



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

Johann Elber de Carvalho Constantino de Souza

Rio de Janeiro
2020

JOHANN ELBER DE CARVALHO CONSTANTINO DE SOUZA

A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Johann Elber de Carvalho Constantino de Souza
Advogado. Graduado pela Universidade Candido Mendes.

Resumo – com o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, várias novidades legais foram introduzidas, entre elas o juiz das garantias, que separou as atribuições em dois magistrados, um responsável pela investigação criminal e outro pela fase processual, baseando-se em decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e tendo como fundamentos principais o princípio da imparcialidade e a busca por um sistema acusatório. Neste contexto, houve divergências doutrinárias sobre tal instituto, uma vez que a jurisprudência e o ordenamento jurídico se pautavam no conceito de prevenção, o que gerou problemas na sua aplicação imediata, forçando o Supremo Tribunal Federal suspender os efeitos desta figura.

Palavras Chave – Direito Processual Penal. Imparcialidade. Sistema Inquisitório e Acusatório. Competência, Delimitação e Impedimento.

Sumário – Introdução. 1. O surgimento do Juiz das Garantias no Brasil e as controvérsias referentes à imparcialidade do Magistrado. 2. Sistemas processuais e o papel do Juiz das Garantias. 3. Das competências e impedimentos do Juiz das Garantias. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa analisar a aplicação do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como base a presunção de constitucionalidade desta figura, estudando os motivos para sua criação e suas atribuições e delimitações. Para tanto, abordam-se posições doutrinárias, jurisprudências sobre o tema e legislação a respeito do tema com a finalidade de discutir a necessidade da aplicação desta figura no Brasil e as mudanças que ocorreram com sua implementação.

O tema é controvertido na doutrina e gera debates na jurisprudência através das ações diretas de inconstitucionalidades ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, o que demonstra a sua relevância na atualidade, uma vez que modifica de forma abrupta o funcionamento do processo penal brasileiro, que antes se embasava pela regra de prevenção, com o intuito de se aproximar de uma maior imparcialidade nos julgamentos e do sistema acusatório.

O primeiro capítulo do trabalho apresenta o surgimento da figura do juiz das garantias no Brasil, utilizando como parâmetro julgados do Tribunal Europeu de Direitos

Humanos, bem como aborda a discussão doutrinária acerca da imparcialidade do magistrado e a aplicação dela no juiz das garantias.

O segundo capítulo trata da busca pelo sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro para a aplicação do juiz das garantias no Brasil, para tanto procurou-se informar as diferentes formas de sistema, bem como apresentar posições doutrinárias sobre o tema e a mudança no cenário brasileiro com a implementação de um juiz exclusivo na fase investigatória.

Por fim, o terceiro capítulo versa sobre as hipóteses de competências, delimitações e impedimentos do juiz das garantias pelo legislador, bem como relacionando-as com a jurisprudência atual dos tribunais superiores, outros dispositivos da Constituição, Código de Processo Penal e legislações especiais e críticas doutrinárias pertinentes.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. Dessa forma, o pesquisador realiza formulações hipotéticas que entende serem adequadas, tendo como finalidade de analisar o objeto da pesquisa, com o propósito de demonstrar diferentes pontos argumentativos.

Para tal, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, posto que o pesquisador tenha a pretensão, por meio da bibliografia pertinente à temática em estudo, legislação, jurisprudência e doutrina, para sustentar a sua tese.

1. O SURGIMENTO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL E AS CONTROVÉRSIAS REFERENTES À IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO

Em 24 de dezembro de 2019, foi aprovado o pacote anticrime, o qual trouxe várias inovações ao ordenamento jurídico brasileiro no âmbito processual penal, entre elas, a nova figura do Juiz das Garantias dispostas nos arts. 3º-A ao art. 3º-F no Código de Processo Penal¹ que descrevem suas atribuições e deveres com o intuito de retirar a tradição da prevenção previstas no CPP e leis especiais.

O tema traz uma ideia de separação das atribuições do magistrado na fase de investigação e na fase processual, e aquele que atuar na fase de investigação estaria proibido de atuar no julgamento, trazendo grande divergência na doutrina sobre sua necessidade no Brasil.

¹BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del13689compilado.htm>. Acesso em: 26 ago. 2020.

Embora a figura do Juiz das Garantias seja relativamente antiga nos ordenamentos jurídicos europeus, sendo definido pelo art. 3º-B² como “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais”. Tal teoria surgiu no ano 2000, capitaneada pelo doutrinador Aury Lopes Junior³, com o intuito de aproximar-se da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, principalmente nos casos Piersack vs Bélgica, De Cubber vs Bélgica e Castillo Algar vs Espanha, na qual se observou o resquício em diversos países da figura do juiz instrutor.

Essa figura verifica-se quando o mesmo participa da produção de provas e ocorre a quebra de sua imparcialidade no julgamento pelos diversos prejulgamentos que terá de realizar no curso do inquérito policial.

Para Mário Fonseca Andrade⁴ os casos Piersack vs Bélgica e Castillo Algar vs Espanha não devem servir como base para a instauração do Juiz das Garantias no Brasil, uma vez que o CPP no seu art. 252, incisos II e III⁵ já previam que o juiz que atuasse ou como delegado de polícia na investigação ou como juiz em instância anterior estariam impedidos de julgar a causa posteriormente.

A crítica do autor também acontece com base na possibilidade prevista no TEDH no caso Huaschildt vs Dinamarca de atuação do mesmo magistrado na fase de investigação e fase processual quando este atuar somente na análise de auto de prisão em flagrante e na determinação de medidas cautelares, como já previstas no ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, ficaria evidenciada a diferença na jurisprudência deste tribunal da figura do juiz garantidor e do juiz investigador.

No entanto, um dos pontos primários que parece gerar debate ocorre no caso De Cubber vs Bélgica, em que houve a discussão sobre a existência da figura do juiz investigador no Brasil ou se na fase preliminar o juiz apenas garante a legalidade e direitos do acusado.

Tal discussão ocorre porque para autores como Aury Lopes Junior⁶ e Guilherme Nucci⁷, o Brasil ainda tem no ordenamento jurídico resquícios do sistema inquisitivo em sua composição, um dos exemplos seria a produção de prova antecipada de ofício pelo

²Ibid.

³LOPES JUNIOR apud ANDRADE, Mario Fonseca. *Juiz das Garantias*. 3. ed. Paraná: Juruá, 2020, p. 22.

⁴Ibid, p. 23-29.

⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶LOPES JUNIOR apud ANDRADE, op. cit, p. 38 a 40.

⁷NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado*. São Paulo: Forense, 2020, p. 37-38.

juiz no art. 156, I do CPP⁸, enquanto para Mário Fonseca⁹ o juiz não deve ser configurado como investigador apenas por essa autorização, mas, sobre sua influência nos rumos da investigação.

Cabe mencionar que o princípio da imparcialidade do magistrado pode ser retirado dos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição¹⁰, os quais dispõem a vedação de juízos e tribunais de exceção, e do devido processo legal, respectivamente, bem como pelas vedações imposta aos magistrados no art. 95 do mesmo diploma legal¹¹. Assim, este princípio é considerado indispensável para qualquer processo judicial, sendo considerado um princípio constitucional implícito.

Apesar de ambos concordarem que a imparcialidade do juiz esteja maculada com esse tipo de liberdade em sua atuação e gera dúvidas sobre qual a real destinação da prova, Mário Fonseca¹² não visualiza isso como justificativa para a separação das atribuições do magistrado, fazendo uma ressalva, separando em critérios subjetivos e objetivo da imparcialidade.

O critério subjetivo surge quando o magistrado demonstra uma atuação no processo tendenciosa, manifestando sua convicção antes da sentença. Para o autor se trata da conduta pessoal do juiz que deve ser comprovada pela parte prejudicada, uma vez que existe a presunção de parcialidade do magistrado.

O critério objetivo é aferido quando¹³ “o julgador, de fato, disponibilizou todas as garantias suficientes para excluir qualquer dúvida considerada legítima sobre aquela”. Entende-se, portanto, que a parcialidade seria objetiva quando não ocorrem as garantias do acusado pelo juiz, como princípio do devido processo legal, ampla defesa, livre convencimento motivado do juiz, entre outras.

O autor ressalta¹⁴ que no caso de dúvida sobre a imparcialidade do juiz por cumulação de funções não gera “presunção de parcialidade”, ademais haverá a presunção de imparcialidade do julgador, pois, este realizou concurso público e detém fé pública, cabendo no caso concreto, através de uma fundada razão, ser verificado as circunstâncias

⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

⁹ANDRADE, op. cit, p. 38-40.

¹⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2020.

¹¹Ibid.

¹²ANDRADE, op. cit, p. 30-35.

¹³Ibid., p. 30.

¹⁴Ibid., p. 35.

que levaram a alegação de parcialidade pelo magistrado com oportunidade para este se manifestar.

No entanto, essa classificação não é única, o próprio Aury Lopes Jr.¹⁵ também classifica a imparcialidade em objetiva e subjetiva, mas, dando embasamentos totalmente distintos da classificação anterior. A imparcialidade subjetiva ocorre da falta de vínculos jurídicos relevantes entre o magistrado e qualquer um dos interessados jurídicos na causa, sejam elas partes ou não. Já a imparcialidade objetiva à condição de “originalidade da cognição”, ou seja, a inexistência de convicções ou juízos prévios sobre a causa que o julgador decidirá.

Observa-se, portanto, certa semelhança no entendimento entre a imparcialidade subjetiva de Mauro Fonseca e a imparcialidade objetiva descrita por Aury Lopes. Nesse sentido, cabe mencionar que, para Gustavo Junqueira¹⁶, a imparcialidade subjetiva ocorre nas causas legais de impedimento, incompatibilidade, suspeição e desaforamento, enquanto a imparcialidade objetiva está relacionado com a teoria da aparência da justiça, ou seja, a confiança que os tribunais inspiram em suas sociedades.

Além dos critérios jurídicos Aury Lopes Jr.¹⁷ estabelece uma justificativa psicológica social para a implantação da figura do “duplo juiz” denominada de efeito primazia. Esse efeito em síntese ocorre, pois, as primeiras informações que recebemos sobre algo tem mais peso do que as demais seguintes, isto ocorreria pela necessidade de coerência das informações recebidas e seu nível de atenção, na qual diminui quando já se tem um julgamento prévio de um determinado assunto.

Desta forma, com a finalidade de maximizar a imparcialidade do magistrado brasileiro, uma vez que o autor reconhece a impossibilidade de neutralidade do juiz inserido na sociedade, buscou-se com a divisão de competência o que o autor denominou¹⁸ de ignorância do caso penal em julgamento.

Por fim, para Eugênio Pacelli¹⁹ não existiria inconstitucionalidade, pois, embora não sejam justificáveis os receios de parcialidade demonstrados pelo legislador, a previsão no Juiz das Garantias apenas cria uma nova regra de impedimento ao magistrado.

¹⁵LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 268.

¹⁶JUNQUEIRA, Gustavo et al. *Lei Anticrime Comentada – Artigo por Artigo*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 102.

¹⁷LOPES JUNIOR, op. cit., p. 261 e 265.

¹⁸Ibid., p. 265-268.

¹⁹OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Juiz das garantias: muito barulho por nem tanto*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-28/eugenio-pacelli-juiz-garantias-barulho-nem-tanto>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

Portanto, por mais que seja desnecessária, não existiria nenhuma invalidade, sendo critério do legislador optar quais as regras regentes no processo penal.

Porém, ao analisar o art. 3º-D, parágrafo único, do CPP²⁰ reconhece-se uma inconstitucionalidade em sua redação, levando em consideração que o judiciário embora possa criar regras que impeçam a atuação do juiz, não pode determinar a organização interna dos tribunais, sendo uma formalidade que dependerá exclusivamente dos tribunais.

O autor termina sua explanação²¹ questionando o funcionamento dessa nova imposição legislativa nos tribunais, em especial no Supremo Tribunal Federal, em casos de competência originária para processar e julgar, como nos casos de acusados com foro com prerrogativa de função. Necessariamente o juiz que atuou na fase investigativa deverá ser afastado, posto que sua imparcialidade na fase processual estará violada diante da nova previsão legal, tornando a composição do STF em 10 ministros, o que acarretará diversos problemas ao longo das votações em plenário.

2. DOS SISTEMAS PROCESSUAIS E O PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS

Outra questão que gera muito debate doutrinário é o sistema processual adotado no Brasil, pois serve como justificativa para a implementação do juiz das garantias no ordenamento jurídico pátrio que retoma a discussão sobre qual o sistema adotado no Brasil.

O sistema inquisitório é denominado pela inexistência de direitos individuais fundamentais como o princípio do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, outro atributo marcante desse sistema é o acúmulo de funções do juiz que exerce as funções de acusar, defender e julgar, possuindo ampla liberdade probatória na busca de seu convencimento, produzindo as provas de ofício.

Normalmente este tipo de sistema tem como características a celeridade, sigilosidade, efetividade, a preponderância do interesse coletivo, a falta de direitos e garantias fundamentais do acusado, na qual o réu exerce uma função de objeto da investigação. O magistrado ganha a nomenclatura de juiz-investigador.

O sistema acusatório estabelece uma ideia oposta ao sistema inquisitivo, pois, parte da premissa da separação das funções de investigar, acusar, julgar e defender.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

²¹OLIVEIRA, op. cit., nota 19.

Entende-se que com a separação das funções, o juiz conseguiria exercer o seu papel de julgador de forma mais eficiente, pois, estaria atuando de forma imparcial, sem produzir provas ou tomar partido de umas partes.

Normalmente este tipo de sistema tem como particularidades a gestão das provas pelas partes, a separação de funções, a presunção de não culpabilidade do acusado e os atos processuais são realizados, em regra, de forma pública. Salienta-se também que existe uma ausência de valoração de prova pela lei, o réu tem direito e garantias individuais, não servindo apenas como objeto da investigação.

Por fim, o sistema misto é uma junção dos sistemas mencionados. É um sistema que se difere dos outros uma vez que o juiz tem poderes para criação de provas, no entanto, os direitos e garantias individuais são respeitados.

Este sistema tem como peculiaridade básica possuir duas fases. A primeira fase é considerada inquisitória, ocorre na investigação preliminar, colhendo provas, indícios e demais informações para que possa embasar a segunda, que é considerada acusatória e ocorre na fase judicial.

Para Guilherme Junqueira²² o princípio acusatório gera a separação subjetiva de funções na persecução penal, ou seja, função de acusar, defender e julgar, gerando aspectos fundamentais, como um processo de partes, igualdade das partes no livre convencimento do juiz e o distanciamento deste para assegurar sua imparcialidade.

Também estabeleceu a diferenciação entre a estrutura inquisitória e a estrutura acusatória. Aquele predominaria a finalidade da descoberta do direito material penal, na qual interessaria apenas a obtenção do resultado, gerando os impulsos oficiais, iniciativas sem requerimento das partes e amplos poderes do juiz. Enquanto este prevaleceria à garantia dos direitos fundamentais do acusado, impedindo o excesso do direito de penalizar do Estado.

Aury Lopes Júnior²³ sustenta que para saber qual o sistema processual adotado em um ordenamento jurídico deve-se analisar a posição do juiz no processo penal, a partir de uma análise da jurisdição a partir do lugar do magistrado nos três sistemas processuais mencionados acima.

Para o autor²⁴, o sistema acusatório ocorre em países com maior liberdade individual e que exista uma democracia sólida. Pode ser definido na atualidade pela

²²JUNQUEIRA, op. cit., p. 79-84.

²³LOPES JUNIOR, op. cit., p. 212-228.

²⁴Ibid., p. 218.

distinção de acusar e julgar, iniciativa probatória das partes, juiz como terceiro imparcial, igualdade das partes, oralidade do procedimento, publicidade plena, contraditório, ampla defesa, livre convencimento motivado, segurança jurídica e possibilidade de recursos. Tendo como principal crítica à inércia do magistrado atuando com base no material proporcionado pelas partes durante o processo.

Em contrapartida, o doutrinador²⁵ entende o sistema inquisitório predominante em países de grande repressão, autoritaristas ou totalitaristas, com forte hegemonia estatal, na qual retira os direitos individuais de seus cidadãos. Caracteriza-se pela busca da verdade real, a disputa entre o juiz inquisidor e o acusado, o sigilo processual, a atuação de ofício pelo julgador na fase probatória e o sistema legal de valoração da prova. Tendo como principal crítica a falta de contraditório e ampla defesa entre as partes.

O autor²⁶ subdivide em inquirição geral, na qual buscava a comprovação da autoria e materialidade do crime com caráter investigativo como um inquérito policial e inquirição especial, que preenche a parte processual em que o acusado é condenado e punido pelo juiz.

Por fim, Aury²⁷ classifica o sistema misto como insuficiente para demonstrar a complexidade do tema, uma vez que por não existir sistemas puros, todos os sistemas seriam mistos, com características de ambos os sistemas mencionados acima. Por isso, a importância de observar a figura e atuação do julgador para tal classificação.

O autor²⁸, portanto, critica aqueles que denominam o ordenamento jurídico brasileiro como sistema misto sob a justificativa de existirem duas fases, a preliminar considerada inquisitiva e a processual considerada acusatória, denominando-a de sistema neo-inquisitório.

Assim, o advento do juiz das garantias consagraria de forma efetiva a ação do sistema acusatório no Brasil, uma vez que gera uma maior separação das funções de julgar e acusar, que por si mesmo não é suficiente, devendo delimitar a atuação do juiz, retirando-lhe do inquérito policial para salvaguardar sua inércia e imparcialidade.

Em contrapartida Mauro Fonseca Andrade,²⁹ critica a visão do sistema acusatório como a perfeição e o sistema inquisitivo como o resultado de todos os males no processo

²⁵Ibid., p. 222-225.

²⁶Ibid., p. 223.

²⁷Ibid., p. 215.

²⁸Ibid., p. 230.

²⁹ANDRADE, op. cit., p. 49.

penal. Nesse sentido para Taruffo³⁰, com o advento da revolução francesa, a Assembléia Constituinte tendo o conhecimento da rejeição do sistema inquisitivo aderiu tudo que ideologicamente não lhes era conveniente.

Dessa forma, não haveria o interesse em saber quais os institutos ou princípios integravam esse sistema, mas, sua utilização como argumento político, exemplo disso para o autor³¹ seria a teoria da gestão da prova e a figura do juiz das garantias, que apenas serviam como uma demonstração desnecessária de progresso e avanço processual.

Além disso, geraria um problema de nulidade absoluta de todos os processos até então realizados, uma vez que se reconheceria a inconstitucionalidade do critério de prevenção. No entanto, tal entendimento foi afastado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, por compreender que a atuação do magistrado no inquérito policial não viola a inércia do juiz, pela necessária provocação de terceiro, e não violaria sua imparcialidade, por não ocorrer uma análise profunda das questões fáticas e jurídicas, conforme julgamento do *Habeas Corpus* nº 92.893-5³².

Mário Fonseca³³ faz uma diferenciação entre sistema acusatório e princípio acusatório, conceituado como a separação das figuras do julgador e acusador, uma vez que observa uma contradição entre a exposição de motivos e o art. 3º-A do Código de Processo Penal³⁴ quando utiliza a expressão “estrutura acusatória”.

Para o autor, a diferença está que os sistemas processuais abrangem diversos princípios, tendo uma relação de conteúdo e continente. Além disso, outros doutrinadores, como Douglas Fisher³⁵ e Eugênio Pacelli³⁶ fazem este mesmo tipo de distinção.

Por fim, Mário Fonseca³⁷ tece críticas sobre a aparente preocupação na fase de instrução e julgamento, e adverte que o juiz que acompanha o inquérito policial poderia ao longo da investigação decidir sobre diversas questões, como interceptação telefônica, busca e apreensão, prisão do investigado e cada uma dessas intervenções seria suficiente para criar um vínculo psicológico do juiz, ferindo o princípio acusatório e a imparcialidade do juiz, gerando uma parcialidade presumida.

³⁰TARUFFO apud ibid.

³¹Ibid.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 92.893-5. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=568515>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

³³ANDRADE, op. cit., p. 72-73.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁵FISHER apud ANDRADE, op. cit., p. 74.

³⁶PACELLI apud ibid.

³⁷ANDRADE, op. cit., p. 77-78.

Não podendo, assim, ser usado como argumento válido para a aplicação da figura do juiz das garantias. No entanto, cabe mencionar que a Lei nº 13.964 de 2019, além de trazer a figura do juiz das garantias também retirou a possibilidade de decretação de medidas cautelares de ofício, conforme art. 282, §2º do CPP³⁸, apenas com requerimento das partes ou da autoridade policial e sempre quando possível intimando a parte contrária para vedar decisões surpresas.

3. DAS COMPETÊNCIAS E IMPEDIMENTOS DO JUIZ DAS GARANTIAS

As competências do juiz das garantias foram estabelecidas nos incisos art. 3º-B do Código de Processo Penal³⁹. Sendo o rol meramente exemplificativo, podendo ser acionado nas situações em que o investigado, no inquérito policial, for violado ou impedido em algum direito ou garantia.

A atribuição de receber a comunicação imediata da prisão e de receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão tem como objetivo o controle da legalidade da prisão pelo magistrado, seja no aspecto formal ou material.

Vale mencionar que mesmo sendo vetada a previsão da audiência de custódia como competência do juiz das garantias, a audiência continuaria nas atribuições por uma consequência lógica, seja pelo controle e manutenção da legalidade pelo Judiciário ou pela redação do art. 310 do CPP, que estabelece o prazo de vinte e quatro horas para a realização da audiência de custódia após o recebimento do auto de prisão em flagrante.

Em relação às informações referentes à instauração de qualquer averiguação criminal, independente de quem tenha instaurado, seja o Ministério Público pelo procedimento investigatório, ou a autoridade policial pelo inquérito policial, deverão comunicar ao juiz imediatamente, não sendo oponível o direito ao sigilo.

Todas as decisões impostas pelo juízo devem ser fundamentadas, seja para decretar, prorrogar ou revogar, com base no caso concreto e a necessidade de revisão da medida cautelar no prazo de noventa dias por força do art. 316 do CPP⁴⁰.

O art. 282, §2º, bem como o próprio princípio acusatório previsto no art. 3º-A, ambos do CPP⁴¹, prevêm a necessidade de requerimento pelo MP ou pela autoridade

³⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁹Ibid.

⁴⁰Ibid.

⁴¹Ibid.

policial para decretação de prisão preventiva, porém, a conversão da prisão flagrancial em preventiva é possível de ofício, nesse sentido dispõe o HC nº 527.479 do Superior Tribunal de Justiça.⁴²

A previsão de produção das provas de forma antecipada urgentes e não repetíveis está em consonância com a aplicação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, posto que já há previsões sobre antecipações de provas no verbete sumular 455 do STJ⁴³ e no art. 156, I, do CPP⁴⁴.

No entanto, em sentido oposto para André Machado Maya⁴⁵, existe um conflito entre o art. 156, I⁴⁶, e os art. 3º-A e art. 3º-B, VII ambos do CPP⁴⁷, tendo em vista que proibiriam de forma expressa a produção de prova de ofício pelo juiz, consagrando a estrutura acusatória.

A previsão de prorrogação do prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso será de 15 dias, prorrogável por igual período, sob pena de relaxamento imediato da prisão, conforme disposto no §2º do art. 3º-B do CPP. Este prazo, porém, é norma geral, devendo ser respeitado normas especiais que estipulem prazos diversos.

A requisição de documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação, gera divergência sobre a possibilidade de produção de provas pelo juiz, em busca do princípio da verdade real, pois feriria o princípio acusatório, devendo ser determinado à juntada dos documentos, informações e laudas apenas quando requerido pelas partes.

É de atribuição de o magistrado julgar requerimentos sobre meios de obtenção de prova, assim, pode-se citar como exemplo a interceptação telefônica, afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico, busca e apreensão domiciliar, acesso a informações sigilosas, entre outros meios de obtenção de prova, sendo o rol meramente exemplificativo.

A competência de julgar o *habeas corpus* proferido pelo juiz das garantias, ou seja, aquele impetrado antes do oferecimento da denúncia, tendo a autoridade policial

⁴²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº: 527.479. Relator: Ribeiro Dantas. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/302067902/stj-15-06-2020-pg-7819?ref=serp>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

⁴³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula* nº 455. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27455%27>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁵MAYA, André Machado. *Juiz de Garantias*. Fundamentos, Origem e Análise da lei 13.964/19. São Paulo: Tyrant, 2020, p. 99.

⁴⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁷Ibid.

como autoridade coatora e contra o respectivo magistrado, será competência do respectivo Tribunal de Justiça.

A possibilidade do juiz das garantias determinar a instauração de incidente de insanidade mental pode ser realizada de ofício ou a requerimento da defesa, pelo Ministério Público ou autoridade policial.

A decisão sobre o recebimento da denúncia ou queixa por parte do novo magistrado é uma inovação jurídica na qual, embora seja admitida como ato decisório pela jurisprudência, conforme HC nº 93.056 do STF⁴⁸, impõe-se ao juiz uma averiguação dos pressupostos processuais, condições da ação e justa causa, acarretando em quebra da imparcialidade do magistrado incumbido de seu julgamento e, portanto, salvaguardando o juiz competente para julgar o mérito.

Além disso, esta nova atribuição tem uma maior aplicação do art. 399 do CPP⁴⁹ ao invés da aplicação do art. 396 do CPP⁵⁰, sendo o agendamento da audiência de Instrução e Julgamento o primeiro ato do juiz do processo, bem como a necessidade de fundamentação pela expressão “decidir” usada pelo legislador, enviesando o entendimento jurisprudencial de que o ato de recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa não tem natureza decisória.

O dever do juiz das garantias é de assegurar o direito ao investigado e ao seu defensor, garantindo-lhes acesso a todos os elementos informativos e provas produzidas na investigação, salvo diligências em andamento, com base no princípio da ampla defesa e na Súmula Vinculante nº 14⁵¹.

O julgamento de outras matérias que podem surgir ao longo da investigação, evidencia a natureza de rol exemplificativo. Assim, outros exemplos não previstos por lei que poderiam surgir para julgamento do novo magistrado seriam a falsidade documental ou um mandado de segurança contra autoridade policial observado durante a investigação.

A hipótese de delimitação de competência está expressa no art. 3º-C do CPP⁵². O artigo impede o juiz das garantias nos casos de infrações de menor potencial ofensivo,

⁴⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 93.056*. Relator: Ministro Celso de Mello Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000135037&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

⁴⁹BRASIL, op. cit, nota 1.

⁵⁰Ibid.

⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 14*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

⁵²BRASIL, op. cit, nota 1.

por não necessitar, em regra, de grandes investigações ou medidas judiciais sobre direitos individuais do acusado, apenas a coleta de informações para identificação do infrator.

André Machado⁵³ tece divergências em situações na qual existem delimitações da sua competência. A primeira ocorre na fase procedimental, na qual o autor separa em duas situações, a limitação pelo recebimento da denúncia e o impedimento por exigência de varas criminais colegiadas para investigação de delitos gerados por organizações criminosas.

Além disso, há julgamentos em segunda instância que ocorrem durante a fase de investigação do acusado, como nas situações de competência originária e recursos. Em relação à competência originária o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs 6298⁵⁴ e seguintes, afastou de forma cautelar a incidência do juiz das garantias.

O Supremo no julgamento cautelar das ADIS mencionadas também gerou mais três exceções à aplicação do juiz das garantias, nos casos de procedimento do júri, nas investigações em crimes de violência doméstica e nos casos que envolvam crimes eleitorais.

Contudo, a previsão de exceções à implementação do juiz das garantias retira sua importância além de serem consideradas sem amparo legal, excedendo as limitações hermenêuticas pertinentes às decisões judiciais, sendo uma opção legislativa ao invés de uma omissão.

No tocante à fase recursal embora não esteja explícita a figura do juiz das garantias nos recursos, às regras de impedimento, com base na imparcialidade do magistrado e no sistema acusatório desejado, devem ser aplicáveis aos desembargadores.

Por fim, observa-se a necessidade de uma interpretação sistemática ou revogação das regras de competências da distribuição e prevenção, pois, com o advento da nova legislação, tornou ambas logicamente incompatíveis. O instituto da prevenção ficaria limitado apenas às fases de atuação do magistrado julgador do mérito, ou seja, da instrução criminal e recursos.

Enquanto a competência pela distribuição, estaria revogada tacitamente, por estar em total desconformidade com a nova lei, sendo as regras de impedimento passíveis de nulidade absoluta pro falta de observância.

⁵³MAYA, op. cit., p. 110 a 119.

⁵⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações diretas de inconstitucionalidades nº: 6298*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

CONCLUSÃO

A proposta da presente pesquisa foi demonstrar diferentes pontos de vista doutrinários sobre os principais motivos para implementação do juiz das garantias que modifica de forma abrupta o cenário processual penal no Brasil, bem como apresentar a discussão sobre a necessidade da aplicação de tal figura nos dias de hoje comparando suas competências e impedimentos com o cenário atual na jurisprudência e legislação.

Inicialmente, foi realizada uma introdução do surgimento da ideia do juiz das garantias no Brasil e a origem da figura para depois abordar o princípio da imparcialidade, aplicado para distanciar o julgador do processo com o intuito de obter um melhor julgamento, sendo parte fundamental do devido processo legal.

A importância deste no Brasil é inegável, porém, sua aplicação é extremamente controversa, sendo para Aury Lopes Jr. e Guilherme Nucci uma figura indispensável para se alcançar tal princípio, enquanto para Mauro Fonseca Andrade a imparcialidade não representa o distanciamento do julgador da fase investigativa não havendo melhora no cenário brasileiro.

Outro argumento utilizado para a aplicação dessa nova figura no processo penal é a busca pelo sistema acusatório, no qual também gera divergência doutrinária. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior defende sua implementação, enquanto para Andrade a criação de um novo julgador como justificativa da imparcialidade e sistema acusatório apenas geraria uma presunção de parcialidade.

Nesse sentido, pouco importa a discussão doutrinária, uma vez que o legislador tem a prerrogativa de buscar os melhores métodos legislativos com a finalidade de uma melhor eficiência dos princípios constitucionais.

Por fim, ao analisar a aplicação do juiz das garantias pelas regras de competência e impedimento, observou-se uma interpretação sistemática compatível com o ordenamento pátrio, não havendo grandes obstáculos para sua aplicabilidade. No entanto, do ponto de vista estrutural e orçamentário do Judiciário, nota-se problemas de aplicação de forma imediata, o que forçou a suspensão de seus efeitos através de uma decisão cautelar pelas ADIs.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n°: 527.479*. Relator: Ribeiro Dantas. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/302067902/stj-15-06-2020-pg-7819?ref=serp>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 455*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27455%27>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ações diretas de inconstitucionalidades n°: 6298*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n° 14*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/porta_l/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 28 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 92.893-5*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=568515>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n°: 93.056*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=00135037&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo. et al. *Lei Anticrime Comentada – Artigo por Artigo*. São Paulo: Saraiva, 2020.

ANDRADE, Mario Fonseca. *Juiz das Garantias*. 3. ed. Paraná: Juruá, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MAYA, André Machado. *Juiz de Garantias*. Fundamentos, Origem e Análise da lei 13.964/19. São Paulo: Tyrant, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado*. São Paulo: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Juiz das garantias: muito barulho por nem tanto*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-28/eugenio-pacelli-juiz-garantias-barulho-nem-tanto>>. Acesso em: 08 jul. 2020.