

JUIZ DAS GARANTIAS: SERIA ESSA UMA BOA IDEIA PARA O DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO?

NASCIMENTO, Juan Carlos Serafim Parrilha
*juancarlosserafim@gmail.com*¹

SANCHEZ, Cláudio José Palma
*palma@femanet.com.br*²

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo analisar a figura do juiz das garantias dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de forma a possibilitar uma visão crítica sobre o mesmo. De início, traçamos uma conceituação do que é o juiz das garantias e como o legislador procurou defini-lo, além das discussões sobre este instrumento no STF. Em seguida, procuramos compreender o ordenamento processual penal brasileiro, sob sua faceta doutrinária, recorrendo a grandes nomes do direito penal como Aury Lopes Jr, Guilherme Nucci e Renato Brasileiro Lima. Por último, averiguamos a figura do juiz das garantias e, a partir de uma crítica sobre o instituto, discorremos sobre sua constitucionalidade, posto que o mesmo não surge como nova vara ou juízo, embora a mesma seja parcial, pois, com a crítica, verificamos que há dispositivo que interfere no exercício da jurisdição.

PALAVRAS CHAVE: Juiz das garantias; Processo Penal; Constitucionalidade

ABSTRACT: This work aims to analyze the “guarantee” judge inside Brazilian’s law, on the way to build a critical view about it. From start, we make a concept to what is guarantee judge, how the lawmaker seek to define it and yet how the STF is discussing the topic. Then, we seek to understand how is builded brazilian’s procedural penal law behind doctrinal views. For that, we use the knowledge of great names such as Aury Lopes Jr, Guilherme Nucci and Renato Brasileiro Lima. At last, beyond the critic, we defend that the tool of guarantee judge is constitutional, once it doesn’t mean any new court. This constitutionality, however, isn’t full, because further the critic we could see that the law who creates it brings clause who interfere in judge’s jurisdiction.

KEYWORDS: Guarantee judge, Procedural Penal, Constitutionality

¹ Graduando em Direito na Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA e Secretário Geral do Diretório Acadêmico de Direito “Dr. Luciano Tertuliano da Silva” na Gestão 2019/2021.

² Professor Mestre da Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

INTRODUÇÃO

Alvo de uma verdadeira agitação na mídia, a criação do juiz das garantias foi introduzida no “Pacote Anticrime – PL nº 6341/2019” mediante emenda da deputada Margarete Coelho (PP/PI) e do deputado Paulo Teixeira (PT/SP).

A mídia e parte da população dava como certo o veto do Presidente da República aos dispositivos inerentes ao juiz das garantias. O Presidente, contudo, os sancionou integralmente.

Tal especulação existia, pois, no âmago da proposta houveram diversas manifestações contrárias. Tanto é verdade, que a própria AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil) e a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), por exemplo, enviaram ofícios ao Ministro da Justiça e Segurança Pública da época, Sr. Sérgio Moro, requerendo o veto integral dos dispositivos referentes ao juiz das garantias.

Antes mesmo de sua vigência, o tema foi judicializado. Inicialmente, o Min. Dias Toffoli concedeu liminar em ADI para adiar, por seis meses, a implementação do juiz das garantias. Todavia, nem uma semana depois, o Min. Relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 revogou a decisão monocrática do Presidente do STF e suspendeu a eficácia da implementação do juiz das garantias até posterior análise do plenário, o que até a presente data não aconteceu, nem mesmo de maneira virtual.

O juiz das garantias é uma das maiores e mais esperadas mudanças do código de processo penal. Isso porque é cediço que o nosso código de processo penal tem como nascedouro a Segunda Guerra Mundial e, apesar de já ter sofrido diversas mudanças, a sua base contaminada de traços inquisitoriais permanecia intacta.

Tendo como um dos principais fundamentos a concretização do sistema acusatório apontado pela Constituição Federal de 1988, o juiz das garantias veio para melhor adequar o nosso código de processo penal à ordem constitucional e, de modo geral, à nova ordem social.

Por fim, o objeto da presente pesquisa tem um papel muito importante na materialização do direito à imparcialidade, mormente porque elenca como causa de impedimento do juiz a sua atuação na primeira fase da persecução penal. Deste modo, o que acompanhar as investigações preliminares não será o mesmo que irá instruir o feito e proferir a sentença.

OBJETIVOS

O objetivo central da presente pesquisa é constatar a viabilidade ou não do novo instituto do juiz das garantias no direito processual penal brasileiro. Assim sendo, faremos um estudo sobre as mudanças ocasionadas pelo presente instituto, com ênfase na concretização do sistema processual acusatório e suas características. Ademais, iremos buscar a conceituação do Juiz das garantias, comentários sobre sua competência funcional e, por fim, a abrangência processual no âmbito do primeiro grau.

Considerando que o Min. Luiz Fux, relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, suspendeu cautelarmente a implantação do juiz das garantias e de outros dispositivos, mister se faz examinar os dispositivos do instituto em tela com o escopo de apreciar a sua constitucionalidade.

Por fim, a presente pesquisa visa alcançar demais impactos ocasionados pela criação da figura do juiz das garantias na legislação processual penal.

JUSTIFICATIVA

De plano, é possível constatar que a criação da figura do Juiz de Garantias atinge diversos institutos do ordenamento jurídico brasileiro, tais como: a) competência; b) sistema processual penal brasileiro; c) possível inconstitucionalidade; e etc.

Por isso, se o plenário do Supremo Tribunal Federal derrubar a medida cautelar do Min. Luiz Fux e entender pela improcedência das ADIs já mencionadas, a presente ajudará os operadores do direito nas eventuais mudanças que tal instituto traria no processo penal brasileiro.

Noutras palavras, o presente estudo irá promover o conhecimento de um tema notadamente importante para o avanço dos direitos e garantias fundamentais no Brasil e do processo penal como um todo. Todavia, até a presente data, o Supremo Tribunal Federal não analisou a constitucionalidade desse tão aguardado instituto.

Quando da aprovação da Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como lei anticrime, muito se falou na mídia sobre a figura do juiz das garantias, mormente porque esperava-se o veto do Presidente da República quanto aos dispositivos do instituto em comento. Isto posto, o tema foi apresentado de maneira superficial pela mídia, o que é um

grande erro, haja vista que a figura do juiz das garantias é rica de aplicabilidade prática, podendo mudar completamente a praxe jurídica.

Ademais, eventual estudo não é benéfico só para a comunidade jurídica, mas para a sociedade como um todo. Afinal, qualquer um pode ser alvo da Persecução Penal Estatal, então, com a exposição técnica e direta do tema, cidadãos interessados podem tirar suas próprias conclusões, para então decidir se o atual modelo fere o princípio da imparcialidade ou se o Magistrado que acompanhou o inquérito policial está apto presidir a instrução processual e julgar o feito devido ao conhecimento da causa.

Por fim, vale lembrar que todo trabalho científico já possui por si só uma grande relevância social. Isso porque a pesquisa é uma das melhores formas de aprendizado, dado o grande esforço para concluí-la, isto é, a leitura de diversos livros, artigos, textos e legislações. Além do mais, o trabalho científico nos ajuda a conhecer os diversos fundamentos das teses antagônicas e, não raras vezes, mudamos algumas de nossas “crenças” ou fundamentamos ainda mais a teoria na qual somos adeptos.

METODOLOGIA

A metodologia empregada no presente trabalho foi, de maneira integral, pautada na revisão bibliográfica.

Em primeiro plano, abordamos as mais renomadas doutrinas de direito processual penal do País para melhor compreender a estrutura do processo penal brasileiro. Isso porque, um dos principais fundamentos do juiz das garantias é a concretização do sistema acusatório abalizado pela CF/88. Logo, tecer comentários sobre os sistemas processuais penais torna-se indispensável.

A mesma doutrina já discorreu sobre o juiz das garantias, mesmo que indiretamente. As referidas teses, entretanto, não são pacíficas. Ainda assim, a presente pesquisa buscará apresentar ambas as teses, até porque não se pode construir uma crença sobre determinado assunto sem que antes nos debruçemos sobre todos os pontos a ele inerentes, sob pena de perda do caráter científico da opinião aderida.

Vale salientar que o tema não é recente, ou seja, não foi nenhuma revolução do legislador que emendou o Projeto de Lei nº 6.341/2019. Portanto, para complementar a revisão bibliográfica e melhor estruturar a tese, estudamos a legislação penal inerente ao

Juiz de Garantias, isto é, tanto os trechos do Anteprojeto do novo CPP, quanto os trechos da Lei 13.964/2019 do Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro.

RESULTADOS

O Código de Processo Penal brasileiro ultrapassa a marca dos 79 anos de idade. Decretado durante a Segunda Guerra Mundial e ainda em vigor, o CPP sofreu diversas alterações. As ditas modificações foram fomentadas tanto pela incorporação de inúmeros Tratados Internacionais - com ênfase ao Pacto de São José da Costa Rica - quanto por mudanças concebidas pelo legislativo.

Quanto às alterações decorrentes de leis decretadas pelo legislativo, vale destacar as seguintes: a) Lei. 10.792/03 - mudanças no instituto do interrogatório; b) Lei. 11.689/08 que promoveu diversas mudanças em todo o procedimento dos processos de competência do tribunal do júri; e c) Lei. 12.403/11 - numerosas mudanças quanto às medidas cautelares e algumas a respeito da prisão, vide art. 306 do CPP que determina a comunicação imediata da prisão ao Juiz, ao MP e à família do flagrantado.

Todavia, o alicerce do processo penal brasileiro foi mantido, isto é, os traços inquisitoriais provenientes da época ainda subsistem. Prova disso, são normas processuais totalitárias que desafiam a própria constituição federal e a convencionalidade, tais como: a) o poder do magistrado de requisitar a instauração de inquérito policial - art. 5º, II do CPP; b) como também, o de produzir antecipadamente provas consideradas urgentes e relevantes ou, de realizar diligências de ofício para dirimir dúvida sobre ponto relevante - art. 156, I e II do CPP; e c) a busca domiciliar realizada pelo próprio Juiz - art. 241 do CPP.

Constata-se, então, uma certa incompatibilidade do Código de Processo Penal com a Constituição Federal de 1988. Isto posto, tem-se que seria correto reformular toda legislação processual do País, para, assim, entrar em completa consonância com a ordem constitucional e convencional, sobretudo aos preceitos do sistema processual acusatório - art. 129, inc. I da CRFB/88 - e da garantia à imparcialidade do julgador - art. 8º, n.º 1 da CADH. Logo, é descabido compreender o processo penal como um mero instrumento de exercício do *jus puniendi* estatal.

Em verdade, o processo penal deve ser conceituado como um sistema de tutela dos direitos e garantias fundamentais do acusado, mormente porque um País que não respeita

preceitos constitucionais básicos não é um País democrático. Nesse sentido, Lima (2020, p. 105):

Afinal, não se pode mais compreender o processo penal como um mero instrumento necessário para o exercício da pretensão punitiva do Estado. **Muito além disso, o processo penal há de ser compreendido como uma forma de tutela dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo** [destaque nosso]

Faz-se necessário, então, discorrer, ainda que de maneira sucinta, sobre os três sistemas processuais penais.

Principiado na Revolução Francesa, o sistema acusatório triunfou sobre o sistema inquisitório que predominava no período da Idade das Trevas, época na qual inexistia qualquer resquício de direitos e garantias individuais, tampouco se falava em dignidade da pessoa humana. O sistema acusatório é o mais adotado pelos países democráticos, máxime porque assinala como principal característica a separação das funções de acusar, defender e julgar. Há, ainda, outras características essenciais, tais como o respeito ao contraditório e à ampla defesa, os princípios da oralidade, da publicidade, da presunção de inocência, da imparcialidade do julgador e outros.

Já o sistema inquisitivo é aquele caracterizado pela concentração de poder em uma só pessoa, o julgador. Assim sendo, tem-se que o processo penal da época era apenas um procedimento de autotutela do Estado, de modo que o juiz inquisidor servia ao rei, inexistindo qualquer vestígio de imparcialidade. Portanto, se não há, no referido sistema, as características primordiais do sistema acusatório, também não há de se falar em respeito ao contraditório, máxime porque além do sigilo absoluto, não havia debates orais e a confissão do acusado era tida como a rainha das provas.

Sob a égide do sistema inquisitivo, o processo penal foi utilizado pela Igreja Católica na Santa Inquisição como instrumento de perseguição aos “hereges”. Deste modo, ao invés de promover Justiça com respeito aos princípios humanos básicos, o sistema inquisitivo impulsionou uma literal caça às bruxas que resultou nas já conhecidas atrocidades históricas. Com a adoção dos ideais iluministas na Revolução Francesa, o sistema inquisitivo mostrou-se incompatível com o processo penal da “nova realidade”.

Tem-se, como um meio termo, o sistema processual misto ou inquisitivo garantista, como preferem alguns autores. Como o próprio nome já diz, trata-se de um intermediário entre o sistema acusatório e o inquisitivo, mormente porque ao mesmo tempo que redige o processo penal com respeito a direitos e garantias individuais, possui traços inquisitoriais.

Mas afinal, qual é o sistema processual adotado pelo Brasil? A doutrina diverge e tem duas correntes.

A primeira corrente (majoritária) sustenta que o modelo adotado pelo Brasil é o acusatório, pois resta claro o seu acolhimento em diversos princípios da Constituição Federal de 1988, tais como: i) obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais - art. 93, inciso IX da CF/88; ii) garantia à isonomia processual - art. 5º, inciso I da CF/88; iii) princípio do juiz natural - art. 5º incisos XXXVII e LIII da CRFB/88; iv) princípio do devido processo legal - art. 5º, inciso LIV da CF; v) princípio do contraditório e da ampla defesa - art. 5º, inciso LV da Carta Magna; vi) princípio da presunção de inocência - art. 5º, inciso LVII da CF/88; e vii) Ministério Público como titular da ação penal pública - art. 129, I da CRFB/88.

É o entendimento adotado por Lima (2020, p. 44-45):

Pelo **sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inciso I)**, que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória e na fase processual, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais, do Ministério Público e, no curso da instrução processual penal, das partes. É exatamente nesse sentido, aliás, o art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), segundo o qual “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”.

[...] 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 [grifo nosso]

Na mesma linha, Avena (2020, p. 11):

Afinal, todos concordam que, embora inexista um dispositivo legal expresso na Constituição Federal de 1988, é dela que se extrai o conjunto de princípios e normas que **conduz ao entendimento de que o direito brasileiro agasalhou o sistema acusatório** [grifamos]

A segunda corrente, defende que o sistema processual adotado pelo Brasil é o misto, uma vez que a persecução penal é dividida em duas partes: a) investigatória que é realizada sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, sendo o inquérito policial um ato escrito e sigiloso, o que caracteriza a fase como inquisitória; e b) a fase processual, que possui a devida separação das funções de acusar, defender e julgar e, é iniciada com o oferecimento da denúncia pelo órgão de acusação, ocasião na qual o denunciado terá o direito ao

contraditório e a ampla defesa; O procedimento é, em regra, público; há oralidade e igualdade entre as partes, como também o direito de se defender sempre após as alegações do Ministério Público.

É o entendimento lecionado por Nucci (2019, p. 50):

O sistema adotado no Brasil é o misto. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; **entretanto, como mencionado, indicam um sistema acusatório, mas não o impõem**, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal [destaque nosso].

Isoladamente, há aqueles que sustentam (com razão) a adoção do sistema processual inquisitório. Isso porque, apesar da separação das funções (art. 129, I da CF) e dos diversos princípios constitucionais democráticos, alguns traços inquisitoriais ainda subsistem no Código de Processo Penal. Para a existência de um verdadeiro sistema acusatório, não basta a mera separação das funções e poderes, é necessário que a figura do juiz investigador e acusador tenha o seu fim, isto é, que o mesmo não determine provas de ofício, mas apenas defira ou não a sua realização.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2020, p. 52) muito bem assevera:

O processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. **Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória**, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador era inquisitivo, **pois a gestão da prova estava nas mãos do juiz** [grifamos].

Mesmo com o advento da Lei 13.964/2019, algumas destas normas inquisitoriais supramencionadas não foram revogadas expressamente, como é o caso daquelas previstas nos art. 127, 156, II, 196, 209, 234, 241, 242 e 366, todos do Código de Processo Penal. Não há dúvidas que a atuação *ex officio* do juiz viola o sistema acusatório e contamina a tão almejada imparcialidade do julgador, visto que ao determinar a produção de determinada prova, o magistrado ficará, ainda que involuntariamente, vinculado à essa decisão, seja ela benéfica ou não ao réu. Desta forma, em eventual contraposição à prova produzida pelo juiz, o mesmo poderá resistir, valorando-a exageradamente, adotando o seu resultado como uma verdade real.

Em sentido contrário, Gustavo Henrique Badaró (2020, p. RB-1.16):

De outro lado, os poderes instrutórios do juiz não representam um perigo à sua imparcialidade. É necessário, porém, esclarecer em que medida poderá exercer tais poderes. A categoria “poderes instrutórios do juiz” é bastante

heterogênea, incluindo poderes que vão desde a busca da fonte de provas (atividade propriamente investigativa) até a introdução em juízo de provas de cuja existência já tenha conhecimento. Partindo da distinção entre fontes de provas e meios de prova, percebe-se, facilmente, que a imparcialidade corre perigo quando o juiz é um pesquisador, ou um “buscador” de fontes de provas. Já o juiz que, diante da notícia de uma fonte de prova, por exemplo, a informação de que certa pessoa presenciou os fatos, determina a produção do meio de prova correspondente – o testemunho –, para incorporar ao processo os elementos de informações contidos na fonte de prova, não está comprometido com uma hipótese prévia, não colocando em risco a sua posição de imparcialidade. Ao contrário, o resultado da produção daquele meio de prova pode ser em sentido positivo ou negativo, quanto à ocorrência do fato.

Sob o enfoque histórico, os poderes de iniciativa probatória do juiz se ligam ao modelo inquisitório. Todavia, modernamente, o processo acusatório admite que o juiz seja dotado de poderes instrutórios, ou seja, é compatível com um juiz dotado de poderes para determinar ex officio a produção de provas [destacamos].

Ainda assim, a intenção do legislador de concretizar o sistema acusatório ficou clara quando da inclusão - via Lei 13.964/2019 - do art. 3-A do CPP. O dispositivo ora mencionado é o primeiro do rol do “Juiz das Garantias”. Todavia, mesmo integrando a enumeração do instituto, com ele não guarda nenhuma relação técnica ou organizacional. Isso porque, como já dito, cuida-se de mera confirmação do sistema acusatório adotado pela CF/88, *in verbis*: “Art. 3º-A. 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”.

Nessa linha, Pacelli (2020, p. 1.287):

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 [grifo nosso]

Aqui entra a primeira crítica, apesar do legislador concretizar o sistema acusatório determinado pela Constituição, vedando a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória da acusação, o mesmo não revogou expressamente os artigos que conferem esses poderes ao Magistrado. Todavia, houve a chamada revogação tácita, dada a incompatibilidade do art. 3-A (lei posterior) com os dispositivos violadores do sistema processual acusatório. É o que determina o art. 2º, §1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior [grifamos].

Nesse diapasão, Aury Lopes Jr. (2020, p. 53) muito bem explana:

Compreenderam que a constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, **era necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como os arts. 156, 385 etc.)**, pois são “substancialmente inconstitucionais” (e, agora, **estão tacitamente revogados** pelo art. 3º-A do CPP, com a redação da Lei n. 13.964) [destacamos].

De igual forma, Lima leciona (2020, p. 112):

Operou-se, pois, a revogação tácita do art. 156, inciso II, do CPP, bem como de todos os demais dispositivos constantes do Código de Processo Penal que atribuíam ao juiz da instrução e julgamento iniciativa probatória no curso do processo penal. É bem verdade que o legislador poderia ter sido mais direto e objetivo, revogando-os expressamente, de modo a privilegiar a técnica e a própria segurança jurídica. Mas tal omissão não impede que se produza uma interpretação sistemática, coerente com o próprio espírito das mudanças produzidas pela Lei n. 13.964/19 e com o sistema acusatório, que sempre repudiou veementemente esta iniciativa probatória no curso do processo judicial. É tempo, pois, de deixarmos de acreditar, ingenuamente, que o magistrado não tem sua imparcialidade contaminada ao procurar se substituir às partes no tocante à produção de provas [destaque nosso].

Feitas as devidas considerações sobre a relação do direito processual penal com o Juiz das garantias, passemos a uma breve análise do instituto em si.

Nos termos do art. 3º-B do CPP, 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. Trata-se de autêntica espécie de competência funcional, posto que, a depender da fase da persecução penal, o juiz competente será o das garantias ou da instrução. Noutras palavras, desde a instauração do inquérito policial até o recebimento da denúncia ou queixa, a competência funcional será do juiz das garantias, após o recebimento da inicial acusatória o juiz da instrução e julgamento será, em regra, competente até o trânsito em julgado de sentença condenatória ou absolutória.

A função jurisdicional do juiz das garantias, entretanto, não é nenhuma novidade. Isso porque sabe-se que sempre existiu na democracia brasileira uma autoridade competente para resguardar os direitos e garantias individuais em ambas as fases da

persecução penal. Ocorre que tal juiz também era competente para atuar na instrução e julgamento do feito, contaminando assim a sua imparcialidade. Todavia, o legislador da época era adepto da corrente defensora da compatibilidade dos poderes instrutórios do magistrado com o sistema acusatório.

Finalmente o cenário mudou, e o legislador atual percebeu a latente contaminação da imparcialidade do juiz que substitui a atuação probatória do órgão de acusação, como se vê na segunda parte do art. 3º-A do CPP. Tem-se, pois, outro fundamento do instituto do juiz das garantias, isto é, a garantia real de imparcialidade. Portanto, quando do julgamento de mérito das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 que poderá culminar na plena vigência dos dispositivos suspensos cautelarmente pelo Min. Luiz Fux, o juiz que intervir na primeira fase da persecução penal, deliberando sobre uma busca e apreensão por exemplo, estará impedido de atuar na instrução do feito (art. 3º-D do CPP).

Os atos de competência do juiz das garantias estão inseridos nos diversos incisos do art. 3º-B do CPP. Infelizmente, não há espaço na presente pesquisa para comentá-los um a um. Sem embargo, cumpre elucidar que todos estes atos são, em sua essência, referentes ao inquérito policial, como por exemplo, deliberar sobre: interceptação telefônica (inc. XI, “a”), quebra de sigilo bancário (inc. XI, “b”), prorrogação das investigações (inc. VIII), prisão provisória (inc. V e VI) e etc. Vale lembrar, que o rol do artigo em comento é exemplificativo, isto é, se houverem atos em situações semelhantes, a competência também será do juiz de garantias.

Isto posto, tem-se a seguinte indagação: A figura do juiz das garantias estará presente em todos os processos criminais? A resposta para essa pergunta está esculpida na redação do art. 3-C do CPP. O aludido dispositivo determina: “A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste código”.

Apesar da redação do artigo ser bem clara e objetiva, há discussões na doutrina e na jurisprudência pátria quanto à existência da figura do juiz das garantias em determinadas causas, como no âmbito do Tribunal do Júri e dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Essa discussão começou na decisão proferida pelo Min. Dias Toffoli nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300 no dia 15/01/2020. Isso porque, na referida ocasião, o Min. concedeu medida cautelar para conferir a interpretação de que os arts. 3º-B a 3º-F não seriam aplicáveis a

processos de competência do Tribunal do Júri. Nas palavras do Min. Dias Toffoli deve ser afastada a aplicação do juiz de garantias dos processos de competência do Tribunal do Júri, visto que, nesses casos, o veredicto fica a cargo de um órgão coletivo, o Conselho de Sentença. Portanto, opera-se uma lógica semelhante à dos Tribunais: o julgamento coletivo, por si só, é fator de reforço da imparcialidade.

A interpretação do Ilustre Ministro nos parece um tanto quanto equivocada, mormente porque é cediço que o Conselho de Sentença não possui qualquer função jurisdicional. Há de se considerar, ainda, a já exposta essência do juiz das garantias, isto é, blindar a garantia de um julgamento por um juiz realmente imparcial. Isto posto, não há qualquer argumento apto a sustentar o afastamento do juiz das garantias nos crimes de competência do Tribunal do Júri, até porque o juiz que acompanha as investigações preliminares é o mesmo que eventualmente pronunciará ou não o acusado.

Ora, na ilustração supra, o juiz sumariante evidentemente estará com sua imparcialidade contaminada, ainda que involuntariamente, pelas provas que deferiu. Portanto, afastar o juiz das garantias dos crimes dolosos contra a vida, seria violar o sistema acusatório com base em uma “interpretação” ilógica. Nesse diapasão, Lima pontua (2020, p. 149):

Enfim, se a premissa orientadora do instituto do juiz das garantias é a de uma predisposição cognitivo-confirmativa do juiz de instrução e julgamento que atuou durante o inquérito, que passaria, então, a atuar de forma a confirmar suas decisões na etapa processual, **a lógica nos parece a mesma quanto ao Júri**. Destarte, interpretando-se o art. 3º-D do CPP à luz do procedimento bifásico dos crimes dolosos contra a vida, conclui-se que “o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 3º-B ficará impedido de funcionar como juiz sumariante no sumário da culpa ou como juiz-presidente no plenário do júri” [grifamos].

Quanto à interpretação dada à aplicação do instituto nos crimes de violência doméstica, o Min. Dias Toffoli aduziu que em razão da natureza dos delitos, uma cisão entre as fases de investigação e de instrução e julgamento impediria o juiz de conhecer todo o contexto da agressão relatada e, por isso, o procedimento deveria ser mais dinâmico e célere para combater a violência doméstica.

Por mais deploráveis que sejam os delitos de violência doméstica e familiar, os pontos suscitados pelo Min. não são suficientes para afastar a aplicação do art. 3º-C nestes processos. Ademais, a interpretação conferida pelo ministro nada mais é do que um verdadeiro direito penal do inimigo, máxime porque exclui desses acusados o direito

fundamental de ser julgado por um juiz imparcial. Não importa o delito, não há motivos aptos a justificar a restrição de direitos e garantias fundamentais.

Realizados os esclarecimentos referentes à aplicabilidade do juiz das garantias, passemos à análise da constitucionalidade dos dispositivos inerentes do instituto.

Como já afirmamos algumas vezes, o instituto do juiz das garantias encontra-se suspenso por força de decisão do Min. Luiz Fux nas diversas ADIs também já mencionadas. Logo, iremos abordar os pontos tanto daqueles que defendem a inconstitucionalidade quanto os que defendem a constitucionalidade da figura do juiz das garantias.

A primeira corrente defende a inconstitucionalidade formal e material de todo o instituto do juiz das garantias. Para essa corrente, o juiz das garantias estaria contaminado de inconstitucionalidade formal, uma vez que ofende a competência do Poder Judiciário de criar seus próprios órgãos e juízos e também de se organizar, nos termos do art. 96, I e II da CF e arts. 110 e 125, §1º da mesma Carta. Sustentam ainda, que o instituto está contaminado de inconstitucionalidade material, posto que violou a autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário (art. 99 da CF) e, ainda, não veio acompanhado de prévia dotação orçamentária de implementação das alterações acarretadas pelo juiz das garantias, nos termos do art. 169, §1º da CF/88.

Preferimos a segunda corrente. Ora, se uma norma de direito processual é aquela que versa sobre a jurisdição e o juiz das garantias nada mais é do que uma espécie de competência funcional, elemento este diretamente ligado à jurisdição, haja vista que é um delimitador da jurisdição, não há que se falar em incompetência legislativa da União. Ao contrário do que a AJUFE e a AMB sustentam nas ADIs já mencionadas, não se tem nenhuma evidência concreta de que a criação do juiz das garantias onera significativamente o Poder Judiciário, máxime porque sabemos que não foi criado nenhum novo Juízo ou Vara especializada, mas apenas um critério de separação da competência, os juízes sempre foram responsáveis pelo controle da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos e garantias individuais.

O que será necessário, entretanto, é a redistribuição dos trabalhos entre juízes. O magistrado que praticou determinado ato na investigação preliminar estará impedido de figurar na instrução e julgamento do feito. Noutras palavras, trata-se de mera adequação da estrutura judiciária já existente no País para que não recaia sobre o mesmo magistrado

as funções de acompanhar as investigações com os zelos de praxe e instrução e julgamento do processo.

Todavia, não se pode ignorar o excesso cometido pelo legislador quando da edição do parágrafo único do art. 3º-D. Nesse ponto, não se pode olvidar a invasão da competência organizacional do Poder Judiciário, mormente porque o legislador determinou 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”. Tal determinação retira dos tribunais a autonomia de escolher uma maneira melhor ou uma que caiba no seu orçamento de implementar o juiz das garantias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preliminarmente, com o presente estudo constatamos que o objetivo do legislador quando da criação do juiz das garantias foi a concretização do sistema processual acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988. Conseqüentemente, houve a revogação tácita de dispositivos inquisitórios incompatíveis com o sistema acusatório, como é o caso, por exemplo, do art. 156, I e II do CPP. Com isso, a garantia à imparcialidade, ao contrário do que era antigamente, agora é tangível.

Em seguida, abordamos as peculiaridades do juiz das garantias, momento no qual trouxemos diversas ponderações bibliográficas de renomados autores sobre o assunto, assim como alguns dos argumentos debatidos nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em trâmite no Supremo Tribunal Federal para, então, melhor explicar o conceito, a aplicabilidade e a abrangência da competência do juiz das garantias.

Após comentarmos o instituto em si, realizamos uma breve análise da constitucionalidade de seus dispositivos, onde concluímos pela constitucionalidade parcial do texto do juiz das garantias. Primeiramente, em razão de não ter criado nenhum novo juízo ou vara especializada e, tampouco, determinado como deve ser implementado, ressalvado a hipótese do art. 3º-D, §1º do CPP.

Por fim, conseguimos atingir a principal finalidade da pesquisa, qual seja, constatar a viabilidade do juiz das garantias no processo penal brasileiro. Após os resultados já expostos, podemos concluir que sim, o processo penal merece a figura do juiz das garantias, mormente porque precisa se adequar à nova ordem constitucional e convencional, assim como precisa abandonar todos os resquícios de um sistema inquisitivo ou misto. O Brasil, mais do que nunca, precisa de um verdadeiro sistema acusatório, ainda mais considerando os severos aumentos proporcionados pela Lei. 13.964/2019 nas penas de diversos crimes.

Noutras palavras, a punição tem de ser realizada através de um mecanismo justo e transparente. Os fins jamais justificarão os meios. Não se pode transformar o processo penal em um mero mecanismo de exercício do *jus puniendi* do Estado, punição para satisfazer os algozes da sociedade.

REFERÊNCIAS:

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991708/>>. Acesso em: 30 Nov 2020

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal [livro eletrônico, 6 mb, formato ePub]**. 6ª ed. baseada na 8ª ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 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/del3689.htm>. Acesso em: 14 de set. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 8ª. ed. Ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES, J.A.C. L. **Direito processual penal**. 17ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

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