

O juiz das garantias no processo penal é uma garantia de imparcialidade?

Warney Anselmo Neto¹

Ângela Araújo Costa²

Recebido em: 12.11.2023

Aprovado em: 18.12.2023

Resumo: Este artigo tem por objetivo apresentar um breve estudo sobre a figura do juiz de garantias, no que tange acerca da imparcialidade do juiz no processo penal, o qual foi instituído pela Lei 13694/19, denominado como “Pacote Anticrime”. Por muitos anos, vêm se discutindo acerca dos sistemas processuais no processo penal brasileiro acusatório. Discute-se ainda mais, acerca do comprometimento na concretização do princípio da imparcialidade, como uma garantia constitucional no processo penal, uma vez que o juiz atuante desde a fase inquisitorial, deferindo diligências cautelares como interceptações telefônicas, mandados de busca e apreensão, requisitando dados de sigilos fiscais, é aquele que faz juízo de mérito das provas produzidas durante a instrução penal para eventual prolação de sentença. Com a figura do juiz das garantias, busca-se a separação e limitação de competências dos magistrados, assim, um será atuante somente na fase inquisitorial, enquanto outro, em eventual ação penal. Ao final pode-se concluir que a instituição do juiz de garantia, efetiva o devido processo penal constitucional e favorece com a imparcialidade do julgador. A metodologia utilizada foi uma revisão de bibliografia, abordando o tema com organização sistêmica.

Palavras-chaves: processo penal; juiz das garantias; pacote anticrime; sistemas processuais; competências magistrado.

Is the judge of guarantees in criminal proceedings a garante of impartiality?

Abstract: This article aims to present a brief study on the figure of the guarantee judge, with regard to the impartiality of the judge in criminal proceedings, which was instituted by Law 13694/19, called the “Anti-Crime Package”. For many years, there have been discussions about the pro-cedurais systems in the Brazilian criminal procedure accusatory. There is even more discussion about the compromise in implementing the

¹ Discente em Direito pela Famig - Faculdade Minas Gerais. warney.neto789@gmail.com.

² Revisora. Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Local pelo Centro Universitário UNA - BH. Especialista em Língua Brasileira de Sinais -LIBRAS pela Universidade Cândido Mendes.

principle of impartiality, as a constitutional guarantee in criminal proceedings, since the judge acting from the inquisitorial phase, granting pre-cautionary measures such as telephone interceptions, search and seizure warrants, requesting data of tax secrecy, is the one who judges the merits of the evidence produced during the criminal investigation for the eventual delivery of a sentence. With the figure of the judge of guarantees, the separation and limitation of competences of the magistrates is sought, thus, one will be active only in the inquisitorial phase, while another, in an eventual criminal action. In the end, it can be concluded that the institution of the guarantee judge, implements due constitutional criminal process and favors the impartiality of the judge. The methodology used was a bibliography, review addressing the topic with a systemic organization.

Keywords: criminal proceedings; warrant judge; anti-crime pack; procedural systems; magistrate skills.

1 INTRODUÇÃO

O Estado, como detentor do *jus puniendi*, tem o dever de evitar arbitrariedades e garantir que as liberdades individuais sejam respeitadas em um devido processo legal. Para tanto, se vale do direito penal, o qual fixa regras e estabelece quais condutas devem ser tratadas de forma mais severa, classificando-as como crimes ou contravenções.

Porém, apesar de ser o titular do direito de punir, o Estado também se submete a limites legais, encontrando fronteiras em sua atuação. Esses limites estão previstos no arcabouço jurídico, através de normas e princípios. Com o desígnio de aperfeiçoar a legislação penal, principalmente o processo penal brasileiro, foi sancionada a Lei 13.964/19, popularmente conhecida como “pacote anticrime”.

A lei surgiu como resposta aos anseios do povo brasileiro, que demonstrava grande insatisfação com a atuação dos órgãos jurisdicionais, tendo em vista os constantes debates acerca dos julgamentos, e principalmente, quanto aos crescentes índices de criminalidade e impunidade.

Uma das grandes mudanças trazidas pela lei é a figura do Juiz de Garantia, que é uma função exercida no processo criminal por um juiz de direito, designado em atuar como garantidor no alento do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado. O principal fundamento para a inserção do juiz de garantia é a proteção da imparcialidade do julgador.

A imparcialidade do julgador é um princípio constitucional implícito de suma importância, tendo em vista que coaduna com o devido processo penal constitucional, sendo o reflexo direto da adoção do sistema processual penal acusatório, no qual o julgador mantém uma distância equitativa das partes, analisando a lide de forma racional.

A elaboração do trabalho no tocante ao tema suscitado, objetiva, estimular uma análise acadêmica acerca da garantia da imparcialidade no processo penal brasileiro, com o surgimento da figura do Juiz das garantias.

Para tanto, far-se-á uma análise da aplicação da imparcialidade no processo penal, sem o juiz de garantias, apontando as normas que contrariam o sistema processual penal acusatório, principalmente quanto ao papel do julgador na fase inquisitiva. Também será abordado a necessidade de um julgador imparcial e o devido processo penal constitucional. Por fim, por meio do exame dos julgados do Supremo Tribunal Federal, será explicitado quais são as mudanças que se espera com o juiz de garantias e como elas contribuem para o avanço do processo penal brasileiro.

Dessa forma, restará demonstrada a importância da inovação legislativa, e de como ela corrobora para a consubstanciação do princípio da imparcialidade, através de revisão bibliográfica sistematicamente organizada.

2 A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR EM UM DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Ao longo dos séculos, a estrutura do processo penal passou por consideráveis mudanças em sua sistematização, consoante o entendimento predominante da ideologia punitiva ou libertária. Nesse sentido, nota-se a dualidade entre os sistemas processuais penais, de um lado o sistema acusatório e do outro o sistema inquisitório. (LOPES JR, 2019, p. 46).

Segundo a doutrina especializada, como Aury Lopes Jr. e Fernando Capez, no sistema acusatório o juiz não concentra as atividades de investigar, acusar e julgar, mas há a delegação das funções de investigação, acusação e defesa a pessoas distintas, ficando a cargo do juiz a função de julgamento da causa.

O sistema acusatório (...) assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz 'apaixonado' pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação. (LOPES JUNIOR, 2019, p. 48).

De acordo com Fernando Capez:

É contraditório, público, imparcial, assegura ampla defesa; há distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos. (...) O processo acusatório é o que assegura todas as garantias do devido processo legal. Pressupõe a existência de garantias constitucionais decorrentes do respeito à dignidade humana e ajustadas ao perfil de um processo penal democrático, caracterizado pela constante mediação do juiz, principalmente quando houver restrição a algum direito ou garantia fundamental. Foi o modelo adotado no Brasil. A Constituição Federal de 1988 vedou ao juiz a prática de atos típicos de parte, procurando preservar a sua imparcialidade e necessária equidistância, prevendo distintamente as figuras do investigador, acusador e julgador. (CAPEZ, 2016, p. 118)

Diversamente, no sistema inquisitivo ou inquisitório, não existe a figura da divisão de sujeitos processuais, isto é, uma parte acusadora, outra em prol da defesa do acusado, e por último, um juiz imparcial para o caso concreto. Caracterizando-se pelo sigilo, forma escrita, ausência de contraditório, e principalmente reunião de todas funções processuais em uma única pessoa.

O réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão. (...) Processo inquisitivo é aquele realizado sem as garantias do devido processo legal (contraditório, publicidade, ampla defesa, juiz natural etc.), no qual não existe imparcialidade do julgador, nem separação das funções de acusador e juiz, nem vedação das provas ilícitas. (CAPEZ, 2016, p. 119)

Ainda, há quem defenda a existência de um sistema processual misto, que é aquele que possui características dos dois sistemas processuais acima mencionados. “Há uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório” (CAPEZ, 2016, p.119).

A primeira fase é tipicamente inquisitorial, destituída de publicidade e ampla defesa, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Sob o comando do juiz, são realizadas uma investigação preliminar e uma instrução probatória, objetivando-se apurar a materialidade

e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade, a oralidade, a isonomia processual e o direito de manifestar-se a defesa depois da acusação. (LIMA, 2020, p. 45).

Similarmente ao inquisitivo, no sistema misto o magistrado também atua na fase de inquérito, porém a acusação cabe a órgão distinto, isto é, o Ministério Público.

A espécie de sistema processual adotado, atualmente, no direito brasileiro é motivo de certa discussão doutrinária, isso porque o Código de Processo Penal foi inspirado no Código Napoleônico no ano de 1808, que adota o sistema processual misto.

Por essa razão há quem defenda que o ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema processual penal misto. O douto doutrinador Guilherme de Souza Nucci, defende esse entendimento, salientando que o Código de Processo Penal é anterior à Constituição Federal, e que por esse motivo o diploma processual não precisa guardar ressonância com os princípios constitucionais. (NUCCI, 2016, p. 76)

Além do que, para Nucci, a Constituição não é fonte exclusiva da lei, devendo-se considerar o que está previsto nas legislações infraconstitucionais. (NUCCI, 2015, p. 76).

É essencial visualizar na persecução penal brasileira a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, concursado, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e de ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.). Somente após, ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais pertinentes ao sistema acusatório. Fosse verdadeiro e genuinamente acusatório o nosso sistema, não se poderia levar em conta, para qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que não ocorre em nosso processo na esfera criminal, bastando fazer a leitura do art. 155 do CPP. O juiz leva em consideração muito do que é produzido durante a investigação, como a prova técnica (aliás, produzida uma só vez durante o inquérito e tornando difícil à defesa a sua contestação ou renovação, sob o crivo do contraditório), os depoimentos colhidos e, sobretudo – e lamentavelmente – a confissão extraída do indiciado (NUCCI, 2015, p. 77).

Todavia, o posicionamento de Nucci não reflete a corrente majoritária. Assim, entende-se que a Constituição Federal de 1988, por suas normas e princípios, adota o sistema processuais penal acusatório, e que isso informa a todas as normas infraconstitucionais, sendo este inclusive, o entendimento dos tribunais superiores.

Desta forma, o que se tem hoje é que a Constituição Federal adota o sistema acusatório e estabelece expressamente a necessidade de se observar o devido processo legal, o que deve ser refletido no ordenamento jurídico, que deve estabelecer norma que reflitam a adoção de um devido processo penal constitucional.

2.1 Devido processo penal constitucional (sistema processual acusatório)

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5, inciso LIV, assevera que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal (BRASIL, 1988).

O devido processo legal por ter alto grau de abstração, pode ser entendido como um princípio no qual se estabelecem diretrizes a todo ordenamento jurídico, abrangendo, de certo modo, diversificados princípios processuais, especialmente o princípio da imparcialidade.

Eduardo Bello (2017), cita CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, ao explicar que o devido processo legal enquanto princípio constitucional, consiste num conjunto de garantias de ordem constitucional sob dois primas; de assegurar às partes o exercício de suas faculdades de poderes de natureza processual bem como legitimar a própria função jurisdicional.

O devido processo penal constitucional só é possível no sistema processual acusatório, tendo em vista que no sistema inquisitório, não existe ampla defesa e contraditório.

Ademais, no devido processo penal constitucional há uma divisão das funções processuais, havendo mais agentes além do juiz. Nestor Távora, ensina da seguinte forma:

Com origem que remonta ao Direito Grego, o sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou nítida a preferência a esse modelo que tem como as características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado. (TAVORA, ALENCAR, 2020).

O devido processo penal constitucional tem seu início somente com o oferecimento da denúncia. Sendo assim, Eugênio Pacelli ensina que:

As principais características dos aludidos modelos processuais penais seriam as: no sistema acusatório além de se atribuírem a órgãos diferentes funções de acusação (e investigação) e de Julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação; já no sistema inquisitório, como o juiz atua também na fase de investigação, o processo se iniciaria com a *notitia criminis*, seguindo-se a investigação, acusação e julgamento (PACELLI, 2016, pág. 14).

Nos ensinamentos de Fernando Capez:

Devido processo legal é aquele em que estão presentes as garantias constitucionais do processo, tais como o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, o juiz natural, a imparcialidade do juiz e a inércia jurisdicional (ne procedat iudex oficio). Assim, colocar o julgador na posição de parte, incumbindo-lhe atribuições investigatórias e probatórias típicas de acusador, implica vulnerar sua imparcialidade e violar o due process of law. (CAPEZ, 2016, p. 109, grifo próprio).

Portanto, o processo penal constitucional passou a exigir a efetiva igualdade entre os litigantes, devendo vigorar a imparcialidade dos órgãos envolvidos, acusador e julgador. Imperando os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, em perfeita consonância com o ideal do Estado Democrático de Direito advindo da Constituição Federal de 1988.

2.2 A necessidade de um julgador imparcial

Dentro de um processo penal democrático, tem-se que a imparcialidade do juiz é condição indispensável à segurança jurídica e na distribuição da justiça, sendo inclusive pressuposto de validade do processo.

Eugênio Pacelli (2016), explica que o direito processual penal brasileiro não deve ser aplicado sob a mesma “ótica” de quando o código de processo penal brasileiro fora instituído, isso porque, segundo ele, a Constituição Federal de 1988 trouxe novas perspectivas acerca das matérias de direito processual, especialmente, em matéria penal.

Fernando Capez ensina que:

O juiz situa-se na relação processual entre as partes e acima delas (caráter substitutivo), fato que, aliado à circunstância de que ele não vai ao processo

em nome próprio, nem em conflito de interesses com as partes, torna essencial a imparcialidade do julgador. Trata-se da capacidade subjetiva do órgão jurisdicional, um dos pressupostos para a constituição de uma relação processual válida. Para assegurar essa imparcialidade, a Constituição estipula garantias (art. 95), prescreve vedações (art. 95, parágrafo único) e proíbe juízes e tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII). Dessas regras decorre a de que ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato (CAPEZ, 2016, p. 96).

Fato é que a base principiológica no processo penal vai muito além de uma natureza garantista ao réu, tratando-se sobretudo de uma limitação ao próprio poder punitivo estatal.

Assim sendo, a imparcialidade do magistrado durante a sua atuação é essencial para que se haja justiça, bem como é um instrumento importante contra arbitrariedade do poder estatal.

2.2.1 Atuação constitucional do julgador

A Constituição Federal de 1988 contempla implicitamente o princípio da imparcialidade demonstrando a adoção de um sistema processual penal acusatório. De tal modo, é notório que no sistema inquisitório o juiz passaria a ser o protagonista da investigação, atuando excessivamente de ofício, suprimindo sua imparcialidade no processo e maculando o devido processo legal.

Apesar, de não estar previsto expressamente, o princípio da imparcialidade se faz presente em algumas garantias constitucionais, como por exemplo a vedação a júízo ou tribunal de exceção prevista na norma do artigo 5º, XXXVII.

Além disso o Brasil é signatário de tratados Internacionais que garantem julgamento por tribunal imparcial como o previsto Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Segundo Aury Lopes Jr. (2019, p. 58), o jurisdicionado possui o direito de não apenas ter um juiz, mas na visão constitucional, é exigido um juiz imparcial e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição, assim a atuação do julgador deve sempre observar as garantias dos direitos fundamentais assegurados ao réu.

Fernando Capez mostra que na visão de Cintra, Grinover e Dinamarco a maior virtude de um juiz é a imparcialidade. “A qualidade de terceiro estranho ao conflito em causa é

essencial à condição de juiz” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, apud CAPEZ, 2016, p. 262).

Sob a perspectiva jurídica contemporânea, uma jurisdição penal imparcial não se confunde com uma jurisdição neutra.

Na visão de José Roberto dos Santos Bedaque, não se deve considerar o julgador, apenas um mero expectador:

A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da ‘postura instrumentalista que envolve a ciência processual’. Essa postura favorece, sem dúvida, a ‘eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos’. Contribui, real de acesso à ordem jurídica justa. A tendência moderna de assegurar a todos a solução jurisdicional, mediante o devido processo constitucional, compreende a garantia de solução adequada, cuja obtenção pressupõe a ampla participação do juiz na construção do conjunto probatório” (BEDAQUE, 2012, p. 169-170).

O julgador deve atuar no processo, porém essa atuação é limitada e controlada. Para Antônio Aurelio Abi os primordiais mecanismos que limitam a atuação do julgador são: o resguardo às garantias fundamentais; a publicidade; ponderação de valores a serem resguardados; a fundamentação e os fatores ligados à definição de processo justo entre outros. (2019)

O juiz ao exercer o seu convencimento livre motivado, deve fazê-lo sem inclinação, devendo se ater às provas trazidas pelas partes aos autos, e ao mesmo tempo estar distante dos litigantes, figurando como terceiro desinteressado na lide existente. Destarte, vejamos os ensinamentos de Renato Brasileiro (2020):

De modo a evitar que uma parte seja beneficiada em detrimento da outra, ainda que involuntariamente, o magistrado só pode atuar de maneira imparcial, conduzindo o processo como um terceiro desinteressado em relação às partes, comprometendo-se a apreciar na totalidade ambas as versões apresentadas sobre os fatos em apuração, proporcionado sempre igualdade de tratamento e oportunidades aos envolvidos. A imparcialidade requer do magistrado, portanto, uma postura de equidistância em relação às partes, a exigir que assuma uma posição para além dos interesses delas, o que, em tese, permitirá uma atuação jurisdicional objetiva, desapassionada, na qual não deverá favorecer, seja por interesse ou simpatia, seja por ódio ou antipatia, a nenhuma das partes. Em outras palavras, é o desinteresse subjetivo no resultado do processo o que caracteriza o ser imparcial. (LIMA, 2020, pág.120)

Nesse mesmo sentido, o Código de Ética da Magistratura dispõe da seguinte forma:

Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro.

[...]

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo o ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Assim sendo, a imparcialidade do julgador é essencial à validade do processo, entretanto isso não quer dizer absoluta inatividade. O julgador tem consigo a missão de conduzir o processo com a distância necessária para não influenciar seu julgamento por liames subjetivos, com observância dos princípios processuais constitucionais, em busca da solução do litígio de forma justa.

Todavia, apesar da inegável importância da imparcialidade do julgador, reside ainda no Código de Processo Penal, algumas disposições que segundo a doutrina, maculam a imparcialidade do juiz, a exemplo, pode-se citar o artigo 156, I

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, **facultado ao juiz de ofício I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas** consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 1941, grifo próprio).

A norma é bastante criticada tendo em vista que cria a figura chamada pela doutrina de “juiz investigador” dando ao processo penal brasileiro um caráter inquisitório. (CAPEZ, 2016, p. 109).

Sobre a figura do “juiz investigador”, Fernando Capez ensina que:

A colheita da prova pelo juiz compromete-o psicologicamente em sua imparcialidade, transformando-o quase em integrante do polo ativo da lide penal, colidindo frontalmente com diversas normas constitucionais. À vista do exposto, o juiz que participar da colheita da prova, atuando como verdadeiro inquisidor, não estará atuando na função típica de magistrado, ficando, destarte, sujeito ao comprometimento psicológico com a tese acusatória, tão comum às partes. Por essa razão, estará impedido de proferir qualquer sentença ou decisão no processo criminal que vier a se instaurar. (CAPEZ, 2016, p. 110).

A atuação ex officio do juiz compromete diretamente sua posição de julgador “pois a experiência histórica demonstrou que o exercício espontâneo da atividade jurisdicional afeta, sobremaneira, a imparcialidade do julgador, que se deixa influenciar pela iniciativa tomada” (CAPEZ, 2016, p. 85), sendo, portanto, inadmissível no devido processo penal constitucional.

3 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E A FUNÇÃO DO JULGADOR

A investigação preliminar é a fase que antecede o processo penal, tendo em vista que o Brasil adota a persecução penal bifásica.

Ela pode se dar de diversas formas, não excludentes entre si, as quais têm como objetivo a apuração de uma infração penal, indicando autoria e materialidade.

Fernando Capez, define inquérito como sendo o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, para que o titular da ação penal ou o ofendido possam ingressar em juízo.

Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, I), e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30); como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares (CAPEZ, 2016, 148).

O inquérito policial, é uma das formas de investigação preliminar, tem natureza de procedimento administrativo, e nele não existe a figura do réu, estando disciplinado no Código de Processo Penal a partir do art.4º.

3.1 Características do inquérito

O Inquérito Policial é um procedimento administrativo onde o delegado de polícia, o qual tem atribuição de presidi-lo, reúne elementos necessários para subsidiar os indícios de autoria e materialidade para eventual oferecimento de denúncia pelo Ministério Público.

Flúvio Cartdinelle Garcia esclarece que, “[...] as provas ou os elementos de convicção, inocência ou responsabilização do infrator, são colhidos durante o que se chama

persecutio criminis, ou persecução penal [...]” (2017, p. 21). De tal modo, a fase inquisitiva, também denominada de pré-processual se inicia com a instauração do inquérito policial, pelo Delegado de Polícia, “A fase inquisitiva ou pré-processual tem início com o inquérito policial (IP), instrumento utilizado pelo Estado para preparar, investigar e reunir elementos [...]” (GARCIA, 2017, p. 21).

Possui também natureza inquisitiva, é sigiloso e oficial, o que significa que somente pode ser feito através de órgãos oficiais; é oficioso, podendo ser instaurado de ofício, sem qualquer provocação; o inquérito também é indisponível, uma vez instaurado não pode ser arquivado pela autoridade policial e dispensável, ou seja, não constitui requisito para a denúncia ou queixa crime.

Capez elucida as características acima da seguinte maneira:

[...] todas as peças do inquérito policial serão, num só processo, reduzidas a escrito ou datilografadas e neste caso, rubricadas pela autoridade (CPP, art.9º) [...] A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade (CPP, art. 9º) [...] O inquérito policial é uma atividade investigatória feita por órgãos oficiais, não podendo ficar a cargo do particular ainda que a titularidade da ação penal seja atribuída ao ofendido. [...] A atividade das autoridades policiais independe de qualquer espécie de provocação, sendo a instauração do inquérito obrigatória diante da notícia de uma infração penal (CPP, art. 5º, I) [...] o inquérito policial é presidido por uma autoridade pública, no caso, a autoridade policial (Delegado de Polícia de carreira) [...] É indisponível. Após sua instauração não pode ser arquivado pela autoridade policial (CPP, art.17) [...] Caracteriza-se como inquisitivo o procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo como discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e da sua autoria [...] não se aplicam os princípios do contraditório e ampla defesa, pois se não há acusação, não se fala em defesa [...] (2018, p. 119-121).

Nota-se que o contraditório e a ampla defesa não estão entre as características do inquérito, isso porque nessa fase eles são relativizados, o que significa que a investigação preliminar não tem o condão de produzir provas³, em regra, mas tão somente indícios que serão, na fase processual, submetidos ao crivo do contraditório.

³ O Código de Processo Penal autoriza a produção de provas no inquérito quando se tratar de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente

Porém, há grande discussão sobre o contraditório e ampla defesa no Inquérito Policial. Para Badaró o direito a ampla defesa é constituída durante a investigação no inquérito nos atos de defesa como declarações defensivas, direito de ficar em silêncio; e por outros meios (jurisdicionais) como impetração de mandado de segurança e habeas corpus. (BADARÓ, p. 116) Contudo, Norberto Avena leciona que nem mesmo a garantia a ampla defesa é desenvolvida na fase de investigação. (AVENA, 2023, p).

Apesar da discordância entre a aplicação de fato da ampla defesa no inquérito, é unânime na doutrina a não observância do contraditório no procedimento pré-processual. Rangel entende que o contraditório não é compatível com a natureza do procedimento administrativo, visto que, o investigado não está sendo acusado, mas somente investigado, devendo esse princípio ser aplicado somente no exercício jurisdicional.

É possível entender que o procedimento preliminar de investigação deve colher apenas as informações necessárias para a propositura da ação penal, visto que esse procedimento não garante o direito ao contraditório que só será abrangido na fase judicial. Trata-se, portanto de um procedimento prévio, com características inquisitivas, observado a não aplicação do contraditório.

3.2 A função do julgador na fase de inquérito

A atuação do juiz na fase inquisitiva é determinada de acordo com o sistema penal adotado. Como já dito anteriormente, no sistema penal inquisitório, o juiz acumula os papéis de acusador e julgador. Já no sistema penal acusatório, haverá outros atores processuais, o que confere ao juiz somente a função de julgar, e ainda o obriga a fazer de forma fundamentada e pública.

Prevalece o entendimento que o Brasil adota o sistema penal acusatório, considerando principalmente os mandamentos do devido processo penal constitucional (LIMA, 2020, p. 320). Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 4693/BA, *in verbis*

nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (BRASIL, 2008).

“A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, em matéria de processo penal, o sistema acusatório, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação e julgamento”.

Todavia, o julgador, no sistema penal brasileiro, ainda detém alguns resquícios do sistema inquisitório, como já dito anteriormente, interferindo inclusive na fase inquisitiva, que leva alguns doutrinadores a classificarem o sistema processual penal brasileiro como misto.

O artigo 5º do Código de Processo Penal é um exemplo dessa atuação.

Art. 5º Nos crimes de ação pública o **inquérito policial será iniciado: II - mediante requisição da autoridade judiciária** ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. Art. 10. Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela. **1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.** Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial: II - realizar as **diligências requisitadas pelo juiz** ou pelo Ministério Público; (BRASIL, 1941, grifo próprio)

Percebe-se que o julgador tem contato direto com todos os indícios o que, indiretamente, poderá comprometer sua imparcialidade na ação penal, pois os indícios apresentam tão somente a visão do acusador, sem a defesa do indiciado. Nesse cenário surge a figura do juiz de garantia como uma alternativa, pois a grande crítica não está na atuação de um juiz na fase inquisitorial, mas sim, no fato de ser esse juiz o responsável pelo julgamento da ação penal.

4 O JUIZ DE GARANTIAS

O Código de Processo Penal brasileiro teve mudanças significativas com o advento da Lei 13.964/19, denominada como “Pacote Anticrime”. Uma das mudanças mais substanciais foi a instituição do “juiz das garantias”, o qual está positivado no art. 3-B do diploma processual penal.

Acerca da figura do Juiz de Garantias, Renato Brasileiro ensina que:

[...] o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. Consiste, pois, na outorga exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência

para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, o qual ficará, na sequência, impedido de funcionar no processo judicial desse mesmo caso penal. (LIMA, 2020, p. 112)

Diante disso, pode-se dizer que o juiz de garantias é o juízo que aferirá a legalidade durante a fase de inquérito policial. Deferindo diligências cautelares, como decretações de prisão, buscas de apreensão e produção de provas antecipadas, a ao mesmo tempo assegurará os direitos e garantias fundamentais ao investigado.

Com a figura do Juiz das Garantias, busca-se a efetiva imparcialidade. Ao passo que o magistrado que atuou na fase de inquérito não atuará na fase de instrução. Acerca disso pode-se fazer algumas considerações: se eventual magistrado, na fase de inquérito, decreta prisão preventiva como garantia de ordem pública, as suas decisões posteriores na fase de instrução tendem a ter a mesma razão e inclinação daquela a qual motivou o ato que decretou a custódia cautelar; por outro lado, com essa “repartição de competências” promovida pelo Juiz das Garantias, o magistrado atuante na fase de instrução ficará “livre” de quaisquer “ônus” de decisões anteriormente proferidas pelo juízo da fase de inquérito, sendo suas decisões pautadas no viés do saber do direito e não na capacidade punitiva do Estado.

Eugenio Pacelli elucida muito bem o exposto acima, nos seguintes dizeres:

[...] para além da autoridade inerente a qualquer ato do Poder Público, as decisões judiciais em matéria criminal, mais que quaisquer outras (administrativas e políticas), devem demonstrar amplo conhecimento sobre a matéria decidida. E de tal maneira que toda condenação criminal seja fruto exclusivo do saber (conhecimento), e não mera manifestação de poder (de autoridade) (PACELLI, 2016, p. 34).

Embora o Brasil tenha adotado o sistema acusatório, a simples separação das funções de acusar, defender e julgar não é suficiente para garantir a imparcialidade. Renato Brasileiro afirma que, é imensamente importante que o magistrado não seja o gestor da prova, cabendo somente às partes sua produção, sendo que enquanto o juiz não se permanecer fora da atividade investigatória e instrutória, e possuir a faculdade de produção de atos investigatórios e probatórios de ofício a qualquer tempo da instrução penal, não existe de fato um magistrado imparcial.

Renato Brasileiro mais uma vez explica:

A inovação introduzida pela Lei n. 13.964/19 guarda relação, portanto com o reconhecimento explícito, por parte da legislação processual penal, do entendimento de que não há condições mínimas de imparcialidade num processo penal que autoriza que o mesmo julgador que interveio na fase investigatória tenha competência, mais adiante, para apreciar o mérito da imputação, condenando ou absolvendo o acusado. Ou seja, diante de possíveis prejuízos causados à imparcialidade do magistrado decorrentes do contato que teve com os elementos informativos produzidos na investigação preliminar, e as tomadas de decisões que teve que fazer, decretando, por exemplo, medidas cautelares pessoais, o que está a buscar com a nova figura do juiz das garantias é o seu afastamento definitivo da fase processual, preservando-se, assim sua imparcialidade para o julgamento do feito sem amarras que possam comprometer sua imparcialidade, deixando de ser, assim, um terceiro involuntariamente manipulado no processo (LIMA, 2020, p. 115).

A figura não foi muito bem aceita no ordenamento, a começar pelo próprio termo, juiz de garantias, que foi criticado por alguns doutrinadores, uma vez que, segundo eles, é dotado de redundância, pois a figura do juiz por si só já traz em sua essência a função de garantidor. Ainda, a constitucionalidade de tal instituto foi questionado perante a Corte Suprema através de ações diretas de inconstitucionalidade, levando à suspensão do juiz de garantias até recentemente.

4.1 Vigência do juiz de garantias: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal

Incluído pela lei 13964 de 2019, a figura do juiz de garantias gerou críticas e questionamentos, culminando em diversas ações que debatem sua constitucionalidade, tanto sob aspecto material como sobre o aspecto formal.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a figura do juiz de garantias, através da análise pelo pleno das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305, determinando que a sua implementação ocorra em 12 meses contados da publicação do julgamento, prorrogáveis por uma vez.

A norma do artigo 3ºA, pacifica o entendimento de que o Brasil adota o sistema penal acusatório, in verbis: “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).

O sistema penal acusatório brasileiro estava bastante mitigado, o que atingia diretamente o princípio da imparcialidade e ofendia o devido processo penal

constitucional, pois mesclava características do sistema inquisitivo, tendo em vista que permitia ao juiz atuação *ex officio*. (CAPEZ, 2016, 149).

Apesar da importância do estabelecimento expresso da adoção do sistema penal acusatório, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o juiz poderá intervir, de acordo com os limites legais, e determinar diligências suplementares “por maioria, (...) assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito.” (STF, 2023).

A lei 13964 de 2019 determina em seu artigo 3º B que: “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” (BRASIL,2019).

O Supremo Tribunal Federal considerou a figura do juiz de garantia constitucional, fixando o prazo de até doze meses, prorrogável uma única vez por no máximo de até doze meses, para que ocorra a efetiva instituição do juiz de garantias em todo país, conforme o que for estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça, que também será o responsável pela supervisão (STF, 2023).

O pleno decidiu ainda que todos os atos praticados pelo Ministério Público como condutor de investigação penal se submetam ao controle judicial, além de determinarem que o juiz das garantias será investido, e não designado, conforme as normas de organização judiciária de cada ente federado (STF, 2023).

Ficou assentado que assim como previsto, o exercício contraditório será preferencialmente em audiência pública e oral. O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz das garantias, no prazo de vinte e quatro horas, em regra. Em caso de urgência, o juiz poderá realizar a audiência de custódia por videoconferência, desde que este meio seja apto à verificação da integridade do preso e à garantia de todos os seus direitos (STF, 2023).

O Supremo decidiu ainda que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia ou queixa, e as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento (STF, 2023).

Quanto ao arquivamento do inquérito policial, a Corte decidiu que ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza o órgão do Ministério Público deve submeter sua decisão ao juiz competente e comunicar à autoridade policial, à vítima e ao investigado (STF, 2023).

O Pleno decidiu que o juiz das garantias não se aplica aos processos de competência originária dos tribunais; aos processos de competência do tribunal do júri; aos casos de violência doméstica e familiar; e às infrações penais de menor potencial ofensivo; que continuarão conforme as diretrizes da lei especial (STF, 2023).

Por fim ficou entendido que as ações penais já instauradas antes da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais não sofrerão modificação do juízo competente (STF, 2023)

4.2 O juiz de garantias no processo penal é garantia de imparcialidade

O juiz das garantias é a confirmação de uma imparcialidade concreta do juiz no processo penal, pois impede que o magistrado que trabalha na fase de inquérito, atue também na fase de instrução, evitando qualquer inclinação em eventual decisão de mérito a ser proferida por ele.

Nas palavras de Renato Brasileiro (2020), trata-se de uma verdadeira espécie de blindagem da garantia da imparcialidade. Assim, a inovação afasta a iniciativa probatória do julgador, que imperava no ordenamento jurídico pátrio, e que se mostra incompatível com o princípio do devido processo legal e com a garantia da imparcialidade.

Em seu voto quanto a constitucionalidade do juiz de garantias, a ministra Rosa Weber, afirmou que o direito ao juiz imparcial é uma garantia prevista na Constituição Federal e em outros diplomas legais dos quais o Brasil é signatário. Sendo obrigação do Estado

a criação de normas que visem inibir a atuação do magistrado de forma a comprometer sua imparcialidade.

Sobre o tema Beto Simonetti, presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, pontuou que:

A implementação do instituto garantirá que um juiz seja encarregado de zelar pelas garantias individuais do acusado durante o julgamento, de forma independente ao magistrado responsável pela condução da fase de investigação. Essa separação de funções contribui substancialmente para o fortalecimento da imparcialidade judiciária, ao mesmo tempo em que assegura uma defesa plena e robusta, condizente com os valores democráticos que norteiam a sociedade brasileira (SIMONETTI,2023).

O juiz das garantias é autoridade judiciária desassociada da obrigação de julgamento em concordância com a prova que ajudou a ser produzida. O que em tese o afasta das partes e o coloca em posição neutra, garantindo que sua função de julgador não seja maculada pela parcialidade, fazendo valer os princípios do devido processo penal constitucional.

5 CONCLUSÃO

O processo penal em seu aspecto geral teve mudanças significativas quanto ao seu modelo ao longo da história. O indivíduo deixou de ser meramente o objeto da ação penal (sistema inquisitivo) e passou a ser visto, então, como um sujeito de direitos (modelo acusatório).

Não diferente, como resultado disso, houveram mudanças quanto às posturas de magistrado e acusação, sendo que o juiz se abstém de capacidade investigativa e acusatória e o Ministério Público se reveste delas. Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro ainda permitia que o magistrado que julgará a causa intervisse na fase investigatória, fazendo com que o modelo adotado pelo Brasil se assemelhasse ao sistema penal misto.

Desse modo, o magistrado poderia converter a prisão em flagrante em preventiva, fazer gestão de provas na fase investigativa e acusatória, por exemplo, tendo em vista que o magistrado se encontrava diretamente envolvido com a produção de prova por ele deferida na fase de investigação, muito se questionava acerca de sua imparcialidade.

Essa é uma das situações que a Lei 13.964 de 2019, tentou resolver, criando a figura do juiz de garantias. A ideia principal é a segregação de competências entre o juiz que atua na fase de investigação e aquele que atua durante a fase de instrução. Isso porque, o juiz das garantias consubstancia a essência do modelo acusatório no processo penal, tratando o réu como sujeito de direitos e não como objeto do processo.

Após a necessária análise do princípio da imparcialidade no processo penal e a introdução do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro, conclui-se que o juiz de garantia, efetiva o devido processo penal constitucional, previsto na Constituição de 1988, ao separar os sujeitos processuais e suas funções, designando ao juiz da ação unicamente sua função de julgador, e garantindo a ele maior imparcialidade no exercício de seu encargo.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. Processo Penal. 15. ed. Rio de Janeiro. Editora Método. 2023. 1327 p.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 11. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2023. 1415 p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 190 p.

BRASIL Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Distrito Federal, 31 dez 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 de setembro de 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 3689, de 3 de outubro de 1941. Diário oficial da União Rio de Janeiro, 3 out 1941 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União: seção 1. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Lei 13964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União. Brasília, 29 abril 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6299.DF DISTRITO FEDERAL Relator Min. Luiz Fux. Diário do Judiciário Eletrônico, 09 set 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6298.DF DISTRITO FEDERAL Relator Min. Luiz Fux. Diário do Judiciário Eletrônico, 09 set 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6300.DF DISTRITO FEDERAL Relator Min. Luiz Fux. Diário do Judiciário Eletrônico, 09 set 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6305.DF DISTRITO FEDERAL Relator Min. Luiz Fux. Diário do Judiciário Eletrônico, 09 set 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4693.BAHIA. Relator Min. Alexandre de Moraes. Diário do Judiciário Eletrônico, 30 out 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em: 12 set. 2023.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 26ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2016. 632p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Aprova o Código de ética da magistratura nacional e seu regimento interno. Resolução numero 60, de 30 de setembro de 2008. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/127>. Acesso em: 02 nov. 2023.

DUARTE, Antonio Aurelio Abi Ramia. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 2019. O papel do julgador na Jurisdição Moderna. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n2/revista_v21_n2_127.pdf. Acesso em 02 set. 2023.

GARCIA, Flávio Cardinnelle, Inquérito Policial: uma visão panorâmica. Curitiba: ed. InnterSaberes. 2017. 296 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. alvador: Ed. JusPodivm, 2020. 1696 p.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1557p.

LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. Consultor Jurídico. 2020. Não basta desentranhar a prova, deve-se desentranhar o juiz. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-06/limite-penal-nao-basta-desentranhar-prova-desentranhar-juiz/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Processo penal. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. (Esquemas & sistemas; v. 3) 1054 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 20.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, xvi, 1070 p

SILVA, Eduardo Bello Leal Lopes da. Revista Jus Navigandi, Devido processo legal processual e material. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55698>. Acesso em 17 out. 2023.

SIMONNETTI, Beto. OAB Nacional. 2023. Implementação do juiz de garantias reforça necessária imparcialidade da Justiça. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/61333/implementacao-do-juiz-das-garantias-reforca-necessaria-imparcialidade-da-justica>. Acesso em: 02 set. 2023.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosamar Rodrigues. Novo curso de direito processual penal. 15. ed.: Ed. JusPodivm, 2020. 1967 p.