

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES – CCHLA
NÚCLEO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS – NCDH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E
POLÍTICAS PÚBLICAS – PPGDH

O JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
(IN)CONSTITUCIONALIDADE, (IN)CONVENCIONALIDADE E
(DES)APERFEIÇOAMENTO

Henrique Cavalcanti de Santana

João Pessoa – PB

Dezembro / 2021

HENRIQUE CAVALCANTI DE SANTANA

**O JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
(IN)CONSTITUCIONALIDADE, (IN)CONVENCIONALIDADE E
(DES)APERFEIÇOAMENTO**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGDH-UFPB) como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Democracia: teoria, história e política.

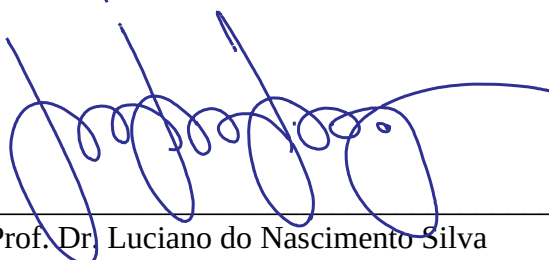
Orientador: Luciano do Nascimento Silva

HENRIQUE CAVALCANTI DE SANTANA

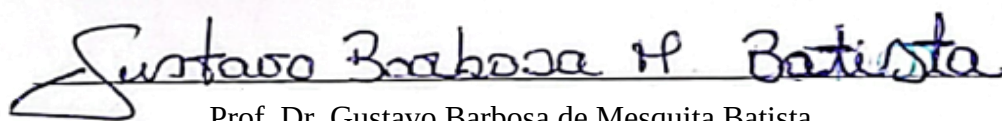
**O JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
(IN)CONSTITUCIONALIDADE, (IN)CONVENCIONALIDADE E
(DES)APERFEIÇOAMENTO**

Dissertação de Mestrado aprovada em 16 de dezembro de 2021

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Luciano do Nascimento Silva
ORIENTADOR
UFPB/PPGDH



Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista
EXAMINADOR INTERNO
UFPB/PPGDH

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga
EXAMINADOR EXTERNO
UFPB/PPGCJ

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S231j Santana, Henrique Cavalcanti de.

O juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro : (in)constitucionalidade, (in)convencionalidade e (des)aperfeiçoamento / Henrique Cavalcanti de Santana. - João Pessoa, 2021.
133 f. : il.

Orientação: Luciano do Nascimento Silva.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCHLA.

1. Processo penal - Brasil. 2. Juiz das garantias.
3. Sistema acusatório. 4. Imparcialidade. 5.
Dissonância cognitiva. 6. Processo penal - Democrático.
I. Silva, Luciano do Nascimento. II. Título.

UFPB/BC

CDU 343.1(81)(043)

À minha amada esposa, Agnes Liliane, com quem caminho e sonho há quase 30 anos.

Às minhas filhas, Laís e Lívia, minhas alegrias.

Aos meus pais, Janete e Petronio, por tudo.

A todas as vítimas fatais da Covid-19, em especial, ao saudoso amigo Roberto Bedregal,
brilhante professor do Departamento de Matemática do Campus I da UFPB.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por tudo.

À minha esposa, Agnes Liliane, por compartilhar sua vida comigo e me incentivar sempre.

À minha mãe, Janete Cavalcanti, exemplo de amor, entrega e dedicação aos filhos, e agora às netas.

Ao meu pai, Petronio Marcos, pelo apoio incondicional.

Às minhas filhas, Laís e Lívia, por entenderem o estresse do papai.

À Renata e à Christina, amadas irmãs, dádivas de Deus, que sempre me apoiaram.

À Haruanã e à Christiane Cardoso, irmãos na fé, que tanto me motivaram.

Ao professor Luciano Nascimento, meu orientador, pela correção de rota, ensinamentos e generosa paciência.

Aos professores Gustavo Batista e Romulo Palitot, pelas preciosas críticas e sugestões feitas no exame de qualificação.

Aos professores e professoras do PPGDH/UFPB, pelas valiosas contribuições ao longo do curso e nas disciplinas cursadas.

À Ahyanna Monteverde, secretária do PPGDH/UFPB, pela paciência e profissionalismo.

Aos colegas de curso, e em especial à Eliakin Ramos, amigo que o curso me deu.

À Ana Paula Pereira, amiga que a vida me deu, por plantar a semente deste projeto.

À Dra. Rosa Batista, minha psicóloga, que muito me ajudou nos dias ruins.

Ao amigo e professor Pablo Sebadelhe, pelo auxílio em cima da hora.

Por fim, mas de forma alguma menos importante, a todos os amigos que o período no Exército Brasileiro me deu, em especial: Alexandro Menezes, Fábio Vidal, Fernando Ebrahim, Ícaro Gama, Kleyber Araújo, Sivonildo Martins e Wagner Melo.

Agradeço a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão deste trabalho.

“Não serás parcial, nem mesmo para
favorecer o desvalido, no seu processo.”

Êxodo, 23.3 KJA

SANTANA, Henrique Cavalcanti de. **O Juiz das Garantias no Ordenamento Jurídico Brasileiro:** (in)constitucionalidade, (in)convencionalidade e (des)aperfeiçoamento. 2021. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas) – Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2021.

RESUMO

O instituto Juiz das Garantias, inserido no ordenamento jurídico pela Lei 13.964/2019, que informa aperfeiçoar o processo penal brasileiro, foi alvo de controle de constitucionalidade e sua eficácia encontra-se suspensa cautelarmente até apreciação do pleno do STF. Nesse contexto, a presente pesquisa tem como principal objetivo estudar a constitucionalidade e convencionalidade do instituto, bem como se ele aperfeiçoa o nosso sistema processual. A inserção do Juiz das Garantias é considerada a maior mudança no processo penal brasileiro em mais de 80 anos e redesenha a dinâmica da persecução penal, com a promessa de aprimorar a imparcialidade do julgador. O fio condutor teórico da pesquisa é o Estado Constitucional e Democrático de Direito, com aportes de estudo do direito comparado e de teorias da psicologia social. Trata-se de pesquisa descritiva e exploratória, com abordagem qualitativa, com método hipotético-dedutivo através de procedimento bibliográfico e documental. A título de conclusão, será apresentado que o instituto aperfeiçoa o sistema, mas apresenta dispositivos de constitucionalidade duvidosa. Entende-se que há um campo fértil a se desenvolver no âmbito da academia, principalmente por se verificar que foram as associações que representam a magistratura estadual e federal as primeiras a arguirem a inconstitucionalidade do Juiz das Garantias. Tal fato retrata, em última instância, a luta octogenária contra um processo penal inquisitorial, gestado a partir do processo penal da Itália de Mussolini, de matriz fascista, onde a busca pela verdade real legitimava o protagonismo judicial; nos dias de hoje, o juiz justiceiro.

Palavras-chave: Juiz das Garantias; Sistema Acusatório; Imparcialidade; Dissonância Cognitiva; Processo Penal Democrático.

ABSTRACT

The institute of the Guarantee Judge, inserted in the legal system by Law 13.964/2019, which informs the improvement of the Brazilian criminal process, was subject of constitutional review and its effectiveness has been suspended as a precautionary measure until the full consideration of the STF. In this context, the main objective of this research is to study the constitutionality and conventionality of the institute, as well as whether it improves our procedural system. The insertion of the Guarantee Judge is considered the greatest change in the Brazilian criminal procedure in more than 80 years and redesigns the dynamics of criminal prosecution, with the promise to improve the impartiality of the judge. The research theoretical thread is the Constitutional and Democratic State of Law, with contributions from the study of comparative law and from theories of social psychology. This research is descriptive and exploratory with a qualitative approach, hypothetical-deductive method through bibliographic and documental procedure. In conclusion, it will be presented that the institute improves the system, but presents provisions of dubious constitutionality. It is understood that there is a fertile field to be developed in the academy, mainly for verifying what were the associations representing the magistracy state and federal the first ones to argue about the unconstitutionality of the Guarantee Judge. This fact portrays, in the last instance, the octogenarian struggle against an inquisitorial criminal process, born from Mussolini's Italian criminal process, of fascist matrix, which the search for real truth legitimated the judicial leadership, nowadays, the judge punisher.

Keywords: Guarantee Judge; Accusatory System; Impartiality; Cognitive Dissonance; Democratic Criminal Proceedings.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIs	Ações Diretas de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
ARE	Agravo no Recurso Extraordinário
Art.	Artigo
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CF	Constituição da República Federativa do Brasil / 1988
CPP	Código de Processo Penal do Brasil / 1941
CPPM	Código de Processo Penal Militar do Brasil / 1969
DIPO	Departamento Estadual de Inquéritos Policiais do Estado de São Paulo
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
Emb. Inf.	Embargos Infringentes
HC	Habeas Corpus
Julg.	Julgado
LC	Lei Complementar
Min.	Ministro
nº / n.	Número
PIC's	Procedimentos Investigativos Criminais
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PLS	Projeto de Lei do Senado
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
RHC	Recurso Ordinário no Habeas Corpus
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
vs.	Versus

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	13
2. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	15
2.1. Colocação do tema.....	15
2.2. Sistemas processuais penais	16
2.3. O processo penal a partir do CPP de 1941	21
2.4. O processo penal a partir do Estado Constitucional e Democrático de Direito.....	24
2.4.1. Estado Constitucional e Democrático de Direito.....	24
2.4.2. Processo Penal Democrático.....	27
2.4.3. Princípios Constitucionais do Processo Penal.....	31
2.4.3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	34
2.4.3.2. Princípio do Devido Processo Legal.....	35
2.4.3.3. Princípio da Presunção de Inocência.....	38
2.4.3.4. Princípio da Paridade de Armas.....	39
2.4.3.5. Princípio da Ampla Defesa.....	41
2.4.3.6. Princípio da Plenitude de Defesa.....	42
2.4.3.7. Princípio do Favor Rei.....	43
2.4.3.8. Princípio do Contraditório.....	44
2.4.3.9. Princípio do Juiz Natural.....	46
2.4.3.10. Princípio da Economia Processual.....	47
2.5. O processo penal brasileiro na atualidade.....	48
3. SISTEMA ACUSATÓRIO, IMPARCIALIDADE E JUIZ DAS GARANTIAS....	53
3.1. Considerações introdutórias.....	53
3.2. Fundamento do Juiz das Garantias: salvaguarda máxima da imparcialidade.....	56
3.3. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a imparcialidade subjetiva e objetiva.....	60
3.4. Contributo de algumas teorias da psicologia social à imparcialidade e a questão da vinculação psicológica do juiz à fase pré-processual penal a partir de Schünemann....	64
3.5. Juiz das Garantias no Direito Comparado.....	71
4. JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONSTITUCIONAL, CONVENCIONAL E APERFEIÇOADOR DO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL?.....	83
4.1. Considerações gerais	83
4.2. Análise dos artigos 3º-B ao 3º-F do Código de Processo Penal	87
4.2.1. Competência do Juiz das Garantias	89
4.2.1.1. Competência na fase pré-processual	90
4.2.1.2. Competência para recebimento da peça acusatória, cessação da competência, acautelamento dos autos e outras medidas.....	100
4.2.2. Abrangência da competência do Juiz das Garantias	102

4.2.3. Impedimento para o magistrado que atuou como Juiz das Garantias para atuar na fase de instrução e julgamento e designação do Juiz das Garantias conforme as normas de organização judiciária	103
4.2.4. Preservação da imagem de pessoa submetida à prisão	105
4.3. (In)constitucionalidade e (in)convencionalidade do Juiz das Garantias	106
4.4. (Des)aperfeiçoamento do ordenamento processual penal a partir do Juiz das Garantias.....	118
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	121
REFERÊNCIAS	125

1. INTRODUÇÃO

O Juiz das Garantias é um instituto de natureza processual penal, fiador de direitos e garantias individuais fundamentais, aperfeiçoador do sistema processual penal acusatório ao buscar salvaguardar a máxima imparcialidade do órgão julgador, e que foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 – que estampa em seu artigo primeiro que a citada norma tem por escopo aperfeiçoar a legislação penal e processual penal.

Popularmente conhecida como “Pacote Anticrime” por propor, originariamente, o “aperfeiçoamento” do ordenamento jurídico sob a ótica da segurança pública, a Lei 13.964/2019 impõe alterações em diversas outras leis - principalmente no âmbito penal e processual penal. O Juiz das Garantias, que é uma das poucas novidades desta legislação a não representar recrudescimento penal, foi objeto de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, tendo sua suspensão deferida monocraticamente pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal. Registre-se que a referida decisão sucede e revoga uma outra decisão monocrática, proferida anteriormente pelo Ministro Dias Toffoli, também do STF, no mesmo sentido, porém menos abrangente.

A partir desse contexto, a presente pesquisa tem como principal objetivo estudar o instituto do Juiz das Garantias com vistas a analisar se possui lastro constitucional e convencional, bem como se realmente aperfeiçoa a legislação processual penal pátria. Para tanto, através de ampla revisão bibliográfica e documental, será pesquisado o referido instituto, bem como as matérias que possuem direta correlação com o mesmo - como é o caso do sistema acusatório e da imparcialidade do órgão julgador.

Na busca em responder às questões levantadas nas ADIs sobre o Juiz das Garantias e se ele pode representar um aperfeiçoamento do ordenamento jurídico – dupla aferição: a primeira, se constitucional/convencional; a segunda, se há necessidade de sua implantação em nosso ordenamento – tem-se por base teórica os fundamentos do Estado Constitucional e Democrático de Direito, as pertinentes normas internacionais de direitos humanos do qual o Brasil é signatário, o direito comparado e algumas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e, ainda, algumas teorias da psicologia social, por se perceber que necessário se faz uma análise interdisciplinar da matéria, tendo em vista a complexidade social hodierna.

Assim a questão é saber se a inserção do instituto Juiz das Garantias no ordenamento jurídico nacional possui respaldo constitucional e convencional, bem como se significa um aperfeiçoamento na dinâmica do nosso processo penal.

Deixa-se expresso desde este momento introdutório que se acredita que ao se fazer uma leitura constitucional e convencional do processo penal brasileiro se terá a plena admissibilidade do Juiz das Garantias em nosso ordenamento jurídico. Acredita-se, também, que o referido instituto aperfeiçoa o ordenamento processual penal pátrio, uma vez que fortalece o sistema acusatório ao buscar aprimorar a questão da imparcialidade do juiz da fase processual, que atua na fase de instrução e julgamento, uma vez que afasta a figura do juiz prevento como critério de fixação de competência.

No campo dos objetivos metodológicos, trabalharemos com o descritivo, baseado em assuntos teóricos, e com o exploratório, através de coleta de dados. A abordagem será a qualitativa, com uma análise crítica dos dados levantados através de processos valorativos em relação ao que foi lido. O método será o hipotético-dedutivo através de procedimento bibliográfico e documental.

A pesquisa foi segmentada em três capítulos, iniciando pela análise do processo penal brasileiro, para em seguida tratar especificamente do Juiz das Garantias sob o olhar do sistema acusatório e da imparcialidade do órgão julgador, pedra angular de qualquer Estado Democrático de Direito. O último capítulo dedica-se a análise da proposta legal nacional do referido instituto à luz do pesquisado nos capítulos iniciais, enfrentando as questões de constitucionalidade, convencionalidade e aperfeiçoamento, tendo-se por base o demandado nas ações que impugnam o Juiz das Garantias no STF.

2. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1. Colocação do tema

O Juiz das Garantias surge no cenário jurídico nacional com a pretensão de aperfeiçoar¹ a imparcialidade do julgador e por conseguinte o sistema acusatório. Em linhas gerais, o referido instituto busca, ao alocar um magistrado exclusivamente na fase pré-processual penal – e início da processual –, acabar com a figura do juiz prevento como critério de fixação de competência e garantir a plenitude de atuação dos atores da demanda – acusação, defesa e julgador –, possibilitando que o juiz da fase processual possa não vir a ser influenciado, ainda que inconscientemente, pela dinâmica desenvolvida na fase inicial investigatória.

A temática ganha consistência em um ambiente marcado por um processo penal democrático, marco civilizatório essencial à garantia dos direitos individuais, que só é possível em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, iluminado pela dignidade da pessoa humana. Assim, neste capítulo, busca-se traçar as linhas gerais do processo penal praticado no país, partindo-se da análise teórica dos sistemas processuais penais.

Na sequência, trata-se do Código de Processo Penal² brasileiro, implantado em 1941, que perpassou diversas Constituições e encontra-se vigente até os dias de hoje, contando com mais de 80 anos de existência.

Ato contínuo, avança-se ao estudo do Estado Constitucional e Democrático de Direito, buscando-se a aproximação teórica do processo penal que nele deve ser produzido, seu fundamento de existência, sua relação com os direitos humanos, a análise de sua função e de seus principais princípios, enfim, de todos os elementos essenciais à existência de um processo penal democrático. Conclui-se o capítulo com o processo penal brasileiro na atualidade, mais especificamente com aquilo que ele deveria ser e com aquilo que ele realmente o é.

Desta feita, este capítulo busca apresentar o estágio atual do processo penal brasileiro, mas sem perder de vista o que ele deveria ser, principalmente por se encontrar à luz de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, marco teórico que servirá de balizador para análise da pertinência do instituto do Juiz das Garantias à luz da realidade jurídica nacional.

¹ “Art. 1º Esta Lei aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2019-2022/2019/Lei/L13964.htm - Acesso em: 20 de jan. de 2021.

² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm - Acesso em: 10 mar. 2021.

2.2. Sistemas processuais penais

Pensar em sistema é buscar estruturar um conjunto de temas em relação a um princípio unificador que busca imprimir organicidade voltada a um determinado fim (COUTINHO, 1998, p. 163). Assim, por sistema processual penal temos “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto” (RANGEL, 2019, p. 119). Ou seja, trata-se de um ideal de coerência e uniformidade ao ordenamento jurídico que busca disciplinar o processo penal.

Historicamente³ são identificados três possíveis sistemas aplicáveis ao processo penal de um Estado, levando-se, em geral, como principais critérios diferenciadores a questão da titularidade para defender, acusar e julgar, bem como se procede à gestão das provas. Assim, os sistemas processuais penais são: o inquisitivo⁴, o acusatório e o misto.

Relevante anotar que inexistem, atualmente, os modelos puros do sistema inquisitivo e acusatório, o que leva ao enfraquecimento do conceito de sistema misto, uma vez que todos são híbridos, havendo, na verdade, predominância do sistema inquisitorial ou do sistema acusatório⁵, a depender da matriz estatal vigente – se de viés autoritária ou democrática⁶.

O sistema inquisitivo puro é aquele no qual as funções de defender, acusar e julgar encontram-se centralizadas nas mãos de um único órgão do Estado (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 54) – o juiz inquisidor. O procedimento norteado pelo princípio inquisitivo torna-se sem contraditório, secreto e escrito. Lopes Júnior abordando a passagem

³ “Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos.” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 54).

⁴ Criticando o termo processo inquisitório, temos a lição de AROCA: “O denominado processo inquisitivo não foi e, obviamente, não pode ser, um verdadeiro processo. Se este se identifica como *actum trium personarum*, em que ante um terceiro imparcial comparecem duas partes parciais, situadas em pé de igualdade e com plena contradição, e apresentam um conflito para que aquele o solucione atuando o direito objetivo, algumas das características que temos indicado próprias do sistema inquisitivo levam inevitavelmente à conclusão de que esse sistema não pode permitir a existência de um verdadeiro processo. Processo inquisitivo se resolve assim em uma contradição entre termo.” (1997, p. 28-29).

⁵ Pontuando sobre a temática, assim nos ensina COUTINHO: “[...] como é primário, não há mais sistema processual puro, razão pela qual tem-se, todos, como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema.” (1998, p. 165).

⁶ Na lição de RANGEL: “Em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. A contrário sensu, no Estado totalitário, em que a repressão é a mola mestra e há supressão dos direitos e garantias individuais, o sistema inquisitivo encontra sua guarida.” (2019, p. 120).

histórica do surgimento do modelo inquisitorial – século XII - em detrimento ao acusatório privado, que era o predominante, nos ensina:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 190-191).

No sistema inquisitorial vigora o princípio da verdade real, razão pela qual a confissão – e sua busca sem limites – é considerada a rainha das provas, podendo, dessa feita, ser possível a ampla utilização da tortura como meio para se chegar à “verdade”⁷. Assim, deixa o acusado de ser sujeito de direitos e passa a ser tratado como objeto da relação processual⁸. Demonstrando o quão injusto é o sistema inquisitorial puro, eis a lição de Frederico Marques:

Impregnado de autoritarismo, o sistema inquisitivo, na fase histórica em que foi aplicado, constituiu instrumento de iniquidade e injustiças. Nele não se respeitavam os direitos do acusado, seu *status dignitatis* e sua incolumidade física. Empregando a tortura, para obter a confissão do réu (que era a rainha das provas); desconhecendo os direitos mais elementares do acusado, para poder defender-se, o sistema inquisitivo, marcado pela violência e pelo arbítrio, constitui, na história da Justiça Penal, uma fase triste, negra e ignominiosa lembrança. (MARQUES *apud* BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019, p. 37).

Quanto à gestão da prova no sistema inquisitivo⁹, o juiz inquisidor, possuidor que é de ampla iniciativa acusatória e probatória, dispõe de liberdade para a determinação de ofício, seja na fase investigatória ou na fase processual, da colheita de elementos informativos e de provas (LIMA, 2020, p. 40). Nesse sistema o juiz pode iniciar de ofício a persecução penal, produzir as provas da maneira que bem entender e proferir a decisão. O réu, mero espectador,

⁷ CARNELUTTI (2009, p. 81): “[...] o juiz faz história? Aquilo que aconteceu, aconteceu; factum, infectum fieri nequit [feito, não pode ser desfeito], diziam uma vez; nada por fazer o tempo voltar. Ninguém, nem mesmo Deus, disse um dia, em discussão comigo, nada menos que um doutor em religião; e a mim me pareceu uma blasfêmia, ainda quando inconsciente.” (grifo nosso).

⁸ Interessante posicionamento nos é apresentado por MARQUES *apud* NUCCI (2020, p. 110): “no sistema inquisitivo não existe processo penal, mas tão só procedimento de autotutela penal do Estado”.

⁹ Para COUTINHO, “pode-se dizer que para o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova” (1998, p. 167).

fica em situação de absoluta sujeição, funcionando mais como um objeto da perseguição do que sujeito de direitos.

Assim, com a concentração de poderes nas mãos de um único órgão estatal, o sistema inquisitivo configura-se como um sistema em que direitos e garantias são mitigados – quando não suplantados –, marcado pela existência de um juiz parcial, e que se fundamenta em uma suposta busca pela efetividade da prestação jurisdicional, figurando o interesse coletivo como elemento valorativo dominante em detrimento dos interesses individuais.

Já no sistema acusatório, de maneira oposta, há a clara separação entre as funções de julgar, acusar e defender, que são conferidas a distintos atores processuais, criando, assim, no sistema acusatório, o “*actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu” (RANGEL, 2019, p. 123). Para PRADO (2005, p. 172-176) o sistema acusatório deve ser percebido como um conjunto de normas e princípios fundamentais que se orientam a partir do princípio acusatório, que se caracteriza, essencialmente, por dar ensejo a um processo de partes autônomas que se funda na oposição entre acusação e defesa, ambas com direitos, deveres, ônus e faculdades, centradas em relações recíprocas, preservando a imparcialidade do órgão julgador.

No sistema acusatório, onde a liberdade do réu é a regra, valoriza-se as garantias constitucionais, oportunizando a busca por uma isonomia processual através de um efetivo contraditório, com vistas a um processo equilibrado, com as mesmas oportunidades para ambas as partes, com oralidade e publicidade do processo como regra, devendo ser a demanda decidida por um juiz imparcial. Na lição de LIMA, “o sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial” (2020, p. 43).

O sistema acusatório, de natureza nitidamente democrática¹⁰, é marcado pelo respeito aos valores constitucionais e convencionais que norteiam a dignidade humana. Nesse sistema, “o princípio da verdade real é substituído pelo princípio da busca da verdade, devendo a prova ser produzida com fiel observância ao contraditório e à ampla defesa” (LIMA, 2020, p. 45). Assim, a produção probatória deve ser das partes, com vistas a preservar a imparcialidade do órgão julgador, ou seja, “mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio ao labor da investigação e passivo no que se refere à coleta da prova” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 57). Desta

¹⁰ Conforme AVENA, “próprio dos regimes democráticos, o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se ‘acusatório’ porque, à luz deste sistema ninguém poderá ser chamado a júízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias” (2020, p. 83).

forma, é livre o sistema de produção de provas, estando a gestão destas sob a tutela das partes, funcionando o magistrado como verdadeiro juiz-espectador, devendo decidir através do sistema da persuasão racional, através do livre convencimento motivado.

O sistema acusatório rejeita o ativismo judicial¹¹ por este afrontar a imparcialidade, que é o ponto fundante da jurisdição, e por macular o regular andamento de um processo que deve ser de partes autônomas. Na seara do processo penal, esse ativismo é percebido quando há a proximidade do juiz aos fatos e ao objeto que se debruça os atos da fase investigatória preliminar da persecução penal – ainda que o magistrado atue apenas nas situações de reserva de jurisdição¹² -, e na fase processual da persecução penal quando o magistrado realiza de ofício atos de caráter probatório ou persecutório. No sistema acusatório a imparcialidade do órgão julgador tem que ser observada perenemente.

Já o sistema processual misto¹³, que surgiu após a Revolução Francesa, mais precisamente com o “*Code d’Instruction Criminelle* (Código de Processo Penal) francês, em 1808” (MOUGENOT, 2019, p. 85), caracteriza-se por apresentar elementos do sistema inquisitorial e do sistema acusatório.

O sistema misto apresenta duas etapas processuais bem diferenciadas, onde “a primeira fase é tipicamente inquisitorial, destituída de publicidade e ampla defesa, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. [...] Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga” (LIMA, 2020, p. 45), havendo observância de direitos e garantias constitucionais. Para Nucci, o sistema misto:

[...] uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas. (NUCCI, 2020, p. 112-113).

¹¹ “[...] há um conjunto de fatores que levam ao protagonismo dos juízes nas sociedades contemporâneas. Resta saber, contudo, se este protagonismo é inerente à arquitetura das atuais democracias constitucionais, como sugere o Neoconstitucionalismo; ou se, ao contrário, precisa ser fortemente combatido por elas, como denuncia o garantismo.” (TRINDADE, 2012, p. 109).

¹² “[...] compreende-se a exigência que as limitações aos direitos fundamentais somente possam ocorrer por decisão do órgão jurisdicional competente. A denominada cláusula de reserva de jurisdição garante ao Poder Judiciário não apenas dar a última palavra em matéria de restrição de direitos fundamentais, como também assegurar sua manifestação já no primeiro momento em que a restrição se mostrar necessária.” (LIMA, 2020, p. 85).

¹³ “Na medida em que resulta de uma fusão entre as características dos outros dois modelos, o sistema misto, na atualidade, vem sendo chamado também de *inquisitivo garantista*.” (AVENA, 2020, p. 85).

A concepção do sistema processual misto trabalha com uma cisão da persecução penal em duas fases processuais: a primeira, conduzida por um juiz instrutor – magistrado destinado a comandar a investigação preliminar –, de índole inquisitiva; e a segunda, onde à acusação cabe órgão distinto do que realizará o julgamento, observando-se todas as garantias constitucionais acusatórias. No mesmo sentido, de acordo com Pacelli:

Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado – os Juizados de Instrução –, tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, característica já essencial do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se referido sistema de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios. (PACELLI, 2021, p. 34).

Entretanto, deve-se observar que no sistema processual penal misto a imparcialidade do julgador encontra-se fragilizada, uma vez que o juiz pode assumir o protagonismo da gestão das provas. Uma outra questão que torna esse sistema alvo de críticas é pelo fato dele, em sua segunda fase, induzir a uma aparente áurea de sistema processual acusatório, mas que na realidade do cotidiano forense o que se percebe é o aproveitamento dos elementos produzidos na fase inicial, de cunho inquisitorial, no julgamento das demandas, funcionando assim, ao fim e ao cabo, o sistema misto como se inquisitorial fosse¹⁴.

14 “O Código Napoleônico de 1808 engendra um inteligente sistema bifásico, em que a primeira fase (investigação preliminar) transcorre no sigilo da inquisição: é o locus destinado a colher a prova do fato delitivo. É ali que se faz o juízo dos fatos, a reconstituição do passado, a revelação da verdade dos fatos. Esse é o momento crucial para definir a base fático-probatória sobre a qual irá se desenvolver o processo, ou melhor, a jurisdição, na concepção tradicional e histórica de poder de dizer o direito. Nessa estrutura, brilhante, diga-se de passagem, o poder de “revelar a verdade fática” está nas mãos do inquisidor, que a manipula no sigilo e no labor solitário da fase inquisitória, pouco caso fazendo do contraditório, inexistente aqui, por suposto. Quando se chega ao processo, então ilusoriamente acusatório e contraditório, a verdade histórica já foi definida. Ao juiz cabe apenas aplicar o direito ao caso concreto, dizer a lei (juiz-boca-da-lei) que deve incidir, fazendo o famoso silogismo tão valioso para os modernos. Por esse motivo, a defesa do sistema misto é um engodo. Nessa estrutura inquisitória, o poder e o controle sobre a produção do saber não se veem diminuídos ou enfraquecidos pelo sistema acusatório, que chega tarde demais, quando todo o cenário já está montado. Quando entra em cena o (ingênuo) julgador, o cenário já está montado e o roteiro definido. Então lhe são apresentadas a “verdade histórica” e o juízo de fato, obtidos na fase inquisitória, para que ele diga o direito aplicável ao caso. O próprio contraditório passa a ser simbólico, e não real e efetivo.” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 572-573).

2.3. O processo penal a partir do CPP de 1941

O nosso atual Código de Processo Penal, datado de 1941, é oriundo de um momento no qual o país vivia sob um regime político autoritário, tendo sido produzido sob a influência do código de processo penal italiano, de matriz fascista¹⁵. Na visão de Pacelli:

Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo anteprojeto de lei, Min. Francisco Campos, conforme se observa em sua Exposição de Motivos. Na redação primitiva do Código de Processo Penal, até mesmo a sentença absolutória não era suficiente para se restituir a liberdade do réu, dependendo do grau de apenação da infração penal (o antigo art. 596, CPP). Do mesmo modo, dependendo da pena abstratamente cominada ao fato, uma vez recebida a denúncia, era decretada, automática e obrigatoriamente, a prisão preventiva do acusado, como se realmente do culpado se tratasse (o antigo art. 312, CPP). (PACELLI, 2021, p. 28 - 29).

A Exposição de Motivos do CPP fora assinada pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, um dos maiores ideólogos autoritários da história da nossa república, responsável por frases como “governar é prender” e “o povo não precisa de governo, precisa de curatela” (SANTOS, 2007, p. 1-2).

Através do que apresenta a Exposição de Motivos, fica claro o ambiente e o viés autoritário do código, que, dentre tantos exemplos, podemos citar o prestígio à segurança pública em detrimento aos direitos individuais¹⁶, que são tratados como pseudodireitos, nos seguintes termos:

¹⁵ “Em geral, se entende por Fascismo um sistema autoritário de dominação que é caracterizado: pela monopolização da representação política por parte de um partido único de massa, hierarquicamente organizado; por uma ideologia fundada no culto do chefe, na exaltação da coletividade nacional, no desprezo dos valores do individualismo liberal e no ideal da colaboração de classes, em oposição frontal ao socialismo e ao comunismo, dentro de um sistema de tipo corporativo; por objetivos de expansão imperialista, a alcançar em nome da luta das nações pobres contra as potências plutocráticas; pela mobilização das massas e pelo seu enquadramento em organizações tendentes a uma socialização política planificada, funcional ao regime; pelo aniquilamento das oposições, mediante o uso da violência e do terror; por um aparelho de propaganda baseado no controle das informações e dos meios de comunicação de massa; por um crescente dirigismo estatal no âmbito de uma economia que continua a ser, fundamentalmente, de tipo privado; pela tentativa de integrar nas estruturas de controle do partido ou do Estado, de acordo com uma lógica totalitária, a totalidade das relações econômicas, sociais, políticas e culturais.” (BOBBIO, 1998, p. 466).

¹⁶ “são aspectos ou manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva ou em relação à sociedade, como o direito à liberdade.” (NUCCI, 2020, p. 121).

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. 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. (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CPP¹⁷, 1941, p.1).

De sua vigência até os dias atuais, mesmo tendo vivenciado algumas alterações, o CPP de 1941 ainda apresenta diversos elementos que refletem o viés autoritário e inquisitorial originário, revelado fortemente na cultura¹⁸ geral e jurídica da sociedade brasileira da terceira década do século XXI. No mesmo sentido leciona Giacomolli, ao comentar as consequências da influência do fascismo¹⁹ na referida legislação:

Essa ideologia marcou o Código de Processo Penal e penetrou na doutrina, na jurisprudência, no ensino jurídico e na política criminal brasileira. As marcas, forjadas a ferro e fogo, ainda predominam na *law in action*, apesar da Constituição Federal e dos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil. (GIACOMOLLI, 2015, p. 145).

Produzido no contexto histórico-político do Estado Novo da ditadura Vargas, o CPP perpassou diversas Constituições, servindo, inclusive, à ditadura militar instalada em 1964 em nosso país. No mesmo sentido, SANTIAGO NETO (2017, p. 176) ao afirmar que o CPP “já vige a mais de setenta anos e serviu a duas ditaduras, Estado Novo (1937-1945) e Ditadura Militar (1964-1984), sendo gestado pela primeira vigendo a maior parte de seu tempo servindo a governos ditatoriais”.

¹⁷ Disponível em: https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf - Acesso em: 19 ago. 2021.

¹⁸ “Pode-se, em consequência, continuar a conceber o processo penal no simples dilema eficácia/legitimidade, proteção do Estado/proteção do indivíduo? Pensar o processo penal com referência aos direitos do homem permitiria, enfim, sair da metáfora fundamental do ‘julgamento final’ e de suas metamorfoses guerreiras – luta contra a delinquência, vitória sobre o crime... – que nos transmite nossa herança cultural.” (SALAS, 2004, p. 3).

¹⁹ Tratando da influência do fascismo no processo penal, disserta GIACOMOLLI: “O fascismo não acreditava na paz, mas na guerra, no combate incessante, na luta, no jogo. O reflexo disso no Processo Penal foi e é representado pelo paradigma da necessidade de combater o acusado, a concepção de que o réu é inimigo do Estado, um inimigo da sociedade. Por isso, deve ser combatido. Guerra, combate, inimigo soavam como palavras de ordem. Nesse período, neutralizou-se o indivíduo (liberalismo) em face do Estado (fascismo).” (2015, p. 146)

Com o advento da Constituição Federal de 1988²⁰ e a fundação de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, o CPP passou a hospedar diversos dispositivos de duvidoso respaldo constitucional. Na lição de Nucci:

O Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941) nasceu sob o Estado Novo, em plena ditadura Vargas, não podendo servir de base à construção de um corpo de normas jurídicas aplicável de per si, ignorando-se as constantes e sucessivas mutações da ordem constitucional brasileira, até culminar com a Constituição de 1988, nitidamente uma das mais democráticas que já tivemos. (NUCCI, 2020, p. 85).

Da redação original do CPP era possível se extrair, como alguns elementos marcadores de sua índole claramente autoritária, questões como: o tratamento dispensado ao acusado, que deveria ser tratado como possível culpado²¹; a oposição entre a tutela da segurança pública e a liberdade individual²², onde aquela deveria prevalecer; a busca pela verdade real²³ como critério norteador, que feria a imparcialidade do julgador e tornava o sistema processual altamente inquisitório; e o interrogatório judicial do réu, que era percebido como meio de prova, estando o julgador autorizado a valorar contra o réu o seu silêncio ou a sua ausência (PACELLI, 2021, p. 30-31).

A referida legislação, marcadamente ao trabalhar com o princípio da verdade real no ambiente probatório, conduz o magistrado a um natural protagonismo que afeta sua imparcialidade. No mesmo sentido, a lição de Giacomolli:

²⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm - Acesso em: 10 mar. 2021.

²¹ “Uma terceira marca emerge da presunção de culpa do sujeito, sem consideração de seu estado de inocência. Nessa perspectiva, o imputado já nasce culpado: é só escavar que o pecado será encontrado. Por isso, a prisão processual é a regra, e se for acusado é porque alguma infração cometeu e deve ser responsabilizado, mesmo sem o exame crítico da prova. Caso esteja algemado ou com liberdade negada, a condenação assume percentuais elevados de condenação.” (GIACOMOLLI, 2015, p. 148).

²² “Uma segunda marca é a prevalência da potestade punitiva sobre o status libertatis. Isso se observa na previsão de realização do interrogatório do acusado mesmo sem a presença de defensor, somente alterado em 2003 (Lei nº 10.792/2003), na ausência de obrigatoriedade da defesa prévia, somente modificado em 2008 (Lei nº 11.719/2008), na possibilidade de o recurso ser remetido ao órgão ad quem sem razões ou contrarrazões, situação ainda persistente no CPP (arts. 589 e 601), na manifestação obrigatória da acusação no segundo grau de jurisdição, sem cientificar-se a defesa para que pudesse exercer o contraditório.” (GIACOMOLLI, 2015, p. 148).

²³ A primeira marca a ser destacada é a ideologia da busca da verdade material no processo penal. Em nome dessa concepção, o CPP autoriza o juiz a agir ex officio na requisição de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), na determinação da produção de provas (art. 156 do CPP), na inquirição de testemunhas (art. 209 do CPP), na decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP), na possibilidade de condenar o réu, mesmo diante de um pedido de absolvição do Estado-Acusador (art. 385 do CPP), a dar uma qualificação jurídica diversa da outorgada pela acusação, mesmo que o imputado não tenha se defendido (art. 383 do CPP), bem como a recorrer de ofício, mesmo que a acusação não tenha interposto o recurso cabível (arts. 574 e 746 do CPP).” (GIACOMOLLI, 2015, p. 148).

Nessa senda, o julgador busca e, ao mesmo tempo, valora o meio de prova e a metodologia da busca dessa prova, como lícitas; atua ativamente na busca da prova e depois a processa valorativamente. Como, nesse modelo inquisitorial, avaliar negativamente o resultado, a prova em si, posteriormente, no momento da decisão? (GIACOMOLLI, 2015, p. 163).

Desta maneira, conforme a doutrina majoritária, o CPP de 1941 estabeleceu no país um sistema processual inquisitorial, consubstanciado ideologicamente com o autoritarismo político da época, comprometido com a busca de culpados a todo custo, onde prevalecia os interesses do Estado maquiado sob o discurso de interesse público, sendo praticamente indiferente às liberdades individuais.

A referida legislação, com o passar do tempo, passou por pontuais alterações até encontrar a Constituição Federal de 1988, que ao instituir um novo modelo de Estado no qual os direitos fundamentais são projetados de forma paradigmática para terem eficácia máxima, deveria ter encontrado, também, a sua bancarrota.

2.4. O processo penal a partir do Estado Constitucional e Democrático de Direito

2.4.1. Estado Constitucional e Democrático de Direito

Com o Estado Constitucional e Democrático de Direito, advindo com o constitucionalismo que se firmou após a 2ª guerra mundial, e que nasceu no Brasil com a CF de 1988, supera-se o positivismo clássico com a reaproximação entre o direito e a moral e com a valorização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais²⁴ - capitaneado pelo princípio da dignidade humana -, passando a norma constitucional a exercer papel central no ordenamento jurídico contemporâneo, sendo fonte direta de direitos e deveres e parâmetro interpretativo.

Para STRECK e MORAIS, esse modelo de Estado “passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma

²⁴ Quanto a semelhanças e diferenças entre os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais, temos, resumidamente, que “essencialmente não há diferenças entre os termos, que representam, muitas vezes, os mesmos direitos. No entanto, foi construída uma diferenciação quanto ao plano de positivação, onde a expressão ‘direitos fundamentais’ diz respeito a direitos positivados na ordem jurídica interna de um Estado, enquanto a expressão ‘direitos humanos’ foi destinada a direitos positivados na ordem internacional, podendo haver direito humano não consagrado como direito fundamental e vice-versa” (SANTANA; NASCIMENTO; CARBONE, 2020, p. 195).

perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade” (2014, p. 63). Nesse modelo constitucional dirigente, essas constituições contemporâneas se caracterizam por estarem no topo piramidal do ordenamento jurídico, dotadas de imperatividade, repletas de regras e princípios, moldando a divisão de poderes, gozando de supremacia e rigidez, dispondo, ainda, de extenso catálogo de direitos fundamentais, bem como de normas que dizem respeito a interpretação e aplicação dos próprios dispositivos constitucionais.

A constituição, que era vista como documento essencialmente político, passa a ter status de norma jurídica, ou seja, passa a dispor de força normativa, sendo a norma suprema de todo o ordenamento jurídico e que retira fundamento de validade de si mesma - autoprímazia normativa -, passando a ser fonte de produção jurídica de outras normas, e onde todos os atos políticos devem estar em conformidade com o texto constitucional (CANOTILHO, 1993, *apud* TAVARES, 2018, p. 78-79). Assim, as normas constitucionais não se condicionam a apenas limitar o poder estatal, mas também a impor deveres de atuação ao legislador e ao administrador (BARROSO, 2018, p. 149).

Nesse novo contexto de Estado de Direito, a aferição de validade das leis passa a não se satisfazer apenas com o aspecto formal de produção, mas também com a adequação do conteúdo das leis às normas constitucionais, que vislumbram imperatividade – passa-se a ter, nesse modelo de Estado, tribunais constitucionais que, devendo observar total respeito ao texto constitucional, funcionam como guardiões desse próprio texto. A atividade legislativa passa a encontrar nas normas constitucionais paradigma formal e substancial de validade. No entender de FERRAJOLI (2006, p. 417), “todos os poderes, inclusive o Legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos costumeiramente por normas constitucionais, como separação de poderes e os direitos fundamentais”.

Quanto aos direitos humanos – e o seu objeto, a dignidade da pessoa humana -, que costumam ser percebidos como o grande legado do iluminismo, neste formato de Estado Constitucional de Direito, devem ser enxergados como o núcleo fundamental da ética e do direito, uma vez que de validade universal (KAUFMANN, 2010, p. 267), e por serem “um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, materializados em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições” (BARROSO, 2018, p. 152).

Para BOBBIO, “os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda parte e em igual medida) reconhecidos” (2015, p. 15). Os direitos humanos, norteados pela dignidade humana, são direitos que se possui, conforme Rabenhorst:

[...] não porque o Estado assim decidiu através de suas leis ou porque nós mesmos assim o fizemos por intermédio dos nossos acordos. Direitos humanos, por mais pleonástico que isso possa parecer, são direitos que possuímos pelo simples fato de que somos humanos. (RABENHORST, 2008, p.16).

Deve-se perceber que a Constituição e o Estado se confundem, nesse modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, em uma imbricação onde “a preocupação com a tutela e a garantia da ordem constitucional encontra como precedente a ideia de defesa do próprio Estado” (TAVARES, 2018, p. 81). Assim, o Estado encontra-se limitado pelo Direito posto no texto constitucional, que tem supremacia sobre todo o ordenamento, limitando-o formal e materialmente.

Dessa maneira, para garantir a supremacia constitucional e a existência do próprio Estado de Direito, passa a ser possível a realização da aferição de constitucionalidade de normas e atos, “com mecanismos específicos de defesa contra os desvios eventualmente praticados pelos demais centros de produção normativa ou de atuação e concreção constitucional. O controle da constitucionalidade é um consectário do Estado de Direito Constitucional, sem o qual este não existe” (BARROS, 2010). A constituição, assim, delimita poderes, modelando o Estado, impondo direitos e garantias fundamentais que devem ser paradigmas para todo o ordenamento jurídico, sob pena de normas e atos atentatórios a estes direitos serem objeto de impugnação judicial.

Conclui-se, então, por todo o exposto, que o modelo contemporâneo de Estado de Direito, o Constitucional e Democrático, encontra-se amparado na estrutura política do Estado liberal – vinculado a concretização dos chamados direitos humanos de 1º dimensão²⁵ -, nas prestações positivas de um Estado social – aderente à concretização dos direitos humanos de 2º dimensão²⁶ -, em uma nova ótica democrática pluralista que busca respeitar a vontade das

²⁵ Na lição de CASTILHO: “Os direitos humanos de primeira dimensão constituem, via de regra, a defesa do indivíduo diante do poder do Estado. Decorrem da proteção à liberdade, e definem as situações em que o Estado deve se abster de interferir em determinados aspectos da vida individual e social. São as chamadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos (eis que implicam a não interferência do Estado). Na tradição do constitucionalismo brasileiro, foram denominados direitos individuais (tendo em vista seu profundo caráter individualista) e constituem, segundo muitos, o núcleo dos direitos fundamentais.” (2018, p. 251).

²⁶ Para MAZZUOLI, os direitos de 2º dimensão “compõem-se dos direitos da igualdade lato sensu, a saber, os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo do Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Tais direitos foram remetidos à esfera dos chamados direitos programáticos, em virtude de não conterem para a sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Várias Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5.º, § 1.º).” (2019, p. 53).

minorias²⁷, fazendo surgir direitos fundamentais que expressam o resguardo da dignidade humana, e, por fim, na centralidade normativa da Constituição, que deixa de ser um mero documento de intenções políticas e passa a gozar de supremacia e imperatividade, sendo paradigma de validade de todo o ordenamento jurídico, tendo como fundamento valorativo a dignidade humana, ou seja, todas as normas infraconstitucionais deverão ser submetidas a uma filtragem formal e material de constitucionalidade – e de convencionalidade, a partir da adesão ao Sistema Internacional de proteção aos Direitos Humanos²⁸.

2.4.2. Processo Penal Democrático

Com o modelo estatal nascido com a Revolução Francesa, fruto do iluminismo, no qual o direito busca limitar o poder do Estado - e como “só o poder cria o direito” (BOBBIO, 1997, p. 156) -, este direito produzido passa a ser o fomentado por um Estado que nasce liberal e que busca construir garantias para os cidadãos, através da normatividade legal, com vistas a combater a arbitrariedade e a discricionariedade do modelo estatal pré-revolução. Conforme o magistério de Françoise Tulkens:

Para o pensamento clássico, que é o do Século das Luzes e de Beccaria, a regulamentação do processo aparece em princípio como uma proteção contra os abusos de um poder sem limite. É nesse sentido que a verdadeira natureza do sistema penal se mede pelas condições de sua colocação em prática. Para Voltaire, o processo criminal impõe limites legítimos para fortalecer a eficácia das leis penais. Montesquieu constata que “as formalidades da justiça, as despesas, as demoras, os próprios perigos da justiça, são o preço que cada cidadão paga por sua liberdade”. (TULKENS, 2004, p. 7).

Acontece que, conforme leciona LOSANO *apud* BATISTA, “das sociedades pré-letradas até às pós-industriais, os homens movem-se dentro de sistemas de regras” (2011,

²⁷ BARCELLOS: “Com efeito, se a regra da maioria surge como a fórmula de viabilizar, na deliberação política, a ideia de igualdade essencial de todos os homens, não haveria qualquer sentido em permitir que o grupo majoritário, uma vez instalado no poder, tivesse liberdade tão ampla a ponto de poder se voltar contra a igualdade que lhe deu origem para violar os direitos dos membros da minoria ou para alterar as próprias regras majoritárias. É indispensável, portanto, que as maiorias encontrem limites, limites estes que deverão ser fixados pela Constituição. Trata-se de pontos tão essenciais – uma espécie de consenso mínimo – que qualquer grupo que venha a exercer o poder, qualquer ideologia que venha a ser escolhida pelo povo terá de respeitá-los.” (2000, p. 159).

²⁸ Para SEMER, “a adesão ao sistema internacional de direitos humanos, notadamente a ratificação da Convenção Americana, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (que aqui se deu com o Decreto 678, de 1992), indica que para a validade da norma não seja suficiente a comprovação de sua constitucionalidade, surgindo, então, a necessidade de um controle de convencionalidade.” (2020, p. 39-40).

p. 17), e, assim, a partir do momento que o Estado resolve abolir a vingança privada^{29 30}, avocando-se do poder-dever de instituir, através de lei, tipos penais que descrevem comportamentos considerados indesejáveis pelo corpo social e, dessa maneira, sujeitos à pena, também se viu obrigado a instituir um regramento que conduzisse esse mesmo Estado, de maneira imparcial e equilibrada, na busca por um juízo de culpabilidade. Em brevíssima síntese, a esse poder-dever estatal costuma-se chamar de *jus puniendi*³¹; o conjunto de tipos penais e demais normas pertinentes, que constitui o direito material, chama-se de direito penal³²; e o caminho a ser percorrido para a aferição do juízo de culpabilidade com a cominação, ou não, de uma pena dá-se o nome de processo penal.

Em uma conceituação clássica, tem-se o direito processual penal como o “conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares” (MARQUES, 2003, p. 16). Na lição de AVENA, seguindo a mesma visão tradicional, deve se perceber o processo penal “como instrumento destinado à realização do jus puniendi do Estado e cujo desenvolvimento será regido por um conjunto de normas, preceitos e princípios que compõem o direito processual” (2020, p. 74).

A partir da concepção clássica do conceito de direito processual penal extrai-se que sua finalidade é o de ser instrumento de materialização do direito penal, da pretensão punitiva estatal, da jurisdição penal, ou seja, “um instrumento que determina como será exercido o poder do Estado de averiguar a verdade e impor uma sanção” (MOUGENOT, 2019, p. 51). Assim, a razão de ser do processo penal encontra-se no fato de funcionar “como o instrumento do qual se vale o Estado para a imposição de sanção penal ao possível autor do fato delituoso” (LIMA, 2020, p. 41).

Percebe-se, então, que o processo penal funciona como verdadeira hipótese de jurisdição necessária, uma vez que não há a possibilidade de as controvérsias criminais serem resolvidas pela negociação entre os envolvidos sem a necessidade da presença do Estado-Juiz,

²⁹ Na lição de LOPES JUNIOR, “(...) a titularidade do direito de penar por parte do Estado surge no momento em que se suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça” (2020, p. 44).

³⁰ O artigo 345, do CP, tipifica o delito de “exercício arbitrário das próprias razões”, nos seguintes termos: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência(...)”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm - Acesso em: 10 mar. 2021.

³¹ Na lição de AVENA, “O jus puniendi, enfim, será ao mesmo tempo a decorrência lógica e o objetivo principal do poder estatal, exercido por meio de um processo disciplinado por normas e princípios jurídicos” (2020, p. 74).

³² Como ensina DAMÁSIO DE JESUS, “definimos o Direito Penal como o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado” (1998, p. 5).

como no âmbito do direito privado³³, até mesmo nos casos de infrações de menor potencial ofensivo.

Na contemporaneidade, no entanto, em um contexto de Estado Constitucional e Democrático de Direito, a definição clássica do direito processual penal, que se ocupa apenas do fenômeno que envolve a pretensão punitiva do Estado, precisa ser complementada.

A partir do modelo jurídico originado pela Constituição de 1988, o processo penal brasileiro deixa de ser entendido apenas como um meio para efetivar o jus puniendi estatal no caso concreto, devendo ser percebido, também, como uma forma de garantir proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos perante o poder do Estado, sendo necessária uma leitura constitucional e convencional de todo o processo penal brasileiro. É a questão de Paiva:

É possível processar e eventualmente punir alguém respeitando os direitos humanos? Eis a pergunta que assombra e que ilumina o passado, o presente e o futuro do Direito Processual Penal, no Brasil e no mundo. Toda construção legislativa, doutrinária e jurisprudencial passa necessariamente pela busca por esta resposta. A história do processo penal, aliás, pode ser resumida numa batalha cultural, política e jurídica em torno daquela grande questão. Encontrar um ponto de equilíbrio entre os direitos à liberdade e à segurança consiste no maior desafio de quem se propõe a pensar o processo penal a partir dos direitos humanos. (PAIVA, 2018, p. 37).

Para PACELLI, “enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional institui um sistema de amplas garantias individuais” (2021, p. 32). No mesmo sentido os ensinamentos de LOPES JÚNIOR, que advoga que o processo penal deve ser, a partir do texto constitucional de 1988, “instrumento de efetivação das garantias constitucionais” (2019, p. 23).

Dessa maneira, praticada uma infração penal surge para o Estado uma pretensão punitiva embasada em um conjunto normativo previamente definido, fruto do modelo de Estado de Direito contemporâneo, no qual o poder punitivo estatal encontra balizas em um ordenamento jurídico posto, que tem como elemento central a Constituição, que é orientada à dignidade humana. Pois “a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima

³³ “O direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal. Logo, não preexiste nenhuma exigência punitiva que possa ser realizada fora do processo” (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 282).

eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo” (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 24). Dessa forma, Nucci, assim conceitua Processo Penal Democrático³⁴:

Cuida-se da visualização do processo penal a partir dos postulados estabelecidos pela Constituição Federal, no contexto dos direitos e garantias humanas fundamentais, adaptando o Código de Processo Penal a essa realidade, ainda que se preciso for, deixe-se de aplicar legislação infraconstitucional defasada e, por vezes, nitidamente inconstitucional. (NUCCI, 2020, p. 121).

Assim, cabe ao processo penal de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, a partir de um conjunto de normas que reflitam os valores constitucionais e as convenções internacionais sobre direitos humanos do qual o país seja signatário, regular os meios, o modo e os órgãos estatais encarregados da persecução penal³⁵, com vistas a realizar a pretensão punitiva no caso concreto. Nesse sentido:

[...] é imprescindível marcar esse referencial de leitura: o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH (Convenção Americana de Direitos Humanos) e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941. (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 28).

O processo penal democrático é, então, na quadra histórica em que vivemos, um processo penal de índole constitucional e convencional, que deve respeitar direitos e garantias fundamentais, bem como os direitos humanos pertinentes à matéria, buscando ser justo, pautando-se no equilíbrio entre a pretensão punitiva estatal e o direito de liberdade.

Assim, o processo penal democrático é aquele que se desenvolve a partir do devido processo constitucional e que busca submeter os litigantes à exigência de igualdade de condições, com vistas a um processo justo, construído sob o olhar das regras e princípios constitucionais, que irradiam força normativa sobre todo o ordenamento jurídico, e onde “ao

³⁴ “a palavra democracia designa no enunciado o contexto no qual o processo penal deve ser considerado; não se trata, por exemplo, de ‘processo democrático’, mas do processo na democracia” (SOULIER, 2004, p. 207).

³⁵ “[...] convém relembrar que toda a atividade que o Estado exerce em busca da aplicação da sanção penal – desde as investigações policiais até a sentença penal – é chamada de persecução penal (...)” (ALVES, 2020, p. 28).

Estado deve interessar, na mesma medida, tanto a absolvição do inocente quanto a condenação do culpado” (PACELLI, 2021, p. 33).

Importante ressaltar que a liberdade individual, decorrência do direito à vida e da dignidade humana, é o valor basilar sobre o qual se encontra assentado o processo penal democrático, e que o que sempre deve ser questionado é a legitimidade estatal de intervenção nessa esfera, o *jus puniendi* – e não o inverso. No mesmo sentido, Tavares, que observa que a “garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência”, e segue afirmando que “o que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado, e esta legitimação não pode resultar de que ao Estado se lhe reserve o direito de intervenção” (2003, p. 162).

Dessa maneira, o processo penal democrático, nascido no Estado brasileiro com a Constituição da República de 1988, é aquele onde as normas de processo penal devem ser submetidas ao crivo constitucional e convencional, com vistas a um equilíbrio entre direitos e deveres de ambos os litigantes e que, assim, conduzam a um ideal de processo justo, devendo tanto ser instrumento de efetivação da pretensão punitiva estatal quanto de contenção dos excessos desse mesmo poder punitivo através da abertura do arcabouço normativo processual aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos humanos.

2.4.3. Princípios Constitucionais do Processo Penal

O processo penal democrático ancora-se na plena observação aos direitos³⁶ e às garantias³⁷ fundamentais individuais, sem perder de vista a efetiva prestação jurisdicional, devendo a busca pelo ideal de justiça, na seara criminal, ser objetivada pelo equilíbrio entre esses marcadores paradigmáticos. No mesmo sentido a lição de Brito *et al*:

[...] o sistema processual penal é composto de princípios norteadores, vigas mestras pelas quais todas as regras constitucionais e legais devem ser aplicadas para que, mantendo-se a coerência sistemática, se possam atingir as finalidades do processo e, destarte, buscar-se a justiça como valor maior social. (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019, p. 47).

³⁶ “Direitos fundamentais são os direitos consagrados na Constituição Federal, abrangendo os direitos individuais, os sociais, os coletivos e aqueles que interessam à humanidade de um modo geral [...]” (NUCCI, 2020, p. 120).

³⁷ “Garantias individuais são instrumentos de tutela dos direitos individuais em face do poder estatal e de eventuais abusos dos órgãos do Estado [...]” (NUCCI, 2020, p. 121).

Nossa Constituição é um conjunto normativo que abriga regras e princípios^{38 39}. As regras são normas de aplicação direta, com formulação precisa, de abstração reduzida e que podem estabelecer mandamentos, proibições ou permissões diante de casos concretos por ela própria prevista (CANOTILHO, 1993, p. 1.086).

Já os princípios, que possuem diversas significações, são percebidos como os “mandamentos nucleares de um sistema” (LIMA, 2020, p. 46), uma vez que não delimitam situações específicas de aplicabilidade, possuindo elevado grau de abstração, funcionando como critério juridicamente vinculante, desempenhando função essencial no ordenamento jurídico e constituindo a razão da criação das regras jurídicas (BERNARDES; FERREIRA, 2020, p. 219).

Tratando da intrínseca relação entre os princípios constitucionais e o processo penal⁴⁰, assim se posiciona Pacelli:

[...] Nesse quadro, os princípios fundamentais do processo não podem afastar-se de tal missão. Princípios, então, que se apresentam como normas fundantes do sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais. O Direito Processual Penal, portanto, é, essencialmente, um Direito de fundo constitucional. (PACELLI, 2021, p. 66).

Quanto a forma de como classificar os princípios no âmbito do processo penal - que funcionam como verdadeiras garantias -, costuma-se separar os oriundos do texto constitucional daqueles que provêm do ordenamento processual penal propriamente dito. Os princípios constitucionais do processo penal - objeto desta análise por serem parâmetro de validade para todo o ordenamento processual penal - podem ser classificados em explícitos ou

³⁸ “A diferença entre a maior parte dos princípios e as regras é, portanto, a meu ver, uma diferença que não é estrutural, mas quase de estilo. A formulação de muitas normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, na forma dos princípios não é apenas um fato de ênfase retórica, mas tem uma indubitosa relevância política: em primeiro lugar porque os princípios enunciam expressamente, e por isso solenemente, os valores ético-políticos por eles proclamados, em relação aos quais as regras são, por sua vez, ‘opacas’; em segundo lugar, e sobretudo, porque eles, quando enunciam direitos, servem para explicitar a titularidade das normas constitucionais que conferem direitos às pessoas ou aos cidadãos e por isso a sua colocação em posição supraordenada ao artifício jurídico, como titulares de outros tantos fragmentos de soberania popular.” (FERRAJOLI, 2012, p. 40).

³⁹ “[...] princípios não são valores; não há uma distinção estrutural entre regra e princípio; um princípio só se aplica através de uma regra; atrás de cada regra há sempre um princípio; por vezes, princípios são aplicados como regras e, finalmente, que o panprincipiologismo é forte componente da fragilização do direito.” (STRECK, 2012, p. 71).

⁴⁰ “Os princípios da política criminal de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal em geral. Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição. Partindo desta experiência, a ciência processual desenvolveu um número de princípios opostos constitutivos do processo. A mútua luta entre eles, o triunfo ora de um, ora de outro, ou sua fusão caracterizam a história do processo. O predomínio de um ou outro destes princípios opostos no Direito vigente não é, tampouco, mais que um trânsito do Direito do passado ao Direito do futuro.” (GOLDSCHMIDT, 2018, p. 67).

implícitos (NUCCI, 2020, p. 85). Como explica Alberto Silva Franco, “na medida em que, de maneira explícita ou implícita, dá-se positividade constitucional aos direitos fundamentais da pessoa humana, estabelece-se ao mesmo tempo, um sistema de garantias com o objetivo de preservá-los” (2005, p. 76).

São explícitos, uma vez que “os princípios que irrigam a nossa disciplina são fundamentais, muitos deles encontrando respaldo expresso na própria Constituição da República” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 69). Assim, estão expressos no texto constitucional - e com possibilidade de repercussão na análise do objeto desta pesquisa - os seguintes princípios que vinculam o processo penal: dignidade da pessoa humana, devido processo penal, presunção de inocência, paridade de armas, ampla defesa, plenitude de defesa, favor rei, contraditório, juiz natural e economia processual.

São princípios implícitos aqueles que apesar de não se encontrarem expressamente dispostos no texto constitucional, há a possibilidade de extrai-los intelectualmente das proposições normativas existentes na ordem jurídica constitucional, interpretando-as como um conjunto coerente (MOUGENOT, 2019, p. 94). Consideramos o princípio do juiz imparcial⁴¹ como inserido dentre os princípios constitucionais implícitos.

Por fim, mas não menos importante, enfatizando que não se pode perder de vista o valor que a Constituição destina aos tratados e convenções sobre direitos humanos, no qual o Brasil for signatário, e que funcionam como fonte supralegal em nosso ordenamento jurídico, destacamos a lição de Lima:

A Constituição Federal de 1988 elencou vários princípios processuais penais, porém, no contexto do funcionamento integrado e complementar das garantias processuais penais, não se pode perder de vista que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil também incluíram diversas garantias ao modelo processual penal brasileiro. Nessa ordem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH – Pacto de São José da Costa Rica) prevê diversos direitos relacionados à tutela da liberdade pessoal (Decreto 678/92, art. 7º), além de inúmeras garantias judiciais (Decreto 678/92, art. 8º). (LIMA, 2020, p. 46).

Sem a pretensão de esgotar a matéria, longe disso, busca-se agora apresentar os aspectos mais relevantes dos princípios constitucionais explícitos acima elencados, que têm a função de nortear a persecução penal, garantindo a proteção e tutela de direitos individuais. O

⁴¹ “Toda pessoa que é objeto de uma contestação, sobre um direito ou uma obrigação de caráter civil, ou de uma acusação em matéria penal, tem o direito de ter sua causa conhecida por um tribunal independente e imparcial, de forma equitativa e pública em um prazo razoável [...]” (KOERING-JOULIN, 2004, p. 21).

princípio da imparcialidade – constitucional implícito - será objeto de apreciação no capítulo seguinte.

2.4.3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Expressamente consignado no artigo 1º, III, da CF⁴², funciona como um valor fundamental⁴³, verdadeiro “princípio regente, cuja missão é a preservação integral do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima e garantindo-lhe o mínimo existencial” (NUCCI, 2020, p. 129). Acrescenta Barroso:

[...] fica claro que a dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições. (BARROSO, 2014, p. 64).

O princípio da dignidade da pessoa humana é, no âmbito da gramática jurídico-constitucional contemporânea, o responsável pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito e pela atual e necessária leitura constitucional e convencional que dever ser realizada do ordenamento jurídico (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 336-337).

Trata-se de valor supremo no ordenamento constitucional, sendo ao mesmo tempo fonte dos direitos fundamentais e núcleo no qual gravitam esses mesmos direitos. Na visão de Tavares:

Ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Ou seja, mesmo que não esteja expresso nos artigos da Constituição Federal brasileira o termo “dignidade da pessoa humana”, sua ideia poderá ser compreendida como presente. (TAVARES, 2018, p. 312).

⁴² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁴³ “Considerando que toda Carta Magna deve ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia certos valores, pode-se reconhecer que a Constituição brasileira de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido, informando a ordem constitucional, imprimindo-lhe uma feição própria ao conferir um suporte axiológico nitidamente garantista ao sistema jurídico brasileiro.” (PERUCHIN, 2008, p. 325).

Da mesma forma sua incidência sobre o processo penal, uma vez que “não se pode falar em processo constitucionalmente válido sem respeito à dignidade do acusado” (GIACOMOLLI, 2008, p. 336).

Ressalta-se que o STF, em diversas demandas em matéria processual penal, faz uso do princípio da dignidade da pessoa humana em seus julgados. A título exemplificativo, citamos: o uso de algemas, quando trata da manutenção do acusado algemado durante audiência criminal no qual inexistia risco de fuga ou de perigo à integridade física de alguém⁴⁴ (HC 91.952/SP)⁴⁵; instauração de procedimento criminal originado a partir de denúncia anônima (HC 84.827/TO)⁴⁶; oferecimento de denúncia genérica, que não detalha os fatos (HC 84.409/SP)⁴⁷; instauração de inquérito quando evidente a atipicidade da conduta (HC 82.969/PR)⁴⁸; e duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar (HC 142.177/RS)⁴⁹ (BERNARDES; FERREIRA, 2020, p. 234).

2.4.3.2. Princípio do Devido Processo Legal

O princípio possui origem histórica na Magna Carta inglesa⁵⁰, mas que se desenvolveu para sua acepção contemporânea a partir do direito jurisprudencial norte-americano⁵¹.

Consagrado no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁵², onde a “tramitação

⁴⁴ Súmula Vinculante nº 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220> – Acesso em: 15 jun. 2021.

⁴⁵ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157> – Acesso em: 15 jun. 2021.

⁴⁶ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495536> – Acesso em: 15 jun. 2021.

⁴⁷ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766389/habeas-corpus-hc-84409-sp> - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁴⁸ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770231/habeas-corpus-hc-82969-pr> - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁴⁹ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769839175/habeas-corpus-hc-142177-rs-rio-grande-do-sul-0003110-2520171000000/inteiro-teor-769839385> - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁵⁰ NUCCI (2020, p. 141): “O outro princípio regente concentra-se no devido processo legal, cuja raiz remonta à Magna Carta de 1215 (‘Nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra’). A célebre expressão ‘by the lay of the land’ (lei da terra), que inicialmente constou da redação desse documento histórico, transmudou-se para ‘due process of law’ (devido processo legal)”.

⁵¹ “Os estudos sobre o princípio do devido processo legal têm como ponto de partida a experiência constitucional americana do due process of law, que, por sua vez, é reconduzida aos esquemas garantísticos da Magna Carta”. (CUNHA JR.; NOVELINO, 2011, p. 89).

⁵² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei” (RANGEL, 2019, p. 54).

Trata-se, assim, de princípio que orienta a visão garantista do processo penal, percebido como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais do acusado em face da força estatal, sendo um princípio que desencadeia diversos outros princípios do processo penal (ALVES, 2020, p. 47). Na mesma linha, Rangel nos ensina que:

[...] todos os outros princípios que serão abordados derivam deste em análise, pois não há verdade processual sem que, para que se possa descobri-la, respeitem-se os procedimentos delineados em lei. [...] O devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele. (RANGEL, 2019, p. 55-56).

Importante ressaltar que o referido princípio possui duas acepções: a primeira, material ou substancial, que “reclama, no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 88); a segunda, processual ou formal, “tem como conteúdo certas garantias de natureza processual, conferidas às partes tanto no trâmite do processo quanto no que diz respeito à sua relação com o Poder Judiciário” (MOUGENOT, 2019, p. 99), onde o julgamento deve seguir as regras procedimentais previamente estabelecidas.

Este princípio costuma ser constantemente utilizado nos tribunais superiores para aferir nulidades processuais, sendo alguns desse casos, sem a pretensão de esgotar todas as hipóteses, os seguintes: inobservância do rito processual previsto em lei (STJ, HC 127.782/SP)⁵³; denúncia ou queixa sem os requisitos do artigo 41 do CPP⁵⁴ (STJ, HC 108.226/PE)⁵⁵; interrogatório do réu sem a presença de defensor, constituído ou nomeado (STJ, HC 73.179/DF)⁵⁶; insuficiência de defesa (STJ, HC 101.675/MG)⁵⁷.

⁵³ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5927381/habeas-corpus-hc-127782-sp-2009-0020590-7-stj> - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁵⁴ “Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁵⁵ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4133181/habeas-corpus-hc-108226-pe-2008-0126042-0/inteiro-teor-12208511> - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁵⁶ Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17692/habeas-corpus-hc-73179> - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁵⁷ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3997978/habeas-corpus-hc-101675-mg-2008-0051979-7> - Acesso em: 15 jun. 2021.

Merece registro o princípio do Devido Processo Convencional, em sua acepção interna, que é utilizado no controle de convencionalidade de normas pelo Poder Judiciário ao exigir compatibilidade material e procedimental do arcabouço normativo interno em relação à Tratados e Convenções internacionais de Direitos Humanos, do qual o Brasil seja signatário e que ingressem pelo quórum de emenda à constituição ou de norma supra legal no ordenamento jurídico pátrio – entendimento construído pelo STF no RE 466.343-1 SP⁵⁸. Na lição de Mazzuoli:

[...] trata-se do dever que todos os órgãos do Estado têm (em especial, o Poder Judiciário) de pautar-se não apenas nas normas de procedimento previstas na legislação interna, senão também nas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Estado é parte. No Brasil, o devido processo convencional interno fortalece e complementa a garantia do devido processo legal, expressamente consagrada pela Constituição de 1988 (art. 5.º, LIV). (MAZZUOLI, 2018, p. 74).

Consagrando o controle de convencionalidade através do Devido Processo Convencional, decidiu paradigmaticamente o STF⁵⁹, a partir da lavra do voto do Ministro Celso de Mello, nos seguintes termos:

[...] um outro aspecto que tenho por pertinente no exame da controvérsia ora em julgamento e que se refere ao fato de que a regra consubstanciada no art. 333, inciso I, do RISTF [Regimento Interno do STF⁶⁰] busca permitir, ainda que de modo incompleto, a concretização, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que visaria amparar o direito consagrado na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que realiza, embora insuficientemente, a cláusula convencional da proteção judicial efetiva (Pacto de São José da Costa Rica, Art. 8º, n. 2, alínea ‘h’⁶¹). (STF, AÇÃO PENAL Nº 470/MG⁶²).

⁵⁸ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> – Acesso em 10 ago. 2021.

⁵⁹ STF, Emb. Inf. na Ação Penal n.º 470/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg. 18.09.2013, DJe 24.09.2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ap-470-voto-infringentes-celos-mello.pdf> - Acesso em: 10 ago. 2021.

⁶⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf> - Acesso em: 10 ago. 2021.

⁶¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm - Acesso em: 10 ago. 2021.

⁶² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ap-470-voto-infringentes-celos-mello.pdf> - Acesso em: 10 ago. 2021.

Dessa forma, o processo penal produzido no país deve ter como norteador não só as regras e os princípios garantidores de direitos fundamentais extraídos do texto constitucional, mas também os encontrados nos Tratado e Convenções de Direitos Humanos do qual o Brasil seja signatário.

2.4.3.3. Princípio da Presunção de Inocência

Com marco histórico no iluminismo do final do século XVIII e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seu artigo 9º consigna: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”⁶³.

Buscava-se assim, à época, combater o arbítrio estatal⁶⁴ que presumia culpado os acusados na seara criminal, sendo “o sistema acusatório a base para tratar o acusado com mais dignidade e respeito à sua liberdade de locomoção” (RANGEL, 2019, p. 85).

O princípio da presunção de inocência, também denominado de estado de inocência ou da situação jurídica de inocência ou da não culpabilidade, encontra-se expresso na CF, art. 5º, LVII, nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Para Avena:

Também chamado de princípio do estado de inocência e de princípio da não culpabilidade, trata-se de um desdobramento do princípio do devido processo legal, consagrando-se como um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito. Visando, primordialmente, à tutela da liberdade pessoal, decorre da regra inscrita no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal, preconizando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (AVENA, 2020, p. 105).

Assim, busca-se evitar juízos condenatórios precipitados, buscando proteger pessoas com potencial culpabilidade contra eventuais excessos dos agentes públicos (CUNHA JR.; NOVELINO, 2011, p. 101). Na lição de BENTHAM *apud* NUCCI: “é melhor deixar escapar um culpado que condenar um inocente, ou, em outras palavras, deve cuidar-se muito mais da injustiça que condena do que da injustiça que absolve” (2020, p. 151).

⁶³ Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/legislacao/internacional/declar_dir_homem_cidadao.pdf/view - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁶⁴ BECCARIA: “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com a qual tal proteção lhe foi concedida.” (2016, p. 41).

A presunção de inocência acarreta importantes consequências na seara processual penal que são constantemente apontadas em decisões de tribunais superiores, sendo as principais: o ônus da prova cabe, em regra, à acusação (STF, HC 95.740/SP)⁶⁵; as prisões cautelares são de caráter excepcional, devendo ser observados os requisitos previstos no art. 312 do CPP⁶⁶ (STJ, RHC nº 9.888)⁶⁷; e as medidas constritivas de direitos individuais, previstas artigo 319 do Código de Processo Penal⁶⁸, também só podem ser decretadas excepcionalmente (STF, AgR no HC 158.262)⁶⁹ (ALVES, 2020, p. 34-35).

2.4.3.4. Princípio da Paridade de Armas

O princípio da paridade de armas - ou da igualdade processual ou da isonomia processual -, no processo penal democrático, tem raízes no princípio do devido processo legal⁷⁰ e configura-se como um dos requisitos indispensáveis para efetivação do sistema acusatório (ALVES, 2020, p. 36).

Decorre do mandamento de que todos são iguais perante a lei, encontrando-se expressamente previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, que “consagra o tratamento

⁶⁵ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4344429/habeas-corpus-hc-95740-sp> - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁶⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁶⁷ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205694441/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-144324-sp-2021-0080986-4/inteiro-teor-1205694453> - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁶⁸ “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁶⁹ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631896100/habeas-corpus-hc-158262-mg-minas-gerais> - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁷⁰ “O processo equitativo tem como ponto de partida o *due process of law*, na *Magna Carta Libertatum*, em seu art. 39: ‘Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país’”. (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019, p.70).

isonômico das partes no transcorrer processual” (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 52). Na lição de Avena:

As partes, em juízo, devem contar com as mesmas oportunidades e ser tratadas de forma igualitária. Tal princípio constitui-se desdobramento da garantia constitucional assegurada no art. 5.º, caput, da Constituição Federal, ao dispor que todas as pessoas serão iguais perante a lei em direitos e obrigações. (AVENA, 2020, p. 115).

Interessante construção é realizada por Welton Roberto em sua tese de doutoramento sobre a questão da igualdade e a paridade de armas:

Por paridade de armas não devemos conceber somente igualdade de condições com que as partes devam se posicionar para o confronto entre o *ius puniendi* e o *status libertatis*, mas também o nível de reciprocidade com o que o atuar de um sujeito reflete no outro, respeitando-se as diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo. Seria reducionista a condição de igualdade caso não houvesse a reciprocidade integrativa das ações desenvolvidas pelas partes. Tal integração deriva de uma natureza cooperativa na formação da prova e no acerto da verdade processual que o processo adquire ao se amoldar ao sistema acusatório, distinguindo claramente as funções de acusar, defender e julgar. (2011, p. 129-130).

Assim, importante registrar que apesar de nosso atual sistema constitucional proibir discriminações, o princípio da paridade de armas sofre mitigação pelo, também constitucional, princípio favor rei, “segundo o qual o interesse do acusado possui certa prevalência sobre a pretensão punitiva estatal” (ALVES, 2020, p. 36). Algumas expressões legais de tal atenuação é possível perceber nos seguintes dispositivos do CPP⁷¹: artigo 386, VII - que consagra a absolvição do réu por insuficiência de provas; artigo 609, parágrafo único - que trata dos embargos infringentes e de nulidade; e no art. 621 - que trata da revisão criminal dos processos com trânsito em julgado de decisão condenatória.

⁷¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

2.4.3.5. Princípio da Ampla Defesa

Disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal⁷², entende que deve ser dado ao réu, em face de sua hipossuficiência diante do poder estatal, todos os meios processuais possíveis que possibilite criar perspectiva de demonstrar sua inocência. No mesmo sentido, preleciona Nucci:

Significa que ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5.º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal. (NUCCI, 2020, p. 154).

Discorrendo de forma ampla e conceitual sobre o tema, temos a lição de Santos:

[...] a ampla defesa consiste em um principia complexo que estabelece um estado ideal de defesa a ser garantido àquele que esteja sendo acusado, que inclui o direito de ser cientificado e de argumentar contra tudo aquilo que corre contra ele, o direito de argumentar e produzir provas em seu favor, o direito de permanecer em silêncio, o direito de ser informado de todos os seus direitos, o direito de não ser compelido a dizer a verdade, o direito de se autodefender, o direito de ser defendido por um profissional técnico habilitado, o direito de falar por último no processo, bem como todo e qualquer direito e/ ou garantia que lhe possibilite uma defesa efetiva e adequada. (SANTOS, 2016, p. 141).

Assim, para a plena observância desta garantia, é preciso ser observado tanto a defesa técnica, quanto a autodefesa. Defesa técnica é aquela realizada por profissional devidamente habilitado – advogado ou defensor público -, sendo indisponível, uma vez que em regra o réu não pode se defender sozinho⁷³ – salvo se for advogado. Já autodefesa é aquela realizada diretamente pelo réu no interrogatório judicial ou quando auxilia através de instruções

⁷² “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁷³ Assim dispõe o artigo 261 do CPP: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

seu defensor nos atos processuais que tem direito de estar presente, sendo facultativa ao réu. É a lição de Mougenot:

A defesa técnica é aquela exercida em nome do acusado por advogado habilitado, constituído ou nomeado, e garante a paridade de armas no processo diante da acusação, que, em regra, é exercida por um órgão do Ministério Público. A defesa técnica é indisponível. Caso o réu não possa contratar um advogado, o juiz deverá nomear para sua defesa um advogado dativo ou, quando possível, determinar que assumam a defesa um defensor público. [...] A autodefesa é exercida diretamente pelo acusado. É livremente dispensável, e tem por finalidade assegurar ao réu o direito de influir diretamente na formação da convicção do juiz (direito de audiência) e o direito de se fazer presente nos atos processuais (direito de presença). (MOUGENOT, 2019, p. 102).

Como consequências diretas do referido princípio, tem-se: impossibilidade de o magistrado obstar a produção probatória que seja objetivamente relevante ao processo (SANTOS, 2016, p.143); a questão da revisão criminal apenas para o réu; a necessidade do réu ser interrogado presencialmente⁷⁴; e o dever de o magistrado sempre fiscalizar se o réu possui defesa técnica e se esta é eficiente, podendo nomear defensor público ou dativo no primeiro caso, e declarar o réu indefeso – nomeando outro defensor – no segundo caso, sob pena de ser decretada a nulidade absoluta ou relativa, respectivamente, nos termos da súmula de nº 523 do Supremo Tribunal Federal⁷⁵.

2.4.3.6. Princípio da Plenitude de Defesa

Com previsão no artigo 5º, XXXVIII, “a”, da Constituição Federal⁷⁶, o princípio da plenitude de defesa é direcionado ao réu no Tribunal do Juri, funcionando como o princípio da ampla defesa - com defesa técnica e autodefesa - onde todos os meios processuais de defesa são permitidos, mas também os meios lícitos que não previstos expressamente pelo ordenamento jurídico, inclusive argumentos “de natureza sentimental, social e até mesmo de

⁷⁴ “Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm – Acesso em: 10 ago. 2021.

⁷⁵ STF – Súmula nº 523: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/port al/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729> – Acesso em: 15 jun. 2021.

⁷⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

política criminal, no intuito de convencer os jurados” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 1.231).
Na lição de Nassif:

Mesmo enfrentando o constituinte de 1988 o preceito sobre amplitude de defesa (art. 5º, LV, CF) erigiu também ao status de direito fundamental o da plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, alínea a, CF), com aparente redundância conceitual. Todavia, emerge da importância do fato julgando a razão inspiradora do legislador, ainda que se tenha presente o permissivo legal da ampliação infraconstitucional da competência do Júri, para determinar que o acusado da prática de crime doloso contra vida tenha efetiva e plena defesa. A simples outorga de oportunidade defensiva não realiza o preceito, como ocorre com a norma concorrente (NASSIF, 2009, p. 24).

As principais consequências deste princípio são: a atenção do magistrado com a efetividade da defesa do réu é ainda maior, haja visto que ocorrendo a declaração de réu indefeso, novo defensor deverá ser constituído e o Conselho de Sentença dissolvido, com remarcação de novo julgamento, nos termos do artigo 497, V, do CPP⁷⁷; e no caso de a defesa precisar de mais tempo nos debates, poderá solicitá-lo sem que isso acarrete necessariamente igual direito à acusação (ALVES, 2020, p. 39-40). Outra situação que demonstra a dimensão do princípio da plenitude de defesa é a possibilidade de inovação da tese defensiva na tréplica no plenário do júri, observando-se que a defesa sempre fala por último.

2.4.3.7. Princípio do Favor Rei

Decorrência lógica do princípio da presunção de inocência, com fundamentação também extraída do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal⁷⁸, o princípio do favor rei – ou da prevalência do interesse do réu, in dubio pro réu, favor libertatis - advoga que em havendo dúvida razoável quanto a inocência ou não do réu, este deve ser absolvido. Ou seja, “na ponderação entre o direito de punir do Estado e o status libertatis do imputado, este último deve prevalecer” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 88). Na visão de Norberto Avena:

⁷⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁷⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

Princípio do in dubio pro reo ou favor rei: por meio deste princípio, privilegia-se a garantia da liberdade em detrimento da pretensão punitiva do Estado. Apenas diante de certeza quanto à responsabilização penal do acusado pelo fato praticado é que poderá operar-se a condenação. Havendo dúvidas, resolver-se-á esta em favor do acusado. Ao dispor que o juiz absolverá o réu quando não houver provas suficientes para a condenação [...]. (AVENA, 2020, p. 131)

Tourinho Filho dissertando sobre o princípio entende que:

No Processo Penal, várias são as disposições que consagram o princípio do *favor innocentiae*, *favor libertatis* ou *favor rei*. Assim, a proibição da reformatio in pejus – reforma para pior (art. 617); os recursos privativos da Defesa, como o protesto por novo júri [recurso revogado] e os embargos infringentes ou de nulidade (arts. 607 e 609, parágrafo único); a revisão criminal como direito exclusivo do réu (arts. 621 e s.); a regra do art. 615, §1º; e, por fim, como coroamento desse princípio, o da presunção de inocência, hoje erigido à categoria de dogma constitucional. (TOURINHO FILHO, 2003, p. 29) (Grifo nosso)

Importante registrar que foi construído entendimento majoritário no Superior Tribunal de Justiça (STJ) de que o referido princípio não teria acolhimento em duas situações: na fase de oferecimento da denúncia e na fase da decisão de pronúncia do Tribunal do Juri, onde supostamente deveriam nortear o princípio in dubio pro societate – na dúvida, decide-se em favor da sociedade e do poder punitivo estatal. Ocorre que, mais recentemente, em março de 2019, a Segunda Turma do STF decidiu que inexistente no ordenamento jurídico pátrio o princípio in dubio pro societate, mas sim o in dubio pro réu, devendo ser aplicado a qualquer matéria processual penal (STF, Segunda Turma, ARE 1067392)⁷⁹.

2.4.3.8. Princípio do Contraditório

Em virtude deste princípio, essencial ao sistema acusatório e que possui previsão expressa no artigo 5º, LV⁸⁰, da Constituição Federal, deve ser oportunizada às partes, em igualdade de condições com vistas ao equilíbrio processual e um ideal de processo justo, a

⁷⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE1067392votoGMindubiopronu769ncia.pdf> - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁸⁰ “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

possibilidade de influenciar no convencimento do juiz. Também chamado de bilateralidade da audiência (SANTOS, 1996, p. 133), é consectário lógico do princípio do devido processo legal. Nucci, lecionando sobre o referido princípio, afirma:

[...] toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem a outra, adversária, o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida pela pretensão punitiva do Estado em confronto com o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado. (NUCCI, 2020, p. 156).

Conforme o magistério de Jacinto Miranda Coutinho (1998, p. 187), “o princípio do contraditório é típico de um processo de partes, no qual o julgador mantém-se equidistante delas no exercício da atividade jurisdicional (conforme determina o princípio da imparcialidade)”, e arremata o mestre “traduz-se, então, na necessidade de se dar às partes a possibilidade de exporem suas razões e requererem a produção das provas que julgarem importantes para a solução do caso penal”. Dissertando sobre o contraditório, temos a sempre atual lição de Francesco Carnelutti:

[...] Mas se a colaboração de uma parte é parcial ou em outras palavras, tendenciosa, este defeito se corrige com a colaboração da parte contrária, posto que esta tem interesse em descobrir a outra parte da verdade; portanto, o que se torna possível e útil dita colaboração é o contraditório. Assim vemos no processo, as partes, combater uma com a outra, batendo as pedras, de modo que termina por fazer com que solte a centelha da verdade. (CARNELUTTI, 2000, p. 99-100).

Não há sistema processual penal acusatório e muito menos um processo penal democrático sem o respeito e a integral observância ao Princípio do Contraditório. É o magistério de Lenio Streck e Rafael Oliveira:

[...] Por tudo isso, fica claro, então, que um processo penal democrático depende de uma ampla intersubjetividade. Para usar a linguagem hermenêutica-filosófica, o processo deve depender de um *a priori* compartilhado; é sempre acusatório, e não inquisitório. Depende do respeito ao contraditório, tudo a partir de uma fundamentação/justificação detalhada – que pode ser denominada de *accountability* [responsabilidade] processual. (STRECK; OLIVEIRA, 2019, p. 75) (Grifo nosso)

O princípio do contraditório é destinado a fatos e provas, e tem como elementos essenciais o direito à informação e o direito à participação – “o contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis” (LIMA, 2020, p. 56).

Dessa maneira, ele só se efetiva, quando observado o direito de ser intimado e se manifestar, assim como o direito de interferir, ou seja, “impõe às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 75).

2.4.3.9. Princípio do Juiz Natural

Com previsão constitucional extraída do artigo 5º, XXXVII⁸¹ e LIII⁸², busca o referido princípio, através da prévia fixação de competência, garantir a existência de um magistrado imparcial. O princípio do juiz natural configura-se como garantia essencial ao processo penal que nasce a partir da Constituição Federal de 1988, onde o direito pátrio abraça suas duas faces principais, “a da vedação de tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato, reconhece como juiz natural o órgão do Poder Judiciário cuja competência, previamente estabelecida, derive de fontes constitucionais” (PACELLI, 2021, p. 68).

Assim, a partir dessa dupla garantia, só poderá exercer a jurisdição os órgãos com previsão constitucional e desde que designado antes do fato, devendo existir entre os magistrados pré-constituídos uma ordem taxativa de competências com vistas a impedir eventual manipulação discricionária (FERNANDES, 2002, p. 27). Registre-se que a criação de Varas novas, com a consequente remessa dos autos a esse novo Juízo, não vai de encontro ao referido princípio, uma vez a medida não atinge réu específico, mas a coletividade. Na mesma linha, Cunha Júnior e Novelino:

A criação de varas especializadas, a competência determinada por prerrogativa de função (STF – Súmula 704), a instituição de câmaras de férias em tribunais e as hipóteses de desaforamento previstas no Código de Processo Penal não caracterizam uma ofensa ao princípio do juiz natural, tendo em vista que em todas as situações as regras são gerais, abstratas e impessoais. (CUNHA JÚNIOR; NOVELINO, 2011, p. 72-73).

⁸¹ “XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção.”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

⁸² “LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

Outra questão importante e que se faz necessário registro é que o princípio do Juiz Natural nada tem a ver com o princípio da identidade física do juiz com o processo, como explica o mestre Jacinto de Miranda Coutinho:

[...] É preciso ressaltar, ainda, que o princípio da identidade física do juiz não se confunde com o princípio do Juiz Natural. Como se sabe, por este, ninguém poderá ser processado ou sentenciado por juiz incompetente, ou seja, o juiz natural é o juiz competente, aquele que tem sua competência legalmente preestabelecida para julgar determinado caso concreto. Já por aquele (o princípio da identidade física) assegura-se aos jurisdicionados a vinculação da pessoa do juiz ao processo. [...] No nosso processo penal, todavia, jamais teve ele [o princípio da identidade física do juiz] aplicação, pela própria natureza do sistema adotado [...]. (COUTINHO, 1998, p. 176). (Grifo nosso).

No mais, é imperioso reafirmar que o princípio do juiz natural funciona como mecanismo essencial a uma prestação jurisdicional independente e imparcial, estruturada sob o devido processo legal. Trata-se de instrumento fundamental para a realização da Justiça e aperfeiçoamento do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

2.4.3.10. Princípio da Economia Processual

Extraído do artigo 5º, LXXVIII⁸³, da Constituição Federal, ao prever que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Para Avena:

Trata-se de princípio que se traduz pela máxima *maior número de atos processuais no menor tempo possível*. É necessário, por óbvio, que não sejam atropelados termos legalmente previstos ou violadas, de qualquer modo, as garantias do contraditório e da ampla defesa. Esse princípio está bem delineado na previsão de audiência única para a realização dos seguintes atos: apresentação de resposta à acusação pelo advogado do autor do fato, recebimento da denúncia, oitiva de testemunhas e realização de outras provas, interrogatório do réu, debates orais e prolação de sentença. (AVENA, 2020, p. 1.454-1.455).

⁸³ “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

O princípio da economia processual busca imprimir agilidade à marcha processual penal, mas sem, contudo, atropelar as garantias constitucionais⁸⁴ do acusado. Na visão de Lopes Júnior:

Os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo, sem atropelo de garantias fundamentais é claro, estão calcados no respeito a dignidade do acusado, no interesse probatório, no interesse coletivo, no correto funcionamento das instituições, e na própria confiança na capacidade da justiça de resolver os assuntos que a ela são levados, no prazo legalmente considerado adequado e razoável. (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 239).

Trata-se de princípio dirigido aos juízes, mas que “tem como principal destinatário o legislador, impondo-lhe a tarefa de aperfeiçoar a legislação processual como o escopo de assegurar uma razoável duração do processo” (CUNHA JÚNIOR; NOVELINO, 2011, p. 137). Assim, cabe ao Poder Legislativo buscar desenvolver normativos que busquem atenuar a duração do processo sem relativizar garantias fundamentais.

2.5. O processo penal brasileiro na atualidade

Em que pese modificações legislativas pontuais⁸⁵ que buscaram adequar o CPP ao modelo constitucional fundado em 1988, o odor inquisitorial ainda permeia o ambiente do processo penal nacional, tanto na sua práxis⁸⁶ quanto em sua teoria acadêmica⁸⁷. Inúmeros dispositivos legais⁸⁸, que ainda residem no CPP, permitem, na dinâmica da persecução penal,

⁸⁴ “[...] na defesa da instrumentalidade constitucional do processo penal, a garantia ao prazo razoável de duração do processo não pode ser olvidada, devendo ser, urgentemente, estabelecidos limites normativos para a duração do processo, a fim de se evitar um exercício inadequado da discricionariedade judicial, e, consequentemente, a probabilidade de contaminação da prova testemunhal.” (LOPES JÚNIOR; SEGER, 2014, p. 41-42).

⁸⁵ Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, todas em 2008. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/port-al-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/2008-leis-ordinarias-1> - Acesso em 10 ago. 2021.

⁸⁶ O inquérito de nº 4.781 instaurado de ofício pelo STF - em que pese a gravidade do objeto de sua apuração, bem como a decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 572 que o legitima - é clara a afronta ao sistema constitucional acusatório, com a instituição da figura do juiz inquisidor. Disponível, respectivamente, em: <https://www.conjur.com.br/dl/inq-4781.pdf> e <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754371407> - Acesso em 12 ago. 2021.

⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson. Autonomia pessoal, destino, julgamentos e instituições no Brasil: Notas sobre uma pergunta e algumas respostas -In: Revista brasileira de políticas públicas – Distrito Federal, Vol. 10, nº 2, 2021, p. 21 – 39. Disponível em: <https://www.uhumanas.uniceub.br/RBPP/article/view/6995/pdf#> - Acesso em: 10 set. 2021.

⁸⁸ Por todos, citamos o art. 156, I do CPP que faculta ao juiz produção probatória de ofício nos seguintes termos: “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

o protagonismo do magistrado, maculando, assim, ainda que de maneira inconsciente, a imparcialidade do julgador. No mesmo sentido, Giacomolli afirma que:

O Código de Processo Penal, concebido na década de 1940, tem perfil essencialmente inquisitorial, marcadamente no que tange à prova e na atuação do magistrado. Alguns meios de prova e certos meios de busca da prova foram regulamentados e algumas leis esparsas regulam outros meios de busca de elementos probatórios, tais como as interceptações de comunicações, de dados informáticos e telemáticos, captação e interceptação ambiental, infiltração de agentes, por exemplo. A ausência de um regramento claro de toda a sistemática probatória, mormente dos meios de prova e dos limites impostos à sua admissibilidade, é um fenômeno típico do modelo inquisitorial de processo ou de um paradigma com forte tendência inquisitorial. (GIACOMOLLI, 2015, p. 163).

Necessário se atentar que o traço inquisitorial mais característico da atualidade está na quebra da imparcialidade quando do protagonismo judicial na gestão da prova, uma vez que, geralmente, há até certa demarcação legislativa entre as funções de defender, investigar/acusar e julgar, apesar de decisões como da lavra da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572⁸⁹. No mesmo sentido, MARQUES e SANTIAGO NETO ao disporem que “o moderno inquisitorialismo está presente de forma cada vez mais forte, através da gestão probatória, ou seja, inquisitório é o processo no qual o juiz concentra a gestão da prova em suas mãos e acusatório quando a dita gestão da prova está nas mãos das partes” (2015, p. 390)⁹⁰.

Diante de todo o exposto e apesar da ausência de consenso doutrinário sobre qual seja o modelo do sistema processual penal brasileiro, vemos razão àqueles que defendem que foi o sistema acusatório o adotado oficialmente pelo país. Tal assertiva fundamenta-se no Estado Constitucional e Democrático de Direito surgido com a Constituição de 1988 e o processo penal democrático por ela exigido. Como leciona Rangel:

antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> – Acesso em: 12 ago. 2021.

⁸⁹ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754371407> – Acesso em: 12 ago. 2021.

⁹⁰ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO; José de Assis. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de Escopos metajurídicos ao processo penal – Maringá: Revista Jurídica Cesumar, 2015, V. 15, nº 2, p. 379-398. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4353/2675> - Acesso em: 12 ago. 2021.

Os sistemas processuais [...] são frutos do período político de cada época, pois, à medida que o estado se aproxima do autoritarismo, diminuem as garantias do acusado. Porém, à medida que se aproxima do Estado Democrático de Direito, as garantias constitucionais são-lhe entregues. (RANGEL, 2019, p. 128).

Em que pese a defesa de alguns que o sistema adotado seja o misto, tendo por base a dinâmica da demanda processual penal ser composta de uma fase inicial de cunho inquisitório e uma fase seguinte processual propriamente dita, de matriz acusatória, concordamos com Pacelli quando diz que:

No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação. (PACELLI, 2021, p. 39).

Assim, o processo penal democrático, fruto da Constituição brasileira de 1988, é aquele que tem suas normas submetidas a uma filtragem constitucional e convencional, com vistas a respeitar direitos e garantias fundamentais, bem como direitos humanos do qual o país é signatário – ou seja, as normas processuais infraconstitucionais que devem se adequar às normas da Constituição e dos Tratados e Convenções internacionais sobre direitos humanos, e não o contrário. Dessa maneira, “torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional” (LIMA, 2020, p. 41). Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988 e pelos Tratados e Convenções de Direitos Humanos.

No entanto, o CPP, com sua intrínseca matriz autoritária e inquisitorial, segue ainda vivo - talvez moribundo – e produzindo efeitos que nem sempre refletem o viés esperado por uma legislação inserida em um Estado Constitucional e Democrático de Direito. Persiste, todavia, a necessidade de se produzir um novo código - mesmo diante das diversas reformas legislativas pós CF, bem como das diversas adequações jurisprudenciais feitas, na tentativa de conciliá-lo ao modelo de Estado vigente - que reflita os valores que ambientam o texto constitucional de 1988, com vistas a superar, de uma vez por todas, a cultura inquisitória que ainda permeia e molda os operadores do direito e o nosso ensino jurídico.

Mas há mais. Apesar da inexistência expressa de dispositivo constitucional determinando ser o sistema vigente o acusatório, há princípios e regras inserido no catálogo de normas constitucionais que impossibilitam a não interpretação da independência dos atores processuais penais – acusação, defesa e julgador – a configurar o referido sistema. Nesse sentido, a lição de Grinover *apud* Brito:

A Constituição brasileira de 1988 delineou com toda clareza um processo penal acusatório em que as funções de acusar, defender e julgar são absolutamente separadas: um processo de partes. Clara demonstração desta tomada de posição da Constituição são as regras da titularidade da ação penal pública ao MP (art. 129, I, CF), a constitucionalização da função do advogado (art. 133, CF), a instituição de defensorias públicas (art. 134, CF) e a desvinculação do MP do Poder Executivo (Cap. IV do Título IV da Constituição). (GRINOVER *apud* BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019, p. 38).

No mesmo sentido, porém ressaltando que inexistem sistemas puros, mas que o adotado em nossa carta constitucional de 1988 foi, sem dúvidas, o acusatório – ainda que mitigado -, temos o magistério de Geraldo Prado, que afirma que:

Assim, se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção da inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade no processo, pelo menos como regra para as infrações penais de menor potencial ofensivo, e a publicidade, concluiremos que se filiou, sem dizer, ao sistema acusatório. Porém, se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a teoria da aparência acusatória. (PRADO, 2005, p. 300-301).

Além da doutrina majoritária já se posicionar a favor do sistema acusatório, eis que em 24 de dezembro de 2019, sob a inspiração de buscar aperfeiçoar a legislação penal e processual penal em vigor, e aparentemente colocando fim a discussão, foi promulgada a Lei nº 13.964, sob a alcunha de “Pacote Anticrime”, passando a afirmar textualmente que vigora no país o sistema acusatório, através da criação do artigo 3º-A no CPP, nos seguintes termos:

“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.”⁹¹

Sobre o Juiz das Garantias e sua repercussão no ordenamento jurídico pátrio, interessante a observação de Lenio Luiz Streck e Jorge Bheron Rocha:

[...] O óbvio precisa ser dito: é função do magistrado proteger os direitos e garantias fundamentais, agindo, inclusive, de ofício em prol do investigado/acusado, por isso, nestes casos, não viola a separação de poderes ou sistema acusatório. É função inerente ao magistrado. Daí porque discutimos sobre o “juiz das garantias”, e nunca sobre “o juiz das violações” ou “juiz das acusações”. Simples assim. O processo penal tem natureza política de contra poder. (STRECK; ROCHA, 2020).

É nesse contexto, a partir do sistema constitucional vigente, que reflete o Estado Constitucional e Democrático de Direito, e buscando reforçar a imparcialidade do órgão julgador, e por conseguinte o sistema acusatório, que a supracitada Lei nº 13.964/2019, festejada por muitos e por diversos motivos, cria e disciplina o instituto do Juiz das Garantias, através da inserção no CPP dos artigos 3º-A ao 3º-F, instituto que será objeto de análise a partir do próximo capítulo.

⁹¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm - Acesso em: 12 ago. 2021.

3. SISTEMA ACUSATÓRIO, IMPARCIALIDADE E JUIZ DAS GARANTIAS

3.1. Considerações introdutórias

Apesar de comum em diversos países⁹², as ideias que representam a figura do Juiz das Garantias só começaram a ganhar musculatura e repercussão, no Brasil, há pouco mais de duas décadas através das lições, principalmente, de Aury Lopes Júnior⁹³, que buscou definir “os contornos da figura do juiz garante da instrução preliminar, ou, como preferem os italianos, *giudice per le indagini preliminari*” (LOPES JÚNIOR, 2000, p. 25).

A primeira propositura legislativa, onde figuraria o instituto do Juiz das Garantias, só viria a se materializar em 2009, com os artigos 15 a 18, do Projeto de Lei do Senado de nº 159⁹⁴, que buscava reformar o CPP. Assim tratava, o artigo 15 do PLS nº 159: “O juiz das garantias é responsável pela legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário [...]”.

Todavia, foi com a edição da Lei nº 13.964/2019⁹⁵, acrescentando os artigos 3º-A ao 3º-F ao Código de Processo Penal Brasileiro, que a figura do Juiz das Garantias ganharia materialidade em nosso ordenamento jurídico. Assim dispõe o artigo 3º-B do CPP: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário [...]”. Percebe-se inegável similitude, tanto textual quanto conceitual, ao disposto no citado art. 15 da PLS nº 159.

⁹² “Comum em países como Itália, EUA e México, o juiz das garantias deve ser definido como aquele magistrado que atuará exclusivamente na fase de investigação criminal [...]” (ALVES, 2020, p. 90).

⁹³ “Em âmbito nacional, o crítico mais incisivo à prevenção é Lopes Jr., que, desde o ano 2000, considera um grave equívoco a vigência de tal critério orientador de competência. Seu argumento está voltado à alegada mácula que atinge a imparcialidade do juiz da fase processual, sempre que atuar anteriormente na fase de investigação. Para tanto, esse autor propôs a criação da figura do *juiz das garantias* ou *juiz garante da instrução preliminar* (nome que, em razão da clara influência do direito europeu, confere à fase da investigação), comparando-o ao *giudice per le indagini preliminari* do direito italiano”. (ANDRADE, 2015, p. 15-16).

⁹⁴ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4574315&ts=1594032503518&disposition=inline> – Acesso em: 25 jun. 2021.

⁹⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm - Acesso em: 20 jan. 2021.

No entanto, o Ministro Luiz Fux, do STF, deferiu monocraticamente⁹⁶ - em face das ADIs de nº 6.298⁹⁷, 6.299⁹⁸, 6.300⁹⁹ e 6.305¹⁰⁰ - medida cautelar suspendendo por prazo indeterminado, até apreciação pelo Plenário da suprema corte, os supracitados dispositivos que regulamentam o instituto do Juiz das Garantias.

Trata-se, então, o Juiz das Garantias, à luz da legislação brasileira, da alocação de um magistrado com a atribuição de atuar exclusivamente na fase pré-processual penal e na fase inicial do processo penal recebendo ou não a peça acusatória – denúncia ou queixa-crime. Cabe-lhe, na fase pré-processual, realizar o controle da legalidade da investigação criminal e assegurar a observância dos direitos e garantias individuais, sendo-lhe proibida qualquer iniciativa investigatória, objetivando, assim, garantir a concretude do sistema constitucional acusatório¹⁰¹ através da imparcialidade do juiz da instrução processual, que não se viria contaminado pelas atividades desenvolvidas no âmbito da investigação preliminar.

Nessa nova dinâmica processual, a prevenção passa a ser percebida como critério de exclusão da competência, uma vez que se o magistrado atuar na fase investigatória estará impedido para a condução da instrução processual. O instituto busca, assim, fortalecer o sistema acusatório, fruto do Estado Constitucional e Democrático de Direito, nascido com a CF, uma vez que dá robustez à imparcialidade do julgador, contribuindo com o rompimento de parte do legado inquisitivo ainda vigente no CPP, que apesar dos aprimoramentos específicos ao longo do tempo, mantém, ainda, um viés nitidamente inquisitorial. No mesmo sentido, a lição de Lima:

⁹⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf> - Acesso em: 20 jan. 2021.

⁹⁷ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751746316&prcID=5840274#> - Acesso em: 25 jun. 2021.

⁹⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=6299&numProcesso=6299> - Acesso em: 25 jun. 2021.

⁹⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=6300&numProcesso=6300> - Acesso em: 25 jun. 2021.

¹⁰⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=6305&numProcesso=6305> - Acesso em: 25 jun. 2021.

¹⁰¹ “[...] é possível afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do Direito Penal penetra no Direito processual-penal. É a porta de entrada da democracia. É o modo pelo qual se garante que não existe um ‘dono da prova’; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado cuida de modo igualitário da aplicação da lei; enfim, é o *locus* onde o poder persecutório do Estado é exercido de um modo democraticamente, limitado e equalizado.” (STRECK; OLIVEIRA, 2019, p. 56).

[...] sem embargo da abertura democrática consumada no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a incorporação de inúmeros Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ao nosso ordenamento jurídico, destacando-se, dentre eles, o Pacto de São José da Costa Rica, nosso Código sofreu apenas alterações pontuais, como, por exemplo, a mudança da sistemática atinente ao interrogatório (Lei n. 10.792/03), procedimento do júri (Lei n. 11.689/08), prova (Lei n. 11.690/08), procedimento comum (Lei n. 11.719/08), e, mais recentemente, a alteração de dispositivos do CPP relativos às medidas cautelares de natureza pessoal (Lei n. 12.403/11). A estrutura básica da legislação processual penal, porém, foi mantida, e ainda se encontra alicerçada em bases inquisitoriais oriundas do regime totalitário vigente durante a 2ª Guerra Mundial. Prova disso, aliás, é a subsistência de dispositivos legais – de duvidosa constitucionalidade e convencionalidade – que autorizam o próprio juiz a requisitar a instauração de um inquérito policial (CPP, art. 5º, II), a decretar de ofício a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes ou a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, seja na fase investigatória, seja na fase processual (CPP, art. 156, incisos I e II, respectivamente), ou que autorizam o próprio juiz a realizar pessoalmente uma busca domiciliar (CPP, art. 241). (LIMA, 2020, p. 103-104).

No mesmo sentido nos ensina Eugênio Pacelli, ao lecionar sobre o surgimento de novas legislações e constante atualização da jurisprudência no intuito de aproximar o arcaico CPP do constitucional sistema acusatório:

Há realmente algumas dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório, diante do caráter evidentemente inquisitivo do nosso Código de Processo Penal e seu texto originário. Nada obstante, pequenos, mas importantes, reparos foram feitos ao longo desses anos, em relação à construção de um modelo prioritariamente acusatório de processo penal. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, e, acertadamente, já teve oportunidade de decidir pela impossibilidade de o juiz poder requisitar de ofício novas diligências probatórias, quando o Ministério Público se manifestar pelo arquivamento do inquérito. A violação ao sistema acusatório, na hipótese, seria e era patente (STF – HC nº 82.507/SE, Rel. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 19.12.2002, p. 92). (PACELLI, 2021, p. 35).

Ao passo que o Juiz das Garantias se encontra alicerçado em valores constitucionais que refletem nítido avanço civilizatório - uma vez que ajuda a delimitar o lugar de fala de cada ator processual -, entra em rota de colisão com uma cultura jurisdicional arraigada, não rara as vezes e por motivos diversos, no cheiro de bolor inquisitorial do CPP de 1941.

É diante desse desafio, de virada paradigmática, que buscaremos apresentar, neste capítulo, os principais fundamentos teóricos que envolvem a figura do Juiz das Garantias

como elemento aperfeiçoador da imparcialidade do órgão julgador, sem o qual não se estrutura um sistema processual penal acusatório, de índole constitucional e democrática.

3.2. Fundamento do Juiz das Garantias: salvaguarda máxima da imparcialidade

À luz do Estado Constitucional e Democrático de Direito, onde o processo penal deve ser percebido como instrumento de efetivação das garantias constitucionais (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 23), a imparcialidade¹⁰² do magistrado é princípio imprescindível sem o qual o sistema acusatório não se efetiva. A partir da imparcialidade desenvolve-se a base dialética de um processo penal democrático. Na lição de Lima:

De modo a evitar que uma parte seja beneficiada em detrimento da outra, ainda que involuntariamente, o magistrado só pode atuar de maneira imparcial, conduzindo o processo como um terceiro desinteressado em relação às partes, comprometendo-se a apreciar na totalidade ambas as versões apresentadas sobre os fatos em apuração, proporcionando sempre igualdade de tratamento e oportunidades aos envolvidos. Este alheamento do julgador aos interesses em jogo funciona como princípio supremo do processo, marca do sistema processual acusatório, enfim, como verdadeira garantia fundamental orientada à concretização de um processo penal justo e ético. (LIMA, 2020, p. 118).

Apesar de não se encontrar expresso na Constituição Federal, o princípio da imparcialidade do magistrado é considerado um princípio constitucional implícito, sendo decorrência lógica do princípio do juiz natural¹⁰³. Além disso, é um princípio que “ingressa no sistema pela porta do art. 5º, § 2º, da Constituição¹⁰⁴” (NUCCI, 2020, p. 159), uma vez que se encontra expresso no artigo 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica (aprovado pelo Decreto

¹⁰² “[...] um juiz que não seja partidário de uma causa e que se coloque acima do conflito, não no centro dele.” (DELMAS-MARTY, 2004, p. xvii).

¹⁰³ “É princípio que decorre do princípio constitucional expresso do juiz natural, com a finalidade de complementá-lo, afinal de contas o magistrado pode até estar previamente investido na jurisdição, mas mesmo assim não ser imparcial na sua atuação [...]”. (ALVES, 2020, p. 52).

¹⁰⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes[...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

nº 678/1992¹⁰⁵) – possuindo status de norma supralegal (STF, RE 466.343/SP e HC 87.585/TO – Informativo 531¹⁰⁶) -, nos seguintes termos:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (STF – INFORMATIVO nº 531¹⁰⁷).

Assim, o referido princípio exige que o órgão julgador atue com total desinteresse e afastamento para com as partes, buscando, dessa maneira, conferir isenção ao juiz na condução do processo, ou seja, deve “o Estado-juiz interessar-se apenas pela busca da verdade processual, esteja ela com quem estiver, sem sair de sua posição *supra partes*” (RANGEL, 2019, p. 78).

Dito de outra maneira, a partir da estrutura e dos valores constitucionais vigentes, que no caso brasileiro definem o sistema processual penal como acusatório, deve a verdade processual posta pelas partes, observando-se sempre a questão de eventual réu indefeso¹⁰⁸, ser o limite de atuação do magistrado, em matéria probatória, para que esse juiz, ainda que de forma inconsciente, não tenha sua imparcialidade comprometida. Condenando o princípio da verdade real¹⁰⁹, temos também a lição de Brito *et al*:

Não se falando mais em verdade real – que foi um conceito historicamente inventado para justificar a intromissão do juiz na produção da prova –, devemos destacar o princípio da inércia da jurisdição. Os órgãos jurisdicionais, por sua própria natureza, têm como característica a inércia, ou seja, um órgão jurisdicional não pode sem provocação da parte prover uma tutela, sob pena de irremediáveis injustiças. (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2019, p. 291).

¹⁰⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

¹⁰⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo531.htm> - Acesso em: 15 jun. 2021.

¹⁰⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo531.htm> - Acesso em: 15 jun. 2021.

¹⁰⁸ SOUZA; e DUARTE: “[...] há circunstâncias em que o juiz pode determinar produção de provas sem que isso signifique a assunção, por parte dele, de uma postura de acusador? [...] há pelo menos um tipo de circunstância em que isso pode ser pensado: a intervenção probatória enquanto ato de defesa (em casos em que defesa mostra-se negligente ou há confissão por parte do réu, por exemplo) [...]” (2011, p. 12.091).

¹⁰⁹ “Dizia-se então que, no processo penal, vigorava o princípio da verdade material, também conhecido como princípio da verdade substancial ou real. A descoberta da verdade, obtida a qualquer preço, era a premissa indispensável para a realização da pretensão punitiva do Estado. Essa busca da verdade material era, assim, utilizada como justificativa para a prática de arbitrariedades e violações de direitos, transformando-se, assim, num valor mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual.” (LIMA, 2020, p. 70)

No sistema acusatório deve prevalecer o princípio da verdade formal, a do processo, já que “falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade” (NUCCI, 2020, p. 190), o que certamente afetará sua imparcialidade.

Importante registrar ser impossível que ocorra uma atuação neutra¹¹⁰ por parte do magistrado na condução do processo, uma vez que cada ser humano carrega consigo valores inerentes à sua história e formação, motivo pelo qual dar-se preferência ao termo “juiz imparcial”, que implica em uma atuação proba e desinteressada por parte do magistrado. Nesse sentido, Távora e Alencar apontam que:

Cabe notar que a imparcialidade deve ser indicativa de honestidade. É que o magistrado leva consigo os valores de sua formação, que acabam por justificar entendimentos distintos em relação a uma pluralidade de situações fáticas, o que não significa que seja parcial. Deveras, o ideal do juiz imparcial é de ser concebido aproximadamente. Vale dizer, a isenção preconizada pelo ordenamento jurídico implica na postura de um magistrado que cumpra a Constituição, de maneira honesta, prolatando decisões suficientemente motivadas. Isso não induz que o juiz se abstraia de seus valores para que exerça seu mister. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 73-74).

O princípio do juiz imparcial possui estreita relação com o sistema acusatório desenhado pelo constituinte de 1988, sendo ratificado expressamente pela Lei 13.964/2019 ao inserir o artigo 3º-A¹¹¹ no CPP. Assim, deve o órgão julgador abster-se da gestão probatória, tanto na fase pré-processual quanto na processual, funcionando como verdadeiro juiz-espectador, sob pena de macular a imparcialidade e o sistema acusatório. Para Lopes Júnior:

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. É isso que precisa ser compreendido por aqueles que pensam ser suficiente a separação entre acusação-julgador para constituição do sistema acusatório no modelo constitucional contemporâneo. É um erro separar em conceitos estanques a imensa complexidade do processo penal, fechando os olhos para o fato de que a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 91).

¹¹⁰ “Mesmo assumindo um ponto de vista rigorosamente democrático (rousseauiano-montesquiano), a neutralidade política do juiz, como demonstrou Niklas Luhmann, nas sociedades complexas contemporâneas, é tecnicamente impossível.” (SANTORO, 2005, p. 113).

¹¹¹ “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm - Disponível em: 15 jun. 2021.

A imparcialidade é uma elaboração artificial do direito, que busca materializar, na figura do juiz – que representa o Estado –, um terceiro com afastamento necessário das partes para poder conduzir o processo com isenção. Na busca do aperfeiçoamento desse contínuo processo de construção jurídica – que é a imparcialidade – é que surge a figura do Juiz das Garantias – juiz com dedicação exclusiva à fase de investigação, sem poderes investigatório, funcionando como controlador da legalidade e garantidor dos direitos do investigado –, como uma forma de aperfeiçoamento do sistema.

Não há imparcialidade em uma estrutura onde o juiz pode agir ativamente na produção de provas e depois julgar com base nas próprias provas por ele produzidas. Como ensina Lopes Júnior:

O ativismo judicial, o condenar sem pedido, o buscar provas de ofício, tudo isso produz um deslocamento estrutural que fulmina a posição do juiz por sacrificar o princípio supremo do processo: a imparcialidade. Não se pode, repetimos, pensar a estrutura sistêmica do processo e a posição do juiz, de forma desconectada da imparcialidade. (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 97).

A vedação quanto a gestão de provas pelo magistrado vale não só para o juiz da instrução e julgamento, mas também para o próprio Juiz das Garantias, uma vez que será ele o responsável por receber ou não a denúncia e, atuando de ofício em uma fase desprovida de contraditório – como é a fase pré-processual –, certamente ficará contaminado pelas teses acusatórias. Neste sentido, Lima:

O que não se deve lhe permitir, nessa fase preliminar, é uma atuação de ofício. E isso porque, pelo simples fato de ser humano, não há como negar que, após realizar diligências de ofício na fase investigatória, fique o juiz das garantias envolvido psicologicamente com a causa, colocando-se em posição propensa a decidir favoravelmente a ela, com grave prejuízo a sua imparcialidade. A partir do momento em que uma mesma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, estará comprometido a priori com a tese da culpabilidade do acusado. Com efeito, se o magistrado tomou a iniciativa de determinar, de ofício, a realização de um ato investigatório, mesmo antes do início do processo penal, já indica, por si só, estar ele procurando uma confirmação para alguma hipótese sobre os fatos, é dizer, estar ele se deslocando daquela posição de imparcialidade decorrente da sua posição de terceiro para uma posição parcial, não mais alheia aos interesses da acusação ou da defesa. (LIMA, 2020, p. 105).

Assim, em apertada síntese, podemos afirmar, até aqui, que o sistema processual penal acusatório, desenhado pela CF e expressamente previsto no artigo 3º-A do CPP¹¹², exige que acusação, defesa e julgamento sejam funções exercidas por atores processuais distintos. Ao órgão julgador é exigido o máximo de imparcialidade possível, sob pena de ver-se descreditado o sistema jurisdicional.

A imparcialidade é, nesse contexto, uma construção jurídica em constante busca por aperfeiçoamento. Assim, a partir do desenvolvimento epistemológico da imparcialidade, impulsionado por situações reais vividas em tribunais, se formou as bases de uma nova dinâmica na persecução penal, com a especialização de competência através da figura do Juiz das Garantias, que busca isolar ao máximo o magistrado sentenciante de eventuais contaminações produzidas por “verdades” construídas fora da relação processual – onde deve residir direitos e garantias inerentes a um sistema acusatório constitucional.

É nesse contexto de avanço teórico do conceito de imparcialidade do órgão julgador, aliado a importantes decisões judiciais, como as do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – estudadas nos próximos tópicos -, que ordenamentos jurídicos estrangeiros buscaram inserir, na persecução penal, a figura de um juiz para tratar especificamente da fase pré-processual, evitando com que o juiz do processo tivesse contato com elementos informativos não produzidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, evitando, assim, macular a sua imparcialidade.

3.3. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a imparcialidade subjetiva e objetiva

Há muito que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconheceu, partindo do pressuposto que a imparcialidade é garantia fundamental no Estado de Direito contemporâneo, a violação da imparcialidade quando da atuação na fase de investigação do órgão julgador do processo.

Desde o início da década de 1980, o TEDH produziu os precedentes que conduziram ao entendimento firmado naquela corte – e que refletiram em diversos países da Europa -, de que o juiz que participa da fase investigatória não deve participar do processo destinado ao julgamento penal, pois se assim o fizesse restaria violada a imparcialidade subjetiva e objetiva.

¹¹² “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm – Acesso em: 30 ago. 2021.

As primeiras decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que serviram de paradigma referencial para os julgamentos posteriores foram nos casos *Piersak vs. Bélgica*¹¹³, de 1982, e *De Cubber vs. Bélgica*¹¹⁴, de 1984. O Caso Piersak tratou de uma condenação por homicídio no qual o presidente do *Tribunal Del Jurado*, que realizou o julgamento e prolatou a sentença condenatória, havia participado na fase de investigação como membro do Ministério Público. O TEDH deliberou, pela primeira vez, a respeito da garantia a um julgamento imparcial, tanto em seu viés subjetivo, como no objetivo, nesses termos:

El Tribunal precisa, en primer lugar, el doble aspecto subjetivo y objetivo con el que debe analizarse la imparcialidad de los Tribunales. Subjetivo en cuanto a la convicción personal de un juez concreto en un caso concreto. Objetivo en cuanto a que un juez ofrezca garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre la imparcialidad de su actuación. No basta que el juez actúe imparcialmente, sino que es preciso que no exista apariencia de imparcialidad; «en esta materia incluso las apariencias tienen importancia», ya que «lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática» [parágrafo 30, a)].¹¹⁵ (TEDH, 1982).

No caso *De Cubber*, se discutia a possibilidade da participação na instrução e julgamento de um juiz que atuou na fase preliminar. Observa-se que em face de poderes inquisitórios típicos da fase pré-processual daquele país, permitia-se ao juiz decretar de ofício a prisão provisória, como assim o fez. Nesse caso, o TEDH, invocando o caso *Piersak*, também entendeu pela parcialidade objetiva do juiz, ressaltando o caráter desafiador de demonstrar a falta de imparcialidade subjetiva, que é presumida, sendo ônus de quem a alega, nos seguintes termos:

¹¹³ Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:\[%22001-165173%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-165173%22]}) – Acesso em: 30 jun. 2021.

¹¹⁴ Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/ukr#{%22itemid%22:\[%22001-57465%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/ukr#{%22itemid%22:[%22001-57465%22]}) – Acesso em: 30 jun. 2021.

¹¹⁵ Tradução livre: “A Corte especifica, em primeiro lugar, o duplo aspecto subjetivo e objetivo com o qual a imparcialidade dos tribunais deve ser analisada. Subjetivo em termos de convicção pessoal de um juiz específico em um caso específico. Objetivo em termos de oferta de juiz garantias suficientes para excluir quaisquer dúvidas legítimas sobre a imparcialidade de sua atuação. Não basta que o juiz atue com imparcialidade, mas é necessário que não haja aparência de parcialidade; ‘Nesse quesito até as aparências são importantes’, pois ‘o que está em jogo é a confiança que os Tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática [parágrafo 30, a)]”.

However this may be, the personal impartiality of a judge is to be presumed until there is proof to the contrary [...]. Finally, the Court notes that a judicial officer who has "acted in the case as investigating judge" may not, under the terms of Article 127 of the Judicial Code, preside over or participate as judge in proceedings before a assize court [...]. Similar considerations apply to courts of first instance.¹¹⁶ (TEDH, 1984).

A partir desses julgados, evidenciou-se a necessidade da implantação do sistema do “duplo juiz” na estrutura do processo penal para garantia da imparcialidade. Na doutrina, a imparcialidade passa a ser classificada em subjetiva e objetiva. Por imparcialidade subjetiva entende-se o “estado anímico do juiz, isto é, à ausência de prejulgamentos em relação àquele caso penal e seu autor” (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 99).

A imparcialidade subjetiva, como no caso Cubber, é presumida, cabendo a parte que a alega a sua quebra, prová-la. Como não é tarefa das mais simples demonstrar o que pensa uma pessoa, costuma-se controlar a imparcialidade através de sua face objetiva, que se revela pela proximidade do juiz ao objeto, ao caso penal, através de sua postura, conduta e atos, devendo-se valorizar uma “estética de imparcialidade” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 189), valendo dizer que ao juiz não basta ser imparcial, ele deve parecer imparcial – trata-se da “teoria da aparência”¹¹⁷, desenvolvida nos julgados do TEDH. No mesmo sentido, Lima:

[...] Subdivide-se em imparcialidade subjetiva e objetiva: a primeira é examinada no íntimo da convicção do magistrado, e visa evitar que o processo seja conduzido por alguém que já tenha formado uma convicção pessoal prévia acerca do objeto do julgamento, ou seja, pode ser traduzida na impossibilidade de o magistrado aderir às razões de uma das partes antes do momento processual estabelecido; a segunda é aferida a partir da postura da entidade julgadora, que não deverá deixar qualquer espaço de dúvida de que conduz o processo sem preterir uma parte à outra, ou seja, não basta ser imparcial, sendo indispensável que o juiz aparente tal imparcialidade. É o que se denomina de teoria da aparência, pautada pelo adágio inglês *justice must not only be done; it must also be seen to be done*¹¹⁸. Por força dela, havendo dúvida razoável e fundada acerca da parcialidade do julgador, justifica-se o seu afastamento, mesmo que, subjetivamente, possa não haver influência sobre a condução do processo ou do julgamento. (LIMA, 2020, p.121).

¹¹⁶ Tradução livre: “Seja como for, a imparcialidade pessoal de um juiz deve ser presumida até que haja prova em contrário [...]. Finalmente, o Tribunal observa que um oficial judicial que ‘atuou no caso como juiz de instrução’ não pode, nos termos do artigo 127 do Código Judicial, presidir ou participar como juiz em processos perante tribunal de justiça [...]. Semelhantes considerações se aplicam aos tribunais de primeira instância”.

¹¹⁷ “Tão importante quanto o juiz ser imparcial é o juiz parecer ser imparcial. Se a sociedade não acredita que a justiça foi feita, porque não se garantiu ao acusado um julgamento por juiz ou tribunal imparcial, o resultado de tal processo será ilegítimo e prejudicial ao Poder Judiciário. A sociedade sentirá estar diante de uma sentença injusta, seja ela condenatória ou absolutória. No julgamento do Caso Delcourt vs. Bélgica, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos proclamou: “Justice must not only be done; it must also be seen to be done”!” (BADARÓ, 2011, p. 345).

¹¹⁸ Tradução livre: “não apenas ser feito; também deve ser visto para ser feito”.

Importante registrar que a suprema corte brasileira já reconheceu nulidade de processo criminal com base na quebra da imparcialidade objetiva do julgador. Foi no julgamento do HC 94.641/BA (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julg. 11/11/2008, DJe 43, 05/03/2009)¹¹⁹, onde em “processo criminal por crime contra os costumes em virtude de apuração dos fatos ter ocorrido pelo mesmo juiz em sede de ação civil de investigação de paternidade” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 74). Assim se manifestou o Ministro César Peluso em seu voto:

[...] Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar de ruptura da situação de imparcialidade objetiva, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isento da função jurisdicional. Tal qualidade, carente no caso, diz-se objetiva, porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja, ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. (HC 94.641/BA - STF, 2ª Turma, DJe 43, 05/03/2009).

Dessa maneira, a partir dos julgamentos da corte europeia de direitos humanos, tornou-se pacífico a distinção da imparcialidade em subjetiva e objetiva, sendo a primeira verificada por meio da convicção pessoal do juiz, com vistas a evitar que um processo seja conduzido por alguém cuja opinião sobre o fato ou sobre os envolvidos já foi anteriormente manifestada, e a segunda, analisada por meio da postura do magistrado, que à luz da teoria da aparência não deverá deixar qualquer espaço para dúvida de que conduz o processo sem preterir uma parte à outra (RITTER, 2016, p. 69-70).

Percebe-se, então, que o juiz que atua na fase preliminar no processo penal - no Brasil, prevento para julgar o processo – de maneira ativa - seja em face do comportamento de juiz instrutor, seja como apenas garantidor em face da cláusula de reserva de jurisdição -, tem sua imparcialidade comprometida. Assim, a prevenção no processo penal, em respeito à imparcialidade do juiz e ao sistema acusatório, deve ser causa de exclusão de competência e não de fixação.

¹¹⁹ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556> – Acesso em: 30 jun. 2021.

Diante do analisado até aqui, considerando que o nosso modelo de Estado de Direito exige inequívoca observância a determinadas garantias constitucionais e convencionais aos indivíduos quando submetidos à persecução penal, refletindo, assim, um sistema processual penal acusatório, sistema esse que rechaça o órgão julgador produtor de provas de ofício ou, ainda, que venha a ser exposto a produção probatória fora da dinâmica da fase processual – sob o necessário crivo do contraditório e da ampla defesa –, sob pena de ferir de morte sua necessária imparcialidade, princípio fundante do sistema jurisdicional, busca-se, a seguir, de maneira interdisciplinar, apresentar algumas teorias da psicologia social sobre o comportamento humano e seu reflexo, ainda que inconsciente, em aspectos cognitivos do julgador e por conseguinte em sua imparcialidade.

3.4. Contributo de algumas teorias da psicologia social à imparcialidade e a questão da vinculação psicológica do juiz à fase pré-processual penal a partir de Schünemann

Desenvolvido o estado da arte do processo penal brasileiro, de matriz democrática a partir da formação do Estado Constitucional e Democrático de Direito com a CF de 1988, mas com forte viés autoritário em face do octogenário CPP; avançado sobre a teoria que permeia o sistema processual penal brasileiro, de natureza acusatória, e a imprescindível imparcialidade do órgão julgador – e a construção, pelo TEDH, das teorias da imparcialidade subjetiva e objetiva, essa última dando amparo a teoria da aparência –, como princípio supremo da função jurisdicional (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 89); e delineada a razão de ser do Juiz das Garantias, qual seja, salvaguardar ao máximo a imparcialidade do juiz da fase processual da persecução penal; perscruta-se, agora, uma aproximação teórica do processo penal com algumas teorias das ciências humanas e sociais, mais especificamente com teorias da psicologia social, com vistas a buscar elementos que possam corroborar, ou não, o Juiz das Garantias como elemento aperfeiçoador da imparcialidade do juiz sentenciante, e, por conseguinte, do sistema processual penal acusatório.

Buscar uma aproximação entre o processo penal e a psicologia social, procurando o aprimoramento da imparcialidade do órgão julgador – sabedor que a neutralidade do ser humano é uma utopia –, é trabalhar não necessariamente com o consciente e o racional, mas essencialmente com o inconsciente, uma vez que nem todas as decisões são fruto de um processo permeado apenas pela razão, tendo em vista que a racionalidade é limitada (ROSA, 2017, p. 162-163). No mesmo sentido, é a lição de Luz e Silveira:

Por mais que o sujeito, intérprete da realidade, policie seus pensamentos e deliberações, os aspectos inconscientes não estão sujeitos ao controle racional do ego e, inevitavelmente, emergem. Por isso, não há como esperar do juiz neutralidade total em relação ao caso penal, como se suas conclusões pudessem ser obtidas, unicamente, por critérios racionais e controláveis pela inteligência. Toda e qualquer interpretação que se faça da realidade não fica isenta da interferência do inconsciente. É impossível que o juiz expulse de si todos os afetos gerados pelo caso penal e consiga, com base, unicamente em critérios pré-determinados pelo Direito, dizer o essencial: “condeno” ou “absolvo”. Isso já está provado pela psicanálise. (LUZ; SILVEIRA, 2011, p. 12.055).

Esse fenômeno, a influência do inconsciente nas decisões humanas, é suficiente para afastar qualquer pretensão de se buscar uma verdade real – teoria que ainda é defendida por vários autores do processo penal brasileiro¹²⁰ e materializada em corriqueiras decisões do nosso Judiciário¹²¹ – sobre fatos pretéritos, e por conseguinte históricos e impossíveis de serem produzidos fidedignamente. Inevitável registrar que quem busca algo, ainda que inconscientemente, torna-se parcial, e se for o órgão julgador a buscar, torna o processo inquisitorial.

A partir da evolução dos estudos sobre a influência do inconsciente nos processos de tomada de decisões surgem teorias científicas em outros campos do saber, como a Teoria da Dissonância Cognitiva e a Teoria do Efeito Primazia, ambas da órbita da psicologia social, que se revelam úteis em corroborar a validade do sistema do duplo juiz no processo penal.

Em linhas gerais, a Teoria da Dissonância Cognitiva, desenvolvida por Leon Festinger em 1957 na obra “A Theory of Cognitive Dissonance”, trata, fundamentalmente, de um estudo sobre a cognição e o comportamento humano (RITTER, 2016, p. 84). A referida teoria demonstra que o ser humano tende sempre a tentar manter um estado interior de coerência - ou consonância -, evitando, assim, a incoerência - dissonância - entre atitudes, decisões e

¹²⁰ “O princípio da verdade real, também conhecido princípio da verdade material ou da verdade substancial (terminologia empregada no art. 566 do CPP), significa que, no processo penal, devem ser realizadas as diligências necessárias e adotadas todas as providências cabíveis para tentar descobrir como os fatos realmente se passaram, de forma que o jus puniendi seja exercido com efetividade em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal.” (AVENA, 2020, p. 94-95).

¹²¹ “DIREITO PROCESSUAL PENAL. TESTEMUNHA DO JUÍZO. INDICAÇÃO EXTEMPORÂNEA PELA ACUSAÇÃO. POSSIBILIDADE DE OITIVA. PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de admitir a possibilidade de oitiva, como testemunha do juízo, de pessoas indicada extemporaneamente pela acusação, em homenagem ao princípio da busca da verdade real. Precedentes.” (HC 5009775-04.2020.4.04.0000 Tribunal Regional Federal da 4ª Região) – Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/873248751/habeas-corpus-hc-50097750420204040000-5009775-0420204040000> – Acesso em: 10 set. 2021.

opiniões, havendo uma tendência natural do ser humano em manter uma estabilidade cognitiva. Para Aury Lopes Júnior:

[...] a teoria da “dissonância cognitiva”, desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de “consonância” (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e a sua opinião. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 99).

Assim, quando ocorre uma situação de dissonância o ser humano busca desenvolver processos cognitivos-comportamentais, voluntários e/ou involuntários, no intuito de reduzir essa dissonância ou até restaurar um estado de coerência cognitiva – de estabilidade cognitiva. Nas palavras de Leon Festinger:

[...] 1. A existência de dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância. 2. Quando a dissonância está presente, a pessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância [...]. (FESTINGER, 1975, p. 12).

Quanto aos processos desenvolvidos na busca pela condução de um estado de dissonância para um estado de consonância, de maneira objetiva, destacam-se os seguintes: (i) mudança de elementos cognitivos dissonantes – trata-se de corrigir a atitude que se mostrou equivocada, demonstrando elevado grau de maturidade e de capacidade de lidar com críticas por parte do agente; (ii) desvalorização de elementos cognitivos dissonantes (efeito inércia ou perseverança) – é a desvalorização, voluntária ou involuntária, dos elementos dissonantes com vistas a restauração da estabilidade cognitiva, mas com a manutenção da atitude inicial que se mostrava equivocada; (iii) busca involuntária por informações consonantes com a cognição pré-existente (ou busca seletiva de informações) – é a tendência do indivíduo buscar informações seletivas que confirmem suas hipóteses prévias; e (iv) evitação ativa do aumento de elementos cognitivos dissonantes – sabendo-se que a dissonância leva a uma pressão interna pela consonância, trata-se de uma fuga ativa dos elementos dissonantes. (LIMA, 2020, p. 123).

A partir do conhecimento sobre como a confrontação de ideias antagônicas e das tomadas de decisões repercutem no âmago do ser humano, sob a ótica da Teoria da Dissonância Cognitiva – o mal-estar psicológico que ocorre na pessoa quando ver uma decisão sua confrontada -, busca-se, nessa aproximação interdisciplinar entre processo penal e psicologia social, avançar para outra temática com similar importância na construção das bases para a máxima imparcialidade no processo penal, qual seja, a vinculação cognitiva que a primeira impressão gera na formação da impressão definitiva de um indivíduo – o Efeito Primazia.

Assim, a Teoria do Efeito Primazia, desenvolvida por Salomon Asch, no âmbito do estudo sobre a percepção das pessoas, constatou através de experimentos que as informações que se obtém primeiro exercem influência dominante sobre as que posteriormente são apresentadas. Comentando sua pesquisa, assim se posiciona Asch:

As descrições dos estudantes indicam que os primeiros termos estabelecem uma direção, e esta exerce uma influência contínua sobre os últimos termos. Quando se ouve o primeiro termo nasce uma impressão, ampla e não cristalizada, mas dirigida. A característica seguinte está relacionada com a direção estabelecida. A opinião formada adquire rapidamente uma certa estabilidade; as características posteriores são ajustadas à direção dominante, quando as condições o permitem. (ASCH, 1977, p. 182-183).

Dessa forma, acaba por se demonstrar que as informações inicialmente recebidas tendem a se sobrepôr às posteriores, acomodando estas últimas no contexto cognitivo daquelas primeiras, sendo, então, as informações iniciais as responsáveis pelo direcionamento da cognição desenvolvida a respeito de determinada pessoa e o comportamento que se terá para com ela (GOLDSTEIN, 1983 *apud* LOPES JÚNIOR; RITTER, 2016, p. 70).

As questões da Dissonância Cognitiva e do Efeito Primazia ganham repercussão quando se passa a questionar até que ponto o contato e as tomadas de decisões que ocorrem por parte do magistrado na fase pré-processual – como é o caso da decretação de prisão preventiva, do sequestro ou da interceptação telefônica - podem colocar em risco sua imparcialidade para processamento e julgamento daquele mesmo caso penal (LIMA, 2020, p. 124). No mesmo sentido o magistério de Lopes Júnior e Ritter:

Afinal, sabendo-se que a tomada de uma decisão na fase de investigação preliminar (uma conversão de prisão em flagrante em preventiva, por exemplo), pode vincular cognitivo-comportamentalmente seu responsável (magistrado) por prazo indeterminado, bem como que a primeira informação (primeira impressão) recebida pelo juiz sobre o fato, com base na qual deverá admitir ou não a abertura de um processo (ato de recebimento/rejeição da denúncia), é produto dessa investigação policial, produzida de forma unilateral; existe a possibilidade da autoridade judiciária que participou dessa primeira fase manter-se imparcial no futuro desenrolar processual? Ou é inviável falar em imparcialidade judicial nesse contexto de tomada de decisão e fixação de uma primeira impressão negativa em relação a uma pessoa, considerando-se que se estará vinculado a essa decisão e impressão fixada, e consequentemente, que haverá uma forte resistência (negação antecipada) à absorção de conhecimentos posteriores que as coloquem em xeque (investigação preliminar vs. processo)? (LOPES JÚNIOR; RITTER, 2016, p. 73).

Buscando abordar essa questão, relevantíssima é a contribuição do jurista alemão Bernd Schünemann, em trabalho de pesquisa sobre o comportamento do julgador no processo penal alemão, tendo como pano de fundo a influência das Teoria da Dissonância Cognitiva e do Efeito Primazia, artigo denominado “O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental”. Sobre este seu trabalho, diz SCHÜNEMANN que “trata-se de pesquisa de campo, cujos resultados confirmam a vinculação psicológica do juiz ao inquérito e à apreciação fática do conjunto probatório feita pelo Ministério Público no âmbito do Processo Penal alemão” (2012, p. 30-50).

Assim, após longa e ampla pesquisa com 58 juízes e promotores criminais das mais diversas regiões da Alemanha, Schünemann conclui que foi comum a ocorrência de condenações quando do conhecimento prévio por parte do juiz dos autos da investigação preliminar – a investigação preliminar era produzida pela ótica condenatória da polícia.

Outra constatação do pesquisador foi que há precariedade na apreensão cognitiva de elementos que contrariam os elementos investigatório por parte do juiz que participa da fase preliminar e do julgamento. Os questionamentos realizados na audiência judicial, pelo juiz, se destinam tão somente a confirmar a hipótese policial da fase preliminar investigatória, passando a defesa a ter que trabalhar ativamente na produção de elementos probatórios na tentativa de provar a inocência do réu. Na mesma linha, comentando as conclusões da pesquisa, Lopes Júnior aponta o seguinte:

Conforme as pesquisas empíricas do autor, “os juízes dotados de conhecimentos dos autos (a investigação) não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo” presente na instrução, porque eles só apreendiam e armazenavam as informações incriminadoras que confirmavam o que estava na investigação. “O juiz tendencialmente apega-se à imagem do ato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes desta imagem inicial são não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas.” O quadro mental é agravado pelo chamado “efeito aliança”, onde o juiz tendencialmente se orienta pela avaliação realizada pelo promotor. O juiz “vê não no advogado criminalista, mas apenas no promotor, a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação”. Inclusive, aponta a pesquisa, o “efeito atenção” diminui drasticamente tão logo o juiz termine sua inquirição e a defesa inicie suas perguntas, a ponto de serem completamente desprezadas na sentença as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas do advogado de defesa. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 102).

Em sua interpretação dos resultados da pesquisa, Schünemann, analisando a questão do julgador que oficia ou toma conhecimento dos termos da investigação preliminar, é enfático:

[...] O juiz tem a tendência de perseverar na descrição do crime, relatada no inquérito policial. Além do mais, o magistrado não só menospreza informações dissonantes, como também, e com frequência, não as aceita nem uma só vez como verdadeiras, o que, segundo a Psicologia Cognitiva, explica-se pela apercepção favorita e pela retenção de informações redundantes. (SCHÜNEMANN, 2012, p. 30-50).

Buscando minorar a tensão psíquica gerada pela dissonância cognitiva há a tendência de se produzir o efeito perseverança ou inércia – superestima-se as hipóteses que se foi inicialmente exposto – ou ocorre a busca seletiva de informações na busca de se gerar um efeito confirmador-tranquilizador (LOPES JÚNIOR, 2014)¹²².

Também é contundente a conclusão que o pesquisador faz, a partir dos dados de seu trabalho, sobre a influência do Ministério Público nas percepções do magistrado sentenciante quando diz que: “cumpre observar a tendência de o juiz tomar como norte de seu convencimento a prévia avaliação da causa feita pelo membro do Ministério Público. Com isso, dá-se origem a uma consequência que eu chamo de efeito correspondência comportamental” (SCHÜNEMANN, 2012, p. 30-50).

¹²² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz> - Acesso em: 23 jun. 2021.

Ainda em sua interpretação dos resultados, o jurista alemão segue a condenar a influência que exerce o inquérito policial no órgão julgador, em especial durante a instrução judicial, nos seguintes termos:

O inquérito tem sido alvo de muitas críticas em razão de ser formado apenas do ponto de vista da perspectiva policial [...]. Não é por outro motivo que, de certo modo, na audiência de instrução de julgamento, o princípio do *in dubio pro reo de facto* fica [apenas] na cabeça do defensor, já que ele precisa provar a inconsistência da acusação, caso queira obter uma sentença absolutória. [...] Finalmente, observa-se, no cotidiano forense, como a atenção do magistrado diminui repentinamente quando ele termina seus questionamentos e o defensor começa a formular suas próprias perguntas e, inclusive, como as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas formuladas pelo defensor não afloram na futura sentença. (SCHÜNEMANN, 2012, grifo nosso, p. 30-50).

Por fim, o catedrático jurista alemão aponta no arremate de seu artigo que a pesquisa de campo - dotada de todo o rigor metodológico e científico –, partindo das teorias da psicologia social e que tinha como objetivo aferir se o juiz criminal responsável pelo julgamento do processo funcionaria como um terceiro manipulável – ainda que inconscientemente - quando submetido a um papel ativo na fase pré-processual ou submetido a influência dos autos inquérito policial restou comprovada.

À guisa de Schünemann, outras pesquisas empíricas foram desenvolvidas buscando utilizar teorias da psicologia em situações que simulavam o contato dos atores da persecução criminal com elementos, atitudes e ações que se desenvolvem na fase de investigação e a influência desse contato em suas imparcialidades. Por todos, citamos Martins e Ambrósio¹²³, que apresentam pesquisa desenvolvida por professores das universidades de Wisconsin e de Michigan, onde é percebido o efeito o *tunnel vision* (visão de túnel) como algo inerente ao ser humano e que ganha relevância no ambiente de justiça criminal. Após análise de alguns resultados, apresenta-se algumas conclusões, e explica-se o *tunnel vision*, nos seguintes termos:

¹²³ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-20/zanin-ambrosio-juiz-garantias-tunnel-vision-parte> - Acesso em: 20 out. 2021.

[...] conforme ensina o professor Keith Findley, o fenômeno do *tunnel vision* tem sido entendido como aquela tendência humana natural, produzida devido a certos vieses cognitivos, que conduzem os atores do sistema de Justiça Criminal a focar em um suspeito e, em seguida, selecionar, filtrar ou superestimar as provas disponíveis contra ele, ao mesmo tempo em que ignoram ou suprimem provas contrárias ou outras linhas de pesquisa. Trata-se, portanto, de um fenômeno que faz com que os agentes se concentrem em uma determinada conclusão ou premissa particular e, então, ao olhar para as provas do caso, agarram-se a essa premissa, fazendo com que as demais provas pareçam concordantes com ela. (MARTINS; AMBRÓSIO, 2021).

Assim, apesar de mudanças terminológicas e conceituais, se mantém a ideia central de a contaminação inicial gerar vieses psicológicos no ser humano envolvido na fase preliminar da persecução penal, vieses que influenciarão, até de maneira inconsciente, sua imparcialidade, refletindo diretamente em sua postura, atitudes e decisões no curso de todo o processo.

3.5. Juiz das Garantias no Direito Comparado

Como já explanado, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, desde os paradigmáticos casos Piersak e De Cubber, tem firmado seu entendimento no sentido de que o juiz que atua na fase pré-processual de investigação não pode, via de regra, participar da fase de instrução e julgamento da causa, sob pena de violação da imparcialidade subjetiva e objetiva (MAYA, 2008, p. 4.290). No mesmo sentido, o TEDH se pronunciou no caso Oberschlick vs. Áustria¹²⁴, de 1989, e no caso Pfeifer and Plankl vs. Áustria¹²⁵, de 1992, decidindo, em ambos, pela violação da imparcialidade.

No entanto, no caso Hauschild vs. Dinamarca¹²⁶, no final da década de 1980, o TEDH, entendeu que o juiz que participa da fase de investigação como mero supervisor não estaria com sua imparcialidade violada, podendo atuar na fase processual. É o que leciona Lima:

¹²⁴ Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/ENG#%7B%22itemid%22:%5B%22001-989%22%5D%7D> – Acesso em: 5 jul. 2021.

¹²⁵ Disponível em: <http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsources/Pfeifer%20&%20Plankl%20v.%20Austria%20%25%20Feb%201992%20%5B%20EN%5D.pdf> – Acesso em: 5 jul. 2021.

¹²⁶ Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/ee1c41/pdf/> - Acesso em: 5 jul. 2021.

[...] ao apreciar o caso Hauschild vs. Dinamarca, a Corte Europeia concluiu que o simples fato de o magistrado, em sistemas processuais penais em que a investigação e a acusação são funções exclusivas da polícia e do Ministério Público, ter proferido decisões na fase pré-processual, não justifica, por si só, o receio das partes quanto à perda de sua imparcialidade, o que deve ser analisado de acordo com o caso concreto. Para o TEDH, a atuação do magistrado na fase investigatória como mero supervisor da atividade levada a efeito pela Polícia e pelo Ministério Público, determinando, por exemplo, sobre requerimentos de prisões preventivas, é típica de um juiz independente, e em hipótese alguma pode ser confundida com aqueles casos em que o juiz assume as vestes de um investigador, a exemplo do caso De Cubber vs. Bélgica. Na verdade, para que se possa considerar objetivamente justificada eventual dúvida sobre a imparcialidade do magistrado, é imprescindível analisar se, diante das circunstâncias do caso concreto, o magistrado efetivamente tomou decisões na fase investigatória que exigiam dele formar uma convicção quase plena e definitiva sobre a culpabilidade do acusado, que possam, assim, ser comparadas às decisões de mérito. (LIMA, 2020, p.126).

Apesar da referida decisão, no caso Pfeifer and Plankl vs. Áustria, que foi de 1992, a TEDH já havia retornado ao entendimento dos casos Piersak e De Cubber. O que voltou a acontecer no caso Castillo-Algar v. Espanha¹²⁷, de 1998, que consistiu no caso de dois juízes militares terem participado do julgamento de recurso no processamento da fase preliminar, e posteriormente terem integrado sessão de julgamento que confirmou o juízo de culpabilidade realizado pelo juiz da instrução, entendeu o TEDH ter ocorrido violação da imparcialidade objetiva. No mesmo sentido Lopes Júnior afirma:

[...]decisão sumamente relevante foi proferida pelo TEDH no caso “Castillo-Algar contra España” (STEDH de 28-10-1998), na qual declarou vulnerado o direito a um juiz imparcial o fato de dois magistrados, que haviam formado parte de uma Sala que denegou um recurso interposto na fase pré-processual, também terem participado do julgamento. Frise-se que esses dois magistrados não atuaram como juízes de instrução, mas apenas haviam participado do julgamento de um recurso interposto contra uma decisão interlocutória tomada no curso da instrução preliminar pelo juiz-instrutor. Isso bastou para que o TEDH entendesse comprometida a imparcialidade deles para julgar em grau recursal a apelação contra a sentença. (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 107).

Apesar do TEDH não haver reconhecido de forma inequívoca que a existência de um Juiz das Garantias é uma condição essencial para a preservação da imparcialidade objetiva, inúmeros ordenamentos jurídicos passaram a prever a existência do instituto, impedindo o juiz que atua na instrução de atuar na fase de julgamento.

¹²⁷ Disponível em: <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1998/99.html> - Acesso em: 5 jul. 2021.

É o que ocorre em Portugal em 1987 ao entrar em vigor o novo Código de Processo Penal¹²⁸, responsável por instalar o sistema acusatório¹²⁹ naquele país, passando a trabalhar com um juiz em específico para a fase pré-processual, denominando de “juiz de instrução”, mas que opera, na realidade, como juiz das garantias, controlando a legalidade da investigação, que é conduzida pelo Ministério Público (BRANDÃO, 2008, p. 4), e sem iniciativa probatória, impedido de julgar a ação penal. No mesmo sentido, Lima ainda afirma que:

Hodiernamente, o processo penal português é de estrutura acusatória e orientado, subsidiariamente, por um princípio de investigação, no qual se observa a repartição de funções da magistratura do Ministério Público e da magistratura judicial. Desta forma, ficam a cargo do Ministério Público as atividades de investigação e de acusação, tomando por base o inquérito criminal, do qual detém a direção. De outro lado, o juiz de instrução possui competência para dirigir a fase de instrução, exercendo o controle judicial a respeito da decisão de acusação ou não acusação decretada pelo parquet. (LIMA, 2017, p. 13).

Registre-se que a legislação processual penal portuguesa, em seu artigo 40¹³⁰, proíbe a participação do juiz instrutor na fase de julgamento da demanda, consagrando o sistema do duplo juiz com vistas a preservação da imparcialidade do magistrado sentenciante.

Já na Itália, por sua vez, ocorre modelo semelhante, onde a principal inovação implementada pelo Código de Processo Penal de 1989¹³¹ – que buscou superar o modelo fascista do código de Rocco até então vigente¹³² –, que é uma “reação aos desequilíbrios

¹²⁸ Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid= 199&tabela=leis – Acesso em: 28 set. 2021.

¹²⁹ “[...] o processo penal atual é um processo de estrutura essencialmente acusatória, que compreende um princípio de investigação pelo Estado. Se o modelo anteriormente em vigor era misto ou inquisitorial mitigado, optou-se agora por um procedimento acusatório compatível também com um princípio de investigação oficial e de verdade material.” (SOUTO DE MOURA, 2004, p. 62).

¹³⁰ “Artigo 40.º Impedimento por participação em processo - Nenhum juiz pode intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver: a) Aplicado medida de coacção prevista nos artigos 200.º a 202.º; b) Presidido a debate instrutório; c) Participado em julgamento anterior; d) Proferido ou participado em decisão de recurso anterior que tenha conhecido, a final, do objeto do processo, de decisão instrutória ou de decisão a que se refere a alínea a), ou proferido ou participado em decisão de pedido de revisão anterior; e) Recusado o arquivamento em caso de dispensa de pena, a suspensão provisória ou a forma sumaríssima por discordar da sanção proposta.” Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid= 199&tabela=leis – Acesso em: 28 set. 2021.

¹³¹ Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale> - Acesso em 28 set. 2021.

¹³² “Este modelo constitucional de processo – que permaneceu congelado por quase quarenta anos – encontrou parcial atuação com o novo Código de Processo Penal aprovado com o DPR 447, de 22.09.1988, em vigor a partir de 24.10.1989. Rompendo uma tradição plurissecular, o novo Código adotou o sistema acusatório não expressamente previsto pela Constituição de per si, configurando o novo processo como uma relação trigonal entre juiz, acusação e defesa, em antítese não apenas ao processo medieval de tipo inteiramente “inquisitório”, mas,

‘inquisitoriais’ do passado, mal escondidos sob as fachadas de um ‘processo misto’” (CHIVARIO, 2004, p. 45), foi a supressão do juiz inquisidor da fase de instrução, substituído pelo *giudice per le indagini preliminari* – juiz da fase preliminar –, que atua na fase pré-processual, como garante, ficando, em regra, impedido de atuar na fase processual, conforme dispõe o artigo 34, 2-bis do Código de Processo Penal italiano¹³³. Sobre o início da atuação do modelo italiano de Juiz das Garantias, temos a lição de Paola Della Vecchia:

Al Giudice per le Indagini Preliminari (GIP), quale giudice della fase anteriore all’esercizio dell’azione penale, è demandata nel sistema delineato dal codice di procedura penale (c.p.p.), l’applicazione di misure cautelari personali (v. artt. 272 e 279 c.p.p.). Tale applicazione può aver luogo a seguito di arresto in flagranza di reato (artt. 380, 381 c.p.p.) ovvero di fermo di indiziato di delitto (art. 384 c.p.p.), oppure in conseguenza dell’emissione di una ordinanza cautelare (art. 292 c.p.p.)¹³⁴. (VECCHIA, 2019).

Enfatizando haver exceção a vedação de atuação do juiz da fase pré-processual na fase processual italiana, ANDRADE escreve que referido impedimento só ocorre quando as demandas do Ministério Público sobre direitos fundamentais do investigado exigir análise cognitiva profunda por parte do juiz (2015, p. 55 - 56).

Já a Alemanha reformou seu Código de Processo Penal¹³⁵ na década de 1970 no intuito de implantar o sistema acusatório. Para tanto, a condução da fase de investigação preliminar foi atribuída ao Ministério Público, que deveria ser auxiliado pela polícia – ao juiz caberia intervir, na fase pré-processual, nos casos que os direitos dos investigados pudessem ser afetados (SILVA, 2012, p. 53 - 54).

Imperioso observar que, no caso do processo penal alemão, inexistente norma que vede automaticamente a participação do juiz que oficiou na fase pré-processual de instruir na

também, àquele “misto” do velho Código Rocco, que era baseado, no que tange a fase instrutória, na confusão entre juiz e acusação, e na relação diádica inquisidor/inquirido”. (FERRAJOLI, 2002, p. 590).

¹³³ “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.” – Tradução livre: “O juiz que no mesmo processo tenha exercido as funções de juiz das investigações preliminares não pode expedir o decreto de condenação criminal, nem realizar a audiência preliminar; além disso, mesmo fora dos casos previstos no n.º 2, não pode participar no acórdão.” – Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/02/18/giudice> - Acesso em 28 set. 2021.

¹³⁴ Tradução livre: “Ao Juiz de Instrução Preliminar (GIP), como juiz da fase anterior ao exercício da acção penal, é delegada no regime delineado pelo código de processo penal (c.p.p.), a aplicação de medidas cautelares pessoais (ver artigos 272.º e 279.º do Código Penal). Tal aplicação pode ter lugar após prisão em flagrante delito (arts. 380, 381 c.p.p.) ou prisão de suspeito de um crime (artigo 384 do Código Penal), ou em decorrência da expedição de medida cautelar (art. 292 c.p.p.).” Disponível em: https://www.iss.it/documents/20126/45616/19_22_web.pdf/e8fc4e7c-2eb1-9f44-667c-e0a048589c8a?t=1581099496916#page=45 - Acesso 28 set. 2021.

¹³⁵ Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/> - Acesso em: 28 set. 2021.

fase do processo propriamente dito e de sentenciar, ao contrário de diversos outros países europeus¹³⁶. No entanto, nada impede de haver pleito no sentido de pedir afastamento do julgador que atuou na fase investigatória por suspeita de parcialidade, demanda que se analisa caso a caso (ANDRADE, 2015, p. 52).

A França¹³⁷ adota em seu Código de Processo Penal¹³⁸, desde 2000, a figura do *juge des libertés et de la détention* – juiz das liberdades e da detenção. Trata-se de juiz inquisidor que opera na fase pré-processual, atuando especialmente em questões ligadas à prisão preventiva. Apesar de inquisitória a fase inicial da persecução penal francesa, o referido ordenamento jurídico respeita o sistema do duplo juiz ao vedar a atuação do juiz das liberdades e da detenção na instrução e julgamento do processo¹³⁹, que observa a dinâmica do sistema acusatório.

A Espanha tem em sua *Ley de enjuiciamiento criminal*¹⁴⁰ o normativo processual penal onde se encontra a figura do *Juez de Instrucción* – juiz da instrução. A partir desta lei, esse país ibérico possui uma fase pré-processual que é inquisitória e presidida por um juiz¹⁴¹.

¹³⁶ “Não se deve considerar e concretizar a harmonização por meio de uma simples unificação de procedimentos. Pelo contrário, a Europa retira sua força de seu pluralismo também no plano jurídico. Logo, é preciso pensar em diferentes esferas de categorias. As soluções nacionais não devem ser obrigatoriamente idênticas. Ao contrário, trata-se de encontrar alternativas que sejam compatíveis e coerentes. Isso quer dizer que, por um lado, o ‘manto europeu’ deve permitir uma certa liberdade de movimento; os procedimentos nacionais deveriam então guardar seu caráter específico. Por outro lado, esse manto marca também os limites que o direito nacional não deve ultrapassar sem que o tecido descosture. Em procedimento penal, o manto é constituído primeiramente pelos direitos do homem e por um certo fundo comum de estrutura processual.” (JUNG, 2004, p. 84).

¹³⁷ “O Código de Instrução Criminal ignorava a polícia judiciária (que era, diga-se de passagem, apenas embrionária) ou a relegava a tarefas subalternas: os investigadores eram, antes de tudo, o promotor e o juiz de instrução. Apesar da designação de juiz dada a ele, as funções de instrução eram muito pouco jurisdicionais [...]”. (LASVIGNES; LEMONDE, p. 32).

¹³⁸ Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006071154/> - Acesso em: 28 set. 2021.

¹³⁹ “Article 137-1 - La détention provisoire est ordonnée ou prolongée par le juge des libertés et de la détention. Les demandes de mise en liberté lui sont également soumises. Lorsque le juge des libertés et de la détention statue à l'issue d'un débat contradictoire, il est assisté d'un greffier. Il peut alors faire application de l'article 93. Il ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu. Hors le cas prévu par le deuxième alinéa de l'article 137-4, il est saisi par une ordonnance motivée du juge d'instruction, qui lui transmet le dossier de la procédure accompagné des réquisitions du procureur de la République. Lorsque le juge des libertés et de la détention doit statuer en application de l'article 145, le juge d'instruction peut indiquer dans son ordonnance si la publicité de ce débat lui paraît devoir être écartée au regard d'une ou plusieurs des raisons mentionnées au sixième alinéa de cet article.” – Tradução livre: “Artigo 137-1 - A prisão preventiva é ordenada ou prorrogada pelo juiz de liberdade e detenção. Os pedidos de liberação também são apresentados a ele. Quando o juiz de liberdade e detenção decide após um debate contraditório, ele é assistido por um escrivão. Ele pode então aplicar a seção 93. Não pode, sob pena de nulidade, participar no julgamento dos processos criminais que tiver ouvido. Salvo no caso previsto no segundo parágrafo do artigo 137.º-4, é-lhe remetido por despacho fundamentado do juiz de instrução, que lhe envia o processo do processo acompanhado das requisições do procurador. Quando o juiz de liberdade e detenção deva decidir em aplicação do artigo 145, o juiz de instrução poderá indicar em seu despacho se a publicidade deste debate lhe parece excluída à luz de um ou mais dos motivos mencionados deste artigo.” – Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006167427/#LEGISCTA000021331523 – Acesso em 28 set. 2021.

¹⁴⁰ Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036> – Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁴¹ “Artículo 777. 1. El Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano

No entanto, importante observar que a persecução penal espanhola respeita o sistema do duplo juiz na busca de salvaguardar a imparcialidade do juiz sentenciante, uma vez que terminada a fase investigativa cessa a atuação do magistrado preliminar, com a abertura ou não da fase processual por parte do juiz da instrução¹⁴², momento em que um outro magistrado do tribunal deverá instruir e julgar o processo¹⁴³, sob uma dinâmica acusatória – assim como na França.

Nos Estados Unidos da América, apesar da legislação processual penal ser distinta entre os diversos Estados, aponta-se o instituto do Grande Juri, que foi instituído pela Quinta Emenda do “Bill of Rights”^{144 145} em 1791, como um mecanismo que faz as vezes do

competente para el enjuiciamiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal de su incoación y de los hechos que la determinen. Se emplearán para ello los medios comunes y ordinarios que establece esta Ley, con las modificaciones establecidas en el presente Título.” – Tradução livre: “Artigo 777.º 1. O Juiz ordenará a Polícia Judiciária ou realizará os procedimentos necessários para apurar a natureza e as circunstâncias do facto, as pessoas que nele participaram e o órgão competente para o processo, reportando-se ao Ministério Público Ofício, seu início e os fatos que o determinam. Para tanto, serão utilizados os meios comuns e ordinários estabelecidos por esta Lei, com as modificações estabelecidas neste Título.” – Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036> – Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁴² “Artículo 783. 1. Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 y 641. Cuando el Juez de Instrucción decrete la apertura del juicio oral sólo a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, el Secretario judicial dará nuevo traslado a quien hubiere solicitado el sobreseimiento por plazo de tres días para que formule escrito de acusación, salvo que hubiere renunciado a ello.” – “Artigo 783. 1. Mediante pedido de abertura de julgamento oral pelo Ministério Público ou pela acusação particular, o Juiz de Instrução concordará, a menos que considere que a hipótese do n.º 2 do artigo 637 coincide ou que não existem indícios racionais de criminalidade contra o arguido, em cujo caso concordará com a destituição correspondente nos termos dos artigos 637 e 641. Quando o Juiz de Instrução decretar a abertura do julgamento oral apenas a pedido do Ministério Público ou da acusação particular, o Secretário Judiciário dará nova transferência a quem requereu a demissão por um período de três dias para formular um documento de acusação, a menos que haja uma desistência disso.” – Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036> – Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁴³ “Artículo 785. 1. En cuanto las actuaciones se encontraren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, el Juez o Tribunal examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás, y prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada.” – Tradução livre: “Artigo 785. 1. Tão logo o processo esteja à disposição do órgão competente para a instauração do processo, o Juiz ou Tribunal examinará as provas propostas e emitirá imediatamente despacho admitindo as que julgar pertinentes e indeferindo as demais, evitando o que for necessário para a prática da prova antecipada.” – Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036> – Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁴⁴ “O Bill of Rights norte-americano, como são chamadas tradicionalmente as dez primeiras emendas à Constituição Federal, é vazado em estilo cerradamente técnico, sem as elevações retóricas da Declaração de Direitos de Virgínia [...]”. (COMPARATO, 2015, p. 135).

¹⁴⁵ “EMENDA V - Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.” – Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html> – Acesso em: 28 set. 2021.

Juiz das Garantias, uma vez que atua na fase de investigação preliminar realizando, inclusive, o juízo de admissibilidade da acusação (COELHO, 2020)¹⁴⁶.

Observando a realidade processual penal latino-americana, forte foi a construção normativa na maioria dos países desse bloco na busca pela adoção do sistema processual penal acusatório nas últimas décadas, como nos ensina o professor Máximo Langer, da Universidade da Califórnia, no artigo “Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia”¹⁴⁷, publicado originalmente em 2007, ele afirma que:

Durante os últimos 15 anos, 14 países latino-americanos e um número substancial de províncias e estados latino-americanos introduziram novos códigos de processo penal. Essas reformas são possivelmente as maiores transformações às quais os procedimentos criminais latino-americanos foram submetidos em quase dois séculos. Este artigo mostra como uma rede de advogados latino-americanos que trabalharam na elaboração e implementação dos novos códigos tiveram um papel crucial nessa onda de reformas. Essa rede de empreendedores jurídicos latino-americanos - que este artigo caracteriza como uma rede de especialistas ativistas do sul - propuseram os novos códigos de processo penal para resolver problemas como a falta do devido processo legal e transparência e ineficiência, e enquadraram as reformas como uma conversão de processos criminais de inquisitoriais para acusatórios. (LANGER, 2017, p. 5).

A expansão normativa na seara processual penal na América Latina não ocorreu por acaso, ao contrário, foi consequência direta da criação de um Código Modelo de Processo Penal, desenvolvido por juristas latino-americanos a partir da V Jornada Ibero-Americana sobre processo, que se deu em Cartagena, em 1977, e que foi concluído e apresentado à comunidade jurídica em 1988, na XI Jornada Ibero-Americana de Direito Processual, no Rio de Janeiro. Dissertando sobre o tema, Walter Nunes nos diz:

A espinha dorsal adotada pelos países da América Latina na reformulação de suas legislações processuais é a substituição do tradicional modelo inquisitivo, escrito, burocrático, pouco transparente e moroso, por um modelo do tipo acusatório, simplificado, transparente, oral, com o Ministério Público como parte, garantias do acusado, defesa efetiva, direito ao silêncio, presunção de não-culpabilidade, proibição de provas ilícitas e a imparcialidade do juiz, que não deve se substituir ao Ministério Público para assumir função mais própria a quem exerce o jus perseguendi. (NUNES, 2009, p. 21).

¹⁴⁶ Disponível em: <https://osdivergentes.com.br/outras-palavras/surpresa-existe-um-juizado-de-garantias-nos-eua-ha-dois-seculos/> - Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁴⁷ Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/79266> - Acesso em: 28 set. 2021.

A partir desses valores e critérios norteadores, e de forma não homogênea, diversos países latino-americanos passaram a reformar seus sistemas processuais penais. É o caso do México, que viveu sua reforma processual penal em 2008¹⁴⁸, migrando para o sistema acusatório. Nessa reformulação foi inserida a figura do Juiz das Garantias – ou do Controle –, como leciona Garrido ao explicar algumas de suas atribuições:

[...] los jueces de control o garantía, conforme a la interpretación lógica y sistemática del artículo 16 constitucional, pueden ser considerados como depositarios de un nuevo mecanismo de regularidad constitucional, porque al custodiar derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones privadas, la libertad personal y de tránsito, la dignidad humana, la eventual reparación del daño, la protección de las víctimas, entre otros, van a proteger o garantizar no solamente esos derechos subjetivos públicos, si no la propia carta fundamental, sin que ello implique el despliegue del llamado control difuso que, hasta ahora está proscrito por la jurisprudencia del máximo tribunal del país.¹⁴⁹ (GARRIDO, 2011, p. 35).

Assim, cabe ao Juiz das Garantias mexicano a realização do controle das atividades da investigação, quando devidamente provocado. Haverá um órgão julgador para a fase processual propriamente dita, mas excepcionalmente há casos em que o Juiz das Garantias, no caso do México, poderá julgar, em questões específicas que ensejarão um procedimento sumário e oral, como explica Loeza:

El juez de garantías excepcionalmente desempeñará funciones jurisdiccionales, pues por regla general éstas son propias del tribunal de debate, siendo que únicamente se tornará su actuar cuando resuelva la situación jurídica de algún imputado y cuando resuelva en definitiva algún asunto sometido a procedimiento abreviado, siéndole aplicable a los procedimientos en los que tome tal carácter las reglas generales que rigen el debate o juicio oral propriamente dicho.¹⁵⁰ (LOAEZA, 2012, p. 13).

¹⁴⁸ Disponível em: <https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primero/capitulo-i/#articulo-16> - Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁴⁹ Tradução livre: “[...] os juízes de controle ou garantia, de acordo com a interpretação lógica e sistemática do artigo 16 da Constituição, podem ser considerados depositários de um novo mecanismo de regularidade constitucional, pois pela salvaguarda de direitos fundamentais como o a inviolabilidade do domicílio, o sigilo das comunicações privadas, a liberdade pessoal e de trânsito, a dignidade humana, a eventual reparação de danos, a proteção das vítimas, entre outros, protegerão ou garantirão não só esses direitos públicos subjetivos, mas a própria carta fundamental, sem implicando na implantação do chamado controle difuso que, até agora, é vedado pela jurisprudência do mais alto tribunal do país.”

¹⁵⁰ Tradução livre: “O juiz de garantias executará excepcionalmente funções jurisdicional, uma vez que, via de regra, são próprios do tribunal de debate, sendo que suas ações só se tornarão quando resolverem a situação legal de um réu e quando finalmente resolver qualquer questão submetida a procedimento abreviado, sendo aplicável aos procedimentos em que se tome tal caráter as regras gerais que regem o debate ou julgamento oral adequadamente dizendo.”

Na América Central, também em 2008, o Panamá viu surgir o seu novo Código de Processo Penal¹⁵¹, de matriz acusatória, que dedicava o artigo 44 a disciplinar o Juiz das Garantias¹⁵², cabendo a ele as decisões judiciais na fase de investigação – que seguia sob o comando do Ministério Público -, sempre zelando pelos direitos e garantias fundamentais, sendo responsável por decidir se a investigação vai à julgamento ou não. No entanto, não pode ele, o magistrado da fase pré-processual, atuar na fase processual.

Sob o influxo das reformas processuais penais europeias (LANGER, 2017, p. 16–17) e do código modelo de processo penal para os países Ibero-Americano, responsáveis, como já afirmado, por influenciar os novos códigos de processo penal nos países latino-americanos, os países do continente sul-americano também passaram por uma onda reformista no campo processual penal – muitos desses países passaram a adotar, com algumas variações, o instituto do Juiz das Garantias, buscando se livrar do ranço inquisitorial legado pelas ditaduras militares que vivenciaram anos antes¹⁵³.

¹⁵¹ Disponível em: <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2018/08/CODIGO-PROCESAL-PENAL-Comentado-COMPLETO-20-AGO-2018.pdf> - Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁵² “Artículo 44. Competencia del Juez de Garantías. Es competencia de los Jueces de Garantías pronunciarse sobre el control de los actos de investigación que afecten o restrinjan derechos fundamentales del imputado o de la víctima, y sobre las medidas de protección a estas. Además de lo anterior, conocerá: 1. De las advertencias a las partes sobre otros medios alternativos de solución de conflictos, de acuerdo con las reglas establecidas en este Código; 2. De todas las decisiones de naturaleza jurisdiccional que se deban tomar durante la investigación, salvo las excepciones previstas en este Código; 3. De las medidas cautelares personales o reales; 4. De la admisión o inadmisión de las peticiones de pruebas anticipadas y de su práctica; 5. De la admisión del desistimiento de la pretensión punitiva; 6. De la admisión o inadmisión de los acuerdos celebrados entre el Ministerio Público, el defensor y el imputado o acusado; 7. Elevar la causa a juicio, dictar sobreseimiento o cualesquiera otra medida procesal; 8. Del procedimiento directo; 9. Las demás que determine la ley.” – Tradução livre: “Artigo 44. Competência do Juiz de Fiança. É da competência dos Juízes de Fiança governar sobre o controle de atos investigativos que afetem ou restrinjam direitos do arguido ou da vítima e as medidas de proteção dos mesmos. O que mais do exposto, você saberá: 1. Avise as partes sobre outros meios alternativos de resolver os conflitos, de acordo com as regras estabelecidas neste Código; 2. De todas as decisões de natureza jurisdiccional que devam ser tomadas durante pesquisas, ressalvadas as exceções previstas neste Código; 3. Das medidas cautelares pessoais ou reais; 4. Sobre a admissão ou inadmissibilidade dos pedidos de exames prévios e sua prática; 5. Da admissão da desistência do crédito punitivo; 6. Sobre a admissão ou inadmissibilidade dos acordos celebrados entre o Ministério Público, o defensor e o acusado ou acusado; 7. Levar o caso a julgamento, ditar demissão ou qualquer outra medida processual; 8. Do procedimento direto; 9. Outros determinados por lei.” – Disponível em: <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2018/08/CODIGO-PROCESAL-PENAL-Comentado-COMPLETO-20-AGO-2018.pdf> – Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁵³ “A história do continente latino-americano foi marcada por diversos processos correlatos: a proximidade temporal dos movimentos de independência no século XIX, a industrialização tardia, os regimes populistas no século XX e os golpes que instauraram ditaduras em muitas nações (Castañeda, 1995). [...] As ditaduras civis-militares na América Latina e no Brasil surgiram para garantir a subordinação dos países latino-americanos ao sistema imperialista e para reprimir toda mobilização popular que almejassem reversão dos padrões de superexploração (Marini, 2000). Portanto, os golpes militares repetiram a violência histórica latino-americana. Ocorreram quando segmentos das elites civis aliados aos militares pretenderam manter as relações instituídas de dominação pelo uso da força direta para a tomada do poder do Estado, infringindo o regime democrático e constituindo um Estado de exceção. Perseguições, prisões arbitrárias, tortura e assassinatos tornaram-se algo comum. Centenas de mortos e desaparecidos no Brasil, milhares no Chile, na Argentina, dezenas de milhares em El Salvador.” (HUR; LACERDA JÚNIOR, 2017, p. 29-30) – Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/3RLR9c3Ftns6NKHNCJQ99qf/?format=pdf&lang=pt> – Acesso em: 28 set. 2021.

É o caso do Código de Processo Penal do Paraguai¹⁵⁴, que prevê um Juiz Penal de Garantias¹⁵⁵ com função de resolver incidentes, exceções e demandas das partes na fase pré-processual, devendo estar atento, também, à observância das garantias constitucionais¹⁵⁶, além de poder analisar sobre a justa causa para o início do processo penal ou do arquivamento da investigação, ficando, em regra, expressamente proibido de julgar o processo. (LIMA, 2020, p. 126-127).

Na Argentina existe um Código de Processo Penal Federal¹⁵⁷ que também prestigia o sistema acusatório, no entanto, é permitido às Províncias legislar sobre a matéria. Assim, a implantação da figura do Juiz das Garantias não é uniforme em todo o país¹⁵⁸. Observando-se, então, a legislação processual penal da província de Buenos Aires¹⁵⁹— devido a sua importância política, econômica e social para aquele país -, percebe-se as linhas gerais destinadas ao Juiz das Garantias no ordenamento jurídico daquele país, como nos ensina Mauro Fonseca Andrade:

¹⁵⁴ Disponível em: https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomoIII.pdf - Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁵⁵ “Artículo 42.- Jueces Penales - Los jueces penales serán competentes para actuar como juez de garantías y del control de la investigación, conforme a las facultades y deberes previstos por este código [...]” – Tradução livre: “Artigo 42.- Juízes Criminais - Os juízes criminais terão competência para atuar como juiz de garantia e controle do inquérito, de acordo com as atribuições e deveres previstos neste código [...]” – Disponível em: https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomoIII.pdf - Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁵⁶ “Artículo 282.- Control judicial - Las actuaciones de investigación del Ministerio Público, la Policía Nacional y la Policía Judicial se realizarán siempre bajo control judicial. A los jueces penales les corresponderá realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba, resolver los incidentes, excepciones y demás peticiones de las partes, otorgar autorizaciones y, en general, controlar el cumplimiento de todos los principios y garantías establecidos en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este código. Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces, salvo las excepciones expresamente previstas por este código, no podrán realizar actos de investigación que comprometan su imparcialidad.” – Tradução livre: “Artigo 282.- Controle Judicial - As ações investigativas do Ministério Público, da Polícia Nacional e da Polícia Judiciária serão sempre conduzidas sob controle judicial. Os juízes criminais serão responsáveis por fazer os avanços jurisdicionais das provas, resolver incidentes, exceções e outras solicitações das partes, conceder autorizações e, em geral, controlar o cumprimento de todos os princípios e garantias estabelecidos na Constituição, no Direito Internacional. neste código. Os promotores não podem praticar atos de jurisdição adequada e os juízes, salvo as exceções expressamente previstas neste código, não podem praticar atos de investigação que comprometam a sua imparcialidade.” – Disponível em: https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomoIII.pdf – Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁵⁷ Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/319681/norma.htm> - Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁵⁸ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/15/como-e-juiz-de-garantias-pelo-mundo-alemanha-portugal-brasil-argentina.htm> - Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁵⁹ Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/11922-local-buenos-aires-codigo-procesal-penal-provincia-buenos-aires-lpb0011922-1996-12-18/123456789-0abc-defg-229-1100bvorpel> - Acesso em 28 set. 2021.

[...] no CPP da Província argentina de Buenos Aires, onde o juiz das garantias foi erigido à condição de figura-chave, de seu novo sistema processual penal. Isso porque, ao ser extinto o juizado de instrução, a investigação criminal foi confiada ao Ministério Público, deixando-se de lado, portanto, o sistema misto, e se adotando – ao menos, aparentemente – o sistema acusatório. O juiz das garantias bonaerense atua nas fases preparatória (de investigação) e intermediária (de recebimento/rejeição da acusação, ou exame de pedido de arquivamento da investigação pelo Ministério Público). [...] a própria doutrina argentina reconhece que a fase intermédia é “basicamente de mérito”, o que motivaria a exclusão do juiz das garantias bonaerense da fase de julgamento. (ANDRADE, 2015, p. 63).

Já a Colômbia, buscando garantir a máxima imparcialidade ao órgão julgador da fase processual, e fazendo valer o sistema acusatório, apresenta no artigo 250 de sua Constituição¹⁶⁰, de forma pormenorizada e robusta, as atribuições do seu modelo de Juiz das Garantias, com limite de atuação na fase pré-processual. Cabe ao artigo 39 do Código de Processo Penal colombiano¹⁶¹ complementar a regulamentação constitucional. É atribuição do *Juez con Función de Control de Garantías*, também conhecido como juiz constitucional, observar os direitos e garantias constitucionais e evitar arbitrariedades por parte do Estado, como ensina Torres:

Con la implementación del sistema penal acusatorio en Colombia, apareció una figura realmente novedosa como lo es la del juez de control de garantías, funcionario que fue instituido para ejercer una revisión estricta, no sólo formal sino principalmente sustancial, de una importante parte de actuaciones penales, en las que se involucran derechos fundamentales de las personas sometidas a la acción penal del Estado; de allí su papel de garante y con ello el ejercicio de una función eminentemente constitucional, por ello también se le denomina Juez Constitucional. La principal tarea de este Juez es la de controlar la actividad estatal en lo que se refiere a la limitación de derechos fundamentales, búsqueda de la verdad y acopio de material probatorio; por tanto su rol esencial es el de guardián de los derechos y garantías de las personas intervenidas punitivamente. Labor que sin lugar a dudas pretende dotar de legitimidad la persecución penal en tanto busca la salvaguarda de los derechos y libertades de la parte más vulnerable en la relación punitiva, haciendo de ellos verdaderos límites; ejerciendo un control material sobre el poder y convirtiéndose en garantía de las libertades.¹⁶² (TORRES, 2017, p. 2).

¹⁶⁰ Disponível em: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf> - Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁶¹ Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20190708_03.pdf - Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁶² Tradução Livre: “Com a implantação do sistema penal acusatório na Colômbia, apareceu uma figura realmente nova, como a do juiz de controle de garantias, funcionário que foi instituído exercer uma revisão estrita, não apenas formal, mas principalmente substancial, de uma parte importante do processo penal, que envolve direitos fundamentais do pessoas sujeitas à ação penal do Estado; daí o seu papel de fiador e com ele o exercício de função eminentemente constitucional, por isso também é denominado Juiz Constitucional. A principal tarefa deste Juiz é controlar a atividade do estado no que diz respeito a limitação dos direitos fundamentais, a busca da verdade e a

O Chile é considerado o país latino-americano com o maior avanço em busca do sistema acusatório. Sua reforma contou com a inserção do Juiz das Garantias para a fase pré-processual, mas também buscou otimizar toda a persecução penal através da implementação, de forma plena, da oralidade e da publicidade nos procedimentos. No magistério de Maya:

O novo Código de Processo Penal chileno definiu um sistema basicamente estruturado nos princípios de oralidade e de publicidade, estruturadores do que se entabulou denominar de juicio oral y público, realizado perante um tribunal composto por três magistrados que não tenham participado da fase preliminar. Tanto é consequência da criação do juiz de garantias e da atribuição da investigação ao Ministério Público. Ao juiz de garantias compete tutelar os direitos dos envolvidos e a legalidade da investigação criminal, e também decidir sobre o encerramento das investigações e o início do processo, com o exame de admissibilidade das provas indicadas pelas partes, a definição do tribunal competente e do procedimento a ser seguido, e também dos limites da acusação (MAYA, 2018, p. 79-80).

Percebe-se, a partir do estudo de direito comparado desenvolvido neste tópico, que as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre a necessidade do juiz que acompanha a fase pré-processual não ser o mesmo que irá julgar a demanda ao final da instrução processual – decisões do TEDH contundentes no início dos anos 1980, posteriormente oscilantes, mas depois firmando-se no sentido inicial – acabaram por influenciar mudanças nos sistemas processuais penais em diversos ordenamento jurídicos com vistas a instituição do sistema do duplo juiz, na busca para se garantir a máxima imparcialidade do juiz sentenciante e, assim, assegurar a possibilidade de um sistema processual penal de matriz acusatória.¹⁶³

coleta de material probatório; portanto, seu papel essencial é o de guardião dos direitos e garantias das pessoas interveio punitivamente. Obra que sem dúvida visa dar legitimidade ao processo criminal, desde que busque salvaguardar os direitos e liberdades da maioria vulneráveis na relação punitiva, tornando-os limites reais; exercendo controle material sobre o poder e tornando-se uma garantia das liberdades.”.

¹⁶³ Para MAYA: “Impulsionados pelo movimento reformista europeu do final do Século anterior e diante da necessidade de adequação das legislações processuais penais internas ao paradigma humanitário enunciado pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a quase totalidade dos países latino-americanos de colonização espanhola iniciou, no final dos anos noventa e na primeira década deste século, um movimento reformista orientado à estruturação acusatória do processo penal. [...] essas reformas foram pensadas com o intuito de derrogar, de maneira definitiva, os diplomas legislativos de matriz inquisitorial introduzidos no continente como consequência da conquista e da colonização espanhola, cujas características, tais como a forma escrita e secreta, são próprias de estruturas judiciais extremamente burocráticas e verticais, sem independência e vinculadas a um poder político centralizado, do que decorre um modelo de processo em que o funcionário do Estado é o responsável por uma investigação solitária e inquisitorial. Um dos mais perceptíveis resultados desse movimento reformista foi a substituição do juiz de instrução pelo denominado juiz de garantias.” (2018, p. 77).

4. JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONSTITUCIONAL, CONVENCIONAL E APERFEIÇOADOR DO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL?

4.1. Considerações gerais

Partindo da concepção que o Brasil é um Estado Constitucional e Democrático de Direito, onde as normas infraconstitucionais devem encontrar seu paradigma de validade na CF e nos Tratados e Convenções de Direitos Humanos do qual o país é signatário – aferição constitucional e convencional de validade das normas -; considerando-se que a CF elegeu o sistema processual penal brasileiro como acusatório – regido por um princípio acusatório; que essa mesma Constituição abriga, por consectário lógico ao sistema acusatório, o princípio da imparcialidade do órgão julgador como pedra de toque da função jurisdicional – princípio expresso, no entanto, no artigo 8.1¹⁶⁴ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 14.1¹⁶⁵ do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁶⁶ -; passa-se, no presente capítulo, a tratar do texto legal que dispõe sobre o Juiz das Garantias em nosso país, para em seguida realizar a análise das questões de constitucionalidade/convencionalidade que foram suscitadas nas supracitadas ADIs e concluir com a análise se o Juiz das Garantias aperfeiçoa¹⁶⁷ o ordenamento jurídico.

¹⁶⁴ “ARTIGO 8 - Garantias Judiciais - 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm – Acesso em: 30 set. 2021.

¹⁶⁵ “ARTIGO 14 - 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito à controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm – Acesso em: 30 set. 2021.

¹⁶⁶ “No Brasil, o Congresso Nacional aprovou o PIDCP por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991. A nota de adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi depositada em 24 de janeiro de 1992 e o Pacto entrou em vigor internacional, para o Brasil, em 24 de abril de 1992. Finalmente, o Pacto foi promulgado (incorporação interna) pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.” (RAMOS, 2019, p. 214-215).

¹⁶⁷ Registre-se que, conforme o Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa, não existe o termo “desaperfeiçoamento”, que estampa o título desta pesquisa. Optou-se em mantê-lo em face do mesmo fazer um contraponto direto ao termo inserido na legislação citada e, também, no caso de o STF entender – apesar de tudo que já foi escrito a respeito – pela inconstitucionalidade/inconvencionalidade do Juiz das Garantias – afinal o que é um “desaperfeiçoamento” diante de tamanha tragédia.

Antes disso, no entanto, utiliza-se este espaço inicial para abordar alguns elementos periféricos que orbitam a temática do Juiz das Garantias da Lei 13.964/2019. O primeiro deles é registrar que desde 1984, através do provimento de nº 164, o Estado de São Paulo dispõe do Departamento Estadual de Inquéritos Policiais, estrutura especificamente dedicada a atuar exclusivamente na fase de inquérito policial, nos termos de seu art. 2º¹⁶⁸.

Criado para centralizar e agilizar a dinâmica da fase de inquérito policial – originariamente sua criação não vislumbrava a salvaguarda máxima da imparcialidade do juiz da instrução e julgamento –, o DIPO diferencia-se do Juiz das Garantias, essencialmente, pelo fato do magistrado que nele atue não estar impedido de também ser o juiz da fase processual.

Outro fator a diferenciar o DIPO do Juiz das Garantias é que os magistrados que atuam no referido departamento não realizam o juízo de recebimento da inicial acusatória – ao contrário do previsto para o Juiz das Garantias. Em 2013, com a Lei Complementar nº 1.214 atualizando a LC 1.208¹⁶⁹, o Estado de São Paulo consagra definitivamente em sua organização judiciária o Departamento Estadual de Inquéritos Policiais.

Uma outra questão a ser observada, neste momento introdutório, é a percepção que o Juiz das Garantias é, conforme já demonstrado no tópico sobre o direito comparado, um instituto presente em inúmeros ordenamentos jurídicos pelo mundo, em especial na América Latina, não sendo uma invenção do legislador doméstico.

Em nosso país encontramos dispositivos normativos que remetem à gênese do instituto – como é o caso do modelo ancestral presente na legislação que institui o DIPO –, e avança até um projeto de modelo estabelecido na PLS nº 159/2009 – projeto de lei para um novo Código de Processo Penal –, que previa a figura do Juiz das Garantias. É o que nos assevera Pacelli e Fischer:

[...] As mais importantes modificações trazidas pela Lei 13.964/19 para o processo penal brasileiro se originam do Projeto de Novo CPP (PL 8.045/10) ainda em tramitação na Câmara dos Deputados. Esse Projeto foi elaborado por uma Comissão de Juristas instituída pelo Senado da República em 2009, e a qual tivemos a honra de integrar, como Relator-Geral. Ali se criou o juiz das garantias e se esculpiu a estrutura acusatória de processo. (PACELLI; FISCHER, 2021, p. 44).

¹⁶⁸ “Art. 2º: todos os atos relativos aos inquéritos policiais e seus incidentes, bem como os pedidos de habeas corpus, serão processados perante o Juiz Corregedor e Juízes Auxiliares designados para o serviço ora criado. Aqueles incidentes compreendem, inclusive autos de prisão em flagrante, pedidos de restituição de coisas apreendidas e pedidos de prisão preventiva.” – Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-23/opiniao-dividir-competencias-nao-basta-evitar-contaminacao> - Acesso em: 30 set. 2021.

¹⁶⁹ Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2013/lei.complementar-1208-23.07.2013.html> - Acesso em 10 out. 2021.

Dito de outra maneira, o Juiz das Garantias não é nenhuma grande novidade nem aqui em nosso país e muito menos no mundo. O Juiz das Garantias nada mais é que uma maneira de se fracionar a atuação jurisdicional com vistas a otimizar a própria função jurisdicional.

Importante registrar, também, que o ordenamento jurídico já cerca a figura do magistrado de elementos que buscam garantir sua imparcialidade. Nesse sentido, encontramos as garantias constitucionais¹⁷⁰ da vitaliciedade (art. 95, I, da CF), da inamovibilidade (art. 95, II, da CF) e da irredutibilidade de subsídios (art. 95, III, da CF), bem como o ingresso na carreira de magistrado por concurso público de provas e títulos (art. 93, I, da CF) e a promoção para entrância superior por provimento alternado pelos critérios de antiguidade e merecimento (art. 93, II, da CF), elementos que buscam fortalecer a liberdade de atuação e a imparcialidade do juiz (AVENA, 2020, p. 222-223).

Além do mais, relevante assinalar que há vedações ao julgador, no próprio CPP, que objetivam resguardar sua imparcialidade, seja a imparcialidade objetiva (por proximidade ao objeto da causa) – como é o caso das hipóteses taxativas de impedimento do art. 252 do CPP¹⁷¹ –, seja a imparcialidade subjetiva (por vinculação a uma das partes) – hipóteses de suspeição do magistrado, de cunho exemplificativo, previstas no art. 254 do CPP¹⁷². No mesmo sentido a lição de Dezem e Souza: “a experiência internacional tem demonstrado que os juízes devem se manter imparciais, como forma de proferir julgamento mais justo e isento. O controle da isenção do juiz é feito de várias maneiras e, entre elas, destaca-se a figura do impedimento e da suspeição” (DEZEM; SOUZA, 2020, p. 50).

¹⁷⁰ CF: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. [...]” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm – Acesso em: 10 out. 2021.

¹⁷¹ “Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Deltm3689Compilado.h – Acesso em: 10 out. 2021.

¹⁷² “Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Deltm3689Compilado.h – Acesso em: 10 out. 2021.

Para finalizar a análise de alguns elementos adjacentes e correlatos ao modelo nacional do Juiz das Garantias, nessas considerações gerais, entendemos ser importante tratar do art. 3º-A do CPP, norma de natureza essencialmente processual. O dispositivo, como já mencionado, ratifica o sistema processual penal acusatório em nosso ordenamento jurídico, tendo alcance muito mais amplo e importante que o próprio Juiz das Garantias. Por óbvio servirá de norte ao Juiz das Garantias, mas não só a ele.

É sob esse olhar que entendemos que o legislador reformador cometeu uma impropriedade técnica ao incluir o referido dispositivo no título que trata do Juiz das Garantias. Sistema Acusatório, Imparcialidade do Julgador e Juiz das Garantias são temas imbricados entre si, mas no qual o primeiro não é parte do último. O art. 3º-A serve ao Juiz das Garantias, mas não só a ele. O que parece haver, na verdade, é uma relação de continente e conteúdo onde, em um sentido figurado, o sistema acusatório seria um copo e o Juiz das Garantias seria a água que nele se acomoda, porém longe de preenchê-lo. No mesmo sentido, demonstrando o quanto importante é o art. 3º-A, temos a lição de Pacelli e Fischer:

Embora a determinação de criação do juiz de garantias tenha ocupado a preferência nos debates, o grande passo dado pela Lei 13.964/19 foi na direção de um maior esclarecimento legislativo em torno da estrutura acusatória de processo. O novo art. 3º-A, ao estipular a vedação expressa da iniciativa judicial como substitutiva do ônus acusatório que recai no autor da ação penal, vem consagrar, em definitivo, o modelo acusatório no processo penal brasileiro, deixando claro que o juiz não é detentor de iniciativa probatória autônoma, mas apenas para fins de esclarecimento de dúvida surgida na instrução. (PACELLI; FISCHER, 2021, p. 44).

Assim, questionar a constitucionalidade do sistema processual penal acusatório materializado no art. 3º-A do CPP, norma que claramente espelha o princípio constitucional acusatório, fundante do espírito antiautoritário que a Constituição de 1988 nos legou, sob o arroubo que trata de matéria meramente infraconstitucional, pelo simples fato do referido artigo estar alocado na parte do normativo processual penal que trata do Juiz das Garantias é, ao nosso ver, querer subverter, pela força da retórica, questão com diminuta discricionariedade hermenêutica ao intérprete constitucional.

Isto posto, passamos agora a analisar o texto legal que versa sobre o Juiz das Garantias, previsto nos artigos 3º-B ao 3º-F do nosso octogenário Código de Processo Penal. Em seguida, trataremos das questões referentes à constitucionalidade/convencionalidade

levantadas nas ADIs. Por fim, realizaremos um juízo de necessidade do referido instituto ao tratarmos da questão se o mesmo significa um aperfeiçoamento ao nosso ordenamento jurídico.

4.2. Análise dos artigos 3º-B ao 3º-F do Código de Processo Penal

O Juiz das Garantias foi materializado no ordenamento jurídico pátrio com a Lei 13.964/2019. Sob a chancela “Juiz das Garantias”, foi inserido no CPP os artigos 3º-A ao 3º-F. Pelas razões já expressas, deixamos de analisar o art. 3º-A. Eis a redação dos demais artigos que disciplinam o Juiz das Garantias no CPP:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XI - decidir sobre os requerimentos de:

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

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

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

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

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

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

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

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

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

~~§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência. (Vetado)~~

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

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

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

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

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.

Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a

realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão. (CPP, 1941)

Aborda-se, agora, nos próximos tópicos e subtópicos, a referida norma.

4.2.1. Competência do Juiz das Garantias

Controlar a legalidade das investigações criminais – inquéritos policiais e “apurações de natureza extrapolicial” (AVENA, 2020, p. 232) - e salvaguardar direitos individuais que são sujeitos a reserva de jurisdição na fase pré-processual criminal são as duas grandes atribuições que devem nortear a atuação do Juiz das Garantias, conforme dispõe o *caput* de seu art. 3º-B, não cabendo ao magistrado da fase pré-processual penal conduzir investigações. No mesmo sentido, a lição de Pacelli e Fischer:

O manejo das cláusulas da reserva de jurisdição constitui prerrogativa judicial, precisamente por implicar o atingimento de direitos e garantias individuais constitucionais, pelas quais a Constituição zela e protege em nível mais elevado, excluindo o acesso autônomo a tais fontes e meios de prova ao Ministério Público e à Polícia Judiciária. Deferir a quebra de garantia constitucional não faz do juiz um auxiliar qualificado da investigação. Pelo contrário, significa que tais afetações a direitos individuais dependerão de seu prudente exame e de decisão fundamentada (e agora já se sabe o significado de motivação das decisões, conforme consta do art. 315 e § 2º, CPP), na qual se afirme a indispensabilidade da medida. (PACELLI; FISCHER, 2021, p. 47).

Os incisos e alíneas do art. 3º-B apresentam, assim, de forma não exaustiva – conclusão extraída da presença do advérbio “especialmente” no *caput* e corroborado pela redação do próprio inciso XVIII -, as matérias reservadas à atuação do Juiz das Garantias, que analisaremos categorizadas em: competência na fase pré-processual; e competência para recebimento da peça acusatória, cessação da competência, acautelamento dos autos e outras medidas.

4.2.1.1. Competência na fase pré-processual

Buscando-se dinamizar a análise dos inúmeros dispositivos do art. 3º-B do CPP, que tratam das atribuições do Juiz das Garantias na fase antes do recebimento ou não da peça acusatória, procuramos observar, tendo em vista a pertinência temática entre eles, alguns dispositivos em conjunto.

É o caso dos incisos I, II e III, do art. 3º-B do CPP, que buscam disciplinar o controle da legalidade do flagrante e da prisão cautelar¹⁷³. O art. 5º, LXII, da CF assegura que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”. No mesmo sentido o *caput* do art. 306 do CPP ao prever que “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”. Assim, pelo enunciado do art. 3º-B, I, do CPP, o destinatário imediato da detenção em flagrante, cautelar – conquanto na fase pré-processual – e até em caso de prisão civil de devedor de alimentos – uma vez que o constituinte originário não especificou modalidade de prisão – é o Juiz das Garantias (LIMA, 2020, p. 132).

Além da imediata comunicação, o Juiz das Garantias deve receber os autos da prisão em flagrante em até 24 horas, para que possa determinar, com máxima brevidade, a realização da audiência de custódia¹⁷⁴, nos termos do art. 310 do CPP¹⁷⁵ (art. 3º-B, II, do CPP).

¹⁷³ Sobre o fato da prisão em flagrante não ser tecnicamente uma espécie de prisão cautelar, temos: “o flagrante – ou *la detención imputativa* – não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar.” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 934).

¹⁷⁴ “[...] A audiência de custódia consiste, portanto, na condução da pessoa presa, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos e tortura.” (PAIVA, 2018, p. 43).

¹⁷⁵ “Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. § 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. § 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm - Acesso em: 10

Importa observar que, em face da dinâmica dos plantões judiciais, nem sempre o Juiz das Garantias realizará a audiência de custódia. Nessa situação, entende-se que caso o juiz plantonista que realizou a audiência de custódia, independente de vir ou não a proferir medidas cautelares, estará proibido de atuar na fase de instrução e julgamento. Entende-se, ainda, que caso ocorra ao final da audiência de custódia a apresentação da denúncia, por parte do representante do Ministério Público, o juízo de admissibilidade só poderá ser realizado pelo Juiz das Garantias – juiz natural para tal ato.

Na busca em garantir a plena observância aos direitos do indivíduo preso, o art. 3º-B, III, do CPP, faculta ao Juiz das Garantias a possibilidade de determinar a condução do custodiado à sua presença a qualquer tempo. No geral, tal hipótese é destinada a situações nas quais o direito do custodiado possa estar sendo violado, no entanto, Renato Brasileiro de Lima sugere que tal hipótese deve ser aplicada, também, aos casos de prisão civil, uma vez que não se sujeitam a audiência de custódia (LIMA, 2020, p. 133).

Dando continuidade à análise dos dispositivos do art. 3º-B em blocos temáticos, passamos a observar os incisos V, VI e VIII, que tratam de situações relacionadas a apenas medidas cautelares¹⁷⁶. O primeiro dos citados incisos não apresenta novidades em relação ao que já ocorria, uma vez que trata da garantia da reserva de jurisdição para concessão de medidas cautelares, ou seja, na fase pré-processual caberá ao Juiz das Garantias, desde que devidamente demandado pela parte legitimada – nos termos do art. 282, §2º, do CPP¹⁷⁷ - apreciar pedido de prisão provisória (preventiva ou temporária), bem como “outra medida cautelar, sejam medidas cautelares patrimoniais (art. 125¹⁷⁸ e s.) ou medidas cautelares diversas (art. 319¹⁷⁹)” (LOPES

out. 2021. O § 4º do citado artigo está com sua vigência suspensa em face de decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, nos autos das ADIs 6.298, 6.300 e 6.305.

¹⁷⁶ A medida cautelar é “um procedimento intentado para prevenir, conservar ou defender direitos. Trata-se de ato de prevenção promovido no Judiciário, quando da gravidade do fato, do comprovado risco de lesão de qualquer natureza ou da existência de motivo justo, desde que amparado por lei. Deve-se examinar se há verossimilhança nas alegações (*fumus boni iuris*); e se a demora da decisão no processo principal pode causar prejuízos à parte (*periculum in mora*)”. – Disponível em <http://www.normaslegais.com.br/juridico/medida-cautelar.htm> - Acesso em 10 out. 2021.

¹⁷⁷ “§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm - Acesso em: 10 out. 2021.

¹⁷⁸ CPP: “Art. 125. Caberá o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm - Acesso em: 10 out. 2021.

¹⁷⁹ CPP: “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado

JÚNIOR, 2020, p. 198). Registre-se que a parte final do inciso V perdeu o sentido uma vez que o § 1º do art. 3º-B, do CPP foi vetado pelo Presidente da República, e esse veto não foi derrubado pelo Congresso Nacional, é a lição de Lima:

[...] Ocorre que tal parágrafo acabou sendo vetado pelo Presidente da República, que entendeu que a supressão da possibilidade de realização da audiência por videoconferência geraria insegurança jurídica, porquanto incongruente com outros dispositivos do mesmo CPP, a exemplo dos arts. 185 e 222, que permite a sua adoção. Destarte, considerando-se que o veto em questão não foi derrubado pelo Congresso Nacional, subsiste a validade do inciso V do art. 3º-B do CPP, admitindo-se, todavia, na eventualidade de o juiz reputar relevante a realização de audiência para a apreciação do requerimento de medida cautelar, que o ato em questão seja feito por videoconferência se acaso presente uma das hipóteses listadas nos diversos incisos do §2º do art. 185 do CPP. (LIMA, 2020, p. 134-135).

Já o inciso VI atribui ao Juiz das Garantias a função de analisar a revogação, substituição ou prorrogação de prisão provisória ou outra medida cautelar, sendo uma novidade no ordenamento jurídico a condição para essa prorrogação, qual seja, submissão a audiência pública, de forma oral, com as partes, sob o manto do contraditório. Para Pacelli e Fischer:

De constitucionalidade inquestionável, a nova disposição associa-se a outra, contida no § 2º do mesmo art. 3º-B, tratando ambas do tempo máximo de prisão provisória e das circunstâncias de sua prorrogação. A determinação para o exercício do contraditório deve ser saudada, mas a exigência de audiência pública parece-nos uma demasia, do ponto de vista de quem (o preso) já teria se apresentado em audiência de custódia (após o flagrante ou em preventiva), precisamente para a decisão acerca da manutenção ou não da prisão. (PACELLI; FISCHER, 2021, p. 53).

Juntando-se àqueles que advogam que houve um excesso ao determinar a realização de uma audiência pública, oral e com contraditório, como condição para prorrogação de prisão provisória ou de medida cautelar, temos Nucci:

ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

Esse dispositivo nos parece exagerado, podendo causar diversos problemas. Decretada a prisão preventiva, até que seja revogada, está em vigor. Porém, a prisão temporária (5 dias ou 30 dias) pode ser prorrogada (por mais 5 dias ou por mais 30 dias). Cabe ao juiz decidir pela prorrogação ou não. Porém, feito o pedido pelo órgão acusatório ou realizada a representação pela autoridade policial, o magistrado deve decidir a respeito. E rápido. Como marcar audiência para ouvir as razões das pessoas interessadas (órgão acusatório, autoridade policial e investigado) em curto espaço de tempo? Note-se um exemplo prático: decretada a prisão temporária por 5 dias, chegando ao final, pede-se a prorrogação por outros cinco dias. É totalmente inviável marcar uma audiência para discutir se cabe ou não a prorrogação. Em suma, é impraticável. Pode-se até admitir que a prorrogação de 30 dias comportaria uma audiência, mas a de 5 dias é insolúvel. (NUCCI, 2020, p. 312).

No entanto, Aury Lopes Júnior festeja o dispositivo, alegando que se percebe uma inicial mudança na cultura jurídica, uma vez que se busca introduzir, na fase pré-processual, a oralidade e o contraditório – eis a lição do mestre:

A prorrogação a que se refere esse inciso é da prisão temporária, que tem prazo máximo de duração previsto na Lei n. 7.960/89, já que a prisão preventiva (infelizmente) não tem prazo de duração estabelecido em lei. [...] Vai reforçado, portanto, o direito ao contraditório e a cultura de audiência, na medida em que deverá o juiz das garantias marcar uma audiência pública e oral para debate e decisão sobre a substituição ou mesmo decretação da medida cautelar, não se admitindo as simples manifestações escritas. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 198).

Percebe-se, então, que provavelmente esse dispositivo legal – art. 3º-B, VI, do CPP – será objeto de análise quando da deliberação em plenário, pelos ministros do STF, sobre a constitucionalidade do Juiz das Garantias. A tendência é de ocorrer uma interpretação sistemática da referida norma, levando-se em consideração questões de ordem pragmáticas como a observância das dimensões continentais do país e as limitações estruturais estatais diante da exigência legal de audiência pública com contraditório e ampla defesa em prazos relativamente curtos – em especial, no caso de prisões temporárias.

Já o inciso VIII combinado com o § 2º, ambos do art. 3º-B, do CPP, possibilita ao Juiz das Garantias, mediante provocação, conceder até 15 dias de aumento de prazo para a finalização do procedimento investigatório quando o investigado estiver preso. Por exclusão, não há forma expressa para prorrogação do procedimento investigatório quando o investigado solto. A inobservância do prazo para conclusão do inquérito policial, com o investigado preso,

acarreta o imediato relaxamento da custódia cautelar pessoal. Em face do princípio da especialidade, os prazos previstos em outras legislações não são afetados, é a lição de Cunha:

Outros prazos em legislação extravagante para a conclusão de inquérito policial devem ser respeitados, em homenagem ao princípio da especialidade. Assim, o art. 51 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), prevê o prazo de trinta dias para conclusão do inquérito, estando o indiciado preso e de noventa dias quando solto. Nos crimes contra a economia popular (Lei 1.521/1951), esse prazo é de dez dias (art. 10, § 1º), solto ou preso o réu. É de vinte dias o prazo para término do inquérito instaurado perante a Justiça Militar estando o réu preso, e de quarenta dias, se solto (art. 20 do CPPM). (CUNHA, 2020, p. 85).

Sob a temática do controle da legalidade da investigação temos os incisos IV, IX, X, XII e XV do art. 3º-B do CPP. Assim, o inciso IV, que representa mais uma novidade em nosso ordenamento jurídico, determina que a abertura de qualquer procedimento investigatório na seara criminal, seja pela autoridade policial, seja pelo representante do Ministério Público, deve ser comunicado ao Juiz das Garantias, proibindo investigações sigilosas.

Sobre a amplitude normativa do referido dispositivo, que teoricamente oferece amparo legal à investigação do Ministério Público, Pacelli e Fischer fazem interessante observação:

[...] embora se possa ver aí a legitimação dos PIC's, isso não significa a adesão à informalidade e à pluralidade de agentes de investigação. O Ministério Público é o titular da ação penal, não custa lembrar. Recusar-lhe poderes investigatórios vai na contramão da definição constitucional do parquet, desde que sejam devidamente normatizados. De outra parte, não há espaços, ao menos na nova Lei, para o agigantamento de órgãos públicos cujo poder de polícia não contém, expressa e essencialmente, a investigação criminal. Mesmo a Receita Federal (e as estaduais, é claro) e o Banco Central, cujo exercício dos respectivos poderes de polícia podem tangenciar matéria penal, não estão autorizados a proceder a investigações autônomas de fatos definidos como crimes. (PACELLI; FISCHER, 2021, p. 53).

Em outra senda, no entanto, o inciso IV pode vir a ser alvo de interpretação sistemática ou conforme a Constituição por parte do plenário do STF, uma vez que se questiona sua viabilidade prática bem como se tal atribuição de competência ao Juiz das Garantias, prevista no referido dispositivo, poderia, na verdade, aproximá-lo a um verdadeiro “juiz auditor”, fora da seara do Poder Judiciário, uma vez que a referida competência parece

“extrapolar a concretização do (modelo teórico do) juiz das garantias e, em certa medida, contraria o seu pilar central: o da necessidade de um juiz alheio/distante/desinteressado” (BRAGA; LIMA, 2020).

O inciso IX do art. 3º-B do CPP faculta ao Juiz das Garantias a possibilidade de trancar – inclusive de ofício – o inquérito policial quando faltar justa causa, funcionando o referido trancamento, para maioria da doutrina que enfrenta a natureza jurídica da medida, como *habeas corpus* de ofício (art. 654, § 2º, do CPP), não podendo a referida medida recair sobre as investigações do Ministério Público, em face de ter suas atividades controladas no 2º grau de jurisdição. Por todos, eis a lição de Avena:

[...] a situação guarda simetria com a concessão de *habeas corpus* de ofício (previsto no art. 654, § 2º, do CPP) visando à cessação do constrangimento, reputado como ilegal pelo juiz das garantias, provocado pela instauração e tramitação de inquérito. Esta competência do juiz das garantias incide apenas sobre o inquérito policial, não alcançando investigações criminais de natureza extrapolicial (salvo se, quanto a estas, for impetrado *habeas corpus* pelo investigado ou por terceiro em seu favor, caso em que a incumbência desse juiz decorre do inciso XII). (AVENA, 2020. p. 235).

O inciso X trata de mais uma medida de controle da legalidade da investigação, uma vez que faculta ao Juiz das Garantias requisitar ao delegado de polícia documentos, laudos e informações sobre a marcha da investigação. Estamos com aqueles que entendem que não é permitido ao Juiz das Garantias agir de ofício, sob pena de macular o sistema acusatório, é a lição de Cunha:

Este inciso, sem especificar se a atuação do juiz deve ou não ser antecedida de provocação, vai de encontro com o art. 3º-A, afastando-se muito do sistema acusatório. Para manter a harmonia e o espírito da reforma, as competências aqui positivadas demandam requerimento do interessado, não podendo o juiz agir de ofício. (CUNHA, 2020, p. 87).

O inciso XII, que poderia ter sido previsto no mesmo dispositivo que prevê o trancamento por parte do Juiz das Garantias (NUCCI, 2020, p. 314), possibilita ao magistrado da fase pré-processual julgar *Habeas Corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia, tratando-se de “hipótese bastante restrita e limitada, na medida em que o juiz das garantias somente julga o *habeas corpus* impetrado contra ato coator emanado de autoridade policial (ou administrativa similar) que constitua uma coação ilegal” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 202).

Fazendo importante observação sobre qual seria a correta redação para este inciso, temos a lição de Lima:

Ao introduzir a figura do juiz das garantias no Pacote Anticrime, estendendo sua competência até o recebimento da denúncia, e não mais até o seu oferecimento, como estava previsto no projeto do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, art. 15, caput, e §§1º e 2º), o legislador deveria, então, ter alterado a redação do presente inciso no mesmo sentido, ou seja, para dizer que a competência do juiz das garantias para o processo e julgamento de eventual habeas corpus estende-se até o recebimento da denúncia, e não até o oferecimento, como equivocadamente acabou constando da redação final do inciso XII. (LIMA, 2020, p. 141).

Assim, entende-se ser o inciso XII passível de interpretação sistemática pelo pleno do STF, quando da apreciação da constitucionalidade do Juiz das Garantias, passando a competência para processamento e julgamento de eventual Habeas Corpus a ter como marco limitador o momento do recebimento da inicial acusatória.

Concluindo a análise desse grupo de dispositivos que buscam regram a atuação do Juiz das Garantias no controle da investigação preliminar, estuda-se agora o inciso XV, que trata do acesso aos autos da investigação pelo investigado e seu defensor. Assim, para defensor e investigado – a menção a esse, em legislação, é novidade – é garantido o acesso a todos os elementos acostados aos autos do procedimento investigatório, independente de autorização judicial, materializando o já previsto na súmula vinculante n. 14¹⁸⁰ do STF e no art. 7º, inciso XIV, da Lei n. 8.906/1994¹⁸¹.

Importante observação faz Lima no caso de investigações criminais no âmbito da lei de combate às organizações criminosas, Lei n. 12.850/13, art. 23, *caput*¹⁸²:

¹⁸⁰ Súmula Vinculante n. 14 do STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.” – Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false> – Acesso em: 15 out. 2021.

¹⁸¹ Lei n. 8.906/1994: “Art. 7º São direitos do advogado: [...] XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital [...]”. – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm – Acesso em: 15 out. 2021.

¹⁸² “O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm – Acesso em: 15 out. 2021.

[...] o acesso do defensor aos elementos de informação já documentados nos autos do procedimento investigatório independe de prévia autorização judicial. No entanto, em se tratando de investigação referente a organizações criminosas, uma vez decretado o sigilo da investigação pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, o acesso do defensor aos elementos informativos deverá ser precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. (LIMA, 2020, p. 142-143).

Passa-se agora a discutir os incisos VII, XI e XVI que apresentam como elemento em comum o fato de tratarem da atuação do Juiz das Garantias no âmbito de produção de elementos probatórios na investigação preliminar.

O inciso VII trata da possibilidade de o Juiz das Garantias decidir sobre o requerimento de produção antecipada¹⁸³ de provas consideradas urgentes e não repetíveis¹⁸⁴, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral, ou seja, ao Juiz das Garantias cabe apenas decidir mediante provocação (do investigado, da autoridade policial ou do titular da ação), sendo vedado a ele agir de ofício, como faculta o art. 156, I, do CPP.

Sobre a necessidade de determinação judicial, sob o rito do art. 3º-B, VII, do CPP, para a produção de algumas provas irrepetíveis, temos importante discussão trazida por Renato Brasileiro de Lima:

Ante o perigo de que haja dispersão dos elementos probatórios em relação aos fatos transeuntes, a realização dessa prova não repetível independe de prévia autorização judicial, podendo ser determinada pela própria autoridade policial imediatamente após tomar conhecimento da prática delituosa. Como dispõe o art. 6º, inciso VII, do CPP, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá, dentre outras diligências, determinar que se proceda a exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias. Na mesma linha, ao tratar da cadeia de custódia, os arts. 158-A, 158-B, 158-C, 158-D, 158-E e 158-F, do CPP, introduzidos pela Lei n. 13.964/19, não condicionam a realização de exames periciais à necessidade de prévia autorização judicial, a qual se faz necessária, quando pertinente, tão somente para eventual descarte, assim compreendido como o procedimento referente à liberação do vestígio (CPP, art. 158-B, X). [...] se as provas não repetíveis não dependem de prévia autorização judicial, como, então, explicar o teor do art. 3º-B, inciso VII, do CPP, que determina que cabe ao juiz das garantias decidir sobre o requerimento de produção antecipada de tais provas? A não ser que se queira

¹⁸³ “[...] é produzida no curso da investigação preliminar, ou seja, antes da deflagração do processo penal, em razão de necessidade concernente ao risco de perecimento probatório ou de se obter maiores elementos para supedanejar futura ação penal. Ex.: interceptação telefônica; prova testemunhal de pessoa com grave enfermidade (*ad perpetuam rei memoriam*); busca e apreensão de documentos para reforçar os elementos de informação do inquérito policial.” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 624)

¹⁸⁴ “[...] são aquelas que não se renovam em juízo, tais como: exame pericial, exceto o complementar; auto de exame cadavérico; exame de corpo de delito. São provas realizadas apenas na fase de inquérito.” (RANGEL, 2019, p. 828)

chegar à conclusão – absurda, a nosso juízo – de que o legislador teria estabelecido a obrigatoriedade de autorização judicial prévia para a realização de um simples exame de corpo de delito, clássico exemplo de prova não repetível, o ideal é concluir que a intervenção do juiz das garantias será necessária tão somente quando a realização da prova não repetível em questão efetivamente demandar autorização judicial prévia (v.g., exame pericial em celular apreendido para fins de extração de conversas registradas no whatsapp), ou, quando, diante da negativa do Delegado em determinar a realização de uma prova não repetível que lhe fora requerida pelo investigado com base no art. 14 do CPP, hipótese, então, em que o defensor poderia requerer sua realização ao juiz das garantias. (LIMA, 2020, p. 136-137).

O certo é que, até hoje, aquilo que se entende por provas não repetíveis e de produção antecipada têm eficácia probatória, são detentoras de contraditório diferido, não havendo necessidade de serem renovadas na fase de instrução processual (CUNHA, 2020, p. 84).

O art. 3º-B, XI, do CPP, trata da capacidade decisória do Juiz das Garantias em requerimentos que impliquem em restrição a direitos fundamentais. LOPES JÚNIOR lembra que tais decisões “exigem uma fundamentação idônea e específica, calcada em argumentos jurídicos e fáticos que as ampare e legitime” (2020, p. 202).

Sobre as alíneas “d” e “e”, do inciso XI, Rogério Sanches Cunha faz interessante ponderação por entender que as mesmas se mostram “abertas” em excesso, podendo vir apresentar situações que gerem conflitos com alguns assentamentos jurisprudenciais já decididos no STF, como o caso da comunicação e compartilhamento de relatórios de inteligência financeira por parte do Fisco para com o Ministério Público, que não necessitam de intervenção judicial (CUNHA, 2020, p. 88).

Quanto ao inciso XVI, trata do deferimento de pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção de perícia na fase pré-processual. A figura do assistente técnico era limitada à fase de instrução e julgamento (art. 159, §3º, do CPP¹⁸⁵), consistindo em “um auxiliar das partes, logo, parcial, dotado de conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, responsável por trazer ao processo informações especializadas pertinentes ao objeto da perícia” (LIMA, 2020, p. 141). Assim, cabe ao Juiz das Garantias decidir sobre a presença do assistente técnico na fase pré-processual.

¹⁸⁵ “Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. [...] § 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm - Acesso em: 15 out. 2021.

Seguindo com a pertinência temática como critério para agrupamento e análise desta parte da legislação, temos os incisos XIII e XVII do art. 3º-B, do CPP, que têm como denominador comum alguns procedimentos que cabem ao Juiz das Garantias conduzir.

O inciso XIII possibilita ao Juiz das Garantias determinar a instauração de incidente de sanidade mental, afastando a atribuição do delegado, nos termos do art. 6º, VII, do CPP¹⁸⁶ (NUCCI, 2020, p. 314). A matéria tem disciplina do art. 149 ao 154 do CPP. Originariamente, o art. 149, *caput*¹⁸⁷, do CPP, possibilitava ao magistrado, tanto na fase investigatória, quanto na fase processual, instaurar de ofício o referido procedimento. Agora, sob a égide do art. 3º-A – que confirma o sistema processual penal acusatório no país – parece que, tanto ao Juiz das Garantias, quanto ao magistrado da instrução e julgamento, não é mais facultada essa possibilidade. É a lição de Norberto Avena, ainda que tratando apenas da fase de investigação: “perceba-se que, embora o art. 149 citado preveja a competência do juiz para determinar *ex officio* o incidente tanto na fase pré-processual quanto na fase judicial, por força do art. 3º-A do CPP não se pode mais facultar tal iniciativa no curso da fase de investigação” (AVENA, 2020, p. 238).

Já o inciso XVII trata da possibilidade de o Juiz das Garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal¹⁸⁸ ou os de colaboração premiada¹⁸⁹, quando formalizados durante a investigação. Conforme nos ensina Guilherme de Souza Nucci:

O novo instituto de processual penal – acordo de não persecução penal – precisa ser decidido antes do advento de uma denúncia. Logo, cabe ao juiz das garantias. Por outro lado, a colaboração premiada também ocorre, majoritariamente, na fase da investigação criminal. Portanto, precisa ser conferida e aceita (ou não) pelo juiz das garantias. De fato, o juiz instrutor do feito não tem que se imiscuir nos acordos pré-instrução e nem mesmo no que se refere à delação premiada. (NUCCI, 2020, p. 316).

¹⁸⁶ “Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm - Acesso em: 15 out. 2021.

¹⁸⁷ “Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm – Acesso em 15 out. 2021.

¹⁸⁸ “[...] compreende-se o acordo de não persecução penal como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado.” (CUNHA, 2020, p. 95).

¹⁸⁹ Lei n. 12.850/2013: “Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm – Acesso em: 15 out. 2021.

Por derradeiro, como já explanado, o art. 3º-B, XVIII, do CPP, ao afirmar que ao Juiz das Garantias cabe, ainda, outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo, trata o rol de atribuições (incisos I ao XVII) como não taxativo, “logo, é de competência do juiz das garantias controlar a legalidade ou, sendo o caso, decidir sobre qualquer outro incidente surgido no curso da investigação criminal” (AVENA, 2020, p. 241).

4.2.1.2. Competência para recebimento da peça acusatória, cessação da competência, acautelamento dos autos e outras medidas

Com previsão no art. 3º-B, XIV, do CPP, cabe ao Juiz das Garantias o recebimento ou não da inicial acusatória, nos termos do art. 399 da nossa octogenária legislação processual penal. Alteração fundamental que busca blindar o magistrado da fase processual de contaminação psíquica que teria ao ter que tomar a referida decisão, que ocorre, quase sempre, fundamentada a partir da atmosfera carregada nos autos da peça investigatória preliminar – que inclusive não deverá mais seguir para os autos do processo, conforme dispõe o art. 3º-C, § 3º, do CPP¹⁹⁰, salvo os casos de provas irrepetíveis e antecipadas. É a lição de Lima:

[...] este juízo de admissibilidade da peça acusatória deverá ser feito, doravante, pelo juiz das garantias, evitando-se, assim, o contato do juiz da instrução e julgamento com os elementos informativos produzidos no curso da investigação preliminar, o que, em tese, visa resguardar sua imparcialidade para formar seu convencimento exclusivamente com base nas provas produzidas em contraditório judicial, provas não repetíveis, provas antecipadas e meios de obtenção de prova [...] (LIMA, 2020, p. 142).

Acontece que ao se referir ao art. 399 do CPP¹⁹¹ como limite de atuação para o Juiz das Garantias – que torna a acontecer no *caput* do art. 3º-C, do CPP, demonstrando que não é um erro material -, ao invés do art. 396 do referido código¹⁹², parece incorrer em erro uma

¹⁹⁰ “Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. [...] § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm - Acesso em: 15 out. 2021.

¹⁹¹ “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. [...]” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm - Acesso em: 15 out. 2021.

¹⁹² “Art. 396. Nos procedimentos ordinário 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

vez que “doutrina e jurisprudência são uníssonas em afirmar que o art. 399 do CPP não traduz, à luz da reforma processual de 2008, o momento correto para o juízo de admissibilidade da peça acusatória, que, na verdade, é aquele previsto no art. 396” (LIMA, 2020, p. 159). Assim, se o limite for o art. 399, o Juiz das Garantias adentrará a fase processual determinando citação do acusado, recebendo sua resposta, podendo absolvê-lo sumariamente, decidindo, assim, mérito, o que não parece ser o propósito da criação do instituto – no mesmo sentido Pacelli e Fischer:

A lei comete um equívoco imperdoável. Ao se referir a esta fase processual, de recebimento ou não da peça acusatória, o inciso XIV do art. 3º-B faz equivocada remissão ao art. 399, CPP, ignorando olímpicamente que o momento de recebimento da denúncia ou queixa ocorre na fase do art. 396, CPP, que prevê, aliás, a citação do acusado para a apresentação de resposta escrita. É dizer, é ali que efetivamente se completa a relação processual. A referência ao art. 399, CPP, além do equívoco técnico, pressuporia a superação da fase do art. 397, CPP, que contempla a absolvição sumária, relevantíssima para o prosseguimento do processo. (PACELLI; FISCHER, 2021, p. 58).

Parece que esse ponto será de inafastável controle por parte dos Ministros do STF, uma vez que da forma que está, o Juiz das Garantias invade a agenda da fase processual - com possibilidade inclusive de decidir sobre o mérito - sobrando ao magistrado da fase processual realizar a audiência de instrução e prolatar sentença.

Apesar dessa questão, certo é que todo o procedimento preliminar investigatório que resultar no oferecimento de uma peça inicial acusatória, esta terá como destinatário um Juiz das Garantias. Ao nosso ver, após o juízo de admissibilidade por parte deste magistrado da fase pré-processual, deve ele ter como concluída sua participação na persecução penal.

Já o § 1º do art. 3º-C, do CPP, determina que recebida a inicial acusatória, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento. Atenção especial é observada na doutrina no termo “questões pendentes”, uma vez que dependendo da situação precisaria o juiz da instrução ter acesso aos autos da investigação – o que é vedado, inclusive em face destes autos não seguirem para o processo, devendo ficar acautelados no juízo do Juiz das Garantias, com amplo acesso às partes (art. 3º-C, §§ 3º e 4º, do CPP) – para deliberar sobre a eventual pendência, motivo pelo qual “toda e qualquer medida atinente à investigação preliminar deverá ser deliberada pelo juiz das garantias, que só deve proceder ao juízo de

admissibilidade da peça acusatória quando concluídas as diligências investigatórias indispensáveis à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal” (LIMA, 2020, p. 159).

Por fim, conforme o § 2º do art. 3º-C, do CPP, as decisões proferidas pelo Juiz das Garantias não vinculam o juiz da fase processual, que tem o prazo máximo de 10 dias, após cientificado do recebimento da inicial acusatória, para reavaliar as medidas cautelares pessoais e patrimoniais proferidas na fase de investigação preliminar.

4.2.2. Abrangência da competência do Juiz das Garantias

O *caput* do art. 3º-C do CPP é claro ao informar que a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo¹⁹³. Na visão de Aury Lopes Júnior:

É uma medida coerente porque tais infrações penais de menor potencial ofensivo sequer podem ser objeto de inquérito policial, havendo apenas a elaboração de um termo circunstanciado. Tampouco haverá prisão temporária, preventiva ou mesmo imposição de prisão em flagrante. Portanto, considerando ainda a celeridade e falta de complexidade dessas questões, não se justifica a intervenção do juiz das garantias, até porque nenhuma intervenção judicial haverá, como regra. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 208).

Acontece que, em 15 de janeiro de 2020, o Ministro Dias Toffoli decidiu em sede de medida cautelar¹⁹⁴ - medida essa que seria posteriormente revogada por outra exarada pelo Ministro Luiz Fux, de cunho mais amplo - suspendendo por 180 dias a vigência do Juiz das Garantias, sob a alegação de necessidade de um prazo maior que o previsto originariamente pelo legislador¹⁹⁵ para que os Tribunais pudessem se adequar.

Registre-se que na mesma decisão, o Ministro Toffoli apontou as seguintes situações, fora da previsão legal do *caput* do art. 3º-C, de inaplicabilidade do Juiz das Garantias: no âmbito dos Tribunais nos casos de foro por prerrogativa por função; nos processos de

¹⁹³ Lei 9.099/1995: “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm - Acesso em: 15 out. 2021.

¹⁹⁴ Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/959E7379FBE348_ADI6298-MC.pdf - Acesso em: 15 out. 2021.

¹⁹⁵ Lei 13.964/2019: “Art. 20. Esta Lei entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação oficial.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm - Acesso em: 15 out. 2021.

competência do Tribunal do Juri; nos casos de violência doméstica e familiar; e nos processos de competência da Justiça Eleitoral. A referida matéria perdeu sua razão de ser quando o Min. Fux afastou a decisão do Min. Toffoli, suspendendo todos os artigos relacionados ao Juiz das Garantias.

4.2.3. Impedimento para o magistrado que atuou como Juiz das Garantias para atuar na fase de instrução e julgamento e designação do Juiz das Garantias conforme as normas de organização judiciária

Afirma o art. 3º-D, do CPP, que “o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código¹⁹⁶ ficará impedido de funcionar no processo”. Esse é mais um dos artigos que inevitavelmente deverá passar pela lente hermenêutica dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, uma vez que ao buscar trazer uma nova causa de impedimento para o órgão julgador – juiz prevento é juiz impedido -, acabou tomando por referência artigos que dizem respeito às atribuições policiais. No mesmo sentido, temos a lição de Avena:

[...] Veja-se, pois, que os arts. 4º e 5º do CPP não estabelecem qualquer competência judicial. O art. 4º, com efeito, refere-se à circunscrição das autoridades policiais como critério para fixação de suas atribuições. Já o art. 5º trata das formas de início do inquérito policial. Neste último, a figura do juiz aparece apenas como legitimada para requisição de inquérito policial, previsão esta tacitamente revogada pelo art. 3º-A do CPP [...] (AVENA, 2020, p. 247).

¹⁹⁶ “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. § 1º O requerimento a que se refere o no II conterá sempre que possível: a) a narração do fato, com todas as circunstâncias; b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer; c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência. § 2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia. § 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito. § 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado. § 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.” – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm - Acesso em: 16 out. 2021.

Observando o *caput* do art. 3º-D do CPP, Eugênio Pacelli apresenta interessante construção quanto a possibilidade de o magistrado que faz as vezes de Juiz das Garantias seguir atuando como juiz na fase processual:

Não surpreende, então, o equívoco que remete o impedimento do magistrado aos dispositivos dos artigos 4º e 5º, CPP, que cuidam da tramitação ordinária do inquérito policial. Nesse ponto, não poderia ter sido mais infeliz o legislador. Ora, uma coisa é tentar consolidar o ideal da neutralidade do juiz que julga o caso penal, chegando-se até ao ponto de afastar aquele magistrado que, na fase de investigação, examina previamente questões de alta relevância e defere — ou indefere — medidas cautelares pessoais, reais ou probatórias. Outra, muito diferente, é afastar o juiz que tenha atuado na fase de investigação unicamente como controlador da regularidade de sua tramitação, o que ocorre quando o juiz apenas concede prazo para a prorrogação do inquérito, sem se imiscuir em nenhuma questão prévia. Nesse passo, parecem-nos injustificável a regra de afastamento. Escolha infeliz e insustentável em uma visão de sistema mais consistente, considerando-se apenas os novos dispositivos então acrescentados. Em síntese: não tendo havido a decretação anterior de qualquer medida cautelar na fase de investigação, nada justifica a aplicação da regra de afastamento. Portanto, ter-se-ia aqui, hipótese de não aplicação específica à hipótese excepcional, sem prejudicar a validade intrínseca da Lei. (PACELLI, 2019).

Ousamos discordar desse entendimento, uma vez que o mero contato com elementos produzidos na fase pré-processual – ainda que apenas no juízo de admissibilidade da inicial acusatória – seria o suficiente, como já demonstrado alhures, para afetar a imparcialidade objetiva do magistrado, refletindo em sua originalidade cognitiva¹⁹⁷.

Assim, entende-se que, por tratar-se o *caput* do art. 3º-D do CPP de dispositivo importantíssimo para o correto funcionamento do que se aspira do instituto do Juiz das Garantias, inevitavelmente deverá ser alvo de interpretação sistemática pela Suprema Corte, no

¹⁹⁷ “O Estado-juiz deve ser terceiro justamente para não ter parcialidade (interesse/pré-julgamento) na resolução do caso penal em favor de qualquer uma das partes. [...] A condição de terceiro é a de ignorância cognitiva em relação às provas, ao conteúdo probatório, já que o acerto das condutas deve ser novidade ao julgador. O juiz é um sujeito processual (não parte) ontologicamente concebido como um ignorante, porque ele (necessariamente) ignora o caso penal em julgamento. Ele não sabe, pois não deve ter uma cognição prévia ao processo. Deixará o juiz de ser um ignorante quando, ao longo da instrução, lhe trouxerem as partes às provas que lhe permitirão então conhecer (cognição).[...] Portanto, o juiz criminal — para efetivamente ser juiz e, portanto, imparcial — deve conhecer do caso penal originariamente no processo. Deve formar sua convicção pela prova colhida originariamente no contraditório judicial, sem pré-juízos e pré-cognições acerca do objeto do processo. Do contrário, a seguir-se com a prática atual, o processo acaba sendo um mero golpe de cena, com um juiz que já formou sua imagem mental sobre o caso e que entra na instrução apenas para confirma as hipóteses previamente estabelecidas pela acusação e tomadas por verdadeiras por ele juiz, tanto que decretou a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a prisão preventiva, etc. e ainda recebeu a denúncia. A instrução é apenas confirmatória e simbólica de uma decisão previamente tomada.[...]” (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2016)

sentido das causas para o referido impedimento serem as competências previstas no art. 3º-B, do CPP.

O mesmo art. 3º-D, do CPP, possui, ainda, em seu parágrafo único, uma indicação de solução para os casos de comarcas com apenas um único juiz, qual seja, a criação de um sistema de rodízio de magistrados. Diversas sugestões para a solução do problema de comarcas de vara única já despontam na doutrina, em artigos e em eventos jurídicos, no entanto, quanto a constitucionalidade deste dispositivo em específico, o mesmo parece invadir a seara da competência dos Tribunais de disporem sobre suas próprias organizações, nos termos do art. 96 e do art. 125, § 1º, ambos da CF, o que pode levá-lo a ser declarado inconstitucional. Há quem entenda que o referido parágrafo único deve ser lido como “sugestão”, não havendo necessidade de controle de constitucionalidade.

Já o art. 3º-E, do CPP, ao determinar que “o juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal”, resguarda o princípio do juiz natural no âmbito do Juiz das Garantias, uma vez que estará previamente garantido ao investigado qual o juiz responsável por fiscalizar a fase pré-processual e salvaguardar direitos e garantias individuais, inexistindo juiz de exceção.

4.2.4. Preservação da imagem de pessoa submetida à prisão

Determina o art. 3º-F, do CPP, ao Juiz das Garantias a atribuição para “assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal”. Apesar de preservar a imagem da pessoa sob sua custódia seja responsabilidade do Estado, não são poucas as críticas a respeito da redação desse dispositivo; por todos, Avena:

Atécnica a redação do dispositivo na referência que faz ao impedimento a “acordo ou ajuste” com órgãos de imprensa, como se delegado, promotor ou qualquer outra autoridade “pactuasse” com a mídia essa divulgação. E imprópria, também, essa redação ao estabelecer a competência do juiz das garantias para impedir que autoridades assim procedam. Na medida em que, quando ocorrem os chamados vazamentos de imagem, isto se dá à revelia do Poder Judiciário, não há meios para que o juiz, prevendo esta situação, antecipe-se a fim de “impedi-la”. (AVENA, 2020, p. 253).

A par das críticas, entendeu o legislador ser necessário impor limites normativos a espetacularização midiática que se tornou as vinculações de informações sobre prisões na fase pré-processual, muitas vezes com qualquer inobservância à dignidade do imputado. Após o crivo de constitucionalidade, o referido dispositivo deverá ser disciplinado por atos normativos que têm o desafio de “conjuguar a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão” (CUNHA, 2020, p. 105).

4.3. (In)constitucionalidade e (in)convencionalidade do Juiz das Garantias

Como dito alhures, este trabalho busca responder duas questões sobre a inserção do instituto do Juiz das Garantias em nosso ordenamento jurídico: a primeira é se os dispositivos legais que disciplinam o instituto possuem adequação constitucional e convencional; a segunda, se o Juiz das Garantias representa um aperfeiçoamento ao sistema de persecução penal. Nos dedicaremos agora a aferição de constitucionalidade e convencionalidade.

Revisitando a historicidade dos fatos, temos que em 24 de dezembro de 2019 foi publicada a Lei nº 13.964, que em seu art. 1º informa que a mesma busca aperfeiçoar a legislação penal e processual penal; e que em seu art. 20 informa que a mesma deveria entrar em vigor em 30 dias a contar da data de sua publicação oficial.

Seguindo a linha cronológica, 3 dias após a publicação da referida lei, em 27 de dezembro daquele ano, a Associação dos Magistrados Brasileiros e a Associação dos Juízes Federais do Brasil entram com pedido de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 6.298) em face dos arts. 3-A, 3-B, 3-C, 3-D, 3-E e 3-F, introduzidos pelo art. 3º da referida legislação, que criava no CPP o instituto do Juiz das Garantias; essa ação também questionava a constitucionalidade do art. 20, da Lei nº 13.964/2019¹⁹⁸.

Ato contínuo, outras três petições questionando a constitucionalidade do Juiz das Garantias – e alguns outros dispositivos legais distintos da Lei nº 13.964/2019 - aterrizariam nos protocolos virtuais do STF, dando origem a 3 novas ADIs, como se segue: em 28 de dezembro de 2019, ADI nº 6.299, de autoria dos partidos políticos Podemos e Cidadania; em

¹⁹⁸ “A ADI n. 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), impugna a) o artigo 3º da Lei n. 13.964/2019, que acrescentou os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F ao Código de Processo Penal e institui a figura do juiz das garantias, e b) o artigo 20 da Lei n. 13.964/2019, que determina o prazo de *vacatio legis* para a vigência respectiva.” (ADI 6298 MC / DF, p. 9) – Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&text=.pdf> – Acesso em 16 out. 2021.

1º de janeiro de 2020, ADI nº 6.300, de autoria de um outro partido político, o PSL – Partido Social Liberal; e, finalmente, em 20 de janeiro de 2020, ADI nº 6.305, de autoria da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público¹⁹⁹.

Em 15 de janeiro de 2020 houve uma primeira decisão monocrática, da lavra do Ministro Dias Toffoli – então Presidente do STF, responsável pelo plantão judicial²⁰⁰ quando da impetração da primeira ADI - concedendo parcialmente medidas cautelares nas ADIs nº 6.298, 6.299 e 6.300, nos seguintes termos:

[...] (i) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19; (ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão; (iii) conferir-se interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações: (a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990; (b) processos de competência do Tribunal do Júri; (c) casos de violência doméstica e familiar; e (d) processos criminais de competência da Justiça Eleitoral. (iv) fixarem-se as seguintes regras de transição: (a) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento; (b) quanto às investigações que estiverem em curso no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico. Nessa hipótese, cessada a competência do juiz das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa. (STF, ADI 6298 MC / DF, 15/01/2020, p. 40-41)²⁰¹.

¹⁹⁹ No mesmo sentido e de maneira mais pormenorizada, trecho da decisão, do Min. Luiz Fux, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298: “A ADI n. 6.299, ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA, impugna os mesmos dispositivos supracitados, além do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019. A ADI n. 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), impugna os artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, na mesma linha das ações anteriores. Por fim, a ADI n. 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, impugna os artigos 3º-A; 3º- B, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único; 28, caput; 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, §4º, do Código de Processo Penal, todos introduzidos pela Lei n. 13.964/2019. (ADI 6298 MC / DF, p. 9-10) – Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&ext=.pdf> – Acesso em 16 out. 2021.

²⁰⁰ Regimento Interno do STF: “Art. 13. São atribuições do Presidente: [...] VIII – decidir questões urgentes nos períodos de recesso ou de férias.” – Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf> – Acesso em: 16 out. 2021.

²⁰¹ Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/959E7379FBE348_ADI6298-MC.pdf - Acesso em: 16 out. 2021.

Em 22 de janeiro de 2020, houve uma segunda decisão monocrática, agora da lavra do Ministro Luiz Fux, relator das ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, revogando a decisão do Min. Toffoli e ampliando a suspensão dos artigos que tratam do Juiz das Garantias, nos seguintes termos: “(a) Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal) [...]” (STF, ADI 6298 MC / DF, 22/01/2020, p. 42)²⁰².

A decisão de o Min. Toffoli negava constitucionalidade a apenas o parágrafo único do art. 3º-D, sendo seu caput e todos os demais artigos como constitucionais, com a observação de o Juiz das Garantias ser implantado em até 180 dias pelos Tribunais; já a decisão do Min. Fux negou constitucionalidade a todos os artigos. Assim, segue os arts. 3º-A ao 3º-F, do CPP, com eficácia suspensa até deliberação do pleno do STF.

Mas qual seriam as razões sustentadas nas petições que deram causa a referida suspensão, ou seja, sobre quais questões deverá o pleno do STF se debruçar na análise da constitucionalidade do Juiz das Garantias? Sintetiza bem o Min. Fux em trecho de sua decisão cautelar:

(i) **Inconstitucionalidade formal da Lei n. 13.964/2019, em razão de dispor sobre procedimentos processuais** (e.g. normas sobre a fase pré-processual do inquérito), matérias de competência legislativa concorrente entre os Estados e a União, nos termos do artigo 24, XI e §1º, da Constituição; (ii) **Inconstitucionalidade formal em face de vício de iniciativa relativo à competência legislativa do Poder Judiciário para alterar a organização e a divisão judiciária**, nos termos do artigo 96, I, “d”; e II, “b” e “d”, da Constituição; (iii) **Inconstitucionalidade formal em razão da instituição do juiz das garantias por meio de lei ordinária**, em violação ao artigo 93, caput, da Constituição; (iv) **Inconstitucionalidade material em razão de violação ao princípio do juiz natural** (art. 5º, LIII), **da isonomia** (art. 5º, caput), **da duração razoável do processo** (art. 5º, LXXVIII) e **da regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário** (artigo 99, caput, Constituição); (v) **Inconstitucionalidade material em razão da ausência de prévia dotação orçamentária para a implementação das alterações organizacionais acarretadas pela lei**, nos termos do artigo 169, §1º, da Constituição, bem como da violação do novo regime fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional nº 95 (art. 104, do ADCT), e do mandamento do art. 113, do ADCT; (vi) **Desproporcionalidade da vacatio legis de apenas 30 (trinta) dias** para implementação das alterações organizacionais requeridas pela lei [...] (STF, ADI 6298 MC / DF, 22/01/2020, p. 10-11)²⁰³. (Grifos nosso).

²⁰² Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&ext=.pdf> – Acesso em: 16 out. 2021.

²⁰³ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&ext=.pdf> – Acesso em: 16 out. 2021.

Antes de mais nada, entende-se que há liberdade de conformação do legislador, conquanto limitada constitucional e convencionalmente, para tratar do Juiz das Garantias, não havendo espaço, em sede de ADI, para se debater juízo de afinidade ideológica. Ou seja, parte-se de uma análise onde se percebe a possibilidade de o legislador eleger os caminhos normativos para concretizar os valores constitucionais e convencionais que fundamentam as bases teóricas de um Estado Constitucional e Democrático de Direito e o Processo Penal Democrático que nele deve ser produzido, desde que de acordo com as balizas postas pela própria CF e pelos Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos do qual o país é signatário. Assim o é com o Juiz das Garantias, norma que busca otimizar a imparcialidade do julgador, princípio fundamental da função jurisdicional e do sistema acusatório, concretizando o mero espelhamento dos fins almejados na Constituição e nos Tratados e Convenções para um processo penal democrático. No mesmo sentido, Streck:

Por isto, insisto: qual é a parametricidade? **Por que, afinal, o legislador não estaria dentro de sua liberdade de conformação (Canotilho), sobretudo quando institui norma que sacraliza a própria principiologia constitucional?** Veja-se, por exemplo, o parágrafo segundo do artigo 5º, da Constituição Federal, *verbis*: “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Só este parágrafo derruba qualquer pretensão de inquirir como inconstitucional o juiz das garantias. É sabido que a Constituição institucionalizou o sistema acusatório. Mais: no plano da convencionalidade e dos tratados, o juiz das garantias é uma realidade. Uma imposição de democracia. (STRECK, 2020). (Grifos nosso).

É o mesmo entendimento do Min. Toffoli quando de sua decisão:

Assentadas essas premissas, é indene de dúvidas que a disciplina da persecução criminal constitui matéria de direito processual penal e, portanto, de domínio legislativo privativo da União (art. 22, I, CF). Nessa esteira, **mostra-se formalmente legítima, sob a óptica constitucional, a opção do legislador de, no exercício de sua liberdade de conformação, instituir no sistema processual penal brasileiro, mais precisamente no seio da persecução criminal, a figura do “juiz das garantias”**. Trata-se, portanto, de uma legítima opção feita pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, que, de modo algum, afeta o necessário combate à criminalidade. Apenas passará a existir uma divisão de competência funcional entre os juízes na seara criminal, como já ocorre em vários países do mundo. (STF, ADI 6298 MC / DF, 15/01/2020, p. 12)²⁰⁴. (Grifos nosso).

²⁰⁴ Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/959E7379FBE348_ADI6298-MC.pdf - Acesso em: 16 out. 2021.

Quanto a suposta inconstitucionalidade²⁰⁵ formal das normas que regulamentam o Juiz das Garantias, ampla parcela de juristas apresenta forte alinhamento com o pensamento do Ministro Toffoli em rechaçá-la – salvo o parágrafo único do art. 3º-D, do CPP –, tanto no que diz respeito a eventual invasão de competência de Lei Federal ao tratar de procedimento – que é matéria de competência estadual nos termos do artigo 24, XI e §1º da CF –, quanto a suposta iniciativa para tratar da matéria que deveria partir do Judiciário de cada Estado, nos termos do art. 96, I, “d”; e II, “b” e “d”, da CF; e, ainda, no pitoresco acréscimo da necessidade de criação de “cargos” de Juiz das Garantias - até porque “não haverá concurso para juiz das garantias” (STRECK, 2020) - e para tanto, necessário seria Lei Complementar, de iniciativa do STF, nos termos do art. 93, *caput*, da CF. Iniciamos com o que nos ensina Guilherme de Souza Nucci:

O relator valeu-se, basicamente, de dois argumentos: a) as normas do juiz das garantias, na essência, constituem regras de organização judiciária, cabendo ao próprio Judiciário manejá-las, citando o art. 96 da Constituição Federal; b) a efetiva criação do juiz das garantias exigiria gasto por parte do Judiciário, sendo constatada a ausência de dotação orçamentária prévia para tanto, invocando o art. 169 da Constituição Federal. *Venia concessa*, discordamos desse entendimento. Em primeiro lugar, **o juiz das garantias é parte da estrutura acusatória do processo penal brasileiro**, como ficou bem nítido no art. 3º-A do CPP. Sem a sua criação e eficiente atuação, havendo, sim, separação entre o juiz fiscalizador da investigação criminal e o juiz do mérito da causa, torna-se inviável a estrutura acusatória. Portanto, **todas as normas regentes dessa figura são de natureza intrinsecamente processual, implicando consequências processuais, até porque regras de atuação do magistrado, seus impedimentos e sua competência primária não podem ser entendidas como organização judiciária. Se assim for levado a efeito, então qualquer Estado da Federação, por legislação estadual, pode prever o juiz das garantias, enquanto outro Estado, por via de consequência, não o faça. E, se isso ocorrer, o sistema processual de índole nacional entrará em colapso jurídico.** (NUCCI, 2020, p. 306-307). (Grifos nosso).

Na mesma linha, de não perceber inconstitucionalidade formal nos artigos que legitimam o Juiz das Garantias – salvo o parágrafo único do art. 3º-D –, temos a lição de Renato Brasileiro de Lima:

²⁰⁵ Quando se refere à “inconstitucionalidade” deve-se ficar subtendido referir-se, também, à “inconvencionalidade”.

Com a devida vênia, **não se sustenta a alegação de que, ao instituir o juiz das garantias, a Lei n. 13.964/19 estaria violando o poder de auto-organização dos Tribunais e a sua prerrogativa de propor a alteração da organização e da divisão judiciárias.** A propósito, vale rememorar a distinção entre normas de organização judiciária e normas de direito processual propriamente dito, nas palavras de José Frederico Marques: “(...) as leis de organização judiciária cuidam da administração da justiça e as leis de processo da atuação da justiça. (...) As leis processuais, portanto, regulamentam a ‘tutela jurisdicional’, enquanto que as de organização judiciária disciplinam a administração dos órgãos investidos da função jurisdicional”. Ora, firmada a premissa de que a norma de direito processual é aquela que afeta aspectos umbilicalmente ligados à tríade jurisdição, ação e processo, não há por que se afirmar que teria havido qualquer inconstitucionalidade nesse ponto, visto que **os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP estão diretamente relacionados a questões atinentes ao próprio exercício da jurisdição no processo penal brasileiro. A matéria versada em tais dispositivos – criação de uma nova causa de impedimento e repartição de competências entre magistrados para as fases de investigação e de instrução processual penal (competência funcional por fase da persecução penal) – insere-se, portanto, no âmbito da competência legislativa privativa da União prevista no art. 22, inciso I, da Constituição Federal, porquanto versam sobre Direito Processual. Trata-se, na verdade, de uma legítima opção feita pelo Congresso Nacional no exercício de sua liberdade de conformação,** que deliberou por instituir no sistema processual penal brasileiro uma nova espécie de competência funcional por fase do processo, afastando o magistrado que interveio na fase investigatória – juiz das garantias – da possibilidade de mais adiante vir a julgar o mesmo caso penal. (LIMA, 2020, p. 115). (Grifos nosso).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Pacelli e Fischer:

Nada há de inconstitucional na criação de um juiz para a fase de investigação e outro para a fase de processo. Trata-se de matéria de conformação legislativa, no âmbito da criação de normas processuais, de competência do Congresso Nacional. Do mesmo modo, nada tem de inconstitucional a norma contida no art. 3º-D, CPP, com a redação que lhe deu a Lei 13.964/19, que determina e cria regra processual de impedimento do magistrado para o processo, quando tiver ele atuado na fase de inquérito. Pode-se criticar o legislador, pode-se não gostar da escolha e pode-se até demonstrar o inconveniente de algumas das novas regras sobre a matéria, mas daí à conclusão de sua inconstitucionalidade é distância muito longa [...]. Mas também a nós parece ter havido excesso legislativo, em um único ponto, com invasão de matéria reservada ao Poder Judiciário. É que a previsão de criação de rodízio para as comarcas em que funcionar apenas um juiz (parágrafo único, art. 3º-D) retira do Tribunal competente a escolha dos critérios mais adequados para a sua organização judiciária, e, em especial, para a substituição do juiz impedido por ter atuado na fase de investigação. Aí sim, parece-nos inconstitucional o citado parágrafo único. (PACELLI; FISCHER, 2021, p. 49). (Grifos nosso).

Tratando especificamente da alegação de inconstitucionalidade formal em razão de dispor sobre procedimentos processuais - normas sobre a fase pré-processual do inquérito -, matérias de competência legislativa concorrente entre os Estados e a União, nos termos do artigo 24, XI e §1º, da CF, assim se posiciona Simone Schreiber, após refutar, um a um, os precedentes apontados na peça vestibular da ADI 6.298:

Vê-se que a jurisprudência assentada no Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a competência legislativa dos estados-membros para reger aspectos administrativos dos trabalhos de suas polícias judiciárias, desde que não contrarie a legislação federal sobre investigação criminal. **Não há nos precedentes trazidos pelas associações autoras nenhum caso de glosa de legislação federal por invadir competência legislativa estadual em matéria de investigação criminal. 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 da CF88 sem que fosse arguida sua inconstitucionalidade, por supostamente violar competência concorrente dos estados.** Por exemplo, a lei 8862/94 alterou os incisos I e II do art. 6º do CPP, e os artigos 159, 160, 164 e 181, todos pertinentes à elaboração do exame pericial na fase investigatória. O inciso X do art. 6º foi introduzido pela lei 13257/16. E os artigos 13-A e 13-B, que dizem respeito a atribuições investigatórias do Ministério Público e da Autoridade Policial em crimes ali enumerados, foram introduzidos também por lei federal (lei 13344/16). Além disso, outras leis federais pertinentes à investigação criminal foram aprovadas após a promulgação da CF88, como a lei 9034/95, que dispunha sobre meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, a lei 12830/13 (lei da investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia) e a própria lei 12850/13, que, dentre outros temas, dispõe sobre investigação criminal de organizações criminosas. Conclui-se que o fato de a investigação criminal ocorrer antes da instauração do processo judicial não significa dizer que não deva ser regida, como de fato o é, por lei federal. Leis estaduais podem tratar de aspectos da investigação criminal, afetos ao funcionamento de seus órgãos de segurança pública, de forma suplementar à legislação federal e considerando as especificidades regionais. (SCHREIBER, 2020). (Grifos nosso).

No mesmo sentido, André Machado Maya:

A competência para legislar sobre questões processuais é privativa da União, a teor do artigo 22 da Constituição Federal. Ademais, concorrente com os Estados a competência para legislar sobre procedimentos em matéria processual, a teor do artigo 24, X, da Constituição Federal. **Ainda que o juiz das garantias trate de questão procedimental, ao prever uma regra de impedimento, certo é que não há nenhum óbice a que a União legisle, criando regras gerais. Aliás, fosse o contrário, a Lei 11.719/08, que alterou os procedimentos em matéria penal, seria também inconstitucional.** (Maya, 2020, p. 133). (Grifos nosso).

Quanto a suposta inconstitucionalidade formal em face da instituição do Juiz das Garantias criar um novo cargo na estrutura do Poder Judiciário por meio de lei ordinária, também é praticamente uníssona a doutrina em rechaçar aludida hipótese, uma vez que “tal inconstitucionalidade não se demonstraria verdadeira ao confrontada com o art. 93, caput, da CF, porque tal instituto não cria uma classe própria de juiz, com competência definida e restrita à fase de investigação criminal” (OLIVEIRA, 2020, p.12).

Não encontramos textos consistentes, com argumentos sólidos e nem com o devido aprofundamento defendendo a inconstitucionalidade formal do Juiz das Garantias nos termos das ADIs. No máximo, breves ensaios, abordando aspectos da situação geral da inconstitucionalidade formal do Juiz das Garantias. Por todos, Rogério Sanches Cunha:

Já existe corrente no sentido de que a Lei 13.964/19 padece de vício formal, mas precisamente, de iniciativa. O projeto, nesse ponto (sistema do juiz das garantias), deveria ter vindo de proposta do Judiciário (art. 93, “d”, CF/88). Já temos ADI proposta, aguardando julgamento. Para a AMB (Associação do Magistrados do Brasil) e a Ajufe (Associação dos Juizes Federais), autoras da ação, a Lei 13.964/19, não somente padece de vício formal, como também ignora princípios basilares, como o da isonomia, ao não prever o juízo das garantias no âmbito dos Tribunais. As entidades autoras da ADI argumentam, também, que a criação do juiz das garantias representa ofensa ao princípio do juiz natural decorrente da inobservância da jurisdição una e indivisível. Afinal em primeiro grau há apenas um juiz natural criminal (estadual ou federal). (CUNHA, 2020, p. 71).

Em outra senda, tem-se as hipóteses de inconstitucionalidade material que supostamente recaem sobre o Juiz das Garantias. *Ab initio*, percebe-se que os Ministros Toffoli e Fux possuem visões antagônicas sobre o assunto. Enquanto o primeiro não encontrou nenhuma inconstitucionalidade material nos dispositivos questionados, o último encontrou algumas.

A primeira das alegações é que o referido instituto macula o princípio do juiz natural. Diante do que já observamos quando tratamos em específico do referido princípio, bem como quando analisamos o art. 3º-E, do CPP, essa alegação parece de difícil constatação, uma vez que não se trata de criar juízo de exceção, ao contrário, de forma predeterminada o que haverá é uma ampliação no sistema de garantias com um magistrado natural específico para a fase pré-processual. No mesmo sentido, Lenio Streck:

Penso, assim, que a ADI contra o juiz das garantias não deve ter êxito, por ausência de inconstitucionalidade formal (é absolutamente legítima a criação do juiz das garantias, caso contrário, como reconhecer a validade da experiência da central de inquéritos de São Paulo?) **e pela ausência de inconstitucionalidade material** (afinal, em que sentido estaria ferido o juiz natural, se o juiz das garantias apenas assegura mais garantias ao indiciado, isto é, juiz natural é princípio protetor, sendo que o juiz das garantias é um grande avanço inclusive em relação ao juiz natural, além do fato de que o juiz das garantias é apenas uma função a mais da e na magistratura e não um “usurpador”)? (STRECK, 2020, p.3). (Grifos nosso).

Sem também conseguir vislumbrar qualquer possibilidade de observância de inconstitucionalidade material do Juiz das Garantias por ofensa ao princípio do juiz natural, temos a lição de Pacelli e Fischer:

Ao contrário do que já se sustenta, a nova Lei não viola nem passa perto de atingir a garantia constitucional do juiz natural. Aliás, pesa-nos dizer que esse é, de longe, o argumento mais fraco e inconsistente sobre a nova legislação. Juiz natural não tem nome nem CPF; o que é garantido é o juízo constitucional, seja quanto à matéria (crimes federais, estaduais, eleitorais etc.), seja quanto à prerrogativa de foro nos Tribunais, nas ações penais originárias. O juiz de garantias será o juiz federal, nos crimes federais, será o juiz eleitoral, nos crimes eleitorais e será o juiz estadual, nos crimes estaduais. Como sempre foi, desde 1988. E o juiz do processo será exatamente o mesmo juízo (federal, estadual ou eleitoral), ainda que outro o magistrado nele atuante, por substituição ou por outro critério. De lembrar-se que modificações de competência territorial não dizem respeito ao juiz natural, mas sim ao juiz legal. A distinção é relevante, pois o primeiro (natural) tem assento na Constituição, enquanto o segundo decorre de previsão legal, e por isso pode ser modificado também por Lei. (PACELLI; FISCHER, 2021, p. 48). (Grifos nosso).

Em interessante construção utilizando a figura do juiz que atua na audiência de custódia e também não vendo o princípio do juiz natural sendo afetado pela materialização do Juiz das Garantias, temos a lição de David Metzker:

[...] Esse argumento vai ao encontro do momento atual, em que **há atuação do juiz na audiência de custódia, diferentemente do juiz que irá processar e julgar o feito.** Como dito alhures, **o juiz da audiência de custódia já era considerado um juiz das garantias, sem essa nomenclatura, já que ele tinha o controle de legalidade do flagrante.** Todavia, sua atuação era restrita ao artigo 310 do CPP. Agora, com a lei anticrime, o juiz que atuar na audiência de custódia também é um juiz de garantias. Sem adentrar muito nesse aspecto, **já era possível dois juízes atuarem em 1º grau, não violando o princípio do juiz natural.** Não há uma criação de instância interna dentro do 1º grau, mas, como dito exhaustivamente, há um impedimento e o seu substituto legal assumirá. (METZKER, 2020, p. 45). (Grifos nossos).

Outra alegação levantada contra a constitucionalidade material do Juiz das Garantias diz respeito a suposta afronta ao princípio da isonomia por não haver previsão legal expressa do Juiz das Garantias no âmbito dos processos de competência originária dos tribunais. Registre-se que a decisão do Min. Toffoli já previa uma interpretação conforme às normas relativas ao Juiz das Garantias, no sentido de não ser aplicado aos processos de competência originária dos tribunais²⁰⁶, em face da existência do colegiado que dissolveria o risco de prejuízos por contaminação cognitiva. No entanto, o que deve ocorrer é uma interpretação que busque concretizar o Juiz das Garantias para os processos de competência originária dos tribunais. É o magistério de Aury Lopes Júnior:

Não haveria juiz das garantias nos processos de competência originária dos tribunais em nome do princípio da colegialidade, porque ao serem vários julgadores, não haveria prejuízo o fato de um dos ministros/desembargadores terem feito o papel de juiz das garantias na fase investigatória. As decisões colegiadas reforçam a independência e imparcialidade judiciais. Discordamos. A garantia da imparcialidade é exigível de cada magistrado, é atributo pessoal de cada julgador, que não guarda nenhuma relação com o fato de o julgamento ser colegiado ou singular. Basta um magistrado estar contaminado, para afetar todo o julgamento, pois o devido processo não relativiza a garantia da imparcialidade e não negocia com juiz contaminado. É um grande equívoco que decorre de uma visão reducionista da garantia constitucional e verdadeiro princípio supremo do processo penal: a imparcialidade do julgador e de cada um deles, em caso de órgão colegiado. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 218).

Uma outra alegação de inconstitucionalidade material seria que o Juiz das Garantias afetaria a duração razoável do processo, gerando mais morosidade e, por conseguinte, a sensação de injustiça. Nos parece não ser possível deliberar prematuramente sobre o tema, uma vez que as experiências no direito comparado apontam justamente para uma maior celeridade processual, tudo a depender de como será efetivado o instituto na prática. O que não se pode é tentar se apegar a critérios consequencialistas e apocalípticos, quando o parâmetro de aferição da constitucionalidade de uma norma é a CF e os Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos do qual o país é signatário. No mesmo sentido, Simone Schreiber:

²⁰⁶ Regidos pela Lei nº 8.038/1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18038.htm - Acesso em: 18 out. 2021.

[...] devem ser refutadas as alegações pertinentes à ineficiência do novo sistema no esforço de combate à impunidade. Inicialmente porque **o combate à impunidade não é parâmetro de aferição da constitucionalidade de uma norma**. A jurisdição constitucional não se presta à eleição de modelos mais ou menos eficientes de justiça penal, pois tal matéria insere-se no exercício de liberdade de conformação do legislador. (SCHREIBER, 2020, p. 11-12). (Grifos nosso).

Também se encontra dentre os argumentos que buscam fulminar como inconstitucional o Juiz das Garantias a não previsão de uma regra de transição, e um prazo curto para entrada em vigor (30 dias). Como diz STRECK: “onde estaria escrito na Constituição Federal que uma lei necessita marcar prazo de transição?” (2020, p. 1). Aqui é preciso repisar algo já dito: o parâmetro de aferição não é o senso comum ou a moral individual que cada pessoa carrega, mas a CF.

Apesar disso, concedeu o Min. Toffoli um período de 180 dias para a entrada em vigor das normas que disciplinam o Juiz das Garantias; ato contínuo, como já mencionado, decisão do Min. Fux revogou a decisão do Min. Toffoli, suspendendo a entrada em vigor dos artigos que dispõem sobre o Juiz das Garantias até julgamento no plenário. Estamos com quase dois anos da decisão do Min. Fux e a matéria foi pautada para julgamento no final de novembro de 2021, mas retirada da pauta às vésperas do início do mesmo²⁰⁷. Assim, segue a matéria sem previsão para apreciação. Assim, a falta de prazo para operacionalizar o instituto parece já ter se perdido há tempo.

A última questão sobre a inconstitucionalidade material das normas que institui o Juiz das Garantias é, a partir da decisão do Min. Fux, a que entende haver violação à regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário (CF, art. 99, caput), em razão da ausência de prévia dotação orçamentária para a implementação das alterações organizacionais acarretadas pela Lei (CF, art. 169, §1º), e em razão da violação do novo regime fiscal da União (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, arts. 104 e 113)²⁰⁸. Sobre o tema, temos o magistério de Renato Brasileiro Lima:

²⁰⁷ Disponível em: <https://www.oantagonista.com/brasil/fux-tira-de-pauta-acoes-sobre-validade-do-juiz-de-garantias/> - Acesso em: 19 nov. 2021.

²⁰⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct – Acesso em 19 out. 2021.

[...] Pedindo vênha, mais uma vez, ao Min. Fux, somos levados a acreditar que a Lei n. 13.964/19 não criou nenhuma atividade nova dentro da estrutura do Poder Judiciário. Com efeito, o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Judiciário sempre foram atividades realizadas pelos juízes criminais Brasil afora. O que será necessário, portanto, é apenas redistribuir o trabalho que antes competia ao mesmo magistrado, seja através da especialização de varas, seja através da criação de núcleos de inquéritos. É dizer, **haverá necessidade de uma mera adequação da estrutura judiciária já existente em todo o país para que as funções de juiz das garantias e juiz da instrução e julgamento não mais recaiam sobre a mesma pessoa, dando-se efetividade à norma de impedimento constante do caput do art. 3º-D do CPP. Não há, pois, criação de órgãos novos, competências novas. O que há é uma mera divisão funcional de competências criminais já existentes.** Logo, não há falar em violação às regras constitucionais anteriormente citadas. (LIMA, 2020, p. 118-119). (Grifos nosso).

Sobre o assunto, assim decidiu o Min. Toffoli em 15 de janeiro de 2020:

[...] diferentemente do que sugerem os autores das ações, o Poder Judiciário brasileiro dispõe sim de estrutura capaz de tornar efetivos os juízos de garantia. **A questão, portanto, não é de reestruturação, e sim de reorganização da estrutura já existente. Não há órgão novo. Não há competência nova. O que há é divisão funcional de competência já existente. É disso que se trata.** Como em diversos estados da federação há centrais ou departamentos de inquéritos policiais que podem ser adaptados à sistemática instituída pela Lei nº 13.964/2019 e como mais de 80% dos processos judiciais no país já tramitam em meio eletrônico, o Judiciário, com o tempo necessário, poderá se reorganizar e remanejar sua força de trabalho, de acordo com as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 3º-E). (STF, ADI 6298 MC / DF, 15/01/2020, p. 25-26). (Grifos nosso).

Se debruçando sobre o assunto e aduzindo casos de leis que se o mesmo raciocínio fosse considerado válido deveriam ter sua constitucionalidade também questionada, eis o que nos diz Simone Schreiber:

Quanto à ausência de dotação orçamentária, repita-se que a lei 13964/19 não cria cargos no âmbito do Poder Judiciário. [...] Pode-se citar outros exemplos de leis federais que instituíram novos órgãos judiciários, aprovadas a partir de projetos de lei que não foram de iniciativa do judiciário e que igualmente não previram impacto orçamentário ou fontes de custeio, como a lei 9099/95²⁰⁹ (juizados especiais), a lei 10259/01²¹⁰ (juizados especiais federais) e a lei 11340/06²¹¹ (lei Maria da Penha). (SCHREIBER, 2020, p. 10-11).

²⁰⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm - Acesso em: 20 out. 2021.

²¹⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm - Acesso em: 20 out. 2021.

²¹¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm - Acesso em: 20 out. 2021.

Assim, por tudo que aqui foi apresentado, tendo por ponto de partida que a análise de constitucionalidade/convencionalidade de uma norma tem que ter como referenciais paradigmáticos a Constituição Federal de 1988 e os Tratados e Convenções de Direitos Humanos do qual o país é signatário, nesse caso em específico o artigo 8.1 da CADH e o artigo 14.1 do PIDCP, bem como diante dos estudos de tantos juristas colacionados, entendemos que apenas o parágrafo único do art. 3º-D do CPP deve ser afastado do ordenamento jurídico por gozar de inconstitucionalidade formal, uma vez que a matéria tratada viola o poder dos tribunais de disporem sobre a própria organização – art. 96 da CF -, possuindo, também, vício de iniciativa para tratar da matéria – art. 125, § 1º, da CF.

Como já tratado anteriormente, entende-se que o art. 3º-B, IV, VI, XII e XIV, o art. 3º-C, *caput*, e o art. 3º-D, *caput*, todos do CPP, deverão ser alvo, inevitavelmente, de interpretação sistemática, nos termos colocados quando da análise dos referidos dispositivos. Ademais, em face do sistema acusatório constitucional, credor de uma função jurisdicional marcada pela máxima imparcialidade do órgão julgador, entende-se que todos os demais dispositivos que disciplinam o Juiz das Garantias devem ser tidos como constitucionais.

4.4. (Des)aperfeiçoamento do ordenamento processual penal a partir do Juiz das Garantias

A segunda das questões que esse trabalho busca responder - que é se o Juiz das Garantias é ou não um avanço no sistema processual penal brasileiro, se aperfeiçoa ou não nossa persecução penal - tem como pano de fundo o aspecto da necessidade. Para responder essa questão é possível fazer uso de outras retóricas, diferente da questão sobre constitucionalidade/convencionalidade que se balizava por uma necessária filtragem constitucional e convencional.

Quando a Lei nº 13.964/2019 diz que sua razão de ser é aperfeiçoar o sistema normativo criminal, estamos diante de um juízo de valor ou moral que sempre dependerá de um referencial. Como se trata de uma lei que institui um pacote “anticrime”, esse parece ser o referencial. Assim, para os defensores de normas que prestigiem a segurança pública, há a percepção de que realmente ocorre, no geral, um aperfeiçoamento do ordenamento com a citada lei; já para aqueles que pensam que o enrijecimento das legislações criminais não é solução, pois não ataca as raízes sociais da violência, estes veem a Lei nº 13.964/2019 como mais uma legislação que representa um recrudescimento criminal no país e com certeza entendem que ela representa um não aperfeiçoamento.

Para nós, que fizemos um recorte na referida lei e tratamos aqui, apenas de seu art. 3º, isto é, dos dispositivos que objetivam criar o instituto do Juiz das Garantias (art. 3º-A ao art. 3º-F, do CPP), tomando-se como elemento parametrizador não o fato de ser uma lei “anticrime”, mas o Estado Constitucional e Democrático de Direito, firmado nos direitos e garantias fundamentais insculpidos na CF e nos Direitos Humanos incorporados ao ordenamento por Tratados e Convenções, entendemos haver, no que diz respeito a este instituto em específico, um grande aperfeiçoamento do ordenamento jurídico nacional.

Entende-se a necessidade do Juiz das Garantias quando se analisa as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos aqui mencionadas; quando se observa as teorias da dissonância cognitiva e do efeito primazia, desenvolvidas sob as lentes científicas da psicologia social, também já carreadas neste trabalho; e quando não se ignora pesquisas empíricas sérias, como a desenvolvida por Schünemann, também devidamente colacionada neste trabalho. É que estas decisões, teorias e pesquisas, compõem, de maneira sinérgica, uma dinâmica que converge, por distintas vias, para o aprimoramento da imparcialidade, elemento sagrado da função jurisdicional.

Por tudo que aqui já foi exposto, indisfarçável é a necessidade da implementação do Juiz das Garantias em nosso ordenamento, inclusive com o importantíssimo art. 3º-A – que é muito maior que o próprio Juiz das Garantias, como já dito alhures. A partir da conjugação do sistema acusatório com o Juiz das Garantias, deve-se ter diminuída, na seara criminal, o ativismo judicial – talvez isso explique o fato das associações que representam os magistrados estaduais e federais brasileiros terem sido os primeiros a questionar a constitucionalidade dos dispositivos que institui o Juiz das Garantias. Desta feita, não pode continuar a prosperar investigações criminais que têm a frente magistrados. No mesmo sentido, é precisa a afirmação de Ney Bello:

[...] É palpável a compreensão de que o juiz de garantias reduz a auto consideração de si próprio que parte dos magistrados possui! Mitiga o juiz herói, opera a redução do juiz imbuído de complexo Marvel, e admite a compreensão de que o magistrado - que se vê perfeito e indefectível — pode ser parcial, como todo ser humano, e, portanto, não deve atuar na coleta de provas pré processuais e, ao mesmo tempo, atuar na decisão do caso! **O juiz de garantias demonstra a falácia do juiz combatente e reforça o perfil do juiz que não é sócio da acusação, não é parceiro do Ministério Público e não desequilibra a relação processual.** (BELLO, 2020). (Grifos nossos).

No mais, sabe-se que muitas dificuldades operacionais deverão existir na implementação do Juiz das Garantias, mas o próprio Conselho Nacional de Justiça já publicou estudo legitimando sua viabilidade²¹². Muitas sugestões para a implementação foram enviadas ao CNJ, e com o uso da tecnologia e o talento do ser humano é possível fazer do Juiz das Garantias uma realidade assim como o é a audiência de custódia, que quando de sua implementação enfrentou resistência similar. Limitações orçamentárias sempre existirão, mas elas não podem obstaculizar a implementação de avanços necessários, como é o caso do Juiz das Garantias, que otimiza a imparcialidade do julgador, elemento fundante de toda estrutura que legitima o próprio Poder Judiciário, e por conseguinte, o próprio Estado Constitucional e Democrático de Direito.

²¹² Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf> - Acesso em 30 out. 2021.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início da pesquisa tínhamos como pano de fundo a questão sobre como que o Juiz das Garantias poderia ajudar a diminuir o ranço inquisitorial que impregnava o processo penal brasileiro e até que ponto ter um magistrado com dedicação específica à fase pré-processual poderia gerar um processo penal mais equilibrado, uma vez que o juiz da instrução e julgamento tenderia a ter melhor preservada a sua imparcialidade.

Neste contexto e com o questionamento à constitucionalidade do Juiz das Garantias por associações que representam a magistratura nacional – ADI 6.298 -, nascem as questões que são o objeto desta pesquisa – seria o Juiz das Garantias constitucional e convencional? Operaria ele um aperfeiçoamento em nossa dinâmica processual penal? Para respondê-las, passa-se necessariamente por um estudo da evolução do processo penal brasileiro, pelo seu estágio atual, e, por óbvio, pelo estudo do próprio instituto Juiz das Garantias e os elementos teóricos que orbitam em torno dele.

Ao término desta pesquisa, e com os objetivos alcançados, nos vemos com entusiasmo por constatar que o Juiz das Garantias possui real potencial para aprimorar a persecução penal. A referida constatação se dá, principalmente, pela otimização e preservação da imparcialidade do juiz da instrução e julgamento, que não restaria contaminado psicologicamente por vieses cognitivos formados na fase pré-processual, que ficariam com o Juiz das Garantias, que funcionaria como verdadeiro escudo aos pré-julgamentos, conscientes ou não, realizados na fase de investigação preliminar – justamente por isso concordamos com a não remessa dos autos da investigação para o juízo de instrução e julgamento, com o objetivo de se preservar ao máximo a originalidade cognitiva do juiz sentenciante.

Mas não apenas por isso ficamos impactados positivamente com o que pode vir a ocorrer com a implementação do Juiz das Garantias. Entendemos que a validação do art. 3º-A do CPP, que apenas espelha o sistema processual penal acusatório já previsto na Constituição de 1988, tem potencial para operar uma verdadeira refundação do nosso processo penal.

Assim, a pesquisa tinha como objetivo principal aferir a constitucionalidade e convencionalidade do modelo de Juiz das Garantias proposto na Lei nº 13.964/2019, bem como se o mesmo representava um aperfeiçoamento do ordenamento jurídico. Para tanto, desenvolveu-se três objetivos específicos que originaram os três capítulos teóricos.

No primeiro capítulo, dedicado a investigar o processo penal brasileiro, partiu-se do arcabouço teórico dos sistemas processuais penais, em seguida passou-se a tratar o viés inquisitorial propagado pelo CPP. Ato contínuo dedicamos esforços a apresentar os

fundamentos teóricos do Estado Constitucional e Democrático de Direito, concluindo o capítulo com o estado da arte do processo penal no Brasil.

O capítulo seguinte, dedicado ao Juiz das Garantias e sua íntima relação com a imparcialidade do julgador e o sistema acusatório, tratou-se da fundamentação teórica do referido instituto, apresentando as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, as teorias da psicologia social e os experimentos empíricos envolvendo a influência de pré-conhecimentos no resultado do julgamento, concluindo com um amplo estudo de direito comparado onde se apresenta o sistema do duplo juiz em diversos ordenamentos jurídicos.

Dedica-se o terceiro capítulo teórico à análise da legislação que implementa o Juiz das Garantias no país e a responder, a partir de tudo que foi apresentado, sobre as questões de constitucionalidade, convencionalidade e aperfeiçoamento.

Na análise dos artigos que regem o Juiz das Garantias no CPP, identificou-se alguns dispositivos legais que podem vir a ser objeto de interpretação sistemática e/ou conforme a Constituição por parte do pleno do STF quando da apreciação das ADI's que questionam sua constitucionalidade – e por conseguinte, sua convencionalidade.

O primeiro desses dispositivos trata da exigência de informar ao Juiz das Garantias sobre a instauração de qualquer investigação criminal (art. 3º-B, IV do CPP). A nova interpretação se justificaria no fato que tal medida poderia acarretar dificuldades de ordem pragmática e aproximar significativamente o magistrado à figura de um “juiz auditor”.

Outra questão foi a necessidade de audiência pública com contraditório para renovação de prisões provisórias (art. 3º-B, VI do CPP). Nesse tanto, observou-se uma possível incompatibilidade da realização das audiências em face da questão do prazo das prisões temporárias diante das dificuldades logísticas e pragmáticas que o nosso sistema de justiça criminal enfrenta em seu cotidiano, a suscitar eventual interpretação sistemática do STF.

Um outro dispositivo que pode ser alvo de interpretação sistemática é o art. 3º-B, XII do CPP, uma vez que apresenta como marco limitador para o Juiz das Garantias ser competente para julgar HC o momento anterior ao oferecimento da denúncia. No entanto, entende-se que nada impede que tal limite seja o recebimento da inicial acusatória, momento que cessa sua competência.

Tem-se, também, como possível alvo das lentes hermenêuticas dos Ministros do STF o art. 3º-B, XIV e o art. 3º-C, *caput*, ambos do CPP, quando trabalham o art. 399 do CPP como limite de atuação procedimental do Juiz das Garantias. Compreende-se, no entanto, que tal limitação procedimental deveria ser a do art. 396 do CPP.

Por fim, mas não menos importante, observou-se a possibilidade de interpretação sistemática do *caput* do art. 3º-D do CPP no que diz respeito às causas de impedimento serem as mencionadas no art. 4º e 5º do CPP. Entende-se que, por coerência lógica, a competência prevista para o Juiz das Garantias (art. 3º-B do CPP) é que deve ser o referencial para seu impedimento para atuar na fase processual.

Quanto às questões de ordem formal levantadas nas ADI's, observou-se razão à inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 3º-D do CPP, por violação aos artigos 96 e 125, § 1º, ambos da CF. Não se observou inconstitucionalidade formal em razão da instituição do Juiz das Garantias por meio de lei ordinária, em suposta violação ao *caput* do art. 93 da Constituição Federal de 1988 e nem por supostamente dispor sobre matéria procedimental, nos termos do art. 24, XI e § 1º da CF.

No que diz respeito a eventuais inconstitucionalidades materiais, entende-se que não restou consubstanciada nenhuma das hipóteses analisadas, quais sejam: violação ao princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, da CF), ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF), ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) e à regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário (art. 99, *caput*, da CF). Também não se observou inconstitucionalidade material por suposta violação orçamentária (art. 169, § 1º, da CF) e entende-se que a questão de eventual desproporcionalidade da *vacatio legis* de 30 dias para implementação do Juiz das Garantias foi superada, uma vez que a norma já conta com quase 2 anos de publicada.

Ainda no último capítulo analisou-se como pertinente a questão de o Juiz das Garantias ser um aperfeiçoador da persecução penal, representando um avanço civilizatório no ordenamento jurídico pátrio ao salvaguardar ao máximo a imparcialidade do juiz da fase processual, em observância ao paradigmático Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Assim, entende-se que a hipótese inicial foi parcialmente confirmada, uma vez que apesar do Juiz das Garantias representar um aperfeiçoamento do sistema processual penal, um dispositivo padece de vício de inconstitucionalidade formal e outros seis poderão ser alvo de interpretação sistemática e/ou conforme a Constituição.

Percebe-se que a abordagem metodológica foi adequada, apesar deste trabalho ter sido desenvolvido no período da pandemia do Covid-19, que distanciou o saudável convívio acadêmico com mestres e colegas, que sempre se revela generoso em agregar novas perspectivas e ideias.

Entende-se que o tema é fértil para trabalhos acadêmicos, principalmente após o julgamento das ADIs, uma vez que afastada a inconstitucionalidade e implementado o Juiz das

Garantias, muitas experiências empíricas poderão ser realizadas, inclusive, por exemplo, a observação no número de condenações e absolvições em determinado juízo, antes e depois da implementação do Juiz das Garantias.

Em suma, entende-se que os dispositivos que normatizam o Juiz das Garantias aperfeiçoam o sistema processual brasileiro, mas devem ser alvo de parcial controle de constitucionalidade. A sua implementação revoluciona a persecução penal, afastando-se do ranço inquisitorial e aproximando-se de um processo penal democrático, fruto de um texto constitucional que imprime direitos e garantias fundamentais a todos, sob o manto dos direitos humanos do qual o país é signatário, materializando, assim, um verdadeiro Estado Constitucional e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo penal:** parte geral. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.
- AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal.** Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.
- ASCH, Solomon Eliot. **Psicologia social.** 4. ed. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.
- AVENA, Norberto. **Processo penal.** [Livro eletrônico]. 12. ed. São Paulo: Método, 2020.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito a um julgamento por juiz imparcial:** como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988.** In: *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, v. 221, 2000. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47588/45167> - Acesso em: 20 fev. 2021.
- BARROS, Sérgio Resende de. **Simplificação do controle de constitucionalidade.** 2010. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/simplificacao-docontrole-deconstitucionalidade.de.cont> - Acesso em: 20 mar. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. reimpr. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- _____. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. [Livro eletrônico]. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- BELLO, Ney. **Juiz das garantias: de te fabula narratur.** Consultor Jurídico, 2020. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-19/crime-castigo-juiz-garantias-te-fabula-narratur?> – Acesso em: 10 fev. 2021.
- BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito constitucional:** Tomo I – Teoria da constituição. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 21. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política: volume 1**. Trad. Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BRAGA, Fernando; LIMA, George Marmelstein. **A inconstitucionalidade do novíssimo juiz auditor da investigação**. Consultor Jurídico, 2020. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-11/opiniao-inconstitucionalidade-juiz-auditor-investigacao> - Acesso em: 10 fev. 2021.

BRANDÃO, Nuno. **A Nova Face da Instrução**. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra, 2008. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/455> - Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. [Recurso eletrônico]. Brasília: Senado, 1988. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html> - Acesso em: 20 out. 2021.

_____. [Código de Processo Penal (1941)]. **Código de Processo Penal do Brasil**: promulgado em 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro: Senado, 1941. [Recurso eletrônico]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. **A Implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro**. Conselho Nacional de Justiça, 2020. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf> - Acesso em 30 out. 2021.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado, 1988. [Recurso eletrônico]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, 1992. [Recurso eletrônico]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm - Acesso em: 30 set. 2021.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, 1992. [Recurso eletrônico]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm - Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. 1941. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpprocessopenal.pdf> - Acesso em 19 ago. 2021.

_____. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990.** [Recurso eletrônico]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm - Acesso em: 20 out. 2021.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** [Recurso eletrônico]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm - Acesso em: 20 out. 2021.

_____. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.** [Recurso eletrônico]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm - Acesso em: 20 out. 2021.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 agosto de 2006.** [Recurso eletrônico]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm - Acesso em: 20 out. 2021.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** [Recurso eletrônico]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm - Acesso em: 20 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento interno [Recurso eletrônico]. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf> - Acesso em: 10 ago. 2021.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. [Livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009.

_____. **Como se faz um processo**. 1. ed. Ipatinga: Ideal, 2000.

CHIVARIO, Mário. **O processo penal na Itália**. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processo penal e direitos do homem**. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. In: Revista da faculdade de direito da UFPR. Curitiba: a. 30, n. 30, 1998. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587> - Acesso em: 29 mar. 2021.

CUNHA JR., Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição federal para concursos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2020.

DELMAS-MARTY, Mireille. **À origem destes trabalhos...** In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processo penal e direitos do homem*. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson. **Comentários ao pacote anticrime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FACHIN, Luiz Edson. **Autonomia pessoal, destino, julgamentos e instituições no Brasil: Notas sobre uma pergunta e algumas respostas** -In: Revista brasileira de políticas públicas. Distrito Federal, Vol. 10, n. 2, 2021. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.uhumanas.uniceub.br/RBPP/article/view/6995/pdf#> - Acesso em: 10 set. 2021.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Trad. André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de direito entre o passado e o futuro**. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de direito**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARRIDO, Salvador Castillo. **Los jueces de control en el sistema acusatorio. ¿Un nuevo órgano de control constitucional en México?** Cidade do Mexico: Cuestiones Constitucionales, 2011. [Recurso eletrônico]. – Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200002 – Acesso em: 28 set. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas**. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 1, n. 1, 2015. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8> - Acesso em: 20 ago. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo** – in: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Criminologia, direito penal e direito processual penal: homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. Trad. Mauro Fonseca de Andrade, Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018.

HUR, Domenico Uhng; LACERDA JÚNIOR, Fernando. **Ditadura e Insurgência na América Latina: Psicologia da Libertação e Resistência Armada**. Psicologia: Ciência e Profissão, vol. 37 (núm. esp.), 2017. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/3RLR9c3Ftns6NKHNCJQ99qf/?format=pdf&lang=pt> - Acesso em: 28 set. 2021.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: 1º volume - parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

JUNG, Heike. **O processo penal na República Federal da Alemanha**. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Processo penal e direitos do homem. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KOERING-JOULIN, Renée. **A fase preparatória do processo penal: grandes linhas da jurisprudência europeia**. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Processo penal e direitos do homem. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

LANGER, Máximo. **Revolução no processo penal latino-americano**: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. Trad. Cristiane Catarina de Oliveira e Nelso Molon Jr. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. n. 37. Porto Alegre: 2017. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/79266> - Acesso em: 28 set. 2021.

LASVIGNES, Serge; LEMONDE, Marcel. **O processo penal na França**. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Processo penal e direitos do homem. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

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

LIMA, Thamirys Costa Quemel. **O juiz de instrução e a proteção dos direitos fundamentais no inquérito criminal**. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/84258/1/TESE%20DE%20MESTRADO%20-%20FINALIZADA.pdf> – Acesso em: 28 set. 2021.

LOAEZA, Jahaziel Reyes. **El juez de garantías en el nuevo proceso penal oaxaqueño** – [Recurso eletrônico]. Disponível em: <http://www.juiciooraloaxaca.gob.mx/publicaciones/revista55JSL/EL%20JUEZ%20DE%20GARANTIAS%20EN%20EL%20NUEVO%20PROCESO%20PENAL%20OAXAQUENO.pdf> – Acesso em: 28 set. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **A crise do inquérito Policial**: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. Revista da Ajuris, Porto Alegre: a. 26, n. 78, 2000. [Recurso eletrônico]. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_04_39.pdf - Acesso em: 25 jun. 2021.

_____. **Direito ao processo penal no prazo razoável (ou quando os juristas acertam as contas com Einstein)** – in: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). Criminologia, direito penal e direito processual penal: homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual

Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

_____. **Direito processual penal.** [Livro eletrônico]. 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. [Livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz.** Consultor Jurídico, 2014. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz> - Acesso em 23 jun. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial:** reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Recife: Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 8, nº 16, 2016. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://veristas.faculdededamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/397/381> - Acesso em: 15 fev. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Quando o juiz já sabia:** a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal. Consultor Jurídico, 2016. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal> - Acesso em: 10 fev. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury; SEGER, Mariana da Fonseca. **Prova testemunhal e processo penal:** a fragilidade do relato a partir da análise da fragilidade da perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. in: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François Y.; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coords.). Tensões contemporâneas da repressão criminal. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. **A angústia de decidir e a irrenunciabilidade do juiz das garantias para um processo justo:** o Brasil no rastro do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – Vitória: Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI, 2011. p. 12047 - 12073. [Recurso eletrônico]. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Congresso+Nacional+-+UFES+Vit%C3%B3ria+-+ES+\(16%2C+17%2C+18+e+19+de+novembro+de+2011\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Congresso+Nacional+-+UFES+Vit%C3%B3ria+-+ES+(16%2C+17%2C+18+e+19+de+novembro+de+2011).pdf) – Acesso em: 19 jan. 2021.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** 2º ed. Campinas: Millennium, 2003.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO; José de Assis. **A cultura inquisitória mantida pela atribuição de Escopos metajurídicos ao processo penal.** Maringá: Revista Jurídica Cesumar, 2015, vol. 15, nº 2. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4353/2675> - Acesso em: 12 ago. 2021.

MARTINS, Cristiano Zanin; AMBRÓSIO, Graziella. **O juiz das garantias e a tunnel vision — Parte 1.** Consultor Jurídico, 2021. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-11/o-juiz-das-garantias-e-a-tunnel-vision>

conjur.com.br/2021-set-20/zanin-ambrosio-juiz-garantias-tunnel-vision-parte - Acesso em: 20 out. 2021.

MAYA, André Machado. **A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal:** uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da corte constitucional da Espanha. Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. [Recurso eletrônico]. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+\(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008).pdf) – Acesso em: 22 set. 2021.

_____. **Juiz das Garantias:** fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19 – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

_____. **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. Novos Estudos Jurídicos, 23.1, 2018. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036/7452> – Acesso em 28 set. 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Curso de direitos humanos.** [Livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Método, 2019.

METZKER, David. **Lei Anticrime (Lei 13.964/2019):** Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento. Timburi: Cia do eBook, 2020.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NASSIF, Aramis. **O Novo Júri Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** [Livro eletrônico]. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES, Walter. **Reforma do Código de Processo Penal:** Leis n. 11.689, n. 11.690 e n. 11.719, de 2008 - Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 44, 2009. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R22937.pdf> - Acesso em 30 set. 2021.

OLIVEIRA, Felipe Braga de. **Juiz das Garantias:** o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. v. 6, n. 1, p. 157-174, Florianópolis, 2020. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/6672> - Acesso em: 16 out. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

_____. **Juiz das garantias:** muito barulho por nem tanto. Consultor Jurídico, 2019. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-28/eugenio-pacelli-juiz-garantias-barulho-nem-tanto#:~:text=Juiz%20das%20garantias%3A%20muito%20barulh>

o%20por%20nem%20tanto&text=H%C3%A1%20algo%20que%20se%20deve,n%C3%ADvel%20se%20situar%C3%A1%20a%20discuss%C3%A3o – Acesso em: 28 set. 2021.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2018.

PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. **Legitimação ativa do cidadão envolvido em atos de cooperação judicial penal internacional**. in: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). Criminologia, direito penal e direito processual penal: homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **O que são direitos humanos?** – 2017. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wpcontent/uploads/2017/04/EducandoEmDireitosHumanosV1.pdf#page=14> - Acesso em: 22 jan. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos** - 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RITTER, Ruiz Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva** – Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, 2016. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/7262> – Acesso em 10 jan. 2021.

ROBERTO, Welton. **A paridade de armas no processo penal brasileiro: uma concepção do justo processo**. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito, UFPE, 2011. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/10582/1/WELTON%20R.pdf> – Acesso em 10 out. 2021.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SALAS, Denis. **A época das reformas na Europa**. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Processo penal e direitos do homem. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

SANTANA, Henrique Cavalcanti de; NASCIMENTO, Luciano; CARBONE, Vincenzo. **Brevíssima teoria geral dos direitos humanos**. In: SILVA, Luciano Nascimento (Org.). Fundamentos históricos e epistemológicos dos direitos humanos: linguagem, memória, direito. [Livro eletrônico]. Campina Grande: EDUEPB, 2020. Disponível em: <http://eduepb.uepb.edu.br/e-books/> - Acesso em: 31 jan. 2021.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **O devido processo legal e o (in) devido processo penal brasileiro:** entre a acusatoriedade constitucional e o inquisitorial modelo do Código de Processo Penal - Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 3, n. 01, 2017. [Recurso eletrônico]. Disponível em <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/123/31> – Acesso em: 12 ago. 2021.

SANTORO, Emílio. **Estado de direito e interpretação:** por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito – Trad. Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios processuais constitucionais.** Salvador: Juspodivm, 2016.

SANTOS, Marco Antônio Cabral dos. **Francisco Campos:** um ideólogo para o Estado Novo. Revista De História 13. 2016. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/20163> - Acesso em: 08 ago. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHREIBER, Simone. **Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias.** Consultor Jurídico, 2020. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf> - Acesso em: 15 out. 2021.

SCHÜNNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Trad. José Danilo Tavares Lobato. São Paulo: Revista Liberdades, nº 11, 2012. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/453/7330> - Acesso em 17 set. 2021.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático de direito:** anotado com alterações da Lei 13.964/19. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SILVA, Larissa Marila Serrano. **A construção do juiz das garantias no Brasil:** a superação da tradição inquisitória. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, 2012.

SOULIER, Gérard. **A igualdade de palavra, princípio da democracia e do processo penal.** In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Processo penal e direitos do homem. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

SOUTO DE MOURA, José. **O processo penal em Portugal.** In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Processo penal e direitos do homem. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

SOUZA. Eduardo Emanuel Dall'Agnol; DUARTE Francisco Carlos Duarte. **A concepção semântica de verdade de alfred tarski e os Poderes instrutórios dos juízes em esfera criminal.** Vitória: Anais do XX Congresso Nacional do CONPED, 2011. [Recurso eletrônico].

Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/XXcongresso/Integra.pdf> - Acesso em: 17 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo**. Consultor Jurídico, 2020. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neoinconstitucionalismo> - Acesso em 20 out. 2021.

_____. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bosan de. **Ciência política & teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Jorge Bheron. **A batalha: o velho inquisitismo não quer morrer — mas o novo nascerá**. Consultor Jurídico, 2020. [Recurso eletrônico]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/opinio-velho-inquisitismo-nao-morrer-nascera> - Acesso em: 10 fev. 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TORRES, Luis Alejandro Barreiro. **Límites del Juez con Función de Control de Garantías en la Audiencia de Imputación dentro del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia**. [Recurso eletrônico]. Disponível em: https://ridum.umanizales.edu.co/xmlui/bitstream/handle/20.500.12746/3141/Barreiro_Torres_Luis_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y#:~:text=El%20juez%20de%20control%20de%20garant%C3%ADas%20examinar%C3%A1%20si%20las%20medidas,ejercicio%20del%20derecho%20fundamental%20es – Acesso em: 28 set. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus Neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasiliis**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

TULKENS, Françoise. **O procedimento penal: grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais**. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processo penal e direitos do homem*. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

VECCHIA, Paola Della. **Ruolo del giudice per le indagini preliminari nel Tribunale ordinário.** In: Mancinelli, Rosanna; Chiarotti, Marcello; Libianchi, Sandro (Orgs.). **Salute nella polis carceraria:** evoluzione della medicina penitenziaria e nuovi modelli operativi. Rapporti ISTISAN 19/22, 2019. [Recurso eletrônico]. Disponível em: https://www.iss.it/documents/20126/45616/19_22_web.pdf/e8fc4e7c-2eb1-9f44-667c-e0a048589c8a?t=1581099496916#page=45 - Acesso em: 28 set. 2021.