

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

CLÁUDIA VIVIANE VIEIRA DOS SANTOS

**O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
UM INSTITUTO (DES)NECESSÁRIO DIANTE DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

Porto Alegre
2017

CLÁUDIA VIVIANE VIEIRA DOS SANTOS

O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO
UM INSTITUTO (DES)NECESSÁRIO DIANTE DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito,
junto à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca
Andrade

Porto Alegre

2017

CLÁUDIA VIVIANE VIEIRA DOS SANTOS

O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO
UM INSTITUTO (DES)NECESSÁRIO DIANTE DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito,
junto à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade
Prof. Dr. Odone Sanguiné
Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre
2017

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos ao meu filho Felipe e ao meu esposo Gilmar que abdicaram, gentilmente, de minha presença para que eu fosse buscar a concretização do meu sonho, assim como à minha família por acreditar em meu potencial.

Não poderia deixar de manifestar agradecimento especial ao meu orientador, Dr. Mauro Fonseca Andrade, pela paciência e confiança em mim depositadas.

“Tomara que a tristeza te convença. Que a saudade não compensa. E que a
ausência não dá paz.”

Vinicius de Moraes

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar, de forma crítica, a proposta de implantação, no direito brasileiro, da figura conhecida como *Juiz das Garantias*, presente no Projeto de Lei n.º 8045/2010 (Câmara Federal) e no Projeto de Lei n.º 156/2009 (Senado Federal). Para tanto, serão analisados os argumentos utilizados pelo legislador e pelo setor doutrinário que defende sua inserção no cenário nacional, especialmente aqueles voltados à modernização de um processo penal que deve ser justo e eficaz, bem como à sua adequação aos princípios, garantias e direitos fundamentais presentes em nossa Constituição Federal. Por outro lado, também serão analisados os argumentos que vêm sendo apresentados em sentido contrário, bem como a doutrina e a jurisprudência internacional ligada ao tema. Como resultado final, apresentar-se-á a conclusão de que a figura do *Juiz das Garantias* não será necessária para a preservação da imparcialidade do magistrado brasileiro, em razão da forma como tal instituto é interpretado internacionalmente.

Palavras-chave: Processo Penal, Projeto, Juiz das Garantias, Sistema Penal Acusatório, Imparcialidade.

ABSTRACT

This work will address criticism official the proposed enforcement of the new institute in Brazilian criminal proceedings – The Judge of Guarantees: the difficulties inits implantation, as well as the absolute lack of consistency for the deployment of this figure in the system of criminal proceedings. The research will scope the focus in the Project of Law nº 8045/2010 (Federal Chamber) or Project of Law nº 156/2009 (Federal Senate) presented as modernization is necessary for the continuity of the criminal proceedings fair and effective, with innovative proposals and guarantors of constitutional rights. However, the institute of Judge of Guarantees, proposed in this project, and in order to become the savior of individual guarantees and procedural requirements to individuals, by far presents reasoning and solid base, making it necessary to expose its weaknesses as an argument for its cruciality.

Keywords: Criminal procedure, Project, Judge of Guarantees, Accusatory system, Prevention

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

| | |
|------|--|
| CF | Constituição Federal |
| CP | Código Penal |
| CPP | Código de Processo Penal |
| PL | Projeto de Lei |
| PLS | Projeto de Lei do Senado |
| TEDH | Tribunal Europeu dos Direitos do Homem |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1 PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL | 12 |
| 1.1 A NECESSIDADE DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL | 12 |
| 1.2 PRINCIPAIS INOVAÇÕES | 14 |
| 1.2.1 ADOÇÃO DA ESTRUTURA ACUSATÓRIA | 18 |
| 1.2.2 ATIVIDADE PROBATÓRIA JUDICIAL SOMENTE EM FAVOR DA DEFESA .. | 20 |
| 1.2.3 JUIZ DAS GARANTIAS | 22 |
| 2 O JUIZ DAS GARANTIAS COMO PILAR DO SISTEMA ACUSATÓRIO PROPOSTO | 29 |
| 2.1 FUNDAMENTO SISTÊMICO PARA A IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS | 30 |
| 2.2 UM INTENTO DE DEFINIÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO | 33 |
| 2.3 REFUTAÇÃO DO FUNDAMENTO SISTÊMICO | 36 |
| 3 O JUIZ DAS GARANTIAS COMO SOLUÇÃO PARA A ALEGADA CONTAMINAÇÃO JUDICIAL | 40 |
| 3.1 A DOCTRINA DA CONTAMINAÇÃO JUDICIAL | 43 |
| 3.2 REVISÃO DA PREVENÇÃO | 50 |
| 3.3 A POSIÇÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM – TEDH .. | 52 |
| CONCLUSÃO | 57 |
| REFERÊNCIAS | 61 |

INTRODUÇÃO

O Juiz das Garantias é um instituto novo para o processo penal brasileiro, o qual foi apresentado, originariamente, no Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal que, na atualidade, tramita junto à Câmara Federal como Projeto de Lei n.º 8045/2010. Tal instituto é compreendido como um juiz que tem competência exclusiva para atuar na fase investigatória, ou seja, pré-processual, garantindo a total imparcialidade no momento da sentença final, visto que essa será dada por outro juiz que não teve participação na fase de investigação. Ele é apresentado como a solução para evitar a contaminação do juiz processual com as provas apresentadas durante a investigação, assim como peça fundamental para a concretização eficaz do sistema acusatório.

O Juiz das Garantias atuaria como um fiscal dos direitos individuais do acusado. A ele caberia avaliar as provas e alegações da investigação para fins de medidas cautelares, interceptações telefônicas e outras medidas suscitadas pelo presidente do inquérito policial ou pelo Ministério Público.

Tal atuação terminaria com a investigação, e a outro juiz passaria a competência para o recebimento da denúncia, para fins de aceitação ou não, e, assim, a continuidade do processo. Aos defensores do instituto, estariam fortalecidas as garantias do acusado e restariam eliminadas as contaminações prévias que levariam a uma sentença preconcebida pelo juiz, que já estaria convencido da autoria apenas com base nas alegações e provas obtidas pela investigação.

Far-se-á uma análise crítica do tema, cujo objeto é tratado como solução para o enfrentamento ao desprestígio do Poder Judiciário junto à sociedade, tendo em vista os prejuízos causados pela atuação dos magistrados que, sob o ponto de vista dos defensores do novo instituto, estariam julgando com base apenas nas convicções produzidas na fase de investigação e pelo braço do Estado de forma regada de parcialidade¹.

¹GOMES, Luiz Flávio. O juiz de [das] garantias projetado pelo novo código de processo penal. **Revista IOB de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 62, p. 238-241, jun./jul. 2010.

No entanto, há muito que discutir, pois, no sistema processual penal acusatório, o juiz não participa da investigação; ele apenas fiscaliza se os direitos e garantias do acusado estão sendo respeitados, assim como cobra os requisitos legais previstos para fim de medidas cautelares, fator que torna temerário afirmar que não há imparcialidade nos julgamentos penais no Brasil.

Ainda há que se falar nos argumentos incisivos da necessidade de se garantir o sistema penal acusatório brasileiro previsto na Constituição Federal. No entanto, nossa Carta Magna não expressa o sistema acusatório como o adotado pelo Brasil, o que permite a existência de prerrogativas e previsões legais em que o juiz pode instaurar inquérito e investigar, de forma individual, de modo que tal atitude fragiliza a afirmação incisiva de ser o nosso sistema acusatório².

A discussão sobre a proposta do novo Código de Processo Penal em relação ao Juiz das Garantias é uma das mais importantes, uma vez que o novo instituto trouxe o debate acerca da adequada aplicação da lei penal. As correntes se dividem entre os que defendem que tal figura é fundamental para que o sistema acusatório seja, de fato, o aplicado no direito brasileiro, e a corrente que discorda da necessidade e da criação do Juiz das Garantias, e afirma que a atuação do magistrado atualmente existente não fere as garantias processuais, assim como critica a fundamentação que embasa o novo instituto por sua fragilidade.

No Brasil, existem as figuras do acusador (no caso, Ministério Público ou querelante) e do Delegado de Polícia, a quem compete o envolvimento com a busca de provas e pedidos de medidas cautelares pessoais ou reais. Tal previsão, por si só, não concretiza definitivamente o sistema acusatório no Brasil, pois ela também é encontrada na conceituação histórica do sistema misto, além do fato de existirem casos, mesmo que específicos, em que o Poder Judiciário possui legitimidade para fazer sua própria investigação criminal.

Diante disso, é importante fazer uma análise das inovações propostas no Projeto do Novo Código de Processo Penal, principalmente no que se refere à instituição da figura do Juiz das Garantias quanto às afirmações acerca da adoção de uma estrutura acusatória: sua implicação direta, assim como, da atividade probatória do Juiz das Garantias no que se refere a esse modelo.

² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. p. 39 a 43.

As alegações por parte dos defensores do Juiz das Garantias são diversas, entre as quais, ressalta a contaminação do magistrado pelas peças da investigação, indícios, apontamentos e diligências. Tudo isso teria o poder de convencer previamente o juiz, que não apreciaria, de forma imparcial, as provas defensivas produzidas no curso do processo.

O Juiz das Garantias é colocado no projeto como o pilar para o sistema acusatório, na medida em que afastaria o magistrado que atuará na fase processual de qualquer contato com a fase investigatória, separando-o efetivamente da figura de acusador. No entanto, é necessária uma apreciação crítica, avaliando se a previsão do Juiz das Garantias é fator determinante para instituir o sistema acusatório, além de analisar a fundamentação sistêmica para sua implantação.

As posições que defendem a importação do instituto para o processo penal brasileiro são compostas por doutrinadores que condenam a prevenção, pois alegam a imparcialidade do que acompanha todo o procedimento desde a investigação, independentemente de sua participação ter sido apenas com um mero despacho.

O objetivo final deste trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, é a demonstração da absoluta e desnecessária criação do Juiz das Garantias. Evidenciar-se-á que existe uma preocupação efetiva com os princípios fundamentais e garantias individuais, com a existência do Ministério Público como acusador e o juiz como garantidor da aplicação eficiente e ética da lei penal, tornando-se, a criação do Juiz das Garantias, um grande equívoco e um problema que irá assolar o Poder Judiciário brasileiro, que já carece de magistrados³.

³ “Por outro lado, há uma realidade absolutamente incontornável. Pode-se no site do Conselho Nacional de Justiça, na página referente à justiça em Números, verificar que, em 2009, havia na Justiça Estadual, em todo o país, 8.617 juízes, concentrada metade deles nos estados de São Paulo, Minas, Bahia, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro. Assim, há, nos 2 Estados restantes, cerca de 4.000 juízes. Sete Estados têm entre 100 e 200 juízes. Como, então, pensar em país com este quadro de Magistrados, na exigência de um Juiz das Garantias competente para despachar atos de inquérito diferente do Juiz do Processo? Mais de 50% têm apenas um Juiz, enquanto um número grande de comarcas possui dois Juízes, sendo que a saída em férias ou doença de um emperrará o processo, pois o que autorizou uma busca e apreensão não poderá receber ou rejeitar a denúncia.” (REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 31, n. 113, p. 101-111, set. 2011).

1 PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

1.1 A NECESSIDADE DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Brasil tem o Código de Processo Penal (CPP) que entrou em vigor no ano de 1941 e foi, ao longo dos anos, agregando pequenas reformas à medida que a passagem de tempo e a mudança da sociedade assim necessitaram, o fato é que diante de tais oscilações, está carecendo de revisão em diversas questões processuais da atualidade.

A sociedade passou pela aprovação de uma Constituição Federal no ano de 1988, a qual vem arraigada em direitos fundamentais individuais e que em seu artigo 5.º estabeleceu diversas previsões que embasaram os princípios do processo penal e as garantias do indivíduo quando submetido, ou na iminência de se submeter, a um processo penal, beneficiando a mudança no que se refere à garantia de Direitos Humanos que acontecia e ainda continua acontecendo por todo o mundo.

Diante disso, se fazem fundamentais a atualização e o lançamento de uma proposta de um Novo CPP, atualizado e de acordo com o cenário atual do País. Em 2009, foi apresentado no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado n.º 156/2009 (PLS 156/2009) que tratava do Novo CPP, o projeto foi enviado à Câmara Federal e lá tramita como Projeto de Lei n.º 8045/2010 (PL 8045/2010).

No decorrer da tramitação do Projeto de Lei, têm sido apresentados outros Projetos de Lei inerentes às alterações no atual CPP que sistematicamente são apensados ao PL 8045/2010, em virtude disso, com o passar do tempo as modificações propostas originariamente já podem sofrer alterações, a fim de acompanhar as demandas e necessidades que o legislativo tem entendido como absolutamente necessárias ao aprimoramento do Processo Penal Brasileiro. Conforme observa Roger Spode Brutti, a mutação no cenário penal no Brasil é rápida e o que ontem era prioridade hoje pode ser dispensável⁴, fator que terá de ser analisado pela Comissão responsável por esse Projeto.

⁴BRUTTI, Roger Spode. Peculiaridades do novo código de processo penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 86, mar. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9038>. Acesso em: 5 abr. 2017.

O Projeto é, sem sombra de dúvida, um avanço quando se fala em atualização do processo penal brasileiro, no entanto, ainda carece de bastante análise, avaliações e modificações para fins de não se perder a bela oportunidade apresentada na busca de aprimorar o processo penal e trazer o código para a atual realidade do País. O Projeto do Novo CPP trouxe algumas alterações significativas que serão apresentadas a seguir, algumas extremamente controvertidas, salientando o Juiz das Garantias.

No entanto, todos os aspectos de cada proposição devem ser analisados de modo que não haja tomada de decisão sem minuciosa e criteriosa pesquisa a fim de verificar a aplicabilidade de cada instituto proposto.

A Comissão Especial que analisa a proposta teve a primeira reunião pública em abril de 2015 e o Projeto foi discutido com muito entusiasmo, a reportagem no site da Câmara coloca a manifestação como positiva no que se refere à implantação de um sistema penal acusatório que modificaria a *suposta* postura investigadora do juiz. Para Hamilton Carvalhido, essa implantação “retiraria o caráter autoritário do sistema judiciário”. Houve na mesma ocasião o posicionamento do ex-procurador regional da República, Eugênio Pacelli de Oliveira, que colocou o risco de se construir a expectativa de solucionar os problemas de segurança simplesmente com o Código de Processo Penal:

Eu posso até aumentar o número de cadeias, de penitenciária, punir mais: isso não vai diminuir mesmo a quantidade de crimes. Acho que a primeira decisão é: nós não vamos resolver criminalidade com direito penal. Nós devemos melhorar a aplicação da lei, de tal modo que os inocentes não sejam tão perturbados e que os culpados sejam efetivamente punidos⁵.

Cabe salientar que nesse processo de análise do novo CPP não há lugar para paixões, uma vez que o tema é extremamente técnico e necessita de absoluta imparcialidade em sua avaliação. Afinal, imparcialidade é a palavra mais aplicada e controvertida da proposta legislativa aqui estudada, existe tanta preocupação em relação a ela que não se pode esquecer a imensa necessidade de sua presença na

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; CARVALHIDO, Hamilton. **Comissão do novo código de processo penal recebe primeiras sugestões ao projeto**. 2016. Câmara Notícias. Entrevista concedida a Ana Gabriela Braz. Disponível em: <www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/506670-COMISSAO-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-RECEBE-PRIMEIRAS-SUGESTOES-AO-PROJETO.html>. Acesso em: 21 abr. 2017.

tomada de decisões no que se refere à implantação de novos paradigmas para o processo penal brasileiro.

A colocação de Mauro Fonseca Andrade⁶ é de extrema relevância, uma vez que aponta para uma corrente *apaixonada* que levanta bandeiras em nome de avaliações precárias acerca das doutrinas existentes, trazendo à luz o caso da ideologia do Garantismo que se dizia ser defendida por Ferrajoli e que acabou um pouco enfraquecida após debates do próprio autor em nosso País. Com isso, nasce nova bandeira: o Constitucionalismo. As superficiais avaliações podem levar a precipitações perigosas no que se refere à importação de determinados institutos aplicados em outros países, sendo que cada Estado detém características próprias e somente um estudo técnico é capaz de definir se um sistema é compatível ou não com determinada modificação.

Desde sua apresentação, o Projeto vem trazendo à baila discussões e contraposições entre os juristas brasileiros de modo que, embora ainda seja somente um Projeto de Lei, já repercutiu no meio jurídico e acadêmico resultando em salutares debates, principalmente no que se refere ao Juiz das Garantias, que é a grande inovação.

1.2 PRINCIPAIS INOVAÇÕES

O Projeto do Novo CPP trouxe várias inovações e com elas controvérsias delicadas. São debates intensos e importantes em virtude de que a ocasião da mudança e modernização do CPP é aguardada de forma esperançosa por todos. É de muita relevância a análise de alguns pontos específicos que serão modificados com a aprovação do novo texto de lei, portanto é mister salientá-las.

A primeira novidade já surge nos cinco primeiros artigos em que o texto proposto insere uma série de referências às garantias individuais e direito à dignidade que não eram explícitas no Código anterior, conforme planilha comparativa entre o Decreto Lei n.º 3689/1941 e PL 8045/2010, disponibilizadas no

⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. p. 44.

site da Câmara Federal⁷ e que ilustram de forma didática toda a comparação entre os textos.

Dentre os cinco primeiros artigos está o art. 4º que estabelece o sistema acusatório como o sistema a ser adotado no Brasil, suprimindo uma ausência de legislação acerca de tal tema, até então colocado somente na doutrina e jurisprudência baseada em uma previsão constitucional que pode ser contestada.

No referido artigo é colocado que o processo terá *estrutura acusatória*, ensejando toda uma análise criteriosa acerca do que significaria efetivamente o termo. No entanto, entende-se que seria referência ao sistema acusatório, observando o princípio acusatório, enfatizado o fato que não são a mesma coisa⁸.

A *inovação* quanto à estrutura acusatória que é apresentada no Projeto do Novo CPP serve de base sólida para a mais polêmica inovação que é o Juiz das Garantias. Destaca-se a palavra inovação porque o tratamento que se dá à proposta de estrutura acusatória sugere que isso seria absolutamente inovador no processo penal, no entanto é defendido por parte da doutrina que o Brasil adota o sistema acusatório em seu processo penal, embora haja alguma divergência entre doutrinadores que questionam se o sistema seria mesmo acusatório.

O texto legal contempla uma dedicação especial à definição da investigação criminal e sua finalidade principal, estabelecendo o momento em que a pessoa passa à condição de acusado, uma novidade não prevista no texto vigente. Observa-se a presença de uma ampliação no sentido do sigilo da investigação criminal, mantendo sua necessidade ainda voltada para a elucidação dos fatos, mas enfatizando que ele é voltado a garantir a intimidade e privacidade das partes.

Os art. 11 a 13 do anteprojeto tratavam da investigação criminal, todavia agora estão contemplados nos art. 8º a 13 do PL 8045/2010, que recebe um tratamento minucioso no Projeto de Lei, estabelecendo novos padrões no que se refere ao acesso ao conteúdo da investigação que passa a ser concedido na íntegra para análise e cópia, cabendo também à defesa produzir material em seu favor e esse ser

⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Atual CPP (DL 3689/41) x PL 8045/10**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10>> Acesso em: 01 maio 2017.

⁸ Os dois temas serão analisados em tópicos próprios no presente trabalho.

anexado ao conteúdo da investigação, no que se refere ao acesso ao material da investigação existe ressalva quanto às diligências ainda não concluídas.

Destacam-se tais alterações na investigação por ser nesse ponto invocado o Juiz das Garantias, figura nova no processo penal brasileiro, sendo ele a autoridade competente para ouvir o preso ainda nas primeiras 24 horas da prisão.

No artigo 14 aparece o controvertido Juiz das Garantias, tal instituto por sua importante controvérsia terá uma dedicação especial neste trabalho e será tratado em tópico próprio, embora seja importante salientar que sua inserção no Projeto de Lei é a maior fonte de debate de toda a proposta legislativa, ensejando diversos nomes da doutrina a saírem da zona de conforto e se colocarem diante do debate.

Encontram-se no referido Projeto inovações quanto ao interrogatório, que deverá ser feito com a presença de um defensor, podendo ser colhido sem a presença desse profissional somente com autorização do investigado, desde que não tenha sofrido qualquer tipo de coação para consentir. O previsto para o interrogatório deve ser adotado também no interrogatório da investigação. Nesse caso, tem-se novamente a aparição do Juiz das Garantias, que deverá receber os autos de prisão em flagrante somente com a identificação do acusado e na ausência de um defensor para acompanhar o depoimento.

À medida que vai se tratando de provas, de medidas cautelares e outros, o Juiz das Garantias vai ganhando corpo dentro do PL 8045/2010, de modo que fica clara a intenção de concretizar tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro, podendo exemplificar com a previsão no art. 165, ainda no anteprojeto: “*Art. 165. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados*”⁹. (grifo nosso).

O artigo acima citado, atualmente é o art. 168 do PL 8045/2010, reforça o propósito da absoluta separação dos elementos colhidos na fase de investigação, reforçando a limitação entre o que foi apresentado ao Juiz das Garantias e o que está sendo apresentado ao juiz do processo.

⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Disponível em: <<http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 1 maio 2017.

O PL 8045/2010, art. 38, apresenta a previsão do arquivamento do inquérito pelo Ministério Público, todavia atribui ao Juiz das Garantias a possibilidade de, entendendo não estar correto o arquivamento, remeter ao Procurador Geral, esse nomeará outro promotor, o qual oferecerá denúncia ou determinará o arquivamento aos moldes do que acontece hoje previsto no art. 28 do atual CPP.

No entanto, no anteprojeto apresentado não havia tal previsão, como está disposta após a revisão. No original, o Ministério Público faria o arquivamento e comunicaria a vítima, o investigado, a autoridade policial e a instância de revisão do próprio órgão ministerial. Diferente do disposto no PL 8045/2010, art. 39, em que a comunicação à vítima, ao acusado e à autoridade policial é feita pelo próprio Juiz das Garantias.

No que se refere ao acesso às informações sigilosas, o PL 8045/2010 traz em seu art. 242 a seguinte redação:

Art. 242 - Autuado o pedido em autos apartados e sob sigilo de justiça, o juiz das garantias, na fase de investigação, ou o juiz da causa, no curso do processo penal, decidirá fundamentadamente em 48 (quarenta e oito) horas e determinará, se for o caso, que o responsável pela preservação do sigilo apresente os documentos em seu poder, fixando prazo razoável, sob pena de apreensão¹⁰.

Apreciando a previsão acima, pode-se afirmar que a função tanto do Juiz das Garantias, quanto do juiz do processo são idênticas, fato que leva à interrogação de como poderia um juiz contaminar-se ao ter contato com essas provas e outro não? Assim sendo, seria necessário desprezar a prova, se obtida no curso da investigação, por ocasião do processo?

O art. 525 do PL 8045/2010, em seu parágrafo único, coloca limitações à decretação de medida cautelar de ofício na fase de investigação por parte do magistrado, no entanto na parte final abre a possibilidade da decretação de ofício pelo juiz, se for para substituir de forma a abrandar outra medida mais severa imposta anteriormente.

¹⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Disponível em: <<http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 1 maio 2017.

Diante disso, fica comprometida a imparcialidade tão defendida pelos propositores do novo diploma legal, uma vez que não há tão somente garantias de direitos, mas, sim, um segundo defensor atuando na fase de investigação.

1.2.1 ADOÇÃO DA ESTRUTURA ACUSATÓRIA

A previsão do art. 4º da PL 8045/2010, o qual se manteve igual ao originariamente previsto no anteprojeto, vem a ser o alicerce para toda a sustentação da necessidade da implantação do Juiz das Garantias, sua necessidade é dada como fundamental a fim de se garantir que o processo penal realmente adote o sistema acusatório: “4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos nesse Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”¹¹.

A estrutura acusatória, ao que parece, remonta ao fato de se estabelecer um *real* sistema acusatório, conforme é colocado na exposição de motivos do Anteprojeto do novo CPP, item III, a criação de um Juiz de Garantias que faria o controle jurisdicional com a finalidade de promover a tutela à inviolabilidade dos direitos individuais no que se refere, principalmente, à concessão de medidas cautelares restritivas de liberdade e privacidade. Ao debruçar-se sobre a exposição de motivos,¹² se tem a noção de que não há uma preocupação com tais garantias no sistema atual, situação que não parece consistente com a realidade jurídica atual.

Quando se fala em princípio acusatório para fins de justificar essa inovação da estrutura acusatória, parece tratar-se de uma busca pela efetiva separação entre acusador e julgador, característica fundamental para definir o sistema acusatório, no entanto o art. 129 da CF ao definir as atribuições do Ministério Público já define absoluta diferença na função de acusar e na de julgar.

¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Disponível em: <<http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 1 maio 2017.

¹²BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, 2009. p. 16, 17.

Ao juiz cabe o julgamento e a avaliação da legalidade da investigação no que se refere a garantir que não haja abusos¹³, desrespeito ou excessos na busca pelos elementos necessários à acusação, e ao Ministério Público a função precípua de acusar, colher elementos, realizar diligências, verificar a necessidade de cautelares que garantam a persecução penal.

Diante disso, fica difícil o entusiasmo efusivo em relação à estrutura acusatória, uma vez que ainda se carece de uma efetiva definição quanto ao sistema penal adotado pelo País, pois existe discussão em relação à prerrogativa do magistrado poder solicitar provas quando entende que as partes não trouxeram elementos suficientes para eliminar suas dúvidas. Também existe a previsão legal de investigação criminal por parte do juiz em casos específicos, elementos que fragilizam uma definição adequada para o sistema acusatório defendido.

Segundo Mauro Fonseca Andrade¹⁴, existe divergência doutrinária quanto ao sistema adotado no nosso atual processo penal, pois a jurisprudência entende ser o sistema acusatório, autores como Aury Lopes Junior argumentam que, embora tenha embasamento legal na CF que o caracterize como acusatório, o processo penal tem características de inquisitivo, a exemplo da competência probatória do juiz, prevista no CPP¹⁵. Todavia há autores que defendam tratar-se de um sistema misto em virtude da existência do inquérito policial que por não ter contraditório, seria considerada essa fase inquisitiva, nessa corrente inclui-se Nucci¹⁶.

As argumentações que intentam definir o sistema processual adotado no Brasil são contrapostas por Mauro Fonseca Andrade diante da comparação da história dos sistemas processuais e seu desenvolvimento.

Portanto, a adoção da estrutura acusatória pelo novo CPP ainda carece de definição efetiva do sistema penal acusatório pelo processo penal brasileiro, não sendo a implantação do Juiz das Garantias, como definido no PL 8045/2010, quem dará sustentação sólida para afirmar ser esse nosso sistema.

¹³ BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, 2009. p. 16

¹⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2013. p. 465-468.

¹⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119, 120, 132 e 133.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 104.

1.2.2 ATIVIDADE PROBATÓRIA JUDICIAL SOMENTE EM FAVOR DA DEFESA

No artigo 4º do PL 8045/2010 aparece a vedação, por parte do juiz, da substituição do órgão de acusação na fase probatória, por certo que para a imparcialidade a ser buscada pelo magistrado, tal previsão leva a um conflito bastante constrangedor. Estaria o magistrado, portanto, legitimado a substituir, na fase probatória, a defesa?

Mauro Fonseca Andrade constatando o equívoco apresentado, uma vez que, não existe uma previsão no texto do projeto que também vede a atividade probatória do juiz em favor da defesa, argumenta que pode se estar criando no processo penal brasileiro a figura do Juiz Defensor¹⁷.

Não é possível evitar o questionamento acerca da presença da imparcialidade defendida na exposição de motivos do projeto por parte do Juiz das Garantias, pois diante da possibilidade acima apresentada, o juiz não seria garantidor dos direitos individuais de liberdade, de privacidade e processuais, mas estaria sendo um Juiz Defensor, inclinado a favorecer somente o réu.

No anteprojeto no art. 162 § único que hoje é o art. 165 § único do PL 8045/2010, é reforçada a ideia de tratar-se de inclinação à defesa, uma vez que tal previsão coloca que é facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvidas sobre a prova produzida, observando o previsto no art. 4º, ou seja, somente no caso de favorecer o réu.

Na corrente defensiva do Juiz das Garantias, que deve garantir que o réu não venha a sofrer uma condenação injusta, e para isso deve agir no sentido de evitar tal afronta ao princípio da presunção da inocência, vem Nereu José Giacomolli¹⁸,

¹⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. p. 124.

¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de garantias: um nascituro estigmatizado. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. (Org.). **70 Anos de código de processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 299-308. (Apontamento constante na obra acima citada, acerca do posicionamento de Giacomolli sobre preservação do *status libertatis* do réu a fim de evitar uma condenação injusta. p. 229).

utilizando a fundamentação de que o juiz teria o dever de *proteção dos direitos fundamentais e a inviolabilidade do direito à defesa*.

É importante salientar aqui o que seria o Juiz Defensor: possivelmente um magistrado que no curso da investigação ou do processo se posicionaria como uma espécie de representante do interesse do acusado, de modo a intervir em favor do réu. Mauro Fonseca Andrade¹⁹ coloca os dois modelos, que buscam a imparcialidade do juiz, adotados por Geraldo Prado e Sérgio Demoro Hamilton que seriam o *adversarial system* e o *inquisitorial system*.

Diante da participação do magistrado em favor da defesa, como autoriza o Projeto, restaria evidenciado que não cabe falar em imparcialidade e afastamento do juiz. Ao contrário de fiscalizar e garantir direitos no curso da persecução penal estaria atuando como adversário do acusador, contrariando o previsto no próprio projeto de lei, que tenta instituir o princípio acusatório.

Cabe aqui a citação do trecho da obra de Mauro Fonseca Andrade, que trata sobre o Juiz Defensor:

Além disso, também haveria, por assim dizer, uma profunda contradição nesse modelo de juiz: como ele somente estaria atento para as questões que fossem favoráveis ao acusado, acabaria por deixar de lado um dos fundamentos da sua tese, que seria a busca por uma autoproclamada *justiça material*. Consequentemente, as mesmas críticas de perda de imparcialidade supostamente sofrida pelo juiz ativo – que, em caráter secundário, busca a prova necessária para julgar a favor ou contra os interesses das partes – também podem ser aplicadas a esse modelo de juiz que busca provas somente para absolver o acusado.²⁰

Diante do exposto, é possível perceber certa incongruência entre o propósito apresentado pelo PL 8045/2010, que é o de garantir uma imparcialidade total do juiz, concretizando assim o sistema acusatório, e a previsão colocada na parte final do art. 4º do Projeto que suscita um juiz que teria legitimidade para uma atividade probatória em favor do acusado. Portanto, é mister uma análise mais criteriosa quanto à redação do referido artigo.

¹⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. revista e ampliada. Curitiba: Juruá, 2013. p. 229-231.

²⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. revista e ampliada. Curitiba: Juruá, 2013. p. 231.

1.2.3 JUIZ DAS GARANTIAS

O Juiz das Garantias é um instituto que aparece no PLS 156/2009 como inovação para o processo penal brasileiro, no entanto ele existe em ordenamentos jurídicos de outros países, tais como Argentina, Colômbia, Portugal e outros.

O argumento mais utilizado para a instituição desse modelo de juiz é que a prevenção estaria gerando parcialidade nas sentenças dos magistrados. Devido à previsão legal da prevenção, os juízes participam tanto da fase investigatória quanto da fase processual, acarretando o seu prévio convencimento acerca da culpa do acusado, o que resultaria na contaminação pelos elementos colhidos pela investigação.

A crítica ao instituto da prevenção é suporte para a defesa da instituição do Juiz das Garantias²¹, afirmando-se, assim, que a atuação na fase investigatória fere a imparcialidade para participação na fase processual. Mauro Andrade aponta que desde o ano 2000 já havia defesa da exclusão da competência do juiz participante da fase de investigação para participação no processo.

É defendido que a postura do juiz na fase de investigação deveria ser alterada, ou seja, que o Juiz das Garantias deveria atuar como controlador da legalidade da investigação, assim como garantir os direitos do acusado.

André Maya também defende em sua obra a criação do Juiz de Garantias como solução ao problema do pré-convencimento do magistrado que analisou e participou de decisões na fase de investigação e irá realizar o julgamento despido de imparcialidade — sob a ótica de Maya, que dedica um capítulo de sua obra na defesa do novo instituto²².

Assim sendo, ocorre que por ocasião da proposta do novo CPP pelo Senado, o Juiz das Garantias é apresentado como pilar do sistema acusatório e ganha condição de destaque no proposto diploma legal.

O Projeto do Código de Processo Penal apresenta o novo instituto de forma completa, sendo ele na verdade o grande ponto do Projeto de Lei, prevendo que o

²¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. p. 15 e 16.

²² MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014. p. 194 a 209.

juiz da fase investigatória não seja o mesmo da fase processual, atribuindo-lhe as atividades em um rol constante no artigo 15 do anteprojeto, todavia é importante salientar que esse rol seria exemplificativo, podendo o juiz ter outras atribuições ainda não previstas no rol exposto²³.

Para fins de tecer uma análise melhor, observar-se-á como está colocado o instituto no anteprojeto de lei, Capítulo II, que tem como título “Do Juiz Das Garantias”²⁴:

Art. 15. 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 art. 5º da Constituição da República;

II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543;

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

IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial;

V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;

VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;

VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único 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 da autoridade policial sobre o andamento da investigação;

XII – decidir sobre os pedidos de:

a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática;

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

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

XIV – outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo.

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o

²³ HAMILTON, Sergio Demoro. O juiz das garantias. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, v. 10, n. 60, p. 18-28, jun./jul. 2014. p. 19.

²⁴ BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, 2009. (O texto citado é retirado do Anteprojeto Original encaminhado ao Senado, o mesmo já sofreu alterações em seus artigos, decorrentes da tramitação como é possível notar no acesso à página da Câmara Federal e realizando consulta no texto na íntegra do projeto de lei 8045/2010).

que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada.

Art. 16. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

§1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.

§2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

§3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo.

Art. 17. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo.

Art. 18. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Diante do acima colocado é possível constatar que houve preocupação em estabelecer de forma minuciosa a função do Juiz das Garantias salientando a diferença de atribuições entre ele e o juiz do processo.

Notar-se-á que, no que se refere à função fiscalizadora prevista para o juiz no processo penal atualmente, não haveria uma distinção tão discrepante na função, salvo o previsto no art. 17 do anteprojeto que versa sobre o impedimento em participar do processo pelo magistrado que, durante o período investigatório, praticar qualquer ato previsto no art. 15.

O instituto é muito defendido e é colocado como o instrumento para consolidar um processo democrático, isso é o que toda a doutrina favorável à inovação defende, dando margem para se acreditar que o sistema atual passeia longe da democracia.

Luis Geraldo Sant'ana Lanfredi²⁵ disserta acerca do Juiz das Garantias e sua importância para o poder judiciário no Brasil, defensor de uma atuação mais voltada à garantia dos direitos humanos, ele vê no Juiz das Garantias uma ferramenta para a renovação e a retomada da condução do processo penal pautado pelo respeito aos direitos humanos.

²⁵ LANFREDI, Luis Geraldo Sant'ana. **Juez de garantías y sistema penal: (re)replanteamientos sócio-criminológicos críticos para La (re)significación del los roles del poder judicial em Brasil.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 14.

O autor critica o que ele chama de *cegueira da justiça atual*, a qual sempre age da mesma forma e pratica uma política de encarceramento²⁶, e agora com as inovações é chamada à prova. Conclui sua obra enfatizando que o Juiz das Garantias pode não ser a solução para o problema do judiciário brasileiro, mas é um importante avanço para o alcance do processo penal democrático.

André Maya defende a implantação do instituto atribuindo a ele a imprescindibilidade para um processo penal justo e imparcial, garantindo a eficácia do sistema de direitos do acusado, afirmação que ele sustenta seguindo a mesma linha que a corrente doutrinária que defende a criação do Juiz das Garantias. Ele afirma ser a distância entre o juiz e as partes do processo a melhor ferramenta para garantir imparcialidade na sentença de mérito²⁷.

O argumento acima é o fundamento para a criação do Juiz das Garantias proposto no PLS 156/2009. André Maya trata o instituto como *Juiz de Garantias*, no entanto, a essência é a mesma adotada pelo Projeto. Sua linha de defesa usa como modelo do instituto países latino-americanos: México, Chile, Paraguai, Colômbia e Argentina, afirmando que o modelo adotado no âmbito processual penal nesses países garante um juiz imparcial no julgamento.

A prevenção é a fundamentação para a imediata criação de um Juiz das Garantias, sob a alegação de que ela leva o juiz ao convencimento prévio acerca da culpa do acusado, culminando em uma antecipação da condenação do acusado antes da fase processual. De modo que, ao analisar qualquer medida ou ter que deliberar sobre o caso durante a investigação, o magistrado teria contato com os elementos colhidos pela acusação sem a cobertura do contraditório e ampla defesa que a fase processual garante.

Para Mauro Fonseca Andrade²⁸ existe um equívoco ao afirmar o impedimento do juiz que atuou na investigação para atuar no processo, pois Maya afirma em sua obra tratar-se de um juiz que pratica atos de investigação e nesse caso se trataria de um Juiz Investigador, e para tanto ele deveria ser presidente do inquérito e poderia

²⁶ LANFREDI, Luis Geraldo Sant'ana. **Juez de garantías y sistema penal: (re)planteamientos sócio-criminológicos críticos para La (re)significación del los roles del poder judicial em Brasil.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 255 e 258.

²⁷ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias.** 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014. p.194.

²⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias.** 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. p. 36 e 39

decidir como tramitaria a investigação. O autor afirma que toda a base argumentativa se dá na autorização legal que o juiz tem para determinar antecipadamente a produção de provas, não requeridas pelas partes.

Diante disso, bastaria retirar do ordenamento tal previsão e o embasamento para o novo instituto estaria enfraquecido. Assim como é possível verificar, apreciando as palavras de Mauro Andrade, que mesmo a busca no Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) carece de divergência: quando há análise do critério subjetivo no que se refere à busca pela prova, estará o juiz impedido por haver prévio convencimento sobre questão que deve ser decidida à luz da imparcialidade. No entanto, a afirmação acima contrapõe as decisões invocadas por Lopes Jr., conforme descrito por Mauro Andrade, as quais tratam de análise de critério objetivo²⁹.

André Maya³⁰ coloca a evolução histórica da característica de garantidor atribuída ao juiz por ocasião do surgimento do Estado de direito. Caberia ao juiz ser o órgão neutro que garantiria os direitos à vida, à liberdade e à propriedade durante a resolução dos conflitos de modo a limitar o Estado. Salientando que o magistrado deverá sempre atuar como garantidor e nunca como investigador.

Maya faz crítica à previsão no PLS 156/2009 de que as questões pendentes de análise pelo Juiz das Garantias poderão ser analisadas pelo juiz do processo, alegando que isso põe em risco a imparcialidade desse, uma vez que, tal como o primeiro, teria contato com os elementos da investigação.

Em sua conclusão ele atribui ao Juiz das Garantias a característica de divisor de águas no sistema processual brasileiro, afirmando que esse instituto seria a concretização dos preceitos previstos na Constituição Federal (CF) e a concretização do sistema acusatório.

No mesmo sentido da afirmação acima, se posiciona Priscilla Placha Sá³¹, argumentando que o Juiz das Garantias não seria um gestor de provas, mas o

²⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. p. 37.

³⁰ MAYA, André Machado. O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 17, n. 204, p. 6-7, nov. 2009.

³¹ SÁ, Priscilla Placha. Juiz de garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no projeto de lei do senado 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.). **Novo processo penal à luz da constituição**: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 159-166.

responsável por zelar pelos princípios constitucionais, pelas liberdades, pela eficiente intervenção penal, preservando o indiciado e suas liberdades. A autora atribui, também, ao Juiz das Garantias a instituição efetiva do sistema acusatório, consagrando no processo penal o modelo democrático, afastando prévio julgamento. Ela salienta a semelhança do Juiz das Garantias proposto no PLS 156/2009 com o juiz da fase de investigação na Itália.

Corroborando com as colocações acima, encontra-se a posição de Simone Schreiber, que entende que a criação do instituto do Juiz das Garantias é fundamental e garante a instituição de uma *justiça criminal mais justa, garantista e eficiente*³².

Giacomolli atribui ao Juiz das Garantias a condição de garantidor de um processo penal democrático, em contraponto ao exercido atualmente, o processo penal totalitário, segundo ele. Afirma que a separação do juiz da fase decisória é ideal, à medida que otimiza a prestação jurisdicional no sentido de propiciar garantias constitucionais, evitando excessos persecutórios³³.

O autor levanta em seu texto a estigmatização do Juiz das Garantias, afirmando que bastou sua propositura para surgirem críticos ferrenhos ao instituto³⁴.

Ele compara, assim como outros autores citados, o modelo proposto de Juiz das Garantias com o modelo italiano *Giudice per le indagini preliminari*³⁵. Exalta que a essência é a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais. Impõe crítica a quem compara o Juiz das Garantias com Juiz Instrutor, os diferenciando com a afirmação de que o primeiro não é o titular e nem o coordenador da fase preliminar.

Entre as argumentações dos autores citados anteriormente é possível entender o que significa o Juiz das Garantias e sua função proposta pelo PLS 156/2009, no entanto as argumentações carecem de consistência, da real

³² SCHREIBER, Simone. O juiz das garantias no projeto do código de processo penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 2 e 3, ago. 2010.

³³ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de garantias: um nascituro estigmatizado. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. (Org.). **70 Anos de código de processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 299-308. p. 305.

³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de garantias: um nascituro estigmatizado. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. (Org.). **70 Anos de código de processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 299-308. p. 307.

³⁵ Juiz para investigações preliminares, em tradução livre.

necessidade de separar as funções, necessitando um juiz para cada fase da persecução penal.

À figura do Juiz das Garantias é atribuída a responsabilidade de sacramentar o sistema acusatório no processo penal brasileiro, todavia, como afirma Mauro Fonseca Andrade, não existe previsão constitucional que estabeleça esse sistema como o sendo o adotado pelo Brasil, o que há são afirmações jurisprudenciais firmando tal sistema como o vigente no processo penal brasileiro.

Quanto à ausência de previsão legal e expressa do sistema a ser adotado, após análise feita na íntegra do texto proposto no anteprojeto, assim como de suas alterações ao longo da tramitação, que já ultrapassa os sete anos, ainda existe a carência da definição do sistema processual penal a ser adotado.

No entanto, as características atribuídas ao sistema acusatório pela doutrina brasileira podem ser encontradas nas definições tanto do sistema misto, quanto do sistema inquisitivo³⁶, o que será tratado no capítulo seguinte de forma pormenorizada.

³⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. p. 40.

2 O JUIZ DAS GARANTIAS COMO PILAR DO SISTEMA ACUSATÓRIO PROPOSTO

A exposição de motivos do Projeto apresenta o juiz como garantidor de direitos fundamentais e liberdade do acusado, conforme se observa no trecho extraído do referido Projeto³⁷:

A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional. Esclareça-se que as cláusulas de reserva de jurisdição previstas na Constituição da República, a demandar ordem judicial para a expedição de mandado de prisão, para a interceptação telefônica ou para o afastamento da inviolabilidade do domicílio, não se posicionam ao lado da preservação da eficiência investigatória. Quando se defere ao juiz o poder para a autorização de semelhantes procedimentos, o que se pretende é tutelar as liberdades individuais e não a qualidade da investigação.

Em virtude da insistência em atribuir ao Juiz das Garantias a consolidação do sistema penal brasileiro como sendo efetivamente o acusatório, é fundamental que haja uma dedicação especial à apreciação da relação do instituto com o sistema em questão.

Conforme colocado no capítulo anterior, nossa legislação em momento algum define expressamente que nosso sistema penal é o acusatório, estando tal afirmação embasada em jurisprudência e doutrinadores que definem tal sistema de forma diversa entre si, sendo possível atribuir as características que seriam próprias do sistema acusatório aos demais sistemas existentes³⁸.

É de fundamental importância uma análise criteriosa no conceito de sistema acusatório e sua necessidade fundamental da existência de um juiz diferente do juiz do processo na fase de investigação, sob o argumento da imparcialidade ferida. Há ainda uma série de afirmações no que se refere à atividade na fase pré-processual que caracteriza impedimento do juiz, no entanto não é tratada de modo universal no PLS 156/2009, a exemplo da não necessidade do Juiz das Garantias na apuração

³⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**: Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009.

³⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. p. 40 e 41. (Importante colocação de Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer na Nota de rodapé nº 41 da obra citada).

das infrações de menor potencial ofensivo, ou ainda, na ausência de previsão do instituto para os procedimentos do Tribunal e sua excepcionalidade em comarcas com apenas um magistrado.

Fundamentalmente, é importante apreciar o Juiz das Garantias sob a ótica de um conceito coerente e consistente de sistema acusatório, de modo a verificar se a sua existência é fator imprescindível para adoção de tal sistema em ordenamento jurídico penal.

2.1 FUNDAMENTO SISTÊMICO PARA A IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

Como fundamento para implantação do Juiz das Garantias no novo código de processo penal é argumentada sistematicamente a necessidade de uma estrutura acusatória, eliminando a atividade probatória, supostamente exercida pelo juiz.

A base argumentativa se dá de modo incisivo alegando que o juiz atualmente exerce um papel de acusador à medida que estaria diretamente envolvido na investigação, fator que descaracteriza o sistema acusatório, perdendo sua imparcialidade e trazendo prejuízos ao acusado, favorecendo a acusação. É possível extrair que o juiz atuaria como um braço do Ministério Público, descaracterizando sua figura enquanto terceiro imparcial.

Na visão de Priscilla Plancha³⁹, a criação do Juiz das Garantias *é a busca por um efetivo, mas não mitológico, sistema acusatório*, levantando tal efetivação como a bandeira para um processo penal democrático, salientando a impossibilidade de produção de prova pelo juiz na fase de investigação e o afastando do julgamento, visto que já teria se contaminado com os elementos da investigação.

Miguel Reale⁴⁰ coloca que o Juiz das Garantias em sua fase de atuação não tem poder probatório, mas meramente declaratório, deferindo ou indeferindo

³⁹ SÁ, Priscilla Placha. Juiz de garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no projeto de lei do senado 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.). **Novo processo penal à luz da constituição**: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 159-166. p. 160.

⁴⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 31, n. 113, p. 101-111, set. 2011.

medidas, mas que, no entanto, a doutrina insiste em defender tal instituto como fundamental no novo CPP.

Tal inovação, ainda apontada pelo autor acima, tem como fundamento a figura do juiz da causa e o juiz que instrui, ambas existentes em outros países, isso resultaria em confundir tal figura com o juiz de instrução que participa ativamente no processo. No entanto, no Brasil é adotado o inquérito policial para investigar, não se aplicando a figura do juiz que instrui.

A imparcialidade do magistrado é tratada de modo incisivo pelos autores que sustentam a implantação do Juiz das Garantias como a solução para o processo penal brasileiro justo e igualitário. Veja trecho colocado por Reale⁴¹:

A imparcialidade essencial ao sistema acusatório, não se alcança com a exclusão de competência para julgar a causa ao Juiz que oficiou durante a fase inquisitiva, mas sim pelo aprendizado a que se deve submeter o Magistrado no sentido de desbastar, na medida do possível, seus preconceitos para poder decidir com equidistância frente ao conflito entre acusação e defesa, sendo certo que esses preconceitos são, em geral, adquiridos ao longo da vida e no decorrer de sua formação. Este é um aprendizado a ser ministrado nas escolas de magistratura: deve o Juiz buscar o silêncio da própria consciência para se colocar distante de predisposições que comprometam sua imparcialidade.

Diante do apontamento acima fica nítido que o juiz é um terceiro afastado da figura do acusador, que tem por definição: atribuição distinta da acusação, caracterizando-o como garantidor e julgador imparcial. Curiosamente, esse é o embasamento na exposição de motivos para a criação de um novo juiz que concretizará o sistema acusatório diante da garantia da imparcialidade no processo, imparcialidade que já deve lhe ser peculiar desde a investigação.

Paulo Alkimin Costa Júnior, Juiz Federal, em artigo na II Jornada de Direito Processual Penal⁴² apresenta análise sobre a exposição de motivos do Anteprojeto salientando o trecho em que é enfatizada *a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório* e a defesa de que é necessária atenção especial aos direitos individuais de proteção à intimidade, da privacidade e da honra no sentido

⁴¹ REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 31, n. 113, p. 101-111, set. 2011.

⁴² COSTA JÚNIOR, Paulo Alkimin. O anteprojeto do novo código de processo penal e o juiz das garantias. In: **II Jornada de Direito Processual Penal**/Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2010. p. 223.

de concessão de medidas cautelares que confrontem tais direitos, e destaca as estratégias a serem alcançadas com a instituição do Juiz das Garantias que seriam:

a) A otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização da matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão de acusação.⁴³

Na análise de Alkimin, Eugênio Pacceli de Oliveira coloca que o conceito de garantismo não seria um conjunto de garantias somente em favor do réu, mas sim que seja uma maneira de que haja uma decisão por parte do magistrado de forma fundamentada em uma verdade dos fatos, baseada em fatos que não deixem dúvida ou incerteza e seja tal decisão imparcial, justa, baseada no devido processo legal, respeitando as garantias e direitos individuais do acusado. Tal colocação se mostra importante na medida em que a fundamentação da exposição de motivos enfatiza um juiz garantidor do acusado e não do processo penal justo e adequado, como é originariamente seu objetivo.

Ainda em sua colocação, Alkimin comenta acerca do que seria o sistema acusatório, salientando a sua mais notória característica que é a função distinta entre quem acusa e quem julga, sendo que a esse último cabe a decisão final calçada na imparcialidade e no seu convencimento posterior a todo processo contemplando todos seus princípios e direitos norteadores.

O artigo 17 do Anteprojeto do Novo CPP afirma que a mera participação do juiz em qualquer despacho, deferimento, indeferimento ou concessão de medida solicitada pela acusação na fase de investigação seria motivo de convencimento prévio da culpa do acusado, fato que afastaria a possibilidade de participação no processo, preservando para a fase processual um juiz neutro e imparcial, sem contato com a fase investigatória.

Todavia, Alkimin coloca que não se pode confundir a atuação do Ministério Público, que tem por finalidade a busca de elementos que decidam se é possível propor a ação penal, ou seja, oferecer a denúncia com a função do juiz que *apenas*

⁴³ BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, 2009. Brasília: Senado Federal, 2009. p. 17. – Exposição de motivos.

exerce sua missão constitucional de apreciar requerimentos dessa natureza, deferindo-os ou não com olhos postos na Constituição da República e na legislação infraconstitucional.

Diametralmente ao que apontam críticos do instituto do Juiz das Garantias, Simone Schreiber⁴⁴ afirma que a figura não se trata de um Juiz Instrutor, que teria por função a presidência da investigação, mas, sim, a de manter a função que os juízes já possuem na fase do inquérito, que é garantir a legalidade dos atos e os direitos fundamentais ali envolvidos. Conforme a autora, o juiz já possui tal função, no entanto seria necessário criar um outro instituto?

Recentemente, Luís Geraldo Sant'ana Lanfredi publicou um livro que trata sobre o Juiz das Garantias e coloca sua implantação como um grande avanço para o processo penal brasileiro, sua obra é voltada à perspectiva dos direitos humanos no processo penal, atribuindo ao juiz um papel significativo na aplicação das políticas criminais.

Ele afirma que o juiz faz política criminal⁴⁵, adequando a política criminal do Estado às previsões constitucionais. Com base nisso, o autor justifica a simpatia pelo Juiz das Garantias de modo a aproximar o processo penal brasileiro ao processo, de fato, democrático voltado aos direitos humanos e à implementação das políticas criminais.

2.2 UM INTENTO DE DEFINIÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório é objeto de debate e divergência na doutrina, no entanto já foi exposto acima que esse é o sistema adotado no processo penal brasileiro. Todavia, ainda encontramos de forma bastante recorrente quem afirme que há divergência quanto ao que seria o sistema acusatório e a real aplicação desse sistema no Brasil.

Parte da doutrina defende que nosso sistema seria o inquisitivo, pois não tem presente a distinção na função de quem acusa e de quem julga, trazendo como

⁴⁴ SCHREIBER, Simone. O juiz das garantias no projeto do código de processo penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 2 e 3, ago. 2010.

⁴⁵ LANFREDI, Luis Geraldo Sant'ana. **Juez de garantías y sistema penal: (re)replanteamientos sócio-criminológicos críticos para La (re)significación del los roles del poder judicial em Brasil.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 236.

argumento que a participação do juiz seria de um acusador, uma vez que teria efetiva participação na investigação, inclusive na busca de provas para fins de favorecer a acusação, posicionamento temerário, pois desqualifica o Ministério Público e ignora o fato de que a obtenção de prova poderá beneficiar o acusado e não, obrigatoriamente, condená-lo.

Existe uma parte que defende, de forma categórica, que convivemos com um sistema misto, em que as funções se confundem e que embora exista atuação do Ministério Público, ainda seria o juiz um acusador à medida que sua intervenção no pedido de provas e na decretação de medidas cautelares de ofício estaria configurada como acusação também.

Priscilla Placha⁴⁶ apresenta de forma sucinta o sistema inquisitorial — que é a função acumulada de inquirir e julgar em uma só figura —, destacando que tal ordem não acontece como deveria, ocorrendo primeiro o julgamento para posteriormente a inquirição, de modo que o modelo discutido não teria acolhimento pelo regime democrático.

A autora traz ainda breve conceito do sistema acusatório, que seria a distinta função de inquirir em uma pessoa e julgar em outra, de modo que ocorra antes a inquirição para posteriormente o julgamento, propiciando assim *que se julgue o que se tem, e não o que se foi buscar*.

Para Priscilla Placha, a figura do Juiz das Garantias à medida que é separada do processo propicia assento para o sistema acusatório efetivo, pois ela o adjetiva atualmente como “mitológico”. Assim como a corrente doutrinária defensora, a autora define o instituto como o consagrador do processo penal democrático na medida em que preserva o distanciamento necessário do juiz processual para um julgamento imparcial, sem participação na fase de investigação, ainda que como mero garantidor.

A autora invoca ainda a necessidade de acabar com o “inquisidor ganancioso”, atribuindo ao modelo processual penal atual o sistema inquisitivo. Ao

⁴⁶ SÁ, Priscilla Placha. Juiz de Garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no projeto de lei do senado 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.). **Novo processo penal à luz da constituição**: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 159-166.

falar de resquício inquisitorial se pode perceber que há uma creditação de vinculação do juiz ao modelo de inquisidor.⁴⁷

No mesmo sentido, Simone Schreiber afirma que o juiz ao examinar os elementos de investigação para decidir acerca de cabimento de medida cautelar requerida pela acusação estaria com juízo formado e a defesa estaria em clara desvantagem. Tal afirmação caracteriza essa postura do juiz como ofensa ao que prevê o sistema acusatório. Para fins de garantir esse último é necessário o Juiz das Garantias, afastando definitivamente o juiz processual da investigação⁴⁸.

No entanto, é com base em um estudo dedicado de pesquisa científica aprofundada que se destaca o sistema acusatório adotado pelo processo penal brasileiro. Mauro Fonseca Andrade brinda nossa doutrina com uma definição esclarecedora do sistema acusatório⁴⁹. Nessa obra ele define os elementos presentes para se definir um sistema acusatório.

Os elementos fixos presentes para que se defina um sistema acusatório na atualidade são dois, sendo a figura distinta entre o acusador e o julgador, assim como a existência de um efeito que produza o início de um processo, sua abertura. Para tanto, se tem na atividade de investigação uma atividade de natureza administrativa que subsidia a abertura do processo, mas não é processo.

O autor salienta que não se pode confundir princípio acusatório com sistema acusatório, o princípio acusatório seria um dos princípios que norteiam o sistema acusatório – seria apenas parte de um dos elementos fixos que definem o sistema acusatório, o elemento principiológico. No entanto, temos o segundo elemento definidor que tem caráter procedimental, que seria como dar início ao processo, nesse caso destaca-se a investigação criminal.

Faz-se importante o conhecimento acerca do que é princípio acusatório, sabendo que ele fundamenta o sistema acusatório, esse por sua vez passa por uma série de tentativas de conceituação, restando a mais coerente conceituação, aquela

⁴⁷ SÁ, Priscilla Placha. Juiz de garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no projeto de lei do senado 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.). **Novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009**, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 159-166. p. 160.

⁴⁸ SCHREIBER, Simone. O juiz das garantias no projeto do código de processo penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 2 e 3, ago. 2010.

⁴⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. revista e ampliada. Curitiba: Juruá, 2013.

que *prevê a presença de um acusador distinto do juiz no processo*⁵⁰, isso seria uma obrigatoriedade, embora ainda tenha de se observar que a acusação seria o que determinaria o início do processo, tudo isso seria a base para o sistema processual penal acusatório, pois como se sabe o princípio é aquilo que precede.

2.3 REFUTAÇÃO DO FUNDAMENTO SISTÊMICO

O principal fundamento para o Juiz das Garantias, após análise de sua exposição de motivos e do texto legal referente ao instituto proposto, se dá com base em implantação de um processo penal calçado no princípio acusatório, estabelecendo efetivamente o sistema acusatório impedindo que o juiz faça parte da acusação.

No entanto, Alkimin⁵¹ é brilhante quando coloca que o sistema como existe hoje, em que o Ministério Público dedica-se a colher elementos que propiciem ou não a denúncia com diligências e medidas cautelares, já contempla o sistema acusatório, o juiz é o elemento imparcial que não tem previsão legal e nem competência para substituir o acusador. Salienta, ainda, que as diligências podem resultar em elementos que afastem a culpabilidade do investigado, portanto não havendo de se falar em prévia condenação.

Alkimin traz a posição de Ferrajoli sobre o juiz imparcial⁵², afirmando que o mesmo não impõe a separação do juiz da fase de investigação para fins de garantir

⁵⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. revista e ampliada. Curitiba: Juruá, 2013. p. 265.

⁵¹ COSTA JÚNIOR, Paulo Alkimin. O anteprojeto do novo código de processo penal e o juiz das garantias. In: **II Jornada de Direito Processual Penal**/Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2010. p. 225.

⁵² “Chamarei eqüidistância ao afastamento do juiz dos interesses das partes em causa; *independência* à sua exterioridade ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes; *naturalidade* à determinação de sua designação e à determinação de suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo. Esses três perfis da imparcialidade do juiz requerem *garantias orgânicas* que consistem do mesmo modo em *separações*: a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer a sua separação institucional dos outros poderes do Estado e por outro lado a difusão da função judiciária entre os sujeitos não dependentes um do outro; a naturalidade requer exclusivamente a sua separação de autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e a predeterminação exclusivamente legal das suas competências”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: 2010. p. 534).

sua imparcialidade, assim contrariando o que é sistematicamente defendido como fundamento para a criação do Juiz das Garantias.

Há que se colocar aqui o princípio da igualdade de armas entre as partes do processo penal, o Projeto nos remonta à atividade probatória judicial em favor da defesa, como tratado em tópico do capítulo anterior, isso seria ignorar de forma absurda a igualdade de armas.

Não se pode conceber que haja desigualdade entre as possibilidades de provas de modo a favorecer somente à defesa, como sugere o Projeto, uma vez que invoca em sua essência a **imparcialidade**. Portanto, cabe o questionamento: como se falar em imparcialidade se é possível a existência de atividade probatória judicial somente em favor de uma das partes do processo?⁵³

Outro forte argumento que embasa a defesa do instituto do Juiz das Garantias, a fim de impedir de participar na fase processual o magistrado que atuou na fase de investigação, é competência do juiz para requisitar provas de ofício. Argumenta-se no sentido do afastamento do Juiz Instrutor, aquele que instrui a investigação e atua de modo a ombrear lado a lado com a acusação, no entanto é fundamental salientar que no nosso ordenamento não temos a figura do Juiz Instrutor, dispõe-se do Ministério Público atuando como instrutor da investigação, funções previstas na CF.⁵⁴

O argumento dele se dá com base na produção de prova *ex officio* por parte do juiz, ainda na fase de investigação, que tornaria o juiz um investigador. Tal previsão enseja uma discrepância em relação ao sistema acusatório, mas se trata de uma previsão legal, que é fruto de reformas no diploma legal de processo penal, que foram implantadas e apresentam anomalia no que se refere à aplicação do sistema processual penal proposto (acusatório). Fato que pode ser solucionado com a aprovação do novo CPP excluindo tal previsão de seu texto.

Diante do acima exposto, conforme Mauro Fonseca Andrade⁵⁵, a simples retirada da previsão legal da produção de prova de ofício pelo juiz derrubaria toda a

⁵³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2013. p. 174, 175.

⁵⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. p. 59.

⁵⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. p. 37.

argumentação que embasa tão fortemente a criação do Juiz das Garantias, uma vez que o pilar base da defesa estaria extinto, ou seja, não se teria um Juiz Instrutor.

Miguel Reale⁵⁶ observa que o rol que prevê as atividades do Juiz das Garantias no Projeto de Lei não apresenta uma atividade tipicamente acusatória, uma vez que se limita a deferir ou não medidas solicitadas e propostas pela investigação que limitam direitos fundamentais. Não se pode falar em convencimento do magistrado, uma vez que ele não participa ativamente da acusação, mantendo sua postura de terceiro imparcial, estando de acordo com o sistema acusatório.

No mesmo sentido que já fora anteriormente exposto por Mauro Fonseca Andrade, Miguel Reale compartilha da ideia de que seria um avanço significativo no sentido de manter a imparcialidade do juiz, impedir que ele intervenha no processo de produção de provas por iniciativa própria⁵⁷. Desse modo, não resta muito a argumentar quanto à sua participação na acusação que descaracteriza o sistema acusatório.

Conforme Alkimin⁵⁸, as alterações contidas no Anteprojeto, e agora no PL 8045/2010, necessitam de crítica ferrenha, uma vez que para justificar a necessidade da criação do Juiz das Garantias pressupõe-se que *a magistratura brasileira não detém o preparo ético e jurídico suficiente para atuar como um julgador imparcial*. Nesse caso, o judiciário brasileiro é considerado ineficiente e estaria atuando sem ética, o que não parece ser o caso, uma vez que o juiz atua como garantidor e fiscalizador no decurso da investigação, sem ter que se afastar do processo.

Diante disso, é possível afirmar que o Juiz das Garantias na verdade já existe no processo penal atual e atua de forma garantidora, pois os argumentos utilizados para fundamentar sua existência e garantir direitos e imparcialidade, já têm previsão legal nos institutos da suspeição e do impedimento.

⁵⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 31, n. 113, p. 101-111, set. 2011.

⁵⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 31, n. 113, p. 101-111, set. 2011.

⁵⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo Alkimin. O anteprojeto do novo código de processo penal e o juiz das garantias. In: **II Jornada de Direito Processual Penal/Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2010. p. 224.

Na contrapartida da implantação do Juiz das Garantias, cabe salientar que houve manifestação mediante Nota Técnica n.º 10, do Conselho Nacional de Justiça, a qual vem colocar algumas limitações e alterações necessárias para o PL 8045/2010, a fim de que se analise o instituto de forma adequada e dentro da realidade do Poder Judiciário.

A Nota coloca a posição do Conselho no que se refere ao Juiz das Garantias, salientando em seu título III, item 8, que a implantação do Juiz das Garantias entraria em conflito com a situação do sistema de justiça já no ano de 2010, apontando que levantamento efetuado pela Corregedoria Nacional de Justiça no sistema Justiça Aberta revela que 40% das varas da Justiça Estadual no Brasil constituem-se de comarca única, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição. Assim, nesses locais sempre que o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito ficará automaticamente impedido de jurisdicionar no processo, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta⁵⁹.

A argumentação da Nota Técnica gira em torno da impossibilidade de inflacionar o orçamento da justiça estadual, diante da Lei de responsabilidade Fiscal, o gasto extra com diárias e deslocamentos, e o risco de prescrição da ação penal pelo decurso de tempo. Conforme já apresentado anteriormente, as comarcas com um único juiz serão um problema grave a ser apreciado. A Nota Técnica coloca como incompatível tal instituto com cenário à época de sua propositura.

Assim sendo, é possível verificar que são muitos os argumentos que refutam a argumentação sistêmica do novo instituto proposto.

⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos administrativos. **Nota Técnica Nº 10 de 17/08/2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos?documento=225>>. Acesso em: 01 maio 2017.

3 O JUIZ DAS GARANTIAS COMO SOLUÇÃO PARA A ALEGADA CONTAMINAÇÃO JUDICIAL

O Juiz das Garantias é lançado como instituto salvador dos direitos e garantias do acusado/réu, ele é descrito pelos seus defensores como a solução para os problemas que o judiciário apresenta em relação à imparcialidade por parte do magistrado, que teria já um prévio convencimento em relação à culpabilidade do réu em virtude de seu contato com o inquérito policial ou com a investigação, a fim de decidir sobre o cabimento ou não de alguma medida cautelar ou outra medida suscitada, ainda na fase de investigação.

O Anteprojeto de Lei apresentado ao Senado expõe a justificativa para criação do Juiz das Garantias, enfatizando sua necessidade a fim de consolidar o sistema acusatório⁶⁰, como é possível observar na exposição de motivos:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz *das garantias*, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz *de inquéritos*, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

Evidentemente, e como ocorre em qualquer alteração na organização judiciária, os tribunais desempenharão um papel de fundamental importância na afirmação do juiz das garantias, especialmente no estabelecimento de regras de substituição nas pequenas comarcas. No entanto, os proveitos que certamente serão alcançados justificarão plenamente os esforços nessa direção.

Todas as medidas têm a finalidade de manter afastado da fase investigatória o juiz do processo, sob o argumento de que assim estariam preservando-o de uma

⁶⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**: Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009.

contaminação pela investigação, a qual é composta por elementos que formam a convicção do Ministério Público para fins de denunciar o acusado⁶¹.

No entanto, cabe salientar que o magistrado que atua no sistema penal acusatório atualmente atua legalmente amparado pela CF e CPP com a finalidade de assegurar que a investigação esteja correndo de maneira legal e justa, a julgar pela exigência de sua análise precária e provisória quanto à concessão de cautelares de privação de liberdade, momento em que ele analisa se os requisitos legais para tal medida estão presentes e são consistentes, evitando assim uma lesão à liberdade do acusado de forma desnecessária.

Os argumentos quanto à atuação dos magistrados na atualidade levantam questões delicadas, tais como o fato de Juízes estarem tomando decisões arraigadas de parcialidade e extremamente induzidas pela investigação, uma vez que para atender ao aclame por segurança pública que a sociedade tem feito, influenciada pela mídia, os Juízes estariam, constantemente, se reunindo com autoridades policiais e promotores de justiça com a finalidade de chegar a uma solução que responda à sociedade no que se refere à violência⁶².

A argumentação acima torna temerária toda a estrutura judiciária, levando-se em conta que sob a ótica apresentada, os Juízes estariam “aliados” à acusação e por isso tenderiam a proferir sentenças sempre condenatórias, ignorando os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório. A fase processual seria mera formalidade, uma vez que a investigação por si só bastaria para condenar o acusado.

Tais colocações tornam-se equivocadas, pois o juiz do processo que assumirá a partir da denúncia terá contato com todo o processo e junto com ele toda a produção de elementos de acusação da fase investigatória⁶³, cabendo a ele, inclusive, decidir se mantém ou não alguma medida concedida pelo Juiz das Garantias, sendo que para tanto terá que analisar e conhecer a produção investigatória, não recaindo sobre ele o **fantasma** da contaminação prévia.

⁶¹HAMILTON, Sergio Demoro. O juiz das garantias. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, v. 10, n. 60, p. 18-28, jun./jul. 2014.

⁶²GERBERF, Daniel; MAYORCA, Marcelo. Do jogo à “pelada” processual: o processo penal sem juiz. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 16, n. 194, p. 16-17, jan. 2009.

⁶³HAMILTON, Sergio Demoro. O juiz das garantias. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, v. 10, n. 60, p. 18-28, jun./jul. 2014.

Conforme Guilherme de Souza Nucci⁶⁴, a decretação da prisão preventiva na fase investigatória é mais rara, uma vez que temos a prisão temporária, no entanto existe o instituto e é argumentado tratar de fator de perda da imparcialidade por parte do magistrado, argumento defendido pelo próprio Nucci. O autor coloca como incompatível com a imparcialidade o fato do magistrado poder decretar de ofício à prisão preventiva.

Já no que se refere à contaminação do juiz que decide acerca da prisão preventiva é preciso esclarecer a diferença entre indício e prova, para a prisão preventiva é necessário haver indícios, sendo que indícios são provas indiretas, conforme coloca o art. 239 do CPP, que levam à indução de ser o acusado o autor do crime, no entanto difere da prova, a qual é submetida à análise criteriosa e ao contraditório e enseja certeza da autoria⁶⁵.

Não cabe falar em condenação prévia, uma vez que é um indício sem força de prova que alicerça a decisão provisória do juiz que analisou toda a legalidade do pedido, não se trata de uma decisão definitiva, mas, sim, de uma medida excepcional a fim de garantir a investigação. O juiz decidirá somente se preenchidos todos os requisitos exigidos e com respeito aos direitos individuais em discussão. Não compete a afirmação de que esse juiz estaria contaminado com a certeza da autoria e que por isso deveria estar impedido de participar do julgamento.

Seria, por certo, impedido de julgar o juiz que no decurso do processo decretasse a prisão preventiva, pois a estaria determinando com base nos mesmos critérios utilizados na fase de investigação, mas, no entanto, não se fala em contaminação na fase processual, se defende a implantação do Juiz das Garantias somente para garantir imparcialidade na fase de investigação.

Para rebater as alegações de ausência do contraditório é importante analisar o que consta na Lei n.º 12.403 de 2011, ao alterar os dispositivos relativos às medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, determinando que

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁶⁵ NUCCI coloca na obra citada em nota de rodapé 26, p.559, que a posição de Antônio Magalhães Gomes Filho na obra "A Motivação da Decisões Penais", p. 223: "[...] indício suficiente é aquele que autoriza "um *prognóstico* de um julgamento positivo sobre a autoria ou a participação".

sempre que possível o magistrado deve determinar a intimação da parte contrária ao receber o pedido de medida cautelar, ou seja, deve oportunizar o contraditório.⁶⁶

O CPP já contempla uma previsão legal bastante consistente e que enfoca justamente na garantia de um processo que respeita as garantias processuais, como é possível observar no art. 155 do CPP. Não se pode condenar a absoluta inércia de todo um sistema processual existente e recepcionado pela CF, a qual deu absoluta prioridade às garantias e direitos fundamentais e individuais do cidadão e dedicou espaço satisfatório às garantias processuais em seu art. 5º.

No entanto, é de suma importância desenvolver um olhar crítico e verificar que existe um aparato legal, que é respeitado pela magistratura e que tem por finalidade a garantia dos direitos fundamentais de cada cidadão. Não se pode simplesmente ignorar a gama de responsabilidades e preceitos de conduta dos Juízes, afirmando de forma apaixonada que estão atuando de forma ilegal.

Tudo isso contraria de forma grotesca a necessidade da existência do juiz, figura criada para estabelecer distanciamento no processo a fim de decidir de forma imparcial, sem aproximação com as partes. Afirmar sua contaminação e ainda desqualificar o trabalho de todos os juízes de forma a generalizar uma ilegalidade da qual não se tem plena comprovação é o mesmo que negar a existência de toda uma construção histórica de um instituto que nasceu e é regulado para garantir direitos e justo processo.

3.1 A DOCTRINA DA CONTAMINAÇÃO JUDICIAL

O grande pilar para a defesa da criação do Juiz das Garantias é a afirmação categórica de que a investigação contamina a imparcialidade do juiz. Afirma-se que o magistrado que tiver contato com os elementos da investigação já restaria contaminado e, portanto, impedido de proferir sentença imparcial, uma vez que sua

⁶⁶ Art. 282, §3º, do Código de Processo Penal: Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

proximidade com a investigação o tornaria parte dela e não seria ética sua posição de julgador imparcial⁶⁷.

O Projeto de Lei do CPP prevê o Juiz das Garantias de forma a torná-lo uma figura fundamental para fins de garantir uma sentença isenta e constituída totalmente com base na fase probatória processual onde estão presentes todos os direitos individuais previstos na Constituição Federal, totalmente revestidos da presença e aplicação da ampla defesa e contraditório. Todavia, o próprio Projeto prevê que o magistrado do processo possa rever e decidir acerca de medidas constritivas sem que se torne impedido, assim como seria o Juiz das Garantias ao decidir acerca das mesmas medidas⁶⁸.

Conforme o colocado acima, fica evidente a contradição existente dentro do próprio Projeto que torna, pelo mesmo motivo, um magistrado impedido por sua contaminação e o outro não. Salientar-se-á que os mesmos elementos investigatórios serão analisados, os mesmos indícios e depoimentos de modo que o conhecimento do juiz do processo seja igual ao do Juiz das Garantias.

A contaminação do juiz pela investigação é veementemente defendida por parte da doutrina favorável ao instituto, argumentando que seria causa de impedimento para a atuação no processo a atuação do juiz, no sentido de proferir qualquer decisão ainda em fase investigativa, conforme previsto no artigo 15 do Projeto do CPP, que já o torna impedido de atuar no processo.

No entanto, o Projeto ignorou por completo a existência de previsão legal em nosso ordenamento jurídico dos institutos do impedimento e da suspeição, os quais têm por finalidade garantir a equidistância do juiz e sua imparcialidade⁶⁹.

A tão temida contaminação do juiz pela investigação, portanto, deve ser considerada de forma cautelosa, pois é previsto legalmente ao magistrado a atribuição de se manter distante, todavia atento para o cumprimento de todos os requisitos legais dentro da fase investigatória.

⁶⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo Alkimin. O anteprojeto do novo código de processo penal e o juiz das garantias. In: **II Jornada de Direito Processual Penal**/Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2010. p. 225.

⁶⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo Alkimin. O anteprojeto do novo código de processo penal e o juiz das garantias. In: **II Jornada de Direito Processual Penal**/Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2010. p. 227,228.

⁶⁹ Artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal. (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/Del3689.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017).

Cabe ao juiz que atua sob a égide do atual CPP a figura de garantidor dos preceitos legais exigidos para a condução da investigação, para tanto caberá ao magistrado decidir de forma precária e provisória sobre determinadas necessidades da investigação, tais como prorrogação de prazo para o inquérito, permissão para escuta telefônica, medidas cautelares de prisão e outras. Porém, o juiz deve apreciar os elementos obtidos pela investigação sob a ótica de garantidor da legalidade no que se refere a tais medidas.

A análise dos elementos que apontam para provável autoria do crime se dá de forma superficial, sempre de modo a verificar se de fato os argumentos elencados pela investigação são fundamentados em investigação lícita, colhimento de provas legais e absoluta necessidade da medida, salientando ainda que a tomada de decisão por parte do magistrado no sentido de conceder o pedido da investigação não importa na certeza da condenação do réu, pois advindo da medida poderão ser apresentadas provas que inocentem o acusado, como pode vir a acontecer no caso da escuta telefônica, que o conteúdo obtido durante tal período poderá ser a base para inocentar o réu⁷⁰.

Colocar-se-á o apontamento do Desembargador Abel Fernandes Gomes em artigo referente ao assunto⁷¹, salientando justamente a atuação do magistrado no que se refere ao contato com a prova na fase pré-processual:

Num segundo ponto, o argumento parte da alegada probabilidade de que se foi o juiz que decidiu pela constituição de uma prova, autorizando-a na fase pré-processual, provavelmente não a desqualificaria no momento de julgar. Todavia, a assertiva é equivocada à luz do que realmente ocorre no nosso Direito, cuja estrutura posta sepulta a ideia que se quer passar, de que o que se decide na fase pré-processual é de tal profundidade que seja capaz de contaminar o mérito. É que, tecnicamente, o juiz, na fase pré-processual, apenas examina se as circunstâncias do pedido estão de acordo com a autorização legal e constitucional para atuação de meios de reunião de elementos e medidas mais incisivas nos direitos fundamentais do sujeito, mas não as executa ou desenvolve, nem apura o seu conteúdo material. Na verdade efetua juízo sobre a aplicação do meio de prova, e não sobre o que ele será capaz de reunir de material probatório, e sua aptidão para, em cotejo com o que mais irá ser o produzido pelas partes, demonstrar a procedência da acusação. Tudo o que acontecerá depois da avaliação positiva do juiz sobre a necessidade de incidência de determinado meio de

⁷⁰ COSTA JÚNIOR, Paulo Alkimin. O anteprojeto do novo código de processo penal e o juiz das garantias. In: **II Jornada de Direito Processual Penal**/Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2010. p. 227,228.

⁷¹GOMES, Abel Fernandes. Juiz das garantias: inconsistência científica; mera ideologia: como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010. p. 102. (Abel Fernandes Gomes é desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e diretor da Ajufe, no Rio de Janeiro).

prova, poderá, sim, fazer com que ao final ele decida pela improcedência da acusação, a menos que se imagine, novamente de forma preconceituosa, que o juiz sempre esteja propenso a julgar o mérito da ação penal mais atento ao meio de prova que necessariamente teve que passar pelo seu crivo do que a todo o conteúdo material probatório que foi levado ao processo.

Os argumentos de que existe a contaminação do juiz e que isso é prejudicial aos direitos e garantias do acusado e que posteriormente terão reflexo negativo na decisão final do juiz do processo, uma vez que o magistrado estaria vinculado a decidir de acordo com sua primeira posição diante do fato, mesmo que esta tenha sido de forma provisória e precária, são colocados de modo ideológico por alguns autores defensores do Juiz das Garantias. Veja a colocação de Abel Fernandes Gomes⁷²:

Outro fundamento da criação da figura do juiz das garantias, não tão expresso no texto do PLS n. 156/09, mas incisivamente apontado pelas opiniões de alguns autores, é que o atual sistema, em que o mesmo juiz que decide sobre a admissibilidade, prorrogação e incidentes de medidas investigatórias; meios de coleta de elementos de convicção para oferecimento de denúncia e até mesmo cautelares, em momento anterior àquele em que decidirá o mérito da ação penal à luz das provas carreadas aos autos, acaba por contaminar o julgador, que, segundo opinam tais autores, se veria irremediavelmente envolto no compromisso de julgar o mérito da ação segundo a mesma valoração feita quando decidiu sobre aquelas medidas.

Contudo, com todo respeito aos argumentos que procuram sustentar a afirmação – até certo ponto preconceituosa – de que todo juiz que decide medidas provisórias estará contaminado para sempre por esse contexto decisório, tais assertivas não se revestem de nenhuma base científica. Do que se parte, para tais afirmações, por vezes, é de um juízo daquilo que se imagina difícil, possível, ou provável acontecer. Simone Schreiber (2010, p. 2-3), por exemplo, aduz que *é extremamente difícil, quase impossível, que o juiz se mantenha alheio às versões dos fatos que vão sendo reveladas no decorrer da investigação; ou que se foi ele próprio quem avaliou a pertinência e a legalidade das medidas probatórias realizadas na fase pré-processual, é bastante improvável que ele desqualifique a prova que foi produzida e mude de ideia quanto ao resultado que foi colhido.*

A ideologia tem sido bastante aflorada quanto às argumentações acerca da contaminação do magistrado, observar-se-á que a posição garantista embasa as argumentações favoráveis à implantação do Juiz das Garantias, no entanto resta uma severa averiguação da conduta dos Juízes no modo tradicionalmente

⁷²GOMES, Abel Fernandes. Juiz das garantias: inconsistência científica; mera ideologia: como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010. p. 102. (No texto citado ele apresenta a posição de Simone Schreiber no artigo: O juiz de garantias no projeto do código de processo penal. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 2-3, ago. 2010).

empregado hoje no processo penal, a fim de evitar acusações injustas e puramente ideológicas. Abel Fernandes Gomes coloca em discussão que a própria figura do juiz, puramente, já é uma garantia, já que como terceiro imparcial, existe para dar equilíbrio na relação processual, mantendo a distância necessária para que as partes com o exercício de seus direitos processuais apresentem as provas, cabendo ao juiz garantir direitos aos envolvidos⁷³.

Diante disso, apresenta-se um claro debate ideológico sobre a necessidade da implantação do Juiz das Garantias. A posição de André Maya coloca essa inovação no projeto como a salvação para a adequação do processo penal brasileiro à CF e ao sistema acusatório⁷⁴.

Todavia é possível constatar que nosso sistema penal já respeita os preceitos constitucionais previstos na Carta Magna, a investigação contempla, também, o contraditório, na medida em que é permitida a presença do defensor, de modo que não é correto afirmar que a investigação é totalmente e unicamente inquisitiva, contrariando o que coloca NUCCI ao afirmar que o inquérito é puramente inquisitivo, por não ser obrigatória a presença de defensor, porém, não ser necessária é diferente de ser proibida⁷⁵.

É garantida ao acusado a presença de seu defensor⁷⁶, suas garantias individuais são de responsabilidade do Estado e para isso está presente no atual CPP a figura do juiz como garantidor de que toda a investigação correrá de acordo com os ditames da lei e sua intervenção sempre é requisitada para fins de apreciação geral da legalidade dos atos adotados ou requisitados pelo órgão responsável pela acusação.

É de fato muito importante uma abordagem mais cuidadosa ao se afirmar que o juiz estaria sentenciando previamente o acusado com base meramente em elementos de investigação. O juiz processual tem toda a fase probatória em que são oferecidas todas as garantias processuais e respeito a todos os princípios

⁷³GOMES, Abel Fernandes. Juiz das garantias: inconsistência científica; mera ideologia: como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010. p. 100.

⁷⁴MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014. p. 218.

⁷⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 143.

⁷⁶ Súmula Vinculante 14 do STF: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

processuais existentes, conforme Nucci⁷⁷, no sentido de propiciar ao réu todos os meios possíveis de defesa. Toda a defesa apresentada será analisada de forma profunda e detalhada pelo juiz, de modo que seria insolente afirmar que a investigação sozinha subsidia e determina a sentença.

As decisões tomadas pelos magistrados durante a fase investigatória são os pontos basilares para argumentação favorável à proposta do novo CPP em relação ao Juiz das Garantias, uma vez que é justamente por tê-las tomado que o juiz se torna impedido de atuar na fase processual, sob o argumento de que o magistrado já teria que realizar uma análise aprofundada nos elementos de convicção reunidos pela investigação, e com isso sua convicção acerca do convencimento da autoria e materialidade estaria formada, resultando em prévia condenação.

André Maya salienta em sua obra que as medidas cautelares e outras intervenções judiciais ainda na fase pré-processual tornam o magistrado impedido devido à total perda de sua parcialidade e ilustra sua argumentação trazendo a baila publicações de Geraldo Prado, Fauzi Choukr e Carrió⁷⁸. Porém, é imperioso salientar, como já colocado acima, que o juiz da fase processual terá o mesmo acesso e poderá decidir acerca das mesmas medidas quando receber o processo, pois os elementos de acusação são partes do processo e subsidiam as decisões que virão a ser tomadas pelo magistrado na fase processual.

A participação do juiz na fase de investigação que hoje o aproxima do processo como o Juiz Prevento, na argumentação do PLS 156/2009 é, na verdade, motivo de afastamento. Seu contato precoce ainda na fase investigatória teria influência direta na sentença a ser proferida, devido à aproximação com a acusação e o convencimento da autoria e materialidade com base em elementos desprovidos de contraditório.

Também importa ressaltar que o papel do magistrado ao participar de forma a proferir decisão acerca do cabimento ou não de medida cautelar é de cunho garantidor, sua função é verificar se o pedido da acusação têm os fundamentos exigidos e estará sendo requisitada de forma a garantir uma maior eficácia em relação à apuração do fato.

⁷⁷NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁷⁸MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014. p. 172.

Em muito espanta a argumentação de que o juiz, por decidir liminarmente, não voltaria atrás em sua decisão⁷⁹, mesmo após toda a fase probatória em que é oportunizada ao réu ampla defesa, conforme previsto no CPP e CF. A afirmação da postura do juiz que preservaria seu ego em detrimento dos direitos e garantias individuais da pessoa é inconsequente e ofensiva. Coloca-se o juiz em uma posição que passa longe de sua competência e responsabilidade prevista na lei, seria o mesmo que afirmar que o juiz está agindo em desacordo com seu próprio fundamento de existência.

A medida cautelar de prisão preventiva ou temporária tem o cunho de evitar que o acusado fuja ou ameace testemunhas, para garantir a ordem pública e econômica durante o período de investigação, momento esse em que somente os elementos da investigação podem apontar indícios de autoria ou materialidade, uma vez que a própria CF já presume o acusado ser inocente até que se julgue de forma definitiva.

A simples decisão de conceder uma medida não importaria em decisão final, pois o magistrado que proferiu a decisão está tomando como base para isso a análise no embasamento legal do pedido diante dos elementos obtidos na fase de investigação, porém de forma superficial e precária. No entanto, o magistrado fará reavaliação total de tais elementos na fase processual e poderá revogar a medida cautelar aplicada a qualquer momento, a pedido da defesa que poderá apresentar pedido de relaxamento de prisão e até *habeas corpus*, cabendo ao juiz reavaliar todos os elementos apresentados e conceder, como acontece em muitos casos.

Portanto, se é possível relaxar a prisão, é por óbvio coerente afirmar que a decisão tomada em relação à medida cautelar é **provisória** e **precária**, podendo ser revista, e assim o sendo tão logo sejam apresentadas provas contrárias ao que a acusação apresentou. O juiz, como terceiro imparcial que é, apreciará novamente todos os elementos e decidirá então de modo equidistante acerca da manutenção ou não da medida. Afinal, sua decisão seria sobre do cabimento, uma vez que derrubada a argumentação do cabimento pela defesa não cabe mais a medida.

⁷⁹GOMES, Abel Fernandes. Juiz das garantias: inconsistência científica; mera ideologia: como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010. p. 100.

Assim sendo, é deveras absurdo alegar que a decisão provisória seria uma antecipação da sentença, atribuindo de forma desrespeitosa ao magistrado uma falta de competência e ética que são a base da magistratura.

Importa colocar que a própria Lei n.º 12.403/2011 determina que o magistrado deverá sempre que possível determinar a intimação do acusado quando receber o pedido de medida cautelar, ressalvada a urgência ou perigo de ineficácia da medida, com isso o juiz estaria oportunizando a ampla defesa e o contraditório⁸⁰.

A contaminação do juiz diante de sua atuação na fase investigatória, afirmada por parte da doutrina que defende o Juiz das Garantias, se faz excessiva, na medida em que condena todo o trabalho desenvolvido pelos magistrados, desqualificando de modo generalizado a atuação dos juízes nesses processos, em suas sentenças e principalmente em sua conduta.

3.2 REVISÃO DA PREVENÇÃO

A prevenção do juiz está prevista no art. 83 do CPP⁸¹, tal instituto tem por finalidade garantir que o juiz que tomou uma decisão em relação ao caso, ainda durante a fase investigatória, assuma a competência para esse processo, uma vez que já terá conhecimento em relação às partes e às ações tomadas.

O fato de sua competência ser previamente estabelecida gera junto aos defensores do Juiz das Garantias a convicção de que esse juiz estaria impedido para atuar na fase processual, uma vez que sua imparcialidade estaria prejudicada.

Quando o juiz é chamado a decidir algo em uma investigação a fim de conceder alguma medida cautelar, ele deverá analisar se os requisitos para a concessão estão presentes, para isso haverá um contato com as peças produzidas pela investigação, as quais foram colhidas ainda na fase investigatória, e, portanto, não estariam amparadas pelo contraditório que não estaria presente no inquérito.

⁸⁰ Art. 282, §3º, do Código de Processo Penal: Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

⁸¹ Código de Processo Penal, Art. 83 – Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa.

Tal argumentação é fortemente utilizada a fim de defender a necessidade do Juiz das Garantias, assim como condenar sumariamente a prevenção⁸².

A prevenção é colocada por André Maya como incompatível com o julgamento imparcial, tendo em vista a possível contaminação subjetiva do magistrado em virtude de seu contato com os elementos indiciários, assim como pelas decisões tomadas por ele ainda na fase investigatória, as quais requerem, segundo ele, um aprofundamento na análise dos indícios levantados pela investigação formando uma prévia concepção da culpabilidade e autoria em relação ao indiciado, prejudicando sua imparcialidade na hora de julgar o processo⁸³.

O grande foco das críticas quanto à prevenção como fator de impedimento pelo juiz corre em torno das decisões relativas às medidas cautelares de prisão preventiva e temporária, sob a alegação de que há uma análise aprofundada do conteúdo investigatório que já faria um juízo de certeza por parte do magistrado quanto à autoria e materialidade, sendo de certa forma antecipada a sentença a ser proferida posteriormente pelo Juiz Prevento.

Na análise para fins de decretação de prisão preventiva é necessário, de acordo com o previsto no art. 312 do CPP, haver ameaça à ordem pública e à ordem econômica, evitar que o réu atrapalhe a investigação de alguma forma, ou seja, garantir a instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal, visando impedir que o acusado/réu possa fugir e não cumprir a pena que lhe for determinada em caso de assim caber. Para tanto, é necessário por parte do magistrado uma avaliação quanto aos indícios e provas produzidos pela investigação, uma vez que a solicitação por tal medida se dá com base nesse conteúdo.

A decretação da medida de prisão preventiva se dá após uma criteriosa avaliação do juiz nos elementos arrolados pela investigação, todavia tal avaliação é efetuada de forma provisória, pois se dá sob elementos informativos produzidos pela investigação, ou seja, elementos obtidos pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público, precários no que se refere à presença do princípio de contraditório e ampla defesa, uma vez que a fase de investigação tem uma característica inquisitiva,

⁸² MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014. p.169-172.

⁸³ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014. p. 180.

porém ela não é totalmente ausente de contraditório, conforme colocada no capítulo anterior.

Em contrapartida, a decisão na fase processual, e se fala em decisão de sentença, é tomada com base em análise profunda e definitiva em provas produzidas de forma legal, obedecendo todos os direitos fundamentais previstos, tudo submetido ao contraditório e ampla defesa.

Mauro Fonseca Andrade refere-se à prevenção como fator positivo, entre outros argumentos, sobre a questão da produção antecipada da prova, na medida em que o afastamento do Juiz das Garantias da fase processual, sendo ele o juiz responsável pela decisão de produção antecipada da prova, acarretará grande retrocesso quanto ao tema.

Ele salienta que, no que se refere à questão da produção antecipada de prova, concorda com a colocação de Aury Lopes Jr. quando admite que seja possível a antecipação da prova desde que o juiz que antecipou seja o mesmo que participará do processo.⁸⁴

3.3 A POSIÇÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM – TEDH

O juiz é um instituto criado para fins de garantir ao conflito a presença de um terceiro que figurará como fonte de equilíbrio na relação na medida em que se mantém a distância de ambas as partes. Sua imparcialidade é preservada em virtude desse distanciamento, a ele cabe somente a garantia da aplicação da lei em sua integralidade, e nesse caso nota-se que não somente a aplicação da lei penal no seu viés punitivo, mas, sim, da aplicação da previsão legal como um todo, garantindo às partes do processo as garantias e direitos fundamentais.

A doutrina que defende a teoria de que o modelo atual de Juiz seria inconstitucional e antigarantista utiliza para argumentação as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – TEDH, afirmando que esse tribunal já consolidou

⁸⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. p. 109 a 111. “... o juiz mais adequado, para a tomada de prova urgente, é o juiz do futuro processo.”

em suas decisões acerca da imparcialidade do juiz que participa da fase de investigação.

No entanto, é possível verificar que as argumentações são rebatidas por Mauro Fonseca Andrade, que ilustra em sua obra diversas decisões do TEDH em que o juiz é considerado apto a proferir decisão no processo, tendo em vista que sua atuação na fase de investigação foi a simples análise dos elementos apresentados de modo a decidir provisoriamente sobre o cabimento ou não de determinada medida sem nenhum aprofundamento mais intenso⁸⁵.

O juiz atuante na fase de investigação não é um Juiz Investigador, conforme vem sendo apontado pela crítica, ele é a figura necessária para avaliar a condução da investigação de modo a decidir, sempre que necessário, sobre medidas requisitadas pelo responsável pela investigação sob o argumento de essencialidade para elucidação do crime.

Todavia, tal decisão será tomada com base na legalidade do pedido e não como investigador. Vejamos o que diz Mauro Fonseca Andrade com base em seu estudo das decisões proferidas pelo TEDH em que se confrontaram decisões sobre o afastamento do juiz pela perda da imparcialidade e outras em que mantiveram o juiz mesmo tendo ele decidido em fase investigatória:

Se assim o é, inegável que a cumulação de funções pelo juiz não leva, *a priori*, a qualquer “*presunção de parcialidade*”. Ao contrário, o TEDH insistentemente afirma que a presunção se dá em sentido inverso – ou seja, *pro judicato*, levando à manutenção da imparcialidade judicial – cabendo ao interessado comprovar a existência de elementos que indiquem a perda do principal atributo judicial, que é a própria imparcialidade do julgador. E, se aplicarmos aqueles critérios traçados pelo TEDH à nossa realidade, facilmente veremos que não há como justificar, a partir da jurisprudência dessa mesma Corte, que o juiz brasileiro, por simplesmente haver atuado na fase de investigação, estará *contaminado*.⁸⁶

É relevante salientar que a previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro de como se dará a sentença, não estando em nenhum momento permitido ao magistrado formar juízo de convencimento, tendo como base as avaliações do conteúdo informativo da investigação, conforme consta no art. 155 do CPP:

⁸⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. p.19-38.

⁸⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. p.33.

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Diante do apresentado, e analisando as colocações das posições contrárias e a favor do Juiz das Garantias, nota-se a importância do debate, assim como a tentativa ferrenha de subjugar o sistema judiciário no que se refere à postura do magistrado no momento de sentenciar. Fica nítida que toda a base argumentativa dos defensores do instituto proposto esforça-se para depreciar a conduta dos magistrados acusando-os de “contaminados” pela fase investigatória.

Existe uma constante crítica, a qual é enfatizada pelos autores da corrente que defende a criação do novo instituto no novo CPP, no que tange às decisões proferidas pelo magistrado no sentido de decretação de medidas cautelares, principalmente naquelas em que se restringe a liberdade do indivíduo ainda na fase investigatória. O afastamento do juiz que proferiu decisão de caráter cautelar é defendido de forma ferrenha sob a alegação de que para decretar medida cautelar o magistrado já tem sua convicção totalmente formada e que estaria, portanto, contaminado.

O efeito disso seria o completo desrespeito ao princípio da ampla defesa e contraditório, uma vez que o prévio convencimento do juiz faria com que a fase destinada à defesa no processo não passasse de mera formalidade e seria desconsiderada totalmente pelo magistrado. Diante de tal posicionamento é afirmada a parcialidade do magistrado que tomou decisão na fase investigatória sobre medida cautelar, utilizando decisões do TEDH para ratificar seu posicionamento⁸⁷.

Para que seja possível fazer uma análise crítica é necessário o conhecimento dos requisitos necessários para fim de decidir acerca de medidas cautelares de restrição de liberdade, o CPP atual em seus artigos 311 e 312 apresenta os

⁸⁷ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014. p. 131. (O autor traz o posicionamento de Aury Lopes Jr em notas de rodapé nº 89,90 e 91).

requisitos necessários para que haja o pedido de prisão preventiva por parte da investigação.

Para tal medida é requisito que se tenha prova de materialidade e indícios suficientes de autoria, que a mesma tenha sido requisitada a fim de manter a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. Sendo assim, a decretação só pode ocorrer obedecendo aos critérios de requisição do Ministério Público ou do Querelante, mediante representação da autoridade policial, ou até de ofício pelo juiz.

Mauro Fonseca Andrade coloca o caso *Hauschildt vs. Dinamarca* (24/05/1989) como um dos casos para ilustrar a alegada perda da imparcialidade por parte do juiz que participa da fase de investigação e da fase processual posteriormente, nesse caso o Sr. Hauschildt alega que o juiz que participou da fase de investigação já havia formado um prejulgamento ainda na primeira fase da persecução penal. É importante salientar que a função do juiz dinamarquês é idêntica a do juiz brasileiro, atuar como supervisor das ações praticadas ou que virão a ser tomadas ainda na fase de investigação.

O TEDH coloca que dependendo do grau de participação do magistrado na fase de investigação é possível arguir sua contaminação ou perda da imparcialidade e para isso é necessária a prova dessa imparcialidade.

No TEDH houve o afastamento da alegação de imparcialidade por parte do juiz, uma vez que, tal como no sistema processual penal brasileiro, o juiz atua como Juiz Garantidor na fase processual e não como Juiz Investigador, conforme os Casos *Piersack vs. Bélgica* e *De Cubber vs. Bélgica*, casos em que houve o impedimento do juiz, que atuou como Juiz Investigador na fase de investigação que precedeu o processo.⁸⁸

A análise a ser feita pelo juiz que recebe a denúncia aqui no Brasil é superficial, não ensejando que o aprofundamento seja tamanho ao ponto de gerar um prévio convencimento do magistrado prejudicando sua avaliação e apreciação das provas processuais advindas do curso do processo, arraigadas de todas as

⁸⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. p. 28 e 29.

garantias processuais e à luz dos princípios constitucionais que dão um caráter garantidor ao acusado, tendo em vista o contraditório e ampla defesa.

No caso citado acima, o TEDH coloca que no direito dinamarquês a análise quanto à decretação de prisão não está atrelada ao pleno convencimento do magistrado, mas, sim, à constatação de uma “*suspeita particularmente confirmada de que o acusado cometeu o crime pelo qual foi acusado*”, isso caracterizaria pleno convencimento de culpabilidade do autor pelo juiz ainda na fase de investigação e restaria contaminada sua imparcialidade tendo em vista o grau de aprofundamento exigido para tal medida.

Portanto, um exame necessário para analisar se há pré-convencimento do juiz antes da sentença do processo é o da profundidade de convencimento exigida para a tomada de decisão acerca de medidas cautelares ou restritivas de direitos.

O TEDH vem se posicionando repetidamente alegando que o simples fato de participar da fase pré-processual não torna o juiz impedido ou contaminado, análise necessária é acerca do aprofundamento do magistrado em relação à culpabilidade do acusado em relação ao cometimento do delito pelo qual ele é acusado.

André Maya⁸⁹ cita a posição de que o TEDH é de que a participação do juiz na fase de investigação por si só já caracteriza a perda da imparcialidade, no entanto é possível observar, comparando as colocações dele e as decisões tomadas pelo Tribunal, que existe um critério que define quando e por qual motivo o juiz é declarado impedido. Isso se dará de acordo com a sua participação nas decisões durante a investigação, assim como perante a análise do que prevê a legislação no que se refere ao grau de aprofundamento do juiz em relação aos indícios e alegações oferecidas pela acusação.

Fica evidente que o simples fato do juiz decidir ou participar da fase de investigação não é critério definidor de perda da imparcialidade.

⁸⁹ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014. p. 71 a 74.

CONCLUSÃO

A análise efetuada no decorrer deste trabalho propiciou uma oportunidade de reflexão acerca da modificação mais significativa de todas as inovações presentes no PL 8045/2010, o Juiz das Garantias.

É possível verificar que existe a necessidade de reforma do CPP, que é necessário atualizá-lo de modo a garantir efetiva aplicação do processo penal adequado à atual realidade. No entanto, não é possível que isso seja feito sem estudo profundo com embasamento científico sólido, e não somente alicerçado em ideais subjetivos.

A argumentação discorrida no capítulo que tratou sobre a Reforma do CPP serve para verificar que, de todas as alterações propostas, o Juiz das Garantias ganha lugar especial, pois é incumbida a ele toda a sustentação de garantia de um processo penal democrático e de acordo com o Estado Democrático de Direito.

Vários autores se posicionaram diante da proposta de criação do juiz das Garantias com diversos argumentos, como já dispôs este trabalho em capítulo anterior. Entre os que defendem aquela novel figura, os argumentos são variados: a proteção da efetivação de um sistema acusatório, o fim da prevenção para evitar a contaminação do juiz durante a fase de investigação e a imparcialidade do juiz, garantindo os direitos individuais do acusado.

Todos os argumentos são rebatidos pela absoluta falta de consistência, uma vez que não se obteve êxito em uma clara definição de qual sistema processual será o adotado pelo País, pois o PL 8045/2010 refere-se à estrutura acusatória, o juiz do processo também terá competência para avaliar medidas cautelares e, para isso, deverá apreciar o conteúdo da investigação, restando fragilizado o argumento da prévia contaminação e da imparcialidade.

Observa-se, também, a forte crítica acerca da atividade probatória de ofício pelo juiz, tanto na fase processual quanto na investigação.

A produção de prova de ofício pelo juiz é tratada como a maior afronta à manutenção da imparcialidade do magistrado. Porém, tal fundamentação é muito bem rebatida. De acordo com a doutrina, bastaria uma alteração legislativa que

modificasse essa atribuição legal, e a base argumentativa para a criação de um Juiz das Garantias, com tal argumentação, restaria desmoronada.

Como pilar da estrutura acusatória, o instituto é defendido com veemência, sob o argumento de que sua atuação implicaria na modernização do processo penal, de modo que se estaria, com a separação da atuação do juiz em fase de investigação e fase processual, garantindo e sacramentando a adoção do sistema acusatório. O juiz do processo atuaria somente no processo, absolutamente imparcial, livre de qualquer tipo de contaminação, pois não teria envolvimento direto com a investigação.

No entanto, se pode perceber, através dos apontamentos apresentados no decorrer deste trabalho, que tal distanciamento da investigação não é absoluto, pois o próprio projeto de lei prevê que o magistrado da fase processual poderá decretar prisão preventiva se julgar necessário, caso ainda não tenha sido decretada pelo Juiz das Garantias, assim como pode alterar a medida cautelar aplicada para outra medida menos restritiva ao acusado, ou até extingui-la se assim entender.

Observa-se que, para isso, o juiz do processo deverá analisar os elementos colhidos pela investigação, e, diante disso, de acordo com a ótica da doutrina que defende a implantação do Juiz das Garantias, estaria ele também contaminado, podendo vir a sentenciar de forma imparcial.

A imparcialidade passa a ser uma das pilastras dos argumentos, e não que o juiz não deva ser imparcial. Deve sê-lo! No entanto, a maneira como é apresentada a figura do Juiz das Garantias pelos autores favoráveis ao novo instituto, conduz a um entendimento de que o simples fato do juiz estar presente na investigação o torna imparcial, e isso já acarretaria em impedimento para sua participação da fase processual.

Todavia, o Juiz das Garantias tem restrição legal à produção de provas em desfavor do acusado, ao passo que, em favor da defesa, nada é colocado, o que faz com que a imparcialidade pretendida esteja realmente prejudicada, uma vez que se teria um magistrado apoiando a defesa, causando, como colocado anteriormente, desequilíbrio na paridade de armas.

No que se refere ao sistema acusatório, que dá alicerce e argumentação para a defesa de que o Juiz das Garantias passe a existir no processo penal brasileiro,

segue sem definição específica, como foi possível verificar no capítulo dedicado ao sistema acusatório. Ao colocar expressamente a adoção da estrutura acusatória no art. 4º do projeto, o legislador perdeu a oportunidade de definir claramente qual o sistema a ser adotado, uma vez que *estrutura* e *sistema* são de definição diferente, impedindo que se interprete como sinônimos.

É de suma importância salientar que o que necessita, de fato, ser inserido no ordenamento jurídico penal é o sistema a ser adotado pelo processo penal brasileiro. Todavia, essa definição tem que se dar de forma expressa e direta, definindo o que é entendido como conceito de sistema acusatório, pois a tentativa de tal definição constante no art. 4º do PL 8045/2010, novamente remonta ao princípio, à característica e não esclarece nem define qual sistema é o adotado no Brasil.

É fundamental ressaltar a insistente argumentação no que se refere à contaminação do magistrado pelos elementos colhidos na investigação, que levaria a uma prévia condenação do acusado. Dedicou-se um capítulo para esclarecer que não se pode, de forma nenhuma, desqualificar o trabalho da magistratura atual, atribuindo tão grave violação de direitos sem apresentar um elemento relevante que certifique que isso de fato esteja ocorrendo.

O Juiz das Garantias, da forma como é proposto, pretende solucionar um problema que é levantado na esfera da teoria, sem comprovação científica de que a prevenção estaria acarretando uma sucessão de condenações por parcialidade do magistrado.

As argumentações acerca da necessidade do Juiz das Garantias enfraquecem, uma vez que algumas questões restam ignoradas, cabendo citar a não existência do instituto em todas as instâncias de julgamento criminal, pois uma vez que a investigação contaminaria o magistrado, as instâncias *ad quem* não estariam isentas de perda da imparcialidade pelo contato com os elementos da investigação, naquilo que lhes é competente avaliar provas ou manter contato com elementos de investigação.

Tampouco é viável afirmar que o juiz da comarca pequena, em que apenas ele atua, seria isento de perda da imparcialidade, sendo esse o caso mais discrepante, pois se entende que ele pode julgar o processo que participou da fase investigativa, seria possível afirmar uma exceção à perda da imparcialidade. Porém,

se o processo for encaminhado ao juiz da comarca vizinha, um princípio constitucional que é favorável ao réu é lesado — o da duração razoável do processo. Difícil definir uma situação ideal para o quadro acima.

Pode-se verificar que a atuação do magistrado, quando ainda na fase investigatória, se dá de forma a analisar os pedidos feitos na fase de investigação, no que se refere à sua legalidade para tal, não se tratando de uma atividade de produção probatória para seu convencimento, mas, sim, de uma avaliação quanto aos requisitos previstos na lei, a fim de atender ou não às necessidades da investigação. Sendo assim, o *salvador do sistema* já existe, e tem desempenhado seu papel de forma legal, utilizando os dados da investigação somente para analisar a legalidade dos pedidos, e não para sentenciar antecipadamente.

O Juiz das Garantias, de acordo com a análise feita no desenvolvimento deste trabalho, é uma figura desnecessária para o processo penal brasileiro. A implantação do instituto ainda carece de muitos ajustes, a fim de não ser importado um instituto diferente do que se almeja, haja vista o Juiz das Garantias estar apresentado de modo muito semelhante ao Juiz Instrutor, e ainda inclinado a assistir à defesa, se afastando totalmente do juiz imparcial.

Assim sendo, fica claro que os institutos da suspeição e do impedimento, já existentes hoje na legislação processual penal, se prestam bem a afastar a contaminação e garantir um juiz imparcial, restando apenas a clara necessidade de uma definição expressa do sistema processual penal como sendo o acusatório, e aprimorando a atuação do juiz único e imparcial.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015. 166 p.

_____. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. revista e ampliada. Curitiba: Juruá, 2013. 520 p.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Atual CPP (DL 3689/41) x PL 8045/10**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10>> Acesso em: 01 maio 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Disponível em: <<http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 1 maio 2017.

_____. **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/Del3689.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**: Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Atos administrativos. **Nota Técnica Nº 10 de 17/08/2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos?documento=225>>. Acesso em: 01 maio 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

BRAZ, Ana Gabriela. Comissão do novo código de processo penal recebe primeiras sugestões ao projeto. 2016. **Câmara Notícias**. Disponível em: <www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/506670-COMISSAO-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-RECEBE-PRIMEIRAS-SUGESTOES-AO-PROJETO.html>. Acesso em: 21 abr. 2017

BRUTTI, Roger Spode. Peculiaridades do novo código de processo penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 86, mar. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9038>. Acesso em: 5 abr. 2017.

COSTA JÚNIOR, Paulo Alkimin. O anteprojeto do novo código de processo penal e o juiz das garantias. In: **II Jornada de Direito Processual Penal/Tribunal Regional**

Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2010.

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

GERBERF, Daniel; MAYORCA, Marcelo. Do jogo à “pelada” processual: o processo penal sem juiz. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 16, n. 194, p. 16-17, jan. 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de garantias: um nascituro estigmatizado. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. (Org.). **70 Anos de código de processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 299-308.

GOMES, Abel Fernandes. Juiz das garantias: inconsistência científica; mera ideologia: como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010. p. 102.

GOMES, Luiz Flávio. O juiz de [das] garantias projetado pelo novo código de processo penal. **Revista IOB de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 62, p. 238-241, jun./jul. 2010.

HAMILTON, Sergio Demoro. O juiz das garantias. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, v. 10, n. 60, p. 18-28, jun./jul. 2014.

LANFREDI, Luis Geraldo Sant'ana. **Juez de garantías y sistema penal: (re)replanteamientos sócio-criminológicos críticos para La (re)significación del los roles del poder judicial em Brasil**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014. 228 p.

_____. O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 17, n. 204, p. 6-7, nov. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 31, n. 113, p. 101-111, set. 2011. p. 110.

SÁ, Priscilla Placha. Juiz de garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no projeto de lei do senado 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.). **Novo processo penal à luz da constituição**: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 159-166.

SCHREIBER, Simone. O juiz das garantias no projeto do código de processo penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 2 e 3, ago. 2010.