a contemporânea versão do clássico sistema inquisitorial amplamente utilizado durante a Idade Média.

Citado autor assegura que apesar de no nosso ordenamento a persecução penal se desenvolvia em dois instantes e tinha a divisão de funções no decorrer da fase judicial, ou seja, incumbindo ao Ministério Público a função de acusar e ao juiz a de julgar, não é capaz indicar que foi adotado o sistema misto, pois no decorrer da fase judicial existe a chance de o juiz ordenar, de ofício, a elaboração de certas provas, logo isso autoriza que o juiz descarte a separação de funções e proceda

como um investigador, fazendo com que sua ação aproxime-se daquela realizada pelo inquisidor.

Desse modo, apesar de todas essas posições diferentes, com a devida educação, nos alinhamos à assimilação de que no Brasil funciona o sistema processual misto, pois em primeiro lugar, como bem analisa Bonfim (2017), a persecução acontece em duas fases, sendo a primeira, isto é, a investigação criminal, feita sob a égide do sistema inquisitório, ainda que esta fase não tenha natureza exatamente processual. Acabada as investigações, começa o segundo período da persecução, isto é, a fase efetivamente processual, a qual se guiara com base nos atributos do sistema acusatório, isto é, a salvaguarda da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, dentre outras.

Além disso, Nucci (2017) aponta que, embora a CF confira os princípios processuais penais próprios do sistema acusatório, não é possível categorizar o sistema de persecução apenas com base em tais elementos, uma vez que existem noções relativas à *persecutio criminis* disponíveis em outras partes de nossa legislação, em particular no Código de Processo Penal, que, apesar das extensas alterações por que sofreu, continua a dar elementos de perseguição próprios do sistema inquisitorial.

Ainda neste momento crítico é importante atentar que Tornaghi (1997) identifica que apesar de que a persecução separa-se em duas fases, as quais são orientadas por sistemas distintos, ao olharmos de forma rigorosa percebemos que o sistema que a governa não foi usado de maneira pura, pois é possível localizar características próprias a um sistema sendo empregado no outro, ou seja, é provável localizar elementos inerentes ao sistema inquisitório em uso durante o instante conduzido sob a luz do sistema acusatório, sendo o fundamental exemplo disso a probabilidade de o juiz determinar de ofício a criação de provas.

Diante dessas informações, percebe-se que ao se analisar o contexto geral da persecução, nota-se que há uma dualidade na aplicação dos sistemas processuais, ora aplicando-se elementos de um, ora elementos do outro, portanto, é possível afirmar que o processo criminal no Brasil segue os moldes do sistema misto.

2 A ATUAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS – ASPECTOS GERAIS E PROBLEMÁTICOS DE SUA EXISTÊNCIA

O processo inquisitorial e instrutório são fundamentais no convencimento do juízo para prolatar uma decisão, e, apesar de todo o sistema penal brasileiro ser viciado em suas formas procedimentais, num tipo de monopólio acusatório pelo poder judiciário, isto é, em um processo onde existe uma apropriação do poder judicial das competências da Polícia e do Ministério Público, as reformas posteriores a promulgação do Código Penal em 1941, não foram suficientes para suprimir esse poder ilimitado da esfera judicial.

A atuação do juiz de garantias traz consigo uma filosofia jurídica de preservação da imparcialidade daquele que irá instruir, ou seja, sentenciar ao final do “devido processo legal”, aquele que é acusado.

O processo de convencimento do juízo advém de uma sequência lógica de construção da verdade com base nos fatos coletados e as provas acostadas que corroboram os fatos lidos pelo juízo, e isso traz um “pré-juízo” evidente quando da formação do processo de convicção do juiz, pois como em todo processo na vida, existe uma valoração das ideias propostas, para que elas sejam tidas como verdade, e como aquele que sentencia faz parte do processo de “persecução penal”, indagando, questionando, instruindo provas e testemunhos, seu convencimento é inicialmente dali extraído para na maioria dos casos fundamentar uma decisão, sendo esta no sentido de absolver ou condenar. Como salienta André Nicolitt (2019, p. 47):

O Código de Processo Penal, instituído pelo Dec.-Lei 3.689/1941 e inspirado na legislação italiana de 1930, com cariz autoritário em razão da influência do regime fascista que imperou no referido período. Essa cultura impregnou-se de tal forma que nem mesmo a recente reforma processual de 2008 foi capaz de purificar o Código de toda influência inquisitória e autoritária, incompatível com a ordem constitucional democrática.

Esses vícios de uma legislação do passado e estrangeira são resquícios de um tempo onde quem acusava, prendia, processava, julgava, sentenciava, aplicava a pena e era algoz, era apenas um indivíduo, o juiz.

O processo de inquisição utiliza-se de praticas abusivas em determinados

casos com intuito de forçadamente conhecer da verdade, o que é um processo indevido de persecução penal.

Reconhecidamente se fez necessário a aplicação de um *modus operandi* diverso daquele que era aplicado no processo penal brasileiro, sendo este, a criação do juiz de garantias. A sensação pelo senso comum de que existe a aplicação nua e crua de impunidade pela população em geral é equivocada, pois na realidade, o que se busca são as garantias constitucionais penais, protegidas pelo sistema jurídico constitucional e judicial do Brasil.

A investigação deve respeitar direitos e quando realizada em atos relativos a reserva de jurisdição, prisão preventiva, temporária, quebra de sigilo bancário e fiscal, entre tantas outras, aquele que determina a aplicação e utilização desses mecanismos de investigação deve ser equidistante do processo, para que não exista parcialidade decorrente de uma formação equivocada da verdade, e seus sentimentos em relação ao caso não sejam aplicados, sendo necessária uma aplicação jurídica e crítica da norma, caso a caso.

Para explicar melhor a atuação do juiz de garantias, Renato de Lima (2020, p. 114) explica que:

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. Cuida-se de verdadeira espécie de competência funcional por fase do processo.

Destarte, fica evidente a formação que o processo penal ganha com o advento do juiz de garantias, sendo uma formação mais condizente com a realidade da filosofia constitucional brasileira de respeito ao devido processo legal. Aury Lopes Jr e Ruiz Ritter (2016, p. 57) sustentam que:

A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP etc.) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas co-mo controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. O juiz não deve orientar a investigação policial, tampouco presenciar seus atos, mantendo uma postura totalmente suprapartes e alheia à atividade policial. Como regra, o juiz deve agir mediante a invocação, diante de medidas investigatórias submetidas à reserva de jurisdição.

Essa dicotomia na formação do processo, com a estipulação de dois lados ou melhor dizendo, duas funções dentro da organização lógica do processo, admite que a imparcialidade seja preservada.

Interessante a pontuação de Garcia (2014, p. 102) ao concluir que:

Contudo, se, por um lado, a existência da fase de investigação constitui uma garantia contra acusações apressadas e destituídas de suficiente base, por outro, o intenso envolvimento do magistrado nos atos investigatórios, não raro, traz em seu bojo violações a importantes garantias fundamentais do investigado, especialmente o direito a um julgamento por juiz imparcial.

Conforme frisado e muito anteriormente, a imparcialidade do juiz é o instituto de maior relevância para o processo penal, sobretudo em uma sociedade democrática, que busca através dos seus processos de aplicação legislativa, a maior neutralidade possível, aplicando conforme sustenta a norma a sua literalidade.

Oliveira (2020, p. 04) comenta o seguinte.

O Juiz das Garantias, previsto no art. 3º-B, a partir da Lei nº 13.964/2019, trata-se de juízo responsável pelo controle da legalidade de qualquer investigação criminal. Deve, nesse sentido, ser comunicado da totalidade de investigações iniciada, podendo decidir sobre matérias sujeitas à reserva de jurisdição, como determinação de prisão preventiva ou temporária, bem como quebra de sigilos bancário e fiscal, entre outras.

Trata-se de um meio mais adequado de representação democrática da própria lei aplicada ao cidadão, e no processo penal, além da imparcialidade do juiz no processo, que é de suma importância, a preservação de outro princípio que é o da presunção de inocência, princípio extraído do texto constitucional, é diretamente a mais eficaz, pois conforme se extrai do raciocínio anterior, o convencimento do juiz no processo investigativo ou inquisitorial é moldado com base em seus valores, compreensões e pela valoração da verdade construída através da leitura dos fatos e da corroboração de provas, além do mais, quando existe uma apropriação indevida do juízo das competências acusatórias e investigativas, a presunção de inocência é violada, pois os pré-julgamentos em uma fase investigativa, são extremamente prejudiciais ao acusado, que constitucionalmente é ofendido pelo sistema judicial.

Aury Lopes Jr e Ruiz Ritter (2016, p. 57) sustentam que:

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio su-premo do processo” e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e final julgamento da pretensão acusatória e do caso penal. Sobre a base da imparcialidade funda-se a estrutura dialética de um processo penal constitucional e democrático. Contudo, a complexidade da fenomenologia processual é bastante sensível, de modo que a posição do juiz funda um processo acusatório e democrático ou inquisitório e autoritário. Mexer na posição do juiz pode significar uma mudança completa da estrutura processual.

A parcialidade é mais prejudicial ao processo penal que a própria morosidade, pois mesmo ante a um cenário de morosidade no julgamento de um processo criminal, se busca a “verdade real”, já na parcialidade podem ocorrer erros judiciais gravíssimos, que conseqüentemente irão condenar ou absolver indevidamente alguém, com base nos valores ou pré-julgamentos.

Aury Lopes Jr e Ruiz Ritter (2016, p. 76) aduzem que:

Trata-se, o juiz das garantias, do aprimoramento (e até se poderia dizer tentativa de salvação) da jurisdição penal atual, que é 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.

Portanto ante aos argumentos apresentados, a criação do juiz de garantias não é um retrocesso, mas sim um avanço que em muitos países do mundo já ocorre, um deles é os EUA, que buscam dar distinção entre a inquisição e instrução no processo pelo juiz.

Aury Lopes Jr e Ruiz Ritter (2016, p. 57) complementam ao aduzir que:

Portanto, o ideal é que o juiz se mantenha na fase pré-processual como garantidor e não como inquisidor. Os mecanismos de impugnação dos atos policiais ou do promotor tomados no curso da investigação preliminar – principalmente o habeas corpus e o mandado de segurança – colocam o juiz na posição de instância de controle judicial, a quem caberá a decisão sobre aquelas medidas que limitem ou coloquem em risco os direitos fundamentais do sujeito passivo.

Garcia (2014, p. 97) acerca da evolução da norma internacional e nacional, aduz o seguinte:

A análise do direito a um julgamento por juiz imparcial no contexto das garantias incidentes na investigação preliminar e, especialmente, da figura do juiz das garantias que se quer introduzir em nosso ordenamento, relaciona-se, principalmente, a esse conceito de imparcialidade objetiva desenvolvido pela jurisprudência internacional, sobretudo pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

A relevância é gritante e os apontamentos necessários à atuação do juiz das garantias pelo modelo brasileiro, com base na lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, serão demonstrados a seguir.

2.1 A ATUAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NO MODELO BRASILEIRO COM BASE NA LEI 13.964/2019

O vulgarmente conhecido como “Pacote Anticrime”, ganhou representação legislativa através da lei 13.964/2019, que trouxe consigo inúmeras modificações no âmbito não só da norma material, mas também da norma instrumental.

Inúmeros debates acerca do projeto lei foram realizados, críticas tecidas em campos de bondade e maldade das consequências do código, entretanto, o mesmo fora aprovado. O ar de combate a corrupção fora instaurado na República Brasileira, de maneira que a aplicação da norma e sua experiência no campo prático foi testada.

Das inúmeras normas que foram introduzidas, o Código de Processo Penal, trouxe consigo a inovação jurídica do juiz das garantias, alterando a redação do código de processo penal da seguinte maneira:

Art. 3º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Juiz das Garantias

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (BRASIL, 2019).

Interessante destacar o Art. 3-A do CCP com a nova redação acima descrita, levando em consideração a expressão “vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação”, bem como a apropriação indevida das competências da Polícia e Ministério Público, bem como é expressamente proibido que ocorra uma substituição

pelo juiz do titular da atuação probatória do órgão de acusação, conferindo ao juiz de garantias uma obrigação de neutralidade e de que o seu convencimento será apenas relativo as provas que forem produzidas no momento previsto no processo.

Importante destacar o Artigo 3 – B do CPP que com a nova redação, traz as competências do juiz de garantias, limitando sua atuação em uma primeira fase de inquisição e certos atos de garantia da aplicação da lei, que são:

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XI – decidir sobre os requerimentos de:

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

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

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

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

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

XIII – determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

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

XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito

outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

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

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

XVIII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. (BRASIL, 1941).

Estas são algumas das inúmeras atividades privativas do juiz das garantias no processo penal brasileiro reformulado pelo pacote anticrime, importante destacar mais alguns pontos que são cruciais, tais como, interceptação telefônica, quebra de sigilo fiscal e bancário, busca e apreensão em domicílio, e quaisquer outros meios de provas que indubitavelmente podem violar direitos constitucionalmente garantidos ao acusado.

Os incisos XII, XIII e XIV do Art. 3-B do CPP aduzem o seguinte:

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

XIII – determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

XIV – decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código. (BRASIL, 1941).

Um grande avanço, levando em consideração que no momento da prisão e posteriormente decretação de prisão preventiva ou temporária seja facultado ao juiz de piso, ou juiz de garantias a apreciação do pedido de habeas corpus, com as razões de pedir e assim, reconsiderar sua decisão, apesar de na maioria das vezes serem negados os pedidos e serem recorridas as decisões.

Diante dessas inovações surgem questionamentos relativos a eficácia da lei do Pacote Anticrime criando correntes contrárias e favoráveis das quais se verá a seguir.

2.2 CORRENTES DOUTRINÁRIAS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS A EXISTÊNCIA DO JUIZ DE GARANTIAS NO SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

Como em toda evolução legislativa, o conteúdo de uma norma é amplamente debatido nas correntes jurídicas e filosóficas de um país, o juiz das

garantias não fora diferente neste aspecto, criando uma cisão entre a doutrina, estando de um lado aqueles que sustentam que a ideia do juiz de garantias é uma aberração jurídica, pois compreendem que a existência do estado juiz por si só é uma garantia, e de outro lado, aqueles que sustentam que o juiz de garantias é uma necessidade, pois em uma cadência geral de evolução processual, a imparcialidade seria mais protegida que o comum.

Essas ideias por mais complexas que sejam, tem seus fundamentos, e o processo democrático republicano aprovou por maioria o pacote anticrimes e com ele a existência do juiz de garantias, deste modo a evolução da norma nos próximos anos, decorrerá da análise prática das experiências com o juiz das garantias e das críticas doutrinárias a sua atuação no processo penal brasileiro, até lá faz-se necessário uma observação das correntes favoráveis e contrárias bem como seus fundamentos e razões para seu posicionamento.

2.2.1 Correntes Favoráveis ao Juiz das Garantias

Conforme sustentado inicialmente, uma das motivações relacionadas a existência do juiz das garantias é primordialmente a preservação do princípio da imparcialidade, pois este é primordial na boa condução do processo, e da existência de um devido processo legal.

Aury Lopes Jr e Ruiz Ritter (2016, p. 65), em um trabalho fantástico, intitulado “Imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva” traz um estudo interessante produzido por Leon Festinger, que tem o título de Teoria da dissonância cognitiva.

Em termos iniciais os autores assim comentam:

A teoria da dissonância cognitiva tornou-se conhecida em 1957, por meio da obra “A Theory of Cognitive Dissonance” de Leon Festinger e se trata, essencialmente, de um estudo acerca da cognição e do comportamento humano. Fundamentada na premissa de que o indivíduo tende sem-pre a buscar um estado de coerência (consonância) entre seus conhecimentos (opiniões, crenças e atitudes), desenvolve-se no sentido de comprovar que há um processo involuntário, por isso inevitável, para se chegar a essa “correlação”, admitidas naturais exceções. (LOPES JR; RITTER 2016, p. 66).

Conforme explanado pelos ilustres doutrinadores acima colacionados, a dissonância cognitiva é um dos fundamentos pelos quais faz-se necessário a postura de um juiz mais imparcial, pois existe uma influência gigantesca entre quem o juiz é – suas crenças, valores, cultura, etc – e o que ele decidirá a partir do que vier a seu julgamento.

O modelo de investigação ou inquisição adotado pelo sistema judiciário, quando ausente provas que corroborem fatos para elucidação da verdade real, parte de um processo de dedução para construção de uma verdade que pode não ser real. Importante destacar que os valores do júízo – pessoa física que assume o papel de estado juiz na câmara processual – que irá prolatar decisões, expedir mandados dentre outros atos processuais, coloca seus valores, sua formação cultural, suas crenças e o seu conceito de certo e errado na hora de sopesar seus atos judiciais.

Para o juiz, como em qualquer outra pessoa, existe uma necessidade de se encontrar uma consonância com aquilo que se acredita, e se isso não ocorrer, suas ações tendem a fazer com que a decisão final independente do que acontece no mundo real que é impossível de controlar, bem como em contraste com a lei e as normas processuais, sejam de acordo com sua vontade, dobrando a lei com a vontade humana, fugindo até mesmo da exposição de razões necessárias para uma decisão justa e coerente com a lei, não com sua cognição emotiva.

Para destacar ainda mais, Aury Lopes Jr e Ruiz Ritter (2016, p. 66) complementam ao aduzir que:

Assim, especialmente atenta às situações em que há o rompimento desse estado e o indivíduo se encontra diante de incontestável incoerência (dissonância) entre seus próprios pensamentos, ou entre sua ação e sua razão (sujeito que fuma habitualmente - ação – toma conhecimento de que a nicotina é extremamente nociva para sua saúde – razão -, e permanece com o hábito, sem que queira matar-se ou adoecer, por exemplo), identifica e apresenta reflexos cognitivo comportamentais decorrentes desse contexto antagônico e inquietante.

Ou seja, a ação do juiz é dissonante daquilo que a razão apregoa como devido no processo penal. Percebe-se uma enorme insistência em atos de inquisição e investigação de encontrar provas que condenem e atestem a culpabilidade daquele que é acusado, e não em encontrar provas que demonstrem sua inocência, e olhando por este espectro, a força que o Ministério Público em conjunto com o

Poder Judiciário é tão grande para condenar, que a defesa daquele que é acusado se apequena.

No conceito da elucidação de verdade faz-se necessário que exista uma cooperação entre o MP o Judiciário e Defesa, entretanto isso não ocorre, percebe-se que existe uma corrida para a condenação e isso não depende da existência da verdade real ou da defesa de direitos constitucionalmente garantidos.

2.2.1.1 A necessidade do juiz das garantias frente a imparcialidade e sua indispensabilidade

Conforme já cansativamente exposto, a imparcialidade do juiz no processo de investigação é o motivo da existência do juiz de garantias, pois presume-se que dentro da lógica processual, levando em consideração que o juiz das garantias, não é aquele que irá sentenciar, mas apenas o que irá dar andamento a primeira fase do processo, tenha uma postura mais adequada como juiz, protegendo direitos constitucionais e penais garantidos ao acusado. Aury Lopes Jr e Ruiz Ritter (2016, p. 75) ensinam que:

Como visto, seja na perspectiva do direito processual, seja no âmbito da psicologia social, há algo de inquestionável na discussão sobre a figura do juiz de garantias: sua imprescindibilidade para ter-se uma jurisdição imparcial. Reconhecidos os prejuízos para a imparcialidade do julgador decorrentes do seu contato com os elementos indiciários do inquérito policial, o que se está a buscar é o seu afastamento dessa fase investigativa, em prol de efetividade na prestação jurisdicional ulterior, que continua(rá) submetida à orientação imposta pela Constituição Democrática de 1988 de tutela de direitos fundamentais, sem mais exigir um comportamento inumano do magistrado, como atualmente faz.

O prejuízo a ordem jurídica e estabilidade jurídica em um país, cujas autoridades não respeitam os princípios jurídicos estabelecidos naquele sistema jurídico, é inimaginável, o descrédito por parte do povo ante as instituições afetará o funcionamento do próprio sistema.

A garantia de um juiz imparcial é um avanço, para que não existam prejuízos ao direito e ao próprio processo. Paulo Silas Taporosky Filho e Diéssica Bueno (2020, p. 423) sustentam que:

Diante disso, denotasse que a raiz principiológica da interferência jurisdicional na fase de investigação é a proteção do indivíduo, ou seja, garantir que as exigências legais e constitucionais sejam preservadas, uma vez que há medidas de caráter violador de preceitos normativos reconhecidos constitucionalmente que somente assim podem sofrer restrições quando houver determinação judicial que assim autorize.

Trata-se de uma ação necessária, uma garantia constituída e personificada através do processo que garantirá a segurança jurídica e a conferência dos direitos a cada cidadão, portanto, a linha de pensamento daqueles que são favoráveis a existência do juiz das garantias está fundada na ideia de que o processo deve ser particionado, buscando uma dicotomia entre as partes julgadoras, livrando assim, uma da outra, o seu vício decorrentes de uma dissonância cognitiva, que faça com que as ações daquele que investigou, instruiu, sopesou e julgou, tenha uma decisão incorreta.

2.2.2 Correntes Desfavoráveis ao Juiz das Garantias e suas Críticas

Inicialmente uma das principais críticas feitas até mesmo pelos magistrados, é decorrente do conceito ou expressão “juiz das garantias”, levando a entender que a atividade judicante feita por diversos juízes até o presente momento, não fora dentro da estrita legalidade, tendo como pressuposto a garantia de direitos constitucionais.

Barros Filho, (2017, p. 41) sustenta que:

Observa-se que o próprio nome adotado pelo novel instituto do juiz das garantias já foi alvo de inúmeras críticas. A ideia é de um magistrado que atue na fase pré-processual em nome das garantias individuais do investigado, ou seja, assumindo um papel de controlador da legalidade dos atos investigatórios. A despeito disso, a crítica encontra-se justamente neste conceito, muitas vezes formuladas pelos próprios magistrados, tendo em vista que defendem que essas funções que irão ser exercidas pelo juiz das garantias já é comumente objeto do dia a dia dos julgadores.

Diversos juízes ao fazer tais ponderações sustentam a ideia de que o controle de legalidade dos atos é realizado por ele, o próprio juiz. E que tais posturas já são praticadas pelos juízes uma vez que estão revestidos da autoridade judicial para realizar este controle de legalidade, portanto a expressão juiz das garantias é

criticada, pois leva a crer que por si só o juiz não é garantidor de direitos constitucionalmente garantidos.

Outro grande ponto defendido por aqueles que são contra a existência do juiz das garantias, é o relativo ao custo material e de recursos humanos. De determinada maneira sustenta-se a ideia de que o estado por não possuir as condições orçamentárias necessárias, não suportaria a criação de novos cargos de juízes garantidores na fase pré-processual penal, ou seja, não existem recursos humanos e sequer materiais, para a aplicação do juiz das garantias.

Garcia (2014, p. 179), sustenta que:

Muitas reações à figura do juiz das garantias dão-se, então, sob o fundamento de que o Estado não dispõe de orçamento para suprir as demandas que a criação dos novos cargos determinará. Argumenta-se que, tanto no âmbito federal quanto estadual, o Poder Judiciário não possui condições orçamentárias para assegurar ao menos dois juízes em cada seção judiciária, ou comarca do território nacional, bem como que a proposta passará inevitavelmente, por grandes entraves na sua concretização dada a extensão do território nacional e suas realidades regionais diversas.

Diante desses argumentos, a corrente doutrinária tem um condão mais ligado a questão político-orçamentária, com foco na responsabilidade fiscal que o estado deve ter para com as contas públicas, além da semântica atual da expressão juiz das garantias que é tida como equivocada, ante a sempre feita na visão dos contrários, realização do controle de legalidade.

3 A RELEVÂNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS SOBRE A ÓTICA DA FALIBILIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A relevância do sistema do juiz de garantias com o advento da lei 13.964/2019 é comprovada a partir de uma simples verdade, o sistema penitenciário brasileiro é um dos mais abarrotados do mundo, a população carcerária supera e muito a capacidade existente.

E por mais que as prisões sobre a ótica processual tenham naturezas discrepantes, como por exemplo, prisão cautelar, preventiva e definitiva com a existência de uma sentença penal condenatória transitado em julgado, as pessoas acusadas pelo sistema de justiça, tendem a dividir o mesmo espaço penitenciário, padecendo das mesmas intempéries daqueles que já condenados estão.

Além da condenação judicial o condenado tem uma condenação da sua condição humana ao habitar as masmorras brasileiras, que nada mais são que os presídios e cadeias públicas, que atualmente estão desassistidos dos direitos mais básicos previstos na constituição federal.

3.1 O PAPEL DO JUIZ DE GARANTIAS FRENTE À CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Como se sabe, o sistema penitenciário é o maior problema brasileiro atual, pois o mesmo tem uma deficiência de recuperação do condenado. O grande problema é que a pessoa presa preventivamente sem a devida fundamentação legal, ou até mesmo com uma prisão ilegal sem a presença de um juiz de garantias incorre em ser obrigada a estar em uma prisão sendo ela exercida por cadeia pública ou junto a presídios estaduais com tais deficiências, tendo seus direitos violados.

A crise do sistema penitenciário brasileiro está no fato que, além de ser amplamente concordado pela doutrina em geral, é sabido de maneira evidente que o sistema de execução penal não tem eficiência para ressocializar, existem padrões comportamentais e organizacionais dentro do sistema de execução penal que impossibilitam a ressocialização.

Deste norte, alguns problemas são sérios e impedem a ressocialização do apenado. Levando em consideração que o estado, quando toma para si a tutela da

liberdade do indivíduo, o mesmo fica responsável, pela proteção das demais gamas de direitos fundamentais, dentre elas condições dignas de se cumprir a pena, sistema sanitário adequado para impedir a proliferação de doenças, proteção aos presos dentro dos presídios, etc., essa gama de direitos em inúmeros casos sequer é respeitada.

A doutrina aponta, nas palavras de Cezar R. Bitencourt (2001, p. 25) o seguinte:

a) maus tratos verbais ou de fato (castigos sádicos, crueldade injustificadas, etc.); b) superlotação carcerária (a população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita os abusos sexuais e de condutas erradas); c) falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras nas celas, corredores); d) condições deficientes de trabalho (que pode significar uma inaceitável exploração do recluso); e) deficiência dos serviços médicos ou completa inexistência; f) assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva (dependendo do delinquente consegue comprar esse tipo de serviço para utilizar em favor da sua pena); g) regime alimentar deficiente; h) elevado índice de consumo de drogas (muitas vezes originado pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários ou policiais, que permitem o tráfico ilegal de drogas); i) abusos sexuais (agravando o problema do homossexualismo e onanismo, traumatizando os jovens reclusos recém-ingressos); j) ambiente propício a violência (que impera a lei do mais forte ou com mais poder, constringendo os demais reclusos).

A existência de mais violência dentro do sistema penal é apenas o começo dos problemas que impossibilitam o processo de reeducação social do apenado. A realidade do sistema penitenciário brasileiro denuncia a prática de crimes relacionados a abuso sexual, consumo de drogas, falta de condições sanitárias para permanecer nas celas, superlotação e a existência de organizações criminosas dentro do sistema penitenciário.

Tais crimes são comuns em diversos estabelecimentos penais estaduais, pela falta de destinação de recursos, com intuito de melhor operação do sistema de execução penal, chega-se a triste conclusão que, os estabelecimentos penais brasileiros são verdadeiras masmorras.

A Superlotação carcerária é um problema grave que atinge o sistema penitenciário em cheio. Devido a outro fator que será mais adiante comentado, a superpopulação carcerária é resultado da reincidência de ex-condenados que reintegraram a sociedade, mas que voltaram a cometer crimes. Em um artigo

publicado pela Folha de São Paulo em 10 de julho de 2004 Tiago Ornaghi (2004): sustenta que:

A população carcerária do Brasil dobrou entre os anos de 1995 e 2003. No meio da década de 90, havia 148.760 detentos; hoje, existem 308.304. O déficit de vagas teve um aumento de 60,7% -de 80.163 vagas para 128.815.

O déficit de vagas hoje é maior que a lotação do estádio do Maracanã (122 mil pessoas) e é quase igual ao total da população carcerária de 1995 (148.760).

Os dados constam de estudo que o governo federal encomendou sobre as condições dos presídios e da população carcerária. O relatório ao qual a Agência Folha teve acesso foi feito pela ex-diretora do Sistema Penitenciário e ouvidora de Polícia no Estado do Rio de Janeiro, Julita Lemgruber. O Brasil tem a segunda maior população carcerária da América, com 187,7 presos para cada 100.000 habitantes (os EUA têm 740 para cada 100.000 habitantes). O déficit mais do que dobrou de 2002 para 2003. De um ano para o outro, a população carcerária aumentou em 68.197 ingressos, e o sistema perdeu 2.376 vagas. A população carcerária contabilizada é a que já foi condenada a qualquer pena privativa de liberdade e está presa. Ela deveria estar reclusa em estabelecimentos penitenciários, só que parte dela se encontra em locais inadequados para o cumprimento da pena, como as cadeias de delegacias. Os números estão atualizados até novembro de 2003 e foram obtidos com os governos estaduais. Para Lemgruber, a falta de vagas é a principal causa para a superlotação que caracteriza os presídios brasileiros. A lotação impede que haja socialização e atendimento correto da população carcerária, o que acaba criando tensão e violência. As constantes rebeliões nos presídios são o resultado final dessa falta de infraestrutura para manter os condenados. Temos verdadeiros retratos do inferno nos presídios. Uma maior racionalidade na imputação de penas, o uso de penas alternativas e um empenho do Estado na melhoria dos presídios existentes e na construção de novos é fundamental para resolver o problema.

Há mais de uma década e meia o problema da superpopulação carcerária já era temido pelos estudiosos, diante de um fator de reincidência crescente e de um índice de criminalidade que disparava naqueles tempos, o Brasil já havia se tornado o país com a 2ª maior população carcerária do mundo.

Trata-se de um depósito humano que impossibilita o cumprimento das demais esferas de direitos. Acesso a um ambiente com condições dignas de se cumprir a pena é impossível, pois em uma cela que cabem apenas 5 presos, são colocados 20, e por conta dessa superlotação, o trabalho que é obrigatório não é mais executado, acesso a comida de qualidade nem sempre existe, etc.

A assistência material que o estado é obrigado a conceder ao apenado não existe em uma situação de superlotação, pois em uma cela para 05 detentos, não existem colchões para 20 que ali estão confinados, existe um revezamento para dormir o que é desumano.

Augusto Thompson (2002, p. 51) leciona o seguinte:

Em um alojamento onde caberiam cinco camas, com razoável distância entre elas, de sorte a permitir a colocação de um pequeno armário, podem ser acomodados doze presos, desde que se usem beliches e se suprima o móvel; ou vinte e seis, se todo o mobiliário for eliminado e se fizer com que os hóspedes durmam num estrado inteiriço, a cobrir toda a extensão da cela. Ou se a área pode suportar cinquenta alojamentos, com dez presos em cada um, torna-se viável nela recolher uma população de mil e quinhentas ou duas mil pessoas, se, em vez de dividi-la em compartimentos, a autoridade se limita a cercá-la com arame farpado, deixando que os residentes se amontoem no interior, dormindo no chão puro.

Evidentemente existe uma distância gritante entre a norma prevista na lei de execução penal e a realidade do sistema prisional brasileiro, isso por que, a falta de estrutura, organização, fundos e investimento do poder público existem de maneira insuficiente para atender aos objetivos da lei.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017, coordenadas pelo Consultor Marcos Vinícius Moura Silva, por intermédio da publicação do Ministério da Justiça, através do Sistema de Informações Penitenciárias Nacional – INFOPEN, traz dados interessantes sobre a situação da quantidade populacional brasileira.

De acordo com o Estudo:

No primeiro semestre de 2017, o quantitativo de pessoas privadas de liberdade no Brasil é de 726.354, o que demonstra uma redução da taxa de crescimento desta população quando comparado com anos anteriores. O gráfico abaixo (1) apresenta a série histórica das pessoas privadas de liberdade entre os anos de 1990 e 2017. Entre o segundo semestre de 2016 e o primeiro semestre de 2017, podemos destacar um aumento de 0,59%, ou ainda 4.234 pessoas custodiadas. (BRASIL, 2017, p. 11).

No primeiro semestre de 2017 os dados se mostraram animadores pela redução da quantidade de pessoas privadas em sua liberdade no Brasil, entretanto, se analisado com os dados anteriormente fornecidos pela Publicação de Tiago

Ornaghi na Folha de São Paulo, a população carcerária brasileira dobrou de 2004 até o ano de 2017.

A política criminal brasileira, consistente no modelo de prisão como ferramenta de publicidade jurídica de que o estado está combatendo a criminalidade com uma grande massa carcerária, denuncia que o estado é incompetente em outros setores da sociedade, os setores de prevenção. Além do mais, deve-se observar, que conforme dados do INFOPEN, conforme abaixo, o índice de pessoas presas em caráter provisório, sem condenação é gritante.

É possível observar a distribuição das pessoas privadas de liberdade segundo a natureza da prisão e tipo de regime ao qual o custodiado está submetido. A partir da análise gráfica, podemos inferir que 43,57% das pessoas presas no Brasil são presos sentenciados em regime fechado, seguido de 33,29% composta por presos provisórios, ou seja, sem condenação e 16,72% presos em regime semiaberto. Ao analisarmos a série histórica da população prisional provisória (gráfico 06), entre os anos 2000 e 2017, podemos observar que este dado varia pouco entre os anos. De 2015 para 2017, é possível perceber uma redução nesta população prisional. (BRASIL, 2017, p. 14).

O número de pessoas aguardando sua sentença, estando presas em caráter provisório é imenso, dos 726.354 (setecentos e vinte e seis mil, trezentos e cinquenta e quatro) detentos no Brasil, 33,29% está aguardando julgamento, o que demonstra igualmente, que a morosidade do poder judiciário é outro fator, que não contribui para a concessão de uma justiça célere e que respeite o devido processo penal.

Um dado importante, trazido pelo INFOPEN, demonstra que as políticas públicas de desenvolvimento social e trabalho voltado a educação nas escolas, não são de um todo, garantia de que tais crianças, não permearão pelos caminhos da criminalidade, tendo em vista que mais da metade dos estabelecimentos penais brasileiros, estão destinados ao recolhimento de presos provisórios, o que novamente confirma, que a morosidade do poder judiciário, fora legalizada administrativamente pelo poder executivo, criando uma solução para o poder judiciário quanto a sua carga de trabalho e não ao sistema penal e de execução penal, que precisa urgentemente de medidas mais efetivas.

De acordo com o gráfico abaixo, é possível inferir que 50,03% dos

estabelecimentos prisionais no Brasil foram construídos para a detenção de presos provisórios. Em seguida, podemos observar as unidades destinadas para o cumprimento de regime fechado, com 24,1%, já as unidades propostas a diversos tipos de regime representam 11,7% e as unidades concebidas para o regime semiaberto configuram 7,5% dos casos. (BRASIL, 2017, p. 17).

Os dados revelam que existe um descaso com políticas públicas preventivas, bem como, existe uma aceitação por omissão velada, em não aplicação de políticas públicas efetivas, mas para o marketing do poder público.

Diante de todos estes problemas existe uma necessidade intrínseca de um juiz de garantias antes mesmo do processo de cumprimento de sentença. As garantias são pilares que fundamentam o sistema jurídico constitucional do país, não se trata de um sistema que fomenta a corrupção e a criminalidade, mas de um sistema que preconiza com medidas como a do juiz de garantias, a evolução da cultura jurídica de um país, medindo a sua simples civilidade pela força com que se protege a sua constituição.

3.2 AS CONTRIBUIÇÕES DO JUIZ DE GARANTIAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Muitas são as contribuições do juiz de garantias no sistema jurídico penal brasileiro, importa destacar de antemão uma delas que é essencialmente constitucional, entretanto, sofre, com a indiscriminada arbitrariedade de juízos e com a insaciável sede de condenação que o Ministério Público no seu mister, tem como objetivo principal.

Lembrando que, o juiz das garantias tem como objetivo central a imparcialidade, para que tudo aquilo que ele fizer na instrução inicial do processo seja visto como prova produzida dentro do princípio do contraditório e ampla defesa, e do devido processo legal.

De muito se utiliza o inquérito policial e demais atos após a apresentação de denúncia, de meios de coerção para obtenção de prova forçada.

Fala-se aqui da garantia constitucional de não produzir prova contra si mesmo, e na maioria de diversos casos, o que acontece é isso, os depoimentos colhidos são tolhidos da verdade, controvertidos, e interpretados de maneira a buscar a condenação do acusado e não a verdade real.

3.2.1 Garantia de não Produzir Prova Contra si Mesmo Assegurada pelo Juiz de Garantias

Um sistema processual penal dificilmente será livre da influência de outros, na medida em que o direito é uma gama de compreensão internacional conexas, sobretudo no caso do direito penal, pois se relaciona intrinsecamente com o exercício do poder do estado na limitação de direitos humanos (PELLEGRINI, 2009).

Assim, é difícil a existência de um sistema que não sofra influência de outros, justamente por se tratar de toda uma construção histórica. Sobre esse assunto, Lopes Junior (2014, p. 70) salienta que dentro do sistema processual penal brasileiro a prática do interrogatório advém da época da inquisição, em que “[...] o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial”, cuja justificativa se dava na importância da confissão e da verdade para a igreja católica.

No transcurso da história, a verdade, especialmente no que diz respeito à identificação de uma conduta e de seus elementos, sempre foi um dos principais objetivos perquiridos pelo ser humano, pois “[...] a verdade é algo sublime para o homem, e por isso ele a busca, persegue-a sem trégua em todas as atividades que exerce” (BARROS, 2011, p. 27), de modo que, não raras as vezes, a pretensão de sua identificação é tão exacerbada, que entende pela necessidade da utilização de meios e formas impensados e que não representem a mais lúdima justiça.

No Brasil o sistema processual penal, sobretudo no que diz respeito à prática do interrogatório enquanto meio de prova, busca a consolidação de que a verdade deva ser construída por meio de um processo que observe um rito próprio e positivado, com a adoção de princípios que auxiliam o magistrado e o aplicador do direito no sentido de buscar uma proteção contra o autoritarismo (JUNIOR KHALED, 2010, p. 34).

Assim, o constitucionalismo no direito brasileiro implica na adoção de um sistema processual penal iminente acusatório, mas limitado (no plano das ideias) por valores inerentes à própria garantia do acusado contra o autoritarismo.

Entretanto, a grande crítica em relação ao processo penal brasileiro é que as previsões protecionistas da Constituição Federal não são concretizadas e, portanto, o processo penal é regido por um conservadorismo, sob o argumento da supremacia da coletividade sobre o individual, que é capaz de justificar, não raras as vezes, a

supressão de valores, sobretudo para alcançar a verdade do caso por vias tangenciais que não por meio da construção estrutural esperada, com a garantia, por exemplo, dos princípios da ampla defesa e do contraditório (LOPES JÚNIOR, 2014).

Essa crítica quanto ao sistema processual penal remonta o próprio contexto ideológico em que o Código de Processo Penal foi criado, porquanto sua base advém do sistema inquisitorial italiano, o que implica, assim, em um misto de sistema inquisitorial e acusatório, onde o magistrado poderá, a depender do caso, produzir provas, dirigir rumos das investigações e, ainda, proferir julgamento com base naquilo que ele efetivamente participou (OLIVEIRA, 2011).

O contexto ideológico arguido é importante de se observar porquanto a Itália, à época da formação do código brasileiro, perpassava pelo regime fascista, cuja consequência para o sistema penal certamente é o de punitivismo exacerbado diante da influência autoritária do discurso ideológico.

Acerca do assunto, Oliveira (2011, p. 5), ao analisar a evolução do Código de Processo Penal brasileiro, destaca que:

O interrogatório do réu era realizado, efetivamente, em ritmo inquisitivo, sem a intervenção das partes, e exclusivamente como meio de prova, e não de defesa, estando o juiz autorizado a valorar, contra o acusado, o seu comportamento no aludido ato, seja em forma de silêncio (antiga redação do art. 186 e o ainda atual art. 198, já revogado implicitamente), seja pelo não-comparecimento em juízo. É autorizada, então, a sua condução coercitiva (art. 260, CPP).

Toda essa crítica, entretanto, é observada na evolução da ordem jurídica interna, principalmente com a promulgação de uma nova Constituição Federal, logo após a um período de regime militar, em que as garantias inerentes ao processo e à proteção dos direitos humanos foram deixadas de lados (PELLEGRINI, 2009).

Essa é, inclusive, uma das justificativas para o reconhecimento de valores sociais importantes e caros ao processo, tais como devido processo legal, a obrigatoriedade da motivação do convencimento do juiz, a vedação de utilização de provas obtidas por meios ilícitos, entre outros, que redundam, como bem observa Bonato (2015, p. 30) na ideia de que “[...] o importante atualmente é interpretar a cláusula sempre voltada para uma base constitucional e democrática, onde os direitos e garantias decorrentes possam ter a máxima efetividade possível”.

Nesse sentido, a prova no processo penal e seus meios de perquiri-la deverão acompanhar e ser pautadas(os) também na garantia e proteção desses valores. Significa dizer, em outros termos, que muito embora ela se trate de um instrumento para a concretização do processo, em contrapartida deverá ser compreendida, sobretudo, como um direito fundamental do próprio acusado, pois ela “[...] assume um papel importante na distribuição da Justiça, [...] e deverá ser produzida em sua plenitude observados os limites, devendo o Juiz no momento de sua decisão estar convicto que está proferindo uma decisão justa em ambos os aspectos” (SALMEIRÃO, 2016, p. 34).

Ao abordar a condição de direito fundamental da prova, Ferrajoli (2010, p. 564) observa que a igualdade deverá nortear toda a produção de provas desde o inquérito policial até o último momento possível de invocação de algum meio necessário à defesa dos interesses da parte no processo penal, sobretudo do acusado.

É por este motivo que ela deve ser visualizada como instrumento a favor do acusado para o cumprimento de diversas outras categorias de direitos fundamentais, como, por exemplo, presunção de inocência, direito de ação, ampla defesa, contraditório, à liberdade, entre outros.

Trata-se, por certo de direito subjetivo material, público, universalmente consagrado, em que se especifica o direito de petição, e definido por JOSÉ ANTONIO TOMÉ GARCIA, como “o direito de peticionar nos órgãos do Poder Judiciário, consubstanciando-se no meio adequado e impostergável de obter amparo jurisdicional” a outro direito. (TUCCI, 1993, p. 54-55).

Desse modo, é possível verificar que a prova consiste na base do processo penal brasileiro, haja vista ser ela o meio pelo qual o magistrado conseguirá identificar a existência de autoria e materialidade.

Assim, pode-se dizer que enquanto direito fundamental instrumental, “[...] a função da prova é essencialmente demonstrar que um fato existiu e de que forma existiu ou como existe e de que forma existe.

É, portanto, uma tarefa reconstrutiva, uma “missão histórica do juiz” para checar e interpretar fatos anteriores que dizem a respeito a uma suposição criada. (ARANHA, 1996, p. 05)

Sobre o assunto, é interessante destacar os ensinamentos de Tourinho Filho (2003, p. 521-522), que salienta que:

[...] antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.

Assim, tem-se que a prova é elemento indispensável ao processo penal, de modo que sua utilização deva ser garantida especialmente em favor do acusado, por ser o meio pelo qual desvencilhará de eventual responsabilidade na esfera penal.

3.2.2 Garantia de Ampla Defesa com uma Linha de Interrogatório que é Guiada Pela Busca da Verdade e não Pela Condenação de um Indivíduo

O interrogatório enquanto meio de prova se trata do instrumento processual pelo qual o acusado pessoalmente se reporta à autoridade (magistrado ou delegado) para fins de elucidar eventuais dúvidas e, ainda, expor suas versões sobre uma ocorrência.

Em verdade, embora o interrogatório seja considerado em direito positivo na condição de prova, configura-se precipuamente um meio genuíno de defesa do acusado para a concretização de seu direito de ampla defesa. (LOPES JÚNIOR, 2014)

Nesse sentido, Lopes Júnior (2014) considera o interrogatório sob dois aspectos distintos, sendo o primeiro na condição de defesa pessoal positiva, em que o acusado teria a possibilidade de relatar tudo aquilo que lhe seria útil ao seu exercício de defesa.

Neste ponto, é interessante destacar os ensinamentos de Figueiró (2016, p. 26) que sintetiza bem essa condição ao afirmar que:

[...] o interrogatório serviria como meio de exercício da autodefesa e do contraditório, visto à luz da presunção de inocência. Assim, seria meio pelo qual o acusado teria chance de se defender e mostrar a sua versão dos fatos frente às acusações sofridas, no entanto, ele vai além.

A segunda perspectiva do interrogatório enquanto meio de prova é o que Lopes Junior (2014) denomina de defesa pessoal negativa, em que o acusado possui o direito de não dizer nada e, portanto, não produzir qualquer prova contra ele mesmo.

Ou seja, a defesa pessoal negativa no interrogatório consiste na observância do direito ao silêncio, sendo assim um instrumento para proteger o acusado de qualquer autoritarismo processual, sobretudo para não provocar uma auto-incriminação.

É sobre essa perspectiva de interrogatório enquanto meio de prova que Oliveira (2011) caminha mais além, para o fim de defender que esse ato processual seja realizado a partir de um juízo de oportunidade e conveniência do acusado, com a intenção de melhor elaborar suas estratégias de defesa. Assim, tem-se que o interrogatório não pode ser compreendido enquanto ônus processual ao acusado (GOMES, 2012), mas exclusivamente enquanto meio de defesa. No mesmo caminho caminham os ensinamentos de Lopes Júnior (2014), para quem seria, inclusive, dispensável a presença do acusado em procedimentos de interrogatórios, pois este se consubstancia em um direito dele e não dever:

Ora, mais do que nunca, é preciso compreender que o estar presente no processo é um direito do acusado; nunca um dever. Considerando que o imputado não é objeto do processo e que não está obrigado a submeter-se a qualquer tipo de ato probatório (pois protegido pelo *nemotenenetur se detegere*), sua presença física ou não é uma opção dele. Há que se abandonar o ranço inquisitório, em que o juiz (inquisidor) dispunha do corpo do herege, para dele extrair a verdade real... O acusado tem o direito de silêncio e de não se submeter a qualquer ato probatório, logo, está logicamente autorizado a não comparecer. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 555)

Nesse aspecto, tem-se que o interrogatório não pode ser compreendido enquanto meio de prova, mas sim meio de defesa do acusado, cuja consequência no campo jurídico é, inclusive, a possibilidade de negativa de comparecimento aos atos de interrogatório, pois ao acusado não podem ser cerceados seus direitos de ampla defesa, contraditório e ao silêncio, apenas com a finalidade de cumprir uma função inquisitorial da busca da verdade do processo.

Portanto a importância do juiz das garantias decorre inescapavelmente da necessidade de proteger o texto constitucional com as garantias mais básicas, poder-se-ia dizer que a lei é cumprida em todos os casos, entretanto isso não é

palatável aos olhos dos fiscais da lei e do povo. A lei que admite no sistema jurídico brasileiro o juiz das garantias é de extrema necessidade e garante a ordem e segurança jurídica ao povo brasileiro, dentro de cada processo judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito basilar do presente trabalho foi examinar se a existência do Juiz das Garantias seria eficaz ao sistema jurídico brasileiro e, fundamentado nas considerações apresentadas, é possível estabelecer algumas conclusões a respeito do problema central.

Ao estudar as funções do sistema de processo penal, podemos compreender as diferentes manifestações dos juízes ao longo do tempo. O sistema inquisitivo é qualificado pela concentração de poder na pessoa do julgador, que desempenha também a função de acusador. Por outro lado, o sistema acusatório se caracteriza pela igualdade conferida entre as partes e a imparcialidade vinda da pessoa do juiz.

Portanto, a reforma no Código de Processo Penal, sob a ótica da Constituição Federal, é sem dúvidas necessária e urgente, visto que o sistema processual deve obter um padrão harmonizado com a realidade constitucional vigente, o que não era real, já que, observava-se de forma nítida características inquisitórias em vários aspectos do processo penal brasileiro.

A partir do estudo da garantia da jurisdição, foi possível ressaltar a monta da existência de um juiz imparcial, que traria ao processo mais igualdade, bem como garantiria a salvaguarda dos direitos das partes. Sendo assim, pensar na implantação do Juiz das Garantias no ordenamento brasileiro, é pensar também em um grande avanço jurídico-social.

É possível notar que, hodiernamente, o magistrado tem contato com o caso penal já no começo da investigação, contagiando-se com as possibilidades acusatórias dos membros do Ministério Público, bem como com as autoridades policiais. Tão somente durante o processo, instante em que o juiz já se encontra certo da culpa do réu, tem contato com a defesa e sua manifestação. Acredito, portanto, que o grande problema não é a condenação, mas sim, olhar para denúncia (o caso em si) com olhos de condenação.

Entretanto, há que se concordar que a proposta é falha em alguns aspectos, como por exemplo no fato de o juiz do processo ser o responsável por considerar a acusação, possibilitando, da mesma forma, a contaminação do mesmo, uma vez que precisa conhecer todo o conteúdo da investigação para então acusar ou não.

No começo do corrente ano, o Ministro e também presidente do Supremo

Tribunal Federal, Luiz Fux interrompeu, por tempo indeterminado, a vigência do Juiz de Garantias. Segundo Fux, o instituto discutido deve ser suspenso por duas razões. Inicialmente porque a proposta de lei deveria ter saído do Poder Judiciário, tendo em vista que abala o funcionamento da justiça no país. Por outro lado, Fux ainda expõe que, a lei foi autorizada sem a previsão do impacto orçamentário.

Diante da manifestação do Ministro Fux, podemos analisar os fatos e concordar que a presença do Juiz de Garantias seria de fato excelente, contudo traria um grande impacto na economia do país. Ademais, há que se pensar no fato de que atualmente o Brasil não possui um número de magistrados considerável para colocar em prática o instituto. A grande realidade brasileira é que diversas Comarcas não possuem seu próprio juiz, pois dependem de juízes que se deslocam de cidades maiores. Ou seja, a demanda de juízes é escassa e a demanda de serviço é exuberante.

Além de tudo, temos as problemáticas no sistema prisional, em que contam com a superlotação, e a razão para isto, se dá pelo fato de as políticas públicas voltadas para a ressocialização dos presos não serem tão eficazes, e com isso causarem a reincidência dos detentos. Outro fator dessa superlotação nos presídios, se dá pelo fato de que uma grande porcentagem dos que estão presos, ainda estão aguardando suas sentenças finais, mostrando assim uma demora no sistema judiciário para finalizar o processo.

Caso o juiz de garantias seja inserido ao ordenamento jurídico, poderia causar uma demora ainda maior nessa sentença, então um sistema que já é lento em suas sentenças, demoraria muito mais pelo fato de o sistema judiciário possuir poucos juízes, e colocaria mais funções para desempenharem, sobrecarregando os mesmos, o que poderia influenciar diretamente no resultado do julgamento.

Ante o exposto, a princípio, conceitua-se o instituto do juiz das garantias eficaz e viável como projeto para resguardar a imparcialidade, dado que assegura limites à infecção da fase de investigação. Todavia, o texto legal atual (Lei 13.964/2019) apresenta uma estrutura procedimental que não harmoniza com a realidade jurídica atual, o que tornaria o instituto pouco pertinente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ARANHA, Adalberto José de Camargo. **Da prova no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROS FILHO, Alexandre Vale do Rêgo. **AS CONSEQUÊNCIAS DA CONTAMINAÇÃO DOS MAGISTRADOS DURANTE A FASE PRÉ-PROCESSUAL: OS EFEITOS DA APLICAÇÃO DA FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS**. Graduação, Monografia, Curso de Direito, Faculdade Damas da Instrução Cristã, 50 páginas, 2017, Recife.

BARROS, Gilda Naécia Maciel de. Platão: mito e Paideia. **Revista Notandum Libro**, São Paulo, n. 10, 2008. Disponível em: <http://www.hottopos.com/notand_lib_10/gilda.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONATO, Gilson. **Devido Processo Legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 12 ago. 2019.

_____. **Institui a Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Atualização Junho de 2017, Brasília, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em:

<<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à Teoria Geral do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIRÓ, Carolina Simões. **A condução coercitiva no sistema jurídico brasileiro: um estudo da sua recepção sob a atual ordem constitucional**. Monografia jurídica, Direito, Universidade de Brasília, 2016, Brasília. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14532/1/2016_CarolinaSimoeseFigueiro_tcc.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2019.

GARCIA, Alessandra Dias. **O juiz das garantias e a investigação criminal**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23092015-092831/pt-br.php>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Processual Penal**. São Paulo: RT, 2012.

JUNIOR KHALED, Salah Hassan. **O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório?**. Repositório Institucional da Universidade Federal do Rio Grande, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/handle/1/3561>>. Acesso em 15 nov. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. A IMPRESCINDIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA UMA JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL: REFLEXÕES A PARTIR DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA THE IMPERATIVE OF THE JUDGE OF GUARANTEES FOR AN IMPARTIAL CRIMINAL JURISDICTION: REFLECTIONS FROM THE THEORY OF COGNITIVE DISSONANCE. **DUCIN ALTUM CADERNOS DE DIREITO**. Faculdade Damas, v. 8, n. 16, 2017. Disponível em: <<https://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/397>>. Acesso em 10 set. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTT, Luiz. Bahia. **Inquisição e Sociedade**. Salvador: Edufba, 2010.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2000.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 9. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo Penal e Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Felipe Braga. JUIZ DAS GARANTIAS: O NASCIMENTO LEGISLATIVO

DO JUIZ DAS INVESTIGAÇÕES E SUA CONSTITUCIONALIDADE FORMAL. **Revista de Direito Penal**, Processo Penal e Constituição, v. 6, n. 1, p. 157-174, 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/6672>>. Acesso em: 15 set. 2020.

ORNAGHI, Tiago. **Número de presos dobra em 8 anos no país. O déficit no sistema penitenciário chega a 128.815 vagas e é maior do que a lotação do estádio do Maracanã**. Folha de São Paulo. Online. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1007200401.htm>>. Acesso em: 24 out. 2019.

PELLEGRINI, Ada. A reforma do Código de Processo Penal brasileiro – pontos de contato com o direito estrangeiro (Reforma Infraconstitucional, Processo Penal). *Revista de Processo*, Universidade de São Paulo, v. 34, n. 169, mar. 2009. Disponível em: <<https://repositorio.usp.br/item/002123198>>. Acesso em: 24 out. 2020.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta Pelo Ministério Público: Visão Crítica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SALMEIRÃO, Cristiano. Do procedimento probatório e do momento da sua produção com participação ativa do magistrado em busca da decisão justa no direito processual penal. **Revista âmbito jurídico**, XV, n. 98, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11325>. Acesso em: 20 nov. 2019.

TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; BUENO, Diéssica. O juiz das garantias como ferramenta para assegurar a imparcialidade no processo penal. **Revista Húmus**, v. 10, n. 29, 2020. Disponível em: <<http://www.periodicos eletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/14842>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.