**RESUMO**

O artigo tem por objetivo destacar o juiz das garantias no projeto de lei 156/2009 na visão de alguns axiomas da Teoria do Garantismo Penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli. Teoria esta que tem como objetivo garantir o respeito a direitos e garantias do acusado, bem como reduzir ao mínimo necessário o desequilíbrio processual vigente. Necessário se fez apresentar, também, a forma como o ativismo excessivo do magistrado mitiga os princípios constitucionais no nosso sistema normativo, salientando aqui, o poder dos princípios como regras, e a sua predominância sobre a lei, tanto ao legislador, quando ao aplicador do Direito. Em especial o princípio da dignidade humana, que tem previsão na Constituição Federal, com status de cláusula pétrea, o que evidencia, por si só, a importância e aplicação básica dos princípios constitucionais que garanta a dignidade humana tanto do ofendido, quanto do acusado, de forma a garantir ao processo penal a imparcialidade do magistrado, bem como instituir ao juiz das garantias um meio para efetivar os princípios constitucionais.

**INTRODUÇÃO**

Ao iniciarmos o presente artigo científico, procuramos conceituar o significado de sistemas processuais penais, e, de que forma se dá a ingerência do sistema inquisitório no sistema acusatório que conseguintemente mitiga os princípios constitucionais, bem como resulta no ativismo excessivo dos magistrados na persecução penal.

Pode-se afirmar que, em análise ao projeto de lei 156/2009 à luz da teoria do garantismo penal verifica-se a incidência de alguns axiomas utilizados por Ferrajoli na teoria do garantismo, a saber: o axioma, *nulla culpa sine iudicio* ou principio da jurisdicioneidade em sentido lato e estrito, por esse principio ocorre a desconcentração da função judicial a órgãos distintos, ou seja, um órgão do estado promove a ação penal ou um particular move a ação penal, todavia tem que ter um juiz imparcial que garanta o contraditório e a ampla defesa para que possa se defender e provar que não há culpa; *nullum iudicium sine acusatione*, denota do principio acusatório ou da separação do juiz da persecução penal e acusação, visto que no código vigente o próprio juiz que atua na fase da persecução penal fica prevento para o processo penal conforme dispõe o art.75 do cpp, que remete ao sistema inquistório, no qual o órgão que acusava, julgava; *nulla acusatio sine probatione*, por este axioma, incumbe ao Ministério Público provar a autoria e materialidade, visto que se não há prova, deve prevalecer o *indubio pro reo*, tendo em vista a equidade das garantias probatórias para acusação e defesa.

Embora se verifique a incidência da teoria garantista, há resistência dogmática de alguns juristas quanto aos efeitos de prevalecer o direito individual do acusado, que segundo eles, acarretaria uma insegurança jurídica ainda maior. Contudo a competência do juiz das garantias finaliza quando proposta a ação penal, quando, então, passarão a ser decididas por juiz distinto daquele que presidiu a persecução, com a finalidade de garantir ao processo penal brasileiro as garantias fundamentais previstas na constituição federal e que será explanada no decorrer no trabalho.

**SUMÁRIO**

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

1.1 SISTEMAS PROCESSUAIS

1.2 SISTEMA INQUISITÓRIO

1.3 SISTEMA ACUSATÓRIO

* 1. SISTEMA MISTO

2. INGERÊNCIA DO SISTEMA INQUISITÓRIO NO CPP

2.1. MITIGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.2 ATIVISMO EXCESSIVO

3. JUIZ DAS GARANTIAS

3.1 TEORIA GARANTISTA

3.2 GARANTISMO NO BRASIL

3.3 PROJETO DE LEI 156

4. CONCLUSÃO

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

**JUIZ DAS GARANTIAS**

Palavras chave: juiz das garantias, sistema acusatório, ativismo excessivo, principio da imparcialidade.

1. **SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS**

Os sistemas processuais penais, em uma visão holística têm como finalidade organizar e titularizar os atos praticados em uma investigação criminal, bem como na sua instrução, de forma a atingir seus objetivos gerais com eficiência. Segundo Bobbio sistema “é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências”. Em termos gerais, a doutrina divide em três espécies: sistema inquisitivo, sistema acusatório e sistema misto, isso implica em dizer que os sistemas processuais penais estão formados por princípios, normas ou institutos jurídicos que podem estar presentes em vários ordenamentos ou somente em alguns.

* 1. **SUBSISTEMAS**
  2. **SISTEMA INQUISITÓRIO**

O sistema inquisitório tem fulcro nas manifestações históricas da idade média, adotado pela igreja católica como forma de repressão a heresia que, depois deaceito pelos monarcas da época, concentrou nas mãos do juiz a função de investigar, acusar e julgar, mediante provocação ou de oficio, atribuindo a confissão sob tortura, o titulo de “rainha das provas”, e, a atuação absoluta, do juiz, “senhor das provas”. Caracterizava-se assim, os elementos fixos do sistema inquisitivo que se estendeu pela idade moderna, cujo declínio iniciou-se com os ideais iluministas, perfazendo-se na revolução francesa.

Nota-se que nesse sistema, não existia o principio do contraditório e da ampla defesa, porque o direito canônico era regido pelo princípio inquisitivo, em que o valor da prova era tarifado de forma a instituir uma hierarquia entre elas. Além do mais, o processo era escrito, secreto, sigiloso e o acusado não gozava das garantias mínimas.

* 1. **SISTEMA ACUSATÓRIO**

O sistema acusatório teve inicio em Atenas, após o povo se rebelar com a forma de organização social e judicial que privilegiava a oligarquia e concentrava a função jurisdicional no conselho do areópago. Para por fim ao período de tensão social que se estendeu por longos períodos, a classe dominante e o povo elegeu Sólon, a quem foi eleito com a missão de fazer uma nova constituição para Atenas.

Com uma nova organização social estabelecida através da constituição elaborada por Sólon, iniciava-se um novo sistema penal, no qual dividia as funções, entre os arcontes que atuariam como magistrados; conselho do areópago, como responsáveis pelos castigos nos delinquentes, o efetivo respeito à constituição e como guardião das leis; e o tribunal popular que dava direito ao povo de apelar às decisões dos magistrados, bem como o livre acesso à justiça através da ação popular.

Verifica-se que foi nessa conjuntura política que se deu a implantação da democracia em Atenas, momento em que, com o objetivo de desconcentrar do areópago a função jurisdicional, tal como limitar a arbitrariedade e poder voltados para privilegiar a oligarquia, nasce o sistema acusatório.

Embora não conste previsão expressa, o Brasil adotou o sistema acusatório na constituição de 1988 de forma implícita, porém, mediante a interpretação dos princípios constitucionais, a saber: contraditório e ampla defesa, previsto no art.5º, inciso LV da Constituição Federal que, incide na igualdade de direitos entre as partes do processo que sustentam posições divergentes; imparcialidade do juiz previsto como uma garantia constitucional, onde todo cidadão tem o direito de ser julgado por um juiz imparcial, o que significa que este deve ser justo, analisar o caso concreto sem estar contaminado com suas convicções ou qualquer animus tendencioso. Dentre outros, publicidade, oralidade, juiz natural, presunção de inocência, todos eles elencados como princípios constitucionais, com a finalidade de assegurar os direitos e garantias fundamentais ao acusado. Tal como, o elemento fixo do sistema, a desconcentração da função judicial a órgãos distintos, ficando a gestão da prova a cargo das partes; a função de acusar dado ao Ministério Público; e julgar ao judiciário.

* 1. **SISTEMA MISTO**

Os ideais iluministas e a revolução francesa contribuíram para o declínio do sistema inquisitivo, tendo em vista não poder concentrar nas mãos de um só juiz a função de investigar, acusar e julgar, então, o Estado resolveu dividir o sistema processual penal em duas fases, na qual atribui a função de julgar a órgão distinto de acusar, nascendo assim o Ministério Público. Desta forma, mostra-se necessário a exigência de duas partes que, por sua vez, compete ao Ministério público à função de acusar, em face daquele que sofre a acusação, configurando assim o sistema inquisitivo na fase pré-processual.

Na segunda fase, a fase processual, demanda da aplicação do sistema acusatório, como forma de garantir a imparcialidade do juiz, assegurando ao querelado o contraditório, ampla defesa, publicidade, oralidade. Entretanto nem sempre se efetiva a garantia na separação das funções, visto que nesse sistema, por vezes, é devido ao magistrado intervir na produção da prova para somar-se à acusação como forma de garantir a veracidade da imputação, afetando diretamente a imparcialidade do juiz.

**2. INGERÊNCIA DO SISTEMA INQUISITÓRIO NO CPP**

**2.1 MITIGAÇÃO DOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS**

Ao analisar os dispositivos infraconstitucionais acerca da problemática realidade jurídica do sistema acusatório no Brasil, verifica-se uma inércia legislativa, tal como uma dificuldade em conciliar o código de processo penal de 1941, com a democracia positivada da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, consequentemente, incide na mitigação dos princípios constitucionais devido à ingerência do sistema inquisitório do código elaborado sobre o regime da ditadura militar. Contudo, apesar da constituição estar no topo da pirâmide normativa, tal como a imposição constitucional prevista no art. 5, incisos XXXV, LIII, LIV e LV, da CF de 88, alguns dispositivos do código de processo penal prevalece sobre a norma tida como a hierarquicamente superior.

Nesse compasso, percebe-se que embora seja defeso ao juiz ter conceitos prévios, realizar pré-julgamentos sobre provas no curso do inquérito policial em observância ao principio da imparcialidade do juiz, o código de processo penal no art. 5, inciso II, faculta ao magistrado requerer o inquérito policial. Além disso, o juiz que requerer ou que anteceder na prática de algum ato, verificar-se-á a competência por prevenção, conforme art.75, parágrafo único e art. 83 do CPP.

Ocorre, que dentre os atos praticados, está requisitar diligencias, expedir mandados de prisão, ou seja, pré-julgar pelos atos praticados antes e durante a instrução processual, relativizando também o principio do contraditório e ampla defesa; presunção de inocência; do devido processo legal e outros. Atingindo por via reflexa a supremacia dos direitos e garantias fundamentais do acusado.

**2.2 ATIVISMOS EXCESSIVOS**

De acordo com a doutrina tradicional, o art. 156 do código de processo penal, ao facultar o juiz atuar de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, tal como determinar diligencias para solucionar dúvidas no curso da instrução, afasta a imparcialidade do juiz, tendo em vista que o ônus da prova é facultado às partes para formar o convencimento, perde força, pois aquela prova obtida pelo magistrado é valorada, em vista das produzidas pelas partes. Contudo, além de mitigar a imparcialidade do juiz, verifica-se a valoração da prova, um elemento fixo do sistema inquisitório que mitiga o contraditório, elemento fixo do sistema acusatório.

Tal faculdade, prevista no código de processo penal, demonstra que não vigora no Brasil um sistema acusatório puro, visto que, essa característica do inquisitório contamina a decisão do magistrado, entretanto, não resulta em vicio processual, por encontrar respaldo no principio da verdade real e principio da legalidade, haja vista, ser uma faculdade do juiz e não um dever, conforme leitura do art.156 do CPP.

Todavia, é característica do sistema inquisitório, o julgador estar envolvido com a investigação, acusação e julgamento do fato, tal como se dá à luz do código de processo penal vigente de modo que, o juiz atua em todas as funções de ofício, com respaldo legal, para: requerer diligencia conforme o art. 5, inciso II; remeter ao Ministério Público quando verificar crime de ação penal pública, vide art. 40; remeter o inquérito policial quando discordar das fundamentações do Ministério Público, ao procurador geral da republica do estado para decidir se procede ou não o arquivamento, previsto no art. 28 ambos do Código de processo penal em vigor ao mesmo tempo em que a constituição prever o sistema acusatório garantista.

**3. JUIZ DAS GARANTIAS**

**3.1 TEORIA GARANTISTA**

É uma teoria que foi estruturada por Luigi Ferrajoli dentro de um contexto histórico conhecido como anos de chumbo que aconteceu na Itália, a partir do final dos anos 60, prosseguindo anos 70 e 80, em que se estabeleceu a luta armada por grupos terroristas de extremistas como neofascistas e comunistas que buscavam o poder através da luta armada. Esses grupos patrocinavam sequestro, atentados, massacres em praças públicas, de tal forma que fez o estado italiano positivar uma legislação mais repressiva para enfrentar os terroristas. Entretanto, havia movimentos extra parlamentares, de intelectuais, artistas, dentre eles, o movimento chamado de magistratura democrática que era integrado pelo juiz Luigi Ferrajoli, no qual, preconizava o respeito a direitos e garantias do acusado para que pudesse proceder ao processo penal equilibrado de forma que o estado não fosse arbitrário na persecução do suspeito, quanto no processo penal na persecução do acusado.

Apesar de muitas criticas, foi com base nela que o terrorismo na Itália foi minimizado e erradicado. Sobretudo, houve uma normalização democrática que incidiu no debate da necessidade ou não da legislação emergencial que foi criada para combater a onda de criminalidade da Itália.

No final dos 90, Luigi Ferrajoli, percebe uma tendência de manutenção de uma legislação mais rigorosa, e então elabora a teoria garantista, tendo em vista entender que alguns grupos de poder que foram criados com vistas de combate ao terrorismo, tinham, também, como pretensão controlar a atuação do Ministério Público e do judiciário, incluindo-os na organização política e, conseguintemente, retirando a sua independência.

Segundo o pensamento garantista, essa teoria tem como escopo o reestabelecimento da norma democrática sendo que, o direito penal não deve servir apenas a pessoa ofendida pela conduta delituosa, mas também o infrator, de forma a observar os direito e garantias fundamentais previstos na constituição.

**3.2 GARANTISMO NO BRASIL**

A ideia central do garantismo é a proteção dos direitos fundamentais, ainda que exista norma dizendo o contrário, ou seja, a aplicação da norma penal não deve afrontar as garantias internacionalmente conhecidas e previstas no texto constitucional, de tal forma, que a lei não deve ter eficácia, deve ser repudiada no conflito entre o direito positivo e a preservação de direitos e garantias constitucionais, sendo assim, sempre deverão ser preservadas ainda que em detrimento da norma infraconstitucional.

Os defensores do direito garantista no direto penal, afirmam que a aplicação do texto normativo só poderá ser aplicada se conferido as garantias de direitos e liberdades fundamentais e individuais. Todavia não é regra no direito brasileiro, apenas, doutrina.

No Brasil o garantismo ganhou força na redemocratização da constituição de 1988 após os excessos da época da ditadura militar 1964 a 1985. Todavia, alguns doutrinadores se opõem, afirma que o garantismo demasiado geraria insegurança jurídica, e, defende que se o legislador previu que determinada conduta é considerada crime, esta conduta, deve ser tipificada ainda que venha atingir direito fundamental.

**3.3 PROJETO DE LEI 156**

Com o escopo de equiparar a legislação penal com o rol de direitos e princípios constitucionais previstos na constituição de 1988, está em curso no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 156/2009, que tem como objetivo reformar o Código de Processo Penal vigente no Brasil desde 1941, de forma a efetivar as garantias e direitos fundamentais não só daquele que sofreu a conduta delituosa, mas, também, do acusado, haja vista o modelo de persecução penal vigente, está equidistante de garantir os direitos constitucionais do acusado.

A enxurrada legislativa que tipifica determinadas condutas cuja necessidade é questionável, vem, gerando também, um ativismo excessivo do magistrado na fase da investigação penal. Tal excesso jurisdicional se dá quando o juiz adota procedimentos que vão além de suas atribuições legalmente previstas na constituição cidadã, mas que encontra respaldo e justifica-se pela estrita legalidade do texto normativo, todavia, erroneamente, visto que os princípios são norteadores, cabendo-lhes interpretar a lei infraconstitucional e aplicar conforme dispõe a carta magna. Contudo, a mera aplicação errônea do princípio da verdade real, vem prevalecendo frente aos princípios constitucionais.

Uma das mais importantes novidades trazidas pelo projeto do novo Código de Processo Penal está na instituição do juiz das garantias, que tem como objetivo central, fortalecer e assegurar o princípio acusatório na fase contraditória do sistema processual penal, e, sobretudo, a imparcialidade do juiz.

Segundo a proposta do projeto, o juiz das garantias, é o magistrado responsável apenas pela fase preliminar da persecução criminal, ou seja, a ele caberia fiscalizar a legalidade da investigação penal, controlando as ações do órgão de acusação com o propósito de assegurar as garantias e os direitos do investigado.

Neste sentido, o projeto de lei traz um capítulo próprio sobre esse novo instituto, sendo, que, as atribuições do juiz das garantias estão previstas no art. 15, que diz,

**Art. 15.**O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

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

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

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

IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial;

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

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

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

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

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

X – requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação;

XII – decidir sobre os pedidos de:

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

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

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

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

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

*Parágrafo único*. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada.

Cabe salientar que nessa nova proposta, o juiz que presidir a fase investigatória não poderá mais dar continuidade na fase processual, sob pena de nulidade absoluta da ação penal. Portanto, na proposta enviada ao congresso, haverá dois juízes durante a persecução penal, ou seja, um juiz responsável pela fase de investigação (juiz das garantias); e outro, que presidirá a fase contraditória ou processual.

Embora tardiamente observado, tal como, implantado no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto do juiz das garantias previsto na constituição, traz um novo paradigma ao processo penal, no qual que irá efetivar o sistema acusatório garantista, retirando de uma vez por todas os resquícios inquisitórios que possibilitava o ativismo excessivo dos magistrados, e, conseguintemente, uma mitigação dos princípios constitucionais.

Assim, concluímos que esse instituto representa um avanço muito significativo no processo penal, pois irá permitir a imparcialidade do juiz, o contraditório e ampla defesa, bem como efetivar as garantias e direitos fundamentais tanto na fase procedimental de investigação, quanto na fase processual, além de garantir a inviolabilidade da dignidade humana do acusado.

1. **CONCLUSÃO**

A partir dos contornos gerais acerca do estudo dos sistemas processuais penais, bem como da sua transição e necessidade de garantir ao acusado um devido processo legal, foi que surgiu a teoria do garantismo penal, na qual visa limitar a arbitariedade do estado e garantir ao acusado os direitos fundamentais de forma a garantir a dignidade humana. Conforme dispõe o contexto jurídico atual, verifica-se a ingerência do sistema inquisitório positivado no código de processo penal em vigor no Brasil, indo contra a redemocratização prevista com a constituição de 1988, ocasionando assim, a necessidade de um novo código de processo penal que prevaleça as garantias constitucionais de um devido processo legal.

Dado o exposto, e, sobretudo, a luz da conjuntura política atual, entende-se que a morosidade em adequar o código de processo penal às previsões constitucionais, está pautada, também, no cenário econômico, tendo em vista a necessidade de concurso da magistratura para instituir o juiz das garantias, tal como políticas públicas que mude o cenário penitenciário brasileiro, visto que, atribuir ao juiz das garantias, a finalidade de efetivar as garantias do acusado por meio dos princípios constitucionais, não é por si só, suficiente para sanar as falácias do sistema processual penal.

1. **REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS**

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, Brasília : Ed.UNB, 1994, p. 76

GRECO Filho, Vicente. Manual de Processo Penal. Saraiva, 8ª. Ed. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

GOMES, Luiz Flávio. O juiz de [das] garantias projetado pelo novo [Código de Processo Penal](http://www.jusbrasil.com/legislacao/1028351/c%C3%B3digo-processo-penal-decreto-lei-3689-41). Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 30 ago. 2016.

SARAIVA, Izabela Novaes. O juiz de garantias: histórico, conceito e críticas.

Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 22 maio 2014. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48199&seo=1>. Acesso em: 02 set. 2016.

<http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf> Acesso em 03/09/2016

[http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1417/1389. Acesso](http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1417/1389.%20Acesso) em 03/09/2016

<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/733/1757>. Acesso em 01/09/2016

<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD99QJAH/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf?sequence=1> Acesso em 01/09/2016