



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANÁLISE DO INSTITUTO “JUIZ DE GARANTIAS” CONFORME A LEI 13.964/2019
(PACOTE ANTICRIME) E SUA IMPORTÂNCIA PARA UMA PERSECUÇÃO PENAL
JUSTA E IMPESSOAL**

VICTOR CRESPO ANTUNES PEREIRA ZACARIAS

**LAVRAS-MG
2021**

VICTOR CRESPO ANTUNES PEREIRA ZACARIAS

**ANÁLISE DO INSTITUTO “JUIZ DE GARANTIAS” CONFORME A LEI
13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) E SUA IMPORTÂNCIA PARA UMA
PERSECUÇÃO PENAL JUSTA E IMPESSOAL**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras como parte das
exigências do curso de graduação em
Direito.

Orientadora: Prof.^a Me. Adriane Patrícia
dos Santos Faria

**LAVRAS-MG
2021**

VICTOR CRESPO ANTUNES PEREIRA ZACARIAS

**ANÁLISE DO INSTITUTO “JUIZ DE GARANTIAS” CONFORME A LEI
13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) E SUA IMPORTÂNCIA PARA UMA
PERSECUÇÃO PENAL JUSTA E IMPESSOAL**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras como parte das
exigências do curso de graduação em
Direito.

APROVADO EM: 25/05/2021

ORIENTADORA

Prof.^a Me. Adriane Patrícia dos Santos Faria

MEMBRO DA BANCA

Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira/Unilavras

**LAVRAS-MG
2021**

*À minha mãe Aída.
A todos que me apoiaram nessa jornada.*

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho só possível graças à colaboração direta e indireta de muitas pessoas. A faculdade foi uma experiência única e marcante em minha vida. A esta oportunidade serei eternamente grato

Agradeço a minha mãe por todo apoio concedido durante toda minha vida, pela cobrança em relação aos estudos para que eu me tornasse um homem decente e com sucesso na carreira que escolhi.

Manifesto aqui meu eterno agradecimento aos professores do UNILAVRAS por todo conhecimento passado a mim durante esses cinco anos, além de todo suporte oferecido pela faculdade.

Aos meus colegas de turma, por todo o companheirismo e parceria, que tornaram a jornada menos pesada e mais saudável. Por todo conhecimento compartilhado, os intervalos de estudo, o desespero antes de uma prova difícil e a amizade construída ao longo desses anos.

Por último, mas não menos importante, agradeço a Deus por me conceder o privilégio de poder cursar uma faculdade de qualidade ao lado de pessoas que agregaram muito valor e conhecimento, também pelo dom da vida que me permitiu chegar até onde cheguei. Um ciclo se fecha e um novo ciclo desafiador se inicia, com certeza com muitos desafios pela frente, mas com Deus ao meu lado e o suporte da minha família e amigos, seguirei minha caminhada confiante no sucesso.

“A justiça tem numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito”.

Rudolf Von Ihering

RESUMO

Introdução: A pesquisa tem finalidade apresentar uma análise acerca da criação do juiz de garantias e sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. **Objetivo:** Analisar a viabilidade de implantação do instituto dos juízes de garantia, evidenciar a importância da divisão de funções entre juízes na fase investigatória e na fase processual, e expor os benefícios que esse instituto trará ao judiciário brasileiro. **Metodologia:** O estudo realizado na pesquisa possui natureza bibliográfica baseando-se na análise de doutrinas, jurisprudência, legislação e princípios basilares do Direito Brasileiro. **Resultados:** A realização da pesquisa permitiu demonstrar toda evolução do sistema processual penal brasileiro, culminando no sistema acusatório, instituído pela Lei 13.964/2019 e a respectiva criação do juiz de garantia para efetivar a separação de funções proposta pelo sistema acusatório. **Conclusão:** Após a profunda análise do tema, conclui-se que o juiz de garantia é um elemento fundamental para a efetivação do sistema acusatório, garantindo um sistema processual penal justo e imparcial, além de primar pela salvaguarda dos direitos constitucionais.

Palavras-chave: juiz de garantias; sistema processual penal; separação de funções; Lei 13.964/2019; imparcialidade; competência;

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CPP	Código de Processo Penal
Min.	Ministro
CF/88	Constituição Federal
Art.	Artigo
Inc.	Inciso
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	REVISÃO DE LITERATURA	10
2.1	DA FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA PELA PREVENÇÃO	10
2.2	BREVE ANÁLISE SOBRE OS ASPECTOS GERAIS DO JUIZ DE GARANTIA	12
2.3	DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	13
2.3.2	SISTEMA INQUISITIVO OU INQUISITÓRIO	14
2.3.3	SISTEMA MISTO	15
2.4	A TEORIA DA DISSOCIAÇÃO COGNITIVA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENALE SUA INFLUÊNCIA NAS DECISÕES DOS MAGISTRADOS.....	16
2.5	A INSERÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS E A EFETIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	17
2.6	AS ATRIBUIÇÕES DO JUIZ DE GARANTIAS CONSOANTE ÀS DISPOSIÇÕES DO ART. 3º-B DO CPP.....	21
2.6.1	DO CONTROLE DE LEGALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	23
2.6.2	DA LIBERDADE DO ACUSADO	24
2.6.3	DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS	25
2.6.4	DA BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR	27
2.6.5	DA TUTELA DA IMAGEM DOS PRESOS	29
2.6.6	DO HABEAS CORPUS	31
2.6.7	DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU QUEIXA	32
2.7	CONSIDERAÇÕES PERTINENTES	33
2.7.1	DA CONTRADIÇÃO EXISTENTE NO ART. 3º-C, §§1º E 2º DO CPP	33
2.7.2	DA DIFICULDADE DE IMPLANTAÇÃO EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA DE RECURSOS HUMANOS E MATERIAIS	34
2.8	DA ATUAL SITUAÇÃO DO ART.3º-C DO CPP QUE INSTITUIU O JUIZ DE GARANTIAS.....	36
2.9	PONTOS POSITIVOS DO JUIZ DE GARANTIAS.....	37
3	CONSIDERAÇÕES GERAIS	37
4	CONCLUSÃO	39
	REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 foi criado durante um período conturbado da história, no qual havia frequentes cerceamentos de direitos fundamentais. Dada sua natureza arcaica, não é de surpreender a existência de dispositivos que, de certa forma, conflitam com as normas constitucionais da Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna que vigora atualmente foi marcante no sentido de desarraigar as amarras oriundas do autoritarismo do período ditatorial vivido no Brasil. Nesse diapasão, há uma clara primazia na proteção aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, não obstante restrições que visavam coibir o autoritarismo do Estado.

Dada à importância da garantia dos direitos fundamentais e o antiquado Código de Processo Penal Brasileiro, a Lei nº 13.964, de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, trouxe algumas inovações visando salvaguardar os direitos fundamentais no âmbito do Processo Penal e do Direito Penal.

Dentre essas novidades destaca-se o juiz de garantias. Tal figura, possui diversas atribuições, porém seu objetivo principal é eximir de apenas um magistrado a responsabilidade pela persecução penal por inteiro: fase investigativa e processo após o recebimento da denúncia. Portanto, o juiz de garantias é o responsável por controlar a legalidade na fase de investigação, sendo que suas atribuições se restringem até o recebimento da denúncia, sendo que, em seguida, um outro juiz daria prosseguimento ao feito.

Essa divisão de funções tem a serventia de garantir que seja garantida a essência do princípio da impessoalidade, além dos direitos do acusado, para que seja processado e julgado de maneira justa, sem eventuais pré-conceitos valorados, no momento da sentença, por um juiz que manteve contato direto com a produção de provas em desfavor daquele.

Haja vista sua importância e opiniões diversas acerca de sua necessidade e aplicabilidade, neste estudo serão analisadas diversas questões acerca do processo penal e a culminação da criação do juiz de garantias. Dentre essas questões discutiremos

de maneira sucinta acerca dos sistemas processuais penais, a contaminação subjetiva do juiz, as atribuições do juiz de garantia e sua importância para um processo justo e imparcial.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Da fixação de competência pela prevenção

Antes da entrada em vigor da Lei 13.964 de 2019, a competência por prevenção ocorria quando da concorrência de dois ou mais juízes igualmente competentes, conforme art. 83 do 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 (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, visível no julgado transcrito abaixo:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZES FEDERAIS LIGADOS A TRFS DIVERSOS. INQUÉRITO POLICIAL. QUADRILHA E TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (ARTS. 33 E 35, LEI 11.343/2006). CRIMES PERMANENTES PRATICADOS EM MAIS DE UM ESTADO. COMPETÊNCIA FIRMADA PELA PREVENÇÃO (ARTS. 71 E 83 DO CPP). 1. Situação em que, após a Polícia Federal de Bauru/SP (“Operação Chapa”) ter identificado um total de 40 (quarenta) pessoas envolvidas com o tráfico de drogas oriundas da Bolívia e da Colômbia e introduzidas no Brasil pela Amazônia e pelo Estado de São Paulo, o 1º grau de jurisdição determinou o desmembramento do inquérito, com fundamento na identificação de 3 (três) núcleos de associação criminosa estáveis e na prisão em flagrante de alguns membros do Grupo 1, composto por 12 (doze) pessoas, no Estado do Amazonas. 2. Existindo evidências de que a organização criminosa promovia a entrada de drogas no país e seu armazenamento em mais de um Estado da Federação, não se justifica o deslocamento da competência para investigação do delito de associação criminosa (art. 35, Lei 11,343/2006) para o local em que foram efetuadas prisões em flagrante, por tráfico e entorpecentes (art. 33, Lei 11.343/2006), de membros do grupo, sob o pretexto de que no local da prisão teria ocorrido o delito ao qual é atribuída a pena mais grave (art. 78, II, a, do CPP). 3. Classificando-se ambos os delitos investigados como permanentes e havendo evidências de que as atividades da quadrilha se estendiam por mais de um Estado da Federação, a fixação da competência para condução do inquérito policial deve obedecer às regras dos arts. 71 e 83 do CPP, que determinam seja a competência firmada pela prevenção. Precedentes desta 3ª Seção. 4. Como o Juízo Federal da 1ª Vara de Bauru/SP foi o responsável pela autorização de todas as medidas cautelares relacionadas à “Operação Chapa”, antes do desmembramento do inquérito, é ele o prevento para processar e julgar tanto os inquéritos quanto todas as ações penais oriundas de tal

procedimento, por se tratarem de medidas de conteúdo decisório, antecedentes a qualquer outro ato relativo aos fatos apurados, nos termos do que dispõe o art. 83 do CPP.

5. De mais a mais, com o trânsito em julgado das ações penais originadas dos Inquéritos Policiais n. 100/2007, 101/2007 e 135/2007, usados como pretexto para o envio das investigações concernentes ao Grupo 1 para Manaus, não há mais que se falar em conexão, conforme o disposto no verbete n. 235 da Súmula/STJ, segundo o qual “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.”6. Conflito conhecido, para declarar competente para a condução do inquérito policial o Juízo da 1ª Vara de Bauru/SP, o suscitante.

(STJ – CC: 136326 SP 2014/0253783-4, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 11/11/2015, S3 – TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 07/12/2015).

Como visto, era pacificada a competência por prevenção. Ocorre que, com o advento da Lei nº 13.964/2019, o contato do juiz com a fase investigatória é determinante para exclusão da competência, haja vista que o juiz prevento é considerado contaminado. O adjetivo contaminado se refere ao contato antecipado do juiz com elementos relativos a indícios de autoria e materialidade. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, essa questão foi superada no HC 94.641/BA, com enfoque no voto do Min. Cezar Peluso (Informativo nº. 528), conforme depreende-se da sua leitura:

“No caso, no curso de procedimento oficioso de investigação de paternidade (Lei n.º 8.560/1992, art. 2.º) promovido pela filha do paciente para averiguar a identidade do pai da criança que essa tivera, surgiram indícios da prática delituosa supra, sendo tais relatos enviados ao Ministério Público. O parquet, no intuito de ser instaurada a devida ação penal, denunciara o paciente, vindo a inicial acusatória a ser recebida e processada pelo mesmo juiz daquela ação investigatória de paternidade. Entendeu-se que o juiz sentenciante teria atuado como se autoridade policial fosse, em virtude de, no procedimento preliminar de investigação de paternidade, em que apurados os fatos, ter ouvido testemunhas antes de encaminhar os autos ao Ministério Público para a propositura de ação penal. Em acréscimo a esses fundamentos, o ministro Cezar Peluso, em voto-vista, concluiu que, na espécie, pelo conteúdo da decisão do juiz, restara evidenciado que ele **teria sido influenciado pelos elementos coligidos na investigação preliminar**. Dessa forma, considerou que teria ocorrido hipótese de ruptura da denominada imparcialidade objetiva do magistrado, cuja falta incapacita-o, de todo, para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida. Esclareceu que a imparcialidade denomina-se objetiva, uma vez que não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Assim, sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional”.

A fundamentação do Min. Cezar Paluso coincide com a justificativa para implementação do juiz de garantia, ou seja, a contaminação do juiz que, em decorrência

do contato com a investigação preliminar, prejudicou sua cognição durante processo e, principalmente, no momento da sentença.

2.2 Breve análise sobre os aspectos gerais do juiz de garantia

O Código de Processo Penal de 1941 adotou, conforme grande parte da doutrina, um sistema processual penal tido como misto, no qual permitia uma posição ativa do juiz na fase do inquérito. Mesmo havendo essa corrente majoritária, haviam divergências em relação ao sistema instituído no ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que esse comportamento do magistrado em relação à possibilidade de produção de prova gera um risco a efetivação do princípio da imparcialidade. Pois, conforme já salientado, o contato com a formação do arcabouço probatório, inconscientemente, formaria um juízo de valor de antecipado acerca do acusado, conseqüentemente prejudicando o acusado e mitigando, não só o princípio da imparcialidade como também o princípio da presunção de inocência, garantia no art. 5º, inc, LVII, da Constituição Federal. Nesse sentido, as observações de Antônio Sergio de Moraes Pitombo se fazem necessárias:

"a experiência tem mostrado que certos magistrados adotam ativismo excessivo na investigação criminal, ao fazerem reuniões com policiais antes de operações, ao decretarem, de ofício, medidas assecuratórias, e ao chegarem a sugerir que se requeiram prisões cautelares. Longe da proteção dos investigados contra a arbitrariedade, passam eles a tratar com aparência de normalidade práticas policiais em desconformidade com a ordem jurídico-constitucional, tais como o uso indevido de algemas, a exposição pública de pessoas presas, a apreensão desmensurada de documentos e a interceptação telefônica sem restrição temporal, dentre outros abusos. Em simples palavras, perdem tais juízes de direito a equidistância necessária ao exercício da jurisdição, para se tornarem algozes dos investigados — em casos de repercussão, especialmente. Mais tarde, no desenvolvimento do processo-crime, constata-se esse envolvimento do juiz criminal graças a seu vínculo psicológico com as provas produzidas na fase policial, até porque ele, vez ou outra, participou de atos instrutórios que lhe influenciam o convencimento. Torna-se o magistrado um escudeiro da pretensa legitimidade da investigação criminal, em vez de juiz imparcial capaz de enxergar as aberrações que se deram no procedimento investigatório. A aproximação em demasia da hipótese factual desenhada pela polícia judiciária também faz com que o juiz criminal passe a ter convicções prévias quanto a fatos e a pessoas investigadas, o que torna a etapa do *contraditório* no processo criminal apenas teatro formal, do qual o julgador já conhece o fim. Isso acaba nítido por meio da leitura de decisões e sentenças, cujo tempo verbal e vocabulário denotam que o magistrado tem para si premissas quanto à causa *sub judice* que lhe prejudicam a isenção no momento da coleta e debate das provas na instrução criminal. No

curso do processo judicial, esse convencimento precoce se revela com a manifestação antecipada de juízos de certeza sobre a materialidade e autoria de crimes, o que demonstra a supressão do *devido processo legal* para formação da culpa".

A solucionar esse impasse, o art. 3º-A, inserido pela Lei 13.964, consolidou a adoção do sistema acusatório no Processo Penal Brasileiro, coibindo a atuação do juiz da fase investigativa, não obstante a vedação de substituição da atividade de produção de provas do órgão acusador, Ministério Público. Mister destacar que o art. 3º-D do CPP, assevera o impedimento do juiz que atuar dentro das atribuições do art. 4º e 5º, ambos do mesmo da mesma norma, referentes à produção de prova no inquérito policial.

É importante destacar que a introdução do sujeito do juiz de garantia não é uma inovação exclusiva do sistema normativo brasileiro, haja vista que já é implementado em países como Alemanha, Argentina, Chile, Portugal e França. Além disso, o Projeto de Lei nº 156/2009 tentou e falhou em implementar a figura do juiz de garantia à época.

Nesse interim, faz-se necessário a elucidação de alguns pontos, de maneira preliminar, a fim de proporcionar um melhor entendimento acerca dessa implementação jurídica que é o juiz de garantias.

2.3 Dos sistemas processuais penais

2.3.1 Sistema acusatório

O sistema acusatório é caracterizado pela distinção das atividades de julgar e acusar, da imparcialidade do juiz e da produção de provas somente pelas partes. A despeito desse sistema, é interessante destacar os ensinamentos de NUCCI, que discorre:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador, há liberdade de acusação, é reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão, predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra." (NUCCI, 2014, p.69)

Esse sistema teve suas origens no direito grego e romano. Entretanto foi no direito romano, por meio da *cognitio* e da *accusatio*, que foi modelado o sistema acusatório. A

cognitio conferia poderes ao magistrado para julgar, por sua vez, a *accusatio*, tratava-se da acusação, comumente ocupado por alguém do povo. Ocorre que essas importantes inovações foram deturpadas, sendo utilizadas com base no intento da população, além de se mostrar ineficiente para solucionar os delitos da época.

Foi nesse contexto que houve uma concentração de funções na pessoa do julgador, culminando no sistema inquisitivo ou inquisitório, o qual será sintetizado a seguir.

2.3.2 Sistema inquisitivo ou inquisitório

O sistema inquisitivo foi construído e consolidado no decorrer dos séculos XII ao XIV, oriundo da insatisfação do modelo acusatório, mais especificamente em relação a uma possível inatividade das partes. Daí, se viu a necessidade de atuação de ofício, além de uma intervenção exacerbada a fim de garantir uma persecução penal efetiva.

Na inteligência de Paulo Rangel:

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

Nesta toada, tal sistema é caracterizado pela concentração das atividades de julgar e acusar na pessoa do magistrado, permitindo atuação de ofício, principalmente no tocante à produção de provas.

Para muitos doutrinadores, no Brasil vigora o sistema inquisitório, pois o Código de Processo Penal estabelece uma série de prerrogativas inerentes ao órgão acusador para o magistrado. Para esclarecer tal posicionamento, atenhamo-nos a literalidade dos arts. 156, inc. I e II, e 234, ambos do CPP:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível. (BRASIL, 1941)

É aqui que subsistem a maior parte das críticas a esse modelo processual, na possibilidade de atuação imparcial do magistrado, sendo que o mesmo acumula atribuições antagônicas, quais sejam julgamento e acusação. Haja vista esse conflito de funções, foi criado um sistema misto.

2.3.3 Sistema misto

Visando solucionar esse conflito e evitar a utilização dos poderes acusatórios para interesse pessoais, conforme o modelo primitivo acusatório, o Estado criou uma terceira figura, porém ainda sobre o controle estatal. Tal necessidade culminou na criação do Ministério Público, um órgão estatal responsável pela acusação.

Dessa maneira, o processo penal apresentava três sujeitos, sendo eles: o acusado, o Ministério Público e o magistrado. O sistema misto, autoexplicativo, consiste em um sistema bifásico onde a primeira fase, investigatória, é de cunho inquisitivo e a segunda fase, processual, possui natureza acusatória.

Mesmo com uma aparente separação de funções, nesse sistema existem divergências acerca da imparcialidade do juiz, haja vista que o juiz que atua na fase investigatória é o mesmo que recebe a denúncia e prossegue a persecução penal. Nesse diapasão, preleciona Paulo Rangel:

“A função jurisdicional deve ser ao máximo preservada, retirando-se, nos Estados democráticos de direito, o juiz da fase persecutória e entregando-se a mesma ao Ministério Público, que é quem deve controlar as diligências investigatórias realizadas pela polícia de atividade judiciária, ou, se necessário for, realizá-las pessoalmente, formando sua *opinio delicti* e iniciando a ação penal.” (RANGEL, 2014, p. 55)

Portanto, em que pese, existir a nítida divisão de funções e um significativo avanço em relação ao sistema inquisitivo, o sistema misto ainda apresenta um ponto crucial: o contato do juiz com a produção de provas.

2.4 A teoria da dissociação cognitiva no âmbito do processo penal e sua influência nas decisões dos magistrados

O princípio da imparcialidade é basilar no processo penal, tanto que a suspeição, um vício na imparcialidade, é causa de nulidade absoluta do processo, conforme o art. 564, inc. I do Código de Processo Penal.

Ocorre que essa imparcialidade é afetada quando do contato do magistrado com a produção de provas. Nesse interim, é interessante nos ater à teoria da dissociação cognitiva.

Segundo Leon Festinger, a dissonância cognitiva é uma tensão entre o que uma pessoa pensa e aquilo que faz. Essa tensão gera uma inquietação nos mecanismos psíquicos, que se vê diante de duas hipóteses: a subsunção do pensamento à conduta ou o enquadramento da conduta ao pensamento.

No âmbito do processo penal, o subconsciente do magistrado que atua de maneira ativa na formação de elementos probatórios cria um pré-conceito a partir dos fatos analisados. Quando esse pré-conceito é posto em conflito com a apresentação de novas provas, favoráveis ao acusado por exemplo, os mecanismos cognitivos do magistrado irão se apegar aos fatos já cultivados em seu subconsciente, podendo prejudicar a presunção de inocência do acusado.

Seguindo esse entendimento, o professor Bernd Schünemann, em sua obra organizada e traduzida pelo Prof. Luis Greco, aduz:

“É de se supor tendencialmente o juiz a ela se apegará (a imagem já construída) de modo que ele ten-tará confirmá-la na audiência (instrução), isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes.” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 205-221)

Portanto, nota-se que a teoria da dissonância cognitiva aplicada ao processo penal evidencia o alto risco de ofensa ao princípio da imparcialidade e mostra quão necessária é a implementação do juiz de garantias. Não obstante, André Machado Maya (2020, p. 48) é preciso em relação à influência que o contato prévio de elementos probatórios gera no magistrado:

“Assim, seja pelo seu efetivo contato com o material probatório, seja pelas decisões proferidas, que impõem ao magistrado um contato com o material probatório e a formação de um juízo de valor inicial sobre a culpabilidade do

suspeito, todas as hipóteses ora aventadas geram a possibilidade concreta de perda de imparcialidade do julgador”.

2.5 A inserção do juiz de garantias e a efetivação do sistema acusatório

Como já visto, o sistema acusatório baseia-se na divisão das funções. Apesar de adequado na teoria, de nada adianta adotar esse sistema, se o Código de Processo Penal confere prerrogativas ao magistrado para que protagonize a produção de provas.

Nesse interim, a produção de provas deve ser inteiramente de responsabilidade da defesa e da acusação, garantindo que o juiz se permaneça imparcial. Na fase investigatória, a única função do magistrado deve ser controlar a legalidade dos atos investigativos e garantir que o acusado tenha seus direitos respeitados. Em detrimento do ativismo inquisitório do magistrado, o STJ julgou recentemente um caso em que o juiz havia convertido, de ofício, a prisão em flagrante em prisão preventiva. Dada a atual literalidade do Código de Processo Penal, em consonância às alterações advindas da Lei nº 13.964 de 2019, decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS Nº 663466 – MG (2021/0130796) DECISÃO. Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de WELLINGTON GOMES DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, em 18/3/2021, vindo a custódia a ser convertida em preventiva em 10/3/2021, pela suposta prática do delito previsto nos art. 121, §2º, IV, do Código Penal. A defesa impetrou prévio writ, perante o Tribunal de origem, que denegou a ordem, mantendo a medida constritiva de liberdade imposta ao ora paciente. Eis a emenda do acórdão: “EMENTA: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO – PRISÃO PREVENTIVA – RELAXAMENTO – ILEGALIDADES – INOCORRÊNCIA – REVOGAÇÃO – PRESENÇA DOS ELEMENTOS ENSEJADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR – DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. Não vislumbrada quaisquer ilegalidades, impossível falar-se em relaxamento da prisão. A decretação da custódia cautelar, independentemente de qualquer providência cautelar anterior, apenas deverá ocorrer em situações absolutamente necessárias, a saber, caso se encontre provada a presença dos requisitos do art. 312 do CPP, quais sejam, risco à ordem pública, econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar o cumprimento da lei penal, aliada às circunstâncias do art. 313 do CPP. Se o MM. Juiz fundamenta a decisão com as suas razões de decidir se sustentando em dados concretos dos autos demonstrando a necessidade da segregação, não há falar-se em constrangimento ilegal.” (e-STJ, fl.10). Neste mandamus, a defesa sustenta, em sínteses, que ocorre constrangimento ilegal no caso, pois a autoridade judiciária de primeira instância homologou o flagrante e, de ofício, converteu-o em prisão preventiva (e-STJ, fl. 4). Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de que seja relaxada a prisão preventiva do paciente. É o relatório. Decido. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em

10/6/2020 – e o Supremo Tribunal Federal – AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício. Alega, em sínteses, o recorrente, a ilegalidade da prisão preventiva, na medida em que convertida de ofício. Nota-se que o Colegiado de origem, ao manter a prisão preventiva do paciente, considerou: “É bem verdade que as alterações promovidas na legislação penal preconizam a necessidade de prévio requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente ou representação da autoridade policial para a decretação da prisão preventiva. Logo, não pode o MM. Juiz agir de ofício. Entretanto, além da discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto do caos provocado pela pandemia de Covid-19 torna a situação excepcional devendo o Magistrado utilizar-se do bom senso para lidar com as questões jurídico-processuais. Lado outro, conforme visto alhures foram editadas normas a fim de regular a situação e conter a propagação do vírus, tais como a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça e a Portaria Conjunta nº 949/PR-TJMG-2020, nesta última está expresso a possibilidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva, “de ofício”, veja: (...). Portanto, diante da excepcionalidade do momento em que vivemos e da necessidade de conter a pandemia de Covid-19 o Poder Judiciário não parou suas atividades buscando cada dia mais a excelência em manter a ordem pública e a justiça social sempre atento aos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. Ante o exposto, não há que se falar em ilegalidade.” (e-STJ, fls. 10-18). A Quinta Turma desta Corte Superior, ao julgar, em 20/10/2020, o HC 590.039/GP, firmou, por unanimidade, entendimento no sentido de que após as alterações legislativas promovidas pela Lei n. 13.864/2019 (Pacote Anticrime), é inadmissível ao Magistrado decretar a prisão preventiva ex officio. Eis a ementa do julgado: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SUPERAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. VIGÊNCIA DA LEI 13.964. CONVERSÃO EX OFFICIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. Nos termos da Súmula 691 do STF, é incabível habeas corpus contra decisão que indefere pedido liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada. No caso, observam-se circunstâncias excepcionais que autorizam a mitigação do referido enunciado sumular. 2. A Lei n. 13.964/2019 promoveu diversas alterações processuais, deixando clara a intenção do legislador de retirar do Magistrado qualquer possibilidade de decretação e officio da prisão preventiva. 3. O anterior posicionamento desta Corte, no sentido de que “não há nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, converte a prisão em flagrante em preventiva”, merece nova ponderação em razão das modificações trazidas pela referidas Lei n 13.964/2019, já que parece evidente a intenção legislativa de busca efetivação do sistema penal acusatório. 4. Assim, a partir das inovações trazidas pelo Pacote Anticrime, tornou-se inadmissível a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva. Portanto, a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante requerimento do Ministério Público, do assistente ou querelante, ou da autoridade policial (art. 311 do CPP), o que não ocorreu na hipótese dos presentes autos. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício para declarar a nulidade da conversão em flagrante em preventiva, sem prévio requerimento.” (HC 590.039/GO, Rel. Min. RIBEIRO

DANTAS, Quintas Turma, julgado em 20/10/2020, grifou-se). Nesse contexto, cumpre ressaltar que, embora a Sexta Turma deste Tribunal Superior tenha se manifestado, por maioria, de modo diverso (HC 583.995/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 15/9/2020, DJe 7/10/2020_, esse não foi o entendimento firmado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, por unanimidade, decidiu pela ilegalidade da decretação, ex officio, da prisão preventiva (HC 188.888/MG, julgado em 6/10/2020)”. Nesse sentido, também, foi o decidido pela Terceira Seção deste Sodalício, em sessão realizada no dia 24/02/2021, nos autos do RHC 131.263/GO, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, onde, por maioria, foi reconhecida a aventada ilegalidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva, sem prévia manifestação da autoridade policial ou do Ministério Público, assim ementado, verbis: “PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO. CONVERSÃO EX OFFICIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO PRÉVIO OU PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, OU PELO QUERELANTE, OU PELO ASSISTENTE, OU, POR FIM, MEDIANTE REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL. 1. Em razão do avento da Lei n. 13.964/2019 não é mais possível a conversão ex officio da prisão em flagrante em prisão preventiva. Interpretação conjunta do disposto nos arts. 3º-A, 282, §2º, e 311, caput, todos do CPP. 2. IMPOSSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DA DECRETAÇÃO “EX OFFICIO” DE PRISÃO PREVENTIVA EM QUALQUER SITUAÇÃO (E JUÍZO OU NO CURSO DE INVESTIGAÇÃO PENAL) INCLUSIVE NO CONTEXTO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO), SEM QUE SE REGISTRE, MESMO NA HIPÓTESE CONVERSÃO A QUE SE REFERE O ART. 310., II, DO CPP, PRÉVIA, NECESSÁRIA E INDISPENSÁVEL PROVOCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA AUTORIDADE POLICIAL – RECENTE INOVAÇÃO LEGISLATIVA INTRODUZIDA PELA LEI N. 13.964/2019 (“LEI ANTICRIME”), QUE ALTEROU OS ARTS. 282, §§2º e 4º, E 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SUPRIMINDO AO MAGISTRADO A POSSIBILIDADE DE ORDENAR, “SPONTE SUA”, A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – NÃO REALIZAÇÃO, NO CASO, DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) – INADMISSIBILIDADE DE PRESUMIR-SE IMPLÍCIT, NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA – CONVERSÃO, DE OFÍCIO, MESMO ASSIM, DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ORA PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE DE TAL ATO, QUER EM FACE DA ILEGALIDADE DESSA DECISÃO. [...] – A reforma introduzida pela Lei n. 13.964/964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. – A Lei n. 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifo nosso), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. – A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade

policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência [...] – A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, no contexto da audiência de custódia, somente se legitima se e quando houver, por parte do Ministério Público ou da autoridade policial (ou do querelante, quando for o caso), pedido expresso e inequívoco dirigido ao Juízo competente, pois não se presume – independentemente da gravidade em abstrato o crime – a configuração dos pressupostos e dos fundamentos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, que não de ser adequada e motivadamente comprovados em cada situação ocorrente. Doutrina. PROCESSO PENAL – PODER GERAL DE CAUTELA – INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA E DA TIPCIDADE PROCESSUAL – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA ADOÇÃO, PELO MAGISTRADO DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS, INESPECÍFICAS OU INOMINADAS EM DETRIMENTO DO “STATUS LIBERTATIS” E DA ESFERA JURÍDICA DO INVESTIGADO, DO ACUSADO OU DO RÉU – O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA LIBERDADE JURÍDICA DAS PESSOAS SOB PERSECUÇÃO CRIMINAL. – Inexiste, em nosso sistema jurídico, em matérias processual penal, o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade das pessoas, vedada, em consequência, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou do réu, de provimentos cautelares inominados ou atípicos. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídicas das pessoas sob persecução criminal. Doutrina. Precedentes: HC n. 173.791/MG, Ministro Celso de Mello – HC n. 173.800/MG, Ministro Celso de Mello – HC n. 186.209 -MC/SP, Ministro Celso de Mello, v.g. (HC n. 188.888/MG, Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 6/10/2020). 3. Da análise do auto de prisão é possível se concluir que houve ilegalidade no ingresso pela polícia do domicílio do paciente e, por conseguinte, que são inadmissíveis as provas daí derivadas e, conseqüentemente, sua própria prisão. 4. Recurso em habeas corpus provido para invalidar, por ilegal, a conversão ex officio da prisão em flagrante do ora recorrente em prisão preventiva. Ordem concedida de ofício, para anular o processo, ab initio, por ilegalidade da prova de que resultou sua prisão, a qual, por conseguinte, deve ser imediatamente relaxada por também por essa razão.” (RHC 131.263/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2021, DJe 15/04/2021) In casu, o Juízo de primeiro grau decretou a segregação preventiva do recorrente sem prévio requerimento do Ministério Público, do assistente ou querelante, ou representação da autoridade policial, o que consoante posição jurisprudencial dominante, deixou de ser admitido pela legislação processual penal em vigor. Da análise dos autos, verifica-se, inclusive, que o Ministério Público manifestou-se pela aplicação de medidas cautelares diversas da prisão (e-STJ, fl.21). Ante o exposto, não conheço do habeas corpus, contudo, concedo a ordem de ofício, a fim de declarar a nulidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva. Ressalvo a possibilidade de nova decretação da prisão, desde que precedida de requerimento do Ministério Público. Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e ao Juízo da Vara Única de Paraopeba/MG. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 03 de maio de 2021. Ministro Ribeiro Dantas Relator (STJ – HC: 663466 MG 2021/0130796-2, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 05/05/2021)

O julgado apresentado acima é um ato explícito de violação ao sistema acusatório, haja vista que o juiz se afastou da inércia e, de ofício, converteu a prisão em flagrante em

preventiva. O Superior Tribunal de Justiça decidiu corretamente pela ilegalidade da conversão, haja vista o juiz ter extrapolado suas atribuições e violado o sistema acusatório adotado no processo penal, conforme art. 3º-A, do CPP. Daí a importância da implementação do art. 3º-A e 3º-B do Código de Processo Penal, que, respectivamente, veda a iniciativa do juiz na fase investigatória e estabelece que sua função consiste no controle de legalidade e garantia dos direitos individuais.

É indubitável a importância desses dispositivos em relação à eficácia seja do sistema acusatório seja da imparcialidade na persecução, de modo a maximizar a cisão de tarefas e, não só garantir que as partes sejam incumbidas na produção de provas, mas também a inércia do magistrado no tocante à fase investigatória.

2.6 As atribuições do juiz de garantias consoante às disposições do art. 3º-b do cpp

Conforme analisado, a principal finalidade do juiz de garantias é justamente garantir os direitos fundamentais durante o inquérito policial e realizar o controle de legalidade das diligências que a autoridade policial julgar necessárias. É importante ressaltar que, conforme o art. 3º-C do Código de Processo Penal, o juiz de garantias possui competência em todas as infrações penais, salvo aquelas de menor potencial ofensivo.

Nessa toada, o art. 3º-B estabeleceu um rol de atribuições, listados a seguir, dentre os quais serão dissecados algumas das funções essenciais para a salvaguarda das garantias do acusado. De maneira, objetiva, observemos a literalidade do referido artigo:

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do **caput** do art. 5º da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XI - decidir sobre os requerimentos de: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) busca e apreensão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

d) acesso a informações sigilosas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XII - julgar o **habeas corpus** impetrado antes do oferecimento da denúncia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e

provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL,1941)

É notória a preocupação do legislador com a garantia dos direitos durante a fase investigatória, tendo em vista o extenso rol apresentado, não obstante no inc. XVIII estabelecer uma extensão das competências do juiz de garantia pra todas as matérias reservadas à autorização do Poder Judiciário.

Adiante, faremos uma breve análise de algumas competências mais pertinentes para a compreensão da importância da implementação do juiz de garantias.

2.6.1 Do controle de legalidade da investigação criminal

O inquérito policial consiste no conjunto de diligências realizadas pela autoridade policial que visam recolher elementos de evidenciam indícios de autoria e materialidade de um crime. O inquérito oferece ao Ministério Público ou ao ofendido, elementos informativos pertinentes para que seja possível a propositura da ação penal. Esse procedimento administrativo é presidido pela autoridade policial e, apesar de sua natureza inquisitiva, deve respeitar o devido processo legal e direitos do acusado.

O controle da legalidade do inquérito policial é de responsabilidade da autoridade judicial, anteriormente, a mesma responsável pela fase investigativa e pela fase processual.

Todavia, a criação da figura do juiz de garantia dividiu essas funções, de modo que este é o atual competente para realizar o controle supracitado. É o juiz de garantia que é informado sobre a instauração de investigações criminais, que decide acerca do requerimento de produção antecipada de provas, que decide sobre a prorrogação ou não do prazo do inquérito policial, dentre outras atribuições.

Portanto, é importante destacar que nenhuma competência proporcionou ao juiz a possibilidade protagonizar a busca por elementos informativos, sendo essa de responsabilidade exclusiva da autoridade policial, do ofendido e do Ministério Público. Além disso, apesar do contato prévio com a investigação e uma possível formação de pré-julgamento, não é o juiz de garantia quem irá conduzir a fase processual, garantindo a imparcialidade durante toda persecução penal.

2.6.2 Da liberdade do acusado

A liberdade no ordenamento jurídico é um direito fundamental garantida pela Lei Suprema do nosso país, conforme as disposições do art. 5º, inc. LIV, exposto adiante:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 1988)

Portanto, é evidente a preocupação da Constituição com a liberdade do indivíduo. Jean Jacques Rousseau definiu a liberdade como o maior bem de todos:

Se indagarmos em que consiste precisamente o maior bem de todos, que deve ser o fim de todo sistema de legislação, achar-se-á que se reduz a estes dois objetos principais: liberdade e igualdade. A liberdade, porque toda dependência particular é outro tanto de força tirada ao corpo do Estado; a igualdade, porque a liberdade não pode existir sem ela. (ROUSSEAU, 2011, p.54).

Não obstante, sabe-se que nenhum direito é absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, e com a liberdade não é diferente, existem hipóteses, estabelecidas em lei nas quais é possível a restrição da liberdade. Em observância à Constituição, estabeleceu o Código de Processo Penal em seu art. 283:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

É sabido que umas das maneiras de início do inquérito policial é a prisão em flagrante delito e que durante esse procedimento, é possível o requerimento de prisão provisória, caso haja necessidade. A decisão a respeito dessas possibilidades é de competência do juiz de garantias, que deverá ser informado sobre a prisão em flagrante

a fim de aferir se ela cumpre com ritos necessários, além de ser a autoridade judicial destinatária de requerimentos de prisões. Assim pode-se observar da literalidade dos inc. I, II, V e VI, do art. 3º-B do CPP:

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do **caput** do art. 5º da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

(...)

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

É importante ressaltar que conforme as inovações trazidas pela Lei 13.964 de 2019, mais especificamente o art. 316 do CPP, o juiz pode revogar ou decretar novamente, de ofício, a prisão preventiva conforme o preenchimento ou não dos requisitos para tal. Isso demonstra seu papel importante no controle da legalidade, em especial no tocante à liberdade do acusado, durante a fase investigatória.

2.6.3 Das interceptações telefônicas

A Constituição Federal de 1988 consagra a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, em seu art. 5º, inc. X. A proteção às comunicações telefônicas decorre diretamente do direito à intimidade e vida privada.

As interceptações telefônicas consistem em gravações da conversa telefônica, sem o conhecimento dos interlocutores. Tal medida só pode ser adotada no âmbito do processo penal, conforme depreende-se da leitura do art. 5º, inc. XII da CF/88:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, **por ordem judicial**, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996)

Nesse sentido já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, TRÁFICO DE DROGAS E COMÉRCIO ILEGAL DE ARMA DE FOGO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRORROGAÇÕES. FUNDAMENTAÇÃO. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE DA AUTORIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E DAS PRORROGAÇÕES SUBSEQUENTES. OCORRÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA DECISÃO HOSTILIZADA, DAS PRORROGAÇÕES SUBSEQUENTES E DAS PROVAS DELAS DECORRENTES. 1. O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. Para que haja seu afastamento, exige-se ordem judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), com a demonstração de razoáveis indícios de autoria, indispensabilidade da medida e ser a infração penal imputada punível com detenção (art. 2º da Lei n. 9.296/1996). 2. Em relação ao deferimento da gravosa medida unicamente em razão da gravidade da conduta de um investigado, considerando a natureza do crime em apuração, diante da ausência de elementos concretos que indicassem qual seria o nexo dessas circunstâncias com a impossibilidade de colheita de provas por outros meios, mostra-se inviável o reconhecimento de sua legalidade. 3. Diante da ausência de fundamentação casuística, em genérico decreto de quebra de sigilo e de busca e apreensão, passível de ser utilizada em qualquer procedimento investigatório, é de ser reconhecida a nulidade dessa decisão (HC n. 374.585/SC, Ministro Nefi Cordeiro, DJe 16/3/2017). 4. Ordem concedida para declarar nula a interceptação telefônica e suas prorrogações aqui impugnadas, devendo o juiz natural identificar as provas delas derivadas, que deverão ser invalidadas. (STJ – HC: 159711 PE 2010/OOO7346-5, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 03/09/2019, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/09/2019)

Sendo inviolável e direito garantido pela Constituição, a obtenção de provas por meio de interceptação telefônica depende autorização judicial, seja na fase de investigação criminal seja na instrução processual. Ademais, deve-se destacar a necessidade de fundamentação da decisão que defere o requerimento de interceptação telefônica, sob risco de nulidade da interceptação e das provas oriundas dessa. Com o advento da Lei 13.964/2019, o juiz que autoriza a interceptação na primeira fase, é o juiz de garantias, conforme art. 3º-B, inc. XI, alínea “a”.

2.6.4 Da busca e apreensão domiciliar

A busca e a apreensão consistem em um meio de prova que pode ser utilizado na fase judicial como em fase extrajudicial. Para doutrina majoritária, busca e apreensão são apenas um instituto, em consonância com os ensinamentos de Fernando Capez:

“[...] a medida cautelar de busca e apreensão é destinada a evitar o desaparecimento das provas. A busca é, lógica e cronologicamente, anterior à apreensão. Pode ser realizada tanto na fase inquisitorial como no decorrer da ação penal, e até mesmo durante a execução da pena. A apreensão é uma consequência da busca quando esta tenha resultado positiva.”

Entretanto existe uma corrente minoritária que difere esses dois institutos, na inteligência da professora Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo:

“Desponta indispensável fixar, desde logo, que, não obstante o legislador ter juntado a busca e a apreensão, dois são os institutos. A busca tem limites constitucionais, enquanto a apreensão não encontra respaldo em direito ou garantia individual”

Em que pese as diferenças apresentadas, atenhamo-nos às garantias constitucionais referentes a busca e apreensão. Discorre a respeito Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo:

“Emerge impossível falar sobre a busca e a apreensão no processo penal sem relacioná-las, de modo direto, com os seguintes direitos fundamentais, assegurados na Constituição da República: “inviolabilidade de domicílio”, “intimidade e a vida privada” e a “incolumidade física e moral do indivíduo”(art. 5º, incs. XI, X e III, respectivamente). Lembrando-se que o desprezo das aludidas normas atinge, também duas outras garantias constitucionais: “devido processo legal” e inadmissibilidade, no processo, das “provas obtidas por meio ilícito”(art. 5º, incs. LIV e LVI).”

Nota-se que a busca e apreensão é um tema sensível, haja vista que sua execução, de certa maneira, ofende aos direitos da inviolabilidade de domicílio, proteção da intimidade e da vida privada, além da incolumidade física e moral do indivíduo. Nesse interim, que se faz necessário a autorização judicial para que essa diligência não seja considerada ilegal. Entretanto, há situações em que é possível essa violação sem a autorização do juiz não configura ilegalidade. Nesse sentido já decidiu a Suprema Corte, em sede repercussão geral, no RE 603.616/RO:

O Plenário Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do **RE n. 603.616/RO, com repercussão geral previamente reconhecida**, assentou que “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, **devidamente justificadas a posteriori**, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de

flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados" (Rel. Ministro **Gilmar Mendes**, DJe 8102010). Confira-se a ementa:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori . Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. **A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio** (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. **A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida . Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida .** 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori , que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616/RO, Relator Min. GILMAR MENDES, j. 05/11/2015 , Tribunal Pleno, DJe-093)

Como visto, a busca e apreensão pode ocorrer tanto na fase extrajudicial quanto na judicial. Um adendo na fase extrajudicial, é que a mesma pode ocorrer em fase investigatória e, em hipóteses restritas, na fase de execução penal. Durante a investigação criminal, a autorização judicial que permite a busca e apreensão é deferida pelo juiz de garantias, vide art. 3º-B, inc. XI alínea “c” do CPP, demonstrando mais uma vez seu papel no controle da legalidade do inquérito policial.

2.6.5 Da tutela da imagem dos presos

O ordenamento jurídico brasileiro, desde o fim do período ditatorial e a promulgação da Constituição Federal de 1988, preza pelo princípio da publicidade e o direito à informação, conforme depreende-se da leitura do art. 5º incisos XXXIII e LX da CF/88, não obstante as disposições da Lei Nº 12.527/2011 que regula o acesso a informações.

Nas palavras de Leonardo Valles Bento:

“Direito à informação pública significa, basicamente, o direito do cidadão de ter acesso a informações produzidas por ou que estejam sob custódia de, órgãos e entidades administrativas, bem como outras que atuam em seu nome. Parte da premissa de que o Poder Público não produz nem guarda informações em seu próprio interesse, mas sim no interesse da coletividade. Por conseguinte, toda informação sob controle estatal deve ser acessível por quaisquer cidadãos, a menos que exista uma justificativa superior de interesse público para que este acesso lhes seja negado”.

É necessária observação de que esse direito não é absoluto e encontra seus limites perante outras liberdades e direitos individuais, garantidos na CF/88.

Ademais, a Carta Magna prevê dois direitos fundamentais para o entendimento da presente questão: a presunção de inocência e a salvaguardar do respeito à integridade física e moral dos presos. Segundo o primeiro, só poderá ser considerado culpado aquele que, após os trâmites processuais, for condenado por sentença penal transitada em julgado.

Dado exposto é possível inferir o conflito entre as garantias do preso e o direito à informação. Nesse diapasão, com a inserção do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro, este terá a incumbência de zelar pela preservação da imagem e identidade do preso, ponderando a maneira de comunicação à imprensa em relação ao fato delituoso, evitando que o preso, além de restringida sua liberdade não tenha violada outras garantias constitucionais, quais sejam presunção de inocência e proteção à imagem e à honra.

Atenhamo-nos a reflexão de Gilmar Mendes:

O ser humano não pode ser exposto – máxime contra a sua vontade – à mera curiosidade de terceiros, para satisfazer instintos primários, nem pode ser apresentado como instrumento de divertimento alheio, com vistas a preencher o

tempo de ócio de certo público. Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão.

Corroborando com esse entendimento, temos a seguinte disposição da Lei

Execução Penal:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:
 (...)

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

O sensacionalismo é um recurso utilizado pelos veículos midiáticos cujo principal objetivo é abranger o máximo de audiência e, conseqüentemente, conversão em capital. Além disso, as notícias sensacionalistas não se preocupam com direitos e preceitos estabelecidos em lei, arremessando o preso à execração da população. Como muito bem pontua Wagner Francesco:

Com o sensacionalismo há a formação da opinião pública e, com ela, a sentença popular, com conteúdo de atentado à dignidade da pessoa humana, produzida pela mídia. E isto é importante: o jornalismo sensacionalista além de ferir os direitos dos presos ainda transforma os espectadores em fantoches. (FRANCESCO, 2016)

Haja vista, o conflito apresentado, não há outra maneira de se resolver se não a utilização do princípio da proporcionalidade nas circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, é acertado o posicionamento de Thelma Regina, vejamos:

“Ressalte-se, por oportuno, que vedar incondicionalmente a publicidade dos atos investigatórios pode representar ameaça à sociedade, reforçando a corrupção, o engavetamento e a destruição de evidências pela autoridade corrupta. Como já foi afirmado no presente trabalho, somente um sopesamento de princípios pode garantir a equidade da investigação criminal, por vezes sendo restringida sua publicidade e garantindo-se o sigilo em benefício de sua própria eficácia e, em outros casos, permitindo o livre acesso às diligências e colheitas de provas, assegurando à sociedade e demais poderes o controle da atividade policial”.

É nesse ponto que entra em ação o juiz de garantias, conforme art. 3º-F do CPP, que atribui a competência para “assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal”.

Portanto cabe ao juiz de garantias, em fase pré-processual, avaliar as peculiaridades do caso concreto em detrimento das garantias constitucionais e decidir sobre a maneira mais adequada de comunicação aos veículos de mídia. Mister ressaltar que a exposição da imagem do preso deve se dar de forma fundamentada, caso não

ocorra dessa maneira, estaremos diante de uma ofensa constitucional, passível de responsabilidade da autoridade judicial.

2.6.6 Do habeas corpus

O *habeas corpus* é um dos principais institutos do Processo Penal e consubstancia-se em um remédio, garantido pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inc. LXVIII), a fim de evitar ou fazer cessar a violação do direito de liberdade de locomoção, oriunda de ilegalidade ou abuso de poder. Conforme ensina Edilson Mougnot Bonfim:

“Habeas corpus é o remédio jurídico-constitucional destinado a proteger a liberdade de locomoção do indivíduo (ju manendi, eundi, ambulandi, veniendi, ultro citroque), ameaçada por qualquer ilegalidade ou abuso de poder. A expressão habeas corpus significa ‘tome o corpo’, pois em suas origens, com a impetração da ordem o prisioneiro era levado à presença do rei para que este verificasse a legalidade ou ilegalidade da prisão.”

Dada a importância desse instituto, o CPP disciplinou-o em um título próprio, sendo importante destacar que o *habeas corpus*, apesar de incluso no Título dos Recursos em Geral, é considerado uma ação constitucional, haja vista que possui características próprias no seu procedimento, diferentemente dos demais recursos. O art. 648 do Código de Processo Penal elenca um rol exemplificativo de hipóteses nas quais o *habeas corpus* será cabível, vejamos:

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade.

Portanto, como apresentado, o *habeas corpus* é cabível em diversas situações, inclusive em sede inquérito policial. Desta feita, o art. 3º-B, inc. XII, do Código de

Processo Penal, atribui a competência para julgamento desse instituto quando antes da denúncia ao juiz de garantias. Tal atribuição é de suma importância para garantia da imparcialidade, pois o contato prévio com um pedido de prisão para o juiz que conduzirá o processo implicará, conseqüentemente, um pré-julgamento acerca dos fatos.

2.6.7 Do recebimento da denúncia ou queixa

O último ato, em tese, do juiz de garantia consiste no recebimento da denúncia ou queixa. Conseqüência desse ato é o acusado passar a condição réu, sendo posteriormente citado para apresentação de sua defesa e prosseguimento nos moldes do devido processo legal.

Haja vista seu conteúdo decisório, o recebimento da denúncia sujeita-se ao art. 93, inc. IX da Constituição Federal, vejamos:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Nesse sentido, já decidiu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

CRIME DA LEI DE AGROTÓXICOS. Necessidade de reconhecer a nulidade da decisão que ratificou o recebimento da denúncia sem apreciar qualquer das teses arguidas na resposta à acusação. Concisão que não se confunde com ausência de fundamentação ou confirmação genérica do recebimento. Constrangimento ilegal verificado. Ordem concedida para anular a ratificação do recebimento da denúncia por falta de fundamentação, determinando que outra seja proferida em seu lugar.

(TJ-SP – Agrotóxicos> 21005273820148260000 SP 2100527-

38.2014.8.26.0000, Relator: Otavio de Almeida Toledo, Data de Julgamento: 12/08/2014, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 14/08/2014)

Haja vista a necessidade de fundamentação da decisão, é a inerente a esta, o contato com elementos informativos sobre os quais o magistrado se debruçará acerca da existência de elementos concretos do *fumus commissi delicti*. Desse modo, o juiz procurará indícios que comprovem seu convencimento em relação ao recebimento da denúncia, tolhendo o alheamento do magistrado ao processo. É indubitável a importância da

presença do juiz de garantias como divisor de funções e garantidor da imparcialidade, haja vista as incontáveis possibilidades de contaminação subjetiva, caso o mesmo juiz que conduzir a fase pré-processual se mantiver na fase processual.

2.7 Considerações pertinentes

Dada a relevante alteração na estrutura do processo penal, o juiz de garantia, apesar de seu legítimo propósito, enfrenta dificuldades para sua implementação e aprovação unânime dos doutrinadores e operadores do direito, como por exemplo, a sua dificuldade de implementação no plano físico.

2.7.1 Da contradição existente no art. 3º-c, §§1º e 2º do cpp

Em que pese, a Lei nº 13.964/2019 se ater a efetivação do sistema acusatório e à imparcialidade do juiz no curso da persecução, ainda existem lacunas que possibilitam uma contaminação do juiz responsável pela instrução e julgamento. Tal lacuna se vê presente no art. 3º-C, §§1º e 2º do CPP, conforme apresentado na literalidade do dispositivo a seguir:

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Ora, a principal finalidade da implementação do juiz de garantias é, justamente, evitar que o juiz da instrução e julgamento tenha contato direto com elementos da fase investigação a fim de evitar sua contaminação prévia. A primeira análise aqui, é acerca do §1º do referido dispositivo.

A atribuição de competência para resolução de pendências relativas ao inquérito policial ao juiz da segunda fase propicia uma clara contaminação do mesmo, haja vista

que irá decidir sobre as mesmas questões incumbidas do juiz de garantia, contrariando o fundamento da criação deste. Não obstante, o mais prudente a se fazer seria a extensão da competência do juiz de garantias em relação a todas as matérias oriundas da investigação policial, seja a requerimento da autoridade policial seja a requerimento do *Parquet*, a fim de que seja efetivada a imparcialidade pretendida pelas alterações da Lei nº 13.964 de 2019.

Dando prosseguimento às observações relativas ao art. 3º-C do CPP. Atenhamo-nos agora ao disposto no §2º da norma citada. Consoante sua literalidade, as decisões do juiz de garantia não vinculam o juiz da instrução e julgamento que deverá reexaminar a conveniência das medidas cautelares em curso.

Essa revisão do juiz competente, conseqüentemente, contribuirá para uma formação cognitiva prévia acerca dos fatos ao decidir sobre questões que, intrinsecamente, estão subordinadas à apreciação de indícios suficientes de autoria e materialidade, descaracterizando o principal fundamento para a modificação necessária para maximizar a imparcialidade no prosseguimento do feito.

Dado o exposto, conclui-se que faz necessária ainda algumas alterações para solidificar as mudanças pretendidas pela Lei 13.964/2019. A fim de garantir coerência com a proposta da mudança, seria interessante a completa inércia do juiz do processo em relação às questões oriundas da fase investigatória, ficando a cargo apenas da realização da audiência de instrução e julgamento, para que então analise as provas dos autos e profira sentença justa e imparcial.

2.7.2 Da dificuldade de implantação em virtude da ausência de recursos humanos e materiais

As peculiaridades da implementação do juiz de garantias é um dos grandes fatores contra a criação desse instituto. É notável que sua implementação necessita de recursos humanos e materiais, quais sejam uma quantidade significativa de magistrados e a demanda de recursos financeiros para arcar as despesas provenientes.

Conforme levantamento do Conselho Nacional de Justiça, ao final de 2019, no Brasil, dos 15.552 juizes existentes, 13.817 atuavam no juízo comum, sendo 9.894 (71,6%) de forma exclusiva, 2.808 (20,3%) com acúmulo de função em juizados especiais

e 1.115 (8,1%) em conjunto com turmas recursais. Esse quadro permite visualizar o grande desafio no tocante à insuficiência de pessoal para atender as demandas do juiz de garantias, não obstante a insuficiência de servidores para auxiliarem esse trabalho.

A quantidade existência de comarcas únicas com apenas um magistrado atribuído para exercer jurisdição é expressiva. O tolhimento da possibilidade do mesmo juiz que atuou na fase investigatória atuar na fase processual, exigiria um deslocamento de magistrados em comarcas próximas, gerando custos com deslocamentos e diárias desses juízes.

Todavia, a crítica baseada unicamente nessa insuficiência não pode ser utilizada para eximir o Estado de suas obrigações. Nesse sentido esclarece Maurício Zanóide de Moraes:

“Afirmar que não é possível, num prazo a ser definido, se preparar uma nova organização para efetiva implementação de direitos fundamentais é confessar não uma insuficiência de recursos, mas uma vontade política de não mudar”.

Nesse diapasão, é importante a reflexão de Luiz Flavio Gomes:

Claro que alguns tribunais alegarão razões orçamentárias para não se implantar o juiz das garantias, mas quem acha que isso representa um alto custo é porque ainda não parou para quantificar o prejuízo que vem causando o sistema atual, que tem dado ensejo a muitos e exorbitantes abusos (que geram nulidades), sem contar o desprestígio para a própria justiça criminal (que é posto em relevo pela mídia, influenciando a percepção negativa da população quanto ao funcionamento da Justiça). Nada disso, evidentemente, contribui para o aprimoramento do nosso Estado constitucional e humanista de direito, fundado na legalidade, constitucionalidade e convencionalidade do seu ordenamento jurídico.

Cumprir salientar que os benefícios da criação e implantação do juiz de garantia são diversos, em que pese, haver dificuldades. Não é segredo as fragilidades existentes no sistema judiciário brasileiro, todavia isso não exige o Estado de buscar formas de otimizar-lo, não sendo necessária uma mudança abrupta, mas sim gradual. Nesse aspecto, não pode o Estado alegar a escassez de recursos para justificar sua inatividade. Em consonância com esse entendimento, decidiu o Ministro Celso de Melo, na ADPF 45:

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial

fundamentalidade. (STF, RE 436.996/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 26.10.2005, DJ 07/11/2005)

Portanto deve o Estado estudar as maneiras existentes de implantação do juiz de garantia, levando em conta as especificidades de cada região brasileira, buscando reduzir os gastos e promover mais efetividade na execução de tarefas.

2.8 Da atual situação do art.3º-c do CPP que instituiu o juiz de garantias

Em razão da sua profunda alteração no sistema processual brasileiro e, conseqüentemente, na organização do Poder Judiciário a Lei 13.964 de 2019 foi suspensa em alguns de seus dispositivos, haja vista as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305. Dentre esses dispositivos, temos o art. 3º-C que versa a respeito do juiz de garantias.

Tal suspensão se baseia na complexidade de implementação do juiz de garantias, haja vista a falta de estrutura e de orçamento do Poder Judiciário para receber essa inovação de maneira eficiente, além da preocupação com a celeridade e eficiência do processo penal.

A decisão ainda se apoia em uma suposta inconstitucionalidade, tendo em vista que a referida Lei, de certa maneira, impõe alteração na estrutura organizacional do Poder Judiciário, ferindo sua autonomia administrativa e financeira apresentada no art. 99 da Constituição Federal de 1988.

Em que pese a fundamentação baseada na ilegalidade dessa alteração estrutural. Vejamos o disposto no art. 22, inc. XVII da Carta Magna:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 69, de 2012) (Produção de efeito)

Como se pode inferir, a Constituição atribui competência para a alteração organizacional do Poder Judiciário, sendo este o pilar para a constitucionalidade da implementação do juiz de garantias e suas respectivas alterações na organização judiciária brasileira.

2.9 Pontos positivos do juiz de garantias

Ante o exposto, convém necessário elencar algumas das benesses da implementação do juiz de garantias, haja vista que já foram expostas algumas fundamentações no sentido contrário a esse instituto.

Conforme exaustivamente demonstrado ao longo desse estudo, o juiz de garantias é um instrumento fundamental em prol da imparcialidade do juiz no processo penal. Isso porque a divisão de funções dificulta ou até mesmo elimina a possibilidade de contaminação do juiz da instrução e julgamento, proporcionando um julgamento mais justo ao acusado, conforme as peculiaridades do caso concreto.

Não obstante, tem-se a imobilização do ativismo judicial na fase do inquérito policial. É sabido que muitos juízes extrapolam em suas funções durante a fase investigatória e atuam veementemente na produção de provas.

A implementação do juiz de garantias possibilita que o magistrado se concentre apenas em garantir a legalidade dos atos investigatórios e os direitos fundamentais do acusado, durante essa etapa do processo penal, efetivação as disposições constitucionais concernentes aos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, cita-se ainda a exclusão da elucubração de possíveis associações entre a contaminação do juiz, pelo seu contato prévio com elementos probatórios, e a sua imparcialidade, corroborando para uma atuação independente e baseada nas convicções do magistrado ante ao caso concreto.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O presente trabalho procurou realizar uma análise objetiva e esclarecedora acerca dos principais pontos que circundam o juiz de garantias. No processo penal brasileiro ainda existem muitos resquícios inquisitórios, principalmente em relação à atuação do magistrado na produção de provas.

A adoção do sistema acusatório pelo art. 3º-B do CPP visa coibir, ou pelos menos diminuir, a atividade judicial no colhimento de elementos probatórios que sirvam de base para a formação do convencimento e, posterior, decisão do magistrado. Isso porque o

sistema acusatório é marcado pela rigorosa divisão de funções, cabendo ao juiz somente julgar os fatos a ele apresentado.

A contaminação subjetiva ocorre justamente quando o sistema acusatório é violado, ou seja, há uma mistura ou concentração de funções, podendo o magistrado atuar de maneira proativa, seja na produção de provas seja no julgamento.

Corroborando para a explicação da contaminação do juiz, é importante destacar a teoria da dissociação cognitiva que esclarece como acontece a subjetivação dos elementos probatórios. O juiz ao produzir provas ou decidir sobre a produção destas constrói inconscientemente um juízo de valor que se atrela aos mecanismos cognitivos. Em sede de instrução e julgamento, quando houver a apresentação de novos elementos, estes irão provocar um desconforto em seu consciente, de modo que a fim de eliminar esse desconforto, inconscientemente o juiz procurará elementos que fundamentem os pré-julgamentos decorrentes do contato prévio na fase de investigação. Nesse interim, conseqüentemente, acaba resultando em uma inversão do ônus da prova, cabendo à defesa do réu convencer o magistrado acerca da inocência daquele, ofendendo explicitamente o princípio constitucional da presunção de inocência.

Dessa necessidade extinção da violação ao princípio da presunção de inocência e da imparcialidade, resultou a criação do juiz de garantias. Essa criação efetiva o sistema acusatório, uma vez que ao juiz de garantias é atribuída a competência para acompanhamento e controle da fase investigatória, sendo impedido de presidir a instrução e julgamento, sob pena de nulidade do processo.

Não obstante, deve o juiz de garantias adotar uma posição neutra em relação à atividade probatória, sendo vedada sua iniciativa e a inversão da atuação do órgão acusador. Nesse diapasão, cabe ao juiz de garantias controlar a legalidade das diligências realizadas no inquérito policial e ponderação dos direitos fundamentais, quando estes entrarem em conflito.

Apesar das adversidades existentes em relação à sua aplicabilidade e falta de recursos, são nítidos os benefícios trazidos pela implementação dos juízes de garantias, quando se busca um processo penal justo, isento de juízo de valores, sendo os fatos julgados com base nas provas apresentadas pelas partes, não obstante à observação dos direitos e garantias constitucionais elencados na Carta Magna.

4 CONCLUSÃO

Diante da análise presente neste estudo acerca da Lei nº 13.964 de 2019, conclui-se que a mesma trouxe alterações relevantes para o ordenamento jurídico brasileiro.

Há de se considerar que introdução do art. 3º-A do Código de Processo Penal e a adoção do sistema acusatório, cuja premissa principal é a separação das funções de acusar e julgar, foi um passo importante na garantia da imparcialidade no processo penal. Haja vista que consoante esse sistema um juiz é responsável por controlar legalidade e garantir os direitos fundamentais do acusado na fase pré-processual e outro juiz possui a incumbência de dar prosseguimento ao feito.

A Constituição Federal é categórica em estabelecer ao Ministério Público a legitimidade exclusiva para propositura da ação penal, além de todo trabalho de cunho probatório, juntamente com a autoridade policial e as partes. Nesse sentido, o art. 3-A do CPP eliminou a possibilidade da ocorrência de um ativismo judicial ao vedar a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, qual seja o Ministério Público. Decorrência lógica da separação de funções e efetivação da imparcialidade no processo penal, consubstanciou-se na criação dos juízes de garantias

Tendo em vista que a fase investigatória envolve a supressão de alguns direitos fundamentais, é inerente a necessidade da atividade jurisdicional do Estado para supervisionar e controlar a legalidade dos atos que englobam direitos como liberdade, dignidade, privacidade etc.

Esse contato com a atividade investigatória e as atribuições do magistrado nessa fase, principalmente no tocante à restrição da liberdade, demanda apreciação da existência de indícios de autoria e materialidade. Esse contato prévio prejudica o princípio constitucional da presunção de inocência, norteador do processo penal, pois cria no magistrado, um pré-julgamento em desfavor do acusado, de modo a transferir à defesa do investigado o ônus de provar sua inocência.

Em que pese a resistência em implementação ao juiz de garantias, não se verifica críticas elementares a esse instituto, apenas empecilhos em relação a ordem prática. Não pode o Estado se eximir de suas responsabilidades constitucionais alegando

simplesmente uma dificuldade de implementação. Não obstante, utiliza-se também o argumento da falta de recursos financeiros, que como se sabe, são utilizados, em uma parte considerável, para fins que não potencializam sua máxima efetividade e até mesmo para fins ilícitos, nos casos de corrupção.

O alto custo da implementação dos juízes de garantia, dada a vasta extensão territorial do nosso país, não se compara aos prejuízos decorrentes do modelo atual, que em muitas das vezes resultam em nulidades processuais, gerando gastos extras para o Estado, além do desprestígio da justiça brasileira.

Portanto, conclui-se que a adoção do sistema acusatório e a implementação do juiz de garantia, de maneira progressiva, no ordenamento jurídico brasileiro se faz necessária, haja vista a necessidade de adequar o Processo Penal ao Estado Democrático de Direito. São inquestionáveis os benefícios decorrentes da implantação dessas medidas a fim de que seja possível um julgamento imparcial e justo no âmbito processual penal.

REFERÊNCIAS

BENTO, Leonardo Valles. **Acesso a informações públicas. Princípios internacionais e o direito brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2015.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acessado em 10/05/2021.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm> Acessado em 10/05/2021.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acessado em 07/05/2021.

_____. STF. **HABEAS CORPUS** : HC 94641 Relatora: Ministra Ellen Gracie. Dje: 0503/2009. Jusbrasil, 2009, Disponível em: <Supremo Tribunal Federal STF – HABEAS CORPUS : HC 94641 BA (jusbrasil.com.br)> Acessado em 07/05/2021.

_____. STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 603616.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Dje: 10/05/2016. Jusbrasil. 2015. Disponível em: <Supremo Tribunal Federal STF – RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 603616 RO – RONDÔNIA (jusbrasil.com.br)> Acessado em 08/05/2021.

_____. STJ. **CONFLITO DE COMPETÊNCIA : CC 0000964-13.2009.4.03.6108** Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJe: 07/12/2015. Jusbrasil, 2015, Disponível em: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZES FEDERAIS LIGADOS A TRFS DIVERSOS. INQUÉRITO POLICIAL. QUADRILHA E TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (ARTS. 33 E 35, LEI 11.343/2006). CRIMES PERMANENTES PRATICADOS EM MAIS DE UM ESTADO. COMPETÊNCIA FIRMADA PELA PREVENÇÃO (ARTS. 71 E 83 DO CPP). Superior Tribunal de Justiça STJ – CONFLITO DE COMPETENCIA : CC 0000964-13.2009.4.03.6108 SP 2014/0253783-4.

_____. STJ. **HABEAS CORPUS : HC 0289468-07.2018.3.00.0000** Relator Ministro Nefi Cordeiro. Dje: 08/03/2019. Jusbrasil. 2019. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GESTANTE E MÃE DE QUATRO CRIANÇAS MENORES DE 12 ANOS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. Superior Tribunal de Justiça STJ – HABEAS CORPUS: HC 0289468-07.2018.3.00.0000 ES 2018/0289468-4 (jusbrasil.com.br) Acessado em: 08/05/2021.

_____. STJ. **HABEAS CORPUS : HC 663466** Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJ: 05/05/2021. Jusbrasil, 2021. Superior Tribunal de Justiça STJ – HABEAS CORPUS : HC 663466 MG 2021/0130796-2 (jusbrasil.com.br) Acessado em: 07/05/2021.

_____. STJ. **Recurso Extraordinário : RE 436996**. Relator: Ministro Celso de Mello. Dj: 07/11/2005. Jusbrasil. Supremo Tribunal Federal STF – RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 436996 SP (jusbrasil.com.br) Acessado em 10/05/2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CNJ. **Justiça em números 2020**. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>> Acessado em 10/05/2021.

DAMASCENO, Thelma Regina Braga. **O sigilo da investigação e o princípio da publicidade**. Fortaleza: Escola Superior do Ministério Público. Universidade Federal do Ceará. 2003.

Dissonância Cognitiva: significado e exemplos, 2020. Disponível em: <<https://www.psicanaliseclinica.com/dissonancia-cognitiva/>> Acessado em 28/04/2021.

FRANCESCO, Wagner. **A integridade moral do preso: pelo fim do sensacionalismo**. 2016. Disponível em: <<https://wagnerfrancesco.jusbrasil.com.br/artigos/350070458/a-integridade-moral-do-preso-pelo-fim-do-sensacionalismo>>. Acessado em: 10/05/2021.

GOMES, Luiz Flávio. O juiz das garantias projeto pelo novo CPP. **Revista Jus Navegandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2786, 16 fev. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18508>>. Acesso em: 10/05/2021.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____, André Machado. **Juiz de Garantias**: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19. 1ª ed. São Paulo: Tirant le Blanch. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Quem tem medo do “juiz das garantias”**: Boletim do IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. ed. Esp. P. 21-23, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 8ª Edição, São Paulo: RT, 2011.

PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. **Juiz é fiscal dos atos do MP, e não defensor deles**. Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-dez-28/juiz-criminal-fiscal-atos-acusatorios-nao-defensor-deles>> Acessado em 07/05/2021.

_____, Cleunice; A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 17. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JUNIOR, Aury Celso Lima L. **Fundamentos do Processo Penal.** Editora Saraiva, 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** Penguin – Companhia. 1ª ed. 2011.

SÃO PAULO. TJ-SP. **Agrotóxicos: 210057-38.2014.8.26.0000.** Relator: Des. Otavio de Almeida Toledo. Dj: 12/08/2014. Jusbrasil. 2014. Disponível em:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Crime da lei de agrotóxico.** Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP – Agrotóxicos : 2100527-38.2014.8.26.0000 SP 2100527-38.2014.8.26.0000 (jusbrasil.com.br) Acessado em: 09/05/2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013.