



O JUIZ DAS GARANTIAS SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Fernando Iacia TORRES¹
João Victor Mendes de OLIVEIRA²

RESUMO: A partir deste estudo, em um primeiro momento iremos analisar a evolução histórica do juiz das garantias no processo penal brasileiro, os modelos processuais penais, suas características, seus aspectos positivos e negativos além de tratar as variações dentro do sistema persecutório e as funções atribuídas ao magistrado. Em segundo momento, trataremos as novidades trazidas pela Lei nº 13.469/19 com a figura do Juiz das Garantias com todas as implicações acerca do novo instituto, inclusive a decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal que suspendeu a eficácia do dispositivo. Por fim, mostremos os possíveis impactos do juiz das garantias em nosso processo penal brasileiro, sem deixar de lado as motivações, os fundamentos bem como as opiniões favoráveis e desfavoráveis ao instituto criado pela Lei Anticrime.

Palavras-chave: Juiz de garantias. Processo Penal. Aplicação. Constitucionalidade. Impactos. Instituto.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/19 que entrou em vigor em 24 de janeiro de 2020 promoveu inúmeras alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal.

Entre as diversas alterações ocorridas em reação a operação Lava Jato e que geraram grande impacto foi a introdução do juiz na fase pré-processual, denominado juiz das garantias.

Com isso, várias dúvidas começaram a surgir, sendo necessária uma análise detalhada do novo instituto e suas consequências no processo penal brasileiro. Apesar de parecer inovador, o juiz de garantias já vinha sendo debatido quando do anteprojeto do novo Código de Processo Penal.

Também repercutiu acerca do novo instituto, que o Supremo Tribunal Federal decidiu liminarmente suspendendo a eficácia do dispositivo. Em quatro

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. e-mail: fernandoiacia@hotmail.com, Monitor do Grupo de Direito Constitucional. Participante dos Grupos de Estudo de Justiça Constitucional, Processo Constitucional (Grupo da Colômbia) e de Direito Penal e Processo Penal.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Mestre em pelas Faculdades. e-mail: joaovictorspfc@hotmail.com Orientador do trabalho.



ações direitas de inconstitucionalidade (ADIns), questionavam o sistema acusatório e a implementação da figura de um juiz na fase pré-processual.

O presente trabalho busca em primeiro momento analisar os princípios que norteiam a função jurisdicional. Posteriormente, faremos um comparativo entre os sistemas processuais penais. No terceiro tópico, será analisado as implicações do juiz de garantias em nosso ordenamento jurídico. Por fim, no quarto e último tópico, será estabelecido um paralelo, apontando os aspectos favoráveis e desfavoráveis ao novo instituto.

2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

O termo “princípio” é extremamente difícil de conceituar, caracterizando uma expressão de inúmeros significados.

Em sua origem, a palavra princípio derivava do latim principium e está relacionado à linguagem da geometria, na qual afirma que princípio é considerado um ponto de origem de um processo qualquer.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 451) define princípio:

Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

A origem dos princípios inicia-se a partir da segunda metade do Período Moderno, tendo como principal acontecimento a Revolução Francesa, a qual derrubou o absolutismo monárquico e com ela universalizou os direitos sociais e as liberdades individuais por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Quando se trata de direito processo penal, os princípios ganharam destaque após o fim da Segunda Guerra Mundial em 1945, com o restabelecimento da paz mundial. No mesmo período, buscava-se a condenação dos responsáveis direta ou indiretamente pela guerra e com isso houve a



criação de tribunais *pos-factum* como ocorreu Nuremberg e em Tóquio.

No Brasil, os princípios processuais penais encontram seu fundamento no Código de Processo Penal, porém o maior avanço legislativo ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Imperioso destacar a função que o processo penal deve exercer no atual cenário constitucional, devendo haver a prestação judicial, sem contudo, deixar de lado o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos que sofrem a persecução penal.

Dentre os diversos princípios que norteiam a função jurisdicional, focaremos naqueles que possuem maior intimidade com o juiz das garantias e o sistema acusatório, introduzidos pela Lei nº 13.964/19 no Código de Processo Penal.

2.1 Princípio da Imparcialidade

A função primordial da jurisdição é resolver o conflito de interesses que lhe é submetida. Para tanto, é necessário que a jurisdição atue conforme as regras e os princípios de um sistema democrático. É necessário também a atuação imparcial do magistrado, não podendo este atuar conforme seus próprios pensamentos e convicções, mas aplicar a lei conforme ocorrem os fatos.

Um dos principais objetivos deste princípio é a manutenção da ordem jurídica. O magistrado além de aplicador da lei penal, deve garantir direitos e garantias fundamentais aos indivíduos que sofrem a persecução penal.

Com a Constituição Federal em 1988, houve a introdução do sistema acusatório e trouxe consigo no seu artigo 2º de forma explícita o princípio da imparcialidade do Poder Judiciário. Ocorre que o Código de Processo Penal, antes da Lei Anticrime nº 13.964/19, conferia ao magistrado amplos poderes investigatórios e instrutórios, causando um desequilíbrio na relação jurídica processual.

Sobre a imparcialidade conferida ao magistrado, Aury Lopes Jr (2019, p. 71) assevera:



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.

Portanto, ter um juiz imparcial à frente de um processo, fará com que ele atue sem qualquer interesse ou convicção, embora este no momento de sentenciar deva se dirigir à algum dos lados, porém de forma fundamentada.

2.2 Princípio Da Verdade Real

O segundo princípio norteador da atividade jurisdicional é a verdade real, segundo o qual, o magistrado deverá estar mais próximo aos fatos ocorridos, inclusive no tocante da investigação do fato criminoso e principalmente na instrução e julgamento da ação penal.

Sobre o princípio, Guilherme Nucci conceitua (2022, p. 17):

O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente. Mas deve fazê-los apenas durante a instrução. Note-se o disposto nos arts. 209 (“o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”, grifamos), 234 (“se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível”, grifo nosso), 147 (“o juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade”, grifamos), 156 (“a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (...) II — determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”, grifamos), 566 (“não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”, destaque nosso) do Código de Processo Penal, ilustrativos dessa colheita de ofício e da expressa referência à busca da verdade real.

É bem verdade que a busca pela verdade na grande maioria das vezes não atinge o resultado esperado. Não é possível o magistrado saber de forma



exata a realidade fática do fato criminoso. Isso acontece porque na maioria das vezes as testemunhas são insuficientes na reprodução dos fatos perante o juízo.

Por este motivo, Renat Brasileiro afirma (2020, p. 70):

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.

Para que o magistrado não fira os princípios inerentes à função jurisdicional, existem limitações que impedem a busca da verdade.

Capez (2020, p. 104) descreve algumas dessas limitações:

O princípio da verdade real comporta, no entanto, algumas exceções: (i) a impossibilidade de leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte (CPP, art. 479, caput); compreende-se nessa proibição a leitura de jornais ou de qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e ao julgamento dos jurados (CPP, art. 479, parágrafo único); (ii) a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI, e CPP, art. 157); (iii) os limites para depor de pessoas que, em razão de função, ofício ou profissão, devam guardar segredo (CPP, art. 207); (iv) a recusa de depor de parentes do acusado (CPP, art. 206); (v) as restrições à prova, existentes no juízo cível, aplicáveis ao penal, quanto ao estado das pessoas (CPP, art. 155, parágrafo único).

Com a adoção expressa do sistema acusatório no Código de Processo Penal, o magistrado torna-se o destinatário da prova, incumbindo o ônus probatório ao órgão acusatório. Além disso, veda a iniciativa probatória do magistrado ou mesmo substituí-la, representando uma evolução, até antes não vista em reformas do Código de Processos desde sua entrada em vigor em 1941.

2.3 Princípio Do Juiz Natural

Este princípio significa que todo acusado pela prática delitiva tem a previsão da existência de um juízo adequado para julgamento do conflito, conforme regras de competências previstas em lei, vedando-se em qualquer



hipótese juízos ou tribunais de exceções.

Em outras palavras, não pode o ornamento jurídico garantir ao acusado um “juízo de encomenda”. Portanto, é necessário a existência de um juiz e de um tribunal ao tempo do fato criminoso.

Sobre este princípio, Aury Lopes Jr (2021, p. 298) define:

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.

Na mesma linha, Tucci (1989, p. 28) conceitua:

Em outras palavras, a proibição de juízo ou tribunal de exceção determina que devem ser excluídos aqueles órgãos jurisdicionais que se “colocam fora da organização judiciária ordinária, criados em flagrante desrespeito às normas legais, com a exclusiva finalidade de conhecerem e julgarem um ou vários casos concretos.

A princípio dúvida é a implementação do juiz de garantias, que atuará na fase investigativa (ou pré-processual), sem deixar de resguardar os direitos individuais do acusado, violaria o princípio do juiz natural?

Não, a própria Lei nº 13.964/19, divide o processo penal em dois magistrados, sendo que um ficará responsável pela fase investigativa e até o momento do recebimento da denúncia ou queixa. Por sua vez, o juiz das garantias ficará responsável pela instrução e julgamento da ação penal.

Além disso, o artigo 3-D do *Pacote Anticrime* prescreveu uma vedação:

O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo”.



Portanto, o juiz responsável pela instrução e julgamento não terá contato com os o procedimento investigatório que ficaram sob a guarda do juiz das garantias. A única exceção em que haverá “comunicabilidade” entre os juízos serão nos casos de documentos de provas não repetíveis e nas medidas de obtenção ou antecipação probatória.

3 A EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Antes de adentrar ao tema do presente trabalho, faz-se necessário analisar a evolução dos sistemas processuais penais, destacando suas origens, suas particularidades e seus aspectos negativos.

3.1 Sistema Inquisitório

O sistema inquisitório possui sua gênese na Idade Média, a qual perdurou do século V, d. C até o século XV, d. C, tendo o direito canônico como principal ordenamento jurídico, conduzido pelos interesses da Igreja Católica.

A principal característica do processo penal neste período é a junção ou aglutinação das funções de defender, acusar e julgar nas mãos de uma única pessoa.

Em um ambiente de graves violações à direitos e garantias fundamentais, colocar todas as funções no comando de uma única pessoa não traria resultados satisfatórios.

Sobre o sistema inquisitório, Aury Lopes Jr (2020, p. 156) explica:

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.

Neste sistema, ficou evidente a ausência de direitos e garantias fundamentais do acusado. Renato Brasileiro (2020, p. 41) ensina:



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.

Diante esta situação, ficou evidente que o sistema inquisitório ofendeu os direitos e garantias fundamentais do acusado, não sendo possível um processo penal que atuasse de maneira justa e coerente.

3.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório de persecução penal é o mais atual e decorre da própria organização de poderes trazida pela Constituição Federal em seu artigo 2º, no qual atribui a pessoas distintas as funções de defender, acusar e julgar.

Com a entrada em vigor da Lei 13.964/19, que provocou inúmeras mudanças no ordenamento jurídico pátrio, o artigo 3-A do Código de Processo Penal adota de forma explícita o sistema acusatório, apesar do juiz das garantias estar com sua eficácia suspensa por decisão liminar nas ADIs 6.298, 6.300 e 6.305, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a referida lei, atribuiu ao defensor a função de exercer a defesa, ao Ministério Público a função de acusar (artigo 129, inciso I da Constituição Federal artigo 24, *caput*, do Código de Processo Penal) e ao juiz a função de julgar a causa. Quanto à atividade investigatória, caberá a autoridade policial, na figura do delegado de polícia.

Quando comparado ao juiz do sistema inquisitório, que atuava de forma ativa na produção de provas e durante a ação penal, o sistema acusatório surge para “frear” e limitar a atuação do magistrado e como um “remédio”, diante à constante violação de direitos e garantias fundamentais. Atualmente, os princípios da publicidade, oralidade e do contraditório garantem uma proteção jurídica ao acusado frente à persecução penal.

Sábria lição trazida por Aury Lopes Jr (2019, p. 48):



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.

Ferrajoli (2006, 518) compara os sistemas inquisitório e acusatório:

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.

Agora, o juiz torna-se sujeito externo ao processo, não podendo estar ao lado de qualquer das partes, passando a vigorar a regra *“ne procedat iudex ex officio”*, ou seja, não poderá agir o juiz de ofício, podendo este apenas atuar quando for provocado pelas partes.

Atos inquisitórios até então permitidos, passam a ser proibidos, como nos casos de decretação da prisão preventiva, mandado de busca e apreensão, requisição de medidas cautelares, entre outros.

3.3 Sistema Misto

O sistema misto tem sua gênese no Direito Francês, pois une as particularidades do sistema inquisitório e do sistema acusatório.

Guilherme Nucci (2022, p. 28) define este sistema:

Surgido após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas.



Neste sistema, as funções de defender, acusar e julgar continuar a pertencer a pessoas distintas. Ocorre que o maior debate surge quando estamos diante da persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. Por bastante tempo, o Brasil adotava o sistema misto, ainda que passível de críticas por alguns doutrinadores. No entanto, a atualização legislativa trazida pelo artigo 3- A do Código de Processo Penal esteja com sua eficácia suspensa, não restam dúvidas que o referido artigo trouxe expressamente a previsão do sistema acusatório, o que certamente provocará inúmeras mudanças na atividade persecutória e na função jurisdicional.

4 CONCEITO

As principais atribuições do juiz das garantias estão no artigo 3-B do CPPe foram inseridas pela proposta do Deputado Federal Marcelo Freixo (PSOL-RJ) ao PL 882/2019 enviado pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro.

É importante ressaltar que o juiz das garantias não estava inserido originalmente no projeto-lei e que o novo instituto, após passar por todo o procedimento legislativo no Congresso Nacional, foi sancionado pelo Presidente da República Jair Bolsonaro:

O artigo 3º do CPP preceitua:

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:

Com a implementação do instituto na legislação processual penal, pode-se dizer que nossa República estaria caminhando para um sistema persecutório



digno e principalmente com respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado.

A figura do juiz das garantias estaria garantindo uma maior proteção aos direitos e garantias do acusado, especialmente àqueles previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal.

Apesar de todo entusiasmo, muitos questionamentos são colocados em discussão sobre o juiz das garantias.

Sobre esta nova figura, Sanches esclarece (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.

Assim, ocorre uma divisão no sistema persecutório previsto no CPP. Em um primeiro momento, na fase pré-processual, atuará o juiz das garantias e será responsável pelo controle de legalidade da investigação e pela tutela das garantias fundamentais do acusado. Após recebida a denúncia, entra em cena o juiz da instrução, que será responsável por todos os atos, inclusive presidir a audiência de instrução e ao final proferir uma sentença.

4.1 COMPETÊNCIA

Inúmeras competências foram atribuídas ao juiz das garantias. *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:

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

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

4.1.3 - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar



- que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;
- 4.1.4 - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;
- 4.1.5- decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;
- 4.1.6 - 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;
- 4.1.7 - 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;
- 4.1.8 - 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;
- 4.1.9 - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
- 4.1.10- requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
- 4.1.11- decidir sobre os requerimentos de:
- interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
 - afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;
 - busca e apreensão domiciliar;
 - acesso a informações sigilosas;
 - outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;
- 4.1.12 - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;
- 4.1.13 - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;
- 4.1.14 - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;
- 4.1.15 - 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;
- 4.1.16- deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
- 4.1.17 - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;
- 4.1.18 - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo

Em primeiro lugar, é necessário afirmar que todas estas atribuições do juiz das garantias se referem à fase investigatória. Com isso, o sistema acusatório e o princípio da imparcialidade do magistrado são fortalecidos.

Com a ramificação da persecução penal, o juiz de garantias e o juiz da instrução não estão vinculados, apesar do artigo 3-C, §2º trazer uma importante

questão:

§ 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.

Além disso o juiz das garantias não é aplicável quando estamos diante de infrações de menor potencial ofensivo, tribunais de segunda instância (TJs e TRFs), Tribunal do Júri, Justiça Militar, Justiça Eleitoral, crimes que envolvem violência doméstica e familiar e crimes de competência do julgamento colegiado.

5 OS ASPECTOS FAVORÁVEIS AO NOVO INSTITUTO

Quando há uma mudança no sistema processual, sempre existirão vozes a favor ou contra a implementação de um novo instituto, criando certos pré-conceitos, sem o devido aprofundamento como fazem os estudiosos do direito.

Portanto, se faz necessário destacar as principais vozes dos principais atores do processo penal, sem qualquer juízo valorativo.

5.1 A Teoria Da Dissonância Cognitiva

A teoria da dissonância cognitiva tem sua gênese na área da psicologia social e teve como seu idealizador o professor Leon Festinger.

O estudo realizado nos anos 50 quando Leon ocupava a cátedra da Universidade Pública da Cidade de Nova York mostra o comportamento humano e a formação cognitiva quando o ser humano está diante de duas versões distintas de um mesmo objeto.

O advogado criminalista e garantista Aury Lopes Jr (2020, p. 79) explica o que seria esta teoria:

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.

Seguindo os ensinamentos de Festinger, o jurista alemão Brend Schunemann aplicou a teoria da dissonância cognitiva no processo penal e finalizou que é impossível o pré-julgamento agravado, quando o magistrado defere uma prisão preventiva ou outra medida cautelar.

Nas palavras do jurista alemão *apud* Greco (2013, p. 114):

Tendencialmente o juiz apegar-se á na imagem já construída, de modo que ele tentará confirmá-la na instrução, isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes

Várias experiências do jurista foram confirmadas:

Quanto maior for o nível de envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio conhecimento do juiz com a investigação preliminar e o recebimento da denúncia, menor é seu interesse pelas perguntas da defesa para a testemunha e muito mais provável é a frequência com que ele condenará.

É justamente o que ocorre no processo penal brasileiro, no qual o magistrado, que tem o primeiro contato com as informações do inquérito policial forma seu convencimento e que este pré-julgamento será refletido quando do julgamento da ação penal.

Portanto, se faz necessário a implementação de um juiz responsável pela investigação criminal e da salvaguarda dos direitos fundamentais, afastando o magistrado responsável pela instrução e julgamento da ação penal e que não teve contato com as informações colhidas durante na fase investigatória.

Sobre a necessidade de diminuir a figura inquisitorial do magistrado, Renato Brasileiro (2020, p. 125) expõe:



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 (...)

Para que a teoria da dissonância cognitiva mostre seus resultados desejados, é necessário colocá-los em prática na praxis forense.

Aury Lopes Jr (2020, p. 82) mostra seu apoio ao novo instituto e suas consequências:

5.1.1 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);

5.1.2 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;

5.1.3 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;

5.1.4 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.

A implementação no processo penal de um “juiz da investigação” só trará melhores resultados, ainda que o juiz da instrução condene o acusado. A introdução do juiz das garantias visa reforçar e afirmar o princípio da imparcialidade, já previsto desde 1988 pela Constituição Federal. No atual cenário, se mostra impossível, pois o atual Código de Processo Penal elaborado há mais de 70 anos durante o governo do presidente Getúlio Vargas marcado pelo autoritarismo, possui um viés inquisitorial e anti democrático.

5.2 Da Constitucionalidade Do Instituto



Toda lei ordinária para que entre em vigor e possa produzir efeitos é necessário um procedimento legislativo previsto na Constituição Federal. No caso da lei ordinária, é preciso o respeito ao procedimento previsto no artigo 61 da Constituição Federal e estar em harmonia com os demais regramentos previstos na Carta Magna.

Quando a Lei nº 13.964/19 entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020, logo Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram propostas contra o juiz das garantias, levando o STF de forma liminar a suspender a eficácia do dispositivo até a análise do pleno da Augustus Corte.

A primeira ADI nº 6.298 proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros em litisconsórcio com a Associação dos Juizes Federais questionava a inconstitucionalidade formal do juiz das garantias, afirmando que foram violados os artigos 96 e 110 da Constituição Federal, que atribuem a competência dos tribunais em criar órgãos do Poder Judiciário.

Renato Brasileiro (2020, p. 117) defende que o juiz de garantias atribuindo a ela norma de direito processual e assim não haveria violação constitucional:

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.

Ocorre que a introdução de um juiz destinado única e exclusivamente a fase pré-processual, modifica um paradigma.

Nesse sentido, Eugenio 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. 3ºD) 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.

Ao suspender a eficácia do dispositivo de forma liminar, o Ministro do STF Luiz Fux atribui ao juiz das garantias, norma materialmente híbrida, pois verso sobre direito processual penal (cuja competência é da União) e também norma de organização judiciária (cuja competência pertence aos tribunais).

Outro questionamento recaiu sobre o parágrafo único do artigo 3-D do Pacote Anticrime:

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Parágrafo único. 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.

Aqui não restam dúvidas, a competência dos tribunais em criar um rodízio a fim de designar os magistrados. Não poderia assim a Lei nº 13.964/19 invadir a atribuição pertencente aos tribunais.

Renato Brasileiro (2020, p. 119) se opõe:

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).

A segunda ADIn, nº 6.299 proposta pelo partido político Partido Trabalhista Nacional questionava a inconstitucionalidade material do novo instituto, afirmando que haveria violação aos artigos 99, *caput* e 169, §1º, ambos da Constituição Federal e os artigos 103 e 113 das Disposições Constitucionais Transitórias, além de violar a autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário, tendo em vista que



que é necessário uma análise prévia dos impactos financeiros que a lei poderia trazer além de violar o regime fiscal da União.

Sobre este fundamento, o Ministro Luiz Fux decidiu:

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.

Mais uma vez, Renato Brasileiro (2020, p. 116) se opõe:

(...) 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

É preciso afirmar que a introdução do juiz das garantias bifurcará a competência criminal, deixando de lado os impactos nas comarcas menores e distantes.

Não restam dúvidas de que a introdução de um juiz na fase pré-processual mudará um paradigma que vige no Brasil desde os anos de 1940. Agora é necessário analisar a viabilidade do novo instituto no ordenamento jurídico e suas consequências.

5.3 A Viabilidade Do Novo Instituto

Viabilidade significa a aptidão ou a qualidade daquilo que pode dar certo ou



ser desenvolvido.

Sempre que ocorre a criação de um cargo na administração pública, haverá um dispêndio dos recursos dos cofres públicos.

Apesar do juiz das garantias aparentar a criação de uma nova função do Poder Judiciário, o que deverá ocorrer é uma reestruturação na persecução penal e com isso uma reorganização administrativa, conferindo novas competências ao magistrado, sem qualquer onerosidade ao patrimônio público.

A criação do juiz das garantias visa como principal objetivo uma adequada e constitucional prestação jurisdicional.

A Lei nº 13.964/19 apenas quer que o juiz responsável pelo controle da investigação criminal não seja o mesmo que irá conduzir a instrução e julgamento da ação penal. Não fosse assim, cada Estado poderia criar seu próprio “juiz das garantias” bem como criando suas próprias regras processuais.

É bem verdade Brasil a fora apresenta contextos e realidades distintos. Ocorre que a imparcialidade do magistrado está consagrada no rol de direitos de garantias fundamentais em seu artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição Federal, não podendo nem mesmo ser suprimida por Emenda Constitucional, em razão do artigo 60, §4º, inciso IV do mesmo diploma legal.

Vale destacar a fala do Corregedor Nacional do CNJ Humberto Martins em evento que contou com a presença do ministro do STF Dias Tóffoli:

O normativo apresenta um roteiro bastante didático, com opções de diversos caminhos para a implantação. Os tribunais não serão obrigados a adotar nenhum dos moldes organizacionais listados, pois cada Corte terá a discricionariedade para optar pelo desenho institucional mais adequado a sua realidade.

Por fim, destacou o Corregedor do CNJ que a implementação do juiz das garantias se dará de forma eletrônica, tornando o instituto mais acessível e eficiente seja à qualquer das partes e mesmo ao magistrado incumbindo de fazer o controle da legalidade da investigação criminal. Por fim, o Corregedor comprometeu-se que o CNJ por meio de minuta disponibilizará o sistema eletrônico de atos de competência do juiz das garantias a todos os órgãos do Poder Judiciário e atualizar

o módulo criminal do PJE.

5.4 Da Necessidade De Um Juiz Na Fase Pré-Processual

Uma mudança no paradigma existente há 70 anos em nosso ordenamento jurídico é difícil, mesmo para os advogados, delegados de polícia, membros do Ministério Público e os magistrados.

A operação Lava-Jato que durou 6 anos deixou cicatrizes e que deveriam ser curadas para evitarem doenças incuráveis.

Um dos principais fundamentos a favor da implementação do juiz das garantias no Código de Processo Penal é garantir a atuação de um juízo imparcial e evitar o diálogo deste com a acusação, garantindo um equilíbrio dentro do sistema acusatório.

Sobre a necessidade de um juiz das garantias, Pacelli (2020, p. 1.287) nos ensina:

Embora a determinação de criação do juiz de garantias tenha ocupado a preferência nos debates, o grande passo dado pela Lei 13.964/19 foi na direção de um maior esclarecimento legislativo em torno da estrutura acusatória de processo. O novo art. 3º-A, ao estipular a vedação expressa da iniciativa judicial como substitutiva do ônus acusatório que recai no autor da ação penal, vem consagrar, em definitivo, o modelo acusatório no processo penal brasileiro, deixando claro que o juiz não é detentor de iniciativa probatória autônoma, mas apenas para fins de esclarecimento de dúvida surgida na instrução

A justificativa daqueles que defendem que haveria uma otimização da tutela e que seria necessário aperfeiçoamento dos magistrados não merecem prosperar.

O principal propósito trazido pela Lei nº 13.964/19 é evitar uma comunicação das provas produzidas entre o magistrado e a acusação durante a fase investigatória. O juiz da instrução, que presidirá a audiência de instrução e posteriormente julgar da ação penal, precisa ser independente do juiz das garantias, que teve contato com as informações colhidas no inquérito policial.

No estágio da persecução penal, o magistrado que decreta uma prisão em flagrante ou outra medida cautelar, certamente terá um maior espírito condenatório, valorando em menor importância a fase instrutória, passando a ser uma mera



formalidade processual, ainda que a ausência de realização desta enseja nulidade, conforme dispõe a súmula 523 do STF.

As produzidas durante o inquérito policial têm como seu destinatário imediato o Ministério Público e seus membros com independência funcional poderão promover o arquivamento do inquérito, propor denúncia em desfavor do acusado, poderão requisitar novas diligências no inquérito policial ou ainda se presentes os requisitos autorizadores propor o acordo de não persecução penal para com o acusado.

A necessidade um juiz das garantias é necessária porque este em nenhuma hipótese poderá formar seu convencimento sobre o mérito da ação penal.

Outra justificativa é que o artigo 155, *caput*, do CPP, alterado pela redação da Lei 11.690/08 e que delimitou de forma clara e objetiva a atuação do juiz, *in verbis*:

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.

Muito embora o dispositivo legal precisará sofrer uma atualização, pois com a introdução do juiz das garantias pela Lei nº 13.964/19, o juiz que ficará a cargo de julgar a ação penal não poderá ter contato com as informações colhidas na investigação criminal.

Apesar de algumas situações se derem na fase investigatória, como por exemplo o depoimento de testemunha em sede policial, será necessário que a corroboração dos fatos em juízo, a qual será presidido por um magistrado equidistante da fase investigatória.

Na fase pré-processual, devido a sua natureza jurídica inquisitorial marcada pela ausência de contraditório, o investigado deve ser considerado inocente. Ainda que venha a ser condenado, só poderá ser punido após o trânsito em julgado, conforme dispõe o artigo 5, inciso LVII da Constituição Federal e confirmado pelo plenário do STF quando julgadas as ADCs 43, 44 e 54.

6 CONCLUSÃO



Diante de todo o exposto, foi possível mostrar que a introdução do juiz das garantias e do sistema acusatório pela Lei nº 13.964/19 se fez necessária, para atender a previsto do artigo 2º da Constituição Federal e concretizar uma garantia processual ao acusado dentro do Estado Democrático de Direito, muito embora o dispositivo esteja suspenso após decisão liminar proferida pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux.

A necessidade de um juiz das garantias tem como objetivo principal objetivo o fortalecimento do princípio da imparcialidade, afastando o julgador das provas colhidas em sede de inquérito policial. As legislações da Espanha, Portugal, Itália, França e Alemanha e dos Estados Unidos já o adotavam e separavam as atribuições entre os magistrados. Não poderia no Brasil ser diferente, especialmente depois dos traumas causados pela Operação Lava Jato (2014-2021), na qual ganhou destaque um juiz federal (Sérgio Moro), atendendo aos desejos da sociedade pelo desejo de punição frente à criminalidade organizada e muitas vezes passando por cima de direitos e garantias fundamentais de agentes políticos e particulares.

Embora enfrente resistências, o juiz das garantias será fundamental quando o magistrado julgar a ação penal, uma vez que este não estaria contaminado com as provas colhidas na fase pré-processual. A implementação do sistema acusatório e da vedação da substituição acusatória mostra uma enorme evolução no processo penal outorgado nos anos de 1940 com um véis inquisitorial, fruto do período ditatorial da época.

Portanto, uma mudança do paradigma sob a perspectiva constitucional e democrática é necessária a fim de evitar a usurpação das funções por parte do Poder Judiciário.

A busca pelo equilíbrio através do fortalecimento do princípio da imparcialidade até então era uma utopia. Agora, com a Lei nº 13.964/19, o juiz das garantias tende a se tornar uma realidade na persecução penal.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2020.

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: 12 Jun. 2022.

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: 12 Jun. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

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

Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo / Rogério Lauria Tucci, José Rogério Cruz e Tucci. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 1989.

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

PIMENTEL. Mauro. **Atualmente, o juiz que analisa pedidos de polícia e do Ministério Público é o mesmo que pode condenar ou absolver o réu**. https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/01/15/interna_politica,1114613/juiz-de-garantias-nao-se-aplica-em-violencia-domestica-e-familiar.shtml. Acesso em: 12. Junho. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p .451.

Migalhas. Redação do. **Corregedor Nacional confirma viabilidade do juiz das garantias e propõe resolução**. Migalhas. <https://www.migalhas.com.br/quentes/329574/corregedor-nacional-confirma-viabilidade-do-juiz-das-garantias-e-propoe-resolucao>. Acesso em: 12. Jun. 2022.



NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal** – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

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: 12 Jun. 2022.