



MARIANA SOUSA RESENDE

**A INSTITUIÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS COMO
FERRAMENTA DE LEGITIMAÇÃO DA ATIVIDADE
JURISDICIONAL**

**LAVRAS – MG
2022**

MARIANA SOUSA RESENDE

**A INSTITUIÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS COMO FERRAMENTA DE
LEGITIMAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal de Lavras, como parte das
exigências do Curso de Direito, para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Ricardo Augusto de Araújo Teixeira
Orientador

**LAVRAS – MG
2022**

MARIANA SOUSA RESENDE

**A INSTITUIÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS COMO FERRAMENTA DE
LEGITIMAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL**

**THE INSTITUTION OF THE JUDGE OF GUARANTEES AS A TOOL FOR
LEGITIMATION OF JURISDICTIONAL ACTIVITY**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal de Lavras, como parte das
exigências do Curso de Direito, para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Dr. Ricardo Augusto de Araújo Teixeira PUC Minas
Bel. Thaís Aparecida de Carvalho UNIPTAN

Prof. Dr. Ricardo Augusto de Araújo Teixeira
Orientador

**LAVRAS-MG
2022**

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise crítica da instituição do controverso, mas indispensável, Juiz das Garantias no cenário brasileiro a partir da Lei n.º 13.964/2019. Partindo de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, objetivou-se demonstrar a imprescindibilidade da novidade legislativa para realinhar os papéis desempenhados pelas partes no processo penal, a fim de que as garantias constitucionais sejam efetivamente resguardadas, justificando e legitimando o monopólio da atividade jurisdicional pelo Estado. Nesse contexto, serão abordadas as razões que levaram à criação, ainda que tardia, do instituto, bem como a maneira que fora instituído e a evidente resistência de setores da doutrina e de aplicadores do direito, apesar de sua implementação representar um avanço para a concretização de um processo penal justo e democrático.

Palavras-chave: Juiz das Garantias. Sistema Acusatório. Imparcialidade. Dissonância Cognitiva. Lei nº 13.964/19.

ABSTRACT

This paper aims to critically analyze the institution of the controversial, but indispensable, guarantees judge in the Brazilian scenario from “Lei nº 13.964/2019”. Based on a doctrinaire and jurisprudential research, the aim was to demonstrate the indispensability of the legislative novelty to realign the roles played by the parties in the criminal process, so that the constitutional guarantees are effectively safeguarded, justifying and legitimizing the monopoly of jurisdictional activity by the State. In this context, the reasons that led to the creation, albeit late, of the institute will be addressed, as well as the manner in which it was instituted and the evident resistance from sectors of the doctrine and the enforcers of the law, despite the fact that its implementation represents an advance for the realization of a fair and democratic criminal procedure.

Keywords: Guarantees judge. Accusatorial System. Impartiality. Cognitive Dissonance. “Lei nº 13.964/19”.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	06
2.1 Sistema acusatório, inquisitório e misto	07
2.2 Princípio da imparcialidade e a regra da prevenção	09
2.3 Dissonância cognitiva	13
3 O PACOTE ANTICRIME E A INSTITUIÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO CENÁRIO BRASILEIRO	14
3.1 Breves considerações a aspectos controversos da lei e aos empecilhos de ordem estrutural e orçamentária	15
4 A IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS COMO UM AVANÇO PARA A EFETIVAÇÃO UM DE PROCESSO PENAL JUSTO E DEMOCRÁTICO	18
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	19
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	20

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei n.º 13.964/19, intitulada “Pacote Anticrime”, diversas alterações foram feitas na legislação penal e processual penal, dentre as quais se encontra a tardia, mas imprescindível, consagração legislativa da estrutura acusatória do processo penal brasileiro. Sabe-se que o cerne do referido sistema processual é a separação das funções entre os sujeitos processuais, devendo acusação, defesa e magistrado atuarem com atribuições distintas e bem delineadas.

Nesse sentido, a fim de assegurar e respeitar minimamente os parâmetros constitucionais, o juiz deve se manter equidistante às partes e julgar com imparcialidade. Entretanto, a maneira como se desdobra a persecução penal no Brasil, com um único juiz atuante desde a investigação até a sentença em primeiro grau, e detentor, inclusive, de poderes instrutórios, impede o exercício imparcial da função, já que a originalidade cognitiva do julgador é contaminada por preconceções criadas a cada contato com os elementos obtidos na fase pré-processual.

Em razão da relevância da temática, que há muito vem sendo levantada por estudiosos e operadores do direito comprometidos com a sistemática acusatória, é fundamental tecer considerações sobre a necessidade de realinhar os papéis dos atores do processo penal, valendo-se, para tanto, da demonstração de que o juiz das garantias é um instrumento de legitimação da atividade jurisdicional, sendo a isso que se propõe este trabalho.

A presente pesquisa foi desenvolvida a partir de uma abordagem textual-discursiva, na qual foram feitos levantamentos bibliográficos, buscando artigos, livros e quaisquer documentos já publicados afeitos ao tema e aptos a contribuir para uma adequada percepção da questão em voga, bem como consulta e análise de legislação e jurisprudência pertinentes.

2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

O processo penal brasileiro é alvo de diversas críticas advindas dos estudiosos e dos aplicadores do direito, especialmente por parte daqueles que constroem e defendem uma linha de raciocínio pautada na instrumentalidade do processo não só como mecanismo a serviço do poder punitivo estatal, mas como responsável por limitar esse poder, garantindo ao indivíduo a ele submetido a efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

Dessa forma, considera-se o processo penal como “um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena” (LOPES JR, 2020, p. 45), sendo o respeito aos preceitos constitucionais a única forma de alcançar a referida legitimidade e um julgamento efetivamente justo. Afinal, “não se justifica a deflagração da persecução penal sem o acatamento às regras basilares” (TÁVORA; ALENCAR, 2020, p. 235).

Sendo assim, parte-se do pressuposto de que o sistema processual penal e toda legislação infraconstitucional, em um Estado Democrático de Direito, devem estar em conformidade com a Carta Magna, tornando justificável e legítima a monopolização da jurisdição pelo Estado.

Nesse contexto, “ao suprimir a autotutela e avocar para si o *jus puniendi*, surge a necessidade de se instituir um caminho único e necessário para que o Estado possa alcançar a uma punição de maneira legítima” (ROCHA, 2020, p. 369). E esse caminho, com regras previamente estabelecidas que compõem o sistema processual penal de determinado Estado, tende a revelar traços políticos deste, na medida em que a predominância de elementos democráticos ou autoritários ditam o conjunto de princípios e regras destinados a reger a aplicação do direito penal ao caso concreto.

2.1 Sistema acusatório, inquisitório e misto

Foge ao propósito do presente trabalho um estudo aprofundado e detalhado a respeito dos sistemas processuais penais vigentes ao longo dos anos. Porém, é importante mencionar as características basilares de cada um deles para compreender a razão de ser do chamado Juiz das Garantias, objeto central deste estudo.

O sistema acusatório tem como pressuposto fundamental a imparcialidade, na medida em que as funções de acusar e julgar não recaem sobre a mesma pessoa, possibilitando a efetivação da referida garantia constitucional. Ademais, nesse sistema vigora o respeito ao contraditório e a ampla defesa, sendo as partes, com interesses antagônicos, tratadas igualmente, se manifestando em uma estrutura dialética que permite ao julgador a formação de uma opinião. O réu não é tido como mero objeto, mas como parte do processo, sendo considerado inocente até a prolação de uma sentença condenatória irrecorrível (LOPES JR, 2020, p. 57-59).

Nesse cenário, o juiz é mero expectador, um terceiro imparcial, que não age de ofício e não detém poderes instrutórios, já que a iniciativa probatória recai única e exclusivamente sobre as partes. As provas possuem igual valor, o juiz deve fundamentar suas decisões, há a

possibilidade de recurso e a formação da coisa julgada, assim como devem predominar a oralidade e a publicidade (LOPES JR, 2020, p. 57-59).

O sistema inquisitório, por sua vez, tem como essência a junção das funções de acusar e julgar na pessoa do juiz, o qual detém iniciativa probatória e age de ofício, sem necessidade de fundamentar suas decisões. Dessa forma, “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. (LOPES JR, 2020, p. 56). Não há publicidade, oralidade, tampouco contraditório e ampla defesa, já que a estrutura dialética se perde e a ideia de partes não faz sentido, sendo o réu mero objeto, sempre em situação de desvantagem, a disposição do juiz.

Nota-se, desde já, a importância da atuação do juiz quando da classificação de um sistema processual como acusatório e democrático ou inquisitório e autoritário, já que é o papel do julgador e os poderes a ele atribuídos que permitirão a identificação do núcleo de cada sistema e seu respectivo princípio fundante.

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, a maior parte da doutrina classificava o sistema processual penal brasileiro como misto, sendo este uma fusão entre o sistema acusatório e inquisitório, mencionados acima, já que apresenta características distintas a depender da fase em que a persecução penal se encontra. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2020a, p. 43):

a primeira fase é tipicamente inquisitorial, destituída de publicidade e ampla defesa, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Sob o comando do juiz, são realizadas uma investigação preliminar e uma instrução preparatória, objetivando-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, a oralidade, a isonomia processual e o direito de manifestar-se a defesa depois da acusação (LIMA, 2020a, p. 43).

Porém, uma leitura sistêmica da Constituição Federal, aponta para um sistema acusatório, na medida em que

desenha claramente o núcleo desse sistema ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (art. 129), exigindo a separação das funções de acusar e julgar (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo) e, principalmente, ao definir as regras do devido processo no art. 5º, especialmente na garantia do juiz natural (e imparcial, por elementar), e também inciso LV, ao fincar pé na exigência do contraditório. (LOPES JR, 2020, p. 60)

Válido mencionar que apesar das disposições constitucionais apontarem para um processo penal acusatório, alguns dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro estão

em desconformidade com a Lei Maior, na medida em que concedem ao juiz poderes instrutórios, a exemplo do art. 156, que através dos seus dois incisos, outorga ao juiz a possibilidade de atuação, **de ofício** (grifo nosso), na busca por provas.

Por essa razão, autores como Aury Lopes Júnior, antes da reforma de 2019, classificavam o processo penal do Brasil não como misto, mas como essencialmente inquisitório (LOPES JR, 2020, p. 64). Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2008, p. 166), partindo do mesmo pressuposto, assim leciona: “o sistema processual penal brasileiro é, em face do princípio unificador, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”.

Somente com o advento da Lei n.º 13.964/2019, é que a estrutura acusatória do processo penal restou consagrada, de maneira expressa, no Código de Processo Penal, com a inclusão do art. 3º-A, o qual prevê: 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.

Importante acrescentar que se tem como premissa no presente estudo o fato de que é inadmissível suprimir a liberdade de alguém sem que se respeite, rigorosamente, a estrutura acusatória do processo penal, sendo este sistema, que tem como princípio basilar a imparcialidade, o alicerce constitucional para a existência do juiz das garantias (TÁVORA; ALENCAR, 2020, p. 228). E por esse motivo, considerações acerca do referido princípio serão delineadas a seguir.

2.2 Princípio da imparcialidade e a regra da prevenção

Dada sua relevância para a estruturação de um processo penal efetivamente acusatório e minimamente justo, o princípio da imparcialidade encontra-se expressamente positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo dez, o qual prevê: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.” Nota-se, portanto, a relevância universal do princípio.

Nesse contexto, é pertinente diferenciar a imparcialidade objetiva da imparcialidade subjetiva. No julgamento do HC 94.641/BA (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 11/11/2008, DJe 43 05/03/2009), o Ministro Cesar Peluso definiu a imparcialidade subjetiva como sendo “a ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não”. E a imparcialidade objetiva, por sua

vez, como a condição de originalidade cognitiva a ser desenvolvida pelo juiz na causa, no sentido de que não haja, de modo consciente ou inconsciente, a formação por parte do magistrado de convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo.

Assim, percebe-se, desde já, que não basta a ausência de vínculos com as partes e/ou interessados por parte do juiz. É preciso, para além disso, que a situação jurídica seja objetivamente imparcial, existindo garantias suficientes para dissipar qualquer dúvida acerca da imparcialidade do julgador, como explica Aury Lopes Júnior (2020, p. 92-93).

Há argumentação no sentido de que a Carta Magna não traz expressamente o direito a um julgamento imparcial em suas disposições. Entretanto, uma interpretação sistemática dos preceitos constitucionais regentes do devido processo legal leva a conclusão de que, apesar de implícita, a imparcialidade é preceito basilar do sistema acusatório.

Isso porque a construção de uma estrutura dialética no processo só se torna possível com um juiz equidistante às partes, atuante como um terceiro desinteressado, sem intenção de favorecer acusação ou defesa, de modo que ambas possuam igualdade de tratamento e de oportunidade. Só assim se torna possível a apreciação isonômica das versões apresentadas, sem qualquer favorecimento que comprometa a eticidade do julgamento (LOPES JR, 2020, p. 89-92).

Entretanto, a sistemática hoje vigente no Brasil, com apenas um juiz atuante em toda a persecução criminal, associada à prevenção como critério de delimitação de competência, fazem com que a imparcialidade do julgador reste comprometida (LOPES JR; RITTER, 2016, p. 65).

O artigo 83 do Código de Processo Penal trata da competência por prevenção, sendo o juiz prevento “aquele que tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da acusação” (LOPES JR; RITTER, 2016, p. 59). Isso se dá em razão da equivocada crença de que o julgador que já teve contato com o processo se torna capaz de proferir melhores decisões.

Contudo, estudos na área da psicologia social, especialmente as lições advindas da Teoria da Dissonância Cognitiva, analisadas no tópico seguinte, se encarregaram de provar o comprometimento da imparcialidade dos julgadores a partir do momento que se tem um primeiro contato com os elementos processuais colhidos na fase de investigação já que, ainda que involuntariamente, preconceções se formam e comprometem o exercício posterior da jurisdição na fase processual (LIMA, 2020b, p. 115-118).

Ademais, é válido mencionar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos compartilha da percepção de comprometimento da imparcialidade a partir da cumulação de

funções por parte do julgador, deixando claro tal posicionamento especialmente nos casos Piersack contra Bélgica, de 1982, e De Cubber contra Bélgica, de 1984, situações nas quais a uma única pessoa eram atribuídas as tarefas de investigar e julgar, maculando, por consequência, a imparcialidade (LOPES JR; RITTER, 2016, p. 60-61).

Nesse sentido, é pertinente acrescentar as ressalvas feitas por Mauro Fonseca Andrade, na obra intitulada “Juiz das Garantias”, publicada em 2020. Segundo o autor, o TEDH não coaduna com a ideia de presunção de quebra da imparcialidade do julgador apenas por atuar na fase de investigação preliminar, sustentada por alguns autores brasileiros. Ao contrário, explica o autor sobre a necessidade de que se faça uma análise casuística, a partir de alguns critérios, para averiguar a participação e o grau de cognição dispensado pelo juiz ao longo da persecução criminal (ANDRADE, 2020, p. 30).

Primeiramente, seria preciso averiguar se o julgador agiu como investigador ou como garantidor e, depois, avaliar se o juiz atuante na fase preliminar foi o mesmo responsável pela abertura da fase de julgamento. Mauro Fonseca Andrade ressalta que, no Brasil, dada a regra da prevenção, o juiz atuante na fase preliminar é o mesmo da fase instrutória, iniciada com o recebimento da inicial acusatória, contudo, “os requisitos necessários para o recebimento da acusação não exigem uma análise profunda da possível culpabilidade do acusado, razão pela qual não há risco de formação de um pré-julgamento já naquela primeira intervenção no processo” (ANDRADE, 2020, p. 30-31).

O autor parte, então, para a análise do terceiro exame capaz de determinar a possibilidade ou a impossibilidade de atuação de um único julgador durante a investigação e a fase judicial sem o comprometimento da imparcialidade. O referido exame consiste em verificar se a fundamentação das cautelares se deu (ou não) com base no convencimento em torno da culpabilidade do acusado (ANDRADE, 2020, p. 32). E é nesse ponto que se discorda. Andrade (2020, p. 36) defende a ideia de que no Brasil não se exige uma cognição aprofundada, ou seja, um grau de certeza acerca da culpabilidade para a decretação de qualquer medida cautelar, razão pela qual o único fato de um juiz atuar na fase pré-processual não o impediria de proferir o julgamento do caso de forma imparcial.

Porém, principalmente quando se está diante de cautelares como a interceptação telefônica, a quebra de sigilo e, principalmente, a determinação de uma prisão preventiva ou temporária, o juiz brasileiro não analisa superficialmente a questão. Ao contrário, não raras vezes, fundamenta suas decisões com base em elementos acerca da autoria e da materialidade do crime colhidos durante a investigação que o levam a tomar o acusado como culpado antes da instrução; elementos estes que extrapolam o limite da superficialidade e conduzem o juiz

ao conhecimento da “matéria a partir da versão unilateral do acusador”, formando uma “pré-compreensão que o condiciona” (LOPES JR; RITTER, 2016, p. 63).

Assim, se ao juiz são dadas condições de formar uma opinião ainda na fase de investigação, onde o contraditório é restrito, a argumentação das partes e as provas por elas apresentadas em audiência pública e oral (ambiente dialético no qual os princípios do devido processo legal tomam forma), representam mero desperdício de tempo e de esforço, já que o resultado está pré-determinado. Essa situação viola não só a imparcialidade, mas também o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência.

Interessante acrescentar que a prova, para ser usada como elemento apto a formar a convicção do julgador, deve ser obtida de forma legítima. Com a instituição do juiz das garantias, cria-se um espaço para que este magistrado possa analisar a constitucionalidade da prova (juízo de admissibilidade) antes da instrução, evitando, assim, que elementos probatórios ilegítimos alcancem o juiz da instrução, prejudicando sua originalidade cognitiva e o influenciando, mesmo que aquela prova não possa ser valorada judicialmente. (ROCHA, 2020, p. 375).

Nesse contexto, corrobora com o alegado a problemática redação do art. 155 do CPP, o qual prevê: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão **exclusivamente** (grifo nosso) nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Nota-se, portanto, os vestígios inquisitoriais que assolam o processo penal brasileiro, dada a permissão dispensada ao juiz de proferir uma condenação com base em elementos colhidos na investigação. Nesse sentido

Circunscrever os elementos orais do inquérito, dentre outros documentos produzidos unilateralmente pela polícia ou sem a observância do contraditório, é medida depuradora do teor autoritário da persecução penal. Entretanto, não é incomum encontrar notícia de julgamentos que se basearam, de forma preponderante ou exclusiva, na investigação preliminar (TÁVORA, ALENCAR, 2020, p. 234).

Conclui-se, então, pela indispensabilidade de realinhar o papel das partes no processo penal nacional tendo por panorama o disposto na Constituição Federal, transformando, com esse intuito, a prevenção em causa de exclusão e não de determinação da competência, a fim de preservar a imparcialidade.

2.3 Dissonância cognitiva

Segundo Aury Lopes Júnior e Ruiz Ritter (2016, p. 66), a Teoria da Dissonância Cognitiva, que estuda a psique e o comportamento humano, ficou conhecida através da obra “A Theory of Cognitive Dissonance”, de Leon Festinger. Essa teoria, afeita a psicologia social, está fundada “na premissa de que o indivíduo tende sempre a buscar um estado de coerência (consonância) entre seus conhecimentos”. Por essa razão, o cérebro humano, quando está diante de informações que contrariam uma ideia inicialmente formada, inicia um processo voluntário ou involuntário, consciente ou inconsciente, de busca por mecanismos que reduzam essa incoerência, também denominada dissonância cognitiva. Além disso, o indivíduo tende a evitar informações e ou situações que reafirmem tal incoerência.

Nesse contexto, duas premissas (ou hipóteses) são capazes de esclarecer a teoria, sintetizando-a: “(a) existindo dissonância cognitiva haverá também uma pressão involuntária e automática para reduzi-la; e (b) quando há essa dissonância, além da busca pela sua redução, há também um processo de evitação ativa de contato com situações que possam aumentá-la” (LOPES JR; RITTER, 2016, p. 67).

A teoria supracitada foi trazida ao processo penal pelo alemão Bernd Schünemann. O jurista realizou uma pesquisa empírica com juízes e promotores da Alemanha no intuito de comprovar que a cumulação de papéis por parte dos julgadores resultava em um comprometimento da imparcialidade de seus vereditos. A partir do experimento, restou evidenciado que conhecer as informações colhidas em sede de investigação preliminar e proceder ao juízo de admissibilidade da inicial acusatória levam o juiz a condenar o acusado, ainda que os elementos colhidos em audiência conduzam a uma possibilidade de absolvição, como explica Leonardo Marcondes Machado (2020).

Isso porque os julgadores que conhecem os autos de investigação não absorvem satisfatoriamente as teses defensivas levantadas durante a audiência de instrução e julgamento, já que o efeito inércia ou perseverança os leva a considerar apenas as informações incriminadoras, consonantes com os elementos da fase preliminar. Ademais, o efeito primazia “revela que as informações posteriores a respeito de um indivíduo, são, em geral, consideradas no contexto da informação inicial recebida, sendo esta, então, a responsável pelo direcionamento da cognição formada a respeito da respectiva pessoa e pelo comportamento que se tem para com ela” (LOPES JR; RITTER, 2016, p. 70).

Portanto, faz parte do comportamento humano buscar elementos consonantes com a decisão tomada anteriormente, ou argumentos facilmente refutáveis, a fim de confirmar seu

veredito e não de confrontá-lo, para que não haja necessidade de reconsideração, até porque decisões injustas e/ou equivocadas podem levar a configuração de crime de abuso de autoridade, como explica Renato Brasileiro de Lima (2020b, p. 115).

Daí a conclusão de que “decidir” não é apenas fazer uma escolha. Muito mais do que isso, é assumir (fiel e involuntariamente) o compromisso de conservar uma posição, que decisivamente vinculará o seu responsável por prazo indeterminado, já que tudo que a contrariar produzirá dissonância e deverá ser evitado, ou se não for possível, deturpado em prol da decisão tomada (LOPES JR; RITTER, 2016, p. 70).

E é por esse motivo que se defende a indispensabilidade do Juiz das Garantias, de modo a evitar que o juiz da instrução fique ligado a fase investigatória, vinculando-se, ainda que inconscientemente, às decisões tomadas anteriormente.

3 O PACOTE ANTICRIME E A INSTITUIÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO CENÁRIO BRASILEIRO

Há décadas se fala em reforma do Código de Processo Penal brasileiro, o qual vigora desde 1941 - apesar de incontáveis alterações - e foi inspirado no Código Rocco, de 1930, vigente na Itália durante o fascismo e, portanto, de estrutura inquisitorial. Com a promulgação da CF/88, iniciaram-se as tentativas de reforma do diploma processual penal, a fim de adequá-lo aos ideais democráticos previstos na Carta Magna, especialmente no que tange a efetivação do princípio acusatório.

Em 2009, tramitou perante o Senado o Projeto de Lei 156/2009 e, após aprovado em Plenário, foi remetido à Câmara dos Deputados, onde passou a tramitar como PL 8.045/10. Anos depois, a Lei n.º 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, causou reboiço na doutrina e na jurisprudência em razão das inúmeras modificações no Código Penal e no Código de Processo Penal brasileiros, especialmente em razão da instituição do tão controverso Juiz das Garantias, já previsto nos projetos de lei antecedentes.

Conforme preconiza o art. 3º-B do CPP, “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”. Sendo assim, a atuação do juiz durante a fase de investigação é extremamente limitada e excepcional, devendo agir “mediante a invocação, diante de medidas submetidas à reserva de jurisdição” (LOPES JR; RITTER, 2016, p. 57).

Altera-se, portanto, toda a cultura jurisdicional vigente na medida em que se outorga com exclusividade a determinada autoridade judicial o papel de garantidor dos direitos fundamentais durante a fase de investigação, impedindo-lhe, por consequência, a atuação posterior no julgamento do caso (LIMA, 2020b, p. 103), sob pena de inexistência jurídica do ato e, conseqüentemente, sua invalidação.

O instituto é proveniente de inúmeros debates acerca da necessidade de uma completa “cisão funcional entre os momentos de investigação e julgamento da persecução penal” (LIMA, 2020b, p. 104), para evitar que haja o comprometimento da imparcialidade dos julgadores e, apesar de parte da doutrina considerar a instituição do juiz garantias compatível com os preceitos constitucionais, o então ministro do STF, Dias Toffoli, em face das ADIs 6298, 6299 e 6300, proferiu decisão liminar suspendendo a implantação da novidade pelo prazo de 180 dias e revogando, de imediato, alguns artigos.

Uma semana depois, o ministro Luiz Fux, presidente do Supremo, proferiu nova decisão, revogando a liminar proferida por Toffoli e determinando que a implementação do juiz das garantias fique suspensa até que o Pleno daquela corte examine a questão (STF, ADI 6.299 MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15/01/2020, DJe 03/02/2020). Nesse contexto, o ministro Gilmar Mendes chamou atenção para a ilegalidade da liminar, tendo em vista que a decisão de suspender o instituto por tempo indeterminado fora tomada sem análise pelo Plenário do Supremo, após aprovação da inovação legislativa pelo Congresso Nacional (CONJUR, 2021).

Foge ao objeto do presente trabalho avaliar pormenorizadamente todos os argumentos apresentados pelos ministros que culminaram na suspensão por tempo indeterminado do Juiz das Garantias. Contudo, sucintas considerações serão feitas no tópico seguinte a respeito de aspectos controversos que permeiam a implementação do instituto.

3.1 Breves considerações a aspectos controversos da lei e aos empecilhos de ordem estrutural e orçamentária

Nestor Távora e Romar Rodrigues Alencar (2020, p. 232) chamam atenção para os argumentos que há muito tentam barrar a instituição do juiz das garantias, dentre os quais se destacam o suposto atraso no combate a impunidade, tendo em vista a anulação de processos e a morosidade das investigações, bem como a dificuldade estrutural e orçamentária do país, já que, em tese, não haveria juízes suficientes e nem orçamento para concretizar a novidade.

Somado a tais críticas, encontram-se ressalvas feitas a respeito de aspectos problemáticos inerentes à figura.

Nesse sentido, diante do Projeto de Lei 156/2009, que há mais de uma década objetivava reformar o CPP e instituir o juiz das garantias, o Conselho Nacional de Justiça se posicionou contrariamente em nota técnica, com os seguintes dizeres:

Contudo, a consolidação dessa ideia, sob o aspecto operacional, mostra-se incompatível com a atual estrutura das justiças estadual e federal. O levantamento efetuado pela Corregedoria Nacional de Justiça no sistema Justiça Aberta revela que 40% das varas da Justiça Estadual no Brasil constituem-se de comarca única, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição. Assim, nesses locais, sempre que o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de jurisdicionar no processo, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta. Logo, a adoção de tal regramento acarretará ônus ao já minguado orçamento da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juízes e servidores, limitados que estão pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no que tange ao gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender outras comarcas. Ademais, diante de tais dificuldades, com a eventual implementação de tal medida haverá riscos ao atendimento do princípio da razoável duração do processo, a par de um perigo iminente de prescrição de muitas ações penais. Também é necessário anotar que há outros motivos de afastamentos dos magistrados de suas unidades judiciais, como nos casos de licença, férias, convocações para Turmas Recursais ou para composição de Tribunais (BRASIL. Nota Técnica n.º 10 de 17/08/2010. Projeto de Lei do Código de Processo Penal n.º 156/2010. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/891>. Acesso em setembro de 2022).

Entretanto, é imperioso refutar as supracitadas argumentações, pois, primeiramente, não há sentido em se valer de uma garantia constitucional (razoável duração do processo) em favor do poder punitivo estatal, já que sua função é limitá-lo. Nas palavras de Aury Lopes Júnior e Ruiz Ritter (2016, p. 84)

Tal como a questão orçamentária..., igualmente infundada a invocação da razoável duração do processo para problematizar o novo instituto, considerando-se que é inadmissível a utilização de uma garantia fundamental (CF, art. 5º, LXXVIII) e favor do poder punitivo estatal (?), quando sua função é justamente a sua limitação. O rol do art. 5º da Constituição impõe deveres para o Estado em face dos indivíduos e não o contrário (LOPES JR; RITTER, 2016, p. 84).

Tampouco é razoável que o cidadão arque sozinho com as consequências da ineficiência estatal, visto que, acima de qualquer obstáculo (orçamentário ou estrutural), encontra-se a necessidade de construção de um ordenamento jurídico em conformidade com os ditames constitucionais. Se a Carta Magna consagra a importância das garantias inerentes ao sistema acusatório para que a persecução penal se legitime, não há que se falar em

impossibilidade de implementação do instituto. Ao contrário, medidas devem ser tomadas para tornar possível sua instituição, sob pena de sacrificar a imparcialidade e, por consequência, a existência de um processo penal acusatório, justo e democrático. Nesse sentido

não podem ser mais desprezíveis as críticas a sua implementação fundadas em demandas estruturais-orçamentárias, como se pudesse se tolerar uma prestação jurisdicional deficiente por falta de recursos do Estado. (...) a “falta”, sendo constitutiva, sempre existirá, não podendo servir de fundamento para se justificar a omissão do Estado no seu dever de estruturar-se para atender à realidade posta (LOPES JR; RITTER, 2016, p. 82).

Por outro lado, é irrefutável, dada a complexidade do instituto, reformador de toda a cultura jurisdicional vigente, que o prazo para sua implementação foi curtíssimo. Por mais que soluções sejam encontradas (e podem ser), é preciso de um tempo maior para que os tribunais possam se organizar adequadamente. Afinal é “evidente que, em termos de reformas de justiça, dada a necessidade de convergência de diversos fatores culturais, políticos, classistas, jurídicos, orçamentários, estruturais, constitucionais, entre outros, é sempre pouco provável que mudanças paradigmáticas ocorram de forma rápida” (SILVEIRA, 2019, p. 214).

Outro aspecto bastante controverso é a omissão da Lei n.º 13.964/19 quanto à aplicação do juiz das garantias perante os Tribunais Superiores. Compartilha-se, nesse ponto, da opinião de Renato Brasileiro de Lima (2020b, p. 149), no sentido de que “a mesma lógica utilizada para justificar a necessidade do juiz das garantias deve ser aplicada aos Tribunais (...) sob pena de a imparcialidade restar garantida apenas em primeira instância”; e, em respeito à isonomia, o mesmo deve se aplicar aos processos de competência do Tribunal do Júri.

Ainda nesse contexto, é pertinente chamar atenção para a argumentação por trás da inaplicabilidade da novidade legislativa nos crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher. Segundo o Ministro Dias Toffoli, ao analisar as Ações Diretas de Constitucionalidade 6.298, 6.299 e 6.300, dada a dinamicidade dos casos de violência doméstica, que podem se agravar com o decorrer do tempo, o fato de o juiz não estar à frente do processo desde a comunicação da agressão até o veredito, prejudicaria o conhecimento do contexto em que a violência ocorreu.

Entretanto, a argumentação acima carece de sentido, pois, por mais graves e recorrentes que sejam os crimes de violência doméstica no país, esse fato não justifica o tratamento desigual quando se trata do respeito às garantias constitucionais. Medidas de

caráter repressivo devem sim ser tomadas, mas o tratamento penal, independentemente do crime, deve ser o mesmo.

Renato Brasileiro de Lima (2020b, p. 176-177) também chama atenção para um aspecto contraditório da Lei Anticrime, que, de fato, é problemático: a inexistência de uma etapa intermediária entre o oferecimento e o recebimento da inicial acusatória. Três situações exigem um veredito do juiz da instrução em momento muito próximo ao recebimento da peça acusatória pelo juiz das garantias. São elas: absolvição sumária (CPP, art. 397); obrigatoriedade de reexame da necessidade das medidas cautelares em curso pelo juiz da instrução, no prazo máximo de até dez dias após o recebimento da denúncia pelo juiz das garantias (CPP, art. 3º-C, §2º); obrigatoriedade, por parte do juiz da instrução, de revisar a necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada noventa dias, sob pena de ilegalidade (CPP, art. 316, parágrafo único).

Essas situações se tornam um problema pelo fato de que o juiz da instrução não terá acesso a um arcabouço probatório capaz de fomentar o seu convencimento, pois a instrução do processo ainda não terá se iniciado. Logo, se o julgador não possui elementos para justificar a manutenção de uma medida cautelar ou absolver sumariamente o acusado, compromete-se exercício da função jurisdicional. Para sanar tais dificuldades, ou se deve ampliar a competência do juiz das garantias ou permitir que o juiz da instrução acesse os autos de investigação quando o substrato necessário para a formação de seu convencimento não constar das provas irrepetíveis, antecipadas e meios de obtenção de provas (LIMA, 2020b, p. 177).

Essas e outras observações demonstram a inevitabilidade de pensar soluções para algumas problemáticas trazidas pela Lei Anticrime quando da regulamentação do juiz das garantias. Contudo, esse fato não leva a conclusão de que este não deve ser implementado; muito pelo contrário, constata-se a necessidade de repensar a forma como foi disciplinado para que possa cumprir suas razões de ser: evitar a mácula da imparcialidade e delinear um processo penal efetivamente acusatório.

4 A IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS COMO UM AVANÇO PARA A EFETIVAÇÃO DE UM PROCESSO PENAL JUSTO E DEMOCRÁTICO

Em que pesem as omissões e controvérsias da Lei n.º 13.964/2019, é irrefutável que a consagração expressa do sistema acusatório no Código de Processo Penal e, principalmente, a instituição do juiz das garantias, representam um avanço. Trata-se, nas palavras de Leonardo

Marcondes Machado (2020), “de uma verdadeira revolução política no campo do processo penal em direção a um paradigma de maior compromisso democrático”.

Ademais, a cisão entre a fase de investigação e a de instrução beneficia não só o indivíduo, mas a coletividade, na medida em que torna legítima a monopolização da atividade jurisdicional estatal e confere aos indivíduos a segurança de um julgamento justo, “onde o julgador não busca a confirmação de uma hipótese por ele mesmo criada em seu subjetivismo, não se influenciando pelas suas convicções pessoais, mas decidindo efetivamente pela livre apreciação da prova produzida dentro dos limites da legalidade.” (ROCHA, 2020, p. 373).

É preciso que o Processo Penal funcione como um instrumento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, e não apenas como um mecanismo a serviço do poder punitivo do Estado. Para tanto, é imperioso transformar a cultura inquisitória que assola a persecução penal brasileira, de modo que os intérpretes da CF/88, sobretudo o poder judiciário, mudem a mentalidade e façam valer as disposições da Lei Maior (COUTINHO, 2008, p. 167-168).

Nesse sentido, a novidade legislativa representa

um passo decisivo na direção de um processo penal democrático, capaz de realçar o papel das partes, mais consentâneo com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, colocando o juiz numa posição de equidistância, preservando seu valor mais caro, a imparcialidade, princípio supremo do processo, fundante da própria estrutura dialética..., decorrente da adoção de um sistema verdadeiramente acusatório (LIMA, 2020b, p. 107).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho preocupou-se em analisar criticamente a instituição do juiz das garantias como mecanismo de legitimação da atividade jurisdicional, na medida em que representa ferramenta indispensável para a efetivação de um processo penal justo e democrático.

O Código de Processo Penal brasileiro apresenta inúmeras disposições provenientes de uma percepção inquisitória, especialmente no que tange à atuação do juiz e à gestão da prova. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, fez-se necessário trilhar um caminho rumo à adequação aos ideais constitucionais democráticos, dando início a uma série de alterações no ordenamento pátrio ao longo dos anos.

A promulgação da Lei n.º 13.964/2019 causou alvoroço entre os estudiosos e aplicadores do direito por consagrar expressamente, pela primeira vez, a estrutura acusatória

do processo penal e regulamentar a instituição do juiz das garantias. Apesar da existência de aspectos controversos em torno de sua implementação, defendeu-se a imprescindibilidade da novidade legislativa para salvaguardar um dos princípios basilares do sistema acusatório: a imparcialidade.

Por meio de estudos na área da psicologia social, especialmente com base na Teoria da Dissonância Cognitiva, pretendeu-se evidenciar que a contaminação da psique do juiz atuante durante o procedimento investigatório é inerente a qualquer indivíduo e advém de fatores afeitos ao subconsciente dos seres humanos, impedindo-o de julgar de forma imparcial, atuando como um terceiro desinteressado sem favorecer, ainda que inconscientemente, quaisquer das partes. Nesse contexto, concluiu-se pela necessidade de transformar a prevenção em causa de exclusão e não de determinação de competência.

Em sequência, intentou-se chamar atenção para aspectos questionáveis que permeiam a regulamentação do instituto, bem como refutou-se os argumentos contrários à sua implementação baseados em questões estruturais e orçamentárias. Isso porque se parte do pressuposto de que a salvaguarda dos princípios constitucionais, especialmente quando se trata da aplicação do direito penal ao caso concreto, deve estar acima de qualquer empecilho elencado, se o objetivo for efetivar um processo penal verdadeiramente acusatório.

Ressalta-se a inexistência de pretensão em esgotar as discussões sobre o tema. Objetivou-se apenas abrir espaço para reflexões e para debate, a fim de encontrar soluções para as problemáticas em torno do instituto e compatibilizar o ordenamento jurídico com a Lei Maior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em setembro de 2022.

BRASIL. **Nota Técnica n.º 10 de 17/08/2010**. Projeto de Lei do Código de Processo Penal nº 156/2010. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/891>. Acesso em setembro de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 08 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em setembro de 2022.

BRASIL. Decreto Lei n.º 2.848/40. **Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em setembro de 2022.

BRASIL. Decreto Lei n.º 3.689/41. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em setembro de 2022.

BRASIL. Lei n.º 13.964/19. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Brasília, DF: Presidência da República, 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em setembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **HC 94.641/BA. HABEAS CORPUS**. Processo Penal. Magistrado que atuou como autoridade policial no procedimento preliminar de investigação de paternidade. Vedação ao exercício jurisdicional. Impedimento. Art. 252, incisos I e II, do Código de Processo Penal. Ordem concedida para anular o processo desde o recebimento da denúncia. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 11 de novembro de 2008. Publicação em 06 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>. Acesso em setembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.298 MC/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Publicação em 03 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&ext=.pdf>. Acesso em setembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.299 MC/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 15 de janeiro de 2020. Publicação em 03 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342138711&ext=.pdf>. Acesso em setembro de 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, [s.v.], n. 179, p. 165-178, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020a.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote anticrime**: Comentários à Lei nº 13.964/19 artigo por artigo. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020b.

Liminar suspendendo juiz das garantias por um ano é ilegal, diz Gilmar Mendes. **CONJUR**, 18 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-18/liminar-suspendendo-juiz-garantias-ilegal-gilmar-mendes>. Acesso em setembro de 2022.

LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 8, n. 16, p. 55-91, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Juiz das garantias: A nova gramática da justiça criminal brasileira. **CONJUR**, 21 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policial-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal#:~:text=Juiz%20das%20garantias%3A%20a%20nova%20gram%C3%A1tica%20da%20Justi%C3%A7a%20criminal%20brasileira&text=A%20necessidade%20de%20reforma%20do,parcela%20bastante%20respeit%C3%A1vel%20da%20doutrina.%5B>. Acesso em setembro de 2022.

ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. Juiz de garantias: reflexões sobre o desenvolvimento dos sistemas processuais penais e da adoção de um sistema de justiça criminal efetivamente justo. In: HABIB, Gabriel. **Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 – temas penais e processuais penais**. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, p. 367-382, 2020.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A etapa intermediária e o juiz de garantias no processo penal brasileiro: um passo importante e insuficiente. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 33, n. 3, p. 189-221, 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de direito processual penal**. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.