

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O JUIZ DAS GARANTIAS NO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

Luís Felipe Pantarotto Remelli

Presidente Prudente/SP

2020

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O JUIZ DAS GARANTIAS NO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO**

Luís Felipe Pantarotto Remelli

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP

2020

O JUIZ DAS GARANTIAS NO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito
parcial para a obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos

Matheus da Silva Sanches

Marcelo da Silva Martins Pinto Gonçalves

Presidente Prudente, 20 de novembro de 2020.

“Não basta que todos sejam iguais perante a lei. É preciso que a lei seja igual perante todos.”

Salvador Allende

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus pela dádiva da vida. Aos meus pais, figuras basilares da minha trajetória, pelo exemplo, amor e apoio. À avó Neide, “minha linda”, por tudo. Aos irmãos e familiares, pelo companheirismo. Aos amigos e amigas, pela convivência.

Agradeço ao meu orientador e professor, Dr. Jurandir José dos Santos, pela condução do trabalho e pelos valiosos ensinamentos. Ao meu padrinho, Dr. José Ricardo Narciso de Souza, advogado, pela minha primeira experiência como estagiário. Ao professor Dr. Francisco José Dias Gomes, juiz de direito, pela experiência como estagiário na 2ª Vara da Comarca de Pirapozinho. Ao Dr. Marcelo da Silva Martins Pinto Gonçalves, promotor de justiça, pela experiência que venho tendo como estagiário na 1ª Promotoria de Justiça de Pirapozinho. À supervisora de monografias, Carla Destro, pela motivação no início do projeto. Aos pretéritos e presentes professores, sem os quais nada disso seria possível.

Aos que de alguma forma contribuíram, deixo meu muito obrigado.

RESUMO

Através deste estudo, foi possível em um primeiro momento realizar uma análise sobre a historicidade do sistema processual penal no tocante aos modelos inquisitório, acusatório e misto, traçando um panorama quanto às suas características, críticas e reflexos no ordenamento jurídico, bem como tratar das nuances do sistema persecutório brasileiro e a atuação e funções do magistrado no processo penal brasileiro. Além disso, tendo em vista as novidades trazidas pela Lei 13.964 de 2019 (pacote anticrime), quais sejam a implementação do sistema acusatório, bem como a “nova” figura do juiz das garantias, fez-se necessário analisar e elencar quais foram as principais mudanças no sistema penal brasileiro, bem como comentar as discussões e questionamentos concernentes ao tema, inclusive no que se refere à medida liminar concedida que suspende a eficácia de alguns dispositivos da lei supramencionada. Superada esta parte, o presente estudo buscou observar a figura do juiz das garantias sob o prisma do direito comparado, principalmente no que diz respeito às decisões proferidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, bem como a legislação estrangeira que implementa esta figura em seus respectivos ordenamentos, como por exemplo países como Itália, Portugal, França, etc. Por fim, o ponto primordial da pesquisa científica foi o estudo dos impactos do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, quais as motivações e fundamentos da implementação deste instituto, e quais as críticas, argumentos contrários e favoráveis no que diz respeito ao instituto. Em paralelo, o trabalho levanta questionamentos acerca da Teoria da Dissonância Cognitiva como justificativa para a implementação do juiz das garantias, além de outros pontos como a inconstitucionalidade, a necessidade, a viabilidade, a coerência e a adequação do instituto. Vale ressaltar, entretanto, que o estudo não buscou em momento algum demonstrar-se como contrário ao garantismo penal, que é imprescindível, mas apenas e tão somente analisar a figura do juiz das garantias sob o aspecto técnico e acadêmico.

Palavras-chave: Processo Penal Brasileiro. Juiz das Garantias. Direito Estrangeiro. Aspectos Polêmicos.

ABSTRACT

Through this study, it was possible at first to carry out an analysis on the historicity of the criminal procedural system with regard to the inquisitorial, accusatory and mixed models, outlining a panorama as to its characteristics, criticisms and reflexes in the legal system, as well as dealing with the nuances of the Brazilian persecutory system and the role and functions of the magistrate in the Brazilian criminal process. In addition, in view of the novelties brought by law 13.964 of 2019 (anti-crime package), which are the implementation of the accusatory system, as well as the “new” figure of the guarantees judge, it was necessary to analyze and list which were the main changes in the Brazilian penal system, as well as comment on the discussions and questions concerning the topic, including with regard to the preliminary injunction granted that suspends the effectiveness of some provisions of the aforementioned law. Having overcome this part, the present study sought to observe the figure of the guarantor under the prism of comparative law, mainly with regard to the decisions issued by the European Court of Human Rights, as well as the foreign legislation that implements this figure in its respective order, such as countries such as Italy, Portugal, France, and others. Finally, the main point of scientific research was the study of the impacts of the judge of guarantees on the Brazilian legal system, what are the motivations and fundamentals of the implementation of this institute, and what are the criticisms, contrary and favorable arguments with regard to the institute. In parallel, the work raises questions about the Theory of Cognitive Dissonance as a justification for the implementation of the judge of guarantees, in addition to other points such as the unconstitutionality, the need, the viability, the coherence and the adequacy of the institute. It is noteworthy, however, that the study did not seek at any time to demonstrate itself as contrary to the penal guarantee, which is essential, but only and only to analyze the figure of the judge of guarantees under the technical and academic aspect.

Palavras-chave: Brazilian Criminal Procedure. Guarantee Judge. Foreign Law. Controversial Aspects.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AJUFE	Associação dos Juizes Federais do Brasil
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
Art.	Artigo
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CONAMP	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
CP	Código Penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
JECRIM	Juizado Especial Criminal
Min.	Ministro
MP-SP	Ministério Público do Estado de São Paulo
PSL	Partido Social Liberal
STF	Supremo Tribunal Federal
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	12
2.1 Sistema Inquisitório	12
2.2 Sistema Acusatório	13
2.3 Sistema Misto	14
3 O SISTEMA BRASILEIRO	15
3.1 O Sistema Processual Penal Brasileiro Após a Lei 13.964/19	16
3.2 O Magistrado no Processo Penal Brasileiro	18
3.2.1 A imparcialidade do Juiz	19
3.2.2 A busca da Verdade	20
3.2.3 Juiz Natural	21
4 PACOTE ANTICRIME E O “NOVO” JUIZ DAS GARANTIAS	23
4.1 Conceito do Instituto	23
4.2 Competência do Juiz das Garantias	24
4.3 Suspensão da Eficácia pelo Supremo Tribunal Federal	25
5 JUIZ DAS GARANTIAS E A JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA	28
5.1 Caso Piersack vs. Bélgica (1982)	28
5.2 Caso De Cubber vs. Bélgica (1984)	29
5.3 Caso Hauschild vs. Dinamarca (1989)	30
5.4 Caso Castillo Algar vs. Espanha (1998)	30
6 O JUIZ DAS GARANTIAS À LUZ DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA	33
6.1 Juiz das Garantias em Portugal	34
6.2 Juiz das Garantias na Itália	35
6.3 Juiz das Garantias na América do Sul	35
6.4 Juiz das Garantias na França	35
7 APONTAMENTOS E QUESTIONAMENTOS ACERCA DO TEMA	37
7.1 Teoria da Dissonância Cognitiva como Justificativa de Implementação do Juiz das Garantias no Brasil	37
7.2 (In)constitucionalidade Formal e Material do Juiz das Garantias	42
7.3 (In)viabilidade do Juiz das Garantias	46
7.4 (Des)necessidade e (In)coerência	48
7.5 (Im)parcialidade do Juiz das Garantias	52
7.6 (In)adequação do Instituto	54
8 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a aprovação da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, vulgo “pacote anticrime”, trouxe inúmeras alterações no Código Penal, Código de Processo Penal e Leis Extravagantes. Com isso, os operadores do direito passam a buscar entender e analisar os institutos trazidos pela lei.

Dentre as diversas transformações, merecem atenção especial principalmente no que toca à implementação expressa do sistema acusatório no sistema processual penal brasileiro, bem como da figura do juiz das garantias na persecução penal, pois sem dúvidas foram as alterações mais polêmicas e de maior impacto no nosso sistema.

Surgem então diversas dúvidas que circundam a matéria, fazendo-se necessária a análise acerca dessa nova vertente que o processo penal passa a assumir. Cabe lembrar, no entanto, que não tão recente é a figura do juiz das garantias, tendo em vista que vem sendo debatida desde 2009 com o anteprojeto do novo Código de Processo Penal.

Com isso, diversas são as questões que norteiam os debates sobre o tema: Qual era o sistema realmente adotado antes do advento da lei? Quais os reflexos de se implementar expressamente o sistema acusatório? Como o juiz deve atuar no processo penal? Há revogação tácita de outros dispositivos pertinentes? Como será a persecução penal a partir do implemento destes institutos? É constitucional? É viável economicamente falando? Quais os reflexos esperados na casuística concreta? O instituto do juiz das garantias é realmente necessário? É coerente com o nosso ordenamento jurídico?

Tamanhas foram a relevância e discussão, que ainda neste ano de 2020 foi concedida uma medida liminar pelo Supremo Tribunal Federal referente à quatro ações diretas de inconstitucionalidade que questionavam os dispositivos que tratam do sistema acusatório e do juiz das garantias, suspendendo-se por meio desta medida a eficácia destes dispositivos, o que torna ainda mais mister o estudo sobre a temática.

Decorrente disso, a partir do método dedutivo-indutivo, o presente estudo busca analisar a historicidade dos sistemas processuais penais, em especial como ocorria, ocorre e ocorrerá no país após o implemento dos institutos, e além disso, traçar um panorama acerca das mudanças ocasionadas pelas novidades que

circundam o sistema acusatório implementado e o juiz das garantias, que por ora estão com a eficácia suspensa. Além disso, como é de suma importância, o presente trabalho buscará tratar do tema sob o aspecto internacional, trazendo a maneira como o instituto do juiz das garantias é implementado em outros países, bem como a maneira como é tratado na jurisprudência europeia.

Visa também o presente elencar os principais questionamentos sobre a implementação do juiz das garantias, realizando uma abordagem sobre a constitucionalidade dos dispositivos, a real necessidade e viabilidade da introdução do instituto no nosso sistema, bem como analisar a dialeticidade da teoria da dissonância cognitiva no viés do juiz das garantias, entre outros aspectos polêmicos e discutidos.

Insta também salientar que o tema é de grande amplitude, discussão, relevância e recentidade, o que por óbvio faz com que seja impossível chegar a uma conclusão tida como a correta. Afirmamos, de antemão, que o trabalho não é contrário à implementação de institutos que visem maior garantia e tutela das garantias individuais, mas sim busca-se promover uma análise do ponto de vista técnico sobre o tema, as incoerências do instituto e as repercussões na prática forense.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A historicidade nos traz diversos “modelos” de persecução penal e sistemas processuais penais. Portanto, é de suma importância que analisemos suas origens, quais suas principais características, como o juiz exerce suas funções em cada um deles, e quais as problemáticas decorrentes de cada sistema.

2.1 Sistema Inquisitório

Tendo origem no Direito Canônico, o sistema inquisitivo diferiu-se no tempo, embora de notória contrariedade aos direitos e garantias fundamentais, uma vez que “tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor” (LIMA, 2019, p. 40).

É evidente que concentrar as funções de acusar, defender e julgar na mesma pessoa não traria bons resultados. Como se verá adiante, o sistema persecutório é regido por princípios e garantias, os quais são incompatíveis com o sistema inquisitivo.

Aury Lopes Jr (2019, p. 156) esclarece acerca do tema:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

Tal incompatibilidade com as garantias fundamentais é gritante, uma vez que “no sistema inquisitorial, o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos. Na busca da verdade material, admitia-se que o acusado fosse torturado para que uma confissão fosse obtida” (DE LIMA, 2019, p. 41).

Fica claro, portanto, que o sistema inquisitivo é uma ofensa à ordem jurídica, indo em direção totalmente oposta às garantias fundamentais. Não havendo qualquer fundamento para que se impere tal sistema.

2.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório, de mais atualidade e decorrente do próprio Estado Democrático de Direito¹, é trazido pela Constituição Federal de 1988, uma vez que distribui atribuições distintas às funções de acusar, defender e julgar. Além disso, com o advento da nova Lei 13.964/2019 que alterou o Código de Processo Penal, embora com a eficácia suspensa, passa a ser expressamente adotado o sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, assunto que será tratado adiante em capítulo específico.

Portanto, a partir desse cenário, ao juiz cabe julgar, ao defensor (constituído ou dativo) cabe exercer a defesa, e ao Ministério Público lhe é dado o atributo de acusar (em regra, nos casos de ação penal pública). Quanto à investigação, cabe esta em regra à autoridade policial, com a possibilidade desta se dar pelo Parquet², tema este distante do abordado pelo presente trabalho.

Ao passo que o juiz inquisidor atuava de forma mais ativa na ação penal, na produção de provas, denotava parcialidade e excessividade de poderes e atributos, causando total disparidade de armas, o sistema acusatório surge como um “remédio” para tais infringências aos direitos e garantias fundamentais. O que era sigiloso e unilateral, passa a ser dotado de publicidade, oralidade, contraditório, fortificando a proteção jurídica do investigado/acusado, vez que “é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive” (LOPES JR., 2019, p. 48).

Sabe-se que o sistema inquisitório e acusatório são, portanto, antagônicos entre si, e Ferrajoli (2006, p.518) muito bem tece sobre as características e diferenciações acerca:

São características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento. Lado outro, são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução.

¹ Estado que visa a proteção jurídica do cidadão, poder emanado do povo, respeito aos direitos e garantias fundamentais, direitos humanos e liberdades civis.

² Denominação histórica atribuída ao Ministério Público.

O juiz, portanto, passa de um figurante parcial para um sujeito externo ao processo, passando a vigorar como regra o “*ne procedat iudex ex officio*”, cabendo às partes, portanto, a iniciativa não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção da prova” (LOPES, 2019, p. 48).

Como será tratado e analisado adiante, uma vez instituído o sistema acusatório, atos que antes eram permitidos que fossem praticados pelo juiz de ofício, não mais serão aceitos, como por exemplo a decretação da prisão preventiva, além de demais atos instrutórios.

2.3 Sistema Misto

Com origem no Direito Francês³, o sistema misto une características dos dois sistemas anteriores, fazendo a divisão entre a fase processual e a fase pré-processual.

Sobre a sua definição e características, Renato Brasileiro (2019, p. 43):

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade.

Neste sistema, portanto, continuam divididas as funções de acusar, defender e julgar, mas o debate surge quando se fala no sistema processual penal brasileiro. Por um tempo considerou-se que o Brasil adotava o sistema misto, o que era criticado por alguns nomes do direito. No entanto, como se verá adiante, por conta da inovação legislativa trazida pelo pacote anticrime, embora o dispositivo esteja com a eficácia suspensa, não restam mais dúvidas sobre qual o sistema adotado, o que ensejou diversas mudanças na persecução penal e na atuação do magistrado.

³ Código Napoleônico de 1808.

3 O SISTEMA BRASILEIRO

Após tratar dos sistemas processuais penais existentes, suas origens, características, problemáticas, é de grande importância identificar qual sobressai no ordenamento jurídico brasileiro.

Por muito tempo não houve expressamente a adoção de nenhum sistema no Brasil, ficando a par dos operadores do direito classificar em qual dos sistemas o país mais se enquadra, tendo como parâmetro as disposições legais.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 43) explicita bem a discussão:

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório.

É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro. De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Toma-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988.

Uma primeira corrente ganha força com uma parcela maior da doutrina, adotando o entendimento de que se predominava no Brasil o sistema acusatório, diante da previsão constitucional acerca da divisão das funções de acusar, defender e julgar.

Em uma visão constitucionalista, amparada pela hierarquia das normas constitucionais sobre as normas infraconstitucionais, há a prevalência das normas de caráter constitucional sobre o Código de Processo Penal, restando inevitável o reconhecimento do sistema acusatório pelo seu cunho constitucional.

Por outro lado, adotando entendimento diverso, há quem diga que há predominância do sistema misto, vez que não se adota expressamente e especificamente nem um nem outro sistema, possuindo o Brasil resquícios tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitório.

Sobre esse entendimento, as palavras de Guilherme Nucci (2007, p. 104-105) transparecem bem a visão:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva.

Tal corrente leva em conta a harmonia e o diálogo entre as normas constitucionais e o Código de Processo Penal, vez que há de um lado a inquisitorialidade do último e de outro o garantismo constitucional, podendo a corrente ser denominada também de “inquisitivo garantista” (AVENA, 2019, p. 11).

Por último, mas não menos importante, uma corrente faz crítica ao sistema processual penal brasileiro, uma vez que, muito embora conte com sua faceta constitucional garantista e acusatória, se demonstra processualmente de outra maneira, tratando o processo penal brasileiro como inquisitivo.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr (2019, p. 62):

Por isso, ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como os arts. 156, 385 e outros apontados), pois são “substancialmente inconstitucionais” (importante compreender o conceito de “substancial inconstitucionalidade”).

Não entraremos no mérito do entendimento supramencionado, até mesmo porque, como veremos adiante, a lei 13.964 de 2019 coloca fim à discussão, mas infelizmente está com a sua eficácia suspensa por decisão do STF.

3.1 Sistema Processual Penal Brasileiro após a Lei 13.964/19

Depois de muito discutir-se sobre a natureza e a essência do processo penal brasileiro, em especial sobre seu sistema persecutório adotado, finalmente foi colocado fim à “tricotomia” que versava sobre o tema. Não mais é possível discutir se é acusatório, inquisitivo ou misto, uma vez que após o advento da nova Lei

13.964, de 2019 o sistema adotado pelo processo penal passou a ser expressamente o acusatório, embora a eficácia do dispositivo esteja suspensa. Novidade esta que se deu pelo óbvio, pois tal sistema é dotado de amparo e respaldo jurídico pela Constituição Federal, e agora, previsto também pelo Código de Processo Penal.

Com o advento da lei, o artigo 3º-A do C.P.P passa a vigorar com a seguinte redação, *in verbis*: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Pela simples leitura e interpretação do dispositivo é possível extrair que ao juiz agora é vedada a iniciativa probatória em favor da acusação e também a participação ativa na fase de investigação, logo, nada mais poderá determinar de ofício, tampouco poderá determinar a produção de prova quando esta trouxer elementos que possam trazer prejuízo ao acusado/investigado.

O que antes era facultado ao magistrado no processo penal como uma prerrogativa para fortalecer os elementos probatórios de convicção, com o advento da nova lei passa a ser vedado, pura e simplesmente pela revogação tácita, uma vez que o dispositivo permissivo se torna incompatível com a nova redação do artigo 3º-A.

A título de exemplo, diversos são os atos já antevistos e em grande parte das vezes questionados sobre sua compatibilidade com o sistema acusatório que antes era trazido apenas e tão somente pela Constituição Federal. Inclusive, utilizados como fundamento para considerar o sistema brasileiro como inquisitório por uma corrente minoritária.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr (2019, p. 52-53) já lecionava:

Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício converta a prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois isso equivale a “prisão decretada de ofício”; ou mesmo decreta a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na fase, mas, sim, no atuar de ofício!), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127); ouça testemunhas além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, incisos I e II); reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegadas

(art. 385); condene, ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383) etc. Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório.

Tais dispositivos, por uma questão de incompatibilidade com a nova redação do texto legal, passam a ser total ou parcialmente restringidos com o novo sistema acusatório agora adotado, logo, são atos de iniciativa do magistrado que não mais farão parte do processo penal brasileiro. Entretanto, ainda não é possível afirmar seus efeitos, pois o dispositivo resta com a eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal.

3.2 A Atuação e as Funções do Magistrado no Processo Penal Brasileiro

O juiz, imprescindível na relação jurídica processual que versa sobre persecução penal estatal, é norteado por inúmeros princípios, garantias⁴ e prerrogativas que regem sua atuação, além da ampla gama de competências atinentes ao seu cargo.

Fundamental é destacar sua principal função, ligada à jurisdição, vez que é o magistrado o ente dotado de poder republicano para exercer a aplicação da lei penal. É o magistrado quem irá conduzir o processo, fazer o controle de legalidade dos atos, unir elementos para formar sua convicção, que será sempre motivada e fundamentada, e, ao final, prolatar uma sentença, sempre findada na lei e, além disso, adstrito aos elementos que foram colhidos no decorrer da ação penal.

Para tanto, é primordial que sua atuação esteja restritamente amparada pelo ordenamento jurídico, bem como princípios que versam sobre a jurisdição, o processo, e principalmente no que concerne aos direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, além da dicção do direito, “a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal” (LOPES JR, 2019, p. 69).

⁴ Vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Diversos são os princípios correlatos à atuação e às funções do magistrado, restando ao presente trabalho limitar-se a elencar apenas os principais e que de alguma maneira têm maior ligação com as inovações trazidas pelo “pacote anticrime”, quais sejam o sistema acusatório e o juiz das garantias.

3.2.1 A imparcialidade do juiz

Para exercer a jurisdição e assim alcançar um resultado eficiente, republicano e condizente com os parâmetros e ditames que o ordenamento preconiza, é imprescindível, fundamental, primordial que o juiz seja dotado de imparcialidade, vez que não é a sua íntima consciência e convicção que estão em questão, mas sim a lei aplicada aos fatos, que tem como atributo e objetivo manter a ordem jurídica, garantir os direitos e garantias individuais dos cidadãos e aplicar a lei penal quando da existência de contrariedade ao direito, não podendo ser válida, portanto, uma decisão que proclama o convencimento de um juiz que não seja imparcial.

Uma vez trazido pela Constituição Federal de 1988 o sistema acusatório, a consequência direta era de se esperar maior efetividade da imparcialidade do juízo, mas ao passo que isso ocorre, o Código de Processo Penal confere atos investigatórios e instrutórios ao magistrado, e é de rigor que seja evitado que tais poderes maculem a esperada imparcialidade.

Em crítica, as palavras de Aury Lopes Jr (2019, p. 71):

A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.

A efetividade da imparcialidade do juiz, portanto, não está somente ligada às hipóteses de suspeição e impedimento trazidas pelo CPP, mas também tem maior ligação com os atos que serão praticados pelo magistrado no decorrer do processo.

O código prevê uma gama deles, que são bem colocados também por Aury Lopes Jr (2019, p. 72):

Centraremos-nos na problemática figura do juiz com poderes instrutórios/investigatórios cujo núcleo está não só no famigerado art. 156 do CPP, mas também na possibilidade de o juiz, de ofício, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva (o que representa o mesmo que poder decretar a prisão de ofício...), art. 310 do CPP; determinar o sequestro de bens, art. 127 do CPP; decretar a busca e apreensão, art. 242 do CPP; ouvir outras testemunhas, além das arroladas pelas partes, art. 209 do CPP; condenar ainda que o Ministério Público tenha pedido a absolvição (art. 385); etc.

A Lei 13.964/19, conhecida como “pacote anticrime”, traz, portanto, importante inovação a essa problemática da atribuição de poderes investigatórios e instrutórios ao magistrado, que por sua vez colocariam a imparcialidade do juiz em cheque. Ao implementar expressamente no processo penal brasileiro o sistema acusatório, e restringindo a gama de atuação do juiz, dá-se maior efetividade ao princípio da imparcialidade do juiz, vez que este estará cada vez mais distante do polo ativo durante o processo, não sendo mais permitida a iniciativa investigatória do juiz na fase pré-processual, e muito menos a iniciativa probatória quando esta é de interesse da acusação, que será na maioria das vezes o Ministério Público, nas ações penais públicas, ou o querelante, nas ações penais privadas.

3.2.2 A busca da verdade

Diferentemente do processo civil brasileiro, que tem como objetivo a busca da verdade formal, o processo penal, por se tratar de direitos indisponíveis⁵, se preocupa com outra vertente, qual seja a busca da verdade real.

Para tanto, o magistrado com o intuito de chegar a verdade real dos fatos, teria ampla liberdade para praticar atos para tal, o que por vezes causa certo incômodo, abrindo espaço para críticas, tendo em vista que tal liberdade feriria o princípio da imparcialidade, e além disso, aproximaria o processo penal do sistema inquisitório.

A busca de tal verdade é, no entanto, muitas vezes falha, uma vez que não há possibilidade de saber exatamente tudo o que aconteceu no plano da realidade fática, além de que às vezes não há testemunhas suficientes para reproduzir a narrativa dos acontecimentos, e assim por diante.

⁵ *Jus puniendi x status libertatis.*

Sabe-se, portanto, que atingir a realidade dos fatos é de difícil acesso, sendo o magistrado limitado a aproximar-se o máximo possível desta realidade, então “por esse motivo, tem prevalecido na doutrina mais moderna que o princípio que vigora no processo penal não é o da verdade material ou real, mas sim o da busca da verdade” (DE LIMA, 2019, p. 70).

Justamente pelo motivo de que não se pode ferir os princípios norteadores, principalmente a imparcialidade do juiz, existem limitações constitucionais e legais acerca da atuação do magistrado na busca da verdade.

Quanto a estas limitações, Renato Brasileiro (2019, p. 71):

Importante ressaltar que essa busca da verdade no processo penal está sujeita a algumas restrições. Com efeito, é a própria Constituição Federal que diz que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). O Código de Processo Penal também estabelece outras situações que funcionam como óbice à busca da verdade: impossibilidade de leitura de documentos ou exibição de objetos em plenário do júri, se não tiverem sido juntados aos autos com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte (CPP, art. 479), as limitações ao depoimento de testemunhas que têm ciência do fato em razão do exercício de profissão, ofício, função ou ministério (CPP, art. 207), o descabimento de revisão criminal contra sentença absolutória com trânsito em julgado (CPP, art. 621), ainda que surjam novas provas contra o acusado.

Não há dúvidas de que a busca da verdade é um princípio e objetivo do processo penal. Contudo, aqui estamos diante de outra novidade trazida pela lei 13.964 de 2019, vulgo pacote anticrime. O magistrado, destinatário final dos elementos probatórios, na busca da verdade fática dos acontecimentos que ensejaram a ação penal, sofre limitações pela imposição do sistema acusatório agora expressamente previsto, não podendo mais substituir a atuação probatória pertencente a acusação, portanto, o ônus da prova atinente a demonstrar a autoria e materialidade delitiva passa a ser único e exclusivo do órgão acusador, sendo vedada a sua iniciativa pelo magistrado, o que por si só é um avanço para o processo penal brasileiro.

3.2.3 Juiz Natural

Trata-se de total vedação aos tribunais de exceção e ao foro privilegiado, uma vez que deve haver pré-existência do órgão julgador à época do

fato. Mais do que um princípio e atributo do magistrado, “o juiz natural é um verdadeiro pressuposto para sua própria existência” (LOPES JR., 2019, p. 298).

Em outras palavras, quando processado, o indivíduo tem o direito e a garantia de que não o será feito por meio de um juízo por encomenda, ou seja, sendo necessário que haja uma pré-existência do magistrado e da jurisdição ao tempo do fato.

Nos grandiosos ensinamentos de Aury Lopes Jr (2019, p. 298):

O nascimento da garantia do juiz natural dá-se no momento da prática do delito, e não no início do processo. Não se podem manipular os critérios de competência e tampouco definir posteriormente ao fato qual será o juiz da causa. Elementar que essa definição posterior afetaria, também, a garantia da imparcialidade do julgador, como visto anteriormente.

Neste aspecto, é primordial que o ordenamento jurídico e os operadores do direito observem e visem tutelar esta garantia, e a questão que fica colocada é se, com a bifurcação da persecução penal que pode vir a ser causada pelo implemento do juiz das garantias, haveria violação ao princípio do juiz natural. Ora, praticado o fato tido por delituoso, haverá o juiz natural daquela causa, mas este, de acordo com os dispositivos que tratam do juiz das garantias, estaria impedido de proferir o julgamento, então passa-se a atuar um juiz ulterior àquele fato, o que é vedado e contraria o referido princípio. Portanto, fica o seguinte questionamento: o juiz das garantias seria uma exceção ao princípio do juiz natural?

4 O PACOTE ANTICRIME E O “NOVO” JUIZ DAS GARANTIAS

Além da grande inovação no que tange à implementação expressa do sistema acusatório no direito brasileiro, a Lei nº 13.964 de 2019 trouxe outra grande mudança, qual seja a implementação da figura do juiz das garantias. Figura esta não tão nova quanto parece, tendo em vista que já estava prevista no anteprojeto do novo Código de Processo Penal, que tramita desde o ano de 2009.

4.1 Conceito do Instituto

Como o próprio nome já transparece a ideia, o juiz das garantias tem como principal função o “controle da legalidade da investigação criminal, bem como a salvaguarda dos direitos individuais”, conforme dispõe o artigo 3º-B da mencionada lei.

Com seu implemento, o Brasil estaria, em tese, caminhando para um sistema persecutório digno e condizente com as garantias fundamentais. A figura do Juiz das Garantias, somada à adoção do sistema acusatório, confere, no plano abstrato, maior proteção e garantismo aos direitos fundamentais, trazendo coerência entre o sistema persecutório e os princípios e garantias constitucionais. No entanto, como veremos futuramente, essas afirmações são colocadas em questionamento.

Sobre o instituto, muito bem tece Rogério Sanches (2020, p. 69 e 70):

(...) visando harmonizar nosso CPP ao sistema constitucional, a nova Lei cria a figura do juiz das garantias, órgão jurisdicional com a missão de acompanhar as diversas etapas da investigação. O juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (art. 3º-B). Dessa forma, o juiz que julgará o caso – juiz de instrução – somente terá contato com o resultado da investigação depois de oferecida e recebida a inicial acusatória. A ideia que permeia a criação do instituto do juiz das garantias é a de distanciar o juiz de instrução da fase anterior, o que, acredita-se, lhe dará maior imparcialidade.

Com o advento da nova lei cria-se, portanto, uma nova divisão do sistema penal. Em síntese, passará a existir na fase investigatória a figura do juiz das garantias, que ficará responsável pelos atos praticados durante essa fase, realizando o controle da legalidade, fiscalizando e resguardando as garantias fundamenatis do investigado, cujas atribuições e funções são elencadas na própria

lei, e por outro lado, recebida a denúncia, passará a atuar o juiz da instrução, que ficará responsável pelos atos daí em diante, quais sejam a fase instrutória e o julgamento da ação penal.

4.2 Competência do Juiz das Garantias

A gama de atuação e competência do juiz das garantias é ampla e tratada pela lei anticrime, e é de suma importância elencar todas elas, in verbis:

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

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

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

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

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

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI - decidir sobre os requerimentos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;
XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

Vale notar que todas as decisões e atos atinentes à fase investigatória estão a cargo do juiz das garantias, havendo total bifurcação do sistema penal, o que, em princípio, fortalece a ideia de sistema acusatório trazido pela referida lei, trazendo reflexos positivos na efetivação da imparcialidade do juiz.

Importante também ressaltar que ambos os juízes atuantes na causa não estão vinculados, uma vez que o § 2º do artigo 3º-C da lei em questão traz que o juiz da instrução e julgamento “deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias”.

Além disso, há uma série de ocasiões onde não se aplicaria o instituto do juiz das garantias: infrações de menor potencial ofensivo; tribunais de segunda instância; Tribunal do Júri; Justiça Militar; Justiça Eleitoral; violência doméstica e familiar contra mulher; julgamentos em colegiado; e mais impossível ainda de se criar um Ministério Público das garantias, pois o mesmo já tem este papel conferido pela Constituição Federal.

Nas infrações de menor potencial ofensivo, por exemplo, há uma grande crítica no que diz respeito à coerência do instituto, assunto que será doravante abordado em momento oportuno.

4.1 Suspensão da Eficácia dos Dispositivos pelo Supremo Tribunal Federal

As alterações na legislação processual penal causaram certo desconforto e inúmeros foram os questionamentos acerca das inovações trazidas pelo “pacote anticrime”. Tão grande foi a discussão, que repercutiu em quatro ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, questionando a constitucionalidade dos dispositivos que instituíam a figura do juiz das garantias.

A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, juntamente com a Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE, foram responsáveis por ingressar com a ADI 6298, onde foi requerida medida liminar impugnando os artigos

3º-A ao 3º-F e artigo 20. O partido PODEMOS, representado por Renata Hellmeister, acompanhado do partido CIDADANIA, representado por Roberto Freire, também requereram medida liminar por meio da ADI de nº 6299, impugnando, além dos mencionados anteriormente, também o artigo 157, § 5º, do Código de Processo Penal, alterado pela lei. Além das anteriores, o Diretório Nacional do Partido Social Liberal – PSL ajuizou a ADI 9300 com pedido liminar impugnando os artigos 3º-A ao 3º-F.

Por fim, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, ajuizou também Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6305), também contra dispositivos da lei 13.964/2019 que tratavam do juiz das garantias, sob a argumentação de que a instituição de tais dispositivos feriria a autonomia e independência funcional dos membros do Parquet, além de caminhar em sentido contrário a princípios do direito, como proporcionalidade, razoabilidade e igualdade, bem como violar a autonomia de organização atribuída aos tribunais estaduais.

Em um primeiro momento, o Ministro Dias Toffoli concedeu medida liminar referente às ADI's 6298, 6299 e 6300, suspendendo a eficácia dos dispositivos 3º-B ao 3º-F por 180 dias, tempo este que, na visão do Ministro, seria razoável para o implemento das alterações na organização dos tribunais. Tal decisão não cuidou de suspender a eficácia também do artigo 3º-A, pois este nada tem a ver com a figura do juiz das garantias, uma vez que implementa no nosso ordenamento jurídico o sistema acusatório expressamente, que por sinal é de rigor.

Por conseguinte, após a distribuição por prevenção da ADI 6305 ao Relator Ministro Luiz Fux, este concedeu nova decisão revogando a análise anteriormente feita pelo Ministro Dias Toffoli, senão vejamos:

(...) Ex positis, concedo a medida cautelar requerida para suspender a eficácia do artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal (CPP), na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019. Conclusão Ex positis, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, com as vênias de praxe e pelos motivos expostos: (a) Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal); (b) Concedo a medida cautelar requerida nos autos da ADI 6305, e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (b1) da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); (b2) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal); Nos

termos do artigo 10, §2º, da Lei n. 9868/95, a concessão desta medida cautelar não interfere nem suspende os inquéritos e os processos em curso na presente data. Aguardem-se as informações já solicitadas aos requeridos, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. Após, retornem os autos para a análise dos pedidos de ingresso na lide dos amici curiae e a designação oportuna de audiências públicas.

Com isso, resta suspensa a eficácia da figura do juiz das garantias por tempo indeterminado, diferentemente do que constava da decisão do Ministro Dias Toffoli, uma vez que os tribunais teriam 180 dias para a implementação da “nova” figura que atuaria na fase investigatória, e após o recebimento da denúncia, assumiria o posto o juiz da instrução e julgamento.

Não obstante a inovação seja benéfica e traga maior efetivação dos direitos e garantias individuais, por outro lado a suspensão da eficácia do juiz das garantias gera maior segurança jurídica, uma vez que evita surpreender os tribunais, causando impactos na organização, infraestrutura e orçamento destes, além de evitar problemáticas nos processos criminais em curso e que vierem a ser instaurados.

Inclusive, há de se pedir vênias para discordar do entendimento do Ministro Luiz Fux, pois o dispositivo que trata da implementação expressa do sistema acusatório é de rigor e colocaria fim a uma ampla gama de discussões, efetivando por si só maior proteção aos direitos e garantias fundamentais, sem causar grandes impactos como o instituto do juiz das garantias.

5 JUIZ DAS GARANTIAS E A JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Com a novidade (não tão nova assim, como já vimos), independentemente de estar em pleno vigor ou não, tendo em vista a suspensão da sua eficácia conforme decisão pelo STF, cabe a nós compreender e analisar casuísticas internacionais, no intuito de observar como o sistema é visto e interpretado em outras regiões do mundo.

A temática do juiz das garantias é profunda e promove debates, uma vez que bifurca o processo e impede que o magistrado atuante na fase investigatória atue na fase instrutória e decisória. Na Europa, por exemplo, é possível observar, desde a década de 80, que alguns casos chegam ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o qual vem proferindo decisões marcantes acerca do assunto, as quais merecem destaque no presente trabalho, por estarem ligadas ao instituto implementado no Brasil.

5.1 Caso Piersack vs. Bélgica (1982)

Trata-se de um caso onde foi reconhecida como violada a imparcialidade do magistrado, pois este já teria atuado no mesmo processo anteriormente (na fase investigatória), mas não como magistrado e sim como órgão acusador, ocasião em que atuava em cargo equivalente ao promotor de justiça brasileiro.

Sob a ótica brasileira, sempre houve muita cautela acerca deste tema, e o próprio Código de Processo Penal brasileiro de 1941 já previu as hipóteses de suspeição e impedimento do magistrado, antevendo inclusive o fundamento utilizado na decisão proferida pelo TEDH.

Nesse sentido, muito bem coloca Mauro Fonseca (2020, p. 17):

Todavia, essa é uma lição do TEDH que o direito brasileiro pode considerar totalmente prescindível, já que, desde a década de quarenta do século passado, nosso CPP – sim, aquele apontado como superado, antidemocrático e antigarantista – já a prevê como uma das causas de impedimento judicial.

A busca pela imparcialidade do magistrado acaba por ser cautelosamente resguardada pelas causas de impedimento e suspeição trazidas

pelo Código de Processo Penal, e justificar o juiz das garantias somente sob este fundamento acaba sendo uma argumentação fragilizada. Note que algo que o TEDH reconheceu em 1982 já era previsto no Brasil há mais de quatro décadas.

5.2 Caso De Cubber vs. Bélgica (1984)

Trata-se de uma condenação proferida por 3 magistrados, sendo que um deles teria participado da fase investigatória. O TEDH entendeu por haver violação à imparcialidade objetiva do magistrado, uma vez que já estaria contaminado pela investigação daquele processo, e isso teria interferido no momento de seu voto de julgamento.

Sobre a conclusão que se pode extrair do caso, muito bem expõe Renato Brasileiro (2020, p. 123 e 124):

Na visão do TEDH, esse juiz investigador teria, na prática, o mesmo status de um oficial de investigação da polícia, cuja atuação é subordinada à supervisão do Ministério Público. Ante a constatação de que esse juiz investigador teria adquirido extenso conhecimento sobre os fatos delituosos, o Tribunal entendeu que isso permitiria crer, tanto ao acusado quanto à sociedade em geral, que o magistrado já teria formado sua convicção sobre a culpabilidade do acusado mesmo antes do julgamento, carecendo, pois, da necessária imparcialidade para julgar como terceiro desinteressado. Concluiu, assim, ter havido violação da imparcialidade no seu aspecto objetivo, vez que o sucessivo exercício das funções de juiz investigador e de magistrado julgador justificaria a dúvida acerca da perda da sua imparcialidade.

Importante notar que, neste caso, é explícita a preocupação com o contato do magistrado com a fase investigatória, um dos principais motivos responsáveis pelo implemento do Juiz das Garantias no Brasil, como pode-se observar. No entanto, uma corrente caminha em sentido contrário, trazendo-nos a ideia de que este caso não repercute no sistema brasileiro.

De acordo com Mauro Fonseca (2020, p. 18):

Basta lembrar que a figura do juiz investigador somente está presente nos sistemas misto e inquisitivo, ao passo que a reforma operada em 2019 no CPP prevê, em seu art. 3º-A, que o sistema a ser seguido pelo codex será o acusatório. Logo, o Caso De Cubber trata de um modelo de juiz que não é o admitido pelo próprio CPP, razão pela qual a restrição proposta ao juiz brasileiro perde todo o sentido.

Nesse sentido, concordamos com o autor, pois uma vez implementado o sistema acusatório, também estaria sendo impedida a iniciativa probatória do magistrado e a figura do juiz inquisidor e investigador. Portanto, a justificativa de combate à imparcialidade objetiva tratada pelo caso perde seu fundamento, uma vez que não se identifica com o sistema brasileiro contemplado pela lei 13.964 de 2019 ao implementar expressamente o sistema acusatório.

5.3 Caso Hauschild vs. Dinamarca

Também na década de 1980, a Corte mitigou a ideia de que sempre haverá parcialidade do juiz que participar da fase investigatória, ao proferir julgamento no sentido de que nem sempre o juiz que presenciara a fase investigatória estaria maculado e contaminado pelas provas com as quais obteve contato. O TEDH, portanto, concluiu o seguinte, nas palavras de Renato Braisileiro (2020, p. 126):

(...) a Corte Europeia concluiu que o simples fato de o magistrado, em sistemas processuais penais em que a investigação e a acusação são funções exclusivas da polícia e do Ministério Público, ter proferido decisões na fase pré-processual, não justifica, por si só, o receio das partes quanto à perda de sua imparcialidade, o que deve ser analisado de acordo com o caso concreto.

Veja que é impossível generalizar no sentido de que bastaria que o magistrado participe da fase investigatória e entre em contato com as provas produzidas nesta fase para que fosse maculada a sua imparcialidade.

O próprio Tribunal Europeu entendeu que o caso concreto é que definirá se realmente houve reflexos e impactos na imparcialidade, e caso maculada, justificaria o afastamento deste magistrado do julgamento da causa. Trata-se do equivalente às hipóteses de suspeição e impedimento trazidas pelo CPP brasileiro.

5.4 Caso Castillo Algar vs. Espanha

Em síntese, o caso versou sobre um investigado (Castillo Algar) que, ao ser levado a julgamento, fora julgado e condenado por cinco magistrados pertencentes ao Tribunal Central Militar, mas que, no entanto, dois deles já haviam apreciado um recurso interposto pelo réu em sede investigatória, cujo resultado foi

levá-lo a julgamento. Em outras palavras: dois quintos do colegiado que proferiu a decisão foram responsáveis por levar o réu ao próprio julgamento, e nesse caso já teriam sua convicção formada desde o primeiro momento.

Ao tomar notícia da condenação, o Sr. Castillo interpôs o recurso equivalente ao nosso recurso de apelação, cabível contra sentenças condenatórias, lá denominado de Recurso de Cassação ao Tribunal Supremo. Teve tal recurso improvido e interpôs um novo recurso, equivalente ao nosso mandado de segurança, que também fora de resultado desfavorável.

Em um primeiro momento, a imparcialidade objetiva dos magistrados não foi um problema, mas ao final a conclusão do TEDH não foi diversa da esperada: entendeu-se que um magistrado que tenha atuado na análise do mérito recursal não pode vir a julgar o mesmo caso. Mais uma vez, assim como feito com o caso *De Cubber vs. Bélgica*, é importante frisar que não há nenhuma novidade em relação ao nosso sistema brasileiro.

Como muito bem coloca Mauro Fonseca (2020, p. 21):

Seguindo o mesmo exemplo do Caso *Piersack vs. Bélgica*, uma simples visita ao nosso velho CPP demonstra que essa regra de impedimento é por nós conhecida desde a década de quarente do século passado. Ao menos é o que o estampa o – ainda em vigor – inciso III do art. 252 do nosso código, por referir que um integrante do Poder Judiciário, sempre que “tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão”, não poderá atuar nesse mesmo processo como julgador.

A conclusão a que se chega é que o nosso Processo Penal não é tão retrógrado e antigarantista assim quanto dizem, justificando a urgência da separação das fases da persecução penal a fim de atingir maior garantia ao acusado/investigado.

Inclusive, Mauro Fonseca complementa (2020, p. 22):

Do que sentimos falta, em realidade, é da análise verdadeira e completa, por parte da nossa doutrina, dois julgados do próprio TEDH, em que ninguém menos do que ele próprio admite a possibilidade de o juiz atuar nas fases de investigação e processual, sem ver, nisso, qualquer mácula à imparcialidade judicial.

O garantismo é, com certeza, necessário, mas talvez separar as fases investigatória e processual não seja o melhor caminho, uma vez que a implementação do sistema acusatório já impede uma série de atos antes praticados,

que hoje já não seriam mais possíveis com a implementação deste sistema, que infelizmente está com sua eficácia suspensa, mas por si só já preservaria a imparcialidade do juiz e evitaria a convicção antecipada e parcial.

Não obstante, é difícil, somente observando a jurisprudência internacional do TEDH, tomar partido quanto ao juiz das garantias no Brasil. É impossível, somente com estes elementos, firmar um posicionamento sobre a necessidade, viabilidade e imprescindibilidade do referido instituto. No entanto, a realidade é una: a imparcialidade do magistrado nunca deve estar ausente e, a todo momento, deve ser tutelada e resguardada com muita cautela, e a adoção do sistema acusatório parece-nos de rigor e suficiente. Um grande avanço, derivado desta adoção, por exemplo, é a vedação à possibilidade de atuação de ofício do magistrado para decretar de ofício medidas cautelares, ter iniciativa probatória contrária aos interesses do réu etc.

6 O JUIZ DAS GARANTIAS À LUZ DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Imprescindível também para este estudo é a análise do juiz das garantias no que diz respeito à legislação estrangeira, em especial quanto aos países que adotam o instituto, trazendo-os a título de exemplo, sem maiores aprofundamentos.

Entretanto, é de suma importância deixar claro que não basta a simples adoção do juiz das garantias em outros países e seus resultados, para que seja garantida a sua eficiência, necessidade, coerência e viabilidade no Brasil, uma vez que sistemas diferentes merecem tratamentos distintos, entendimento este que inclusive fora tratado pelo Ministro Luiz Fux na sua decisão que suspendeu a eficácia dos dispositivos, anteriormente mencionada.

Sobre essa questão, Renato Brasileiro (2020, p. 125):

Ao suspender a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F do CPP (ADI n. 6.299 MC/DF, j. 22/01/2020), o Min. Luiz Fux afirmou que há de se tomar muito cuidado com o “mero uso retórico do Direito comparado, que desconsidera particularidades dos arranjos institucionais e da cultura política de cada um dos países, divergências contextuais, dissidências doutrinárias e jurisprudenciais, entre outros pontos”. É dizer, o simples argumento do ‘sucesso’ da implementação do juiz das garantias em outros países (v.g., Alemanha, Portugal e Itália) merece cautela, sob pena de se realizar um verdadeiro transplante acrítico de ideias e de instituições. Nas palavras do Eminentíssimo Ministro, “(...) não se pode olvidar que a mesma estrutura institucional transplantada de um país para outro pode gerar impactos totalmente diversos – inclusive efeitos colaterais negativos – em outros países que não dispunham das mesmas características do país paradigma”.

Ora, com toda razão, não basta simplesmente copiar e colar um instituto estrangeiro para o nosso ordenamento jurídico e esperar que opere da mesma maneira. Há insaturáveis fatores que também devem ser observados, como por exemplo as funções e a atuação do Ministério Público, os limites e funções do poder judiciário, decretação de medidas cautelares, procedimentos, investigação criminal etc.

6.1 Juiz das Garantias em Portugal

Muito semelhante ao Juiz das Garantias introduzido no processo penal brasileiro, o Código de Processo Penal Português também traz esta figura, desde

1987, que tem função semelhante à que teria este juiz no Brasil, qual seja a de controlar a legalidade dos atos investigatórios, sendo-lhe vedada a iniciativa probatória, uma vez que estaria maculando a sua imparcialidade.

Nos termos do artigo 17 do Código de Processo Penal Português de 1987, compete ao “juiz da instrução” (lá denominado desta maneira): “proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até a remessa do processo para julgamento”. (PORTUGAL, 1987)

Além do dispositivo supramencionado, o artigo 40 do mesmo diploma contempla o seguinte, in verbis:

Nenhum juiz pode intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver:

- a) Aplicado medida de coacção prevista nos artigos 200.º a 202.º;
- b) Presidido a debate instrutório;
- c) Participado em julgamento anterior;
- d) Proferido ou participado em decisão de recurso anterior que tenha conhecido, a final, do objeto do processo, de decisão instrutória ou de decisão a que se refere a alínea a), ou proferido ou participado em decisão de pedido de revisão anterior.
- e) Recusado o arquivamento em caso de dispensa de pena, a suspensão provisória ou a forma sumaríssima por discordar da sanção proposta.

Veja que, em Portugal, há total separação de competência entre o magistrado que preside a fase de investigação, produção de provas, e o magistrado que proferirá o julgamento, o que de certa forma impede a formação da íntima convicção do magistrado no decorrer do processo, motivo este um dos ensejadores do implemento da figura do juiz das garantias no Brasil.

No entanto, lembremos que o ordenamento jurídico português não é idêntico ao brasileiro, e como dito anteriormente, a adoção em um país por si só não justifica a adoção em outro.

6.2 Juiz das Garantias na Itália

A Itália, por sua vez, assim como Portugal, possuía um “juiz da instrução”, mas que em 1987 fora abolido do sistema, passando a existir a figura de um magistrado atuante na fase preliminar investigatória que não poderia atuar de forma alguma na fase processual, figura idêntica ao Juiz das Garantias trazido pela Lei 13.964/19.

6.3 Juiz das Garantias na América do Sul

Sobre países sul-americanos que adotam a figura do Juiz das Garantias, Renato Brasileiro muito bem exemplifica (2020, p. 123 e 124):

No âmbito sul-americano, também é possível notar um movimento de reformas processuais que acolhem, com algumas variações, a figura do juiz das garantias. A propósito, o Código de Processo Penal do Paraguai prevê um juiz de garantias, a quem compete realizar um juízo acerca da justa causa para o início do processo penal ou do arquivamento da investigação, ficando, em regra, expressamenteproibido de julgar o processo. Mudanças semelhantes também ocorreram no Chile, na Colômbia e na Argentina.

É fato que, com o passar dos anos, muitos países passaram a adotar a figura do juiz das garantias, principal objeto do presente trabalho. No entanto, vale lembrar que o simples fato de outros países adotarem, não restaria justificada a implementação no Brasil, tampouco resultados idênticos, vez que a análise versa sobre infinitos fatores, como viabilidade, coerência com o restante do sistema processual, necessidade etc.

6.4 Juiz das Garantias na França

Em sentido antagônico ao que vimos até agora no que toca aos países que adotam um juízo das garantias semelhante ao implementado no Brasil pela Lei 13.964 de 2019 (embora suspenso), a França traz um outro significado para essa figura. Diferentemente de uma atribuição garantista, o “juiz da instrução” francês possui caráter totalmente inquisitório, sendo literalmente o protagonista da investigação e instrução, o que para o Brasil é totalmente contrário ao que preconiza a Carta Magna, ao prever as garantias individuais. Aos olhos do ordenamento jurídico brasileiro, a figura do juiz instrutor/inquisidor é totalmente inconstitucional e macula o devido processo legal, portanto, não nos interessa o instituto adotado pela França.

De outro norte, esse raciocínio nos mostra que a separação da fase investigatória e instrutória nem sempre é benéfica. Como será tratado adiante, críticas caminham no sentido de que esta separação pode vir a ensejar a arbitrariedade e parcialidade do juiz de garantias, inclusive sob o aspecto da

hermenêutica jurídica, e o que se busca evitar é tanto a figura do juiz investigador quanto do juiz defensor, já que a imparcialidade deve ser total.

7 APONTAMENTOS E QUESTIONAMENTOS ACERCA DO TEMA

Sempre quando se fala na implementação de algum sistema ou instituto no ordenamento jurídico, é impossível afirmar com exatidão se o mesmo é ou não bem-vindo, se está ou não correto, apenas com elementos sumários. Com o juiz das garantias não é diferente, pois não há unanimidade quanto à sua implementação. Diferentes são os argumentos favoráveis e contrários à implementação do instituto.

Portanto, é de suma importância analisar as justificativas do instituto, os questionamentos e posicionamentos de renomados autores e operadores do direito, entre advogados, promotores de justiça, magistrados, no que diz respeito aos argumentos contrários e favoráveis à implementação. Nesse cenário, passemos a pontuar alguns questionamentos acerca da implementação do juiz das garantias no Brasil.

7.1 Teoria da Dissonância Cognitiva como Justificativa de Implementação do Juiz das Garantias

No âmbito da psicologia, Leon Festinger, à época professor de uma universidade em Nova York, desenvolveu na década de 50 a “Theory of Cognitive Dissonance”⁶. Trata-se de um estudo realizado acerca do comportamento humano e a sua relação com a formação da cognição quando encontra-se diante de duas versões antagônicas sobre um mesmo objeto em questão, fazendo com que esta pessoa busque a zona de conforto e evite causar transtornos com elementos dissonantes.

Como bem resume Aury Lopes Jr. (2019, p. 79):

Em linhas introdutórias, a teoria da “dissonância cognitiva”, desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de “consonância” (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e a sua opinião.

⁶ Teoria da Dissonância Cognitiva.

O cérebro humano é algo surpreendentemente incrível e até então dotado de funções e características obscuras, e estudar os fenômenos ligados ao seu comportamento é de suma importância, ainda mais quando estamos diante de ciências sociais aplicadas, como é o direito, onde a todo momento o mecanismo de trabalho do homem é o intelecto, a criatividade, a capacidade de se expressar e compreender tudo que está a sua volta, para enfim chegar às soluções no caso concreto.

Também sobre a teoria, Renato Brasileiro (2020, p. 123):

(...) está fundamentada na ideia de que seres racionais tendem a sempre buscar uma zona de conforto, um estado de coerência entre suas opiniões (decisões, atitudes), daí por que passam a desenvolver um processo voluntário ou involuntário, porém inevitável, de modo a evitar um sentimento incômodo de dissonância cognitiva. Há, por assim dizer, uma tendência natural do ser humano à estabilidade cognitiva, intolerante a incongruências, que são inevitáveis no caso de tomada de decisões e de conhecimento de novas informações que coloquem em xeque a primeira impressão.

Com o estudo realizado, Leon Festinger chegou à conclusão de que, voluntária ou involuntariamente, quando se fala na formação de cognição, o ser humano pode passar por inúmeros processos, e é de suma importância que destaquemos os que mais interessam à temática abordada pelo presente trabalho.

O primeiro deles é o efeito inércia, onde há desvalorização de elementos cognitivos dissonantes. Por meio deste efeito, a pessoa sequer é influenciada por um elemento dissonante contrário àquilo que vem de sua crença primária. Ainda que verdadeiro, a pessoa, que já está com sua crença inabalável, deixa de se influenciar por aqueles elementos. Além disso, é também possível perceber que, além de desvalorizar elementos dissonantes, o indivíduo evita que surjam novos elementos que contrariem sua cognição, buscando assim, entrar em uma zona de conforto onde não há mais como alterar tal cognição.

O segundo relaciona-se à busca seletiva de informações, onde há a busca involuntária por informações consonantes com a cognição já existente. Simplificando, o indivíduo já tem sua cognição formada, e quando esta é contrariada, ele busca outros elementos que corroborem a sua cognição anteriormente existente, a fim de refutar os novos elementos contrários, impedindo com que sua cognição seja alterada.

Todo este estudo foi aplicado ao processo penal por um jurista alemão chamado Bernd Schünemann, onde o autor, valendo-se da teoria da dissonância cognitiva, analisou o comportamento do magistrado durante a fase investigatória, instrutória e de julgamento.

Como é sabido, o magistrado é quem formará sua convicção durante o processo, e ao final proferirá o julgamento. Desde o início, o juiz entra em contato com informações antagônicas, quando da análise dos elementos trazidos pela acusação e pela defesa. Para o alemão, o problema se encontra aí, pois assim que o magistrado entra em contato com a peça acusatória ou com os autos do inquérito policial, forma a sua cognição, e a partir de então, ocorrerão os processos supramencionados, ou seja, aquele magistrado no decorrer do processo buscaria desvalorizar elementos dissonantes e até mesmo evitar que estes surjam, além de valorizar e buscar apenas aqueles elementos que corroborem a sua cognição pré-existente, construída da análise do inquérito e da peça acusatória, pouco importando os elementos trazidos pela defesa no decorrer da instrução.

O que resultaria, de acordo com o autor, em três consequências, as quais foram bem resumidas por Renato Brasileiro (2020, p. 124 e 125):

- (i) que é muito mais comum a superveniência de decisões condenatórias quando o juiz toma conhecimento prévio dos autos da investigação preliminar;
- (ii) que o armazenamento correto de informações que contrariam o teor dos elementos investigatórios, produzidos, porém, em juízo é extremamente precário; e
- (iii) que as perguntas formuladas na audiência de instrução geralmente são feitas apenas para confirmar um conhecimento prévio, baseado no inquérito policial, e não para apreender novas informações.

Se por meio psicologia chegou-se a determinadas conclusões acerca da formação de cognição do ser humano, isso não deve ser simplesmente dispensado pela ciência do direito, e o que se extrai da implementação do juiz das garantias é que esta é pautada em toda essa conclusão à qual chegou o jurista alemão, pois a partir de então, teríamos a total separação entre a fase investigatória e as fases de instrução e julgamento.

Se ao entrar em contato primeiro com os elementos investigatórios, o juiz passa a formar a sua cognição primária, isso passa a ter total ligação com a teoria da dissonância cognitiva, pois surge a possibilidade de operar o efeito inércia e a busca seletiva de informações, o que deve ser evitado. É aí que entra a figura do

juiz das garantias, uma vez que essa cognição não será a que fundamentará e proferirá o julgamento ao final do processo.

Sobre essa ligação, Renato Brasileiro (2020, p. 125):

Todos esses estudos e pesquisas acerca da teoria da dissonância cognitiva demonstram, à evidência, que se não há certeza quanto à perda de parcialidade do magistrado, pelo menos se cria uma fundada suspeita acerca de possíveis prejuízos à garantia da imparcialidade (...)

Louváveis, portanto, no sentido de diminuir o viés inquisitorial do nosso Código de Processo Penal e os riscos à imparcialidade e ao próprio sistema acusatório, as inovações introduzidas pela Lei n. 13.964/19, não apenas quanto à vedação da iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (CPP, art. 3º-A), mas também no tocante à introdução da figura do juiz das garantias, responsável, doravante, pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais (...)

Dentre os fundamentos favoráveis à implementação do juiz das garantias, este é o que mais faz sentido, não apenas por se tratar de uma análise sob o aspecto da psicologia, mas por ser um campo onde é possível observar os seus efeitos na prática.

Como solução às problemáticas e em grande apoio à implementação do juiz das garantias, Aury Lopes Jr. (2019, p. 82):

a) é uma ameaça real e grave para a imparcialidade a atuação de ofício do juiz, especialmente em relação à gestão e iniciativa da prova (ativismo probatório do juiz) e à decretação (de ofício) de medidas restritivas de direitos fundamentais (prisões cautelares, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico etc.), tanto na fase pré-processual como na processual (referente à imparcialidade, nenhuma diferença existe com relação a qual momento ocorra);

b) é uma ameaça real e grave para a imparcialidade o fato de o mesmo juiz receber a acusação e depois, instruir e julgar o feito;

c) precisamos da figura do “juiz da investigação” (ou juiz das garantias, como preferiu o Projeto do CPP), que não se confunde com o “juizado de instrução”, sendo responsável pelas decisões acerca de medidas restritivas de direitos fundamentais requeridas pelo investigador (polícia ou MP) e que ao final recebe ou rejeita a denúncia;

d) é imprescindível a exclusão física dos autos do inquérito, permanecendo apenas as provas cautelares ou técnicas irrepetíveis, para evitar a contaminação e o efeito perseverança.

Mas sob o olhar técnico, por se tratar de um estudo à luz da psicologia, o que por si só já é distante da área do direito, não há como afirmar com propriedade a eficácia do estudo, mas até então faz todo o sentido a implementação do juiz das garantias a fim de evitar os processos resultantes da teoria da dissonância cognitiva. Entretanto, sobre essa ideia não há unanimidade no que se

refere aos resultados quando da aplicação do experimento à luz do processo penal, pois algumas peculiaridades devem ser observadas.

Assim entende Mauro Fonseca (2020, p. 139):

(...) a identidade física do juiz, que parte do pressuposto de que o melhor juiz para decidir é aquele que presidiu pessoalmente a audiência de instrução e julgamento, algo que não ocorreu no experimento daquele autor. Com isso, o autor alemão, contraditoriamente, fez uso de um método inquisitivo de formação do convencimento judicial (o princípio da escritura) para – aí está a contradição – demonstrar que o juiz alemão teria um comportamento parcial por presidir a audiência de instrução, mesmo depois de haver tomado contato com as autos da investigação criminal. Em outras palavras, em lugar de demonstrar seu ponto de vista, Schünemann conseguiu piorar as condições das – por ele próprio denominadas – cobaias em seu experimento.

Até então, nada surge em crítica à teoria da dissonância cognitiva por si só, mas sim à maneira como ela foi implementada no campo do processo penal, pois para fundamentar determinadas posições, o experimento deve ser realizado sob as mesmas condições da realidade. Talvez um experimento onde reproduzisse mais a realidade do processo penal brasileiro, atendendo ao sistema acusatório (oralidade e identidade física do juiz), trouxesse resultados mais realísticos e que servissem de fundamento para a solução da discussão acerca do tema.

Conclui, ainda, Mauro Fonseca (2020, p. 139):

Ao substituir um elemento vinculado ao sistema acusatório (princípio da oralidade) por um elemento vinculado ao sistema inquisitivo (princípio da escritura), era mais que esperado que as decisões apresentadas por suas cobaias fossem mais rígidas (lógica inquisitiva), do que aquelas proferidas por quem teve contato pessoal com a figura dos acusados e testemunhas (princípio da identidade física do juiz).

Observando sob o olhar crítico, alguns pontos devem ser elencados: a realidade de 70 anos atrás não é a mesma de hoje; o experimento de Schünemann foi totalmente hipotético e nos ditames da inquisitorialidade, distante dos vieses do sistema acusatório, o que por si só descaracteriza a realidade adotada pela lei 13.964 de 2019. Com isso, é inevitável chegar à conclusão de que “a psicologia – de acordo com a realidade de atuação do juiz brasileiro – não se presta a explicar a necessidade de implantação do juiz das garantias em nosso país”. (FONSECA, 2020, p. 142)

Além disso, a própria teoria de Leon Festinger chegou à conclusão de que, quanto maiores os elementos adquiridos posteriormente, maior o grau de informação, e com isso, opera-se a consonância comportamental, onde a zona de conforto do ser humano passa a ser pautada no que restar evidenciado com os elementos de cognição.

Levando isso para o aspecto do processo penal, caso a primeira impressão seja X, como por exemplo elementos mínimos de embasamento para o recebimento da peça acusatória, quanto mais elementos fornecidos posteriormente durante a instrução do processo, maiores as chances de consonância comportamental. Ou seja, ainda que de início a tendência seja a cognição pró acusação, nada impede que, caso a defesa apresente novas provas, a cognição do juiz passe a ser pró absolvição.

Aliás, é pressuposto da própria atuação do magistrado a sua vinculação aos elementos probatórios, onde por si só ele já está vinculado a decidir conforme o que está naquele processo⁷. Resumindo, se existem provas de que o réu é inocente, assim deve pronunciar o judiciário, e por outro lado, se existem elementos que comprovam autoria e materialidade, nesse sentido deve julgar o magistrado.

Assim como será visto adiante, há uma grande perspectiva de inconfiabilidade do magistrado atualmente no processo penal. A todo momento busca-se descredibilizar a sua imparcialidade, defendendo apenas e tão somente o processo penal quando este opera em favor do acusado/investigado, onde esquece-se de que o processo penal serve também à sociedade, à vítima e à família da vítima.

7.2 (In)constitucionalidade Formal e Material do Juiz das Garantias

Como toda nova figura legislativa, abre-se espaço para que, mediante os meios disponíveis para se impugnar uma norma perante a Constituição, sejam estes utilizados por determinados entes, a fim de questionar a constitucionalidade dos dispositivos sob o olhar da Carta Magna, e como esperado, foi o que ocorreu, como visto anteriormente.

⁷ Princípio da Congruência.

Lembremos: foram propostas, ao todo, quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 6.298, ADI 6.299, ADI 6.300 e ADI 6.305), a fim de questionar os dispositivos que tratam do juiz das garantias, o que levou à suspensão da eficácia pelo STF.

Com toda certeza, há quem pense de uma forma e há quem pense de outra, no entanto, é imprescindível para a formação da convicção que se analise profundamente sobre este aspecto, uma vez que só devem permanecer no ordenamento jurídico aquelas normas infraconstitucionais que estejam de acordo com a Constituição Federal.

Em primeiro lugar, na ADI 6.298, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), um dos fundamentos foi a inconstitucionalidade formal do juiz das garantias, uma vez que estaria usurpando a competência dos tribunais de criar órgãos do Poder Judiciário, competência esta prevista na Constituição Federal, em seu artigo 96 e artigo 110, portanto, seria a lei 13.964/19 contrária à C.F nesse sentido.

Na doutrina, há quem defenda que a figura do juiz das garantias não versa sobre norma de organização judiciária, mas sim norma de direito processual propriamente dita, ou seja, que versa pura e simplesmente sobre tutela jurisdicional.

Nesse sentido, Renato Brasileiro (2020, p. 117):

Ora, firmada a premissa de que a norma de direito processual é aquela que afeta aspectos umbilicalmente ligados à tríade jurisdição, ação e processo, não há por que se afirmar que teria havido qualquer inconstitucionalidade nesse ponto, visto que os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP estão diretamente relacionados a questões atinentes ao próprio exercício da jurisdição no processo penal brasileiro. A matéria versada em tais dispositivos – criação de uma nova causa de impedimento e repartição de competências entre magistrados para as fases de investigação e de instrução processual penal (competência funcional por fase da persecução penal) – insere-se, portanto, no âmbito da competência legislativa privativa da União prevista no art. 22, inciso I, da Constituição Federal, porquanto versam sobre Direito Processual.

De fato, é inegável que o juiz das garantias modifica a estrutura jurisdicional, no entanto, como já dito, a doutrina não é unânime e há quem defenda em sentido contrário.

Assim entende Eugênio Pacelli (2020, p. 1292):

Mas também a nós parece ter havido excesso legislativo, em um único ponto, com invasão de matéria reservada ao Poder Judiciário. É que a previsão de criação de rodízio para comarcas em que funcionar apenas um juiz (parágrafo único, art. 3º-D) retira do Tribunal competente a escolha dos critérios mais adequados para a sua organização judiciária, e, em especial, para a substituição do juiz impedido por ter atuado na fase de investigação. Aí sim, parece-nos inconstitucional o citado parágrafo único.

Sobre este aspecto, ao suspender a eficácia dos dispositivos, o Min. Luiz Fux acabou por entender no sentido de que a norma versa sobre os dois aspectos: norma de direito processual penal, de competência da União, e norma de organização judiciária, de competência dos tribunais, à qual deu-se a natureza de “norma materialmente híbrida”.

Também sobre o aspecto formal, grande questionamento surgiu especialmente sobre o que prevê o artigo 3º-D, introduzido no CPP pelo pacote anticrime. Tal dispositivo prevê, *ipsis litteris*, que: “nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste capítulo”.

Nesse ponto, não restam dúvidas quanto ao vício de iniciativa, uma vez que o dispositivo trata, expressamente, da organização judiciária dos tribunais, pois designa e estabelece como os tribunais organizar-se-ão nas comarcas onde há apenas um magistrado, usurpando assim a competência dos tribunais de legislar sobre esta matéria.

Em crítica a isso, muito bem coloca Renato Brasileiro (2020, p. 119):

Ora, ao determinar a forma pela qual deverá ser implementado o juiz das garantias nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, é de todo evidente que o art. 3º-D, parágrafo único, do CPP, cria uma obrigação aos tribunais no que tange a sua forma de organização, violando, assim, o poder de auto-organização desses órgãos (CF, art. 96) e usurpando sua iniciativa para dispor sobre organização judiciária (CF, art. 125, §1º).

De fato, não há dúvidas quanto a inconstitucionalidade formal deste dispositivo específico, muito embora tenha sido reconhecida como materialmente híbrida, ou seja, por versar sobre direito processual penal e também organização judiciária.

Em outro norte, outra discussão versa sobre a inconstitucionalidade material dos dispositivos, pois estaria contrariando o artigo 99, caput da CF; o artigo 169, §1, também da CF; e os artigos 104 e 113 da ADCT. O fundamento é de que os

dispositivos violam a regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário, além da ausência de prévia análise dos impactos orçamentários que a lei acarretaria, bem como violação ao regime fiscal da União.

Sobre este ponto, eis o entendimento do Min. Luiz Fux (ADI n. 6.299 MC/DF, j. 22/01/2020):

É inegável que a implementação do juízo das garantias causa impacto orçamentário de grande monta ao Poder Judiciário, especialmente com os deslocamentos funcionais de magistrados, os necessários incrementos dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia de informação correlatas, as reestruturações e as redistribuições de recurso humanos e materiais, entre outras possibilidades. Todas essas mudanças implicam despesas que não se encontram especificadas nas leis orçamentárias anuais da União e dos Estados.

Com a devida vênia, há na doutrina aqueles que entendem de modo diverso, defendendo em suma que estes impactos não são, em verdade, o que aconteceria na prática.

Sobre este aspecto, Renato Brasileiro (2020, p. 116):

(...) somos levados a acreditar que a Lei n. 13.964/19 não criou nenhuma atividade nova dentro da estrutura do Poder Judiciário. Com efeito, o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Judiciário sempre foram atividades realizadas pelos juízes criminais Brasil afora. O que será necessário, portanto, é apenas redistribuir o trabalho que antes competia ao mesmo magistrado, seja através da especialização de varas, seja através da criação de núcleos de inquéritos. É dizer, haverá necessidade de uma mera adequação da estrutura judiciária já existente em todo o país para que as funções de juiz das garantias e juiz da instrução e julgamento não mais recaiam sobre a mesma pessoa, dando-se efetividade à norma de impedimento constante do caput do art. 3º-D do CPP. Não há, pois, criação de órgãos novos, competências novas. O que há é uma mera divisão funcional de competências criminais já existentes. Logo, não há falar em violação às regras constitucionais anteriormente citadas.

Ora, realmente, quando se fala na implementação do juiz das garantias, o que tem de ser observado é que não estariam sendo criados cargos novos na magistratura, tampouco a necessidade de criação de novas varas nem comarcas. O que aconteceria na realidade, como bem observado acima, seria a divisão funcional de competência criminal, mas não esqueçamos de lembrar o impacto nas pequenas e distantes comarcas espalhadas pelo Brasil, onde há limitações que muitas vezes são esquecidas quando se toca neste ponto.

Até então, não há dúvidas de que a implementação do juiz das garantias ensejaria uma grande modificação na estrutura judiciária, mas a questão que fica é sobre os impactos que isso traria e sobre a viabilidade do instituto, o que passa a ser visto adiante.

7.3 (In)viabilidade do Juiz das Garantias

Se não o principal questionamento que versa sobre a implementação do juiz das garantias no Brasil, um dos principais pontos que vêm sendo debatidos é sobre a viabilidade deste instituto, uma vez que como já observado acima, tratam os dispositivos também sobre o cunho da organização judiciária.

A questão que fica é: novos cargos serão criados? Caso contrário, seria feita a separação das competências entre os juízes de cada comarca? E nas comarcas onde há apenas um magistrado? Pois é, estas são questões que levantam muito debate entre os operadores do direito.

Quanto a isso, não restam dúvidas de que, por uma questão de logística e financeira, é totalmente inviável criar novos cargos, o que exigiria mais recursos financeiros, e sabe-se que, de acordo com a Lei Complementar nº 101 de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, a destinação ao poder judiciário é de 6% da receita corrente líquida. Além disso, há tribunais e comarcas com cargos de juiz vagos, uma vez que nem sempre, mediante concurso público, todas as vagas ofertadas são preenchidas, além de evidente déficit de servidores, o que, no geral, traz morosidade à justiça.

As dificuldades logísticas, de fato, são evidentes em todo o país, mas não quer dizer que, necessariamente, novos cargos de juiz das garantias sejam criados, aumentando assim os gastos com pessoal.

A bem da verdade, bastaria que outro magistrado, independente do local, assumi-se a fase investigatória e, posteriormente, fossem remetidos os autos ao magistrado que instruirá o processo e após proferirá a decisão. Nesse sentido, o avanço trazido pela implementação dos processos eletrônicos é de grande valia. No entanto, a chance de diminuir a agilidade do processo é alta.

Essa questão não é pacífica, e em crítica à viabilidade do juiz das garantias, muito bem coloca o Procurador de Justiça aposentado do MP-SP, Carlos Nogueira (2011, p. 5 e 6):

E, como consequência dessa inviabilidade dos juizes das garantias, muitos inquéritos terão tramitação extremamente morosa, e inúmeros processos serão anulados porque na fase investigatória não funcionou o juiz que deveria ter funcionado...

Enfim: o sistema de juiz das garantias é, além de inviável, BUROCRÁTICO, podendo gerar confusões, erros e desencontros, retardando investigações e medidas urgentes e, por consequência, os processos delas derivados, propiciando o advento indesejável da prescrição e incrementando a impunidade, de forma muito distante daquela “otimização da atuação jurisdicional penal” a que se refere a Exposição de Motivos do Anteprojeto da comissão de insígnis juristas.

Ora, ao implementar um instituto nacionalmente, é importante de se observar a estrutura de todas as localidades do país. Não é porque seria simples na capital (embora algumas inclusive mais inviáveis do que cidades pequenas), que daria certo em todo o país.

Refutando essa ideia de inviabilidade do juiz das garantias no tocante à logística, criação de gastos, Aury Lopes Jr. (2019, Revista Consultor Jurídico):

(...) com o processo (e inquérito) eletrônicos, não interessa mais o lugar, o “onde”, mas apenas o “quando”, isto é, estar na mesma temporalidade. Ora sabemos todos nós desse novo referencial, basta ver que trabalhamos o tempo todo no virtual, com várias pessoas em tempo real e o que menos importa é “onde” se está. Eis um “novo” paradigma que na verdade já integra o nosso cotidiano há décadas.

Importante notar que, como bem observado acima pelo autor, eis o que ocorreria em comarcas onde há apenas um juiz. Veja, como este será o juiz que julgará o processo, para que seja remetido a um juiz das garantias, isso pode ser feito via processo eletrônico, onde este juiz das garantias pode vir a ser o que atua em uma comarca próxima, e vice-versa.

No entanto, é importante observar em âmbito nacional, como dito acima. Pode ser que em determinada cidade haja viabilidade, mas em outra não. Há cidades em que a internet é de difícil acesso, em outras não. Não é justo que em uma determinada localidade o processo seja mais rápido, e em outra haja exacerbada morosidade. Não é justo que a prescrição opere mais facilmente em determinadas localidades, e em outras não. Afinal, ao passo que temos o direito à duração razoável do processo, também temos o direito à efetividade da justiça.

Nesse ponto, é primordial observar sob os olhos da sociedade e da vítima. Um processo penal justo não é aquele que favorece apenas o acusado. Não

que não devam estar resguardadas todas as garantias possíveis, pelo contrário, um processo penal justo é baseado em garantias, igualdade e deve sim ter como fundamento a efetividade sob a ótica da sociedade e da vítima. Mas sob o olhar técnico a implementação do juiz das garantias possa trazer morosidade, dificuldades e desproporcione a relação social, alavancando a proteção ao acusado e deixando de lado a vítima e a sociedade.

7.4 (Des)necessidade e (In)coerência

No que se refere à necessidade da implementação do juiz das garantias e a coerência com o ordenamento jurídico brasileiro, muito embora há quem defenda de modo favorável, diversas são as críticas que versam sobre estes aspectos.

Sabe-se que existem diversos fundamentos motivadores e que sustentaram a ideia do juiz das garantias no Brasil, que caminham no sentido de que ele seria fundamental para garantir o princípio acusatório e tutelar as inviolabilidades pessoais, que a implementação acarretaria na especialização dos magistrados, e com isso haveria a otimização da tutela jurisdicional, bem como o distanciamento do juiz do processo etc. Além disso, e talvez erroneamente, um dos fundamentos é de que a investigação não é destinada ao magistrado, mas sim ao órgão da acusação, logo, não há razão pela qual o magistrado deva ter contato com tais provas produzidas em fase investigatória, afirmação com a qual não concordamos.

Quando se diz que o magistrado não pode ser “contaminado” pelas provas produzidas em fase investigatória”, deve-se repensar, pois não há porque generalizar no sentido de que toda essa fase é maculada e contrária à legalidade, como se todas estas provas fossem ilícitas ou ilegítimas, e não pudessem colaborar com a formação do convencimento do magistrado.

De fato, as provas produzidas em sede policial têm como destinatário direto e imediato o Ministério Público, que a partir de então formará a sua *opinio delicti*, e por conseguinte, valendo-se da sua independência funcional, decide se irá arquivar, propor a denúncia, requisitar novas diligências ou até mesmo promover um dos institutos de barganha atualmente presentes no ordenamento.

Não obstante, de qualquer modo o juiz deverá entrar em contato com tais provas, não para formar a sua convicção sobre a inocência ou culpabilidade do

investigado, mas sim para deferir ou indeferir prisões cautelares por exemplo, que inclusive podem ser decretadas também durante o processo. A questão que fica é: com o fim da fase investigatória presidida pelo juiz das garantias, recebida a denúncia e remetida ao juiz da instrução e julgamento, caso seja decretada prisão cautelar já na fase processual, este juiz estaria também “contaminado” e não poderia atuar mais na causa? Os autos deveriam ser remetidos a outro magistrado?

Sobre a problemática, Carlos Nogueira (2011, p. 10):

Para decretar ou denegar o pedido de prisão preventiva no curso do processo, o juiz da causa deverá, queira-se ou não, haurir seu convencimento no material probante da fase investigatória, até mesmo para aquilatar da gravidade do fato, dos antecedentes do acusado, de sua periculosidade, de sua perseverança criminosa, de seu poder de influir na instrução processual, de sua facilidade em fugir etc.

Ao realizar tais atos (e outros), o juiz do processo não estaria perdendo seu “distanciamento das provas colhidas na investigação”? Teria de ser afastado por suspeição, para que um terceiro juiz passasse a presidir o processo? Estaria fatal e incuravelmente “contaminado” pela infecção da investigação policial?

Veja que nesse sentido, embora a intenção seja boa no sentido de tutelar as garantias do acusado, o próprio CPP já foi cauteloso o suficiente. Em primeiro lugar, ainda que o magistrado entre em contato com as provas produzidas em fase investigatória, não poderá proferir sentença fundada apenas naqueles elementos de convicção, pois assim prevê:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Ora, de qualquer forma, não pode nunca o magistrado condenar o acusado somente com as provas colhidas na investigação. E quando condenado, significa que as provas foram corroboradas na fase processual inclusive em atenção ao contraditório, e se assim restaram comprovadas autoria e materialidade delitivas, talvez realmente não seja a convicção do magistrado que esteja “contaminada” e sim o lastro probatório que corrobora a responsabilidade pelo delito.

A título de exemplo, algumas situações devem ser elencadas a fim de esclarecer o ponto de vista: confissão em sede policial na presença de advogado; interceptação telefônica, que via de regra se dá na investigação; depoimento de uma

testemunha presencial em sede policial logo após o suposto delito; provas favoráveis e que comprovem a inocência do acusado.

Observando sob a ótica supramencionada, não há qualquer coerência em impedir que o magistrado que irá proferir o julgamento tenha contato com tais provas, pois estaria impedindo um processo justo e efetivo. Ora, já que não poderiam fazer parte da convicção do magistrado, qual a razão da existência da investigação pré-processual, que aliás não é feita somente pela polícia judiciária?

Sobre este aspecto, Carlos Nogueira questiona (2011, p. 12):

(...) como é pacífico, o inquérito policial não é imprescindível à formação da “opinio delicti” do Ministério Público, podendo ser substituído por outros instrumentos de convicção, como investigações levadas a cabo por CPIs, pelo Banco Central, pela CVM, pela SDE, pelo Fisco de qualquer das entidades federativas (nos PAFs), pelos órgãos da Administração Pública nos PADs (processos administrativos disciplinares), pelo COAF (no caso de lavagem de dinheiro), pela CGU (quando estiver envolvido funcionário público federal), ou por investigação realizada autonomamente pelo próprio Ministério Público (que vem sendo, progressivamente, aceita pelos tribunais) etc.

Nesses casos de investigações extrapoliciais, haverá juiz das garantias? O juiz do processo não poderá haurir pelo menos parte de seu convencimento, quer para condenar, quer para absolver o réu, dos elementos nelas coligidos?

A ideia trazida pela reforma, é, em mais um ponto, incoerente, pois não há como vislumbrar razões para tanta desconfiabilidade do magistrado que instruirá o processo e julgará o caso, impedindo-o de entrar em contato com as provas produzidas em fase investigatória. É como se o poder judiciário fosse descredibilizado, e a todo momento a sua imparcialidade estivesse sob suspeita.

Nesse sentido, defende Mauro Fonseca (2020, p. 123):

Estamos diante da coerência na manutenção de um critério incoerente: o magistrado de primeiro grau é alvo de todas as dúvidas possíveis e imagináveis sobre sua relação com o futuro processo. Duvida-se até de sua sombra, por haver simplesmente tocado em um pedaço de papel, como é o caso dos ofícios que deverão ser encaminhados a ele pela autoridade investigante.

Não só peca na coerência neste sentido, como também no que se refere à inaplicabilidade do juiz das garantias nos delitos de menor potencial ofensivo, pois esqueceu-se de que há a possibilidade destes crimes serem julgados na justiça criminal comum, quando assim exigirem as “circunstâncias do caso e a complexidade do fato”, como prevê o CPP. Ora, então nesses casos o juiz que

tivesse contato com a fase investigatória poderia proferir o julgamento? Parece-nos que há ausência de isonomia no tratamento dos investigados/acusados.

Talvez a intenção do legislador fosse a inaplicabilidade no JECRIM, em atenção aos princípios que o norteiam, como oralidade, celeridade, informalidade etc., mas percebe-se que a tentativa foi falha e abriu-se a possibilidade de julgamento por um magistrado que presidiu a fase investigatória, o que é totalmente contrário ao que pretendiam os fundamentos de implementação do juiz das garantias. Portanto, é “totalmente desarrazoada, atécnica e impensada essa exclusão do juiz das garantias em relação às infrações de menor potencial ofensivo.” (FONSECA, 2020, p. 120).

Como já dito, o garantismo é imprescindível, mas vinculá-lo ao juiz das garantias é incoerente e indefensável. Ser contrário às garantias do acusado é algo desumano e o presente trabalho não compactua com qualquer meio que desrespeite o devido processo legal, contraditório e as garantias e liberdades individuais, mas sob o olhar técnico, o juiz das garantias da maneira que foi implementado no sistema jurídico brasileiro é desnecessário e incoerente.

As razões são simples: primeiro, porque atualmente o magistrado já é o responsável pelo controle de legalidade dos atos em fase investigatória; segundo, porque uma condenação não pode ser fundamentada somente em elementos colhidos na investigação, e para que isso ocorra, devem ser corroboradas em fase processual sobre o crivo do contraditório. Aliás, existem meios de prova que são fundamentais para a efetividade da justiça e que não são repetíveis em juízo, os quais não devem ser simplesmente dispensados só pelo fato de que não deve o juiz da instrução e julgamento entrar em contato com eles. Mas uma observação: questionamentos como este versam somente sobre o juiz das garantias e não sobre a adoção do sistema acusatório adotado pela novidade legislativa, que por sinal é de rigor.

Não obstante, a própria lei contradiz todo o fundamento do juiz das garantias, quando prevê, *ipsis litteris*, que:

Art. 3º-C § 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Ora, qual a necessidade de separar a fase investigatória da instrutória, a fim de garantir a imparcialidade do magistrado, se as decisões que mitigam o status libertatis do investigado/acusado podem ser revistas pelo magistrado que atuará na fase instrutória?

Ou seja, ainda que o juiz das garantias tenha denegado uma prisão cautelar na fase investigatória, caso o juiz da instrução e julgamento entenda que os requisitos e fundamentos estão presentes, poderá ele deferir a medida?

Parece-nos que essa ideia coloca em cheque a tão falada “defesa das garantias individuais” trazida pelo instituto. Inclusive, simula uma “disputa” entre o juiz das garantias exercendo função de juiz defensor e o juiz da instrução e julgamento exercendo a função de juiz acusador. Mais uma vez peca na coerência o instituto em questão, colocando em descrédito a magistratura nacional, ao dar a entender que a imparcialidade está a todo momento sob suspeita, como dito anteriormente.

7.5 (Im)parcialidade do Juiz das Garantias

O requisito primordial e fundamental para a atuação do magistrado no processo é a imparcialidade, como já visto em tópicos anteriores, e uma vez constatada qualquer circunstância de suspeição ou impedimento que mitigue ou macule tal imparcialidade, nos termos dos artigos 252 a 254 do CPP, isso fará com que aquele juiz não atue naquele processo. Sob qualquer circunstância, a imparcialidade do magistrado é imprescindível quando se fala em um devido processo legal e proteção às garantias individuais.

Nesse sentido, assim entende Aury Lopes Jr. (2019, p. 71 e 72):

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade, e o outro, de inércia.

Portanto, nesse sentido a implementação do sistema acusatório é de rigor, pois prevê o distanciamento do magistrado na iniciativa probatória, evitando

com que instigue a produção probatória e partir daí forme sua convicção (que possivelmente já estaria formada).

Por outro lado, há quem defenda a necessidade de implementação do juiz das garantias, justamente sob o fundamento de que a mera impossibilidade de iniciativa probatória pelo juiz seria insuficiente, sendo necessária, conjuntamente, a separação entre a fase investigatória e as fases instrutória decisória, pois apenas dessa forma estaria sendo garantida a imparcialidade do juiz.

Nesse sentido, também Aury Lopes Jr. (2020, p. 71):

A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.

No entanto, quando se fala na implementação do juiz das garantias sob o fundamento da garantia da imparcialidade do magistrado, como já visto, por si só não o justifica, pois além de ser incoerente com o sistema processual penal brasileiro, é ineficaz. Inclusive, fazendo menção aos julgados do TEDH, onde é possível notar uma forte defesa da imparcialidade tanto objetiva, ligada a situações onde há dúvida razoável quanto a sua imparcialidade, quanto subjetiva, ligada à convicção do magistrado.

Lembremos do caso *Piersack vs. Bélgica*, de 1982, onde teve reconhecida a ausência de imparcialidade porque o magistrado havia atuado como membro do Ministério Público no mesmo caso. Lembremos também do caso *De Cubber vs. Bélgica*, 1984, onde houve violação à imparcialidade objetiva pelo fato de que o magistrado havia participado ativamente da fase investigatória.

Sob a ótica brasileira, como já visto, não há grandes reflexos e justificativas advindos destes casos, uma vez que o nosso CPP de 1941 já antevia todas estas hipóteses, inclusive sob os mesmos fundamentos utilizados décadas depois nos julgados do TEDH. Inclusive, nem sempre a atuação do magistrado na fase investigatória macula a convicção que será exteriorizada no futuro julgamento, o que se pode extrair do Caso *Hauschild vs. Dinamarca*.

Outro ponto que gera questionamentos, é que o dispositivo faz menção somente à vedação da iniciativa probatória pelo juiz que seja pertinente à acusação,

podendo-se extrair, a contrário senso, que caso seja pertinente à defesa, seria bem-vinda.

Nesse ponto, ao tratar o juiz das garantias previsto no anteprojeto do novo CPP como um potencial juiz arbitrário e parcial, Carlos Nogueira (2011, p. 19 e 20):

O espírito parcial “pro reo” do projeto se escancara em seu art. 4º, segundo o qual “o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Indaga-se, então: pode o juiz substituir a atuação probatória do advogado de defesa?

Suprime-se – corretamente – a figura do “juiz acusador”, proveniente do processo inquisitivo medieval, mas se deixa aberto campo para acusação do “juiz defensor”.

A todo tempo defende-se a ideia de imparcialidade do magistrado apenas criticando a sua ligação com o a acusação, mas em momento algum lembram-se de que a parcialidade do magistrado em relação ao acusado também é prejudicial, e já fazendo menção ao próximo ponto a ser abordado, um questionamento: teríamos a implementação de um “juiz defensor”?

7.6 (In)adequação do Instituto

Quando se analisa a fundo a nomenclatura atribuída e todo o cenário em volta do juiz das garantias, inclusive fazendo menção a tópicos anteriores, dos quais se extrai o seguinte questionamento: a lei prevê que o magistrado não poderá ter iniciativa probatória pertinente à acusação, logo, poderia ter iniciativa probatória pertinente à defesa? Pois é, talvez a figura do juiz das garantias esteja sendo confundida ou até mesmo seja esta a intenção do instituto.

Em questionamento a este ponto, Mauro Fonseca (2020, p. 129 e 130):

(...) o nome juiz das garantias poderia criar uma representação mental – seja nele próprio, seja nos demais operadores do direito – de que a atuação desse magistrado estaria voltada à proteção exclusiva dos interesses do investigado. Com isso, o juiz da fase de investigação não estaria sendo moldado para cingir-se à estrita observação dos requisitos legais para a concessão de alguma medida cautelar. O Estado-juiz passaria, fruto de um discurso subliminar pelo simbolismo, a encarar o Estado-perseguidor como violador por excelência das normas constitucionais, pois somente este pode ser o violador das garantias que são objeto da proteção por parte daquele magistrado.

Pronto! O discurso da fragilidade está feito, difundido e legislado, e o juiz se vê induzido a superproteger os interesses de um dos lados da relação que surge na fase da investigação criminal.

Um ponto delicado, pois um dos motivos ensejadores do juiz das garantias no sistema processual penal brasileiro é a própria imparcialidade do magistrado. No entanto, sob a ótica da hermenêutica jurídica⁸, da mesma forma que a nomenclatura “juiz investigador” seria inadequada e poderia ser interpretada de forma inquisitória, talvez o mesmo ocorra com a expressão “juiz das garantias”, somado ao fato de que só é impedida a iniciativa probatória pertinente à acusação. Isso posto, voltamos a lembrar que o presente trabalho não é contrário ao garantismo. Apenas estão sendo feitos, sob um olhar técnico, apontamentos e questionamentos em relação a forma como o instituto vem sendo instrumentalizado no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, outro ponto que coloca em discussão a adequabilidade do instituto, é: já que o juiz das garantias estaria realizando o controle da legalidade dos atos e fiscalizando as garantias individuais do investigado, quem seria o responsável por fazer o controle de legalidade da atuação deste juiz das garantias?

Ora, a imparcialidade do magistrado é imprescindível, tanto sob a ótica da acusação quanto da defesa. Da mesma forma que o juiz instrutor e acusador traz prejuízo para o devido processo legal, para as garantias individuais, o juiz defensor também traz prejuízo para a efetividade da justiça. Mais uma vez, estão esquecendo da análise sob a ótica da vítima e da sociedade.

É certo que há a possibilidade de o juiz da instrução rever as medidas cautelares apreciadas pelo juiz das garantias no prazo de 10 dias (vide art. 3º-C, §2º), mas e nos casos onde há periódicas rejeições de denúncias por parte de um magistrado “defensor” que assume a magistratura já com a ideia de que deve defender e garantir os interesses do investigado/acusado?

Não generalizemos, mas tal possibilidade não pode ser descartada, assim como também não pode ser descartada a possibilidade de um juiz assumir a magistratura com ideais intimamente ligados à acusação e, a partir desta ideia, buscar a todo momento a condenação.

⁸ Interpretação acerca do dispositivo.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, foi possível notar que o advento da Constituição Federal de 1988 foi fundamental para a estruturação do sistema acusatório, e que a lei 13.964 de 2019 contemplou expressamente este caráter no sistema brasileiro. Sistema este que é primordial para a proteção dos direitos e garantias individuais do acusado e imprescindível para a concretização do Estado Democrático de Direito, mas que infelizmente está com sua eficácia suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à figura do juiz das garantias, ainda há muito que ser visto e discutido, pois de cara é impossível dizer “sim” ou não” ao instituto. Em relação ao direito estrangeiro, restou incontroversa a imprescindibilidade do respeito à imparcialidade objetiva do magistrado, no entanto, o caráter protecionista procurado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já vinha sendo exercido no Brasil, e mesmo sendo de 1941, o Código de Processo Penal já antevia as hipóteses de suspeição e impedimento do juiz, obstando sua atuação no processo penal. Por outro lado, foi possível perceber que a adoção do juiz das garantias em outros países por si só não justifica a necessidade de implementação do instituto no Brasil, pois diferentes sistemas exigem instrumentos distintos.

Sob o aspecto técnico a discussão resta insuperável, pois diferentes são os pontos de vista. De acordo com o que foi visto, discutido e observado no presente estudo, a figura do juiz das garantias, de constitucionalidade duvidável, resta desnecessária, inviável, incoerente e injustificável, e atribuir a sua implementação à teoria da dissonância cognitiva carece de embasamento, pois deve ser vista sob um olhar mais contemporâneo e aplicada conforme o sistema acusatório, e não sob o viés inquisitório, como fez a experiência.

Não que haja resistência ao garantismo implementado pela lei. Pelo contrário, o garantismo deve ser impreterivelmente observado e resguardado, no entanto, o juiz das garantias não se demonstrou como o melhor dos caminhos. Todavia, a implementação expressa do sistema acusatório e as suas consequências, como por exemplo a vedação de iniciativas pró-acusatórias por parte do magistrado, por si só trazem um grande avanço para o processo penal brasileiro.

De qualquer forma, a busca pelo equilíbrio processual é de rigor, buscando-se evitar tanto a figura do juiz defensor quanto do juiz acusador, a fim de que se possa existir no Brasil um verdadeiro sistema jurídico que a todo momento buscará a lídima justiça, observando acima de tudo os direitos e garantias fundamentais e os princípios basilares do direito penal e processo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 26 abr. 2020.

CHALFUN, Gustavo; JUNIOR, José Gomes de Oliveira. **Da análise do juiz das garantias sob a luz do direito comparado e das decisões liminares no STF**. Migalhas, fev. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319989/da-analise-do-juiz-das-garantias-sob-a-luz-do-direito-comparado-e-das-decisoes-liminares-no-stf>. Acesso em: 05 ago. 2020.

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

DA ROSA, Alexandre Moraes; LOPES JR., Aury. **Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal**. Revista Consultor Jurídico, dez 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 08 ago. 2020.

DE MORAES, Maurício Zanoide. **Quem tem medo do "juiz das garantias"?**. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. ed. esp., 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FRANÇA. **Code de procédure pénale**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>. Acesso em: 06 ago. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **O Aberrante “Juiz das Garantias” no Projeto do novo Código de Processo Penal**. 1. ed. São Paulo: APMP/ESMP, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n.º 78, de 17 de fevereiro de 1987. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34570075/view>. Acesso em: 06 ago. 2020.

REVISTA Síntese de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo: Sage/Síntese. Nº 120 – Fev-Mar/2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental**. IBCCRIM. Revista Liberdades. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=140. Acesso em: 14 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6298**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 16 maio 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6299**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>. Acesso em: 16 maio 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6300**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>. Acesso em: 16 maio 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6305**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>. Acesso em: 16 maio 2020.