

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RENATO DE SOUZA JUNIOR

**EM BUSCA DO SISTEMA ACUSATÓRIO:
UMA ANÁLISE DA APROVAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS EM MEIO AO
PACOTE ANTICRIME E DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA ADI 6.298**

SANTA RITA
2020

RENATO DE SOUZA JUNIOR

EM BUSCA DO SISTEMA ACUSATÓRIO:
UMA ANÁLISE DA APROVAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS EM MEIO AO
PACOTE ANTICRIME E DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA ADI 6.298

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de Santa Rita/PB do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: José Neto Barreto Júnior

SANTA RITA
2020

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S729e Souza Júnior, Renato de.

Em busca do sistema acusatório: uma análise da aprovação do Juiz das garantias em meio ao pacote anticrime e dos fundamentos jurídicos da ADI 6.298 / Renato de Souza Júnior. - Santa Rita, 2020.

54 f.

Orientação: José Neto Barreto Júnior.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Sistemas processuais penais. 2. Pacote Anticrime. 3. Juiz das garantias. 4. ADI 6.298. I. Barreto Júnior, José Neto. II. Título.

UFPB/BS/DCJ

CDU 34

RENATO DE SOUZA JUNIOR

**EM BUSCA DO SISTEMA ACUSATÓRIO:
UMA ANÁLISE DA APROVAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS EM MEIO AO
PACOTE ANTICRIME E DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA ADI 6.298**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de Santa Rita/PB do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: José Neto Barreto Júnior

Aprovada em: ___/___/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. José Neto Barreto Júnior (Orientador)
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Examinador 1

Examinador 2

AGRADECIMENTOS

De início, pensei em simplesmente pular essa parte, afinal já sei pelo que e por quem eu sou grato. Depois, percebi que não custaria nada escrever algumas palavras a todos que me cercam e estão comigo desde o início dessa graduação. Aquele menino de 17 anos que ingressou na universidade, com diversos receios e dificuldades internas, conseguiu passar por todas as etapas, sair formado e muito mais maduro que quando havia entrado.

Aos meus pais, talvez as principais pessoas responsáveis por isso. Sempre me apoiaram e me fizeram seguir em frente quando nem mesmo eu estava seguro do caminho que estava tomando. Tiveram ainda que lidar com todas as minhas descobertas e desilusões durante todo esse período. De fato, não foi fácil para nenhum dos três, porém, com amor e respeito, conseguimos superar todos os contratemplos que ocorreram.

Aos meus amigos, que não irei nomeá-los um por um, mas que sabem quem são, que foram meu refúgio psicológico e ajudaram a me tranquilizar durante os momentos mais difíceis dessa minha trajetória. Alguns ficaram no meio do caminho, outros seguem comigo até hoje. De toda forma, agradeço a todos que estiveram comigo nesse tempo e tornaram essa etapa mais agradável e prazerosa.

Aos meus professores, principalmente aqueles que me fizeram ver o direito a partir de outros pontos de vista, e também os que me fizeram gostar de determinadas disciplinas que nunca imaginei que poderia gostar.

Ao meu primeiro orientador, Marcelo Urani, que aceitou me auxiliar com este trabalho, mesmo que não pôde concluir com essa fase.

Ao meu atual orientador, José Neto, que, mesmo em cima da hora, não recusou me orientar quando Marcelo ficou impossibilitado. Agradeço todo o amparo e apoio que recebi, com suas críticas construtivas e sua atenção sempre quando precisei.

“Cheguei ao tribunal esperando assistir a um julgamento justo, mas vi o promotor sentado com os juízes, tomando café, passando o tempo e almoçando juntos.”

(Geoffrey Robertson)

RESUMO

Em dezembro de 2019, foi sancionada uma lei que, naturalmente, causaria um maior recrudescimento do processo e do direito penal, chamada de lei “anticrime”. Proposta pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, buscou combater certos tipos penais a partir da mitigação de preceitos fundamentais. Todavia, o Poder Legislativo conseguiu amenizar o caráter inquisitorial preocupante do projeto de lei e conseguiu, por meio de emendas, adicionar e retirar pontos importantes. Nesse sentido surge o juiz das garantias, que acabou seguindo o rito legislativo e foi sancionado pelo Presidente da República. Insatisfeitos, parcelas da sociedade ingressaram com algumas ADIs com o intuito de impedir a implementação desse novo instituto jurídico. O presente trabalho de conclusão de curso se dedica a analisar essa nova figura processual, com fundamento no garantismo penal, além de se averiguar a constitucionalidade dessa norma jurídica. Para isso, o método utilizado foi o bibliográfico, descritivo e exploratório, a partir do levantamento de diversos trabalhos que já discutem o tema. Tendo como base a análise sobre os sistemas processuais penais e o CPP/41, foi possível problematizar devidamente o juiz das garantias para entender o porquê de ele ser elementar para um país como o Brasil. Ainda, com o exame da Constituição Federal de 1988 e as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, ocorreu a pertinente ponderação se há algum cabimento nas hipóteses de inconstitucionalidade ou se a lei está conforme a Carta Magna. A conclusão a que se chega é que o juiz das garantias é um elemento imprescindível para a efetivação do sistema acusatório em uma sociedade. Além do mais, certifica-se que a maioria das premissas postas pela ADI 6.298 não devem ser acolhidas por não terem, de fato, o respaldo jurídico necessário.

Palavras-chave: Sistemas processuais penais. Pacote Anticrime. Juiz das garantias. ADI 6.298.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2. Os Sistemas Processuais Penais e o CPP/41	11
2.1 O Sistema Inquisitório, Acusatório e “Misto”	11
2.2 O CPP/41 e seu contexto histórico	16
3. O pacote “anticrime” e a emenda do juiz das garantias.....	23
3.1 O Juiz das Garantias.....	26
3.1.1 A atuação do Juiz das Garantias	30
3.1.2 A presença do instituto em outros ordenamentos pelo mundo	33
4. A ADI 6.298 e os debates em torno da constitucionalidade e de efetivação em torno do instituto.....	37
4.1 As hipóteses de inconstitucionalidade formal	38
4.2 As supostas inconstitucionalidades materiais	41
4.3 Tentativa de recorrer às superficiais premissas populares.	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

O juiz das garantias não é uma criação recente, apesar de que, no Brasil, sua instituição se deu tão somente no final de 2019, com a aprovação da Lei 13.964/19, conhecida como lei “anticrime”. Mesmo com os debates sobre o tema já serem feitos pelo país desde o final da década de 90, a partir de teses e dissertações acadêmicas¹, há sempre uma reação contrária no sentido de manter o *status quo* do processo penal brasileiro. Diante dessa perspectiva, atualmente esse movimento concentra forças no Poder Judiciário, a partir de ações diretas de inconstitucionalidade, visando impedir a sua efetiva implantação no sistema jurídico pátrio.

A questão possuía relevância no cenário nacional mesmo antes de sancionada pelo Presidente da República, já que, o próprio autor da referida lei, o ex-juiz e então Ministro da Justiça e Segurança Pública, foi um crítico categórico da introdução dessa figura aqui². Com isso, após o revés político por não lograr êxito em retirar a proposição, através do Congresso Nacional, restou a tentativa de combater esse descontentamento apelando ao Supremo Tribunal Federal (STF) para que, baseado no controle concentrado, pudesse atribuir a nulidade absoluta e ineficácia plena aos artigos impugnados (art. 102, §2º, da CF/88).

Portanto, faz-se necessário contribuir academicamente sobre esse assunto, não só para entender as circunstâncias e pormenores que advém dele e dos embates enfáticos, como também para discutir a situação atual em que se encontra, isto é, os argumentos trazidos ao STF pelas ações ajuizadas, que ainda estão para serem julgadas.

Isto posto, é fundamental fazer a seguinte pergunta: os argumentos contrários à instituição do juiz das garantias, presentes na ADI 6.298, encontram respaldo fático e jurídico?

Isto posto, o objetivo principal deste trabalho é examinar as alegações de inconstitucionalidade apresentadas na ADI 6.298. De forma secundária, busca-se compreender o CPP brasileiro e que princípio ele cumpre. Por fim examinar o

¹ A fins de exemplo, é possível citar a tese de doutorado de Aury Lopes Junior de 1999, cujo título é “*Sistemas de Investigación Preliminar en el Proceso Penal*”.

² Uma delas foi em relação ao funcionamento do rodízio de magistrados, trazido pelo art. 3º-D, parágrafo único, do CPP. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-28/ferias-moro-segue-cruzada-redes-juiz-garantias>>.

processo de elaboração e a necessidade do juiz das garantias também é um dos propósitos ao qual este serve.

Para a realização do estudo, foi feita uma pesquisa bibliográfica, descritiva e exploratória, realizada a partir do levantamento de livros e trabalhos científicos sobre o tema. Primeiramente, realizou-se uma revisão da doutrina em relação ao Direito Processual Penal brasileiro, com ponderações sobre modelos históricos e atuais sob a ótica do garantismo penal. A segunda etapa é formada partir de uma pesquisa relativa ao anteprojeto do pacote “anticrime”, das alterações realizadas pelo Congresso Nacional e ao funcionamento do juiz das garantias em outros países. Finalmente, na terceira, apoiado em obras jurídicas e jurisprudência do próprio STF, constrói-se uma diretriz argumentativa destinada a rebater, quando pertinente, as premissas trazidas na ADI 6.298.

Em relação ao método de abordagem, foi escolhido o dedutivo, partindo de uma discussão mais ampla e introdutória do processo penal, para uma mais específica, consistindo em uma pesquisa mais aprofundada sobre o juiz das garantias, aspectos correlacionados e sua consequente (in)constitucionalidade.

No primeiro capítulo, são feitas considerações acerca dos sistemas processuais penas e de suas origens, bem como suas características e princípios fundantes. Além disso, será avaliado o contexto histórico e social do período em que o atual CPP foi instituído a fim de que seja possível entender melhor sua estrutura e propósitos. Assim, após essas considerações, a classificação devida do sistema processual penal brasileiro será viabilizada, e também, como consequência, quais os efeitos práticos advindos dessa comprovação nos dias atuais.

No segundo, adentrar-se-á mais profundamente na temática do pacote “anticrime”, com enfoque na conjuntura política que o concebeu, seus problemas e os tópicos mais importantes do projeto. Em seguida, enquanto cerne do trabalho, será estudado o instituto do juiz das garantias, considerando o debate em torno da delimitação da nomenclatura, a imprescindibilidade de sua implantação no Brasil, suas funções trazidas pelo art. 3º-B do CPP e a tentativa de compreender até que ponto vai a atuação dele. Outrossim, finaliza-se abordando brevemente sobre o funcionamento dessa figura em outros países mundo afora, em especial aqueles localizados na América Latina.

Por fim, no terceiro capítulo, será feita a análise sobre a adequação da novidade jurídica à ordem constitucional e, portanto, a constitucionalidade ou não da norma.

Tendo como base os argumentos trazidos pela ADI 6.298, cujas autoras são associações de magistrados, o último fragmento do texto tem o intuito de rebater as hipóteses de inconstitucionalidade formal e material alegadas. Enfim, ainda se refutam os pretextos simplórios das massas que presumem que qualquer mudança que não vá ao sentido do enrijecimento da lei penal ou da mitigação das garantias fundamentais seja uma alteração que tem como objetivo o aumento da impunidade e da morosidade por parte do Poder Judiciário.

2. Os Sistemas Processuais Penais e o CPP/41

2.1 O Sistema Inquisitório, Acusatório e “Misto”

O Direito Penal, ao atuar enquanto limitador do *ius puniendi* estatal, possui diferentes características a depender do tipo de Estado constituído. Se este é autoritário, a tendência é a instrumentalização desse aparelho com a finalidade de perseguição de inimigos. Em contrapartida, pode também ser um mecanismo autêntico de controle social, com legitimidade advinda de um acordo entre os cidadãos, no Estado Democrático de Direito.

Esse acordo, inclusive, pode ser compreendido com base nas considerações de Cesare Beccaria, um jurista do Século XVIII que foi influenciado pelos filósofos do Iluminismo³ e, principalmente, pela Teoria do Contrato Social, de Rousseau. Nesse sentido, Beccaria (2016) pensa o direito de punir do Estado moderno como resultado de um sacrifício de uma pequena parcela de liberdade por parte de cada indivíduo, a fim de que seja viabilizada a sobrevivência da sociedade, em harmonia, e o bem comum de todos.

Já no Direito Processual Penal, sobrevém uma melhor regulamentação do caminho que deve ser seguido para que uma punição possa ser aplicada. Ele se materializa através do processo, instrumento de provocação da jurisdição, que busca satisfazer o direito material.

Desse modo, nas palavras de Renato Brasileiro Lima

apesar de o Estado ser o titular do direito de punir, não se admite a imposição imediata da sanção sem que haja um processo regular, assegurando-se, assim, a aplicação da lei penal ao caso concreto, consoante as formalidades prescritas em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais (LIMA, 2020).

A partir do âmbito processual, por sua vez, um dos debates realizados é acerca dos sistemas processuais penais. Essencialmente, os dois mais conhecidos são o sistema acusatório e o sistema inquisitório. Todavia, alguns doutrinadores ainda se debruçam sobre a existência de um suposto terceiro, ou seja, o sistema misto. Como o próprio nome sugere, ele seria uma mistura entre os dois primeiros, possuindo características de ambos.

³ O Iluminismo enquanto movimento intelectual, cultural e filosófico, surgiu na França no final do século XVII. Tinham como ideais a sobreposição da razão em relação a fé, a crítica ao absolutismo da época e a defesa da igualdade de todos perante a lei.

Antes de tudo, é válido ressaltar o sentido etimológico da palavra sistema, principalmente quando se discute em um contexto acadêmico, com base na perspectiva do direito. Assim, o termo realçado pode ser compreendido como um conjunto de normas jurídicas interdependentes entre si e que são ligadas a partir de um princípio unificador. Esse elemento certifica a existência de uma ideia fundante para ambos os sistemas processuais, que não só demonstra o ideal de cada um, como também a forma pela qual se estruturam os procedimentos e, conseqüentemente, os dispositivos legais.

Isto posto, agora se torna mais adequado fazer considerações sobre os sistemas propriamente ditos analisados pela doutrina, sendo o primeiro o chamado sistema inquisitivo.

Tendo como marco temporal importante o século XIII, influenciado basicamente pela criação da Inquisição⁴ pela Igreja Católica, ganhou força insurgindo-se contra o modelo que vigorava até então, e que será tratado posteriormente, isto é, o acusatório. Tem como uma das características mais importantes a aglutinação das funções de acusar e julgar nas mãos da mesma pessoa, o juiz.

Pode ser facilmente observado, por conta disso, que não há imparcialidade, algo amplamente defendido e cada vez mais exigido pelas democracias modernas. Isso ocorre, pois o julgador deixa de ser apenas quem decide com base naquilo que lhe é trazido pelas partes, incorporando para si uma delas, a acusação. Sendo assim, anula-se qualquer possibilidade de isonomia e paridade de armas, visto que a mesma pessoa que acusa o réu será aquela que proferirá a sentença.

Conseqüentemente, um dos efeitos lógicos ao se reunir essas funções é a de iniciativa e gestão probatória ficarem a cargo do julgador. Na prática, significa que ele vai de ofício atrás da prova que aspira e ainda decide apoiado no que ele mesmo exigiu que fosse produzido. Essa é uma questão crucial que evidencia o denominado princípio inquisitivo, trazendo à tona a ideia de um juiz-ator.

Nesse sentido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho disserta que:

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que “a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os factos

⁴ Também chamada de Santo Ofício, foi um movimento que derivou na formação de um tribunal “santo” com a finalidade de punir aqueles que desviavam das condutas ou ideias contrárias aos dogmas da Cristianismo e, em especial, da Igreja Católica.

penalmente relevantes, mesmo que não contidos na ‘a acusação’ – dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases” (COUTINHO, 2001).

Além disso, outro ponto importante é a ausência das garantias fundamentais. Desde as mais básicas, como o devido processo legal e a ampla defesa, quanto a de presunção de inocência, ou não existem, ou são consideravelmente mitigadas. Inclusive, pode acontecer o contrário, havendo o andamento do processo em sigilo até mesmo para o próprio réu, em que o que se tem é a presunção de culpa, sendo o acusado culpado até que se prove o contrário.

Destarte, ainda se pode apontar a predominância dos procedimentos de forma escrita, ausência de debates orais, a prisão cautelar como regra e a tentativa de obtenção, a todo custo, da confissão do réu, já que se configurava como a prova máxima (LOPES JUNIOR, 2019). Tudo em busca de um conceito ilusório chamado de verdade real, em que é permitido até mesmo a tortura do indivíduo para que ele admita supostas infrações, não necessariamente à ordem jurídica, mas, naquele tempo, aos dogmas da Igreja Católica.

Por outro lado, até o século XII e a partir do final do século XVIII, prevaleceu o sistema acusatório, que tem seus primórdios ainda na Antiguidade, com a Grécia sendo o principal exemplo. Evidentemente, ambos os momentos possuem suas especificidades e contextos históricos distintos, mas também possuem atributos relevantes em comum e por isso podem, de forma cautelosa, ser considerados em conjunto.

No caso da Grécia, o direito processual penal ateniense era caracterizado como tendo a presença de um sistema em que há um tribunal popular, com acusação popular, igualdade entre o acusado e o acusador, baseado em um processo público com o contraditório garantido (PRADO, 1999). Dessa forma, nos delitos que eram considerados públicos “qualquer cidadão ateniense podia formular a acusação diante do oficial competente... facultando a qualquer cidadão do povo a capacidade de perseguir penalmente o infrator” (KHALED JR., 2013).

De fato, o modelo era satisfatório e apropriado para a antiga sociedade grega, mas, com o passar dos séculos, tornou-se falho. Cada vez mais os indivíduos usavam essa faculdade de denunciar como forma de perseguir inimigos pessoais, corrompendo a finalidade virtuosa do sistema e fazendo com que, aos poucos, ele

fosse trocado pelo inquisitivo, tirando a acusação das mãos dos cidadãos e a colocando nas do juiz.

Em contrapartida, é a partir do Iluminismo que os fundamentos do sistema acusatório começam a ser amplamente defendidos, havendo então a substituição gradativa do modelo inquisitório por grande parte dos países. Diferentemente deste, naquele há a figura do juiz-espectador, um terceiro alheio às partes e que se atenta a argumentação delas, sem pré-julgamentos ou concepções a não ser relativas às provas produzidas em contraditório e que decide de acordo com o que lhe é solicitado, apenas agindo quando provocado por alguém.

As condições para alcançar um juiz imparcial, portanto, aumentam na medida em que ele se torna alguém inerte, cuja função de acusar já não lhe é mais devida. Surge realmente com isso as partes processuais, que por sua vez possuem igualdade entre si, a paridade de armas e, por fim, a iniciativa probatória, sendo esta o princípio fundante desse sistema. Assim, ambas têm as mesmas oportunidades no processo, sendo conferido ao réu o direito à ampla defesa, que vai além do contraditório propriamente.

Diante disso, Aury Lopes Junior afirma que

A posição do “juiz” é fundante da estrutura processual. Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador (LOPES JUNIOR, 2020).

Logo, estabelecendo as atribuições dessa maneira, é possível conceber aquela imagem percebida no direito processual penal moderno de um triângulo equilátero em que o julgador, no topo, está igualmente distante das duas partes, não tendendo para nenhum dos lados. Tal posição viabiliza a isonomia entre elas e a relação do juiz como um terceiro imparcial, sendo, enfim, o “fiel” da balança, e não aquele que pesa em um dos pratos.

Ademais, tem-se um apreço pelas garantias fundamentais, sendo grande parte delas até mesmo constitucionalizadas. Há a publicidade do processo, ressalvadas as exceções previstas em lei, com procedimento predominantemente oral e respeitando o princípio da não-culpabilidade. Inversões aparentemente sutis, que, na verdade, contribuem para o julgamento ser o mais justo possível.

É perceptível também que, com a presença de um segundo grau de jurisdição, ocorre uma relevante preocupação de se evitar vereditos arbitrários. Por isso, o direito

de impugnar decisões é a possibilidade que tem o acusado de buscar uma nova sentença que lhe seja mais favorável a partir da deliberação de outro(s) julgador(es), normalmente localizados em um grau hierárquico superior em relação ao primeiro. Essa garantia visa evitar que o destino de um cidadão dependa unicamente de um magistrado que, enquanto ser humano, é alguém suscetível a equívocos e pode cometer injustiças.

Por fim, o terceiro sistema que muitos autores discursam sobre é o chamado sistema misto. Com origem a partir do Código Napoleônico de 1808, tem duas fases: a primeira, inquisitória, e a segunda, acusatória. Nessa perspectiva, durante a investigação preliminar, que seria o inquérito, vigoraria a forma inquisitiva, já que faz referência ao fato de o juiz possuir a gestão da prova, podendo ele colher elementos e informações que possam embasar a acusação futura (RANGEL 2019).

Passada a fase pré-processual, a partir do recebimento da denúncia ou queixa, supostamente o prosseguimento da ação daria início a forma acusatória, com o argumento de que o Ministério Público atuaria enquanto acusador. No entanto, como já exposto acima, apesar de importante, não é propriamente a separação de funções que determina o sistema como sendo acusatório, mas sim com quem está a iniciativa probatória.

Em vista disso, é necessário compreender que:

a noção de que a (mera) separação das funções de acusar e julgar seria suficiente e fundante no sistema acusatório é uma concepção reducionista, na medida em que de nada serve a separação inicial das funções se depois se permite que o juiz tenha iniciativa probatória (LOPES JUNIOR, 2020).

Apesar de existirem argumentos doutrinários no sentido de que os sistemas puros são modelos históricos que não mais existem, tal ponto traz a conclusão de que, atualmente, em todos os países do mundo, está instituído o modelo misto. Verifica-se com isso, porém, a referida visão reducionista colocada pelo escritor, pois, ao classificar algo como misto, não sendo precisamente nem um nem outro, pouco se diz realmente a respeito dele.

Assim sendo, é preciso averiguar o aspecto basilar do tema, que é o princípio fundante. Quando a gestão da prova está nas mãos do juiz, estamos diante do princípio inquisitivo, com a pessoa do juiz-ator. Já quando as partes possuem essa gestão, observa-se o respeito ao princípio acusatório, ou dispositivo, e o juiz enquanto

mero espectador e garantidor dos direitos do acusado, desempenhando apenas seu papel típico jurisdicional.

Portanto, cabe concluir que um sistema alicerçado com base em conferir ao magistrado a atribuição de requisitar provas de ofício, ao seu próprio interesse, prejudica completamente o ideal do sistema acusatório. Não há sistema misto, pois os princípios fundantes de cada um são diametralmente opostos. O misto, na realidade, é aquele que geralmente é fundado a partir do princípio inquisitório e que, com o passar dos anos, sofreu modificações aparentemente garantistas, mas que não alteraram o ponto central dele, que é o princípio inquisitivo.

2.2 O CPP/41 e seu contexto histórico

Para analisar determinada legislação, é imprescindível compreender o contexto histórico a partir do qual ela foi elaborada e instituída. Dessa forma, com o atual Código de Processo Penal, inevitável se faz examinar com base em qual constituição e governo ela foi criada.

Com a chamada Revolução de 1930⁵, adveio posteriormente a promulgação da Constituição de 1934 que, por sua vez, sofreu grande influência da Constituição alemã de Weimar, de 1930. Entre os constitucionalistas, sustenta-se o ponto de vista de que esta é um marco mundial no que se refere aos direitos sociais, culturais e econômicos, ou seja, a segunda dimensão dos direitos fundamentais, que se une ao surgimento do Estado de bem-estar social.

Isso ocorre depois da grande depressão econômica proveniente da Crise de 1929⁶, quando os direitos liberais e o Estado liberal, frutos principalmente da Revolução Francesa de 1789⁷, entraram em decadência. Por consequência, os cidadãos que foram largamente atingidos por essa crise necessitavam de uma maior

⁵ A Revolução de 1930 foi uma revolta armada que impôs o fim da Primeira República, ou República Velha, que durou entre os anos de 1889 e 1930. Organizada pelas oligarquias do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraíba, cujo protagonista era Getúlio Vargas, depuseram o então presidente Washington Luís através de um golpe de Estado.

⁶ A Crise de 1929, ou a Grande Depressão, foi a primeira grande crise do capitalismo moderno, com início nos Estados Unidos e fruto de uma expansão desenfreada de crédito que gerou uma enorme “bolha inflacionária”. Como consequência, houve a falência de várias empresas, aumento da pobreza e desemprego e que provocou prejuízos pela década de 30 inteira.

⁷ Influenciada pelo pensamento iluminista, foi um movimento revolucionário que aconteceu na França no final do século XVIII, liderado pela burguesia e contou com ampla participação. Pôs fim ao Antigo Regime, monárquico e aristocrata, e a proclamação da República, em 1792, com a posterior execução pública do último rei, Luís XVI.

intervenção estatal, já que o período exigia que recebessem um auxílio adequado para que fossem capazes de se reestabelecerem social e economicamente, pois, por conta própria, dificilmente conseguiriam.

No Texto de 1934, por sua vez, algumas novidades podem ser apontadas, como o Título IV, que tratava da ordem econômica e social, além do Título V, sobre família, educação e cultura. O voto feminino foi, enfim, constitucionalizado, assim como ocorreu a criação da Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral. Outra inovação também se deu com os remédios constitucionais, ao se trazer, não só o já existente habeas corpus, presente desde a Carta Magna de 1891, como também o mandado de segurança e a ação popular.

Entretanto, semanas antes da eleição que escolheria o substituto de seu governo de transição, Getúlio Vargas acaba revogando a Constituição de 1934 e outorga a Carta de 1937. Justificando o golpe de Estado através da suposta ameaça comunista no Brasil à época, tendo como estopim a divulgação do famoso Plano Cohen⁷, o político gaúcho marca o fim da República Velha⁸ e impõe o autoritário Estado Novo⁹.

A Constituição de 1937, apelidada ainda de Constituição Polaca, tinha inspiração na Constituição Polonesa de 1935, que apresentava um caráter substancialmente fascista. Algumas das maiores características dela eram o estabelecimento de eleições indiretas para presidente, com mandato de seis anos, a supressão de liberdades, o enfraquecimento dos demais direitos fundamentais, a possibilidade de se aplicar a pena de morte em casos de crimes políticos, a restrição das prerrogativas do Congresso Nacional e, conseqüentemente, a extrema concentração nas mãos do Presidente com os poderes legislativo e executivo (MENDES, 2018).

Inclusive, o seu artigo 178 dissolveu a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais (BRASIL, 1937), a fim de que fossem feitas eleições futuras para um novo Parlamento. No entanto, como durante todo o período do Estado Novo, que durou entre os anos de 1937 a 1945, as eleições não foram realizadas, então o presidente terminou legislando por todo esse período através de decretos-leis, em relação às matérias envolvendo a competência da União.

José Afonso da Silva, por esse motivo, pôde concluir que “houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do

Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo” (SILVA, 2005).

Um dos decretos-leis expedidos nesse período é justamente o atual Código de Processo Penal brasileiro, formalmente conhecido como Decreto-Lei nº 3.689/41. Abandonando quase por completo o sistema que estava em vigor até então, que era arcaico e havia sido herdado ainda no tempo da colonização portuguesa, o recente muito serviu para os propósitos desejados à época, isto é, perseguir os inimigos do governo autoritário.

Essa finalidade é explicitada pela própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, feito pelo então Ministro da Justiça e Negócios Interiores do governo, Francisco Campos, responsável também pela edição da Constituição de 1937, do Código Penal de 1940 e até mesmo do posterior Ato Institucional número um (AI-1), na Ditadura Militar. De acordo com o documento escrito pelo Ministro, “urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum” (BRASIL, 1941). Na prática, o advogado quis tornar as garantias dos indivíduos menos valorosas que os interesses da ditadura varguista a começar com a difusão de conceitos vagos como “bem comum”, que, no autoritarismo, tem um significado basicamente indeterminado.

Entre os dispositivos mais problemáticos, pode-se citar o art. 312, que previa a decretação automática da prisão preventiva do acusado, dependendo apenas da pena culminada em abstrato ao fato alegado, logo após o recebimento da denúncia (BRASIL, 1941). Além disso, há o art. 596, que dispõe que a sentença absolutória não necessariamente colocaria o réu em liberdade, devendo ser observado se foi interposta apelação e se a lei comina ao crime uma pena de reclusão por período igual ou superior a oito anos.

É perceptível, desse modo, que o réu não só não era tratado como inocente, mas em alguns casos era visto como culpado mesmo que tivesse sido absolvido. Incontestável que tais normas futuramente foram alteradas após o fim do Estado Novo, mas, mais uma vez, mudanças casuais por si só não são capazes de converter um sistema em outro completamente distinto. Portanto, para poder fazer a devida classificação é preciso que se investigue qual o princípio fundante do CPP quando instituído e qual sistema processual, então, fora adotado.

Algumas evidências já foram postas, como o afastamento das garantias processuais em prol do “bem estar social”. Todavia, é primordial vasculhar o Código para perceber qual princípio ele cumpre, se é o acusatório ou o inquisitivo, ou seja, com quem está a iniciativa probatória e a gestão das provas.

Nesse sentido, o artigo 156 pode solucionar tal dúvida:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, **facultado ao juiz de ofício:**

I – **ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas** consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A redação está conforme uma alteração realizada no ano de 2008, que não só mantém a ideia do texto original, como adiciona a hipótese do primeiro inciso. Nele, notadamente é dado ao juiz a possibilidade de atuar exigindo a produção de determinadas provas sem qualquer requerimento das partes, o que feriria, por si só, o princípio dispositivo.

Por outro lado, os estudiosos do direito podem argumentar que é apenas um artigo isolado, porém, além dele, o CPP também conferiu outra faculdade um tanto controversa ao juiz. É o caso do art. 385, transcrito abaixo:

Art. 385. Nos crimes de ação pública, **o juiz poderá conferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.**

Desta forma, significa dizer que mesmo a acusação não requerendo a condenação do indivíduo, seja por falta de provas suficientes ou dúvidas sobre a existência do fato, o magistrado pode terminar condenando o réu mesmo assim. Há, com isso, o distanciamento da figura do juiz-espectador, inerte e imparcial, e uma maior aproximação do juiz-ator, aquele que age de ofício e sem se ater àquilo que as partes discutem e apresentam a ele.

Ainda segundo Aury Lopes Junior, é esse o ponto central, constatando ele que

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 (LOPES JUNIOR, 2020).

Portanto, não basta apenas que se separe as funções de acusar e julgar se aquele que julga mantém consigo a gestão da prova e a possibilidade de praticar atos que estão em desacordo com a função e a perspectiva do que se espera de um juiz-ator.

Ainda, o Código de Processo Penal dispõe, entre outros dispositivos, mais atribuições com pormenores questionáveis ao magistrado, como o sequestro de ofício dos bens (art. 127), a possibilidade de se ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209), a busca e apreensão sem requerimento (art. 242), ou mesmo atribuir definição jurídica diversa daquela contida na denúncia, mesmo que seja preciso aplicar uma pena mais gravosa (art. 383). Nesses casos, é presumível considerar que um julgador que vai atrás das provas e age por conta própria é um juiz contaminado com aspirações punitivistas, já que, não só prejudica a estrutura dialética processual-acusatória, como sentencia o caso com fundamento a partir de provas que ele mesmo ordenou que fossem produzidas durante o processo (LOPES JUNIOR, 2019).

Paradoxalmente, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a fundação do Estado Democrático de Direito, houve uma completa mudança paradigmática que acarretou em profundas mudanças se comparado às constituições anteriores. Os princípios expressos e implícitos, aplicáveis ao processo penal e contidos na Carta Magna, pressupõe necessariamente o sistema acusatório. Por certo, duas das comprovações disso são a adoção do princípio do juiz natural (artigo 5º, LIII, da CF/88) e a vedação ao juízo ou tribunal de exceção (artigo 5º, XXXVII, da CF/88). Ligados, considera-se que está consagrado o princípio da imparcialidade.

Além do mais, com a constitucionalização do contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV, da CF/88), sobrevém mais uma ponderação importante trazida pelo doutrinador supracitado. Segundo ele:

Tudo está ligado em torno do triângulo composto por sistema acusatório, contraditório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida no sistema acusatório, não havendo e sendo sacrificada no sistema inquisitório... logo, fazer sinapse/pensar no sistema acusatório desligado do princípio da imparcialidade e do contraditório é mergulhar em um extremo reducionismo (LOPES JUNIOR, 2020).

Em decorrência dessa ambiguidade entre aquilo que está disposto pelo Texto de 1988 e o Código de Processo Penal, alguns doutrinadores conhecidos, como Guilherme de Santos Nucci, classificam o nosso sistema processual como misto, ou mesmo “inquisitivo garantista” (NUCCI, 2014). No entanto, tal denominação, por si só,

já causa certa estranheza, visto que a própria Inquisição, conjuntura histórica que derivou o nome do sistema inquisitório, desprezava justamente as garantias fundamentais dos acusados. A contradição formada por esses elementos faz com que eles não convivam em harmonia, havendo sempre a tendência para um dos lados, que normalmente não é o garantista.

Dessa forma, é apropriado adotar a designação dada por Aury Lopes Junior, que classifica o processo penal brasileiro como neoinquisitório (LOPES JUNIOR, 2020). Realmente, uma concordância que é possível ser feita com a doutrina majoritária é justamente que não há mais modelos puros. Por conta disso, ao se utilizar o prefixo *neo* delimita-se um tipo moderno e distinto de sistema que, apesar de ter como princípio fundante o inquisitivo, acaba acolhendo, por diversos motivos, características do sistema acusatório. Essa atitude pode ser justificada como sendo uma tentativa de legitimar determinado sistema processual, amenizando sua totalidade inquisitorial, ou mesmo como uma consequência lógica da incompatibilidade entre uma lei consideravelmente antiga, de influência fascista, e uma Constituição essencialmente democrática.

Com efeito, para a Carta Magna de 1937 e o contexto histórico ao qual ela se inseria, a legislação estava de acordo com o que era esperado. Todavia, com o passar das décadas e de novas constituições, em especial a atual, dada as discrepâncias entre os dispositivos legais e as garantias constitucionais dispostas, é indispensável que algo seja feito no tocante às normas processuais restantes que são materialmente inconstitucionais. Afinal, o Código de Processo Penal não está hierarquicamente acima do Texto Constitucional, devendo aquele se adequar a este, ou ser substituído por outro que esteja em conformidade.

Nesse sentido, grandes alterações pontuais foram realizadas pelo Congresso Nacional no CPP, em especial nos anos de 1948, 1977, 2008 e, mais recentemente, em 2019. Buscando alterar certos artigos que escancaravam as propriedades inquisitoriais do Código, o Poder Legislativo acabou transformando-o em um autêntico “Frankenstein jurídico”, uma espécie de colcha de retalhos que não detém nenhuma coerência ou consistência⁸. metáfora, embora perspicaz, possui um argumento central

⁸ Fala de Aury Lopes Junior, retirada de uma das Audiências Públicas, no ano de 2016, que tinham como finalidade debater o novo Código de Processo Penal (PL 8.045/10). Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=0771/16>>.

óbvio, isto é, não há como manter a lógica jurídica de uma legislação complexa e interdependente, com mais de 800 artigos, depois de tantas reformas.

O que aconteceu com o Código ao longo das décadas, de fato, foi uma tentativa incansável de “modernização do arcaico” (FERNANDES, 1975). Mesmo diferente do contexto social-econômico dado por Florestan Fernandes, ao discorrer sobre o desenvolvimento do capitalismo na América Latina, tal conceito é capaz de repercutir até mesmo no âmbito jurídico brasileiro. Em outros termos, os parlamentares propuseram durante todo esse período alterar um sistema obsoleto e inadequado a fim de tentar convertê-lo artificialmente em algo mais contemporâneo e atual, porém sem obter êxito, como visto acima.

Consequentemente, o mais prudente a se fazer é parar de insistir em um Código que foi escrito durante uma ditadura, sem aprovação legislativa e com fundamentos inquisitoriais, e investir esforços em uma nova legislação processual penal. Seja dito de passagem, foi proposto um projeto de lei no Senado Federal que trata de um Novo Código de Processo Penal, o PLS 156/2009, que foi escrito por uma comissão de juristas e que visavam a completa reformulação do processo penal brasileiro. Contudo, o projeto se encontra paralisado na Câmara dos Deputados desde 2011, agora como PL 8045/2010, preferindo os legisladores darem sequência a mais remendos casuais, como é o caso do pacote anticrime, proposto no ano de 2019.

3. O pacote “anticrime” e a emenda do juiz das garantias

Ao ser eleito com o discurso tão difundido de “bandido bom é bandido morto”, Jair Bolsonaro escolhe o conhecido juiz Sérgio Moro para ser seu Ministro da Justiça e Segurança Pública. Este, como foi visto durante os desdobramentos de processos envolvendo políticos importantes, que julgou às vésperas da eleição presidencial, foi um magistrado que nem sempre teve tanto apreço pelo procedimento ou mesmo pelas garantias constitucionais.

Esse comportamento, sobretudo relacionado aos casos envolvendo a Operação Lava Jato⁹, acabou repercutindo a ponto de um grupo de mais de cem advogados terem escrito uma carta aberta que repudiava as inúmeras circunstâncias em que os direitos dos réus eram desconsiderados. Consoante os juristas, “nunca houve um caso penal em que as violações às regras mínimas para um justo processo estejam ocorrendo em relação a um número tão grande de réus e de forma tão sistemática”¹⁰

Nesta situação, entre os argumentos utilizados, foi relatado que o juiz se utilizava de institutos jurídicos, como a prisão preventiva, com a intuito de coagir indiretamente os réus para que aceitassem fazer delações premiadas. É sabido, contudo, que entre os requisitos básicos para delação premiada está exatamente a voluntariedade.

Além disso, de forma mais gravosa, outras atitudes tomadas por quem tinha amplo acesso às investigações, cuja autoria é até hoje desconhecida, são bastante contestáveis. O maior exemplo é o vazamento seletivo de informações sigilosas, principalmente para grandes veículos de comunicação. Algo grave por sair da esfera da mera imoralidade da atuação pública, configurando-se crime, de acordo com o art. 325 do Código Penal, e ato ímprobo, conforme art. 11, III, da Lei 8.429/92, conhecida como lei de improbidade administrativa.

⁹ A Operação Lava Jato é uma operação da Polícia Federal deflagrada em 2014 com a função de investigar esquemas de corrupção e lavagem e desvio de dinheiro. O ex-juiz Sérgio Moro foi um dos agentes que mais ficou em evidência durante o andamento das investigações e processos, principalmente por ter ficado encarregado de julgar o ex-presidente Lula, que foi condenado por ele em 2017.

¹⁰ A íntegra da carta pode ser visualizada na seguinte página: <<https://www.conjur.com.br/dl/carta-grupo-advogados-alega-abusos.pdf>>.

A punição, todavia, é dificultada, uma vez que encontrar a fonte dos vazamentos, isto é, se foi o magistrado, a promotoria ou mesmo algum outro agente público, é uma tarefa complexa e não solucionada na maioria das ocasiões.

Enfim, relativo à atuação do Ministro quando fazia parte do governo Bolsonaro, seu trabalho com maior destaque foi a apresentação do PL 882/2019, em fevereiro de 2019. O projeto de lei foi apelidado de “pacote ‘anticrime’”, pois, segundo ele, tinha como objetivo ajustar as legislações penais para a realidade atual, investindo-se no enfrentamento do crime organizado, crimes violentos e corrupção, através de medidas que correspondessem “aos anseios da sociedade para tornar o país mais seguro e diminuir a sensação de impunidade”¹¹.

Entre os penalistas e processualistas, a preocupação com o projeto já existia antes mesmo dele ser mostrado, devido ao explícito histórico inquisitorial de sua atuação como juiz. Sendo assim, os discursos pré-projeto davam a entender que o crime seria combatido com a supressão de direitos e garantias individuais dos acusados.

Outro ponto questionado era o motivo de se fazer mais uma reforma pontual no CPP havendo um projeto pronto há anos de uma nova legislação, pensada por diversos juristas da área de forma conjunta. Preferiu-se, no entanto, a adição de mais um remendo ao Código, feito a partir das concepções e ideais de mundo de uma única pessoa, sem qualquer discussão acadêmica, só com futuros debates enquanto durava a tramitação do projeto nas sessões no Congresso Nacional.

Realmente, o ponto mais insensato que se tinha no pacote, devidamente retirado depois, talvez tenha sido a mudança de uma excludente de ilicitude conhecida como legítima defesa. No texto original, o ex-ministro adiciona duas situações que envolvem agentes policiais ou de segurança pública, concedendo autorização para que agissem em certos momentos de risco nas suas operações.

Caso aprovado, a redação do artigo 25 do Código Penal ficaria com a seguinte alteração:

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

¹¹ Frase dita pelo então Ministro após se reunir com os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal acerca das mudanças relacionadas ao pacote “anticrime”. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/relembre-os-principais-pontos-do-pacote-anticrime-enviado-ao-congresso-nacional>>.

Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:

I - o agente de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

II - o agente de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

A tentativa de modificação causa certa desconfiança, pois, ao tratar dessa excludente de ilicitude, o *caput* do artigo, presente na legislação penal há décadas, já pressupõe implicitamente essas circunstâncias, uma vez que se trata de uma condição geral. Isso fez com que, na época, fossem levantadas dúvidas a respeito da real intenção de se ter positivado duas hipóteses tão restritas e específicas.

Ademais, a reforma problematiza em mais alguns pontos, trazendo de maneira indireta um tema tão debatido atualmente pela população e os estudiosos do direito, que é a questão do cumprimento da pena após o término da segunda instância. Nesse quesito, o projeto conseguiu ir além, sustentando um dispositivo, o qual sequer foi posteriormente retirado pelo Congresso Nacional, que é a faculdade de se prender e dar início à execução provisória da sentença condenatória bastando a decisão do tribunal do júri.

Ou seja, com base na atual redação do art. 492, I, e, do CPP, se houver uma condenação com pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, o magistrado pode exigir a prisão do réu, sendo satisfatório tão somente o término da primeira instância (BRASIL, 2019). Sabe-se, entretanto, que um dos princípios basilares do direito processual penal brasileiro é o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal de 1988. Logo, se ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988), então não é cabível forçar alguém a cumprir provisoriamente uma pena, como se fosse culpado, de uma decisão que ainda é recorrível.

Por outro lado, ocorreram algumas mudanças que a maioria dos garantistas podem chamar de avanços. O novo art. 3º-A, do CPP, manifesta esse fato ao dispor que “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” (BRASIL, 2019). Evidente que tal vedação não se aplica apenas à investigação, visto que, se é almejado a observância ao princípio acusatório no transcorrer do processo,

o juiz também fica proibido de ter para si a gestão da prova na fase processual propriamente.

Nesse sentido, deve ser ressaltado que o art. 156, I, do Código de Processo Penal, que trata da possibilidade de o juiz produzir provas de ofício, está tacitamente revogado. Se o sistema adotado no processo penal brasileiro é acusatório, então ele tem de estar em consonância com o princípio dispositivo, devendo a iniciativa probatória estar exclusivamente nas mãos das partes, o que torna essa antiga norma incongruente em relação à recente reforma.

Outras alterações positivas que valem a pena salientar partem do sistema das prisões cautelares. Dentre elas, há a exclusão da liberdade do juiz de decretar *ex officio* as medidas cautelares, devendo existir, se estiver no curso da investigação, representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público (atual art. 282, §2º do CPP).

A inserção da audiência de custódia na legislação, afinal, é mais um progresso, obrigando o relaxamento da prisão se injustificadamente não for realizada no prazo de 24 horas. Porém, como nem tudo é o ideal, oferece, em contrapartida, a faculdade ao juiz de transformá-la em preventiva se houver justificativa. Ele pode ainda, sem obrigatoriedade de requerimento, decretá-la, quando analisar a prisão em flagrante durante a audiência de custódia.

Sob outra perspectiva, nesse contexto de prisão cautelar, houve uma mudança acertada posta pelo art. 316, que impõe ao órgão que a decreta o dever de revisar a preventiva a cada 90 dias, em decisão fundamentada. É uma determinação meritória, visto que o motivo para deixar alguém preso de forma cautelar deve ser sempre atual e não baseado em uma justificativa antiga e já encerrada.

Por fim, a inovação que será melhor discutida nesse trabalho, e uma das modificações mais significativas, é a adoção do juiz das garantias. De fato, não é uma inovação legislativa na conjuntura mundial, já que, nos maioria dos países da América do Sul, ele já estava em vigor desde a década de 90. Até ser criado aqui, inclusive, somente o Brasil e Cuba não haviam o adotado em toda a América Latina.

3.1 O Juiz das Garantias

Essa nova figura do processo penal brasileiro não foi trazida no projeto de lei original que foi encaminhado pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública. Na

verdade, foi criada partindo das ponderações de um grupo de trabalhos que analisou o PL. 882/2019, sendo acrescentada em seguida como emenda pelo deputado federal Marcelo Freixo (PSOL-RJ). O parlamentar em questão é reconhecido nacionalmente por sua militância pelos Direitos Humanos e o combate à criminalidade, sobretudo às chamadas milícias, amplamente alastradas na cidade onde habita, o Rio de Janeiro.

A discussão acerca do instituto se inicia logo a partir da escolha de seu nome. No Brasil, com o passar dos anos e o avanço do discurso punitivista, o termo “garantias”, assim como “direitos humanos” sofreram uma forte investida em direção a uma completa ressignificação, colocando no imaginário popular o pensamento de que eles servem apenas para proteger criminosos. Por certo, ambos têm mesmo a função de salvaguardar direitos básicos de possíveis delinquentes, mas o objetivo central é justamente defender todas as pessoas, independente de seus crimes, de eventuais injustiças que possam ser cometidas contra elas.

O termo juiz das garantias não é precisamente o mais apropriado, apesar de não ser por conta do significado novo dado por aquilo que se pode chamar de reacionarismo penal, e sim porque, na prática, todos os juízes devem ser das garantias. Destarte, utilizar no lugar a denominação juiz da investigação, como faz a Itália, não só soluciona a problemática incitada por grupos desonestos intelectualmente, como é, de modo técnico, até mais pertinente. Contudo, como o nome escolhido no Brasil foi o primeiro, será ele o empregado neste trabalho.

Passando dessa discussão, talvez o diálogo mais interessante efetuado entre os acadêmicos é o porquê da necessidade de se ter um juiz das garantias. Como já mencionado anteriormente, o direito processual penal brasileiro abarca dois momentos: a investigação preliminar e o processo propriamente dito. Este juiz atuaria na primeira fase, agindo como uma espécie de salvaguarda dos direitos individuais, que só poderiam ser dispostos para investigação com autorização judicial. Sua competência propriamente dita, no entanto, será melhor discutida *a posteriori*, de forma exemplificativa.

Um conceito trabalhado pela doutrina, que possui estreita relação com o questionamento, é o de originalidade cognitiva. Ela exige que o juiz criminal, para efetivamente ser juiz e, portanto, imparcial, conheça o caso penal originalmente no processo, na instrução (LOPES JUNIOR, 2020). Isto posto, ao ser concretizado esse conceito como requisito essencial para se alcançar uma maior imparcialidade, torna-se a grande justificativa que fundamenta a imposição da figura do juiz das garantias.

Pode ser apontado, implicitamente, que aquele magistrado que atua no processo desde o inquérito, chega na fase processual contaminado com imagens pré-concebidas do acusado.

Opera-se assim: ao tomar decisões no transcorrer da investigação preliminar, como a quebra de sigilo fiscal, autorizando grampos telefônicos e a decretação da prisão preventiva, o julgador acaba formando pré-julgamentos acerca do processo vindouro. Quando aceita a denúncia, é ele próprio que irá presidir a instrução, mesmo após já ter tomado várias decisões contra o réu através da narrativa e argumentação de quem fatalmente quer ver o investigado culpado no futuro. Isso pois, o inquérito, como visto, é indiscutivelmente inquisitório, em que algumas garantias são costumeiramente mitigadas e não há o contraditório amplo.

Certamente, desse modo o sistema brasileiro termina não conferindo a mesma igualdade cognitiva para as partes. No decorrer da investigação preliminar, o julgador é dominado inconscientemente depois de aceitar os pedidos que lhe chegam e acaba se vendo na mesma sina da acusação, aspirando conseguir algum indício, mínimo que seja, contra o acusado. Depois, quando iniciado o processo em si, está corrompido mesmo sem saber, prejudicando a obtenção da igualdade e imparcialidade.

Com isso, é preciso ressaltar a importância da Teoria da Dissonância Cognitiva em todo esse conjunto. Ela foi criada no século XX pelo escritor Leon Festinger, partindo de um estudo amplo que analisava a cognição, o comportamento e as reações humanas quando determinados conflitos aconteciam em suas mentes, o que gerava inconsistência cognitiva e mal-estar.

Esse efeito ocorre, pois o ser humano tende a viver dentro de uma zona de conforto, uma certa zona de atuação coerente. Quando há uma dissonância, isto é, uma incoerência, sucede uma reação natural na tentativa de reduzir essa sensação. De acordo com o autor, “a dissonância cognitiva pode ser vista como uma condição antecedente que leva a atividade orientada para a redução de dissonância assim como a fome leva para a atividade orientada para a redução da fome.” (FESTINGER, 1975, p. 13). Nessa direção, o teórico concluiu que o desconforto gerado pela dissonância faz com que as pessoas se motivem a buscar reduzi-la, indo de encontro à consonância.

Normalmente, tal contraste acontece quando alguém adquire uma nova informação que se contrapõe àquilo que ela acredita. Por exemplo, se uma pessoa

passa a vida toda acreditando que tomar chuva ou friagem faz com que ela tenha gripe, mas aparece um artigo científico comprovando que não há a correlação entre esses eventos, ela, mesmo que involuntariamente, tenta sobrepor de alguma forma sua percepção em relação àquilo que lhe causou a instabilidade.

Tal supervalorização pode se dar de maneiras distintas. Uma das possibilidades é o indivíduo ir atrás de novos dados que corroborem o ponto de vista original, ou simplesmente ignorar o que lhe foi trazido e não o agrada. Dificilmente alguém está disposto a reconhecer o equívoco e mudar de ideia, já que não é uma atitude que tende a ser agradável emocionalmente por não engrandecer o próprio ego.

No campo jurídico, a pessoa que melhor se deparou com essa questão foi o alemão Bernd Schünemann, que conseguiu relacionar a teoria com a atuação de juízes criminais e promotores da Alemanha, através de uma pesquisa empírica que tinha como referência uma mesma lide hipotética. Quanto à metodologia, a característica mais importante que separou os grupos foi entre aqueles que conheciam os autos da investigação preliminar e os que não tinham esse acesso.

Sendo assim, a conclusão exposta pelo estudo mais significativa para o tema em questão foi de que absolutamente todos os magistrados que possuíam conhecimento dos autos da investigação terminaram condenando o réu em uma mesma situação hipotética, enquanto aqueles que não tinham o acesso, 55% deles deram uma sentença absolutória (SCHÜNEMANN, 2013). Diante dessa pesquisa, comprovou-se que, quando se proporciona a originalidade cognitiva ao juiz, ele não fica vinculado aos ocorridos na fase pré-processual e, portanto, centra seu olhar naquilo que é produzido em contraditório, ouvindo devidamente os argumentos de ambas as partes.

É lógico depreender, dessa forma, que o acusado já começa em desvantagem quando o mesmo que preside o inquérito continua no caso na instrução. Com o recebimento da denúncia ou queixa que, na quase totalidade das vezes, o Ministério Público oferece, só então a defesa do réu tem mais possibilidades de agir, como também possui uma maior transparência dos elementos que antes não eram totalmente fornecidos. No entanto, o julgador já tem em sua psique uma ideia e opiniões relativas à ação, com base unicamente naquilo que foi colhido em inquérito, diante dos pedidos da acusação e sem a presença do contraditório.

Logo, baseado na teoria da dissonância cognitiva, o juiz possui uma predisposição involuntária de manter essa ideia de culpado durante toda a instrução.

Ele não só se inclina a buscar confirmações sobre essa tese, como também de menosprezar outras provas que causem a dissonância, ou seja, que contestem aquilo que já estava pré-concebido.

É exatamente isso que o juiz das garantias evita, fazendo com que haja originalidade e igualdade cognitiva, proporcionando isonomia às partes e conferindo uma maior perspectiva de imparcialidade ao juiz. Dessa maneira, ele forma sua convicção através da prova que foi colhida e debatida em contraditório, e não apoiado em meros atos de investigação.

3.1.1 A atuação do Juiz das Garantias

Conforme o Código de Processo Penal, está disposto que:

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:

Como o decorrer da investigação preliminar, por conta de suas características, acaba contaminando o magistrado com pré-juízos, nada mais razoável que este atuar somente nessa fase e, se houver uma posterior, ser substituído por um outro. Assim, o juiz das garantias ficaria encarregado de presidir a primeira parte do processo, até porventura haver uma marcação de audiência de instrução e julgamento.

De forma expressa, a norma supracitada, incluída pela Lei nº 13.964/2019, que seria o pacote anticrime após alterações do Congresso Nacional e sanção do Presidente da República, estabelece algumas das suas funções nos incisos subsequentes. A função primordial dele é trazida pelo próprio *caput*, isto é, controlar a legalidade da investigação a fim de que não se cometam abusos.

Os incisos que reafirmam essa responsabilidade são percebidos em vários dos incisos desse artigo: controlar a legalidade da prisão em flagrante (inciso II), zelar pela observância dos direitos do preso (inciso III), ser informado da instauração de investigação criminal (inciso IV) e requisitar informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação (inciso X), tudo para que possa fiscalizar e controlar possíveis irregularidades. Portanto, apesar de todo juiz dever ser alguém que preze pelas garantias, aquele que preside o inquérito policial precisa mais que tudo observar esse cumprimento, já que a defesa do investigado normalmente não possui o acesso

aos autos relativos a apurações em curso e, por consequência, a possíveis ilegalidades que possam estar sendo cometidas.

Por outro lado, cabe a esse agente público tomar determinadas decisões que colaborem com as investigações e com o prosseguimento ou não do caso. Nesse sentido, se houver requerimento, ele decide a respeito da prisão provisória do suspeito, assim como outra medida cautelar (inciso V). Com isso, pode o juiz, e apenas a partir de representação da autoridade policial ou pedido do Ministério Público, com a constatação da existência dos requisitos legais (o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*), decretar a prisão preventiva ou temporária do indivíduo, sempre por meio de decisão fundamentada.

Além disso, delibera acerca do pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis (inciso VII). É uma medida atípica, já que a regra é que ela seja produzida na audiência de instrução e julgamento, mediante a presença de ambas as partes, garantindo o contraditório. Desse modo, exclusivamente quando se tratar de prova urgente e não repetível é possível que o juiz das garantias, igualmente de maneira fundamentada, admita essa antecipação. Inclusive, recomenda-se que se designe uma audiência com a presença das partes para que se respeite o valioso aspecto da dialeticidade na produção de provas, com o intuito de resguardar os direitos do acusado e conferir maior transparência a essa excepcionalidade.

Ademais, há momentos em que aquele que investiga deve solicitar autorização judicial para determinados atos (inciso XI). Assim, para que haja busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica, quebras de sigilo ou qualquer ato que restrinja algum direito fundamental do investigado, é necessário que o juiz das garantias forneça a autorização quando imprescindível para o andamento das investigações e tendo indícios razoáveis do cometimento de infração penal punida com reclusão

É válido destacar ainda a alternativa do juiz de determinar que se tranque o inquérito policial se não há fundamento razoável para seu prosseguimento (inciso IX) e, também, decidir do recebimento da denúncia ou queixa (inciso XIV). O primeiro ponto decorre justamente do papel do julgador enquanto fiscal da investigação preliminar e que, ao não ser demonstrado os motivos para a continuidade do inquérito, não é coerente continuar com todo o aparato investigativo em cima de um indivíduo para, porventura, encontrar algo ao acaso contra ele.

Sobre o recebimento da denúncia ou queixa, existe uma certa dúvida acerca de até onde vai a atuação do juiz das garantias, o ponto em começa a ser de competência do juiz da instrução. Isso porque, de acordo com a sistemática do Código, elaborado inicialmente para que só um juiz fique na fase pré-processual e no processo em si, aquele que recebe a denúncia acaba praticando outros atos. Nesses termos, o CPP traz que

Art. 396. Nos procedimentos ordinários e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e **ordenará a citação do acusado** para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz **deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:**

Art. 399. **Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.**

Desse modo, mesmo que o art. 3º-B dê a entender que a atuação do juiz das garantias vai até o recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa, ele ainda deve promover, se vier a receber, a realização da citação do réu, decidir se absolverá sumariamente, marcar a audiência de instrução e julgamento e intimar quem for preciso. Assim sendo, é preciso discutir se realmente ele deveria ir tão longe e se, de fato, o recebimento da denúncia seria um ponto final congruente de sua atividade.

Mesmo que seja plausível defender que a decisão de absolver sumariamente o acusado deva ser feita por aquele que presidirá a audiência de instrução e julgamento, faz sentido que seja feita pelo da investigação preliminar. Tal lógica parte de uma outra novidade trazida pela Lei 13.964/2019, que é a chamada exclusão física dos autos do inquérito dos autos do processo, e faz com que o segundo juiz não tenha acesso à investigação preliminar, excetuando às provas que foram produzidas antecipadamente por serem urgentes ou não repetíveis. É uma alteração legislativa coerente e em consonância com a própria figura do juiz das garantias, já que tem a finalidade de garantir a não contaminação do juiz de instrução com elementos da fase pré-processual.

Consequentemente, deixar essa decisão a cargo do juiz das garantias é uma definição correta, visto que só ele terá conhecimento completo quanto às informações do inquérito, podendo, nessa situação, deliberar melhor a respeito. Porém, ao restante do art. 399, mais harmônico sistematicamente seria se o próprio juiz da instrução e

juízo designasse a audiência, assim como as respectivas intimações, pois ele é que conduzirá e possui a devida autoridade para ela.

3.1.2 A presença do instituto em outros ordenamentos pelo mundo

No Brasil, a instituição do juiz das garantias foi consideravelmente tardia, já que, na maioria dos outros países, foi adotado entre os anos 1980 e 1990. Grande parte das nações, em especial as de língua espanhola, utilizaram a mesma nomenclatura que terminou sendo adotada no Brasil, que é juiz das garantias (normalmente com a denominação “*juez de garantías*”). Na América Latina, os grandes exemplos são a Argentina, Chile e Uruguai.

No primeiro Estado, teve início com o Código de Processo Penal da Província de Córdoba, que foi sancionado em 1939. Foi um avanço notável em direção ao sistema acusatório se comparado aos códigos de processo penal das outras nações mundo afora pela mesma época. Como consequência, conforme Maya (2018, apud MAYER, 2000), esse código

constituiu a base com a qual, posteriormente, seria redigido o Código processual penal modelo para a Ibero-América, no qual se pautou a reforma processual da Costa Rica, no ano de 1973, assim como para as reformas legislativas que se seguiram à incipiente democratização dos países da região nas décadas de 1980 e 1990, dentre eles Guatemala (1992), Costa Rica (nova reforma, 1996), El Salvador (1996), Chile (2000), Venezuela (1998), Paraguai (1998) e Bolívia (1999).

Apesar do progresso aparente, a legislação continha diversos dispositivos inquisitoriais. Algumas de suas características eram a exclusão dos juízes leigos, a regra da acusação compulsória e atribuir ao juiz, em infrações graves, as investigações pré-julgamentos (LANGER, 2017). É com o fim dos anos 80, no entanto, que a Argentina começa a ter uma maior experiência com o sistema acusatório propriamente. Em 1991, o país adotou outro código mais garantista no seu sistema federal, assim como fez *a posteriori* a província de Córdoba, em 1992 e a de Buenos Aires, em 1997, todos com a previsão expressa do instituto do juiz das garantias.

Atualmente, está em vigor no país um novo Código de Processo Penal Federal, que foi sancionado em 2014, mas que, por inconveniências políticas, acabou entrando em vigor no ano de 2019. Os intitulados pela nova legislação de “juízes com função de garantias” atuam no controle da investigação e de toda e qualquer decisão

jurisdicional que se deva tomar durante a etapa preparatória, assim como o controle da acusação (ARGENTINA, 2014, tradução nossa). São competentes ainda para o chamado procedimento abreviado, quando presentes os acordos plenos, e, por fim, para a suspensão do processo de julgamento¹².

No que concerne ao Chile, seu código que está vigente foi promulgado em 2000 e faz mais de cem menções ao juiz de garantias entre os seus quase quinhentos artigos. O país tem um processo penal desenvolvido teoricamente em três fases: a etapa da investigação, a de preparação do julgamento e o julgamento em si. O juiz das garantias fica encarregado das duas iniciais, realizando, na primeira, algumas atribuições como a audiência de custódia, a proteção dos direitos fundamentais do acusado e o papel de fiscalizador da legalidade da investigação por parte do Ministério Público.

Na segunda, são deferidas as provas obtidas, após análise da validade e conformidade com a lei, daquilo que foi colhido pela acusação, ou mesmo pela defesa. Esse procedimento é feito para que elas possam ser usadas em uma futura audiência de julgamento, lá chamada de juízos orais.

Dando um panorama de como é o modelo chileno em sua totalidade, em 2016, um grupo de cinquenta professores de processo penal por todo o Brasil foram ao país para estudar formas de se implementar o sistema acusatório aqui (RAVAZZANO, 2016). A advogada Fernanda Ravazzano escreveu o seguinte relato sobre sua experiência:

Vimos na prática audiências realizadas pelos juízes de garantia e juízos orais (de instrução). Assistimos, perplexos, a *fiscalía* (Ministério Público), partilhar com a defesa as provas produzidas, sem esconder o jogo, em postura aberta. Acompanhamos o réu ter voz e o juiz prestar atenção em sua fala. Percebemos que o *parquet* só oferecia a denúncia se, de fato, entendesse que poderia ter um resultado positivo (condenação) ao final do juízo oral e se somente tal postura pudesse ser adotada, pois no Chile adota-se o princípio não da obrigatoriedade da ação penal, como no Brasil, mas da conveniência. Se for possível resolver a demanda de outra forma, como a justiça restaurativa, ela será empregada (RAVAZZANO, 2016)

¹² Texto original: “*Artículo 55.- Jueces con funciones de garantías. Los jueces con funciones de garantías serán competentes para conocer: a) En el control de la investigación y de todas las decisiones jurisdiccionales que se deban tomar durante la etapa preparatoria, así como en el control de la acusación; b) En el procedimiento abreviado cuando se presenten acuerdos plenos; c) En la suspensión del proceso a prueba.*” Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239340/norma.htm>>.

A audiência de *juicio oral* acontece em poucas ocasiões, cerca de 15% das situações (MAYA, 2017), até mesmo porque a *fiscalía* só denuncia quando o arcabouço probatório é satisfatório para uma condenação. Se este for o cenário, o juiz de garantias é substituído por um tribunal composto por três magistrados distintos do primeiro, tendo eles conhecimento da ação quando da audiência, e não a partir dos autos físicos.

Certamente, o sistema chileno não é um exemplo perfeito, tendo como qualquer outro sistema acusatório ao redor do mundo os seus problemas pontuais. No caso, pode-se citar o fato de que o interrogatório do réu ocorre no início da audiência e não ao final, como seria o adequado. Entretanto, se confrontado com a estrutura que havia anteriormente, equiparada com a atual do Brasil, há uma clara evolução, dado que o código chileno hoje em dia já trabalha com uma sistemática acusatória.

Também houve essa mudança significativa no modelo do Uruguai. De 1980 até 2017, vigorava no país um Código de Processo Penal que era alicerçado no princípio inquisitivo, principalmente na fase investigatória, em que o juiz participava de forma ativa na investigação preliminar, além de ter a gestão da prova (MOREIRA, 2018). Atualmente, com a edição do novo Código, os grandes doutrinadores do processo penal consideram que o sistema acusatório foi devidamente implementado nessa nação, sendo uma legislação consideravelmente enaltecida mundo afora.

Essa afirmação pode ser validada com base na instituição do sistema de *double juez* que lá existe. Na investigação, há um juiz inerte que apenas atua nos contextos de reserva de jurisdição, manifestando-se quando o Ministério Público precisa realizar alguma medida que tenha a necessidade de prévia autorização judicial. Esse julgador, porém, não permanece na fase processual, o que contribui para uma maior possibilidade de imparcialidade.

Nesse sentido, quanto a esse arquétipo em questão, ainda se pode comentar que:

existe correta preocupação por parte do sistema uruguaiano de garantir a 'originalidade cognitiva', não só com a separação dos juízes que atuam na fase preliminar e judicial, mas também com a não contaminação dos atos de investigação com o processo. O juiz da fase processual (*juicio oral*) tem em mãos apenas o 'auto de abertura', ou seja, a decisão que recebeu a acusação e a indicação das provas que serão produzidas. Toda a prova tem que ser produzida em audiência. É o que eles chamam de Princípio de 'auto-sustentabilidade', no sentido de que se deve esquecer o que foi feito antes (exceto, é claro, as provas técnicas irrepetíveis e as de produção antecipada) e produzir toda a prova na fase processual (LOPES JUNIOR, 2019).

Portanto, o movimento de democratização da Justiça Criminal na América Latina resultou em um respeitável progresso. Os maiores foram justamente o estabelecimento de vez do juiz das garantias, assim como a adoção de medidas que aumentaram as condições para uma imparcialidade mais plena possível e a não contaminação do juiz de instrução com os autos das investigações preliminares.

Para além das Américas, outra referência entre as mais importantes em relação a esse instituto se encontra no continente europeu, na Itália. Diferentemente dos outros países, ele é chamado de juiz para as investigações preliminares ou, em italiano, *giudice per le indagini preliminari*. No Código de Processo Penal italiano, a separação de juízes é feita de forma manifesta pelo art. 34.2-bis, esclarecendo que o juiz que tiver exercido, no mesmo processo, a função de juiz das investigações preliminares não pode proferir a sentença de condenação penal, nem realizar a audiência preliminar (ITÁLIA, 1988, tradução nossa)¹³.

A famosa operação “Mãos Limpas”, deflagrada em Milão, no ano de 1992, conhecida por trazer à tona um grande esquema de corrupção no país envolvendo a Máfia¹⁴, utilizou-se desse modelo. Essa é a operação que o ex-juiz Sérgio Moro elogiou inúmeras vezes enquanto estava na magistratura, mas que, quando fazia parte do Governo Federal, realizou críticas infundadas a respeito da inserção desse instituto jurídico no Brasil, como será mostrado posteriormente.

¹³ Texto original: “Art. 34. *Incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento. 2-bis. Il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari non può emettere il decreto penale di condanna, né tenere l'udienza preliminare; inoltre, anche fuori dei casi previsti dal comma 2, non può partecipare al giudizio.*” Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/02/18/giudice>>.

¹⁴ A Máfia é uma organização criminosa que está enraizada em todas as esferas institucionais e setores da sociedade. Os membros são conhecidos como mafiosos e atuam até mesmo na dimensão pública, estando, à época da Operação Mãos Limpas, entranhados em partidos políticos importantes.

4. A ADI 6.298 e os debates em torno da constitucionalidade e de efetivação em torno do instituto

A lei anticrime, com todas suas alterações, foi sancionada pelo Presidente da República no final do ano de 2019. Dois dias depois, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) ajuizaram uma ação direta de inconstitucionalidade em face dos arts. 3-A ao 3-F do CPP, adicionados pelo art. 3º da Lei 13.964/2019

Formalmente chamada de ADI 6.298, não foi a única a ser proposta questionando a constitucionalidade do juiz das garantias, juntando-se, nesse sentido, às subsequentes ADIs 6.299, 6.300 e 6305. Estas, por sua vez, têm como autores partidos políticos como o Partido Social Liberal (PSL), o PODEMOS e o Cidadania, bem como a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). A análise das argumentações contrárias, contudo, basear-se-á naquela ajuizada pelas associações dos magistrados, pois é a mais qualificada e engenhosa dentre todas as quatro.

É imperativo salientar que o Supremo Tribunal Federal (STF), suspendeu a implantação dessa figura em duas oportunidades até o momento. Primeiro, o então presidente da Corte, o ministro Dias Toffoli, havia tomado a medida estipulando um prazo de 180 dias, visando que fosse feito o devido planejamento por parte dos entes para a instauração ser bem sucedida. Segundo ele, essa alteração requereria uma organização que demanda ser implementada de forma consciente em todo território nacional, devendo ser respeitada as especificidades e a autonomia de cada localidade¹⁵.

Uma semana depois, o atual presidente do STF e relator das ações, o ministro Luiz Fux, revogou a primeira liminar e concedeu outra medida cautelar no sentido de suspender a eficácia dos artigos até que fossem referendados pelo plenário do Tribunal. De acordo com o magistrado, a medida era necessária, pois a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro, alterando

¹⁵ Fala do então presidente do STF aos jornalistas após a decisão que suspendeu a implantação do juiz das garantias. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-15/toffoli-suspende-implementacao-juiz-garantias>>.

de forma direta e estrutural o funcionamento das unidades judiciárias criminais pelo país¹⁶.

Havia a perspectiva de que, em maio, fossem realizadas audiências públicas para que se expusessem os argumentos das associações, defensores e promotores públicos, representantes da sociedade civil e membros do Ministério Público. Todavia, por conta da pandemia de COVID-19, elas precisaram ser canceladas para a remarcação em um momento mais apropriado.

4.1 As hipóteses de inconstitucionalidade formal

Entre os argumentos trazidos pela ADI 6.298, um é que a alteração possui vícios de forma, que ocorre quando o processo legislativo desrespeita, de alguma maneira, certa determinação da Constituição Federal. Nesse sentido, foi alegado que, ao tratar do juiz das garantias e de sua atuação, o Poder Legislativo infringiu o disposto pelo artigo 24, inciso XI e §1º, da CF/88. Os dispositivos possuem a seguinte redação:

Art. 24. Compete à União, Aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
 (...)

XI – procedimentos em matéria processual
 (...)

§1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Como é sabido, na competência concorrente, enquanto a União se encarrega de estabelecer normas gerais, os Estados e o Distrito Federal legislam de maneira complementar. Por conseguinte, a AMB e a AJUPE arguiram que a constituição do juiz das garantias e o estruturamento de suas funções terminou por entrar na atribuição concernente à legislação específica dos estados-membros, invadindo a esfera que não lhe era cabível. No entanto, pelo menos duas confusões podem ser percebidas, sendo a primeira sobre o significado do termo normas complementares.

MOHN (2008), ao refletir acerca do assunto, considera que as normas complementares são aquelas que dispõem sobre necessidades e especificidades de cada Estado. Nesse sentido, quando a Constituição dispõe que cabe à União fixar normas gerais sobre determinado tema, significa que ela estipular aquilo que deve ser uniforme em toda a Federação. Então, se o legislativo federal institui a figura do juiz

¹⁶ Trecho retirado da Medida Cautelar conferida pelo Ministro, relativa à ADI 6.299. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-aterreferendo.pdf>>.

das garantias, estabelecendo suas funções e limites, incumbe justamente aos Estados se organizarem, de acordo com suas individualidades, para melhor acomodar essa inovação em suas jurisdições.

Ainda, afirmam que tal modificação não poderia se encaixar na hipótese trazida pelo art. 22, I, da CF/88, que proporciona à União a competência exclusiva para estipular normas processuais. Isso, porque, como implicariam mudanças de cunho pré-processual e não sobre o processo em si, logo não podem ser consideradas normas processuais. Entretanto, essa tese é habilmente rebatida por Simone Schreiber, ao expor que

A alegação não merece acolhida ademais pois o Código de Processo penal sempre regeu a instauração e processamento do inquérito policial. Alterações no CPP pertinentes à investigação criminal foram aprovadas após a promulgação CF88 sem que fosse arguida sua inconstitucionalidade, por supostamente violar competência concorrente dos estados (SCHREIBER, 2020)

De forma exemplificada, a autora apresenta exemplos elucidativos como a Lei 12.830/2013, a lei da investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, e mesmo a Lei 12.850/2013, que sistematiza a investigação criminal para situações que envolvam organizações criminosas. Em relação ao CPP propriamente, é possível citar a Lei 8.862/1994, que modificou artigos relativos ao exame pericial na fase investigatória, além da Lei 13.344/16, que incluiu os arts. 13-A e 13-B, que coordenam algumas das atribuições investigatórias por parte do MP e da autoridade policial em certos crimes. Dessa forma, mesmo que a investigação aconteça antes do processo em si, deve ser ela regulamentada por legislação federal, assim como foi durante todo o tempo.

Ademais, todas essas considerações deveriam ser feitas apenas se se tratassem de normas procedimentais, o que não é o caso. Apesar de ter sido citada na recente ADI 6.298 a ementa do julgamento da ADI 4.414, como aparente jurisprudência que corroboraria com os fundamentos da ação, e cujo relator também foi o Ministro Luiz Fux, esqueceu-se de citar o conceito dado pelo juiz para norma processual. Desse modo, conforme suas palavras:

A lei processual é aquela que cuida da delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, da coordenação de sua atividade, da

ordenação do procedimento e da organização do processo – envolve, basicamente, a tríade jurisdição, ação e processo.¹⁷

Portanto, a mera cisão funcional de competência entre os juízes não adentra na esfera legislativa dos estados-membros¹⁸. Sendo assim, as normas impugnadas que estabelecem regras de impedimento e atribuições de um juiz na fase de investigação têm caráter essencialmente processual, e não procedimental. Assim, estando consoante o art. 21, I, da CF/88, não há como assentir com essa hipótese de inconstitucionalidade formal.

Sem embargo, também é trazida outra, com fundamento no art. 93, caput, da CF/88. Tem ele a seguinte redação:

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

Defenderam os autores da ação que é a Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN) que regula a estrutura hierárquica e administrativa do Poder Judiciário brasileiro, sua organização e seu funcionamento. Por isso, ao ser formada essa “classe própria de juiz”, haveria um vício formal claro, pois não é do alcance do Poder Legislativo propriamente fazer essa alteração.

Contudo, o que é desconsiderado é que o juiz das garantias não é a criação de um novo tipo de juiz, mas sim uma função que vai ser desempenhada por um magistrado que pertence ao mesmo Judiciário (STRECK, 2020). De fato, tal figura provoca uma mudança paradigmática importante para o processo penal brasileiro, apesar de que se refere a uma alteração mais ideológica do que exatamente estrutural (SCHREIBER, 2020).

Ou seja, ao tratar da competência, causas de impedimento e deveres dos juízes que atuam na fase de investigação, não houve invasão da autonomia organizacional dos tribunais. O próprio art. 3º-E pressupõe legislações de organização judiciária dos estados-membros para que possam, por conta própria, regulamentar a melhor maneira de como detalhadamente funcionará esse instituto em cada um deles.

O formato como essa ordenação pode ser desenvolvida, por consequência, dependerá da opção mais viável e que melhor atenda as especificidades de cada

¹⁷ Trecho retirado do acórdão referente à ADI 4.414. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340148591&ext=.pdf>>.

¹⁸ Trecho retirado do mesmo acórdão.

região. Busca-se, com isso, a conformidade com o art. 96, I, a e d, II, d, da CF/88, que possuem a seguinte redação:

Art. 96. Compete privativamente

I – aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

(...)

d) propor a criação de novas varas judiciárias;

(...)

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

(...)

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

Por conseguinte, conclui-se que cabe aos tribunais decidirem se irão contratar novos juízes, criar novas varas, especializar alguma das existentes, optar pelo rodízio entre juízes para a viabilização nas comarcas com um juiz, ou adotar o critério de tabelaridade. A reforma, nesse sentido, tem a finalidade principal de ordenar que seja instaurado o juiz das garantias no sistema processual brasileiro, mas o aspecto organizacional cabe mesmo aos tribunais.

Pode-se apontar, por essa razão, uma possível inconstitucionalidade do art. 3º-D, parágrafo único, porque, mesmo sem estipular critérios pormenorizados, visa impor às comarcas com somente um juiz o sistema de rodízio de magistrados, quando o mais adequado seria deixar que os entes federados proponham por si só a solução mais viável a depender dos problemas, possibilidades e reivindicações de cada localidade.

4.2 As supostas inconstitucionalidades materiais

Um dos pretextos mais propagados pelas associações de magistrados é que o juiz das garantias viola o princípio do juiz natural, disposto no art. 5º, LIII, da CF/88. Tendo em vista que a jurisdição é uma e indivisível, não seria aceitável que tenham dois juízes diferentes de igual instância tratando do mesmo processo. Para avaliar o mérito desse raciocínio, faz-se necessário entender o que é o juiz natural.

Nas palavras de Renato Brasileiro, “juiz natural, ou juiz legal, dentre outras denominações, é aquele constituído antes do fato delituoso a ser julgado, mediante

regras taxativas de competência estabelecidas pela lei.” (LIMA, 2020). O princípio busca impedir os chamados tribunais de exceção, ou *post factum*, garantindo que aquele que irá julgar determinada pessoa não seja designado ao acaso e por motivos pessoais, mas sim com base em normas constituídas anteriormente.

Porém, contestar a constitucionalidade do juiz de garantias por conta de uma violação do juiz natural é um argumento superficial e sem coerência teórica. Se é a lei que estabelece regras de competência para a atuação de um juiz e sobrevém uma outra que altera essa questão, então será competente quem a lei nova indicar que é. Um será para a primeira fase, a de investigações, e o outro para a processual em si.

Assim sendo, a Lei 13.964/2019 introduz uma nova ideia nesse sentido, que é a da prevenção como causa de exclusão de competência (LOPES JUNIOR, 2020). Dispõe o Código que aquele juiz que atuar no inquérito policial, praticando algum dos atos cabíveis ao juiz das garantias, fica impedido de funcionar no processo (art. 3º-D, do CPP). Logo, ele se torna impedido de ser o juiz na fase processual, mas, ao mesmo tempo, torna-se o juiz das garantias preventivo para se houver posteriores crimes conexos.

Essa compreensão possui respaldo nas palavras de Ney Bello ao discorrer que

Não há direito adquirido do juiz a julgar todos os incidentes de eventuais processos futuros! A jurisdição e a competência só existem em razão da lei, o que implica a constitucionalidade óbvia de qualquer modificação de competência funcional (BELLO, 2020).

Quanto à violação ao princípio da igualdade por se adotar o juiz das garantias apenas em 1ª instância, se verdadeiramente a lei tivesse posto nestes termos, haveria mesmo uma ofensa a ele. Entretanto, diferente da interpretação dada por membros do STF, esse trabalho vai no sentido de defender a igual aplicação do juiz das garantias para os casos de competência originária de tribunais. Se a justificativa para o juiz de instrução e julgamento não atuar na investigação preliminar é sua inerente contaminação, para poder conferir a ele a originalidade cognitiva, não há razão para negar a implantação desse conceito também nos tribunais.

Em sentido distinto avalia o ministro Dias Toffoli, já que, quando suspendeu a eficácia dos artigos da lei “anticrime”, também afastou a aplicação da norma nos processos de competência originária de tribunais. Foi utilizado o discurso de que a colegialidade eximiria a imposição do juiz das garantias, pois os vários juízes

presentes em um tribunal tornariam insignificante que um deles estivesse contagiado com elementos das investigações preliminares.

No entanto, é irrelevante se o julgamento é colegiado ou singular, pois a garantia da imparcialidade é exigível de cada um dos magistrados e, portanto, se um deles está contaminado, o julgamento todo está comprometido (AURY LOPES, 2020). Sendo assim, para garantir a maior possibilidade de imparcialidade, assim como o respeito ao princípio da igualdade, faz-se necessário afastar do julgamento aquele ministro ou desembargador que tenha atuado na fase investigatória. Certamente, não seria admissível o Poder Legislativo determinar os moldes a serem seguidos pelos tribunais, devendo eles ajustarem a essência dessa figura a suas realidades institucionais.

Também se aponta o fato de que, na lei, não há previsão de impacto orçamentário ou fontes de custeio, sendo que algo assim não poderia acontecer, pois a criação do juiz das garantias necessariamente implica no aumento de despesas. Não obstante, como já visto, a implementação do instituto por si só não acarreta obrigatoriamente no aumento no número de juízes ou despesas, sendo tal afirmação inverídica. Por exemplo, um local pode optar por promover a especialização de uma das varas já existentes para que seja capaz de cumprir a nova legislação, o que pode ser realizado sem acarretar em aumento de gastos. Tudo dependerá da escolha feita pelas normas de organização judiciária dos próprios entes, estando de acordo com o art. 3º-E do CPP.

Realmente, algum estado-membro poderá optar por abrir novos concursos para, principalmente, suprir a demanda já existente em comarcas com densidade processual elevada, em que o volume de processos cíveis e criminais para um mesmo juiz é muito alta. Outros, em contrapartida, se as comarcas ficarem em cidades distintas e com um juiz cada, podem adotar critérios de distribuição cruzada, levando em consideração o plano estratégico do Conselho Nacional de Justiça de implementar o processo judicial eletrônico em todo o país, com o novo projeto chamado “Juízo 100% Digital”¹⁹.

¹⁹ O Juízo 100% Digital, de acordo com o CNJ, proporcionará a prática de atos processuais exclusivamente por meio eletrônico e remoto, abarcando inclusive audiências e sessões de julgamento, por meio de videoconferência. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/WEB_cartilha_Juizo_100porcento_digital_v3.pdf>.

É possível ainda, em últimos casos, fazer igual à cidade de São Paulo, que conta com um sistema similar ao do juiz das garantias há mais de 35 anos. Existe lá o Departamento de Inquéritos Policiais (Dipo), que é composto por 13 juízes, designados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, para tomar as devidas medidas cautelares em todos os inquéritos da capital paulista. Com o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público, assume o caso um outro juiz. Por óbvio, uma central desse tipo acarreta em despesas públicas, por isso pertence aos entes a seleção daquilo que melhor se adapta as suas realidades.

De qualquer modo, é interessante indicar a conveniência na tentativa de invocar a inconstitucionalidade dos artigos com base na falta de dotação orçamentária, já que, em outras oportunidades, não foi suscitada tal questão. Por esse ângulo, cita-se a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que instituiu os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a Lei 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, além da Lei 10.259/2001, acerca dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal.

A respeito da *vacatio legis*, estabelecida em 30 dias após a publicação oficial, baseado no art. 20 da Lei 13.964/2019, é legítimo registrar que foi oferecido um período insuficiente para que os entes federativos pudessem se organizar de forma apropriada. Foi nesse contexto, ainda, que a primeira suspensão por 180 dias foi definida. Segundo o Ministro Dias Toffoli, o prazo era exíguo para que os tribunais pudessem promover as adaptações, sendo impositivo que fosse fixado um regime de transição mais adequado e razoável para que se viabilizasse a adoção de forma progressiva e programada por todo o país²⁰.

Nesse sentido, o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), iniciou um estudo com o nome “A implantação do juiz das garantias no Poder Judiciário”, dois dias após a sanção da lei “anticrime”²¹. Esse grupo ficou encarregado de coletar informações e sugestões de membros do Judiciário para que pudessem estabelecer bases para a implantação da nova figura jurídica e, assim, oferecer as distintas opções aos respectivos tribunais.

²⁰ Fala do então presidente do STF aos jornalistas após a decisão que suspendeu a implantação do juiz das garantias. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-15/toffoli-suspende-implementacao-juiz-garantias>>.

²¹ Informações disponíveis em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/cnj-abrira-consulta-implementacao-juiz-garantias>>.

Depois de recebidas mais de 100 propostas, sendo ouvidos 27 tribunais, 77 magistrados e 7 instituições, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Defensoria Pública da União e a Procuradoria-Geral da União, o CNJ pôde fazer as análises considerando as peculiaridades demográficas, financeiras e administrativas de cada localidade. Inclusive, participaram dessa consulta pública até mesmo a a AMB e a AJUFE, autoras da ADI 6.298. Após isso, o grupo chegou ao fim dos trabalhos propondo, em junho de 2020, uma resolução com recomendações e outros dados significativos.

Durante o estudo, foi constatado que quase um terço das Comarcas e Seções Judiciárias possuem mais de uma unidade jurisdicional com competência criminal, que, por sua vez, correspondem por mais da metade dos novos casos e procedimentos investigatórios²². Ademais, verificou-se que, quanto às Comarcas da Justiça Estadual que possuem apenas uma vara, apesar de representarem quase 60% das existentes no país, recebem 17% de todos os casos novos. Em outras palavras, a tão alardeada preocupação com as inúmeras comarcas com um juiz, na prática, não é nada extraordinário e que não possa ser adaptada a recém modificação processual.

Soma-se isso ao destaque feito pelo então Presidente do STF, ao apresentar o Relatório Justiça em Números 2019, de que cerca de 84% dos processos em 2018 tramitavam logo de início de forma eletrônica²³. É patente que esse movimento rumo à digitalização quase completa dos processos favorece a introdução do juiz das garantias nos locais com somente uma vara, já que não torna obrigatório que o magistrado vá até outro lugar para poder atuar. Além do que, com o advindo da pandemia do COVID-19, houve mais do que nunca o aumento desse trabalho virtual, com as audiências e sessões remotas.

Com isto posto, o CNJ pôde instituir diretrizes de política judiciária, no sentido de implantação, estruturação e funcionamento do juiz das garantias nos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais (art. 1º da Resolução)²⁴, oferecendo a eles

²² O estudo completo feito pelo grupo, assim como todos os apontamentos, considerações e resultados, pode ser consultado em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>.

²³ Dados do relatório colhidos disponíveis em: <<https://www.jfrj.jus.br/noticia/justica-em-numeros-2019-maior-productividade-resultou-em-queda-de-processos-pendentes>>.

²⁴ Apesar de estar em branco a identificação de qual o número dessa Resolução do CNJ, sua minuta pode ser visualizada por completo no mesmo *link* dos resultados do grupo de estudo. Assim, disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>.

a livre escolha entre os diversos formas de organização. Neste sentido, dispõe a resolução que

Art. 3º No caso de comarca ou subseção judiciária com mais de uma vara, o Tribunal poderá organizar o instituto do juiz das garantias por:

I - especialização, por meio de Vara das Garantias ou de Núcleo ou Central das Garantias;

II – regionalização, que envolverá duas ou mais comarcas ou subseções judiciárias;

III - rodízio entre juízos da mesma comarca ou subseção judiciária; e

IV – rodízio entre juízes lotados na respectiva comarca ou subseção judiciária.

Art. 4º No caso de comarca ou subseção judiciária com vara única, o Tribunal poderá organizar o instituto do juiz das garantias por meio de:

I – regionalização, que envolverá duas ou mais comarcas ou subseções judiciárias;

II– rodízio entre comarcas ou subseções contíguas ou próximas com somente uma vara; e

III – rodízio entre juízes lotados na respectiva comarca ou subseção judiciária.

4.3 Tentativa de recorrer às superficiais premissas populares.

A despeito de não conter os típicos argumentos pueris utilizados pelos defensores do antigo *status quo*, que aplaudem incansavelmente os ditos juízes justiceiros, é preciso fazer as devidas críticas a essas noções e pessoas. Um deles é feito até por quem possui formação jurídica, como Deltan Dallagnol quando diz que o juiz das garantias funcionará como uma quinta instância²⁵. Ora, se o que a Lei 13.964/2019 promoveu foi tão só a cisão de atribuições, assegurando um juiz para a investigação preliminar e outro para a instrução e julgamento, não faz o mínimo sentido dizer que houve a criação de mais uma instância.

Claro que entre suas competências o juiz das garantias pode, em últimos casos, proferir uma sentença sumária absolutória ao acusado, o que, como decisão de mérito, é passível de fazer coisa julgada material. Todavia, não só esse veredito é dado às situações que envolvam claras hipóteses que sequer vale a pena prosseguir

²⁵ Declaração retirada da seguinte matéria: <<https://jovempan.com.br/programas/jornal-da-manha/juiz-de-garantias-traz-inseguranca-e-e-retrocesso-diz-deltan-dallagnol.html>>.

com o processo (art. 397, do CPP), como também é recorrível por meio de apelação (art. 416, do CPP), levando-o diretamente para a segunda instância propriamente dita. Então, ou o juiz das garantias finda a primeira instância, ou remete para o juiz de instrução e julgamento, que dá continuidade a ela até a futura sentença.

Além de ser dito que a novidade processual origina uma nova instância, a maior ilusão criada e propagada é de que haverá aumento da morosidade do Poder Judiciário, assim como da impunidade. Em relação a primeira, não há qualquer evidência ou estudo concreto que confirme essa alegação, sendo ela de caráter meramente especulatório (SCHREIBER, 2020). Desse modo, não se sabe ao certo qual o fundamento racional desse argumento, pois o que estava sendo feito continuará igual, com a diferença de que será realizada por dois magistrados em vez de um.

A indicação do crescimento da impunidade, por outro lado, tem como suporte a dominação existente no Brasil da cultura punitivista. Reproduz-se constantemente o discurso de que não se prende o suficiente, mesmo que a população carcerária do país seja a terceira maior do mundo, com quase 800 mil encarcerados²⁶. O Problema, efetivamente, dá-se em torno da dificuldade de responsabilizar penalmente aqueles que praticam crimes mais graves como assassinato e corrupção. Porém, o combate deve ser feito mediante aspectos correlatos como o maior investimento em inteligência policial, e não através de ofensivas contra garantias processuais e o sistema acusatório requerido desde a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 e por conta de seus preceitos fundamentais

Em vista disso, o juiz das garantias surge não para fortalecer a suposta impunidade, mas sim para tentar prevenir a punição a qualquer custo. A justiça deve ser devidamente aplicada, mas em conformidade com o devido processo legal, garantindo o contraditório e a ampla defesa e a maior imparcialidade que se possa conseguir por parte do julgador. Se menos pessoas serão condenadas, não é possível afirmar que há uma falha no Poder Judiciário, mas é lógico deduzir que, ao menos, elas estão sendo inocentadas através de um processo mais justo que não aceita mais o juiz como protagonista, e sim como assegurado da legalidade e dos princípios processuais penais.

²⁶ Dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), com a divulgação do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), referente ao ano de 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>>.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no presente trabalho, pode-se concluir que existe uma manifesta contradição no Brasil. Ao mesmo tempo em que se fortalece uma cultura punitivista dedicada a manter o *status quo* inquisitorial, ganham espaço outras forças que vão no sentido oposto, defendendo uma reforma estrutural para o processo penal brasileiro. Quando um dos grupos consegue propagar seus discursos entre as massas, o outro vai no sentido de investir esforços no Poder Legislativo para avançar com a pauta do sistema acusatório.

Por certo, os embates entre esses valores geram triunfos para ambos a depender do assunto e do momento político. Sendo assim, foi atingindo o objetivo do primeiro quando se conseguiu travar o andamento do novo e acusatório CPP, assim como houve um avanço no sentido oposto quando impediram o prosseguimento de anormalidades jurídicas no pacote “anticrime”, além da inserção de novidades bem-vindas como o juiz das garantias.

No que concerne ao cenário mundial, leva-se a crer que o princípio inquisitivo está cada vez mais obsoleto e inadequado para o contexto do Terceiro Milênio, que preza pela constante defesa dos preceitos fundamentais e o compromisso com os direitos humanos. Os movimentos contrarreformistas, por óbvio, continuarão a existir, mas sua ação prática está propensa a causar impactos cada vez menores, sendo insuficiente para vetar futuros progressos.

A aprovação do juiz das garantias é um exemplo adequado disso. Sem conseguir lograr êxito em retirar a emenda do deputado Marcelo Freixo, ainda no Congresso Nacional, também não se pôde contar com o apoio nesse sentido do próprio Presidente da República, que sancionou a lei sem ressalvas à figura. Ou seja, o maior difusor atualmente do discurso do populismo penal no país não conseguiu impedir que o novo instituto fosse aprovado, mesmo tendo o poder de veto em suas mãos.

Sobrou a tentativa de ingressar ao STF com ações diretas de inconstitucionalidade e suscitar hipóteses diversas para desejar que ao menos uma seja acatada. Entretanto, a depender dos ministros que já se manifestaram minimamente acerca do tema, o essencial dessa inovação legislativa se encontra amplamente em conformidade com a Carta Magna de 1988. Essa conjuntura já é perceptível entre os próprios críticos das recentes normas, que começaram a se

conformar com a realidade fática e trabalharam no sentido de oferecer propostas para modelos de implantação do juiz das garantias.

Talvez, em algum momento, os membros da magistratura e outros juristas que tanto o criticam percebam que, de fato, não foi feita uma escolha errada ao se seguir a grande parte dos outros países em matéria processual penal, sobretudo a América Latina. Afinal, a nova legislação não tem como função o combate a nenhum juiz, mas sim a de proporcionar um julgamento mais justo para o acusado. Em certo ponto, o produto desse trabalho todo também visa assistir, mesmo que inconscientemente, os juízes, pois tem como finalidade conceder a eles maiores possibilidades de imparcialidade.

A presidente da AMB, Renata Gil, em sentido contrário, confronta a recente criação com uma falácia argumentativa. Para ela, dizer que o juiz das garantias tem como função assegurar a imparcialidade do julgamento significa afirmar que em todos esses anos os juízes foram parciais e erraram²⁷. Como visto, em nenhum momento é dito que os juízes se equivocam em suas decisões, mas que, quando presidem tanto o inquérito quanto a instrução, possuem a tendência consideravelmente maior de condenar o acusado.

Com fundamento na pesquisa empírica realizada por Schünemann (2013), buscando entender os efeitos da Teoria da Dissonância Cognitiva entre os magistrados, essa é uma realidade que precisa ser alterada. Não se trata de responsabilizar aquele que julga, mas sim de aprimorar um sistema falho que, por muitas vezes, não confere às partes a igualdade cognitiva, prejudicando, portanto, a isonomia e paridade de armas.

Além disso, talvez seja, por outro lado, o início do debate mais aprofundado acerca dos juízes “heróis” e seus malefícios para a garantia da imparcialidade e do devido processo legal. A criminalidade deve ser confrontada, porém em concordância com os procedimentos e disposições legais, não as transgredindo só para agradar uma parcela da população. Nesse sentido, é preciso desaprovar o crescimento da espetacularização do processo penal e sugerir meios para coibir isso.

A inovação do art. 3º-B do CPP, portanto, ao impedir que o juiz da instrução atue de forma inquisitória nas investigações preliminares, já que não exercerá os dois

²⁷ Trecho retirado da entrevista dada pela juíza Renata Gil à Folha de São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/juiz-das-garantias-e-como-dizer-que-erramos-todos-esses-anos-diz-presidente-da-amb.shtml>>.

papéis, indiretamente desempenha uma função de atenuar essa problemática do juiz-ator. Caso ainda queira agir como personagem principal, agindo como justiceiro das massas, agora tentará fazer isso apenas durante o processo, devendo conferir o devido contraditório e ampla defesa.

Enfim, o mínimo a se fazer como próximo passo é uma declaração expressa da inconstitucionalidade dos artigos ainda adversos aos fundamentos da CF/88, e agora contrários ao próprio art. 3º-A do CPP, como é o art. 156, I. Por certo, esse trabalho se associa a linha que considera imprescindível a adoção de um novo CPP, com a aprovação do PL 8.045/2010. Contudo, constatando-se a realidade fática duvidosa que é vivida no país, mesmos os pequenos avanços constantes devem ser exaltados.

REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. **Código Procesal Penal de la Nación**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/239340/norma.htm>>. Acesso em: 20 out 2020.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução De Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- BELLO, Ney. **Juiz das garantias: avanço necessário!** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/ney-bello-juiz-garantias-avanco-necessario>>. Acesso em: 21 out 2020.
- BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 03 out 2020.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 out 2020.
- _____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 out 2020.
- _____. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**. Brasília, 08 de setembro de 1941. Disponível em: <https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 02 out 2020
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4414 / AL**. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 31 maio 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>>. Acesso em: 09 out 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6299 / DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Medida Cautelar, 22 janeiro 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 11 out 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A implantação do juiz das garantias no Poder Judiciário brasileiro**, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>. Acesso em: 02 out 2020

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001,

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil**: ensaio de interpretação sociológica. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975.

ITÁLIA. **Codice di Procedura Penale**. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>>. Acesso em: 15 set 2020

KHALED JR, Salah H. **A Busca da verdade no Processo Penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LANGER, Máximo. **Revolução no processo penal latino-americano**: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Será que finalmente cumprirão o art. 212 do CPP? Agora temos a palavra do pai-tribunal**, 17 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-17/limite-penal-finalmente-cumprirao-artigo212-cpp>>. Acesso em: 15 set 2020

MAYA, André Machado. **O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal**: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, vol. 23, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOHN, Paulo. **Competência legislativa concorrente no Brasil**: uma aplicação do princípio da subsidiariedade? In: Dantas, Bruno; Cruxên, Eliane; Santos, Fernando; Lago, Gustavo P. L. (Org.). Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, vol. 2, p. 199-236, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2019.

SCHREIBER, Simone. **Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias**, 25 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-25/simone-schreiber-defesa-constitucionalidade-juiz-garantias>>. Acesso em: 11 out 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal e Processual Penal e filosofia do direito**. Org. Luís Greco. Ed. Marcial Pons, 2013

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

STRECK, Luis Lênio. **Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo**, 02 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>>. Acesso em: 15 set 2020