



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

LAÍSA RAMOS NEPOMUCENO

**OS DESDOBRAMENTOS DO JUIZ DAS GARANTIAS NO SISTEMA PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA LEI 13.964/19**

Brasília

2022

LAÍSA RAMOS NEPOMUCENO

**OS DESDOBRAMENTOS DO JUIZ DAS GARANTIAS NO SISTEMA PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA LEI 13.964/19**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel no Programa de
Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Orientador: Ney de Barros Belo Filho

Brasília

2022

LAÍSA RAMOS NEPOMUCENO

**OS DESDOBRAMENTOS DO JUIZ DAS GARANTIAS NO SISTEMA
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA LEI 13.964/19**

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel no
Programa de Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Ney de Barros Belo Filho

(Orientador – Presidente)

Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende

(Membro)

Michelângelo Cervi Corsetti

(Membro)

AGRADECIMENTOS

Ao longo dessa jornada foram muitos aqueles que estiveram ao meu lado e todos possuem uma participação essencial para o começo, meio e fim dessa jornada na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Agradeço muito ao meu Orientador Professor Doutor Ney Bello, por compartilhar tantos conhecimentos importantes, sempre com muita leveza e carisma. Obrigada por todo o tempo dedicado ao auxílio da elaboração dessa monografia. A todos os professores, que são uma inspiração, certamente levarei todos os ensinamentos por toda a minha vida.

A minha família, mamãe, papai e maninho obrigado por todo apoio desde o começo de tudo. Nossa história é recheada de momentos sublimes, mas em todos os momentos que pensei em cair vocês estiveram ali para me acolher e proteger. É com absoluta certeza que só cheguei até aqui pelo esforço, cuidado e amor que me proporcionaram por todos esses anos.

Ao meu companheiro, amigo e porto seguro nos momentos mais difíceis: Matheus Olivieri, que mesmo distante se fazia presente e hoje permanece sendo o meu maior alicerce! O tempo provou que elo que nos une é inquebrantável. Amo –te!

Aos meus amigos, em especial as amigas de infância Isabela Maria e Giovanna Malnati, obrigada pela amizade, vocês sempre foram mulheres incríveis. Não posso deixar de agradecer em especial, aos grandes presentes que a Faculdade de Direito me deu: Bruno Almeida, Noelen Garcia e Raíssa Mamede. Obrigada por me iluminarem com sorrisos e força interior contagiante.

O caminho trilhado durante esses anos, me faz lembrar o escritor Guimarães Rosa, em “Sagarana”: “Reze e trabalhe, fazendo de conta que esta vida é um dia de capina com sol quente, que às vezes custa muito a passar, mas que sempre passa. E você ainda pode ter um muito pedaço bom de alegria (...) Cada um tem a sua hora e a sua vez: você há de ter a sua. ”

“Tradicionalmente a imparcialidade é representada por uma mulher com olhos vendados e com uma espada numa mão e uma balança equilibrada noutra. Contudo, não há como negar é temeridade dar uma espada a quem está de olhos vendados”
(Rui Portanova)

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo apreciar a figura do Juiz das Garantias na Lei 13.964/19 e sua relevância para a concretização do sistema jurídico acusatório no Processo Penal brasileiro. Bem como, analisar as objeções ao novo dispositivos, apresentadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF. Assim, com o objetivo de realizar uma inovação processual penal dentro dos ditames democráticos, o Juiz das Garantias inserido no Pacote Anticrime, parte da premissa central do respeito absoluto à imparcialidade do julgador e a salvaguarda dos direitos individuais do acusado, durante a fase investigativa. Para tanto, o trabalho tem como base teórica a teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli; o ponto de partida será o estudo dos sistemas processuais penais, suas características ao longo da história brasileira. Posteriormente, o segundo capítulo fundamenta-se no princípio da imparcialidade, a definição do Juiz das Garantias, as decisões do TEDH a respeito das modalidades de imparcialidade, como também teorias empíricas no campo da psicologia que ratificam as possíveis contaminações e juízos de valores do juiz ao entrar em contato com as provas previamente. É relevante pontuar, que até aqui o presente estudo traz os fundamentos que justificam a relevância da implementação do Juiz das Garantias no Brasil. Por último, será analisado o novo dispositivo dentro da Lei 13.964/19, as contradições apresentadas na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298 Distrito Federal/2020 e maneiras de aplicação do Juiz das Garantias dentro do atual sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Imparcialidade; Sistema acusatório; Lei 13.964/19; Código de Processo Penal, Juiz das Garantias; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF.

ABSTRACT

This research aims to assess the figure of the Judge of Guarantees in Law 13.964/19 and its relevance for the realization of the accusatory legal system in Brazilian Criminal Procedure. As well as, analyze the objections to the new devices, presented in the Direct Unconstitutionality Action No. 6.298/DF. Thus, in order to accomplish a criminal procedural innovation within the democratic dictates, the Judge of Guarantees inserted in the Anti-Crime Package, starts from the central premise of absolute respect for the impartiality of the judge and the safeguard of individual rights of the accused, during the investigative phase. For this, the work has as its theoretical basis the theory of Criminal Guarantees of Luigi Ferrajoli; the starting point will be the study of criminal procedural systems, their characteristics throughout the Brazilian history. Subsequently, the second chapter is based on the principle of impartiality, the definition of the Judge of Guarantees, the decisions of the ECHR on the modalities of impartiality, as well as empirical theories in the field of psychology that ratify the possible contaminations and value judgments of the judge when he comes into contact with the evidence beforehand. It is relevant to point out that up to this point the present study brings the foundations that justify the relevance of the implementation of the Judge of Guarantees in Brazil. Finally, it will be analyzed the new device within Law 13.964/19, the contradictions presented in the Preliminary Injunction in the Direct Unconstitutionality Action nº 6.298 Federal District/2020 and ways of application of the Judge of Guarantees within the current Brazilian legal system.

Keywords: Impartiality; Accusatory system; Law 13.964/19; Code of Criminal Procedure; Judge of Guarantees; Direct Action of Unconstitutionality nº 6.298/DF.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
AJUFE - Associação dos Juízes Federais do Brasil
Art. - Artigo
AMB - Associação dos Magistrados do Brasil
CF - Constituição Federal de 1988
CPP - Código de Processo Penal
CNJ - Conselho Nacional de Justiça
CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público
DPU - Defensoria Pública da União
HC - Habeas Corpus
MC - Medida Cautelar
MP- Ministério Público
OAB - Ordem dos Advogados do Brasil
PEC - Proposta de Emenda Constitucional
PJe - Processo Judicial eletrônico
PSL - Diretório Nacional do Partido Social Liberal
STF – Supremo Tribunal Federal
TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	REFERENCIAL TEÓRICO	13
2.1	O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI	13
3	A FUNÇÃO DO PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	17
3.1	BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA INQUISITÓRIO	20
3.2	O SISTEMA CLÁSSICO ACUSATÓRIO	23
3.3	O SISTEMA MISTO BRASILEIRO E SUAS RAÍZES INQUISITORIAIS	27
4	O JUIZ DAS GARANTIAS NO MODERNO PROCESSO PENAL BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA CONSTITUCIONAL	30
4.1	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS AO JUIZ DAS GARANTIAS	37
4.1.1	O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE: O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO ..	39
4.2	AS DECISÕES JUDICIAIS DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS: REFLEXOS DA IMPARCIALIDADE E GARANTISMO JUDICIAL	42
4.3	HIPÓTESES DE CONTAMINAÇÃO DO MAGISTRADO: EFEITO PRIMAZIA E TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA	47
5	A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS E A LEI 13.964/19	52
5.1	EXPOSIÇÃO NORMATIVA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PACOTE ANTICRIME	56
5.1.1	A DUBIEDADE JURÍDICA DO INCISO X DO ART. 3º-B	59
5.1.2	O ARTIGO 399 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O FIM DA COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS NA LEI 13.964/19	60
5.2	PORMENORES DA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.298 DISTRITO FEDERAL/2020	61
5.2.1	A LEI MARIA DA PENHA NO JUIZ DAS GARANTIAS	66
5.2.2	O JUIZ DAS GARANTIAS E A JUSTIÇA ELEITORAL	68
5.2.3	A RESPEITO DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA ADI 6.298 MC/DF	69
5.2.4	A INADEQUAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DE CARÁTER POLÍTICO, MORAL E PRAGMÁTICO EM DESFAVOR DA CONSTITUCIONALIDADE DA FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NA LEI 13.964/19	70
5.3	FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO	76

6 CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca pormenorizar a figura do “novo” Juiz das Garantias na Lei 13.964/19, popularmente conhecida como Pacote anticrime, a qual foi sancionada em 24 de dezembro de 2019. Como qualquer outra lei, foi condenada e também enaltecida por operadores do direito, contudo, no que se refere ao Juiz das Garantias, não há dúvidas que sua discussão e aplicação é de relevância significativa.

Em seu primeiro capítulo, o presente trabalho busca revelar as facetas e fundamentos do um sistema processual penal conforme os princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito de bases constitucionais solidificadas. Para isso, também será tópico de análise, as definições dos diferentes sistemas penais, em especial, a aplicação desses sistemas na justiça penal brasileira.

A propósito do tema, é mister lembrar que o Código de processo penal brasileiro desaponta no ano de 1941 e ainda hoje está vigente, apesar de pequenas modificações ao longo de mais de setenta anos e do surgimento da Constituição Federal de 1988, ainda coexistem elementos normativos em desacordo com o Carta Maior, como os dispositivos que trazem consigo rastros inquisitoriais.

Deveras, o Processo Penal de um país está ligado intrinsecamente ao seu modelo político, em outras palavras, está inversamente proporcional a intersecção do magistrado a gestão probatória, por consequência, a contaminação do processo com as provas durante o curso da ação penal. O enorme perigo está na mitigação das garantias constitucionais do acusado, diante da estreita relação entre juiz e provas.

É inegável que houveram tentativas legislativas, em busca da conciliação do CPP com o sistema acusatório, previsto de forma implícita na Constituição Federal de 1988. As tentativas começaram em 2009, por meio do projeto de Lei 156/2009, prevendo também o instituto do Juiz das Garantias, que não foi levada adiante. Em 2019, a polêmica figura do Juiz das Garantias ressurge, defendendo explicitamente o sistema acusatório e o princípio da imparcialidade.

Tudo isso se dá ao fato que no sistema acusatório, o juiz do processo não cria concepções antecipadas ao longo da investigação preliminar, já que nesse momento processual há o distanciamento do juiz de diligências investigatórias que possam minar sua imparcialidade. Nesse cenário, a aplicação efetiva dos direitos individuais do acusado e o respeito a Constituição são evidenciados.

Apesar das discordâncias doutrinárias, majoritariamente, define-se o sistema brasileiro como misto. De qualquer maneira, fica evidente a existência de certo conflito na própria gene do processo penal brasileiro, que ao incorporar para si características inquisitórias, caminha na direção contrária da Lei maior. As nuances do sistema híbrido no Brasil serão abordadas no trabalho e a possível solução da contaminação do sistema por meio do Juiz das Garantias.

Em 2008, apresentou-se ao Senado Federal, um projeto que previa um novo Código de Processo penal e este foi aprovado, trazendo consigo a figura do Juiz das Garantias. Infelizmente, nada ocorreu. Uma década depois, por meio da Lei 13.964/19, a nova ordem normativa reacende a discussão da aplicação do polêmico Juiz das Garantias.

Contudo, o juiz especial da investigação, fruto de incansável discussão e oposição no Brasil, já é uma antiga realidade em outros países, como exemplo do Chile e de Portugal, que em um denominador comum buscam certificar a imparcialidade do magistrado e a proteção dos direitos e garantias individuais. Como também a distância segura do juiz ao conjunto probatório e impossibilidade de atuação de ofício, do mesmo.

Diante disso, o segundo capítulo desta monografia tem por objetivo apontar o princípio da imparcialidade como fundamento da aplicação do Juiz das Garantias no Brasil. Expondo também, a teoria garantista do jurista Luigi Ferrajoli e sua íntima relação com o princípio da imparcialidade. Imperativos da teoria são tidos como basilares em qualquer modelo constitucional processual e elemento indispensável a um processo democrático e constitucional.

Outrossim, o capítulo trará do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e decisões que entendem por meio da premissa que a subjetividade é inerente a imparcialidade e que a contaminação do magistrado pode não vir apenas de forma subjetiva, mas também objetiva. Assim, as decisões do TEDH ampliaram a aplicação do princípio da imparcialidade, o que contribui indiretamente para que o Juiz das Garantias ganhe reconhecimento e espaço na justiça criminal brasileira.

Além dos fatores jurídicos, a psicologia será relevante na pesquisa, pois demonstra empiricamente os possíveis desvios de conduta, que geram a imparcialidade do magistrado, ultrapassando o simples plano material/ formal do sistema processual, ou seja, condicionantes de circunstâncias ambientais. Afinal, o juiz também é um ser humano e os reflexos externos possuem significativas influências em suas decisões e é disso que a teoria da dissonância cognitiva vai de encontro.

Nesse diapasão, após expostos os pressupostos teóricos e jurídicos que revelam a legitimidade e necessidade da implementação do Juiz das Garantias, o capítulo três expõe a Lei 13.964/19 e como isso alteraria o ordenamento jurídico penal brasileiro. A gênese e

pormenores do despontamento do juiz das garantias no Brasil, as diversas tentativas de implementação, até o ano de 2019, as Medidas Cautelares em Ação Direita de Inconstitucionalidade, em especial a ADI 6.298/DF, bem como as formas de implementação do Juiz das Garantias no Brasil.

Nesse sentido, será explorado no trabalho, as críticas e divergências a inovação legislativa, expondo os diversos setores da justiça e o porquê de sua aversão ao instituto. Do mesmo modo, serão analisados os possíveis empecilhos jurídicos, em especial os de caráter constitucional material e formal e, similarmente, as diversas vantagens da implementação do juiz das garantias e soluções dos ditos “empecilhos”.

A vista disso, aqui encontra-se a pergunta problema e o foco da presente monografia: o juiz das garantias a partir da ótica do que é proposto na nova lei 13.964/19, conhecida também como “Pacote anticrime” seria uma solução viável na realidade processual penal brasileira? A questão traz diversos apontamentos e perguntas que serão respondidas ao longo do trabalho.

A par disso, a aplicação concreta da Lei 13.964/19 não se deu de imediato. Apesar de aprovada pelo Congresso Nacional, o dispositivo legal do Juiz das Garantias foi suspenso por liminar aferida no Supremo Tribunal Federal (STF), no início de 2020 pelo até então Ministro Dias Toffoli.

Meses depois, o então ocupante da cadeira de presidente do STF, o Ministro Luiz Fux suspendeu a implementação do juiz das garantias do ordenamento pátrio por tempo indeterminado. Ademais, foram impetradas Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com pedidos de suspensão e de não aplicação do juiz das garantias. Logo após, em outubro de 2021, o Ministro Fux realizou uma audiência pública com o objetivo de debater a criação do novo dispositivo, com representante do poder judiciário, como do CNJ e da OAB, como o jurista Gustavo Badaró. O último, defendendo a essencialidade da sua aplicação, contudo nada se sucedeu da audiência.

A respeito dos dispositivos previstos no Pacote Anticrime, como meio de refinar e fazer valer sua aplicação no sistema processual, também se apresentou no terceiro e último capítulo, o Juiz das Garantias com todas as peculiaridades legais que o determinam. Com efeito, não deixa de ser imprescindível a reflexão dos principais artigos que serão passíveis de discussão mais profunda, para que não existam equívocos na sua execução.

Diante do exposto, é fato que o Juiz das Garantias é relevante tema de debates calorosos entre doutrinadores, mas sua discussão não deixa de ser essencial. Assim, presente monografia revela o reflexo do tempo, as decisões, viabilidade ou impossibilidade do Juiz das Garantias se configurar no cenário jurídico criminal brasileiro. Seria esse novo juiz um valioso avanço para

o ordenamento jurídico pátrio? Seria possível se alinhar aos ditames e princípios constitucionais que estão inseridos em um Estado Democrático de Direito? O caminho percorrido pelo Juiz das Garantias foi longo e ainda não chegou ao fim.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

Luigi Ferrajoli nasceu em 1940, na Itália. Já atuou como Magistrado e hoje leciona. Entre tantos trabalhos e obras, a sua teoria do Garantismo penal merece destaque, com sua obra clássica *'Diritto e ragione - Teoria del garantismo penale. '*, no ano de 1989.

A Teoria do Garantismo Penal bebe da fonte do Movimento iluminista. Valores da razão e do humanismo, ganharam força com um movimento político-social que gerou a queda do absolutismo e a ascensão dos direitos individuais. Na modernidade, o reflexo da revolução foram as criações de leis para a proteção do povo, seus direitos e deveres e foi nisso que o Garantismo se sustentou inicialmente.

Em sua teoria, Ferrajoli levantou o debate da relevância da proteção legal das garantias dadas aos cidadãos, afim de que sua observância ultrapassasse apenas um simples emaranhado de artigos dentro do texto Constitucional e se tornassem realmente assegurados e tutelados.

Para Ferrajoli, o Garantismo é uma teoria normativa que prega o respeito máximo aos direitos fundamentais, dando segurança aos cidadãos em um Estado Democrático de Direito, por meio do sistema jurídico, em especial a Constituição. Unidas as garantias processuais, a fim de coibir arbitrariedades judiciais, e assim, proteger os indivíduos, acusados e réus.

Ferrajoli, ao elaborar a sua Teoria do Garantismo Penal, utiliza-se diversas oposições, a basilar seria a existente entre a liberdade e o poder. No prefácio escrito por Bobbio, da obra de Ferrajoli este reitera que “a obra se desenvolve pela antítese ou grande dicotomia entre elas concatenada, tanto que sobre uma linha estão as teses positivas, sobre outras negativas. Da antítese liberdade-poder nascem todas as outras”¹ (FERRAJOLI, 2006, p. 8).

Diante disso, o autor italiano ao instaurar a íntima e complexa relação entre liberdade do cidadão e poder punitivo do Estado, dando início a uma investigação epistemológica dos propósitos de um Estado de direito penal minimalista. Sua teoria tem como fundamento a

¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Editora Revista dos Tribunais, 2006.

exposição de mecanismos que tenham como objetivo que o poder de punir estatal esteja limitado a um grau de intervenção mínimo, a fim de que a liberdade do indivíduo seja resguardada. Nisto, o Garantismo Penal de Ferrajoli se identifica profundamente com o neoconstitucionalismo, uma vez que ambos têm em si a premissa axiológica de contenção dos poderes estatais, poderes estes que possuem a obrigação de atender e dar efetividade às garantias e aos direitos fundamentais previstos na Carta Maior.

Para as duas teorias, o anseio é que todo o ordenamento infraconstitucional deva ser interpretado e lido à luz dos princípios e garantias constitucionais, caso contrário, será considerado inválido, mesmo que a produção legislativa tenha sido criada de acordo com a legalidade.

Para nortear a busca persistente desse modelo, o Sistema Garantista (SG), produzido por Ferrajoli, tem como eixo dez axiomas, em outras palavras, princípios axiológicos fundamentais que servirão como sinalizadores na verificação do grau de garantismo aplicado na proteção das garantias e direitos fundamentais individuais constitucionais frente a possibilidade de aplicação da punição estatal. Assim “[...] os axiomas garantistas [...] não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer [...]. A adoção destes modelos, começando pelo garantista no grau máximo, pressupõe, assim, uma opção ético-política a favor dos valores normativamente por eles tutelados.” (FERRAJOLI, 2006, p. 90)

Os dez axiomas serviriam como um termômetro a fim de medir o nível de aplicação do Garantismo Penal dentro da organização jurídica. Ou seja, o grau de garantismo de um ordenamento é medido pela aplicação dos axiomas. Com a intenção final de conferir real efetivação aos direitos e garantias fundamentais, como também limitar o poder do Estado.

Em uma explicação simplista, Ferrajoli inicia sua definição, delimitando o momento e a maneira de punir, traçando limites a punição estatal, nos três primeiros axiomas. Os seguintes revelam a face das garantias no que se refere aos crimes, assim como responde em que momento e de que maneira se proíbe.

Por último, os quatro axiomas restantes defendem as garantias que devem existir no processo e “quando e como julgar”. Luigi Ferrajoli adiciona que: “estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem [...] o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal” (2006, p. 91). A par disso, os fundamentos processuais penais estão intimamente conectados à pena, e sem o processo a pena não existe, na realidade, ambos coexistem. A união de ambos tem como fim a tutela das garantias individuais constitucionais.

Além disso, como referencial teórico do presente trabalho, assim como a resposta da pergunta problema, será de suma importância, afinal o juiz das garantias cria raízes profundas no sistema Garantista de Ferrajoli.

Nessa essencial e próxima relação entre garantias formais e materiais penais, o jurista Thums (2006, p. 170) interpreta:

[...] a tarefa do Direito Processual Penal é a realização do Direito Penal, levada a efeito pelo Estado, tendo como fundamento o respeito às garantias de que é possuidor o cidadão. É neste sentido que o processo representa o limite do poder do Estado. Embora detentor do poder penal, o Estado tornou-se o devedor ou garantidor do processo através da jurisdição.²

Assim como Thums, Ferrajoli sumariza esta intensa ligação afirmando que “tanto as garantias penais como as processuais penais valem não apenas por si mesmas, mas também, como garantia recíproca de efetividade” (2006, p. 495). Assim sendo, além das garantias penais se materializarem por meio das garantias próprias do sistema penal, estas também se tornam ineficientes para frear os poderes estatais descomedidos. Porém, isso só aconteceria na falta de garantias penais.

Ademais, as garantias previstas na Constituição serão o “Norte” para que as garantias processuais estejam instrumentalizadas a serviço das garantias penais. Evidenciando a presença deste vínculo, há a necessidade de uma análise dos quatro últimos axiomas com mais cuidado. Em relação ao importante axioma número oito³, os pressupostos de um sistema acusatório são expressamente defendidos por Ferrajoli, para ele sem a separação das funções do juiz e acusação, o sistema não se legitima. Assim fundamenta o jurista (2006, p. 522):

[...] a garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa, que, [...] é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e de outro, um pressuposto dos ônus da contestação e da prova atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais do juízo.

Dessa maneira, a falta de aplicação deste princípio, abalará um fundamental do processo democrático, baseado na equidistância do juiz com as partes, pois a imparcialidade pode ser comprometida, assim como a isonomia entre as partes. Além disso, outro produto do absentismo da separação das funções de acusar e julgar, é seu claro ataque a pressuposto de um sistema acusatório: o ônus probatório acusatório e a presunção de inocência, a última garantia constitucional.

² THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo**. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

³ Este axioma prevê que não existe processo, sem acusação.

Para mais, a separação de funções tem por obrigação ser preservada no decorrer de todo o progresso processual penal, além da fase de investigação, ou pré-processual, a fim de obstruir atuação de ofício do magistrado em qualquer ato, e impedir a ação de um juiz ator e reafirmar um juiz expectador, agindo como um terceiro imparcial e de atuação passiva.

Já o axioma nove⁴, carrega consigo a definição de “verdade” no processo penal. É importante diferenciar suas definições, pois a depender de suas características, o sistema está dentro do que busca um Estado Democrático de Direito. Diante disso, quando a busca final do processo está na verdade real ou absoluta, seu sistema é de mitigação de direitos, ou seja, o inquisitório.

O último axioma, em resumo define que não há prova sem defesa. Se evidência o princípio do contraditório ou da defesa, no qual sem a igualdade de tratamento entre as partes, no que tange seus direitos e deveres; além da a isonomia entre as partes em divergência são exigências cruciais para o processo. Salah Khaled Jr.⁵ (2010, p. 298) reforça que:

Não basta apenas definir que somente certas condutas são criminosas, através de processos de criminalização e depois de constatar a ocorrência de tais condutas (criminação) imputá-las arbitrariamente [...]. Sem um controle efetivo, que só pode ser proporcionado através da ampla defesa, do contraditório e da separação das funções de acusar e julgar, o saber que resultava de tal modelo restava inteiramente viciado: a dinâmica de funcionamento transformava o que devia ser garantia em um procedimento – ainda que ritualizado – de sujeição criminal.

Assim sendo, não se mostra suficiente apenas a aderência no sistema infraconstitucional de alguns axiomas, para a defesa das garantias constitucionais frente ao domínio do poder do Estado, pois exige-se também o cumprimento das demais garantias processuais resultado dos axiomas, como por exemplo: o devido processo legal e a publicidade, entre tantos outros.

Ademais, é relevante frisar que a liberdade está assentada como a estrutura que mantém o Estado Democrático de Direito. Desse modo, os métodos apresentados pela Teoria do Garantismo Penal buscam conservar este direito fundamental constitucional, nesta constante o embate entre a liberdade dos cidadãos e o poder punitivo do Estado.

Em vista disso, exposta uma breve apresentação dos axiomas da Teoria Garantista Penal, com maior atenção aos relativos às garantias processuais penais, é evidente que Ferrajoli e a Constituição Federal brasileira de 1988 assentem que o Sistema Acusatório seria o modelo

⁴ Salvaguarda que não existe uma acusação sem provas que confirmem a abertura do procedimento processual.

⁵ KHALED JR, Salah H. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?. *Civitas-Revista de Ciências Sociais*, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010.

exemplar e sublime para que um processo penal democrático se desenvolva. Além de representar a proteção das garantias e direitos fundamentais individuais apontados na Lei Maior, sendo este o fundamento de valer-se deste referencial teórico na presente monografia.

3 A FUNÇÃO DO PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O final da década de oitenta foi marcante para o cenário jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, simbolicamente, tornou-se um marco na história constitucional do Brasil. Conhecida como “Constituição Cidadã”, pois refletia um novo momento democrático. A Constituição de 1988 apareceu como uma revolucionária forma de solidificar a democracia no Brasil, após décadas de instabilidade jurídica, ditaduras e golpes

Entre suas inovações, a Constituição cidadã vai muito além de um simples regime de governo, pois carrega um rol de direitos sociais com status de garantia fundamental, o que elevou a lei maior brasileira a uma das mais avançadas do mundo.

Evidentemente, a Constituição Federal de 1988 despertou uma ressignificação na aplicação dos princípios e regras cujo propósito principal está em, impreterivelmente, salvaguardar os direitos do indivíduo frente a um Estado que pode se revelar autoritário e arbitrário quanto a realização adequada de seu dever de prestação jurisdicional, fato que também se aplica a esfera processual penal. (ESPÍNDOLA, 2003,p. 3-4).

Diante dessa premissa, apresentar o entendimento no que concerne a existência de um processo penal limitado por um regime democrático de direito, essencialmente, por meio da apreciação das imprescindíveis garantias constitucionais intrínsecas a este modelo de sistema estatal, denota-se substancial para a percepção e compreensão de que o cumprimento de tais garantias se revelam fundamentais na concretização de um processo imparcial, eficiente e, principalmente, equitativo em todos os seus estágios.

Nesta conjuntura, o texto constitucional se caracteriza como o principal ponto de partida para uma sociedade pautada em valores democráticos. Determina os conceitos e preceitos jurídicos e sociais que devem ser defendidos e afetivamente cumpridos, como também define a organização estrutural do Estado e a proteção dos direitos conferidos para todos os cidadãos (ESPÍNDOLA, 2003,p. 4).

Nessa diapasão, o Estado Democrático de Direito também possui o encargo de conciliar os progressos e avanços democráticos com as previsões jurídico-normativas e a preocupação social. Afim de evidenciar este propósito, existem princípios que incorporam a sua existência,

entre eles, está em evidência, a correlação existente entre Estado e a Constituição como ferramenta de garantia jurídica, ou seja, constitucionalidade. Além disso, para garantia da autonomia dos cidadãos diante dos poderes estatais, existem a sistematização dos direitos fundamentais individuais e coletivos e por fim, a legalidade, como meio de proteção aos possíveis atos que ultrapassem o limite de atuação e deixem em evidência a prepotência estatal.⁶ (STRECK; MORAIS, 2003, p. 92-93).

Como preceito primário, portanto, é fundamental compreender permanentemente, que o processo penal como conjunto normativo sempre deve estar submisso à Constituição Federal. Isto é, o sistema jurídico penal deve ser aplicado de acordo com os pressupostos constitucionais, sempre submetendo-se a tal filtragem.⁷(LOPES JUNIOR, 2016, p. 35-36).

Requintar o processo penal aos moldes constitucionais, executando e respeitando rigorosamente aos direitos e garantias nela existentes, salienta-se como um pacto assumido pela maioria dos países que se sustentam sob as particulares que um Estado Democrático de Direito exige. Contudo, tal incumbência encontra empecilhos, sobretudo, por efeito de dispositivos do Código de Processo Penal vigente que não foram admitidos pela atual Constituição promulgada e que continuam sendo aplicados plenamente pelos magistrados.

Ressaltando a existência dessa conexão entre a responsabilidade do Estado em preservar o equilíbrio entre as leis secundárias e as previsões legais constitucionais, o jurista italiano Luigi Ferrajoli corrobora com o entendimento que a função precípua do juiz não deve estar vinculada a letra da lei sem atentar-se ao seu significado, ou portar-se de forma autônoma, mas deve sempre cumprir estritamente a lei válida no que tange a sua coadunabilidade e adequação com as regras e princípios constitucionais, como também com os direitos fundamentais cuja supremacia constitucional dita sua obediência. (FERRAJOLI, 1994, p. 125)

Da mesma maneira, os princípios-garantias, como o do juiz natural e o super princípio do devido processo legal se configuram em imunidades para o cidadão frente o Estado e impulsionam a relevância do processo penal. Além do fato de subjugar o julgador estritamente a sua observância, já que tais princípios possuem força de norma jurídica.⁸ (CANOTILHO,

⁶ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3 eds. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

1993, p. 173).

Portanto, afim de compreender a responsabilidade do processo penal no Estado Democrático de Direito, é fundamental rememorar a indagação: qual dos sistemas processuais, o processo penal tem de incumbir-se para certificar a continuação e conservação de um Estado Democrático de Direito? Melhor dizendo, qual a atribuição do processo penal em um Estado que a democracia se sobreponha e prevaleça frente ao autoritarismo?

Antes, é necessário explicitar que, posteriormente a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Código de Ritos Penais sofreu uma metamorfose, tornando-se defasado e sem capacidade de propiciar ao investigado/acusado um processo penal em consonância com as garantias individuais amparadas pela Constituição.

Diante desse expectro, a morosidade em mudanças significativas em todo o código processual penal tornam o cenário brasileiro repleto de falhas para a democracia. Logo, não se torna suficiente somente atestar a defesa ao Estado Democrático de Direito, é fundamental asseverar que ele esteja consolidado no processo penal e desimpedido de artimanhas formais que podem contribuir para a sua derrota.

Indubitavelmente, nesse espectro constitucional, o processo penal, por possuir o monopólio do poder punitivo, tem por encargo defender aqueles sob sua égide, mas foi somente na Segunda grande guerra, que o processo penal passa a se preocupar com a proteção legal das garantias individuais, pois nesse momento o homem passa à categoria de protagonista do sistema, observando-se suas individualidades e suas peculiaridades.

Desse modo, a missão do processo penal no Estado Democrático de Direito está em garantir os direitos fundamentais daquele que está sob a mira da justiça. Devendo agir como sinônimo de garantia e adequação à Democracia, já que é através de sua forma de condução que se afere o grau de eficiência dos direitos fundamentais para com os indivíduos.

Assim sendo, encarando o processo como um arranjo de atos que progride no tempo, perfaz a exigência de se assumir um modo para que este processo conduza sua meta, conferindo-lhe uma finalidade que valerá, sobretudo diante de um Estado Democrático de Direito, como maneira de restringir os abusos de poder e de violações de garantias⁹ (WEDY; LINHARES, 2016, p. 1)

Para a correta aplicação do direito penal e suas normas é necessário coexistir um procedimento correto e previsto legalmente para sua realização dentro dos ditames do Estado

9 WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 119, mar. /Abr., p. 201-240, 2016.

Democrático de Direito. Doutrinariamente, existem três modos de se operar o processo penal, que se conectam ao nível democrático ou tirano de determinado Estado-nação. São eles: o sistema acusatório, inquisitório e misto.

Logo, antes de adentrar ao cerne principal do presente trabalho, é necessário a retomada dos fundamentos de criação de cada um desses sistemas penais, assim como a realidade do Brasil e qual o sistema pressupõe a existência jurídica criminal.

É por essa razão que é indispensável a conceituação e descrição de cada um dos sistemas e seus núcleos fundantes, assim como suas peculiaridades. A importância é acrescida da ideia que o sistema escolhido por cada código, representa uma saudação inicial para demais nuances que rodeiam todo o andamento da investigação, instrução e execução penal

3.1 BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA INQUISITÓRIO

Antes de se aprofundar nas particularidades que permeiam a figura do juiz no processo penal brasileiro, é inescusável um estudo dos pressupostos e bases do procedimento processual. Ao se fazer uma análise rigorosa do processo penal, voltar no tempo se torna inevitável.

Assim sendo, o conhecido sistema inquisitório data do período de transição do século XIII para o XIV, chegando ao apogeu entre os séculos XVI a XVIII, manifestando-se, primeiramente, na Roma Antiga imperial. De fato, o sistema inquisitório funciona como um substituto do antigo sistema acusatório, que tem sua queda definitiva no século XVI. Isso ocorre, segundo Eugenio Florian, pela ascendência da igreja em todo o sistema político-jurídico daquela época.¹⁰

A idade média foi um período marcado por uma proeminente dominação religiosa, que permeava a política e toda a conjuntura social. Ostentava particularidades embasadas por um conjunto de verdades absolutas, envolto por uma envergadura dogmática religiosa muito bem consolidada. Refletindo um histórico momento de escuridão das garantias fundamentais se refletiu nos moldes, ainda presentes, do que se conhece como sistema inquisitório.

10 FLORIAN, Eugenio. Op.cit., p. 65-66. Nesse sentido, Julio B. J. Maier: “Desde el puntode vista histórico-político, la afirmación de universalidad de la Iglesia Católica (Derecho canónico) y la formación de los Estados nacionales bajo el régimen de la monarquía absoluta, y sus luchas de predominio contra los “infeles”, por una parte, y contra el poder feudal, por la outra, condujeron necessariamente a este tipo de procedimiento”. MAIER, Julio B. J. Op. cit., p. 213.

No Brasil, as primeiras manifestações do sistema inquisitório, ocorreram com o código de processo penal que surge na ditadura no governo de Getúlio Vargas, que encontra no código penal italiano de Rocco seus principais fundamentos. O código processual penal italiano tem sua publicação em 1933, momento em que o governo de Benito Mussolini imperava e, portanto, de base fascista autoritária.

Como visto anteriormente, o CPP brasileiro sofreu apenas pequenas reformas, sem grandes mudanças, mesmo com a promulgação de uma Constituição de forte base democrática. Décadas depois, com a Constituição democrática de 1988, o sistema procedimental penal ainda permanece assombrado pelos fantasmas do passado inquisitorial e autoritário do código de 1941, o que gerou prejuízos a realidade jurídica brasileira.

O modelo inquisitório é marcado por um juiz com funções autônomas e absolutas, que se assemelham a um monarca, já que o magistrado além de julgar tem como encargo a gestão das provas na fase de investigação. Há, portanto, um acúmulo de funções entre julgar e acusar, onde o próprio juiz usa de seu poder absoluto no processo para apenas confirmar suas convicções pessoais, sem nenhum respeito às garantias do acusado, como pontua Jardim, o processo “Não é um método civilizado de descoberta da verdade e aplicação justa da lei penal, mas sim em forma de concretização do arbítrio e da opressão”¹¹ (JARDIM, 2007, p.42)

No plano político, o sistema inquisitório funcionava como um espelho de mesmo alicerce epistemológico do autoritarismo. É nessa lógica, que mais tarde, o jurista Luigi Ferrajoli, sustenta que a escolha de um dos sistemas, reflete o regime político adotado em cada Estado-nação (democrático ou despótico). Logo, o processo penal é um verdadeiro: “termômetro dos segmentos corporativos ou autoritários de sua constituição”¹² (GOLDSCHMIDT apud CHOUKR, 2006, p. 110)

Ademais, o juiz-inquisidor era um ser solitário, pois só encontra consolo em suas próprias convicções e nela não há espaço para concepções díspares, assim o juiz “convidava o acusado a declarar a verdade sob pena de coação” (KHALED, 2010, p.3). Fica evidente, portanto, que toda a carga probatória estava nas mãos do magistrado, já no começo das investigações.

Entende-se, então, conforme Paulo Rangel:

No sistema inquisitivo, o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhe foram trazidas pelas partes, mas visa convencer as partes de

¹¹ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

¹² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. ampl., e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2006.

sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação¹³.

É mister observar que durante a investigação primária inquisitória, o processo se instaurava de imediato; com o mínimo de defesa do acusado. Além do comum uso de tortura para alcançar a verdade real, pois sua busca era considerada sagrada pelos inquisidores.

A aplicação da tortura como forma de desvendar o suposto crime, era justificado por uma perseguição cega da verdade material e real, o que não passavam de meras fantasias metafísicas, já que a completa verdade é impossível de ser desvendada. O acusado era submetido as mais diversas violações físicas e humilhações para satisfazer a convicção pessoal do juiz – ator.

Em resumo, percebe-se no processo inquisitivo um fluxo interno, autocentrado na figura do juiz, ator de toda a orquestra inquisitória. Nesse cerne nebuloso, o conjunto de elementos probatórios são instigados pela conjectura já desenhada unicamente pela opinião pessoal do magistrado, visto que os princípios fundamentais presentes em um processo penal justo, estão ausentes.

É, portanto, impossível uma decisão que se atenha às provas apresentadas, distante do silogismo próprio do juiz e suas convicções pessoais. Fica claro que o: “Processo inquisitivo se resolve assim, em uma contradição entre termo. ”

Tratando-se da gestão da prova dentro do sistema inquisitório, há uma particularidade que o diferencia abruptamente do sistema acusatório, mas para isso, é necessário retornar a figura do juiz-ator e sua relação discricionária com as provas dos autos. No sistema inquisitório não há o respeito ao princípio da publicidade, em nenhuma hipótese, pois o juiz ocultou para si todas o conjunto probatório recolhido, até então desconhecidas pelo acusado. O que demonstra que a autonomia do juiz-inquisidor, equivalente à existência de uma barreira invisível às interferências ao longo da investigação.¹⁴

Logo, observa-se também a valoração do arranjo social, que se sobrepõe a insignificante relevância do cidadão como ser dotado de garantias fundamentais. Assim dispõe Aury Lopes Jr.: “O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa entre o juiz inquisidor e o acusado. ”¹⁵

¹³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12ª, ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 46.

¹⁴ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 45.

¹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61.

Nesse contexto, diante de toda a dinâmica inquisitorial para chegar à uma sentença, é preferível citá-la como “procedimento” e não “processo”, pois para existir processo é necessário e essencial o respeito absoluto ao contraditório, com a separação de funções bem definidas. A soma dessas violações de princípios e excessos do juiz, fica evidente que o sistema procedimental inquisitório se afasta do que seria verdadeiramente um processo.

Dessa forma, o sistema inquisitório perde sua razão de existir ao se utilizar do processo penal como um meio de realização do poder punitivo. É sabido que o processo penal é o caminho necessário para que o direito penal e a pena possam se realizar inteiramente, logo o cuidado com o cumprimento rigoroso de princípios e regras do devido processo legal, desde o momento da investigação, assim como a gestão de provas distante do magistrado, são essências na realidade democrática. Novamente, se faz verdadeira a equação: quanto maior a liberdade de uma época, menor será a interferência do juiz nos autos e maior será o grau de respeito à democracia.

Por fim, infere-se a erro, aqueles que acreditam que a plena realização das garantias fundamentais se confunde com impunidade¹⁶. A única verdade está na plena aplicação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos por meio de um juiz imparcial e justo.

3.2 O SISTEMA CLÁSSICO ACUSATÓRIO

Em completa antítese ao sistema inquisitório, nasce o sistema acusatório¹⁷. Aqui, há uma maior afinidade aos preceitos humanista, em sintonia com o Estado Democrático de Direito.

Sendo o primeiro sistema processual elaborado, o modelo acusatório tem suas primeiras aparições no direito grego, como também no século XIII, em Roma.¹⁸ Na Grécia, os cidadãos das polis também refletiam um sistema democrático precário, porém inovador, com o povo incumbido da acusação. Os próprios cidadãos demonstravam seu conjunto probatório e alegações, sem a interferência do Tribunal para convicção das provas apresentadas, os juízes eram apenas espectadores, observando as partes exporem seus argumentos e decidindo perante o próprio povo, como proposto pelo modelo acusatório.

¹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação, 2020.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003, p. 106.

¹⁸ “*El proceso penal común fué primeramente acusatório, según el modelo romano*”. FLORIAN, Eugenio. Op. cit., p. 65.

No que tange ao direito romano, em sua alta república, existem duas formas de processo penal: *cognitio* e *accusatio*. Entre seus principais aspectos, o *accusatio* se caracteriza pelo: impedimento de denúncias anônimas, ações jurídicas por ofício, a separação entre os exercícios daquele que acusa e julga, com a acusação por meio escrito e revestido por suas provas.

De maneira geral, o sistema acusatório tem como características principais: o respeito absoluto ao princípio do contraditório, da ampla defesa, publicidade e divisão justa com a delimitada das tarefas de: investigar, julgar, acusar e defender. Além disso, a preservação da imparcialidade do magistrado, confrontando diametralmente o “quadro paranóico”, presente no juiz dos moldes inquisitórios. Conforme observa Guilherme de Souza Nucci¹⁹:

No sistema acusatório há a nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, 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.

Aos poucos fica claro que o antigo sistema acusatório traz consigo os mesmos objetivos almejados no atual contexto jurídico: a efetivação de um juiz imparcial e distante do conjunto probatório - desde a gênese de todo o procedimento, como na fase de investigação preliminar - o respeito e aplicação dos direitos e garantias dos acusados e do devido processo legal.

No cenário acusatório, a figura do juiz merece atenção especial, pois este não deve tomar para si a competência da iniciativa, *ex officio*, uma vez que a titularidade da pretensão punitiva é atribuída exclusivamente ao Estado, por meio da figura do *Parquet*, conforme trazido na própria CF/88, em seu art. 129, I.²⁰ Assim como em casos que a ação é privada ou privada subsidiária da pública, o juiz deve permanecer inerte, como um terceiro imparcial; somente atuando quando engendrado, julgando de acordo com as provas presentes.

Nesse mesmo sentido, Luigi Ferrajoli defende que a função do juiz, no conhecido sistema acusatório, seria inexoravelmente egressa às partes. A respeito das últimas, os sujeitos do processo compõem uma disposição de igualdade entre si. O primeiro passo é dado pela figura

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.109.

²⁰ Art. 129, CF/88- São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

da acusação, a qual reincidente o ônus da prova. O sistema é moldado, crucialmente, nos princípios do contraditório, da publicidade e oralidade.²¹

Desta maneira, é necessário, em especial no momento que se precede a ação penal, que a investigação seja de responsabilidade de um órgão a parte, com juiz especial, que só realiza suas funções, caso fomentado pelas demais partes do processo, mas sempre salvaguardando seus direitos fundamentais. Além disso, o livre convencimento se revela um pilar, pois é por meio dele que o magistrado se mostra sem intromissões para sua persuasão, devendo somente se ater aos autos. Conclui-se, portanto, que se intenta para que, enfaticamente, seja restringida as funções do juiz na fase pré-processual, afim de alcançar o máximo de imparcialidade ao julgar.

Como aludido por Khaled (2010, p. 300) é justamente “a discussão sobre o formato das condições do saber, ou seja, sobre o modo de produção da verdade”, que há a antonímia entre os dois sistemas. A afirmação se faria possível por meio da figura do juiz-espectador, que estaria distante da gestão probatória, sustentando o arranjo acusatório e ratificando a imparcialidade do julgador da ação penal.

Ademais, “quanto maior a relevância atribuída ao papel da defesa, menos autoritário e mais garantista será o sistema processual.” (THUMS, 2006, p. 264-5). O que leva a crer que a busca da igualdade entre as partes, a defesa e seus meios também prestados pelo Estado (Defensoria e Ministério Público), são substanciais para um distanciamento dos moldes inquisitórios e respaldados pela humanização dos procedimentos processuais na esfera processual.

Conforme defende Paolo Tonini, o sistema acusatório se determina com o momento de troca constitucional e democrática entre pontos de vistas da defesa e acusação para se chegar a verdade de maneira justa; o que se conhece como princípio dialético.²²

Nesse contexto, também se conecta outro princípio basilar, na determinação do sistema acusatório: o Princípio do Contraditório.

Ademais, os princípios da oralidade e a publicidade também compõem características fundamentais para um processo justo. Explica-se:

[...] a ênfase na oralidade como componente democrática do processo penal e elemento construtivo do sistema acusatório tem a ver com o reconhecimento de que os métodos de aplicação do direito, ou melhor de interpretação das

²¹ “Precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 564.

²² TONINI, 2010, p.26

regras jurídicas e de sua efetiva aplicação aos casos concretos, não abrangem toda a atividade intelectual do juiz quando sentencia [...] (PRADO, 2005, p. 243)

Sobremaneira, o que realmente define o sistema acusatório como reflexo de um Estado Democrático de Direito, é a ferrenha delimitação entre as funções de: acusar, defender e julgar, ou seja, a justa divisão de poderes dentro do procedimento penal. Para mais, é necessário que a divisão de funções, tem como real objeto a vedação do magistrado ocupar uma função de acusação. Esse rígido fracionamento dos poderes no processo e a busca do seu equilíbrio tem como resultante a diferenciação subjetiva entre o que acusa e julga, “fator essencial para distingui-lo do sistema marcadamente inquisitório”²³

No sistema processual brasileiro, percebe-se a existência de um desvio do princípio base do procedimento acusatório, como Aury Lopes Jr. explicita em diversos exemplos presentes no CPP como no pedido de nova diligências ao juiz tanto na fase de instrução como na de investigação, na solicitação de prisão flagrante para preventiva, entre outras previsões legais.

Tal fenômeno de contaminação do juiz-espectador, reflete o passado que tinha para si a crença que possibilitando ao juiz mais poderes de punir, a justiça seria efetivada. É evidente que a população, após conviver diariamente com o receio da violência, de corrupção, desvios de verbas, falta de serviços básicos; encontra como meio de revolta uma maneira que a lei seja realmente aplicada.

Destarte, percebe-se que um rol de garantias e princípios, como o contraditório, a dialética processual, a imparcialidade do magistrado, a divisão entre acusação e julgador, além dos direitos humanos do acusado são contaminadas pela enganosa ideia de justiça, apenas com o ensejo de comprazer a evidente comoção popular. A figura do juiz-ator renasce da escura época da inquisição, refletindo o atual retrocesso da justiça criminal brasileira, com o atual código processual penal, mesmo de forma indireta, unindo-se a um sistema legal envenenado pelo punitivismo seletivo e por um juiz togado que foge aos moldes do magistrado prudente e racional.

O sistema acusatório, de facetas democráticas, também é regra irrevogável nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos. No Brasil, o processo para um procedimento justo e democrático ainda é dominado por neblinas, que impedem a real e completa tutela dos direitos e garantias fundamentais individuais em consonância com a Lei Maior.

²³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Nessa perspectiva, para um sistema acusatório realmente efetivo é indispensável que a gestão das provas pertença a um juiz distante dos demais procedimentos processuais e próximo da correta aplicação dos direitos inerentes aos cidadãos. No momento pré-processual, quem será protagonista é a conhecida figura do Juiz das Garantias, pilar principal da presente monografia.

3.3 O SISTEMA MISTO BRASILEIRO E SUAS RAÍZES INQUISITORIAIS

Com o decorrer do tempo, a sociedade se transformava e o direito, por consequência, também sofria importantes mudanças, a exemplo do distanciamento de uma conjuntura material e a aproximação da formalidade processual, o advento das novas terminologias e metodologias, entre tantas outras. Nesse contexto, salvaguardada a importância das mudanças procedimentais, pois o procedimento adotado no Processo Penal de um Estado é um fiel espelho das “colunas” democráticas que o sustentam ou não.²⁴

Dessa maneira, serão analisadas as nuances de um sistema de características peculiares de um tema convergente entre muitos estudiosos do direito, o conhecido sistema misto, ou também chamado acusatório formal.

Sendo assim, o sistema misto também conhecido como híbrido ou bifásico, tem sua origem no ano de 1808, na França, até então dominada por Napoleão Bonaparte. Sob seu comando, o *Codes d’Instruction Criminele*²⁵ tornou-se a diretriz da sociedade francesa, permanecendo invicto no direito moderno. Portanto, foi na França Napoleônica que surge o que se conhece hoje como “sistema misto”, podendo ser resumido como “A síntese da forma acusatória individualista e do brutal procedimento inquisitório.”²⁶

Sem as diversas críticas que rodeiam, o modelo híbrido seria a fusão entre o sistema inquisitório e acusatório. Em outras palavras, há uma divisão: no momento pré-processual há a dominação dos moldes inquisitórios, já na fase processual seria aplicado o sistema acusatório.
27

A fase inquisitória se caracteriza por um procedimento escrito e sem publicidade, sem respeito ao contraditório; com o fim de constatar a autoria do possível delito e sua materialidade.

²⁴ RANGEL, 2016, p.45

²⁵ Código de Instrução Criminal.

²⁶ JARDIM, 2007, p. 42

²⁷ LOPES, 2019. p. 43/44

Por outro lado, na segunda etapa acusatória, o procedimento se torna mais democrático sem a acumulação de funções por parte do juiz, que apenas decide; a oralidade e a publicidade são preceitos básicos a serem seguidos²⁸ (LIMA, 2020, p.).

Desse modo, Norberto Avena define o processo brasileiro:

“Abrange duas fases processuais distintas: uma inquisitiva, destituída de contraditório, publicidade e defesa, na qual são realizadas uma investigação preliminar e uma instrução preparatória; outra, posterior a essa, corresponde ao momento em que se realizará o julgamento, assegurando-se ao acusado, nesta segunda fase, todas as garantias do processo acusatório.”²⁹ (AVENA, 2009, p.9)

O sistema misto seria configurado com duas. A primeira é a instrução exordial: onde o magistrado entra em contato com as provas preliminares para que se suceda a acusação, analisando provas afim de que a acusação se consubstancie. Logo após, o Ministério Público como garantidor dos direitos do cidadão e por consequência do acusado penalmente e de seu direito de defesa, realiza a acusação. No segundo momento do sistema misto, existe a preservação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois o réu terá seu direito a resposta durante a ação e execução penal.

A respeito dos princípios acima citados, na instrução preliminar, do inquérito policial, os princípios entram em defasagem, visto que o magistrado é um inquisidor, o qual perigosamente se aproxima das provas recolhidas pela acusação, pois o acusado não tem direito a resposta. Dessa forma, embora no segundo momento do sistema misto exista uma proteção das garantias individuais e de seus princípios intrínsecos, no todo processual, há um claro descompasso com os ditames democrático, que se inicia com o contato direto do magistrado com as provas.

Nesse diapasão, os impasses de realização plena e eficaz dos direitos do homem não estão no caso de aceitá-los no ordenamento jurídico, mas sim de salvaguardá-los. Não sendo, portanto, uma vicissitude filosófica, mas sim política.³⁰(BOBBIO, 2004, p.16)

É relevante, antes de adentrar as controvérsias do sistema processual penal brasileiro, voltar no tempo, com o surgimento do Código de Processo Penal de 1941. Apesar de tantas

28 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

29 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 9.

30 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

décadas, o Código ainda persiste as mudanças do tempo, o que é contraditório, visto que as leis sempre estão de mãos dadas com o correr do tempo e das mudanças sociais.

Nesse diapasão, na década de quarenta, o Brasil vivia sob a égide de uma mitigação de direitos, fruto da ditadura, com o arranjo do CPP/41 “bebendo das fontes” do *codi rocco* italiano, dos anos trinta, igualmente intoxicados pela repressão da ditadura, reafirmando um sistema inquisitorial. Contudo, foi em 1988 que declaradamente o firmamento inquisitorial não se sustentava mais sob o Brasil, diante Constituição mais democrática até então promulgada.

Nesse momento, o sistema acusatório deveria ser angariado como premissa fundamental no processo, mas a concretização do real sistema acusatório ficou mais uma vez no plano teórico e os pressupostos constitucionais se revelaram secundários. Hoje, após mais de 70 anos, o sistema inquisitorial ainda se mantém destoante dos conceitos constitucionais.

É importante ressaltar, que o próprio código se tornou uma fonte de problema, ao permitir que o juiz ouça testemunhas sem a designação pelas partes³¹ (art. 209, CPP/40), como também o art. 156, inciso II, do CPP³² que permite ao juiz agir de ofício em produções probatórias e elaborar diligências afim de sanar dubiedades.

Sendo assim, o pensamento de Paulo Rangel se adequa ao do presente trabalho, ao ponderar que na realidade, o magistrado, ao ter acesso mais profundo das provas não está preocupado com o réu e seu julgamento justo, afinal, sua invasão a áreas processuais em que não deveria, devasta por si só pressupostos de um processo conforme os ditames constitucionais democráticos³³. Ou seja, sucede uma ação inquisitória do próprio magistrado, em oposição ao devido processo legal.

Intrinsicamente conectada a tais vícios processuais, está a fábula da verdade real. O jurista Aury Lopes Jr.³⁴ Compreende que essa premissa também se revela como fruto de sistemas não democráticos. O juiz, poderia se utilizaria de qualquer meio para chegar ao propósito fim.³⁵, onde tudo seria permitido para alcançar a real verdade, que em exatidão não existe.

³¹ Art. 209 do CPP: O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

³² Art. 156, II, do CPP: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

³³ RANGEL, 2016, p 209

³⁴ LOPES, 2016, p.286

³⁵ FERRAJOLI, 2002, p. 488

De forma geral no Brasil, a definição do que seria o procedimento processual permanece sem unanimidade na doutrina. O entendimento está dividido entre aqueles que entendem como um sistema acusatório e um outro seguimento que acredita ser misto.

Contudo, pelas tantas experiências jurídicas do passado e da atualidade, fica evidente que a alquimia dos dois procedimentos processuais não é um sinônimo de estabilidade dos fundamentos do processo. Uma vez que a instabilidade passa a gerar uma inconstância perigosa a democracia processual, gerando um sentimento de insegurança jurídica, fruto direto do âmago inquisitório.

Portanto, o entendimento majoritário seria que o Código de processo penal brasileiro adota um sistema misto. Tal conclusão resulta, da já comentada, classificação dupla da persecução penal. A fase de investigação, onde o processo caminha de maneira inquisitória, a cargo da polícia judiciária, sigiloso e com mitigação de contraditório e ampla defesa; o segundo se iniciaria após o recebimento da denúncia ou queixa, segundo os ditames do sistema acusatório, respeitando os direitos e garantias individuais.

A medida que se observam o sistema acusatório e inquisitório, em sua essência, os adeptos do sistema misto, defendem que sua realização pura, na prática, seria irrealizável e o sistema misto seria uma solução viável para a concretização de um Estado Democrático de Direito. Ao longo da elucidação do presente trabalho ficará evidente, que a solução de um sistema híbrido e seus alicerces estão distantes de ser o único caminho para um processo penal justo e dentro dos ditames constitucionais democráticos.

Por último, classificar o processo como misto, é cair em um profundo reducionismo, afinal a estrutura do processo não se resume a uma divisão entre investigação e instrução, mas deve ser levada em consideração toda a sua estrutura, sendo o processo resultante direto dos seus princípios basilares. Dessa forma, não se pode conceber princípios antagônicos, como os que regem os dois sistemas, façam parte do núcleo fundante de uma mesma estrutura.

É claro que a execução de um sistema ou em sua forma inquisitória ou acusatória de maneira genuína e inalterada não é tão transparente no processo penal brasileiro. Na realidade, o sistema misto é apenas um mito, que legitima um sistema neoinquisitório.

4 O JUIZ DAS GARANTIAS NO MODERNO PROCESSO PENAL BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA CONSTITUCIONAL

O atual Código de Processo Penal brasileiro vigora antes mesmo da Constituição Federal de 1988, o que levou a inúmeras reformas a fim de se adequar aos ditames previstos na

Lei Primária. Entretanto, como já revisado no capítulo anterior, o atual Código apresenta sinais de inadequação aos ditames garantistas constitucionais, os quais são fundamentais a uma realidade jurídica moderna.

Nesse diapasão, a evolução do Direito Processual Penal no Brasil é, como define Antonio Scarance, “ a história do processo penal é marcada por movimentos pendulares”³⁶ (FERNANDES, 2010, p.21) flutuando entre a aplicação e eficiência do poder punitivo estatal, e o respeito e preservação as garantias fundamentais daquele que é o acusado. Para o autor, “essa diversidade de encaminhamentos são manifestações naturais da eterna busca de equilíbrio entre o ideal de segurança social e a imprescindibilidade de se resguardar o indivíduo em seus direitos fundamentais” ³⁷ (FERNANDES, 2010, p.19)

O que não pode existir é a paralisia em realizar mudanças normativas, mesmo que estas afetem todo o sistema que por anos se estabeleceu confortavelmente. Mudanças não são confortáveis, mas muitas das vezes são necessárias, o que não exclui o defasado Código processual penal Brasileiro.

Tratando-se de sistema, como visto anteriormente, o Brasil identifica-se como um sistema acusatório, pois assim a Constituição de 1988 determina, mas um estudo atento da realidade, revela uma estranha fusão entre sistemas de bases totalmente inversas. De um lado, o sistema inquisitório com tendência fascista; do outro, o sistema acusatório, de base democrática e garantista, a conjunção de ambos é reconhecida por sistema misto.

Seria possível afirmar, então, que a realidade do sistema processual penal brasileiro é marcada pela contradição de valores. Uma vez que a Constituição se posiciona e baseia-se a partir de princípios democráticos, mas em outra esfera encontra-se o Código de Processo Penal de 1941, de bases fascistas e autoritárias, persistindo desde a primeira metade do século passado, sem a devida aproximação a sua essência acusatória democrática.

Disso tudo, conclui-se que o processo penal deve se modificar ao longo do tempo, acompanhando as mudanças de valores sociais e políticos da nação que está inserido. Nesse sentido, defende Scarance Fernandes:

³⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.

³⁷ IBID, p. 19.

Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país, na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para atuar o seu poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e para preservar a sua liberdade³⁸. (FERNANDES, 2010, p.22)

É nítido que existiram mudanças no plano processual penal que inflaram os direitos constitucionais do acusado, a exemplo das audiências de custódia (Resolução 213/2015 CNJ) e a consolidação de medidas cautelares diversas da prisão (Lei nº 12.403/2011). É mister, que em todas modificações, a figura do Juiz é fulcral.

A vista disso, antes de se analisar e definir o que é o Juiz das Garantias, é mister observar o direito Processual Penal e o direito Penal. O último sem a pena, falha por completo em sua eficácia e a pena sem processo é inaceitável, de modo que a inter-relação entre Direito e Processo em um regime democrático é incontestável.

Assim, para Ada Pellegrini Grinover, “a cada dia que passa, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do direito processual, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico”³⁹, modificando-se a faceta processual em garantia da liberdade.

O processo tem como fim ações no plano político-social, representando, assim, sua finalidade metajurídica. Sendo necessário para a existência do processo uma especial característica: ser um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais, chamada instrumentalidade garantista constitucional.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco entendem, que “é inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve”⁴⁰

Elucida-se, então, que no cenário atual se determina uma conduta mais liberal, de maneira que, nas interações entre cidadãos e Estado, o último já não é um fim em si mesmo, pois se estabelece, ou assim deveria, como mecanismo que busca a proteção do homem, de seus direitos fundamentais, da liberdade e do amparo jurídico.⁴¹

³⁸ IBID, p. 22.

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas..., p. 15

⁴⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 84.

⁴¹ Disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2019/02/o-fundamento-da-existencia-do-processo-penal-aury-lopes-jr..pdf>. Acesso: 15 jun, 2022.

Portanto, o processo deve agir como um agente da democracia, visto que as bases do sistema político-cultural brasileiro engrandecem o indivíduo em detrimento do poder estatal, refletindo-se em todos os ramos do complexo e inevitável vínculo Estado-indivíduo. Por consequência, o arranjo do processo penal de um Estado-Nação atuaria como um termômetro dos componentes democráticos ou autoritários presentes na Constituição⁴².

Portanto, em um Estado Democrático de Direito, não é mais necessário submeter-se a um processo penal autoritário, característico de um Estado-policial, dado que o processo precisa ajustar-se à Constituição e não o contrário.

É na incessante busca de estar em conformidade com o Estado democrático e dos novos valores do Processo Penal moderno, que urge como uma real necessidade a implantação do Juiz das Garantias, representando uma revolução no arenoso campo processual penal, em uma peregrinação cujo fim é o real compromisso processual democrático.

Acusar, defender e julgar. A separação das três funções é essencial para que um sistema acusatório seja efetivo, fundamentado em um julgamento puro, sem intercessões externas que possam afetar a imparcialidade do julgador. Nesse sentido, está moldado o que se conhece como Juiz das Garantias, figura recorrente em debates a respeito da renovação do Código processual criminal.⁴³

O Juiz das Garantias é o que se conhece como “Juiz atuante”, tão somente, no momento da investigação penal. Ele seria o responsável pelo controle da constitucionalidade e da legalidade de tudo aquilo que for aplicado e feito durante a fase pré-processual por aqueles encarregados de investigar o acusado. Seu referencial, é a obediência aos direitos fundamentais do apenado, nunca ultrapassando o limite da legalidade. Portanto, o Juiz das Garantias mantém uma distância segura entre as provas do inquérito penal e os atos do processo, propriamente dito.

Sendo assim, o Juiz das garantias: “será o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos do investigado até a propositura de denúncia, a partir da qual se inicia o processo penal.”⁴⁴

Mas em que momento processual o Juiz das Garantias se aplica? Em prol da proteção do princípio da imparcialidade, serão juízes diferentes, atuando o Juiz das Garantias na

⁴² GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**, p. 7.

⁴³ Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/juiz-de-garantias-rumo-a-acusatorialidade-no-processo-penal-brasileiro-14022020>. Acesso em: 12 mai, 2022.

⁴⁴ Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/juiz-de-garantias-rumo-a-acusatorialidade-no-processo-penal-brasileiro-14022020>. Acesso em: 12 mai, 2022.

investigação e outro julgador será incumbido da fase de instrução. O primeiro opera na etapa anterior a ação penal, sendo uma de sua competência a concretização de diligências, ou do Ministério Público, ou da Polícia, com a observância dos direitos fundamentais do acusado. Já o segundo magistrado será apto a fase de instrução, é aquele “liberto das amarras próprias de uma parcialidade forjada a partir do conhecimento dos elementos informativos colhidos durante a investigação criminal.”⁴⁵

Contudo, sem a figura do Juiz das Garantias, o CPP/41 manifesta problemas quando visto sob o contexto que se realiza. De maneira exemplificativa: o inquérito policial é secreto. A polícia judiciária e o Ministério Público possuem o acesso ilimitado por exercer função fiscalizatória e apenas depois de divulgado, o apenado tem a possibilidade de ter acessibilidade aos autos. A grande questão está na relação do julgador atuante na investigação ser o mesmo que decide na instrução processual, mesmo após o contato com provas pré-estabelecidas no momento investigatório, contaminando-se previamente por elas.

“Nesta lógica, não há igualdade processual possível. Em momento preambular, a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário já estão envolvidas e convencidas da narrativa que acusa o réu, que poderá se pronunciar somente depois que o processo efetivamente se iniciar. Em resumo, o processo penal brasileiro é inquisitorial em seus fundamentos.”⁴⁶

Os magistrados não são máquinas, mas seres humanos, que possuem em si sentimentos e dialogam psicologicamente com as circunstâncias ante seu veredicto, de maneira involuntária, da mesma forma que se passa com os demais seres humanos. Delegar a um juiz específico a função de acompanhar e decidir em toda a fase de investigação, mas para outro magistrado julgar o processo, é um modo de afastar alguma influência psicológica que o primeiro possa ter tomado para si durante a investigação penal.⁴⁷

Assim, o sistema acusatório, com a figura do Juiz das Garantias “pretendeu devolver ao investigado/acusado a qualidade de sujeito de direitos, o que o procedimento inquisitivo negava, transformando-o em um mero objeto de um procedimento inquisitivo, presidido por um juiz instrutor e de acusação.”⁴⁸

⁴⁵ Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/quem-tem-medo-do-juiz-das-garantias>. 20 mai, 2022

⁴⁶ Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/juiz-de-garantias-rumo-a-acusatorialidade-no-processo-penal-brasileiro-14022020_20_mai_2022

⁴⁷ FALCONE, Roberto A., *El Principio Acusatorio – El Procedimiento Oral en la Provincia de Buenos Aires y en la Nación*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 19 (tradução livre).

⁴⁸ FALCONE, Roberto A. *El principio acusatorio — El procedimiento oral en la Provincia de Buenos Aires y en la Nación*. Buenos Aires: AD-HOC, 2005, p. 19.

Além disso, o Juiz não é figura essencial na fase pré-processual, ele é contingente e excepcional, pois o inquérito pode ser concluído sem sua intervenção. Então, o magistrado deve ser convocado quando o investigado esteja sob a restrição ou violação de seus direitos de defesa, ou possíveis abusos nos pedidos de medida cautelar.⁴⁹

A busca do distanciamento do magistrado durante a fase de investigação, daquele que julgará o processo está na esquiva dos riscos do juiz julgador ao atuar na fase pré-processual tomar para si uma postura inquisitória, com infeliz aval do art. 156, I do CPP ou de demais pré-julgamentos que levem a mitigação de direitos fundamentais individuais do apenado.

Como será visto adiante, o Brasil está atrasado em relação a outros países, que já implementaram em seu sistema Processual Penal, o necessário instituto do Juiz das Garantias. A exemplo da Alemanha, que tem para si o título de pioneira na Juiz de Investigação (Ermittlungsrichter), em seu ordenamento, no ano de 1974. Fato semelhante, ocorreu nos Estados Unidos e em Portugal. No último, o Juiz das Garantias ganha o nome de Juiz de Instrução, previsto no artigo 17º do Código Processual Penal português de 1987, dispondo que o este juiz tomará para si todas as atribuições na fase de investigação, porém sua jurisdição acaba quando o processo é remetido para sentença.

É importante ressaltar, que em relação ao direito Internacional, a Alemanha e a Itália foram exemplos e espelhos para os países sul-americanos. Portanto, países como o Chile, Colômbia, Honduras, Uruguai, Equador e Peru, que implementaram o “juez de garantías”, realizaram um passo importante na transição do sistema inquisitório para o acusatório e, portanto, se aproximaram dos seus respectivos preceitos constitucionais democráticos. Nesse contexto, o Brasil está em falta na aplicação da mudança necessária no seu ordenamento processual, já que em países de organização jurídica semelhante, o instituto do Juiz das Garantias já é atuante.

Observados as diferenças elementares da investigação preliminar nos diferentes sistemas processuais e a definição basilar do que seria o Juiz das garantias, chega-se a um questionamento crucial: quais são os princípios e garantias previstos na Constituição Federal de 1988 que possibilitam a aplicação real do sistema acusatório? Quais são as bases constitucionais que justificariam a necessidade de aplicação do instituto de um juiz das Garantias?

Para responder tais questionamentos, é preciso voltar os olhos ao Garantismo que

49 Disponível em <http://faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/397>. 1 jun, 202

envolveu todo o sistema constitucional Brasileiro em 1988. A carta Maior passou a anunciar expressamente muito dos pressupostos garantistas, deliberando normativamente o cumprimento de direitos e garantias individuais para os cidadãos, como também para o próprio Estado.

Nessa lógica, Ada Pellegrini Grinover reitera que o Brasil, precursor na posituação constitucional dos direitos do homem, tem mantido os mesmos valores em relação ao processo, com o propósito de testificar as premissas essenciais para a abertura e otimização de um processo justo.⁵⁰

Assim como uma investigação normativa da atual Constituição, é hábil para se determinar a quantidade de dispositivos “garantidores” que tem como objetivo conter possíveis repressões do Estado e harmonizar o processo penal aos princípios democráticos previstos pelo Constituinte originário⁵¹.

Logo, a íntima conexão entre Estado e processo é parte do impacto inescusável que o garantismo constitucional traz consigo. Por isso, “do íntimo relacionamento entre processo e Estado deriva a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual”⁵² o que provoca o progresso de temáticas cada vez mais profundas no âmbito processual constitucional.

Entretanto, de acordo com Grinover:

O importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional, pairando sobre a lei ordinária, à qual informam. O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificara adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive⁵³. (2010, p.8)

Á vista disso, o vínculo entre o Processo Penal e o Direito Constitucional não deve ser presumido a partir de um olhar formal, - apenas como uma ciência análoga ou somente um corpo de normas - mas sim como a partida inicial para, a partir disso, recriar uma clara e

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p.13

⁵¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2ª ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2001, p. 08.

⁵² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 22.

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas...*, p. 14-15.

autêntica visão do processo penal⁵⁴.

Nesse sentido, aquele que é subjugado a um inquérito policial consagra-se como um indivíduo titular de direitos e parte do procedimento, não apenas um ser que está sujeito ao procedimento⁵⁵ Segundo Marta Saad “Os direitos e garantias constitucionais não têm limites especiais nem obedecem a procedimentos, simplesmente devem ser obedecidos sempre”⁵⁶.

Dessa maneira, salienta-se que no presente trabalho, não há a intenção de pormenorizar todas os princípios e garantias processuais. Será abordar, sucintamente, aquelas que se aplicam no momento da investigação criminal e, portanto, mais significativos por compreender, sua relação direta com o instituto do Juiz das Garantias. Sendo elas: devido processo legal, o direito de defesa, a presunção de inocência e princípio da imparcialidade. O último, por sua ímpar relevância, será objeto de análise no próximo capítulo.

4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS AO JUIZ DAS GARANTIAS

Em relação a cláusula do devido processo legal, a Constituição Federal de 1988 expressamente define, em seu artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). A partir deste princípio, ramifica-se uma farta sequência de garantias basilares.

Nesse contexto, Rogério Lauria Tucci defende que, a garantia do devido processo “é delineada, até mesmo determinada, por preceituações constitucionais direcionadas ao processo penal, e que, à evidência, não podem ser desconhecidas, direta ou indiretamente, das leis processuais que o disciplinam”⁵⁷. Por isso, o texto constitucional procurou traçar o caminho para que o processo penal alcance a todos aqueles que estiverem sob sua égide, o que só será possível por meio da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, do juiz natural e de outras garantias deles derivadas.

De maneira breve, o devido processo penal traz consigo: o juiz natural, a equidade processual entre as partes, pleno direito de defesa, a publicidade de atos processuais, razoabilidade e tempo hábil na duração do processo penal.

Dessa forma, o princípio do devido processo pode ser resumido como uma “megagarantia dos direitos fundamentais” (TUCCI, p.70). O que aponta, de antemão, que o

54 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 72.

55 SAAD, Marta. O direito..., p. 205-206.

56 IBID, p. 206

57 TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 75-76.

verdadeiro processo é constituído por diversas e inumeráveis garantias que se materializam em princípios, regras, ou direitos que, como formalidades dispostas em lei, tem por fim corrigir e regular o andamento processual, na busca de soluções em casos de confronto de interesses²⁷⁴. E é assim, no plano do devido processo criminal, que, novamente, diversas garantias se conciliam de maneira harmônica, sob um denominador comum⁵⁸ (TUCCI, 2009, p.189)

Em relação ao direito de ampla defesa, previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição. A ampla defesa define-se, portanto, no direito de contraditação dos acusados, a fim de atestar sua defesa. Salienta-se que a Constituição da República não trouxe consigo a diferenciação de “acusados” entre a aplicação do direito. Verdadeiramente, esta ensejou a aplicação do direito de defesa a todos os acusados, incluídos também os processos administrativos.

Nesse mesmo sentido:

A menção pela Constituição a acusados e não indiciados não pode ser utilizada como obstáculo à sua aplicação na investigação preliminar³¹⁸. Isso porque a expressão usada não foi meramente “acusados”, mas “acusados em geral”, devendo nela ser compreendida também o indiciamento, que nada mais que uma imputação em sentido amplo⁵⁹ (LOPES, 2005, p. 251)

Nessa lógica, Aury Lopes Jr. Entende que a conduta do constituinte originário previsto no artigo 5º, LV da Carta Maior tomou para si uma atitude garantidora, e o desacerto terminológico, ou seja, aferir um processo administrativo quando o correto é o termo “procedimento”. Não devendo significar um entrave para sua aplicação no momento investigativo pré-processual.⁶⁰ (LOPES, ,p. 251)

Portanto, o inquérito policial, por ser um procedimento de natureza administrativa e deve respeitar os direitos fundamentais do indiciado⁶¹, sobretudo aqueles decorrentes do direito de defesa.

Em síntese, em que pesem errôneas colocações a respeito da insignificância da garantia de defesa na fase investigativa, defende-se aqui, que o direito à defesa deve funcionar como mais uma arma de proteção dos indivíduos frente os excessos estatais inquisitoriais. Nessa linha, o direito de defesa deve coexistir, em todos os momentos da persecução penal, o que inclui o limbo investigativo pré-processual.

58 TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 189.

59 LOPES JR., Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista.3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

60 LOPES JR., Aury. Introdução..., p. 251.

61 MOREIRA, Rômulo de Andrade. O Supremo Tribunal Federal e o sigilo no inquérito policial. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 28 mai. 2022

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória” é o que prevê o artigo 5º, inciso LVII da atual Constituição brasileira como presunção de inocência. “A função da presunção de inocência é servir de eixo estrutural de um processo penal a ser feito conforme ao determinado pela Constituição”⁶²

Factualmente, a presunção de inocência, também conhecida como presunção de não culpabilidade se conecta à superação de antigas formas processuais, mitigadoras de garantias individuais, como na Inquisição, a qual o apenado era marcado como objeto e não como cidadão, sendo alvo de uma presunção de culpabilidade e não de inocência⁶³.

Nessa perspectiva, a presunção de não culpabilidade e o devido processo legal são concepções que se completam, exteriorizando o conceito elementar de que a identificação da culpabilidade terá como fim uma sentença justa, mas respeitando os direitos dos investigados.

Do quanto até aqui apresentado, é notório a relevância da aplicabilidade absoluta da presunção de inocência durante a fase preliminar do processo, uma vez que sua realização requer a aplicação de um sistema processual penal no qual o apenado é encarado como inocente até que sua culpa seja apurada e indiscutivelmente provada.

Ademais, a presunção de inocência, por outro lado, reflete-se no momento investigativo como “*norma de juízo*”⁶⁴. Segundo Maurício Zanóide de Moraes, essa faceta se apresenta, visto que é forçosa a verificação da competência dos elementos, prévios e regulares, que pressupõem a culpabilidade, a fim de moldar a concepção do magistrado a respeito da “legitimidade em se determinar aquelas medidas coativas, restritivas ou, ainda, para ter a denúncia ou a queixa-crime como imputações legítimas e aptas a iniciar nova fase persecutória”⁶⁵.

Vistas as principais garantias do processo penal, entende-se que o Juiz das garantias certifica, em especial, os direitos de defesa e os direitos constitucionais do acusado. Essa é, inquestionavelmente, sua atribuição elementar.

4.1.1 O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE: O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO

62 MORAES. Maurício Zanóide de. Presunção..., p. 358.

63 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A Iniciativa..., p. 145-146.

64 MORAES. Maurício Zanóide de. Presunção..., p. 494.

65 IBID, p. 494

O devido processo legal traz consigo belos e importantes frutos para o processo criminal. Entre eles, a garantia mais relevante para a atuação do juiz em um Estado Democrático de Direito: o princípio da imparcialidade.

Apesar de não se configurar um princípio expresso no sistema constitucional, a imparcialidade é um imperativo. O julgador sem uma postura imparcial, torna o processo injusto, com o sistema contaminado. É necessário pois, que se posicione como um terceiro observador. Assim defende Badaró: “A imparcialidade é ‘conditio sine qua non’ de qualquer juiz. Juiz parcial é uma contradição em termos”⁶⁶

Apesar de implícito no texto constitucional, a Constituição levou à positivação de prerrogativas que trilham o caminho do magistrado para o princípio da imparcialidade. Como ocorre na garantia de independência do juiz diante dos demais poderes e até mesmo do Poder Judiciário, com vedações a possíveis práticas que levariam a imparcialidade do magistrado⁶⁷.

É evidente que a independência dos demais órgãos não se faz suficiente para conter possíveis abusos de imparcialidade do magistrado, e por isso, a Carta Maior trouxe a consigo a vedação, com o único objetivo de reprimir a parcialidade do julgador.⁶⁸

Somam-se às previsões constitucionais, de caráter subjetivo, as regras de suspeição e impedimento presentes no Código de Processo Penal. A respeito, explica Gustavo Badaró: “a previsão legal de hipóteses de impedimento do juiz – e o mesmo vale para as hipóteses de suspeição – se destina a assegurar a imparcialidade, ou melhor, o julgamento por um juiz que não seja alguém de cuja parcialidade se possa suspeitar”⁶⁹.

Uma leitura atenta do conjunto de normas previstas em Convenções e Tratados internacionais, demonstra que a imparcialidade não se limita ao plano de um Estado-Nação. Ela é quase um pressuposto universal, no rol dos Direitos Humanos, como será visto no próximo capítulo.

Nesse sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1992 entende que “todo acusado tem o direito de ser julgado por um juiz imparcial e qualquer lei que disponha de forma diversa, admitindo o julgamento por um julgador que não seja imparcial, não poderá ser aplicada”⁷⁰. Logo, entende-se que a imparcialidade é uma qualidade fundamental do processo penal, também no direito estrangeiro.

66 IBID.

67 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito...

68 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito...

69 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito

70 IBID

Buscando uma definição clara do que seria a imparcialidade, Antônio Magalhães Gomes Filho a define como “um valor que se manifesta, sobretudo no âmbito interno do processo, traduzindo a exigência de que na direção de toda a atividade processual – e especialmente nos momentos de decisão – o juiz se coloque sempre *super partes*”. E, portanto, tramitaria no processo, apenas como um terceiro, sem pretensões ou juízos de valores, mas em busca da exclusiva aplicação da norma em conformidade com o caso concreto.

Nesse mesmo sentido, Casara determina o princípio da imparcialidade como “sinônimo de alheabilidade; ou seja, o julgador deve estar equidistante dos interesses veiculados pelas partes e não pode retirar proveito do processo. Juiz imparcial é aquele que não tem interesse, próprio ou de pessoa que lhe seja próxima, no julgamento”.⁷¹

Deste modo, a imparcialidade está muito além de um mero valor, ou de um pressuposto basilar, mas também um dever-ser, ou seja, uma obrigação reservada ao juiz em todas as suas atribuições jurisdicionais. Afinal, o caminho do processo só seria real e legítimo a partir da aplicação do seu mandamento de otimização: a imparcialidade.

É relevante pontuar que, na imparcialidade, a postura do magistrado deve garantir a objetividade e distanciamento em todos os procedimentos, como também na investigação, o que só se faz possível, na figura do Juiz das Garantias.

A respeito da busca da objetividade do magistrado, fica claro que a subjetividade já é inerente a sua existência como indivíduo, afinal, o juiz-togado também o é. O filósofo alemão Martin Heidegger alega que a existência do indivíduo só se realiza a partir da sua relação com o todo, em uma eterna troca de vivências e experiências. A afirmação “*ser-no-mundo*” sintetiza a íntima conexão entre o indivíduo e o meio social que está inserido.

A infinita troca resulta na formação do Ser, com valores e opiniões próprias, que não se liquidam mesmo durante o ofício de julgar. Nesse diapasão, Maya dispõe:

Ser imparcial não significa [...] ser neutro. Muito pelo contrário, a imparcialidade pressupõe a exata compreensão do observador, ou do julgador, acerca da sua formação subjetiva, de seus conceitos, de sua função, para, com isso, adotar uma postura efetivamente distante (alheia) em relação aos interesses das partes envolvidas na controvérsia judicial, sem se deixar contaminar por eles.⁷²

Logo, a neutralidade prega a figura de um juiz-espectador, mas não um ser humano, afinal, é impossível que o julgador retire toda a sua vivência, valores e pré-conceitos.

⁷¹ CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015

⁷² MAYA, André Machado. **O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, a. 17, n. 24, p. 06-07, nov. 2009

A imparcialidade é mais realista. A doutrina italiana resume em uma palavra o que seria um juiz imparcial: “*terzeitá*”. Aqui, o juiz é um terceiro desinteressado, indiferente ao seu próprio interesse e das partes que envolvem o procedimento, se restringindo a decisão objetiva da lei no caso concreto, com condão dos princípios e normas constitucionais.

A despeito da imparcialidade ser um “princípio supremo” no processo, evidencia-se que ser sentenciado por um juiz isento de valorações pessoais é o principal pilar da estrutura que sustenta um processo penal democrático.

Como defendido por Gustavo Badaró, infelizmente a doutrina do Brasil não tem buscado dar a atenção devida e necessária a imparcialidade, em contraposição aos avanços das normas internacionais, o que leva o próprio conjunto normativo tomar para si subterfúgios em jurisprudências de Acordos e Convenções internacionais⁷³.

Importante pontuar, a relação entre o juiz natural competente para julgar, o Juiz das Garantias e a imparcialidade. Afinal, a imparcialidade marca uma maneira de defesa do Estado Democrático de Direito. Sua definição não se limita a uma mera garantia aos cidadãos, mas como um definidor de quais “rumos” o sistema irá apontar.

Portanto, fica evidente que entender como natural o contato daquele que julga com todo o arcabouço probatório, investigativo e processual torna impossível a realização de um processo justo, afrontando diretamente o artigo 50º, inciso LVI da Constituição.⁷⁴ (BRASIL, 1988). A propósito, se a Lei Maior se enfraquece, por conseguinte, a relação entre processo e garantias se estremece.

Por fim, apesar da falta de discussões mais aprofundadas sobre o tema, o cenário internacional não deixa a desejar ao pormenorizar a imparcialidade e suas diversas nuances.

O grande “divisor de águas” ocorreu com o Tribunal Internacional de Direitos Humanos, que instituiu de forma objetiva e expressa a imparcialidade, como também definiu o que seria a real aplicação do princípio. É evidente, que todas as previsões legais internacionais a respeito da imparcialidade são fundamentais para o arcabouço teórico-argumentativo da aplicação do Juiz das Garantias.

4.2 AS DECISÕES JUDICIAIS DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS: REFLEXOS DA IMPARCIALIDADE E GARANTISMO JUDICIAL

⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito...

⁷⁴ LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos

Existem momentos na história de um Estado-Nação que se faz necessário reafirmar os limites e deveres do magistrado inserido em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil. O que leva, impreterivelmente ao cerne do julgar: a imparcialidade.

O conceito é muito mais complexo e ultrapassa uma simples análise ética, afinal a imparcialidade é garantia constitucional, apesar de não estar expressa na Carta-Cidadã brasileira, como visto anteriormente.

Apesar de não estar de acordo com o direito moderno e seus valores, os resquícios de um passado processual inquisitorial não são facilmente dizimados e é por essa razão, que o primeiro passo, para o longo caminho rumo ao sistema acusatório se torna possível por meio de um olhar imparcial daquele que julga.

Dentro dessa dinâmica, a Constituição de 1988 ratifica a necessidade de um juiz-expectador, por meio da garantia de um Juiz natural, art. 5º, inciso LIII⁷⁵, assim como o artigo 8.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário, também ratificando o juiz como imparcial e independente.

Contudo, o CPP/41 traz algumas polêmicas, vistas acima, dispostas nos artigos 252 a 254, que tratam das hipóteses de suspeição e impedimento e aí está a grande problemática legislativa que permeia a Suprema Corte brasileira.

O impedimento de atuação do juiz está no fato das partes do processo em que legisla, estiverem presentes filhos, pais ou cônjuge. Assim como, na suspensão, caso em que o juiz é íntimo de uma das partes. E se isso acontecer? Os atos praticados são anulados. (Art. 564, I, CPP)

Entretanto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), como também juristas com viés garantistas entendem que a prevenção seria uma hipótese formadora de presunção absoluta de parcialidade. O TEDH chegou a conclusão, que os critérios para aferição da correta aplicação da imparcialidade são complexos, por estarem submersos em critérios subjetivos – que são inerentes a qualquer ser humano.

A problemática está na falta de objetividade, pois as convicções pessoais e valores inerentes a cada magistrado em sua sentença torna complicada a determinação e controle da imparcialidade dos julgados realizados. Para solucionar a questão, critérios objetivos foram definidos pelo TEDH, a fim de identificar objetivamente situações em que o juiz se contamine pela subjetividade e traga risco ao “princípio supremo” da imparcialidade judicial.

⁷⁵ LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente

É assim, que nasce a imparcialidade objetiva como um verdadeiro marco processual a nível internacional. O conceito vem evoluindo nas jurisprudências das cortes internacionais, o que só foi possível a partir das decisões realizadas no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

O primeiro e emblemático caso, considerado o marco inicial do debate sobre imparcialidade objetiva, ocorreu nos anos oitenta, com a decisão do famoso *Piersack vs. Bélgica* pelo TEDH. A decisão estava centralizada no fato de que a imparcialidade subjetividade não seria a única forma do juiz ser parcial, mas que a ausência de fatores objetivos de imparcialidade também seria determinante.

De maneira sucinta, o polêmico caso está envolto de particularidades, que o tornam único. Desenrola-se que o promotor de justiça responsável pela investigação preliminar, na cidade de Bruxelas, portanto era um representante da acusação do *Parquet*. Anos depois, o mesmo promotor ingressa na magistratura e como presidente do tribunal de magistrado, julga e condena o réu do mesmo delito que anos atrás era promotor. À vista disso, o Tribunal Europeu concluiu que a contaminação da imparcialidade objetiva do presente juiz, com a violação do artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A vista disso, ao tratar a imparcialidade objetiva como consequência da parcialidade do juiz, uma nova visão se revela: a imparcialidade ultrapassaria o plano objetivo. Aponta Gustavo Badaró, que o caráter subjetivo da imparcialidade lhe é inerente, ou seja, as convicções psíquicas do magistrado e o caso concreto estão entrelaçadas.⁷⁶

Portanto, a imparcialidade subjetiva se caracteriza pela confusão entre convicções pessoais do julgador e as partes. Alerta Badaró a respeito da imparcialidade que: “resta evidentemente comprometida quando o magistrado realiza pré-juízos ou pré-conceitos sobre o fato objeto do julgamento”⁷⁷

É assim que o caso *Piersack vs. Bélgica* inova a doutrina, julgando a imparcialidade objetiva como a garantia que não explicita questionamentos da imparcialidade do julgador em seu objeto de julgamento penal. Dessa maneira, Prado afirma:

a imparcialidade define-se como ausência de pré-juízos ou parcialidades e sua existência deve ser apreciada tanto subjetiva como objetivamente; enquanto que o aspecto subjetivo implica a aferição sobre a convicção pessoal de um juiz parcial em um caso, o aspecto objetivo se vincula com o fato de que o juiz ofereça as garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável; c) no aspecto objetivo, todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de conhecer o caso, pois o que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar aos cidadãos em uma sociedade democrática. (PRADO, 2016, p. 12)

⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

⁷⁷ BADARÓ, op. cit. p. 45.

A partir disso, a imparcialidade objetiva pode ser entendida como a “aparência da imparcialidade”. Nessa teoria, não é apenas a imparcialidade subjetiva do julgador que deve estar em evidência, mas em especial que a sociedade esteja convencida que o magistrado não foi corrompido pela parcialidade. Badaró explica “Um julgamento que toda a sociedade acredite ter sido realizado por um juiz parcial será tão pernicioso e ilegítimo quanto um julgamento realizado perante um juiz intimamente comprometido com uma das partes. ”

Desse modo, o que realmente se inspira é a indubitável confiança dos indivíduos nos Tribunais, ou seja, a confiança dos cidadãos eleva o prestígio dos órgãos que oferecem uma solução jurisdicional. Além da busca de uma solução justa e legítima, a imparcialidade objetiva aproximaria, a persecução penal ao sistema acusatório.⁷⁸

Vale ressaltar que a imparcialidade objetiva só é possível a partir da exata aplicação dos princípios e garantias constitucionais, as quais representam o núcleo fundante democrático. Como vistas anteriormente, a separação da função de acusar e julgar, na fase pré-processual, até o fim do procedimento penal, assim como o impedimento das ações por ofício do magistrado (no que tange as provas), a paridade de armas, a garantia de um devido processo legal, realizada por um juiz natural, com partes usufruindo o pleno exercício e direito ao contraditório, oralidade, publicidade e ampla defesa, características que também são relevantes a um processo garantistas, aos moldes de Ferrajoli.

Diante das considerações do emblemático caso *Piersack vs. Bélgica*, outro caso do TEDH relevante para a presente monografia, no que pesa a figura do juiz, no momento pré-processual e suas consequências a imparcialidade.

De forma concisa, no caso *Hauschild vs. Dinamarca*, um juiz-togado – com mais dois juízes-leigos- julga como culpado, o apenado por sete delitos de evasão de divisas. Contudo, o processo não era novo a esse magistrado, pois durante quinze meses, o mesmo magistrado havia julgado vinte decisões anteriores, do então réu. Assim, o jurista André Maya Machado explica:

[...] o TEDH considerou que, diante do fundamento da prisão cautelar – convencimento do juiz da existência de uma suspeição notadamente confirmada de ter o réu cometido o delito que lhe é imputado – não há como negar serem muito tênues as diferenças entre o que deve decidir ele em relação à medida cautelar e à própria questão de mérito, motivo pelo qual a imparcialidade do tribunal se considera aberta a dúvidas, e o temor do acusado deve ser tido por objetivamente justificado. (2014, p.98)

A vista disso, a ofensa à imparcialidade objetiva foi direta no caso *Hauschild vs. Dinamarca*. Mesmo não realizando os atos de ofício, ao julgar as diversas medidas cautelares,

⁷⁸ FERRAJOLI, 2001. p. 564.

o juiz conheceu intimamente o processo ao analisá-lo, se comunicando de forma unilateral com o conjunto probatório e claro, aferindo um juízo de valor na decisão.

Nesse contexto, a imparcialidade objetiva, assim como a subjetiva foram esquecidas pois, o magistrado ao tomar uma decisão, em fase investigativa pré-processual, deve observar criticamente a materialidade e autoria do delito. Formando um pré-julgamento, antes mesmo que se inicie a ação penal. Conforme defende Badaró, a imparcialidade objetiva: “deriva não da relação do juiz com as partes, mas de sua prévia relação com o objeto do processo”

Tais concepções são inadmissíveis em um processo criminal, mesmo que inerentes e até inconscientes a natureza humana. (Será examinado empiricamente no próximo capítulo, a relação imperceptível de parcialidade dos magistrados, por meio da Teoria da Dissonância Cognitiva e efeito primazia).

Apesar de diversas decisões do TEDH trazerem a ampliação do alcance da violação à imparcialidade objetiva, com a proibição do juiz preventivo, como foi no caso Castillo-Algar vs. Espanã, ainda existem decisões que contrariam os pressupostos da imparcialidade objetiva (Jasinski vs. Polônia). Logo, ainda existem uma certa insegurança jurídica, diante de certas oscilações do Tribunal Europeu.

Entretanto, em suas tantas decisões o TEDH entende majoritariamente que forma uma presunção de que a prevenção não deve ser uma regra de competência, como no Brasil, mas muito pelo contrário, uma causa de exclusão da competência para garantia da imparcialidade.

Desta forma, a imparcialidade objetiva do magistrado, encontra-se afetada em virtude da comunicação antecipada daquele que julga com matérias da lide. (RAMIREZ, 2010. p. 269-310)⁷⁹.

Nesse diapasão, é sabido que a maneira com que o Código criminal acata os atos preliminares de investigação, examinados pelo mesmo juiz que futuramente decidirá a causa, afeta a crucial imparcialidade para que exista um devido processo legal.⁸⁰ (BADARÓ, 2011. p. 343-365)

⁷⁹ RAMIREZ, Germán Echeverría. **Imparcialidad del tribunal oral en lo penal: Tras la conquista de la garantía.** In: Rev. Derecho (Valdivia). v. 23, jul. 2010. p. 269-310. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502010000100012> Acesso em: 4 jun, 2022.

⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias.** In: Processo Penal, Constituição e Crítica: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011. p. 343-365.

Isso revela que a imparcialidade objetiva é seguidamente ultrajada pelo Código de Processo Penal. Afinal, o magistrado está repetidamente cercado de elementos do inquérito processual.

A imparcialidade tem em si outras particularidades que não só os previstos pelo CPP, cujo comprometimento constitui-se tão somente na condição subjetiva dessa garantia. Na realidade, acontece que o Código brasileiro silencia a vertente da imparcialidade objetiva e mancha o julgamento final dela derivada.

Perante este casuísmo, tolher as possibilidades de que o magistrado que opere no momento pré-processual seja o mesmo do momento da ação penal não se apresenta como o artifício mais efetivo, afinal se distancia do aperfeiçoamento da força da proteção à imparcialidade do julgador no procedimento penal. É buscando a aproximação e ímpeto dos princípios garantistas constitucionais que nasce o juiz das garantias.

4.3 HIPÓTESES DE CONTAMINAÇÃO DO MAGISTRADO: EFEITO PRIMAZIA E TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

Antes de se iniciar os detalhes da psicologia social que confirmam a hipótese de parcialidade do magistrado, por meio da Teoria da Dissonância cognitiva e o efeito primazia, é significativo salientar, de maneira sucinta, em que determinações legais, a justiça criminal brasileira, ocasiona fulcros na imparcialidade e, por consequência a contaminação subjetiva do juiz.

Nesta linha, o CPP é imperioso ao definir a investigação e o contato de ofício das provas, exclusivamente ao Ministério Público e a Polícia Judiciária, contudo há discordâncias jurisprudenciais, fundadas na figura do chamado “juiz de instrução”. Nesse contexto explica Prado⁸¹:

Não adotou o nosso Código o Juizado de Instrução. Dele tampouco cogitou o projeto Frederico Marques. No Juizado de Instrução, a função da Polícia se circunscreveria a prender infratores e a apontar os meios de prova, inclusive testemunhal. Caberia ao “Juiz Instrutor” colher as provas. A função que hoje se comete à Autoridade Policial ficaria a cargo do “Juiz Instrutor”. Assim, colhidas as provas pelo citado Magistrado, vale dizer, feita a instrução propriamente dita, passar-se-ia à fase do julgamento. O inquérito seria suprimido.

⁸¹PRADO, 2016, p. 4-5

Mas o que seria o juiz instrutor? Antes, é necessário delimitar: essa espécie de juiz não se confunde com o juiz de garantias. O juiz instrutor terá responsabilidades na fase processual preliminar, presidindo investigações e diligências, indo ao encontro elementos de convicção que achar relevante, cabendo ao MP a decisão de oferecer a denúncia. Contudo, a figura do juiz instrutor ainda é obscura, no que diz respeito a quebra da imparcialidade, já que mesmo não atuando de ofício, suas atribuições oscilam a depender do caso concreto.

A título de exemplo, o HC 92.893/ES julgado pelo STF, foi impetrado solicitando o impedimento do juiz-relator, pois este foi o mesmo juiz que decidiu pelo afastamento das funções do acusado, então presidente do Tribunal de Contas da União, com o acusado defendendo-se e impetrando:

A nulidade da decisão de recebimento da denúncia, pela inconstitucionalidade da regra da prevenção, uma vez que a atuação de magistrados na fase pré-processual, por colocar-lhes em contato com matérias que posteriormente serão objeto da análise de mérito, retira-lhes a isenção necessária para o julgamento. Afirmaram, em razão disso, ter havido violação ao artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que a situação de fato contraria a necessária separação entre as atividades de acusar e julgar, restabelecendo a figura do juiz inquisidor. E postularam, ao final, a interpretação extensiva do artigo 252, I e II do CPP, de modo a equiparar a atividade do juiz, no caso concreto, à de um delegado de polícia. (MAYA, 2014, p.183-4)

Entretanto, decidiu o Min. Ricardo Lewandowski que mesmo presidindo o inquérito, o sistema acusatório foi mantido, pois as hipóteses de impedimento são taxativas e que o juiz-instrutor “não exterioriza qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito, emergentes nessa fase preliminar, que o impeça de atuar com imparcialidade.” (MAYA, 2011, p.209)

Fica claro, portanto, que as jurisprudências do TEDH, firmando a aplicação dos critérios da imparcialidade objetiva e subjetiva, em especial da última no presente caso, não são seriamente seguidas no ordenamento pátrio. Assim, como ocorreu no caso do HC 86577/ES – Espírito Santo, em que, o mesmo magistrado prolatou a sentença, já havia sido testemunha do mesmo, até mesmo com declarações na mídia a respeito.

Novamente, o STF decidiu pela não existência de qualquer convicção pessoal na decisão do juiz, decidindo pela suspeição do mesmo. Para a corte, a relação emocional do juiz-julgador não seria motivo de impedi-lo de decidir a respeito do caso. Assim, fica claro que para a Corte o “jugador-testemunha” não cairia em erro, pois não teria convicções em seu íntimo. O que é impossível, de acordo com os estudos da Teoria da dissonância cognitiva, visto mais adiante.

Ainda sobre o tema, certos dispositivos do CPP confrontam diretamente do pressuposto que o juiz deve agir quando invocado pelo Ministério Público ou pela polícia, atuando, tão somente quando invocado, mas sempre atento a aplicação das garantias e tutelas fundamentais do apenado, conforme o sétimo axioma de Ferrajoli – o princípio da jurisdicionalidade, como no já citado artigo 156, I do CPP possibilita que, mesmo sem a abertura da ação penal, busque provas de ofício. O termo “ofício”, “juiz” e “provas” em conjunto, sempre requer cautela. Explica Gustavo Badaró de forma maestral:

[...] Percebe-se, facilmente, que a imparcialidade corre perigo quando o juiz é um pesquisador, ou um “buscador” de fontes de provas. Já o juiz que, diante da notícia de uma fonte de prova, por exemplo, a informação de que certa pessoa presenciou os fatos, determina a produção do meio de prova correspondente - o testemunho – para incorporar ao processo os elementos de informações contidos na fonte de prova, não está comprometido com uma hipótese prévia, não colocando em risco a sua posição de imparcialidade.⁸² (BADARÓ, 2015, p. 83)

Defende também o jurista Aury Lopes Jr.:

Infelizmente o art. 156, I do CPP cria a possibilidade (substancialmente inconstitucional e incompatível com a imparcialidade, a nosso juízo), de o juiz ordenar, de ofício e na fase pré-processual, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Cumpre sublinhar que é uma ilusão de proteção a parte final do inciso, na medida em que sendo o ato praticado de ofício, cumprirá ao mesmo juiz que determina a realização, aferir a necessidade, adequação e proporcionalidade. Ou seja, ele age de ofício e como controlador de si mesmo... (2016, p. 5/-8)

Assim, evidencia-se a disparidade do dispositivo com a nova realidade constitucional democrática, que não mais admite juízes com facetas inquisitoriais.

Existem outros dispositivos no CPP que ferem gravemente a imparcialidade do magistrado, a título de exemplo, o artigo 245, §1º do CPP, que contribui diretamente para a parcialidade subjetiva, pois possibilita que o juiz, pessoalmente, execute uma busca domiciliar.

Não obstem questionamentos, que a reforma do Código Processual criminal brasileiro não pode mais esperar, assim como a introdução imediata do Juiz das Garantias, que retirará o véu neoinquisitório e trazendo ao processo penal a íntima aproximação com o sistema de raízes acusatórias.

Após explanados algumas hipóteses de contaminação do magistrado, no sistema penal brasileiro, questiona-se: Como é possível que essa contaminação realmente aconteça? Existem

⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique Processo penal / Gustavo Henrique Badaró. - 3. ed. revi, atual e ampl. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015; BADARÓ, 2015, p. 83

estudos que demonstram empiricamente a tendência a imparcialidade do magistrado? A inovadora Teoria da Dissonância cognitiva traz consigo algumas respostas.

Em 1957, a obra “A Theory of Cognitive Dissonance” (Teoria da Dissonância Cognitiva) de Leon Festinger, surge como um revelador estudo a respeito da relação entre comportamento humano e cognição.

A teoria se fundamenta na comprovação da busca constante e inerente a todo ser humano, de realizar a correspondência harmoniosa (consonância) quando está diante de conhecimentos (crenças, ideias e pensamentos) e atitudes contrastantes e opostas. Logo, há um reflexo cognitivo-comportamental, quando há uma incoerência (dissonância) entre seus próprios pensamentos, ou entre sua ação e razão, que podem levar a duas consequências.

A primeira, se sintetiza na ideia de que, caso a dissonância cognitiva seja percebida, haverá um movimento inconsciente e automático para que esta seja eliminada. Na segunda hipótese, o indivíduo já está inserido na dissonância e procura se desviar de situações que possam ampliá-la.⁸³ (FESTINGER (1975, p. 2-4). Em ambos os casos, haverá uma busca do estado de congruência plena e da harmonia interna do indivíduo.

Sendo assim, Festinger entende que “Uma vez que a dissonância é um processo básico em seres humanos, não é surpreendente que suas manifestações possam ser observadas em uma grande variedade de contextos.”⁸⁴ Afinal, no mundo real, as situações que os seres humanos se deparam, são inúmeras e é nele que as incoerências tomam forma. E é por essa razão, que todas as incoerências se encontram no plano involuntário, pois o fenômeno voluntário pode ser evitado.

Porém, em que contextos a dissonância cognitiva se revela? Primeiro, é relevante explicitar que a dissonância é um fenômeno psicológico corriqueiro, mas em duas situações se realiza inevitavelmente: na tomada de decisão, conhecida como dissonância pós-decisória e na dissonância pós-primeira impressão, recebendo um apoio nas pesquisas da percepção de pessoas, conhecido como “efeito primazia”.

De maneira concisa, na tomada de decisão, a dissonância é inerente ao homem. O que se confirma por meio da importante pesquisa empírica elaborada por Danuta Elrich, Isaiah Guttman, Peter Schönbach e Judson Mills, os quais observaram a reação de um grupo de indivíduos, após optarem entre dois tipos de automóveis.

⁸³ FESTINGER (1975, p. 2-4)

⁸⁴ FESTINGER (1975, p. 4) “Uma vez que a redução da dissonância é um processo básico em seres humanos, não é surpreendente que suas manifestações possam ser observadas em uma grande variedade de contextos.”(tradução nossa)

Após tomarem a decisão (dissonância pós-decisória) com mais cognições favoráveis, um curioso fenômeno ocorreu: o interesse inconsciente por propagandas que exaltavam as qualidades positivas do produto que escolheram. Na realidade, essa tendência natural é reflexo de uma busca de potencializar uma escolha em detrimento de outra, a fim de diminuir a dissonância natural as escolhas. Assim, transmutando o estudo para a realidade processual penal brasileira, na figura do juiz, reafirma-se a exigência da extinção completa da prevenção

Nela, o magistrado possui a perigosa liberdade de tomar decisões na fase investigativa (pré-processual), como também na instrução e execução. Logo, o juiz que é humano, entraria em um cenário da dissonância pós-decisória, pois em um primeiro momento, só recebe os fatos referentes a acusação (MP e Polícia) no inquérito policial, para posteriormente, mergulhar em novas informações dadas pelo acusado, dentro do contraditório.

Já a segunda hipótese de inevitável conexão cognitiva-comportamental é a dissonância pós-primeira impressão. O primeiro estudo empírico foi realizado por Solomon Asch, chamando-a de “efeito primazia”. Em síntese, a teoria fixa que a *primeira impressão* será determinante para conduzir as escolhas e reações do indivíduo em relação as suas próximas cognições e por consequência, determinando suas ações.

Nessa perspectiva, Solomon Asch entregou a dois grupos de pessoas, em separado, o perfil de duas pessoas para ser analisado, a única diferença, estava na ordem dos adjetivos e das características negativas. O resultado da pesquisa, observou que o grupo ao receber o perfil com as qualidades antes, revelaram ter uma melhor impressão do que o grupo que recebeu as características negativas primeiro.

Portanto, explica-se:

As descrições dos estudantes indicam que os primeiros termos estabelecem uma direção, e esta exerce uma influência contínua sobre os últimos termos. Quando se ouve o primeiro termo nasce uma impressão, ampla e não cristalizada, mas dirigida. A característica seguinte está relacionada com a direção estabelecida. A opinião formada adquire rapidamente uma certa estabilidade; as características posteriores são ajustadas à direção dominante, quando as condições o permitem. (GOLDSCHMIDT, 2002, p.139)⁸⁵

Dessa maneira, há um eminente risco com a rotulação inconsciente, fruto da primeira impressão, pois, a partir dessa inicial consonância cognitiva haverá a perigosa tendência de retornar à aparência inicial, afastando as características positivas dadas posteriormente, pois contrariam as entregues no início.

⁸⁵ Cf. GOLDSCHMIDT, James **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte: Lider, 2002. p. 139)

Uma vez que há a inevitável busca da equivalência entre os elementos acolhidos (tese central da Teoria da Dissonância Cognitiva) e a atenuação do interesse oferecido as novas informações, pois já se formou um pré-julgamento inconsciente, produto da primeira impressão (Efeito Primazia). Por isso, é praticamente nula a chance de uma pessoa ser caracterizada como tranquila e agitada, introvertido e extrovertido, etc.

Aponta-se, portanto, que os dois aspectos inevitáveis da dissonância são intimamente atrelados e aplicados a figura do juiz na fase investigatória ao ter contato com apenas a perspectiva acusatória com o conjunto probatório recolhido sem contraditório; ou com o vínculo cognitivo-comportamental ao decidir (uma prisão cautelar, por exemplo) como também reafirmando assim, a imprescindibilidade de implantação do juiz das garantias na atual conjuntura processual penal.

5 A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS E A LEI 13.964/19

De tempos em tempos, é inevitável e necessário que um Estado-Nação democrático faça uma revisão de suas normas, a fim de aproximá-las as pretensões da realidade político-social a qual está inserido. O Brasil não foge à regra, entretanto no campo processual penal, o passado parece resistir ferozmente as modificações normativas que o decorrer do tempo exige.

Nesse diapasão, entende-se que as transformações jurídicas acompanham a evolução e mudanças da sociedade, como evidencia José Antônio Paganella Boschi:

Não há nada que sobreviva ao tempo. Os Códigos e as leis também ficam velhos, esclerosados, perdem sua autoridade e aptidão para assegurarem o alcance das finalidades a que se destinam, pois a realidade social, em qualquer lugar do mundo, é altamente instável e exige novas e contínuas regulamentações.⁸⁶ (BOSCHI, 2012, P.75)

Assim, é nesse cenário de escassez de novidades legislativas criminais no Brasil, que as dúvidas e questionamentos a respeito da imparcialidade do magistrado no processo criminal fulminaram. É evidente que a conjuntura política, como exemplo dos escândalos envolvendo a figura do juiz na operação Lava-Jato, mais tarde, reacenderiam a necessidade de debater a implantação de um antigo instituto, que nunca foi concretizado: o juiz das garantias.

⁸⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. Notas Introdutórias ao PLS nº 156 – **Projeto de Código de Processo Penal**. In Alves, Leonardo Barreto Moreira; Araújo, Fábio Roque (Coord.). O Projeto do Novo Código de Processo Penal. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 75.

Apesar de recente, a Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe consigo um arcabouço de garantias processuais penais que ainda não foram aplicadas. É mister salientar que a própria Carta-Magna traça os caminhos para que a imparcialidade do julgador seja preservada por meio da institucionalização do sistema acusatório, porém só após mais de trinta anos de vigência, é que uma real iniciativa de implementação do Juiz das Garantias disposta, com o propósito muito claro de efetivar o desaparecimento dos últimos rastros inquisitórios no processo criminal, em busca de uma verdadeira evolução democrática.

É nesse contexto de erupção político-social que surge a Lei nº 13.964/2019, reconhecida popularmente como “Pacote Anticrime”, representando o resultado final do Projeto de Lei nº 882/2019. Proposta pela primeira vez em 19 de fevereiro de 2019, pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro e em meio a um cenário agitado e desfavorável, o Pacote Anticrime entra em vigor no dia 23 de janeiro de 2020.

A Lei Federal 13.964/19 acarretou diversas mudanças no ordenamento jurídico pátrio, em especial, atualizando a legislação penal, processual penal e leis extravagantes.⁸⁷ Nascendo por iniciativa do Ministério da Justiça, revela uma faceta essencialmente agressiva para aqueles apenados sob a égide penal (apesar das diversas críticas, não será o tema principal do trabalho).

Mesmo assim, mais tarde, a Câmara dos deputados reviu e retificou a Lei 13.964/19, reunindo-a às propostas elaboradas em 2018. Até então, não havia menção a reestruturação de aproximação do processo penal ao sistema acusatório, nem mesmo do impedimento da iniciativa do juiz no momento pré-processual. Tais propostas só foram introduzidas ao Pacote Anticrime, com parte do Projeto de Lei nº 8.045/2010, também conhecido como Projeto de Lei nº 156/2009 formulada no Senado Federal.⁸⁸

Apesar do Pacote Anticrime em seu todo, ser alvo de duras críticas dos operadores do direito por transparecer ser uma “super-lei” com soluções inconsistentes e punitivistas, a

87 As principais mudanças na Legislação Penal Extravagante foram: (a) na Lei de Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/90; (b) na Lei das Organizações Criminosas, Lei nº 12.850/13; (c) no Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826/03; (d) na Lei que estabelece normas procedimentais para processos que especifica, perante o STJ e STF, Lei nº 8.038/90; (e) Lei de Drogas, Lei nº 11.343/06; (f) Lei da improbidade administrativa, Lei nº 8.429/92; (g) Lei de Interceptações Telefônicas, Lei 9.296/96; (h) Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/84; (i) na Lei que estabelece os procedimentos em estabelecimentos penais federais, Lei nº 11.671/2008; (j) na Lei que trata sobre a identificação criminal, Lei nº 12.037/2009; (k) na Lei que dispõe quanto ao processo e julgamento colegiado em primeiro grau quanto aos crimes praticados por organização criminosa, Lei nº 12.694/2012; (l) na Lei que sistematiza acerca do serviço telefônico de recebimento de denúncias, Lei nº 13.608/2018; (m) Lei de Lavagem de Capitais, Lei nº 9.613/98.

88 LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 104.

inclusão do necessário Juiz das Garantias surge como uma inovação válida, em real conformidade com os pressupostos democráticos-constitucionais.

Assim, o Pacote revela, nos termos do artigo 3º-A ao 3º-F, os elementos que constituem, determinam a competência, como também os procedimentos e organização judiciária do Juiz das Garantias. Este julgador, como já citado, seria o responsável por toda a fase investigativa, saindo em defesa da proteção dos direitos fundamentais do acusado, agindo no controle de legalidade, como também preservando a imparcialidade do juiz-julgador durante o processo. Como determina o artigo 3º-A: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2019)

Nesse diapasão, o novo artigo 3º-A carrega expressamente a salvaguarda do sistema acusatório, pois apesar de ser um sistema implícito na atual Constituição Federal, a doutrina entende majoritariamente que na realidade, o processual penal brasileira seria neoinquisitório. Conforme explica Aury Lopes Jr.:

O processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval, ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas neoinquisitória, na medida em que o princípio informador era inquisitivo, pois a gestão da prova estava nas mãos do juiz (LOPES JR, 2021, p. 41)

Assim, hodiernamente a função do magistrado se encontra desarranjada, pois o mesmo juiz que decide, é o que manipula o sistema probatório presente no inquérito policial, isto é, o juiz prevento é responsável por toda a persecução processual. Com os novos dispositivos da Lei 13.964/19 será possível a separação de competência entre o Juiz das Garantias e o Juiz de Direito.

De maneira breve, é relevante pontuar alguns dispositivos do artigo 3º-B da Lei 13.964/19, a fim de trazer clareza das funções desse novo Juiz – as observações divergentes, serão analisadas mais adiante.

Sucintamente, as funções do Juiz das Garantias são exemplificadas ao longo do artigo 3º-B, apesar de polêmico e alvo de muitas ponderações, explicita que o juiz da investigação será um guardião da legalidade no inquérito, protegendo os direitos individuais do apenado, observada a reserva de jurisdição. Em um rol exemplificativo, o magistrado receberá os autos de prisão em flagrante, decidindo sobre os pedidos de prisão cautelar, sua prorrogação, substituição ou revogação, entre outras decisões durante a etapa judicial inicial. Ademais, Guilherme Nucci exemplifica uma de suas funções relevantes:

O juiz de garantia, acompanhando a investigação, deve zelar por aqueles direitos vinculados à atuação do Poder Judiciário, como a violação de domicílio, expedindo-se mandado judicial para tanto; que somente pode ser decretada por juiz de direito; a quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico, entre outros.⁸⁹ (NUCCI, 2020. p. 40)

Portanto, o Juiz das Garantias surge como uma superação a errônea hegemonia do juiz da instrução dentro da investigação penal. Dessa forma, percebe-se a tentativa de resgate do legislador, ao afastar o juiz da fase de conhecimento do sistema probatório que lhe é envolto, admitindo apenas a acusação o manuseio das provas. Na mesma linha defende-se:

Embora polêmico e impactante na organização judiciária dos tribunais, a instituição deste novo ator processual trará inegável consolidação do princípio da imparcialidade, na medida em que intenciona que as atividades decisórias tomadas na fase de investigação pelo juiz das garantias não causem prejulgamentos ao juiz da instrução.⁹⁰ (CEJA, 2019, p. 79).

Por um lado, o novo dispositivo foi bem recepcionado, respondendo a um antigo clamor de grande parte da doutrina, fundamentando-se, como visto no presente trabalho, em Convenções e Tratados internacionais como uma realidade factível e possível. Entretanto, também foi preterido, a implementação foi vista como inconstitucional, com execução inviável no Brasil. Os pontos controversos, serão objeto de estudo mais adiante.

Vale ressaltar, portanto, que apesar de notoriamente relevante a legislação penal o Juiz das Garantias não vigorou em conjunto ao Pacote Anticrime, em janeiro de 2020. A suspensão de cento e oitenta dias foi resultado direto da decisão monocrática do então presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, diante do ajuizamento de três Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.298/DF, 6.299/DF e 6.300/DF.

Apesar de suspenso, foram criadas equipes técnicas com o objetivo de estudar as circunstâncias da aplicação da nova figura do juiz no conjunto jurídico nacional. Entretanto, ao assumir a presidência do STF, o Ministro Luiz Fux manteve a suspensão por período indeterminado, até decisão em plenário da Suprema Corte.⁹¹

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**. 1 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020

⁹⁰ Juiz das garantias à brasileira no projeto do novo CPP. Sobre a necessidade de implantação do novo ator processual em um verdadeiro sistema acusatório. Críticas e refinamentos. In: Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Paula Ballesteros (coord.). Santiago: CEJA, 2019, v. III, p. 79.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e Outro (a/s). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: Acesso em: 05 jun. 2021.

Entretanto, em outubro de 2021, o STF realizou audiências públicas a fim de discutir a aplicação do dispositivo. Convocada pelo Ministro Fux, relator das ADI's com o objetivo de analisar pontos polêmicos da implementação. Comparecendo membros de conselhos, tribunais e órgãos públicas, assim como a OAB, por meio do jurista Gustavo Badaró, a AMB, CNJ, entre outros.

Neste ano, o deputado Madureira, do PSD-SP foi autor do Projeto de Lei 3.479/21 que torna imperioso a implementação do Juiz das Garantias no prazo de cinco anos. Prevendo o período para ajustes: normativos e orçamentários. Atualmente, o projeto tramita na Câmara dos Deputados.

É evidente que o Juiz das Garantias não será levado ao relento tão facilmente, uma vez que representa a maturidade do processo penal brasileiro e instrumento contra arbitrariedades ou abusos de magistrados, atuando como protetor e garantidor da imparcialidade e dos direitos do acusado, previstos na Constituição Federal.

Neste caminho tortuoso e repleto de obstáculos, é mister retornar aos primeiros raios de manifestação do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico brasileiro, em especial ao Projeto de Lei 156 de 2009, visto que é a partir daí que o Juiz das Garantias do Pacote Anticrime, dez anos depois, herdou inspiração.

5.1 EXPOSIÇÃO NORMATIVA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PACOTE ANTICRIME

Os primeiros apontamentos legais do que se conhece por Juiz das Garantias no Brasil, surgem em março de 2008, no Senado Federal por uma comissão de juristas, que idealizaram um anteprojeto, com a finalidade a reformulação do CPP com o objetivo de torná-lo cada vez mais próximo da CF de 1988. Dentre as propostas, as principais delas eram a realização de um processo penal acusatório e o revolucionário Juiz das Garantias, o qual seria “responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais”⁹²

Baseando-se no Juiz das Garantias italiano e português, o novo dispositivo jurídico seria um garantidor de direitos do apenado, como também um controlador da legalidade da sistemática penal (art. 15 do anteprojeto), vedada sua competência aos demais momentos processuais. Assim, em 2009 o anteprojeto é concluído e em seguida, une-se a mais 47

⁹² **Anteprojeto.** Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília: Senado Federal, 2009, p. 18.

disposições legislativas processuais penais, formando o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Em seguida aprovado pelo Plenário, passa pela Câmara e se torna o Projeto de Lei nº 8.045 de 2010.

Em 2018, quase uma década depois, com o desmontamento do Pacote Anticrime formou-se uma comissão que além de revisar a Lei 13.964/19, juntou este a demais propostas elaboradas até o presente ano. É importante frisar, que só com o implemento das propostas anteriores do Projeto de Lei nº 8.045/2010 ao Pacote Anticrime que o tema da vedação de iniciativa probatória do magistrado a fases do mesmo processo, ganhou evidência.

Por iniciativa do Governo Federal, sancionada no dia 24 de dezembro de 2019, com vigor a partir de 23 de janeiro de 2020 e meses depois, suspenso pelo Supremo Tribunal Federal por meio de Medida Cautelar em ADI's. Será observado no presente tópico, apenas os dispositivos geradores de dúvidas e contradições entre juristas e operadores do direito.

Como se sabe, o Juiz das Garantias está disposto entre os artigos 3º-A ao 3º-F da Lei 13.964/19. Nessa nova realidade, o juiz preventivo que se responsabiliza pela persecução penal não terá mais relevância, cabendo ao Juiz das Garantias a atuação na fase pré-processual e ao Juiz de Direito a atuação nos demais momentos processuais.

É importante pontuar, que entre os 18 incisos e alíneas que instituem o Juiz das Garantias, o presente capítulo não tratará de todos, apenas aqueles que se apresentam polêmicos e alvos de críticas ou dúvidas. Também será evidenciado, aqueles dispositivos em que a competência do julgador como defensor dos direitos e garantias individuais.

Dessa maneira, o *caput* do art. 3º-C da nova Lei, determinou a competência do Juiz das Garantias, excetuando as infrações de menor potencial ofensivo. Para a própria disposição legal e operadores do direito, o novo magistrado não traria vantagens, uma vez que, os Juizados Especiais Criminais têm muito bem solidificado os princípios da celeridade, economia processual, simplicidade e oralidade. A figura do Juiz das Garantias poderia desarranjar esse *modus operandis*.

Ademais, os artigos 3º-A e 3º-B da Lei 13.964/19, modificam todo o momento investigatório e processual dado o imperativo de aplicação do sistema acusatório a todo os atos processuais penais, impedindo a atuação ex officio ou interposições probatórias do magistrado, durante a fase pré-processual. Ou seja, é expressamente proibido que o julgador misture suas funções com a acusação, como ocorre ao demandar provas sem a prévia solicitação de alguma das partes envolvidas no processo, pois o princípio da imparcialidade deve ser mantido.

Assim, a busca pela inviolabilidade do princípio da imparcialidade objetiva tem por objeto eliminar rastros de envolvimento psicológico (dissonância cognitiva) tanto do Juiz das

Garantias, ao censurar a iniciativa e a alteração da conduta probatória do órgão acusatório (art. 3º-A), do mesmo modo com o magistrado da instrução e julgamento, ao separá-lo da fase pré-processual e impedir o exercício do mesmo julgador em momentos processuais diferentes (art. 3º-D).

Semelhantemente, o art. 3º-B traz exemplos da necessária inatividade do magistrado, quanto a condução das provas e a imparcialidade no momento de decisão de medidas cautelares, a exemplo da prisão provisória (inciso V), como também o ato de prorrogar, substituir ou revogar as mesmas (inciso VI), deliberar a respeito da produção prévia de provas tidas como urgentes (inciso VII) ou requerimentos que acometam as garantias constitucionais individuais do acusado, como solicitação de interceptação telefônica e quebra de sigilos fiscais (alíneas “a” e “b” do inciso XI).

O Juiz das Garantias será o autor jurídico responsável pelo equilíbrio entre os direitos violados e o desenvolvimento do inquérito aos moldes constitucionais. É mister o cuidado do Juiz da investigação ao estudar o caso concreto, pois o risco de violação de garantias fundamentais do acusado se evidencia a medida que diferentes diligências surgem, como o recolhimento de mais provas, aumento de dias de prisão cautelar, ou “interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informativa e telemática ou de outras formas de comunicação”, de acordo com o art. 3º-B, inciso XI, alínea “a” da Lei 13.964/19.

Assim, o equilíbrio entre interesse públicos e direitos individuais do acusado só seria possível com a imparcialidade em todas as decisões do Juiz das Garantias. À vista disso, este juiz estaria designado a decidir a respeito da antecipação probatória, com pedido de urgência e não repetíveis, com o devido respeito ao contraditório e ampla defesa, por meio de audiência pública e oral, conforme determina o art. 3º-B, inciso VII da Lei 13.964/19.

Nesse sentido, os atos de ofício do Juiz das Garantias estariam dispostos no inciso VII do art. 3º-B, que possibilita o magistrado revogar ou substituir uma medida cautelar a aquela que considera mais congruente ao caso concreto sob sua égide, agindo apenas com a introdução de novas provas no ato processual. Contudo, seus atos livremente realizados limitam-se a salvaguarda dos direitos individuais do acusado, nunca para potencializá-los.

Fabiano Augusto Martins entende que:

Em qualquer matéria cautelar, vale lembrar que o juiz das garantias também só agiria mediante provocação. Todavia, uma vez decretada a prisão ou outra medida cautelar pessoal, ele poderá, independentemente de pedido dos órgãos de persecução penal ou do investigado, substituí-la por outra que entenda mais adequada às exigências cautelares do caso concreto. Abre-se tal possibilidade não apenas na hipótese de descumprimento da medida anteriormente imposta, mas sempre que, tendo em vista novas circunstância e motivações, avalie que

a substituição é oportuna. Em nossa percepção, essa ressalva traz um temperamento adequado ao sistema acusatório. (AUGUSTO, 2009, p. 90.).⁹³

Portanto, novamente, a reafirmação do sistema acusatório estaria fortemente presente no Juiz das Garantias do Pacote Anticrime.

Nessa lógica, diante das inúmeras possibilidades de defesa dos direitos do acusado, bem como de vigilância da legalidade pré-processuais, o art. 3º-B seria meramente exemplificativo e assim, o Juiz das Garantias seria capaz de julgar quanto a qualquer reivindicação que visar angariar provas que, de certa maneira, possam vir a limitar os direitos e garantias daqueles que estão sob os “olhos” vigilantes do Estado.

5.1.1 A DUBIEDADE JURÍDICA DO INCISO X DO ART. 3º-B

O art. 3º-B, em seu inciso X destaca que entre as funções do Juiz das Garantias estariam: “requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação”.

O presente inciso se difere dos demais, pois abre margem para interpretações que vão de encontro a atos de ofício do magistrado, pois nenhuma das partes provocou a requisição de atos do Juiz das Garantias, como pedidos de prolongação de prazos, prisões cautelares ou demais diligências de sua competência.

O próprio novo rol legislativo, expressamente, determina que o magistrado responsável pelo momento investigativo não pode agir sem provocação da acusação ou defesa do investigado, previsto no art. 3º-A da Lei 13.964/19.

Diversos juristas entendem que presente inciso estaria em desarmonia com o objetivo de um sistema acusatório cada vez mais puro, bem como contaminaria a função imparcial do Juiz das Garantias. É evidente, que ao empenhar-se para a realização do equilíbrio entre o respeito aos direitos fundamentais constitucionais do acusado e o interesse público, a função do Juiz das Garantias não pode ser confundida com a exclusiva defesa daquele sob a égide de uma possível ação processual, pois também se configuraria como perda da imparcialidade e da divisão de funções do processo.

Nessa perspectiva, o jurista Rogério Sanches Cunha interpreta:

⁹³ Martins Silveira, Fabiano Augusto. **O Código, as cautelares e o juiz das garantias**. Revista de Informação legislativa nº 183, julho/set 2009, p. 90.).

Para manter a harmonia e o espírito da reforma, as competências aqui positivadas demandam requerimento do interessado, não podendo o juiz agir de ofício. No sistema acusatório a inércia do juiz em relação a persecução penal deve ser absoluta, não sendo possível a adoção, de medidas que promovam ou incentivem a decisão de acusar, sob pena de quebra do princípio da imparcialidade objetiva. (CUNHA, 2020, p. 87.)

Em contrapartida, Aury Lopes Jr. não entende o elemento normativo como uma maneira de mitigação do sistema acusatório, mas apenas um artifício legislativo em prol do controle de legalidade do julgador, no curso da investigação preliminar. Nesse sentido, para o jurista, o gerenciamento da legalidade na investigação não pode se confundir com lastros inquisitoriais, pois todos os atos previstos de ofício, seriam isonômicos às partes, sem favorecimentos particulares.⁹⁴

É evidente que o presente inciso, necessita de ampla e profunda discussão. A decisão de exclusão do inciso X do rol legal do Juiz das Garantias ainda não é uma possibilidade, diante da possibilidade de reformulação do inciso.

5.1.2 O ARTIGO 399 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O FIM DA COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS NA LEI 13.964/19

Entre os dispositivos que mais geraram dúvidas e discordâncias jurídicas, a aplicação do art. 399 do CPP por meio do art. 3º-B, inciso XIV e art. 3º-C da Lei 13.964/19. A fusão entre os artigos serviu para determinar que a partir da denúncia, cessa-se a competência do Juiz das Garantias.

Assim, conforme o art. 363 do CPP, com o recebimento da denúncia, o acusado passa a ser réu, sendo citado para exercer sua defesa, agora no curso processual. O recebimento da denúncia inicia o processo penal, mas a reforma do CPP promovida pela Lei nº 11.719/2008 gerou contradições, já que há duas menções acerca do recebimento da denúncia: o Pacote Anticrime entende que o recebimento da denúncia seria após o oferecimento desta, enquanto a Lei 11.719/08, a denúncia só é recebida após a manifestação preliminar do acusado, conforme o art. 396-A do CPP.⁹⁵

Nesse diapasão, Aury Lopes Jr. entende que a ideia central do projeto era inserir o direito ao contraditório antes do recebimento da denúncia, criando uma fase intermediária:

[...] há muito reclamada pelos processualistas, de modo que a admissão da acusação somente ocorreria após o oferecimento da defesa (o ideal seria uma

⁹⁴ LOPES JR., 2020, p. 201

⁹⁵ LOPES 2020, p. 1.151

audiência, regida pela oralidade). Era um juízo prévio de admissibilidade da acusação, para dar fim aos recebimentos automáticos de denúncias infundadas, inserindo um mínimo de contraditório nesse importante momento procedimental. (LOPES, 2020, p. 1151.)

As duas disposições normativas geraram uma cisão doutrinária-jurídica: a primeira acreditava que a denúncia só deveria começar após a defesa do réu (art. 399, CPP), julgando posteriormente, se é possível absolvição primária do réu (art. 397, CPP), se negada, a data de audiência será determinada conforme o já citado art. 399. A outra corrente defendia que não era necessário a comunicação prévia do réu da ação, conforme determinava o Pacote Anticrime. O pensamento majoritário é de que deve prevalecer a aplicação do art. 396-A.

Uma vez que o Projeto de Lei nº 4.207/2001, que promoveu a Lei 11.719/08 inicialmente criou a oportunidade de formar um espaço para o desenvolvimento da proteção prévia da recepção da denúncia, foi modificado, não sendo viável a demonstração do apenado previamente, desprezou-se a acepção dada ao art. 399 do Código de Processo Penal, uma vez que nesta não há essa probabilidade material.

Ainda sobre o tema, o próprio entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está de acordo que o acolhimento da denúncia se sucede nos termos do art. 396 do CPP, a exemplo do HC 243.687/SP⁹⁶

Assim, a aplicação do art. 399 do CPP na Lei 13.964/19. O juiz das garantias em nenhum momento deveria permanecer sob os imperativos do art. 399 do CPP. É relevante observar que o legislador possibilitou ao Juiz das Garantias, a decisão de mérito de ofício, sendo o mesmo juiz que examinará o pedido de defesa escrito do apenado (art. 396-A CPP), assim como a decisão de ofício da absolvição sumária (art. 397 CPP).⁹⁷

5.2 PORMENORES DA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.298 DISTRITO FEDERAL/2020

⁹⁶ FURTO (ARTIGO 155 DO CÓDIGO PENAL). FALTA DE MOTIVAÇÃO DA DECISAO QUE DEU PROSSEGUIMENTO À AÇÃO PENAL. AFASTAMENTO DAS HIPÓTESES DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO ARTIGO 397 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESNECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO COMPLEXA. POSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO JUDICIAL SUCINTA. NULIDADE NAO CARACTERIZADA. 1. Após a reforma legislativa operada pela Lei 11.719/2008, o momento do recebimento da denúncia se dá, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal, após o oferecimento da acusação e antes da apresentação de resposta à acusação, seguindo-se o juízo de absolvição sumária do acusado, tal como disposto no artigo 397 do aludido diploma legal. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 243.687 - SP (2012/0107495-9). Relator: MINISTRO JORGE MUSSI. Dje: 23/08/2013

⁹⁷ CUNHA, 2020, p. 90.

As oposições a Lei 13.964/19, no que concerne ao Juiz das Garantias foram imediatas, resultando diretamente na impetração de quatro ADI's. A ADI nº 6.298/DF, será a principal no presente capítulo, por contemplar em si, três ADI.

Ajuizada em conjunto pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), a ADI 6.298 defende e pede que todos os artigos (art. 3º-A ao art. 3º - F) não se apliquem no CPP. Além de impugnar a *vacatio legis* (vacância da lei) para sua vigência respectiva.

Nesse diapasão, os partidos políticos Podemos e Cidadania por meio da ADI nº 6.299, além de impugnar os artigos referentes ao Juiz das Garantias, adicionam ao rol o art. 157, § 5º recolocado ao CPP pelo Pacote Anticrime. O mesmo pedido foi realizado na ADI 6.300 do Partido Social Liberal (PSL), que negava a implementação dos artigos 3º-A ao 3º-F no CPP.

Assim, no dia 15 de janeiro de 2020,⁹⁸ em plantão o então presidente Ministro Dias Toffoli, decide pela provimento parcial e celeridade do estudo das medidas cautelares impugnadas, em especial dos pedidos de suspensão dos artigos 3º-A a 3º-F, das regras de transição dos processos penais em andamento e da necessária análise que os dispositivos do Juiz das garantias não se aplicariam a processos de violência doméstica/familiar, justiça eleitoral, tribunal do júri e em competências originárias dos tribunais (orientados pela Lei 8.038/1990).

Cinco dias depois da decisão de Toffoli, o MP por meio da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou a ADI nº 6.305, ao então presidente do STF, Ministro Fux. Solicitando novamente a suspensão dos novos artigos da Lei 13.964/19 referentes ao Juiz das Garantias, em especial os dispositivos 3º-A; 3ºB, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único; como também o artigo 28º, caput; 28- A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, §4º, todos do CPP.

Os impetrantes das ADI's defendem a urgência da ação por se tratar de *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito). A urgência também se fundamenta no *periculum in mora* (perigo na demora) que ocasionaria danos graves à justiça. Assim, entenderam os litigantes que o pleito trata da inconstitucionalidade formal e material do novo dispositivo conhecido como Juiz das Garantias.

⁹⁸ ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 15/01/2020, p. 41.

Fundamentam que a inconstitucionalidade formal da Lei 13.964/19 estaria na discordância da relação entre competência legislativa da União e estadual resultante dos procedimentos processuais penais, de acordo com o art. 24, inciso XI e parágrafo § 1º da CF.⁹⁹

Adiciona-se ao entendimento de inconstitucionalidade informal estaria fundamentada na ofensa direta ao art. 96, inciso I, alínea “d” e inciso II, alínea “b” e “d” da CF, que entende ser privativa dos tribunais, e não do poder legislativo, a competência da formação de novas varas judiciárias.¹⁰⁰

Por último, justificam que a inconstitucionalidade formal estaria no procedimento de instauração do Juiz das Garantias na Lei 13.964/19, que deveria ser elaborado por lei complementar, com iniciativa do STF e não por lei ordinária, conforme fundamenta o art. 93, caput da CF.¹⁰¹

Limitando-se ao tema da presente monografia, somente serão citadas as inconstitucionalidades materiais ao que tange o novo dispositivo da Lei 13.964/19. Assim sendo, a primeira inconstitucionalidade material alegada estaria na dotação orçamentária incompatível a realidade e por isso é mister a prévia discussão a respeito dos gastos com pessoal, como prediz o art. 196, parágrafo §1º da CF. Além de supostamente estar em desfavor ao previsto pela Emenda Constitucional nº 95/2016, consoante o art. 113 e art. 114 da CF, que trata do regime fiscal da União.¹⁰²

Além disso, soma-se aos argumentos de inconstitucionalidade material a alegação de afronta ao texto constitucional ao ir contra os princípios da duração razoável do processo, isonomia, do juiz natural e de invadir a competência exclusiva do Judiciário, no que tange a

⁹⁹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI - procedimentos em matéria processual; § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.)

¹⁰⁰ Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: d) propor a criação de novas varas judiciárias; II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízes que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

¹⁰¹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios

¹⁰² Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar: § 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas) (Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro

autonomia financeira e administrativa, conforme o art. 5º, caput e incisos LIII e LXXVIII e art. 99, caput da CF.¹⁰³

Por último, alegam inconstitucionalidade material, pois o Poder Judiciário e o MP consideraram o período de 30 dias curto para a adequação do sistema jurídico ao dispositivo do Juiz das Garantias. Argumentam que o curto prazo poderia levar a esfacelamento orçamentário e financeiro, assim como instabilidade institucional e insegurança jurídica.

Tempos mais tarde, no dia 22 de fevereiro do mesmo ano, o presidente Ministro Luiz Fux decidiu pela revogação da decisão monocrática do Ministro Toffoli, concedendo as quatro ADI's, como também a suspensão do Juiz das Garantias por tempo indeterminado (*sine die*) e da convocação de audiências públicas, que ocorreram mais de um ano depois. Fica evidente que não aparenta ser uma urgência da justiça a implementação do dispositivo, o cenário jurídico brasileiro parece novamente fechar as portas à nova figura do juiz.

É necessário relatar de forma mais conclusiva as hipóteses de inaplicabilidade do Juiz das Garantias solicitadas nas ADI's 6.298, 6.299 e 6.300. Durante o trâmite de decisão a respeito das medidas cautelares nas ADI's, ambos ministros presidentes decidiram por sua suspensão, evidenciando o sinuoso caminho que é a implantação do Juiz das Garantias no Brasil e claramente aqueles que não estão de acordo com sua vigência, salientando os dispêndios e percalços do dispositivo, como será observado a seguir.

Dentre os cenários de negação ao Juiz das Garantias, os partidos políticos e a AMB, em conjunto com a AJUFE depreendem que o juiz da fase investigativa não deve ser implantado, de acordo com as seguintes hipóteses: os processos de competência do Tribunal do Júri, em litígios referentes a violência doméstica e familiar. Como também os processos de competência da Justiça Eleitoral e de competência originária dos tribunais na égide da Lei nº 8.038/1990.

Antes de adentrar aos pormenores do Juiz das Garantias em contrapartida a competência dos tribunais sob a Lei nº 8.038/1990, é necessário compreender o “terreno” jurídico objeto de estudo no presente momento.

Sendo assim, tratando-se de processos em instâncias superiores – STJ e STF – a norma orientadora será particular a esse momento processual. Inicialmente direcionados pela Lei nº

¹⁰³ 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: LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; e LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira

8.038/1990, foi por meio da Lei nº 8.658/1993 que sua competência se estendeu aos Tribunais Regionais Federais e ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal.¹⁰⁴

A Lei nº 8.038/1990 expressa que o relator do processo será o juiz da instrução, em sua ceara é como se o Juiz das Garantias não fosse necessário, porém a própria Lei nº 13.964/19, que o instaurou, não cita sua aplicação aos tribunais de âmbito superior. Entretanto, a discussão a respeito da validade ou não de sua aplicação não é unânime para os operadores do direito. Afinal, o Juiz das Garantias funciona como um garantidor dos direitos individuais constitucionais do apenado, funcionando como uma barreira protetora ao princípio da imparcialidade.

Sendo assim, o entendimento do Ministro Fux vai de encontro a não aplicação do Juiz das Garantias aos tribunais e seus colegiados, pois reafirmaria a independência e imparcialidade em casos de ações penais em tribunais formados por órgãos colegiados.¹⁰⁵

No mesmo sentido, entende o Promotor de Justiça e jurista Rogério Sanches Cunha que o Juiz das Garantias seria desnecessário no julgamento colegiado, pois não haveria os mesmos perigos a imparcialidade, como existe no primeiro grau de jurisdição, pois a sentença final não dependeria de um julgador, mesmo este presente em duas fases processuais do mesmo processo e por isso, seria um dispêndio despropositado.¹⁰⁶ (CUNHA, 2020, p. 71.)

Por outro lado, há doutrinadores, a exemplo de Aury Lopes Jr. que possuem uma visão que se aproxima aos ditames do garantismo de Luigi Ferrajoli e por consequência, da Constituição.¹⁰⁷ Lopes reconhece o juiz não como o conjunto, mas sim como ser individual e assim, sua decisão de maneira colegiada não estaria imune as possíveis violações a imparcialidade e dos demais princípios garantidores de um processo justo e democrático. Assim defende o doutrinador:

Basta um magistrado estar contaminado, para afetar todo o julgamento o devido processo não relativiza a garantia da imparcialidade e não negocia com juiz contaminado. É um grande equívoco que decorre de uma visão reducionista da garantia constitucional e verdadeiro princípio supremo do processo penal: a imparcialidade dos julgadores é de cada um deles, em caso de órgão colegiado. (LOPES JR., 2020, p. 218.)

Portanto, é mais que evidente que a imparcialidade não se limita a 1º instância e sim a todas as fases que um processo penal pode trilhar, o que inclui os tribunais.

¹⁰⁴ STF. Ação Penal 518 PA. Relator: Ayres Britto. Data de Julgamento: 29/11/2010. Data de Publicação DJe235Duvulg. 03/12/210. Public. 0612/2010.

¹⁰⁵ ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 15/01/2020, p. 29.

¹⁰⁶ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm. 2020, p. 71.

¹⁰⁷ LOPES JR., 2020, p. 218.

Ainda no que se refere aos tribunais e o Juiz das Garantias, o tribunal do júri também não foi excluído da resposta negativa do STF. Seguindo a mesma lógica, entendeu o Ministro Fux que por ser tratar de uma decisão final colegiada, formada pelos jurados, o Juiz das Garantias não seria aplicável.¹⁰⁸

Visivelmente, a superficialidade do argumento utilizado tanto aos tribunais como ao tribunal do júri não é suficiente para a decisão de inutilidade do Juiz das Garantias. Afinal, mesmo nas decisões do conselho de sentença, é sabido que o julgamento em todos os seus pormenores e particularidades, não se limita a uma decisão em conjunto.

De maneira exemplificativa, a liberdade do juiz da instrução no tribunal do júri vai muito além. Fato esse que se ratifica já que o juiz togado possui o poder de absorver o réu sumariamente, decidindo por si só o mérito do caso e aplicando a sanção penal que considerar condizente, como também pode decidir que o acusado é inimputável, após a fase de inicial de liberação do procedimento.¹⁰⁹

Ainda sobre as hipóteses de contaminação no tribunal do júri, ocorre quando os jurados, também chamados de juízes leigos, destoam do crime doloso contra a vida, codificado na ação penal realizada pelo Ministério Público, para uma outra espécie penal, a exemplo de uma tentativa de homicídio para uma simples lesão corporal. Nesse momento, o poder de decisão será do magistrado, decidindo por si só a sentença do réu.¹¹⁰

Portanto, diante das hipóteses acima citadas, há a possibilidade de contaminação do juiz togado responsável pela sentença no tribunal do júri, pois o mesmo compromete a imparcialidade, já que as provas já foram analisadas previamente por esse mesmo magistrado. Assim, entende-se que o Juiz das Garantias deve ser implantado como um garantidor constitucional em todos os momentos do procedimento penal: do inquérito a execução da sentença.

5.2.1 A LEI MARIA DA PENHA NO JUIZ DAS GARANTIAS

¹⁰⁸ ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 15/01/2020, p. 31

¹⁰⁹ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 148

¹¹⁰ CUNHA, 2020, p. 71

Dentre as hipóteses discordantes da implantação do Juiz das Garantias, o cenário em relação a violência doméstica e familiar (Lei nº 11.340/2006), se apresenta como a mais polêmica, dividindo opiniões entre os operadores do direito.

No STF, o relator Fux justifica a negação de implemento do Juiz das Garantias nessa situação por considerar o procedimento de violência à mulher um labirinto, com diversas maneiras de se iniciar, como exemplo da comunicação oral da vítima. Alegando que devida as particularidades após iniciada a denúncia, não há a necessidade de uma rígida cisão entre as fases processuais, ou a convocação de um Juiz das Garantias.¹¹¹

De forma geral, a negação ao Juiz das Garantias se daria ao fato que os casos de violência doméstica seriam mais simplórios e desenvoltos, em comparação aos demais procedimentos penais, já que a vítima tem direito a maior amparo psicológico e físico. Também alegam que o magistrado responsável pela denúncia deve estar em contato direto com as diligências, unido ao procedimento desde sua fase pré-processual.

De acordo com o “Monitoramento da Política judiciária Nacional de enfrentamento à Violência contra as Mulheres”, de competência do CNJ, no ano de 2021, o Brasil registrou o recorde de mais 1 milhão e 200 mil de casos inconclusos de violência doméstica e familiar, com uma taxa de congestionamento de 67%. À vista disso, os dados revelam a busca implacável do judiciária a uma justiça mais célere e eficiente a fim de salvaguardar as vítimas, pois também foram concedidas mais de 400 mil medidas protetivas. Entretanto, é notório que o sistema está superlotado e dados anteriores provam que é recorrente na justiça brasileira.

Assim, apesar da necessidade de um procedimento mais arrojado, que garanta com agilidade as demandas das vítimas de violência doméstica, já que a morosidade pode ser fatal, o Juiz das Garantias não se apresenta como o fator que desencadearia o comprometimento da celeridade processual, pois a gênese da carência de celeridade está no próprio sistema. (LOPES, 2020, p. 221.)

Renato Brasileiro advoga com maestria a aplicação do Juiz das Garantias nesses casos:

Por mais grave e repulsiva que seja toda e qualquer forma de violência doméstica e familiar contra a mulher – e isso não negamos –, não se pode admitir essa crescente e perigosa restrição a direitos e garantias fundamentais nessa seara. ... A pretexto de viabilizar o conhecimento “de toda a dinâmica do contexto de agressão”, nas palavras do Minº Dias Toffoli, poderíamos outorgar ao autor desses delitos, então, um juiz menos parcial? Pensamos que não. (LIMA, 2020, p. 152.)¹¹²

¹¹¹ ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 15/01/2020, p. 32.

¹¹² LIMA, 2020, p. 152.

Dessa forma, o objetivo é afastar qualquer envolvimento do magistrado, que levem a um condicionamento de valores pessoais ou a pré-julgamentos, afastando-o de qualquer risco de tornar o acusado um inimigo, sem salvaguardar seus direitos individuais fundamentais. É claro que a justiça deve afastar a morosidade à proteção física e mental da vítima de violência, mas antes é obrigada a respeitar os valores constitucionais para assim alcançar um julgamento justo e democrático.

5.2.2 O JUIZ DAS GARANTIAS E A JUSTIÇA ELEITORAL

A relação entre Juiz das Garantias e processos criminais de competência da Justiça Eleitoral, antes mesmo de começar foi afastada em decisão do Ministro Luiz Fux. É sabido, que a justiça eleitoral possui particularidades, como por exemplo uma composição legal diferenciada, uma vez que na ocorrência de crimes no âmbito eleitoral, a legislação penal e processual penal será subsidiária ou supletiva.

Em sua decisão, o relator Fux entende que no Brasil, além de possuir uma estrutura de competência diferenciada jurídica e administrativamente, a Justiça Eleitoral não conta com magistrados próprios, fixos e especializados no direito eleitoral, ou seja, eles são “emprestados” de outros seguimentos jurisdicionais.¹¹³

Encerrando, o relator argumenta que por não existir um juiz próprio, há a possibilidade de impedimento do magistrado que atua na esfera estadual em procedimentos criminais que envolvem matéria eleitoral. O que ocasionalmente levaria a violação de princípios basilares da justiça eleitoral, como o da preclusão e celeridade.¹¹⁴

De maneira antagônica aos argumentos acima colocados, Aury Lopes Jr. esclarece que o número de processos criminais de competência da Justiça Eleitoral é claramente inferior a quantidade de demandas processuais dos tribunais estaduais e federais e por isso, o argumento não seria válido ao que se refere a Justiça Eleitoral.¹¹⁵

À vista disso, a inclusão do Juiz das Garantias no sistema jurídico eleitoral seria totalmente viável. Afinal, a nova figura do magistrado não seria prejudicial ao processo decisório, representando um sinônimo de garantia dos direitos fundamentais constitucionais e de maneira nenhuma deve ser seletivo aos ramos da justiça que se aplicará.

¹¹³ ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 15/01/2020, p. 32.

¹¹⁴ ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 15/01/2020, p. 32

¹¹⁵ ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 15/01/2020, p. 32

5.2.3 A RESPEITO DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA ADI 6.298 MC/DF

Antes de iniciar as observações e considerações a respeito do pedido de Inconstitucionalidade formal e material da Lei 13.964/19 na ADI nº 6.298/DF, é mister salientar que o relator Min. Fux entendeu que decidiria tão somente ao tópico da presença ou não de indicadores suficientes que se configurariam vícios formais e materiais, que levariam a constatação do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* na medida cautelar. Logo, o relator não decidiria o mérito da demanda e assim permanece, até o presente ano.

Em caso de inconstitucionalidade formal alega-se um vício de natureza procedimental ou a algum desrespeito a forma de elaboração da norma, aqui, o conteúdo da lei não é tema de objeções. Em caso de inconstitucionalidade formal, ocorre com frequência o conhecido “vício de iniciativa”, em que a competência exclusiva a um projeto de lei é delegada por um autor diferente daquele que a lei determina.

Assim, a ADI 6.298/DF justifica a presumida inconstitucionalidade do Juiz das Garantias no Pacote Anticrime a partir do questionamento: os novos dispositivos do Juiz das Garantias são pertencentes a leis de organização judiciária, art. 96, inciso II da CF, referentes a administração da justiça, ou se estão no plano processual, ou seja, da atuação da justiça. Além disso, os litigantes apontam que os dispositivos do Juiz das Garantias se incluíram ao Projeto do Pacote Anticrime por emenda parlamentar, contudo a Lei 13.964/19 nasce do Poder Executivo, em esfera federal.

O Ministro Fux entende que os novos artigos do Juiz das garantias possuem natureza híbrida, pois o novo dispositivo pressupõe uma reconfiguração do sistema processual penal e seus procedimentos, assim como a modificação de toda a logística dos órgãos criminais brasileiros, sendo necessário uma profunda reforma na organização e no fornecimento de recursos materiais e de recursos humanos. A decisão conclui que existiria uma ofensa ao artigo 96 da Constituição.¹¹⁶

Assim sendo, ao unir as competências privativa da união e exclusiva dos tribunais, por meio de norma geral e organização judiciária, respectivamente, o STF decidiu pela inconstitucionalidade de todos os dispositivos relativos ao Juiz das Garantias na Lei 13.964/19.

Em relação ao teor normativo, ou seja, o pedido de inconstitucionalidade material, o ponto de partida é a comparação da norma com o texto constitucional. Desse modo, em um

¹¹⁶ ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 22/01/2020, p. 19.

primeiro momento, o Ministro analisa a inconstitucionalidade material dos artigos 3º-A ao 3º-F, a partir de dois conjuntos diferentes: “a ausência de dotação orçamentária e estudo de impacto prévios para a implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade”.¹¹⁷

Entende, portanto, que os artigos que dispõe o Juiz das Garantias confrontavam a Carta Maior de 1988 em seus artigos 99, parágrafo §1º, pois não asseguraria a autonomia administrativa e orçamentária ao Poder Judiciário. Em relação, ao art. 169, parágrafo §1º, inciso I, sua infração estaria conectada a necessidade de uma preparação preliminar orçamentária diante do acréscimo de dispêndios da União, Estados e Distrito Federal.

Para muitos operadores do direito, como a AMB e AJUFE, o Juiz das Garantias desembolsaria novas despesas, como também ampliaria as que já existem. Somando-se a ausência da preexistência de um plano financeiro, que prepare o Estado afim de receber adequadamente o novo elemento jurídico, em desacordo ao artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – legitimado pela Emenda Constitucional nº 95/2016, ao Novo Regime Fiscal da União. (Mais adiante, o argumento será ponderado).

Em seu último exame, a respeito da medida cautelar, o Ministro Luiz Fux confere a existência do *fumus boni iuris*, assim como a inconstitucionalidade formal e material do que tange ao novo dispositivo do Juiz das Garantias no Pacote Anticrime. Igualmente, concede o *periculum in mora*, devido o curto período de tempo dado a *vacatio legis* diante da imensa quantidade de mudanças logísticas, financeiras que seriam necessárias para a implantação no cenário Jurídico brasileiro atual, por isso, o objetivo seria o afastamento de efeitos possíveis desarranjos na organização do Poder Judiciário.

Alegou o relator que além dos pormenores financeiros e organizacionais necessárias, o próprio conjunto normativo estaria em desacordo com a Constituição Federal de 1988, o que justificaria a inconstitucionalidade material. Adiciona a decisão, que a aplicação do Juiz das Garantias ocasionaria possíveis danos irreversíveis a própria realização da justiça criminal.¹¹⁸

5.2.4 A INADEQUAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DE CARÁTER POLÍTICO, MORAL E PRAGMÁTICO EM DESFAVOR DA CONSTITUCIONALIDADE DA FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NA LEI 13.964/19

¹¹⁷ ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 22/01/2020, p. 21.

¹¹⁸ ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 22/01/2020, p. 30

Ao se inserir em um sistema democrático, as novas leis não deixam de ser alvos de rejeição e discordância e como visto acima, o Juiz das Garantias não foi uma exceção. Como expressivamente explorado no tópico acima, o Juiz das Garantias na Lei 13.964/19 está longe de ser uma lei perfeita, a exemplo da exceção de sua aplicação as infrações de menor potencial ofensivo, afinal a imparcialidade não é dispensável em contravenções penais, ali a parcialidade também reside. É evidente, que as decisões a respeito de sua implantação também separam o potencial de alcance do novo dispositivo jurídico, ao negar a aplicação aos tribunais superiores.

Entretanto, além das críticas e decisões em desfavor a aplicação do Juiz exclusivo do momento pré-processual, serão explorados, os argumentos de cunho político das ADI's nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. O prisma do presente capítulo, demonstrará que a judicialização da política se apresenta também como um meio de distanciar o direito dos preceitos de um Estado de Direito Democrático e por consequência, constitucional.

Nesse sentido, é importante pontuar que a judicialização da política é a submissão significativa de temáticas socialmente relevantes a tribunais, em especial, os superiores. Ou seja, os magistrados tomam para si o poder de decidir temas que necessitam de um profundo debate político.

Assim, a judicialização funcionaria como um silenciador dos demais poderes, com a consequência direta do ativismo judicial, que cresce raízes dentro do próprio Poder Judiciário, deliberando a partir de preceitos morais, políticos ou econômicos; o ponto de partida para a decisão passa a ser não-jurídico e sim, pessoal. O que ocasiona discricionariedades e ofende a autonomia do Direito.

A grande questão está que no processo decisório, o magistrado possui uma responsabilidade para com a sociedade, que ultrapassa a simples dogmática constitucional, pois os cidadãos devem ter a certeza da segurança jurídica fruto do poder dado aos juízes de decidir, sem estas infringirem o texto constitucional e os direitos e garantias próprios de um Estado Democrático.

A vista disso, as ADI's apresentadas em desfavor da implantação do Juiz das Garantias por meio da Lei 13.964/19, sutilmente revelam que os requerentes intencionam que a Suprema Corte realize uma função além de sua competência. O Ministro Fux reitera que ao decidir favoravelmente a medida cautelar, que “não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado”. O que evidencia a necessidade de um olhar sempre atento a possíveis práticas ativistas no exame de constitucionalidade do Juiz das Garantias.

À luz dessas constatações, observa-se em especial a ADI ajuizada pelos magistrados brasileiros, por meio da AMB e AJUFE na ADI 6.298/DF que chama a atenção pelas variadas razões que entenderam a inconstitucionalidade formal e material do Juiz das Garantias. Como visto anteriormente, alegam: a *vacatio legis* de 30 dias previsto para a aplicação não é um prazo de transição suficiente; defendem que os inquéritos penais não seriam finalizados em prazo razoável, o que poderia ocasionar prescrições, diante do baixo efetivo de magistrados; haveria um desacordo com o art. 24, § 1º da CF, pois o dispositivo prevê determinações tanto de “normas processuais” como também de “normas de procedimento em matéria processual”; exige que o Juiz das Garantias surja de lei derivada de iniciativa dos tribunais, pois modifica as leis de organização judiciária e por fim, alegam que o Juiz das Garantias é incompatível com o princípio do Juiz natural.¹¹⁹(BRASIL, 2020)

Não há dúvidas que a implementação do Juiz das Garantias pressupõe modificações significativas em toda estrutura processual penal, assim como na organização interna dos magistrados. Toda mudança gera desconforto e o novo dispositivo jurídico não seria uma exceção, afinal é corriqueiro ao juiz brasileiro conduzir e transitar livremente em meio as provas pré-processuais. Tudo isso reflete em todos os argumentos pragmáticos-consequencialistas citados ao longo desse trabalho.

Assim, é mister a análise e contrapontos das possíveis inconstitucionalidades citadas na Medida Cautelar na ADI nº 6.298/DF. Portanto, em relação a *vacatio legis* de trinta dias, a própria lei brasileira não impõe uma regra de transição temporal, a própria Constituição não define um período adaptativo às mudanças das leis. Na realidade, o que se compreende implicitamente é uma contraposição política do próprio legislador, em não entregar um prazo maior para que o Juiz das Garantias ocorra.

O pedido não possui base constitucional, a propósito do próprio Ministro Fux que, quanto a questão da *vacatio legis*, entende que o sistema judicial brasileiro em seu todo, contém uma irradiação exponencial de desorganização, logo não é um problema exclusivo do novo dispositivo.

Nessa mesma linha, se evidencia, mais uma vez, o caráter consequencialista/ teleológico do pedido, já que o próprio arcabouço jurídico é utilizado como meio de imposição de pontos

¹¹⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Projeto de Lei nº 5.282, de 2019. Altera o art. 156 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para estabelecer a obrigatoriedade de o Ministério Público buscar a verdade dos fatos também a favor do indiciado ou acusado. Autoria: Senador Antônio Anastásia. Brasília, DF: Senado Federal, 2019a. Disponível em:<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139043>>. Acesso em: 12 maio 2020

de vista políticos, morais ou econômicos¹²⁰. No presente caso, mais uma vez o dispositivo foi suspenso.

Nesse diapasão, ao argumentar que a implantação do Juiz das Garantias levaria a violações dos princípios da razoabilidade e da celeridade processual, como a prescrição, pois o inquérito policial não seria finalizado em tempo hábil, diante da escassez de magistrados disponíveis na justiça. Novamente, a ADI se utiliza de argumentos de feição pragmática, que nada se relaciona a intento constitucional.

A estrutura do Poder Judiciário, não pode ser vinculada a alegação de inconstitucionalidade do Juiz das Garantias. Terminologias como “vai trazer dificuldades” e “o tempo é curto”, nada mais são que argumentos congêneres e nada se relacionam as alegações de violação à direitos e garantias constitucionais.

É importante pontuar, que não se anulam os efeitos estruturais que a introdução do Juiz das Garantias poderá causar a todo o sistema jurídico, atualmente desgastado. Entretanto, diante da presente análise, salienta-se um mandamento explicitado pelo próprio Ministro Luiz Fux, a respeito da concessão de medidas cautelares: o afastamento do STF em decisões de caráter político, ou seja, que determina o que é bom ou não para a sociedade.

Do mesmo modo, os novos dispositivos que impossibilitam o contato do magistrado ao conjunto probatório do inquérito e que delimita funções, competências e impedimentos do Juiz das Garantias foram alvos da ADI. Os requerentes aduzem que o dispositivo são “normas processuais” e não “normas de procedimento em matéria processual”, conforme apregoa a Constituição Federal de 1988. Contudo, apesar dos requerentes aferirem implicitamente, o Juiz das Garantias não preconiza a realização de concursos públicos diferentes dos já existentes ou de regramentos que o segregue dos demais magistrados.¹²¹

Aliás, a criação de novos órgãos judiciais a fim de tornar o Juiz das Garantias aplicável, é totalmente dispensável. A afirmação pode ser inferida do próprio conjunto normativo: os magistrados já em pleno exercício de suas funções, serão reorganizados internamente. Isto é, alguns atuaram como juízes no momento pré-processual e outros, como juízes de julgamento no mesmo processo.

A propósito do tema, o próprio CNJ entende ser plenamente possível que os juízes substitutos desempenhem a função de Juiz das Garantias, visando a diminuição de dispêndios.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020

Da mesma forma, a OAB propõe a atuação de juízes de comarcas próximas como Juiz das Garantias, naquelas comarcas que contam com um único magistrado.

Ademais, em sentido contrário a alegação do Ministro Fux na medida cautelar da ADI n 6.298/DF de que a inovação jurídica “refunda o processo penal brasileiro”. Fica evidente que as adversidades logísticas que hipoteticamente seriam consequências dos remanejamentos processuais entre os magistrados não possuem mais amparo, não na nova realidade tecnológica e globalizada que o Brasil está inserido. Prova disso, é o pleno e eficaz funcionamento da Justiça por meio de autos, audiências, inquéritos e processos virtuais, com o surgimento do Processo Judicial Eletrônico, popularmente chamado Pje.

É claro que para a implantação do Juiz das Garantias deve existir a presença efetiva dos Tribunais. Assim como as normas processuais gerais devem realizar-se dentro dos próprios tribunais, afim de se ajustar à nova realidade normativa-jurídica. É evidente que as modificações estruturais do funcionamento dos órgãos e unidades criminais, nada mais é que uma consequência da renovação processual penal por meio do Juiz das Garantias, afinal o próprio instituto não definiu como será sua efetivação no atual cenário jurisdicional.

A propósito, o art. 3º-E da Lei 13.964/19 se ausenta de definições, remetendo a designação do Juiz das Garantias aos ditames normativos de organização judiciária dos entes políticos.

No que tange a alegação de ofensa ao princípio do juiz natural. Antes, é necessário deixar em evidência os objetivos fundamentais do juiz natural: a exigência de proibição dos juízos de exceção e a nulidade do julgamento não realizado por autoridade competente¹²². A vista disso, o presente princípio intenciona a proteção do acusado de julgamentos extraordinários sentenciados por magistrados convenientemente nomeado e também atua como uma arma constitucional contra decisões de autoridades imparciais. Ou seja, está intimamente de acordo com o Juiz das Garantias, apresentando-se como um aliado ao desenvolvimento do juiz natural, já que ambos compreendem como fundamento a Constituição e o Estado Democrático de Direito.

Na verdade, o princípio do juiz natural, não é contrário à organização de juízos especializados, demasiadamente lançado na justiça brasileira, em especial nas comarcas maiores.

Os juízos extraordinários, *ex post facto*, que o princípio entra em desarmonia são aqueles que operam de maneira *ad hoc*, breve e abusiva, ou seja, os juízos especiais pré-constituídos

¹²² GOMES, Luiz Flávio. **Apontamentos sobre o princípio do juiz natural**. Revista dos Tribunais, [s.l.], v. 703, p. 417-422, maio 1994. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br>>

não se aplicam aqui, nem aqueles que integram o Poder Judiciário aplicando à distribuição antecipada de competências. Percebe-se que estes desempenham seu dever legal a aqueles com competência previamente firmada.¹²³.

Vale lembrar que o princípio do juiz natural protege e explicita diversas noções fundamentais para o bom andamento processual, não excluindo o próprio julgamento. O juiz natural procura a equidade de tratamento entre as partes, resgatar a imparcialidade objetiva, proteger o apenado de possíveis juízos errôneos, preservando a legalidade procedimental processual.

Portanto, as mudanças advindas da introdução do Juiz das Garantias, possibilitam segurança a imparcialidade do julgador e elevam o equilíbrio entre acusação e defesa no processo criminal, primordialmente na fase pré-processual. Afinal, ao agir de ofício o apenado terá uma dupla acusação contra si: o MP, como órgão legítimo de acusação e o próprio juiz contaminado pelo envolvimento probatório.

Ainda a respeito do juiz natural e sua conexão com o Juiz das Garantias; ao observar o momento processual de execução criminal e a figura de um julgador próprio (art. 65 da Lei de Execução Penal)¹²⁴, a divisão entre as funções dos magistrados em diferentes momentos processuais já se faz presente, por isso não pode ser considerada uma inovação processual. Logo, conclui-se que o novo juiz do inquérito não se classificaria como um vício de constitucionalidade.

Assim, ao decidir a medida cautelar na ADI o Ministro Luiz Fux interpreta que a introdução do Juiz das Garantias em outros países, como na América Latina e Europa, não implicaria em real melhora do sistema processual, nem mesmo uma conformidade com o sistema acusatório. Entretanto, a realidade nas nações estrangeiras revela o contrário: o novo Juiz foi uma grande inovação legal, reafirmando os valores democráticos e processuais, como também funciona plenamente, sem grandes dificuldades onde foi implantado.

Ainda a respeito do mérito da alegação do egrégio Ministro Fux, o qual solidifica que as discussões a respeito do novo dispositivo devem levar em consideração seus efeitos e consequências, é conclusivo que tais questionamentos não cabem aos demais poderes e sim ao Poder Legislativo, que entrega respostas legislativas a partir de uma reunião democrática e competente.

¹²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O princípio do juiz natural e sua dupla garantia**. Revista de Processo, [s.l.], v. 29, p. 11-33, jan. /Mar. 1983)

¹²⁴ Art.65, Lei 7.210/1984: A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

Conclui-se, que as dúvidas e questionamentos da capacidade contingencial do Poder Judiciário no Brasil para receber o Juiz das Garantias e o teor da experiência jurídica estrangeira realizada pelo ministro, retorna ao debate a quem é inerente: o Poder legislativo.

Por fim, é necessário que umas análises de decisões, em especial do Judiciário, não sejam fundamentadas em suposições sem cunho legal, mas sim na Constituição Federal de 1988, real objeto primário e fundante do sistema democrático e acusatório. Como também nos pressupostos garantistas, os quais o cumprimento, tem de ser constantemente observados e corretamente aplicados nas decisões dos tribunais e cortes supremas, para que apontamentos de ativismos judiciais, ou de desvios de condutas do órgão julgador mantenham-se distantes do sistema jurídico democrático.

5.3 FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

O caminho do Juiz das Garantias no Brasil, é tortuoso e incompleto. Como se sabe, desde o ano de 2019, quando o polêmico dispositivo renasce, surgem inúmeras críticas e oposições de diversos segmentos jurídicos ao novo juiz. Não obstante, a mais de uma década, com o despontamento do primeiro projeto que trazia o Juiz das Garantias ao cenário processual, a ojeriza ainda era latente, o que levou a sua inaplicabilidade.

De acordo com o advogado e ex desembargador Nereu Giacomolli, no ano de 2011:

Bastou enunciar o intento de ser introduzido no Brasil o juiz de garantias para que vozes roucas acordassem de uma longa letargia medieval, saudosas do ferro e fogo, para que, ideologicamente, denegrissem o instituto, pela sua simples nomenclatura.¹²⁵ (GIACOMOLLI, 2011. p. 307).

Pode-se dizer que o Juiz das garantias é um nascituro estigmatizado pelo próprio sistema que pretende adentrar.

Fato é que a resistência de grupos do Poder Judiciário e seguimentos do MP ao Juiz das Garantias na Lei 13.964/19, dificultam a realização de novas formas de gerir as provas a luz do texto constitucional.

Contudo, não se anula a necessidade de uma reforma estrutural das unidades judiciárias criminais será necessária, afinal o Juiz das Garantias é a maior e mais importante mudança legal que o Brasil encarará, desde o ano de 1941 com a vigência do atual e ainda (defasado) CPP,

¹²⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **Juiz de garantias – um nascituro estigmatizado**. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.) Setenta anos do código de processo penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 307.

contudo o argumento carece de fundamentos e não impede a implementação do elemento jurídico no sistema criminal.

Aliás, um breve olhar ao passado, também realizado no presente trabalho, revelou que a nova tentativa de implantação do dispositivo retrocedeu novamente. O conjunto de diferentes medidas cautelares nas ADI's impetradas por importantes seguimentos do Poder Judiciário, como também a suspensão da decisão do mérito do dispositivo levou ao inevitável adiamento da eficácia do dispositivo nos tribunais.

Apesar das críticas as novas medidas punitivistas do Pacote Anticrime e ao próprio Juiz das Garantias, o último surge na Lei 13.964/19 como um lapso de esperança e de resgate aos valores garantistas e constitucionais no Direito Processual Penal brasileiro. A partir disso, qual seriam as soluções aos principais impedimentos apontados nas ADI's?

O artigo 3º- D, em seu parágrafo único, da Lei 13.964/19 introduz que “nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados [...]”. Para muitos operadores do direito, como a AMB e AJUFE, assim como para o Relator Min. Fux, o sistema de rodízio seria demasiadamente oneroso, pois seriam exigidos novos contratos de agentes públicos, entre outros gastos. Portanto, o motivo da suspensão e inconstitucionalidade do art. 3º-D estaria na afronta ao art. 96 da CF.

Entretanto, as especulações de onerosidade excessiva não se sustentam. Em primeiro lugar, não haveria a necessidade de novas funções ou trabalho novo, mas apenas magistrados que se dividem internamente no mesmo procedimento penal. Na realidade, nada mudará de forma substancial, apenas a função será subdividida no mesmo caso¹²⁶, para que não se confundam e mantenham a imparcialidade preservada.

Aliás, na Justiça brasileira é comum que exista, principalmente em cidades do interior, apenas um magistrado responsável por toda a demanda processual (criminal e cível). Logo, em casos de comarcas contíguas, em que a distância, muitas vezes, é menor que cem quilômetros, a aplicação de rodízios se apresenta como uma solução viável as objeções a implementação do novo dispositivo legal.

Portanto, dado o volume de processos nas comarcas que esses juízes já atuam, seria correto a aplicação de distribuição cruzada para o Juiz das Garantias, pois já é um artifício utilizado no sistema processual brasileiro e não haveria a necessidade de complementar o

¹²⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-19/crime-castigo-juiz-garantias-te-fabula-narratur>. Acesso em: 10 mai, 2022.

quadro com novos magistrados por meio de concurso público. Portanto, o argumento de dispêndios públicos a fim de custear as despesas advindas do ingresso de novos juízes, mediante concurso público e demais logísticas físicas e materiais ao Poder Judiciário não é cabível.

Além disso, é perfeitamente possível que o juiz substituto também atue como magistrado responsável pela fase de instrução, em procedimentos que o Juiz Titular da comarca é oficiado para o momento pré-processual, ou seja, atuando como Juiz das Garantias. Caso haja essa necessidade, também serão observados os princípios constitucionais a nele inerentes, a exemplo do Juiz Natural e da Imparcialidade. Logo, as soluções são muitas, o que torna pueril o argumento contrário ao rodízio de magistrados.

Entre os tantos pontos contra a implementação do Juiz das Garantias, foi recorrente entre as ADI's, o discurso da possível morosidade nas decisões diante da existência de mais um juiz responsável pelo mesmo feito. Primeiramente, a Justiça brasileira não é a mesma de 20 anos atrás e os avanços tecnológicos, como o Processo Judicial Eletrônico, revolucionaram a maneira de “se fazer justiça”.

O primeiro marco legal do peticionamento eletrônico ocorreu por meio da Lei 11.419/06. No campo penal, com a modificação do art. 405, § 1º do CPP com a Lei 11.719/2008 firmou-se a importância e implementação gradativa de novos meios tecnológicos à Justiça. No inquérito penal, as primeiras iniciativas de inquérito policial eletrônico iniciaram-se, efetivamente, em 2016, por meio de projetos quase sincrônicos no Estado de São Paulo, difundindo-se ao Goiás, Distrito Federal Paraná e Ceará, os quais previam acusação e defesa acompanhar e atuar no inquérito, em tempo real, sem a necessidade de locomoção a delegacia para a realização de diligências ou consultas processuais, a partir de um referencial de segurança muito superior em comparação aos processos físicos.¹²⁷

Dessa maneira, a possibilidade de atuação virtual não leva mais em consideração questionamentos de “onde” ou “como”, mas sim “quando”, ou seja, a temporalidade é o referencial da nova justiça.

Assim, pode-se dizer também, que a ausência de dois ou mais magistrados na comarca ou subseção judiciária, não se configura como inviabilidade material. Afinal, o alto investimento financeiro para o que se conhece por PJe, possibilita que outros juízes atuem em

¹²⁷ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; ORTIZ, Luiz Fernando Zambrana. **Inquérito Policial Eletrônico: tecnologia, garantismo e eficiência na investigação criminal**. In: GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de (Coord.). Estudos contemporâneos de polícia judiciária. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 83-96.

comarcas ou subseções que apenas um julgador opere.¹²⁸ Ainda assim, no caso da implementação do Juiz das Garantias, por meio eletrônico seria realizável por meio da fundação de centrais virtuais de inquiridos em comarcas maiores, que abarcariam para si as comarcas de menor porte.

No que tange aos dispêndios para a realização do Juiz das Garantias, frente a “falta” de juízes observa-se que o fundamento do argumento utilizado nas ADI’s, nada se relaciona a um arcabouço teórico jurídico, mas em bases principiológicas e dogmáticas. Afinal, o custo para o deslocamento de processos seria praticamente nulo, pois os meios de malote eletrônicos, como facilitariam sua realização não onerosa. Somando-se à redução de gastos orçamentários aos defensores públicos, advogados, membros do MP e demais agentes públicos presentes durante os atos processuais.

Além disso, aos motivos do veto ao § 1º, ao art. 3-B, a videoconferência é ferramenta apta a Justiça (STJ, RHC 77.580), o que revela ser viável a realização dos atos aptos a figura do Juiz das Garantias. A videoconferência se configura como inovação tecnológica em prol de uma justiça processual penal justa e não onerosa, indo de acordo com a salvaguarda de direitos e garantias presentes na Constituição.

A título de exemplo, no que se refere a ferramentas virtuais no processo penal, a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Mato Grosso ao analisar a implantação da digitalização do inquirido policial eletrônico no Estado, confirmou ganhos extremamente positivos à Justiça. Os dados levantados, em julho de 2019, apontaram que o gasto para o implemento virtual dos inquiridos policiais, custou 3 milhões de reais aos cofres públicos – incluídos os equipamentos, como assinaturas digitais, leitores biométricos e discos de armazenamento – entretanto, cerca de 2 milhões de reais são economizados por ano, somente com a ausência de dispêndios com papéis, combustível e impressões. Logo, em menos de dois anos, todo o investimento foi recuperado.¹²⁹

Assim, os gastos resultantes da modificação do aparelhamento jurídico se mostram justificáveis frente aos gastos exorbitantes com gratificações por acúmulo de função, auxílios de moradia, entre outros que caminham livremente na Justiça brasileira. Com efeito, a realização de novas tecnologias nos inquiridos e demais fases processuais apoiam-se na confirmação de direitos fundamentais constitucionais.

¹²⁸ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/ney-bello-juiz-garantias-avanco-necessario>. Acesso em: 18 mai, 2022.

¹²⁹ ESTADO DO MATO GROSSO. **O inquirido policial eletrônico vai gerar economia anual de R\$ 2 milhões**. Secretaria de Estado de Segurança Pública (SESP), 2019. Disponível em: <http://www.sesp.mt.gov.br/-/inquerito-policial-eletronico-vai-gerar-economia-anual-de-r-2-milhoes> acesso dia 24 de fevereiro de 2020

Vale salientar, que o Juiz das Garantias não é sequer uma novidade no cenário jurídico brasileiro. A mais de 30 anos, a Comarca Central do Estado de São Paulo se tornou um exemplo de inovação jurídica que elevou os padrões de imparcialidade dentro da fase pré-processual ao designar os inquéritos aos magistrados do Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO) e a partir disso, os demais atos, seriam responsabilidade de um juiz diferente, ocupante das Varas criminais da capital. A função inicialmente exposta, muito se assemelha com o Juiz das Garantias previsto na Lei 13.964/19.

Fato semelhante ocorre desde de 2008 no Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA), em que se criou uma vara específica na condução dos inquéritos policiais. Assim como em São Paulo, as decisões investigativas, como prisões cautelares, buscas e apreensões, entre outras, são de competência exclusiva da 1ª Vara Penal de Inquéritos Policiais, em Belém. Em ambos os casos, o magistrado pré-processual, não invade a ceara do processo penal propriamente dito, não emitindo sentenças condenatórias ou de absolvição.¹³⁰

Apesar da decisão de suspensão dos efeitos da aplicação do Juiz das Garantias na Lei 13.964/19 pelo Supremo Tribunal Federal, a suspensão não alcançou as comarcas de São Paulo e Belém. Evidencia-se, novamente, que a inconstitucionalidade formal impetrada nas inúmeras ADI's contrárias ao Juiz das Garantias, não se sustentam, a exemplo da eficiência e organização das comarcas de São Paulo e Belém.

São muitos os questionamentos jurídicos que levam a crer que a implantação seria inviável, contudo as respostas estão nos próprios imperativos constitucionais. Assim, entre os operadores do direito, a dúvida em relação aos processos pendentes, com a entrada em vigor do Juiz das Garantias é respondida pelo próprio art. 2º do CPP: “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Ou seja, no que tange às ações penais em curso - estejam elas, em primeiro grau, nos tribunais, no STJ ou no STF - aquele que deferiu alguma medida durante a fase de investigação, seja ele Juiz, Desembargador ou Ministro, não está mais apto para julgá-lo. permanecendo como juiz para a instrução até a sentença, com o processo encaminhado ulteriormente para outro Magistrado, para que seja o substituto legal, devidamente sorteado.

Por último, a dúvida que permeia as audiências de custódias e o Juiz das Garantias se tornou polêmica com o vetado art. 3º-B, § 1º da Lei 13.964/19, a qual previa:

O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério

¹³⁰<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-01/para-e-sao-paulo-tem-mecanismo-semelhante-ao-juiz-de-garantias>.

Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.

Apesar de novos dispositivos legais, o caput do art. 310 do CPP também determina funções semelhantes a esse juiz. Não obstante, o juiz da audiência de custódia, determinado por Lei de Organização Judiciária, estaria impedido de ser também o juiz da mesma causa em que atuou anteriormente.

Dessa forma, o Juiz das Garantias longe de ser uma criação tupiniquim, representa uma nova e bela roupagem ao sistema que está inserido.¹³¹ Além de dividir a função entre acusar e julgar, trazendo equilíbrio entre os polos do processo, o novo dispositivo representa a fundamental proteção da imparcialidade do magistrado, sem esse princípio, o processo perde a razão de ser. Em verdade, a existência do Juiz das Garantias é um sinônimo de avanço civilizatório, pois com ele, aqueles que estão sob o condão do Estado não terão seus direitos individuais e fundamentais, mitigados ou suprimidos.

6 CONCLUSÃO

O instituto do Juiz das Garantias na Lei nº 13.964/2019 surge como um feixe de luz frente o desalento que recentemente transpõe o sistema processual brasileiro, sendo visto como tão significativo quanto as modificações do Código de Processo Penal em 2008.

Ainda que existam inúmeras precauções, diante da natureza punitivista do Pacote Anticrime, é concludente que a novidade legislativa do Juiz das Garantias orna toda a organização processual penal às referências garantista-constitucionais.

À vista disso, o ato central do Pacote Anticrime chega para transformar significativamente todo o espectro processual ao aproximar abertamente o sistema acusatório brasileiro, já excluindo elementos em desacordo com a nova realidade e dando ensejo para a reparação de dispositivos inquisitórios persistentes na legislação processual penal.

Aliás, resta clara a inevitabilidade do remodelamento do sistema processual penal brasileiro, que se revela defasado diante do novo arcabouço interpretativo constitucional e das reais carências da dinâmica da realidade jurídica brasileira.

O Juiz das Garantias, então, apresenta-se como uma ferramenta de ratificação do garantismo de Luigi Ferrajoli, por tantas vezes, rodeado de discricionariedades processuais.

¹³¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/ney-bello-juiz-garantias-avanco-necessario>. Acesso em: 18 mai, 2022.

Portanto, o “Juiz do inquérito” carregará em si, a certeza de que em um Estado Democrático de Direito o primordial imperativo da incorporação das normas de acordo com o ditado na atual Constituição.

Dessa maneira, ao observar as dimensões dos princípios constitucionais que alimentam o Juiz das Garantias, o devido processo legal, que funciona como um super princípio, fortalece o processo de maneira determinante. Proporciona ao acusado diversas maneiras de defesa diante do domínio repressor do Estado-Juiz, tomando para si o que lhe é de direito: a segurança basilar para que exista o convencimento de uma decisão íntegra e imparcial

Contudo, constatou-se ao longo do trabalho, a existência de alguns equívocos legislativos na Lei nº 13.964/2019, que devem ser realinhados para sejam cumpridos todos os objetivos do revolucionário Juiz das Garantias.

É inquestionável que a execução do Juiz das Garantias na justiça criminal brasileira provoca uma profunda mutação logística, novos dispêndios, ou o aumento dos que já existem, um sistema judiciário repaginado para a direção e harmonização do juiz da fase pré-investigativa, em especial no caso de rodízio dos magistrados.

Ademais, o Juiz das Garantias também funciona como um regulador da própria legalidade, um princípio básico do processo e do Estado Democrático. Observa-se que o Juiz das Garantias aparece como uma maneira de proteger o cidadão de injustiças do Estado, por isso qualquer conduta que prive algum direito individual, como por exemplo o direito liberdade e privacidade na fase pré-processual, será atentamente analisada pelo Juiz da instrução.

Postas essas observações, procurou-se detalhar os pormenores normativos, como também as principais objeções da ADI 6.298/DF, controvérsias da inversão de discussão de temas políticos, de competência social e legislativa para o poder judiciário, como também maneiras de implementação do novo dispositivo a realidade brasileira.

A respeito do tema, inúmeras argumentações declaradas nas ADI's 6.298, 6.299 e 6.300 e 6.305 tentam minar o mérito do Juiz das Garantias a partir de noções políticas e morais sobre a conveniência do instituto. Temas pragmático-consequencialistas não devem ser considerados como inconstitucionais, pois há o risco de se trivializar a jurisdição constitucional, viabilizando a percepção de que a inconstitucionalidade é vinculada as inspirações pessoais do próprio intérprete.

Ainda a respeito das controvérsias apresentadas ao Juiz das Garantias, a opção política de não proporcionar um tempo razoável de transição para a introdução do Juiz das Garantias, não há sustentação jurídica para imputar inconstitucionalidade ao novo elemento jurídico, que vem para ratificar os imperativos do constituinte originário e acusatório.

No que tange a irreal ofensa ao princípio do juiz natural, foi visto que, na realidade, este representa um importante auxílio à preservação da imparcialidade.

Uma observação atenta revela que muitas alegações utilizadas nas ADI's detêm intrínseca relação com opiniões pessoais dos grupos impetrantes, no que consentem ser justo ou adequado na ceara processual penal. Firma-se, novamente, que não cabe a vontade pessoal assentar-se como alicerce para a deturpação de meios jurídicos que tem como fim a ratificação da norma fundamental.

Em suma, o Juiz das Garantias é muito simples, ele apenas procura assegurar uma distância segura entre o magistrado e o conjunto probatório do processo, em especial no momento pré-processual. Afinal, o Juiz não é um ser mítico, ou um Hércules, mas acima de tudo, é humano, demasiadamente humano.

O que leva a crer que a contaminação subjetiva e objetiva do julgador por meio de processos psicológicos complexos, como demonstrado na dissonância cognitiva, ou efeito primazia, revela-se natural, diante da natureza humana. O que não pode acontecer é um direito sem autonomia e longe dos preceitos democráticos, garantistas e constitucionais necessários em um processo, os quais o Brasil se comprometeu desde o dia 5 de outubro de 1988, por meio da Constituição Federal. É por isso, que Juiz das Garantias representa a honra ao alicerce do processo: a imparcialidade do julgador.

Portanto, após observadas ao longo de profunda observação dos fundamentos, história, dificuldades e maneiras de implementação, compreende-se a relevância e magnitude da implementação do Juiz das Garantias no Brasil.

Trata-se de um novo elemento processual que detém em seu fundamento o compromisso de tutelar as garantias e direitos constitucionais do investigado durante todo o trâmite processual penal. Desse modo, os direitos do apenado serão salvaguardados e o passado inquisitorial será silenciado por garantias e direitos que são inerentes a uma sociedade democrática e com fortes alicerces constitucionais.

Por fim, entende-se que o sistema acusatório e o Juiz das Garantias andam de mãos dadas com o Estado Democrático de Direito. O Juiz das Garantias será para o processo criminal brasileiro uma modificação que, como em outros países, será profundamente positiva para um Poder Judiciário mais efetivo, coerente, honesto e fundamentalmente, imparcial. Não só na teoria, mas também na prática.

REFERÊNCIAS

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 8 abr. 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019. Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009**. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 07/10/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22/01/2020. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 22/04/ 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília,

15/01/2020.

Disponível

em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5840274>>. Acesso em: 17/11/ 2020.

_____- ESTADO DO MATO GROSSO. **O inquérito policial eletrônico vai gerar economia anual de R\$ 2 milhões**. Secretaria de Estado de Segurança Pública (SESP), 2019. Disponível em: <http://www.sesp.mt.gov.br/-/inquerito-policial-eletronico-vai-gerar-economia-anual-de-r-2-milhoes> Acesso em: 24/05/2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial**: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: *Processo Penal, Constituição e Crítica: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional nº 89 de 2015**. Altera a Constituição Federal para dispor sobre a reforma do sistema de persecução penal e dá outras providências.

Disponível

em:

<

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1570777>>.

Acesso em: 10/05/2022.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Notas Introdutórias ao PLS nº 156 – Projeto de Código de Processo Penal**. In Alves, Leonardo Barreto Moreira; Araújo, Fábio Roque (Coord.). *O Projeto do Novo Código de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2012.

CASARA, Rubens R.R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. ampl., e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FILHO, Ney de Barros Bello *et al.* CRIME E CASTIGO: Juiz das garantias: de te fabula narratur. **Consultor Jurídico**, ConJur, 19 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-19/crime-castigo-juiz-garantias-te-fabula-narratur>. Acesso em: 13 maio 2022.

FILHO, Ney de Barros Bello. Juiz das garantias: avanço necessário!. **Consultor Jurídico**, ConJur, 3 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/ney-bello-juiz-garantias-avanco-necessario>. Acesso em: 13 maio 2022

FALCONE, Roberto A., **El Principio Acusatorio – El Procedimiento Oral en la Provincia de Buenos Aires y en la Nación**, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 4ª ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basocoe Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho Procesal Penal**. Bosch: Barcelona, 1934.

GOLDSCHMIDT, James **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte : Lider, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juiz de garantias – um nascituro estigmatizado**. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.) Setenta anos do código de processo penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Apontamentos sobre o princípio do juiz natural**. Revista dos Tribunais, [s.l.], v. 703, p. 417-422, maio 1994. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 10/04/2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: ForenseUniversitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O princípio do juiz natural e sua dupla garantia**. Revista de Processo, [s.l.], v. 29, p. 11-33, jan. /Mar. 1983.

JURÍDICA, Agência. **Pará e São Paulo têm mecanismo semelhante ao juiz de garantias: Magistrado atua na investigação, mas não profere sentença**. AgênciaBrasil, [S. l.], p. 000, 27 jan. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-01/para-e-sao-paulo-tem-mecanismo-semelhante-ao-juiz-de-garantias>. Acesso em: 14 abr. 2022.

KHALED JR, Salah H. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?. **Civitas-Revista de Ciências Sociais**, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010.

LAGE, Lívia Barros; RIBEIRO, Ludmila. **Juiz de garantias: rumo à acusatorialidade no processo penal brasileiro?: Adoção representa uma oportunidade de finalmente democratizar e constitucionalizar o processo penal brasileiro**. Jota, Jota, 14 fev. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/judiciario-e-sociedade/juiz-de-garantias-rumo-a-acusatorialidade-no-processo-penal-brasileiro-14022020>. Acesso em: 20 abr. 2022

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

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

MAYA, André Machado. **O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, a. 17, n. 24, p. 06-07, Nov. 2009

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O Supremo Tribunal Federal e o sigilo no inquérito policial. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 28/05/2022.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; ORTIZ, Luiz Fernando Zambrana. **Inquérito Policial Eletrônico: tecnologia, garantismo e eficiência na investigação criminal**. In: GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de (Coord.). **Estudos contemporâneos de polícia judiciária**. São Paulo: Editora LTr, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**. 1 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRADO, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Vol. 122, agosto 2016.

RAMIREZ, Germán Echeverría. **Imparcialidad del tribunal oral en lo penal: Tras la conquista de la garantía.** In: Rev. Derecho (Valdivia). v. 23, jul. 2010. p. 269-310. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502010000100012.

Acesso em: 10/04/2022.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 12^a, ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SAAD, Marta. **Exercício do direito de defesa no inquérito policial.** Boletim IBCCRIM n° 166, Setembro – 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo.** 1. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale.** 11^a ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro.** 3^aed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. **O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* v. 119, mar./abr., p. 201-240, 2016. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015a498621ba33307cb7&docguid=If9f021e010e811e682c30100000>

00000&hitguid=If9f021e010e811e682c3010000000000&spos=3&epos=3&td=4&context=84
&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&sta
rtChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20/05/2022.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.