

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

ANNÍBAL PEIXOTO JÚNIOR

**A IMPORTÂNCIA DO JUIZ DE GARANTIAS
NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

**SANTA RITA – PB
2022**

ANNÍBAL PEIXOTO JÚNIOR

**A IMPORTÂNCIA DO JUIZ DE GARANTIAS
NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em Direito, do
Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, como requisito
parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Alex Taveira dos Santos

SANTA RITA – PB
2022

Catálogo na publicação

Seção de Catálogo e Classificação

P379i Peixoto Junior, Annibal.
A importância do juiz de garantias no sistema
judiciário brasileiro
Annibal Peixoto Junior. - João Pessoa,
2022. 58 f.

Orientação: Alex Taveira dos Santos.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/Santa Rita.
1. Processo Penal. 2. Sistemas Processuais
Penais. 3. Juiz de Garantias. 4. Imparcialidade
do Magistrado. I. Santos, Alex Taveira dos. II.
Título. UFPB/BS/DCJ CDU 34 **Catálogo na
publicação**
Seção de Catálogo e Classificação
Elaborado por LUCIMARIO DIAS DOS SANTOS - CRB-
15/645

ANNÍBAL PEIXOTO JÚNIOR

**A IMPORTÂNCIA DO JUIZ DE GARANTIAS
NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em Direito, do
Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, como requisito
parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Alex Taveira dos Santos

BANCA EXAMINADORA:

Data de Aprovação: _____

Prof. Ms. Alex Taveira dos Santos
Orientador

Prof. Ms. Igor Bretas
Examinador

Profa. Ms. Mayara Almeida
Examinadora

Profa. Ms. Rayane Dornelas Sukar
Examinadora

*Dedico este trabalho aos meus queridos pais,
por toda confiança depositada em mim e por
todo amparo e investimento na minha
educação.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, autor da minha vida, que me sustentou até aqui, pela sua bondade, amor, graça e pela história que escreveu antes mesmo que vida eu tivesse.

Ao professor e orientador Ms Alex Taveira dos Santos, por toda assistência durante a elaboração deste trabalho de conclusão de curso. Ao professor co-orientador Ronaldo Alencar, aos professores da banca avaliadora e aos demais professores do curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da UFPB.

Aos familiares e amigos, que torcem pelo meu sucesso, pelo apoio durante esta formação acadêmica.

Aos meus amigos, em especial a Felipe Gomes de Medeiros, Raphael Nóbrega, Gabriel Moura, João Rafael Silveira, Júlio Gusmão e Ricardo Arruda, parceiros durante anos na universidade e atividades jurídicas, seguiremos juntos na carreira profissional.

A minha família que nunca mediu esforços para minha educação e me deram animo, força e motivação para concluir uma das mais importantes fases da minha vida.

“O otimista é um tolo. O pessimista, um chato. Bom mesmo é ser um realista esperançoso...”

Ariano Suassuna

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa analisar de modo pragmático o papel do juiz de garantias no sistema judiciário brasileiro como concretização do sistema processual penal acusatório advindo ao longo das reformas políticas organizacionais no país, á luz da Constituição Federal de 1988. Exercendo a função de inibidor das práticas abusivas e parciais dos magistrados na fase pré-processual investigatória. Essa análise foi realizada através de uma revisão narrativa, a partir da literatura legislativa, análise jurisprudencial e doutrinária do assunto, trazendo casos práticos. No tocante à legislação, o presente estudo demonstrará sua evolução ao longo dos anos e suas nuances. Além disso, como foi a implementação do juiz de garantias na Europa e na América Latina, como referencia para o Brasil.

Palavras-chave: Processo Penal. Sistemas Processuais Penais. Juiz de Garantias. Imparcialidade do Magistrado.

ABSTRACT

The present work aims to pragmatically analyze the role of the guarantee judge in the Brazilian judicial system as a materialization of the accusatory criminal procedural system arising throughout the organizational political reforms in the country, in the light of the Federal Constitution of 1988. Exercising the function of inhibitor of practices abusive and partial decisions by judges in the investigative pre-procedural phase. This analysis will be carried out through a narrative review, based on the legislative literature, jurisprudential and doctrinal analysis of the subject, bringing practical cases. With regard to legislation, this study will demonstrate its evolution over the years and its nuances. In addition, how was the implementation of the guarantee judge in Europe and Latin America, as a reference for Brazil.

Keywords: Criminal Process. Criminal Procedural Systems. Guarantee Judge. Impartiality of the Magistrate.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O PROCESSO PENAL.....	14
2.1 Princípio da Verdade Real e Formal no Processo Penal brasileiro.....	14
2.2 O Sistema Processual Penal Inquisitório.....	15
2.3. O Sistema Processual Penal Acusatório.....	16
2.4 O Sistema Processual Penal Misto.....	18
2.5 O Sistema Processual Penal Brasileiro.....	19
3 A FUNÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL.....	23
3.1 O Juiz Criminal brasileiro.....	23
3.2 O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal	24
4 A DECISÃO JUDICIAL NO PROCESSO CRIMINAL BRASILEIRO.....	26
4.1 Perspectiva Científica da Psicologia na Imparcialidade do Juiz no Processo Penal.....	26
4.2 Teoria da Dissonância Cognitiva.....	27
5 O JUIZ DE GARANTIAS.....	31
5.1 O Exemplo Chileno.....	33
5.2 O Juiz de Garantias no Sistema Judiciário Brasileiro.....	34
5.3. Debate Legislativo do Juiz de Garantias no Brasil.....	37
5.4. A Lei 13.964/19.....	38
6 CONCLUSÃO.....	44
7 REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

O processo civilizatório no mundo foi marcado por constantes mudanças no regime político governamental. Governos autoritários e ditatoriais permearam por muitas décadas a Europa e a América Latina; regimes marcados pela presença inquisitória do Rei, o qual detinha a figura de chefe de Estado e o poder decisório em suas mãos.

Com a chegada dos regimes democráticos esse cenário mudou significativamente, os princípios norteadores do Estado passaram a ser garantidores da liberdade individual, desse modo, o Estado antes centralizador, passou a repartir as competências de Governo a fim de democratizar a estrutura estatal e fazer uma adequação das leis para consolidação do Estado Democrático de Direito.

Dois sistemas processuais penais foram marcantes durante essa trajetória civilizatória. O sistema processual penal inquisitório criado durante os regimes controladores e autoritários e o sistema processual acusatório advindo do processo democrático.

No Brasil, o Código de Processo Penal atual foi criado no ano de 1941, durante regime de governo ditatorial varguista, que teve início no ano de 1937. Com isso, os reflexos no conteúdo legal são claros, trata-se segundo a doutrina de uma cópia inquisitiva do Código Rocco italiano, vigente durante a ditadura fascista de Mussolini (BADARÓ, 2003).

Com a consolidação da Constituição Federal brasileira no ano de 1988, foi instituído de fato e de direito o viés democrático legal do país. Entretanto o Código de Processo Penal brasileiro não acompanhou estruturalmente mudança, ao passo em que se esperava uma revolução no seu conteúdo, ele se manteve estático até os dias atuais com alterações meramente superficiais.

Por muitos doutrinadores, a Constituição Federal de 1988 foi determinante para adoção do sistema processual penal acusatório no país, tendo em vista sua compatibilidade dogmática. Entretanto, o mesmo só chegou a ser institucionalizado no texto legal a partir da efetivação da Lei 13.964/2019, o chamado “Pacote Anticrime”.

Medidas do antigo sistema penal inquisitorial ainda imperam no nosso ordenamento jurídico, ao passo em que abusos de autoridade por parte do magistrado e dos tribunais têm sido cada vez mais recorrentes. Durante a tomada de

decisão dos julgadores é perceptível em muitos processos a parcialidade adotada até a construção da sentença.

A fase pré-processual investigatória possui fundamental importância na persecução penal, a produção de provas e o arrolamento de testemunhas é peça chave ao desfecho da demanda. Com isso, se exige do magistrado uma postura imparcial e garantidora do devido processo legal, para que ao final dessa fase e posteriormente na decisão, o juiz tenha condição plena de julgar as partes conforme a lei.

Contudo, tem sido cada vez mais difícil o julgamento imparcial do juiz, na medida em que há contaminação na fase de instrução, o juiz elabora um pré-juízo ao processo. Para tanto, surge o juiz de garantias.

Neste trabalho de conclusão de curso, traçamos como objetivo realizar uma revisão bibliográfica sobre a figura do juiz de garantias, as condições que permitiram o seu surgimento, as ideias que sustentam a sua existência, os exemplos de implantação desse instituto em outros ordenamentos jurídicos e o estado atual do debate sobre a implantação do juiz de garantias no Brasil.

Para permitir essa análise, o primeiro capítulo disserta sobre os sistemas processuais penais, em especial o sistema inquisitorial e o acusatório, apontando suas características principais, o contexto de seu surgimento e como a interação entre esses dois sistemas contribuiu para forjar a forma como é vista o processo criminal nos dias de hoje.

O primeiro capítulo encerra com a análise do sistema processual penal brasileiro e a melhor forma de classificar o nosso processo penal, em especial depois das alterações trazidas pela Constituição Federal de 1988.

O segundo capítulo se aprofunda na discussão dos sistemas processuais, mas agora focando na figura do juiz criminal brasileiro, suas especificidades e o arcabouço normativo que dá sustentação à atuação do Estado Juiz ao exercer o seu poder/dever de punir. O capítulo se encerra com a relevante discussão sobre o princípio do juiz natural, que é instrumental para a compreensão de um processo penal democrático.

O terceiro capítulo enfrenta a questão da decisão judicial, suas condições de legitimidade, o processo psicológico de decidir na esfera criminal, apesar das ideias predefinidas do julgador e as condições em que o processo se desenrola. O trabalho discute o fenômeno da dissonância cognitiva e como o

processo penal democrático não pode desconsiderar esse fato quando se busca garantir o direito ao contraditório.

O quarto capítulo analisa o instituto do juiz de garantias em sua formulação teórica mais recente, em especial a sua idealização como resposta às implicações da dissonância cognitiva no processo penal, já que o juiz é retirado da produção probatória, tendo menos chance de desenvolver um viés de confirmação que conduza a um julgamento imparcial.

Ainda no quarto capítulo, é feita uma análise dos precedentes históricos da implantação do sistema do juiz de garantias, com destaque para as experiências europeias do pós segunda guerra e de alguns Estados latino-americanos que lidaram com governos autoritários, como é o caso do Chile.

Logo em seguida é analisada a situação brasileira, em especial sob a perspectiva do PLS nº 156, que tramita há mais de dez anos no Congresso Nacional, e do chamado Pacote Anticrime. A discussão se encerra sobre a análise dos termos em que a matéria foi discutida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs nºs 6298, 6300, 6305 e 6299, onde aquele Tribunal suspendeu, por prazo indeterminado, a aplicação da norma que institui o juiz de garantias no Brasil.

A conclusão do trabalho, vai de encontro ao que foi discutido no Supremo Tribunal Federal (STF), demonstrando que, apesar de subsistir certa razão de preocupação para a instauração de tal reforma no sistema processual criminal, ela é de ordem prática e logística, não havendo incompatibilidade entre o juiz de garantias e o sistema constitucional brasileiro, portanto, o que deveria ocorrer seria a criação de uma sistemática de transição, como ocorreu nos precedentes históricos, não uma suspensão por prazo indefinido da evolução do sistema.

2 O PROCESSO PENAL

A estrutura do processo penal sofreu mudanças ao longo dos séculos, funcionando como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários da sua Constituição. Os momentos sociais e políticos ao longo da história, foram determinantes para mudança dos rumos processuais.

A doutrina brasileira majoritária afirma que o sistema processual penal brasileiro é misto, com predomínio do sistema inquisitório na fase pré-processual, e do acusatório na fase processual.

A análise dos sistemas processuais penais é imprescindível para compreensão da estrutura processual atual no Brasil, a repartição de funções ao longo do processo e a elaboração do julgamento pelo juiz (LOPES JÚNIOR, 2020), por isso, iniciaremos nossa análise por esse tema e como ele se relaciona com a busca da verdade no processo penal.

2.1 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL E FORMAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O princípio da busca da verdade é o objeto norteador do processo criminal, é através dele que o juiz fundamentará a sua decisão, com base na apuração dos fatos e das provas trazidas no decorrer do processo. A doutrina subdivide essa análise entre os princípios da busca da verdade real e da verdade formal.

O princípio da verdade real, demonstra que o juiz não pode ficar restrito as provas produzidas no processo, podendo requer de ofício diligências para produção de provas quando houver necessidade, ainda que não tenham sido requeridas pela acusação ou pela defesa. Nesse entendimento, o juiz poderá ouvir testemunhas que não foram arroladas pelo Ministério Público ou pela defesa (BADARÓ, 2003).

O artigo 156 do Código de Processo Penal brasileiro, revogado, facultava ao juiz o poder para, de ofício, ordenar a produção de provas e realizar diligências para dirimir qualquer dúvida sobre ponto relevante. Desse modo, ao permitir diligenciar *ex officio*, produzir provas por iniciativa própria, percebe-se a aproximação do texto legal ao princípio da verdade real. Entretanto, para parte da

doutrina, esse princípio violaria o sistema processual acusatório brasileiro, o qual abordaremos ao longo do estudo (PRADO, 2005).

O princípio da verdade formal, em contrapartida, sustenta que o julgador deverá fundamentar a sua decisão com base na colheita de provas arroladas no processo pelas partes, permanecendo isento e imparcial para alcançar a justa decisão (AVOLIO, 1999).

As diferentes percepções da verdade no processo penal são fruto dos modelos de sistemas processuais penais criados ao longo da história e compreender suas dicotomias nos ajuda a compreender o modelo do código de processo penal brasileiro vigente, o qual ainda hoje sofre alterações.

2.2 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITÓRIO

O sistema processual inquisitório surgiu da necessidade do envolvimento do Estado na iniciativa do processo penal, em contrapartida à tradição da vingança privada (*vendeta*), seja ela administrada diretamente pelo ofendido ou mediada por lordes e chefes locais e o mesmo predominou até finais do século XVIII, início do século XIX.

A princípio, o sistema inquisitório funcionava apenas de forma excepcional e subsidiária, passando aos poucos a se tornar procedimento comum, evoluindo para permitir cada vez mais a inserção do Estado no processo penal, chegando a dominar grande parte da Europa Ocidental por séculos (TORNAGHI, 1967).

O sistema inquisitivo se caracteriza pela aglutinação de todas as funções processuais apenas no órgão judiciário, cabendo a ele acusar, defender e julgar, não havendo observação e atendimento a uma estrutura dialética, ao contraditório e à ampla defesa.

Portanto, não existe imparcialidade, pois o mesmo juiz decide a partir da prova que ele mesmo produziu, atuando de ofício e em segredo, abolindo a acusação e a publicidade, visto que, até mesmo as testemunhas eram mantidas em sigilo para que o réu não descobrisse.

Além de ser incompatível com os fundamentos das garantias individuais, visto que, a mesma pessoa exerce funções completamente antagônicas como investigar, defender, acusar e julgar, o mesmo apresenta inúmeras

imperfeições, sendo característica do processo inquisitório o “desamor” pelo princípio do contraditório (MARTINS, 2010).

Tal como o personagem Ângelo, na memorável tragédia *Medida por Medida*, de Shakespeare, o Juiz inquisitorial exerce sua função desembaraçado de qualquer controle, determina desde logo o resultado de seu julgamento com base no que determina sua própria consciência, independente de deter as mínimas condições de isenção e distanciamento para cumprir sua função de acordo com a justiça.

Desse modo, o processo se restringe a investigação unilateral da verdade e a tudo se abstém, transformando o imputado em mero objeto de verificação, atribuindo, portanto, uma relação processual linear, entre o juiz e o réu, sendo este, apenas objeto de investigação, sem qualquer direito no bojo processual (COUTINHO, 2018).

Pelas características com as quais se apresenta, sobretudo pelo passado de sua evolução, o sistema processual inquisitório foi desacreditado, momento em que, a Revolução Francesa tomou força, trazendo com os movimentos filosóficos novas características para o processo penal, como a adoção dos Júris Populares e a valorização do homem.

O mesmo, não representa o sistema processual buscado por um processo democrático, como é no Brasil, pois se mostra incompatível com princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico: o respeito aos direitos e garantias individuais, o contraditório e a ampla defesa.

Entretanto, apesar do sistema inquisitório ter sido alvo de tantas declamações estranháveis, ele foi criado como uma necessidade social do processo acusatório, conservando as formas compatíveis com a própria estrutura (MANZINI, 1950).

2.3 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

O sistema processual penal acusatório se baseia na clara distinção entre os atores processuais: acusação, defesa e julgamento; estando o juiz no topo da pirâmide exercendo as funções de órgão julgador e garantidor da aplicação de todas as garantidas individuais das partes processuais envolvidas, isento de qualquer interferência na produção de provas ou medidas de ofício.

As partes ao longo do processo detêm a iniciativa probatória, desenvolvendo o papel de recolher todas as provas, indicações ou não realizações, da infração penal, uma decorrência lógica da distinção de atividades. Ainda assim, o juiz pode determinar no processo penal judicial a produção de provas, tendo em vista o princípio da verdade real, bem como determinar a produção de provas urgentes na fase pré-processual, a exemplo a determinação de perícia inadiável.

A manutenção do juiz como um terceiro imparcial, fora do processo de investigação e passivo no que se refere à coleta de provas proporciona uma perfeita consonância com a Constituição Federal brasileira, pois o órgão julgador permanece isento de qualquer interferência. Ademais, é característica essencial do sistema acusatório a separação das funções processuais, em que ao acusador é designada a função de acusar, ao defensor a defesa do acusado e ao juiz compete único e exclusivamente a função de julgar, preservando o órgão julgador, como juiz espectador.

Com isso, no sistema processual penal acusatório não se admite que o julgador atue de ofício na investigação ou de produção de provas, cabendo as partes perseguirem os meios probatórios hábeis a demonstrar a procedência das suas alegações, respeitada a liberdade do juiz de avaliação do material probatório.

Portanto, a prática de ato de caráter persecutório do juiz, seja decretação de prisão preventiva de ofício, determinação de provas de ofício ou condenação do réu sem pedido do Ministério Público são incompatíveis com o sistema processual penal acusatório.

A liberdade de defesa e igualdade de posição entre as partes; procedimento público oral; publicidade do rito processual; duplo grau de jurisdição; direito ao contraditório, ausência de uma tarifa probatória e instituição da coisa julgada também são marcas do sistema acusatório (LOPES JÚNIOR, 2020).

O princípio da ampla defesa, relacionado aos atos necessários a defesa do acusado é dividido entre o princípio da defesa técnica e pessoal. A defesa pessoal realizada pelo próprio acusado através do interrogatório, e a defesa técnica exercida pelo advogado, detentor de capacidade postulatória no exercício de defesa do acusado.

Já o contraditório, como decorrência do sistema acusatório, é uma garantia constitucional no artigo 5º, LV, que assegura ao acusado o direito de se contrapor a todos os fatos que lhes foram imputados, além de, na sua concepção

mais moderna, garante a ambas as partes o direito de influenciar efetivamente no resultado do processo.

A Constituição Federal brasileira de 1988 demarca o modelo acusatório como sendo o sistema adotado no processo penal brasileiro, sobretudo quando afirma em seu Artigo 129 que a acusação cabe ao Ministério Público, impondo a separação de funções ao longo do processo, seja julgar e acusar, assim como, concedendo a garantia do devido processo que consta em seu artigo 5º, da garantia do juiz natural e imparcial.

Com o surgimento do Ministério Público, como representante da coletividade, se permitiu a acusação pública em nome da sociedade, cabendo a ele a colheita de todas as provas necessárias a indicação de autoria necessária a formação e indicação da materialidade do delito, resguardando a imparcialidade do juiz, sem comprometimento da natureza acusatória do processo penal, com fortes tendências de assegurar cada vez mais os direitos e garantias individuais (TORNAGHI, 1967).

2.4 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO

Apesar da previsão constitucional, o chamado “sistema misto”, é a definição tradicionalmente feita do sistema processual penal brasileiro. Esse sistema, desenvolvido a partir da junção dos sistemas inquisitório e acusatório, surge com a separação do processo entre a fase pré-processual e a fase processual. Muitos doutrinadores entendem que predomina na fase do inquérito os princípios e regras do sistema inquisitório, já na fase processual as características do sistema acusatório, pois o Ministério Público é quem acusa (LOPES JÚNIOR, 2020).

No direito processual penal brasileiro, são garantidos constitucionalmente os princípios do contraditório e da ampla defesa, em conformidade ao devido processo legal, amplamente público e aberto a aplicabilidade de maior oralidade, logo, a adoção do sistema inquisitório, se mostra impossível, haja vista predominância das regras pertinentes ao seu antagônico sistema acusatório.

Observa-se, portanto, a incompatibilidade entre os sistemas processuais puros, pois, o processo penal tem como finalidade a reconstituição de

um delito, de modo que a gestão de prova apresentada no decorrer do processo, e a participação ou não, das partes durante o curso, é essencial para seu fim (COUTINHO, 2018).

Ademais, no processo inquisitório permeia um “desamor” ao contraditório, já no sistema acusatório uma declaração de amor ao contraditório (MARTINS, 2010).

O sistema misto combina elementos acusatórios e inquisitórios em maior ou menor medida, conforme o ordenamento processual que o adota, a exemplo da sua aplicação é o "Juizado de Instrução" utilizado na França, constituído em uma fase persecutória preliminar, a fim da apuração das infrações penais, sob a presidência de um juiz. Já a função da polícia, fica reduzida a deter o infrator e apontar os meios de prova, cabendo ao "Juiz Instrutor", como presidente do procedimento, colher os elementos probatórios a instruir a ação penal.

O pensamento tradicional de sistema misto sofre críticas por parte da doutrina, pois, na medida em que há separação das funções de acusar e julgar, de nada valeria se o juiz no decorrer do processo tem iniciativa probatória, podendo determinar de ofício a produção de provas, decretar de ofício a prisão preventiva ou condene diante do pedido de absolvição do Ministério Público (FAZZALARI, 2006).

O juiz que vai de ofício produzir provas, estará contaminado para julgar, pois, primeiro ele decide para depois buscar provas a fim de justificar sua decisão tomada previamente. Logo, se quebra a concepção de processo como procedimento em contraditório, passando a ser um mero ato de poder decisório.

Portanto, a medida em que cada sistema processual penal é regido por um princípio fundante, não basta a separação de funções do órgão julgador para adjetivação do sistema processual, já que para parte da doutrina isso seria um reducionismo para caracterização do processo acusatório (LOPES JÚNIOR, 2021).

2.5 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O Código de Processo Penal brasileiro vigente foi desenvolvido no ano de 1941, a sua elaboração se deu como um instrumento do Estado para repressão da criminalidade, e da necessidade das leis processuais servirem como instrumento de eficiência do Estado contra os que transgridem (MANZINI, 1950).

A eficiência processual penal não se encontrava na proteção dos direitos do acusado, mas na sua punição. Desse modo, a importância do processo era de descobrir a verdade dos fatos, não importando o meio empregado, a fim de alcançar a punibilidade.

A doutrina e a jurisprudência eram uníssonas quanto à produção de provas, deixando de lado a aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, até mesmo em casos de nulidade processual absoluta, permeando por muito tempo a figura do juiz-ator-inquisidor (ALENCAR, 2016).

O viés processual penal ficou marcado pelo foco na busca de elementos para a aplicação da pena, sendo possível em alguns casos o início das investigações pelo próprio juiz, podendo inclusive determinar de ofício diligências para produção de provas, proferir sentença no curso, ou antes mesmo da instrução processual.

A autoridade policial passou a ter autonomia para proceder investigações, sem controle judicial, podendo contar com o apoio incondicional do juiz durante o processo de investigação. Assim, a ideia originária do Código de Processo Penal foi de que o juiz, assim como a autoridade policial, imergisse no descortinamento da verdade e na punição do infrator, gerindo a produção de provas a qualquer custo, com vista a punibilidade.

A Constituição Federal brasileira de 1988, não possui dispositivo expresso a respeito do sistema processual criminal, entretanto, a sua interpretação sistemática fundada no contraditório, ampla defesa, na imparcialidade do juiz e na condução do devido processo legal, demonstra que o princípio acusatório permeia o nosso ordenamento jurídico. Logo, sendo o sistema normativo desenvolvido a luz dos direitos fundamentais, o único modelo de processo criminal admissível é o acusatório, que trata o acusado como sujeito de direito, na qualidade de parte ao lado do Ministério Público, sendo assegurada a efetiva paridade as partes processuais.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal tem reiterado o entendimento de que o sistema processual penal brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988, é o acusatório, conforme se verifica no julgamento do processo nº0099851-25.2020.1.00.0000 pela Segunda Turma do STF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, colacionado abaixo:

A Constituição Federal de 1988, ao atribuir a privatividade da promoção da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I); ao assegurar aos ligantes o direito ao contraditório e à ampla defesa e assentar o advogado como função essencial à Justiça (art. 5º, LV e 133); bem como, ao prever a resolução da lide penal, após o devido processo legal, por um terceiro imparcial, o Juiz natural (art. 5º, LIII e LXI; 93 e seguintes), consagra o sistema acusatório. 3. A Lei n. 13.964/19, ao suprimir a expressão “de ofício” constante na redação anterior dos arts. 282, § 2º e 4º, e 311, ambos do Código de Processo Penal, veda, de forma expressa, a imposição de medidas cautelares restritivas de liberdade pelo magistrado sem que haja anterior representação da autoridade policial ou requerimento das partes. 4. O art. 310 do Código de Processo Penal deve ser interpretado à luz do sistema acusatório e, em conjunto, com os demais dispositivos legais que regem a aplicação das medidas cautelares penais (arts. 282, § 2º e 4º, 311 e seguintes do CPP). Disso decorre a ilicitude da conversão, de ofício, da prisão em flagrante em prisão preventiva pela autoridade judicial. 5. O auto de prisão em flagrante é procedimento de natureza administrativa, em que a autoridade policial limita-se a observar as formalidades legais para a sua lavratura (arts. 304 e seguintes do CPP), sem tecer consideração sobre a necessidade e a adequação da prisão preventiva, espécie com pressupostos e requisitos distintos (art. 311 e seguintes do CPP). Faz-se, portanto, necessário pedido, formal e expresso, da autoridade policial ou do Ministério Público, em audiência de custódia, para a imposição da prisão preventiva pelo magistrado. 6. O poder geral de cautela não autoriza o agir do Juiz por iniciativa própria quando em detrimento da liberdade individual. No processo penal, para que a intervenção estatal opere nas liberdades individuais com legitimidade, é necessário o respeito à legalidade estrita e às garantias fundamentais. Doutrina. Precedentes. 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

Em contrapartida, o juiz ainda possui protagonismo na fase de investigação e persecução criminal, decidindo sobre a flexibilização de direito fundamental, atuando de ofício em medidas como: busca e apreensão, interceptação de comunicação telefônica, quebra de sigilos bancário e fiscal. Exercendo a função de investigar, decidir, processar e julgar a pretensão acusatória.

A participação do juiz justiceiro na fase da investigação, na apuração dos fatos e das provas a fim de descobrir a verdade real em prol da punição do infrator, não é compatível com o sistema acusatório, que tem o juiz na condição de terceiro desinteressado e imparcial, o qual analisa o processo sem julgamentos prévios.

Essa função ativa na investigação é própria do magistrado do modelo inquisitivo, ainda que, em um processo acusatório haja atividade probatória incompleta das partes, o juiz deve conformar-se, não podendo ajudar a defesa ou produzir provas de ofício para colaborar com a acusação nem para auxiliar a defesa. Estando o juiz com dúvida, ele absolve, conforme determina o artigo 386, VII do Código de Processo Penal brasileiro (ROSA, 2017; LOPES JÚNIOR, 2020).

O juiz não pode largar a mão da imparcialidade, nem tampouco decretar em nome da defesa, a quebra de sigilo bancário, telefônico e fiscal. No

momento em que o juiz se desloca de sua função para auxiliar na coleta dos elementos de prova para servirem de base ao oferecimento da ação ou para a prolação da sentença, tem-se o desequilíbrio entre o autor e o réu, quer na fase investigatória, quer na processual.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1570/DF, foi suscitada a tese de inconstitucionalidade do então art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995 (LGL\1995\57), apontando como vício a lei ter atribuído ao magistrado a função de participar da coleta de provas. Foi acolhida a tese, no entendimento de que essa previsão tornada vulnerável o princípio da imparcialidade do juiz. Em seu voto, o Ministro relator Maurício Corrêa afirmou expressamente que: “Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade”.

Com efeito, devido à complexidade da discussão entre os sistemas processuais penais, os quais giram em torno da imparcialidade do juiz e do contraditório, percebe-se que, no sistema inquisitório, tais princípios são sacrificados, e no sistema acusatório além da separação de funções entre acusar e julgar, deverá existir um afastamento do juiz da atividade investigatória. Portanto, pensar em um sistema acusatório desconectado de tais princípios, é pensar com grave reducionismo (LOPES JÚNIOR, 2021).

Nesse entendimento, e conforme estabelecido no Artigo 3º- A do CPP, não restam dúvidas que o processo penal brasileiro é sim acusatório, vejamos: “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.” Entretanto, para que seja efetivada tal mudança e concretizado esse sistema processual penal de fato, é necessário que os juízes e tribunais em todo território nacional interiorizem essas mudanças.

3 A FUNÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

3.1 O JUIZ CRIMINAL BRASILEIRO

Descritos os principais conceitos teóricos dos sistemas processuais penais, passaremos agora à análise da figura do juiz criminal em especial, o que será fundamental para a profunda discussão sobre o juiz de garantias que ocorrerá posteriormente.

No Estado Democrático de Direito, o juiz criminal é o garantidor da efetividade da Lei e da Constituição no processo, ele é o responsável por reconhecer a culpa provada ou declarar a absolvição, através da imparcialidade, responsabilidade e independência.

A sua legitimidade deriva do caráter democrático constitucional, logo, o juiz não enfrenta crimes nem mesmo é controlador da moralidade social ou dos destinos políticos da nação, sua atuação é intrinsecamente pautada na garantia dos direitos fundamentais, acima de eventuais desejos sociais (FERRAJOLI, 1998).

No processo criminal, o juiz está a serviço da tutela dos direitos subjetivos lesados, entretanto, o mesmo está condicionado às provas produzidas ao longo do processo e aos direitos fundamentais garantidos na Constituição, portanto, sua independência em julgar não se confunde com a liberdade arbitrária de decisões. O juiz criminal desenvolve o papel de terceiro imparcial no processo, representando o Estado no desempenho da Justiça, estando numa posição inatingível pelos interesses das partes processuais (COUTINHO, 2018).

Embora a Constituição Federal não assegure expressamente o direito a um juiz imparcial, é inconteste que o princípio supremo do processo é a imparcialidade, garantia dada através do sistema processual acusatório. De tal forma, o juiz deve ser desincumbido de todo e qualquer poder instrutório, permanecendo isento de atividades de ofício, para assumir seu lugar de sopesar as provas e declarar culpa ou absolvição, sem interferências (ROSA, 2017).

Como analisado, a garantia do juiz natural pela legislação penal brasileira evita a manipulação na distribuição dos processos judiciais penais, entretanto, ainda assim poderá ocorrer a distribuição de um processo para um juiz parcial, principalmente em varas de cidades menores, em que a chance do juiz conhecer o réu é bem maior.

A fim de preservar a confiança no Estado Democrática de Direito, não poderá ser aceito o juiz impossibilitado de garantir totalmente a imparcialidade. O Código de Processo Penal dispõe nos artigos 252 e 254 critérios legais de competência para julgamento do processo que são: possibilidades de abstenções e recusas do juiz através dos casos de impedimento ou suspeições, assim, há possibilidade legal das partes se recusarem ao julgador ou o juiz se abster do processo por motivos que possam gerar dúvida ou suspeita parcialidade.

Ante a imparcialidade do juiz, não se pode deixar de lado a sua independência, que se configura na repartição de funções para exclusivamente julgar. É através da desvinculação do julgador de outros ofícios que é gerada a imparcialidade (PORTANOVA, 1995).

Os artigos do Código de Processo Penal números 127, 156, 209, 242 e 385 permitiam a figura do juiz-ator, praticando atos de ofício, seja produção antecipada de provas, proferir sentença no curso da instrução processual, realização de diligências para dirimir dúvidas, ordenar sequestro em qualquer fase do processo ou antes mesmo de ser oferecida denúncia, ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes processuais, determinar busca e apreensão ou proferir sentença ainda que sem fundamentos processuais incriminadores

Todavia, por força do artigo 3-A do Código de Processo Penal esses artigos se encontram revogados, pois, na medida em que o juiz se contamina na produção de provas e atos de ofício ele assume o protagonismo do rito processual penal, o que fere a pretensão acusatória do processo e o princípio da verdade formal.

O Estado não poderá exercer seu poder punitivo antes mesmo da peça acusatória, caso as partes não exerçam sua pretensão acusatória dentro do litígio, não há o que se falar em acusação, visto que, o juiz não poderá julgar de forma diversa ao pedido das partes (LOPES JÚNIOR, 2021).

3.2 O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NO PROCESSO PENAL

O artigo 5º, LIII, da Constituição Federal de 1988, dispõe que: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Esse dispositivo constitucional confere aos cidadãos uma garantia à limitação de poderes do Estado, o qual só atuará no julgamento do processo se estiver

previamente constituído por lei e definido pelos critérios taxativos fixados pela lei vigente à época da prática do delito (BADARÓ, 2003).

O julgamento do fato delituoso só poderá ser proferido por alguém investido de jurisdição e por órgão julgador preexistente, sendo vedada a criação de juízos totalitários e tribunais de exceção constituídos após o fato a fim julgá-lo de modo específico. Logo, ocorrido um determinado crime é perfeitamente possível identificar pela lei o órgão julgador do ato ilícito, ou seja, para onde o processo vai ser distribuído visando adequada solução da demanda.

Para grande parte da doutrina, o juiz natural confunde-se com o juiz imparcial, tendo em vista que, nem mesmo o poder judiciário poderá escolher o juiz adequado para solução da lide. O juiz natural garantirá que não haverá interferências externas para designação do julgador do caso específico, desse modo, ele é responsável direto pela formação do juiz imparcial (NUCCI, 2020).

O artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil faz parte, reafirma como garantias judiciais a necessidade do juiz natural independente, legalmente constituído e resistente a qualquer possibilidade de arbitrariedade. Percebe-se que para uma análise imparcial e um julgamento coeso, o juiz deverá ser estritamente isento de valores políticos, indicações ou pré-julgamentos.

O juiz natural deverá ser externamente independente das escolhas discricionárias do poder executivo, conforme o princípio da divisão de poderes, bem como internamente independente no âmbito do poder judiciário para julgar livremente o caso à luz da lei e da Constituição, isto é, independência do juiz a outros órgãos superiores da organização judicial. Pois, ainda que a decisão ventilada por um tribunal “superior” seja divergente, essa hierarquia é fundada tão somente pela derrogação, na possibilidade de reforma da decisão por um juiz “inferior”, o juiz deve atuar independente ainda que contrarie ao posicionamento do tribunal (BADARÓ, 2003).

4 A DECISÃO JUDICIAL NO PROCESSO CRIMINAL BRASILEIRO

4.1 PERSPECTIVA CIENTÍFICA DA PSICOLOGIA NA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

O processo de elaboração de uma decisão é um comportamento estudado por equipes de psicologia analítico comportamental. O seu estudo tem demonstrado como mudanças comportamentais ocorrem e a conexão entre processos cognitivos e sua interferência no processo de escolha e tomada de decisões (HAYES; BARNES-HOLMES; WILSON, 2012).

A tomada de decisões humana parte do recebimento de informações ao indivíduo; a medida em que essas informações vão sendo recebidas se constroem na mente atalhos, estereótipos e pré-conceitos, gerando uma conclusão pré-definida. Esse gatilho mental é chamado de viés de confirmação (GILOVICH; GRIFFIN; KAHNEMAN, 2002).

O viés de confirmação é a tendência do indivíduo confirmar uma hipótese criada na mente previamente, ou seja, a partir de uma experiência com casos semelhantes vivenciados. O ser humano ao invés de observar o novo caso a partir de uma nova perspectiva, tende a buscar confirmações para a hipótese criada outrora. A tendência científica se baseia na busca de informações para confirmar ou negar essa hipótese mentalizada, entretanto, a tendência humana é de focar naquilo que já acredita, buscando confirmar isso mesmo que tenha que passar por cima de inúmeras evidências que desconstruam o seu pré-conceito (GILOVICH; GRIFFIN; KAHNEMAN, 2002).

Na perspectiva processual, conforme o juiz concentra suas decisões em casos semelhantes, é inevitável que se fixe uma hipótese de condenação ou absolvição para prática do delito. A consequência disso é o julgador analisar o processo a partir de informações que o satisfaça, visando a confirmação de hipóteses de julgamento previamente criadas e deixando de lado informações que possam contradizer o seu pensamento.

Ainda que os tribunais de justiça possuam teses fixadas e correntes jurisprudências a respeito de determinados temas, que em muitas vezes levam instâncias superiores à monocratização das suas decisões, o juiz jamais poderá abrir mão da sua independência em julgar cada caso particularmente e independentemente. Mesmo que, seja submetido a pressões institucionais e vítima

de perseguição do ostracismo dentro da própria instituição judiciária, por se colocar fora do padrão autoritário do magistrado.

Esse gatilho mental torna a justiça inalcançável, pois cada processo possui situações que devem ser apreciadas minuciosamente pelo magistrado, exigindo uma nova compreensão e estudo do assunto.

4.2 TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

Em meados dos anos 2000, o consagrado jurista e professor alemão Bernd Schuneman, desenvolveu uma pesquisa relacionada a Teoria da Dissonância Cognitiva e seus efeitos no processo criminal. Ele aponta o grave problema do mesmo juiz atuar na fase de investigação e na fase de julgamento do processo (ROSA, 2017).

A teoria da dissonância cognitiva analisa a reação humana frente a duas opiniões antagônicas geradoras de um desconforto mental, bem como, o mecanismo utilizado na mente para analisar as opiniões divergentes, alterando uma ou as duas opiniões e compatibilizando-as a fim de se chegar a uma nova opinião concreta (LOPES JÚNIOR, 2021).

O doutrinador Bernd Schuneman (2012), verificou que o indivíduo objetiva como meio de defesa do ego o controle do seu sistema cognitivo, ou seja, ele prioriza a sua opinião frente ao antagonismo do qual ele é deparado. Portanto, a tendência do ser humano é maximizar os elementos que reconfirmam seus pré-conceitos e mitigar os elementos que entram em conflito com as suas ideias.

No processo penal, percebe-se que o acúmulo de funções do juiz em investigar, acusar e julgar gera na verdade um conflito de funções, as quais impossibilitam o equilíbrio do sistema humano cognitivo. Na medida em que o juiz constrói um pré-julgamento a partir dos autos do inquérito e da denúncia, ele se apegará a sua própria opinião sobre o caso penal e tentará confirmá-la ao longo do processo (ROSA, 2017).

Psicologicamente, o julgador levantará um apanhado seletivo de informações a fim de ratificar o seu pré-conceito, fato que se agrava quando o juiz assume a conduta de investigador, tendo em vista que, nesse caso há uma tendência de julgar de acordo com a ideia preconcebida, fruto da sua atuação,

relegando as novas informações advindas do processo judicial (SCHÜNEMANN, 2012).

As medidas *ex-offício* do juiz durante a fase de instrução processual: decretando buscas e apreensões, quebra de sigilo bancário e fiscal, prisão temporária e preventiva, e ainda ser bombardeado por pressões externas da sociedade e da imprensa durante o rito processual, demonstram quão vulnerável pode estar o magistrado durante a elaboração da decisão do processo.

Quanto maior for o envolvimento do julgador durante o processo de investigação e produção de provas, mais chance ele terá de se opor ao acusado. Pois, na medida em que o mesmo juiz recebe a denúncia, instrui e julga o feito, tenderá a buscar sempre a confirmação do ato que lhe foi transmitido preliminarmente, desse modo, as informações que destoam dessa investigação tenderão a passar despercebidas ao magistrado (LOPES JÚNIOR, 2020).

Conforme se compromete a independência do juiz, a sua imparcialidade no julgamento do processo também será fragilizada, tendo em vista que, a formulação da sua decisão partirá de preconceitos e será fundamentada naquilo que o juiz considerou útil para construção do julgamento. No exercício da persecução penal o magistrado tem o dever de cumprir a lei e buscar justiça, isento de valores que o façam beneficiar uma das partes.

Desse modo, os vícios cognitivos são verdadeiros impasses para o devido processo legal. As interferências que os juízes sofrem ao longo do processo são cruciais ao resultado útil da decisão.

Por meio do estudo científico da dissonância cognitiva o Dr. Bernd Schunemann (2012) verificou que o acúmulo de funções do magistrado durante a fase pré-processual contamina a decisão do julgador, método aplicado junto a cinquenta e oito magistrados alemães. Em seguida, concluiu que o processamento de informações pelo juiz é modificado em face do conteúdo produzido nos autos da investigação e da previa avaliação do Ministério Público, fato que gera uma tendência em armazenar mais resultados probatórios dissonantes do que consonantes (SCHÜNEMANN *apud* LOPES JÚNIOR, 2020).

Percebe-se que o mesmo magistrado no exercício de funções diversas como investigar e julgar fica propenso a situações conflitantes na sua função independente e imparcial. Isso decorre da dissonância entre a consciência subjetiva do magistrado e a racionalidade objetiva esperada para proferir a decisão.

A criação do juiz de garantias objetiva o aprimoramento do sistema de persecução penal, que se dá através da repartição de competências e dos papéis do julgador em cada fase processual, à luz da Constituição e do sistema processual acusatório. Logo, cria uma barreira à contaminação da decisão por meio de provas e situações vinculadas à fase instrutória.

Um caso recente e emblemático no Brasil foi o julgamento de Luiz Inácio Lula da Silva nos autos da Operação Lava Jato. Durante a fase pré-processual instrutória da ação penal número: 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, o então juiz responsável pelo processo Sérgio Moro proferiu medidas que repercutiram no cenário judicial e social brasileiro.

Medidas cautelares como: quebra de sigilo telemático dos advogados de defesa, divulgação de provas colhidas na mídia, bem como conversas entre os acusados foram base para o pedido de suspeição do juiz no processo.

A mídia e a sociedade brasileira reagiram frente a essas condutas. Foi criada uma pressão externa ao magistrado para condenação do réu no processo, desse modo, na medida em que a condução do processo deixou de ser de um juiz e passou a ser de um herói que cumpria um desejo social, surgiram graves consequências.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a parcialidade do então juiz Sérgio Moro na condenação de Luiz Inácio Lula da Silva, por três votos contra dois. Houve reconhecimento da Corte à suspeição do magistrado, vejamos trecho da decisão:

Após a apresentação de voto-vista do Ministro Nunes Marques e da retificação de voto da Ministra Cármen Lúcia, a Turma, por maioria, decidiu conhecer do *habeas corpus*, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator) e Nunes Marques que dele não conheciam. No mérito, a Turma, por maioria, concedeu a ordem em *habeas corpus*, determinando a anulação de todos os atos decisórios praticados pelo magistrado no âmbito da Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, incluindo os atos praticados na fase pré-processual, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, redator para acórdão, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator) e Nunes Marques. Por maioria, a Turma rejeitou a proposta de condenação do juiz excepto ao pagamento das custas processuais, na forma do art. 101 do Código de Processo Penal, vencidos, nesse ponto, os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Presente à sessão pelo paciente o Dr. Cristiano Zanin Martins. Presidência do Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 23.3.2021.

No mesmo sentido confirmou a decisão do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), responsável pelo cumprimento do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ao concluir que durante as investigações ao longo do processo, o então Juiz responsável Sérgio

Moro aprovou um pedido feito por procurador de justiça para interceptação telefônica do acusado, da sua família e de seus advogados, chegando a divulgar o conteúdo produzido antes mesmo de instaurar as acusações formais. O comitê considerou que tais condutas violaram direito do acusado a ser julgado por um tribunal imparcial. Vejamos comentário da decisão realizado por Arif Bulkan, membro do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU):

Embora os Estados tenham o dever de investigar e processar os atos de corrupção e manter a população informada, especialmente em relação a um ex-chefe de Estado, tais ações devem ser conduzidas de forma justa e respeitar as garantias do devido processo legal.

Percebe-se que, um juiz pautado na parcialidade e imerso pelo labor investigativo acaba interferindo gravemente no rito processual, bem como, ferindo direitos e garantias das partes envolvidas. A Ministra Cármen Lúcia chamou de “espetacularização” a divulgação de informações processuais investigatórias para sociedade, fato que promove um juízo de valor à população.

O magistrado ao receber a denúncia e em seguida iniciar a instrução do processo passa a ocupar uma postura de oposição ao acusado, o qual irá se eximir de toda prova ou culpa lançada contra ele. Isso demonstra que, a partir do momento que o juiz lê a denúncia, analisa e estuda os autos da investigação preliminar, ele forma um juízo de valor capaz de confirmar ou não o que consta na denúncia. Isso se agrava ainda mais nos casos em que o próprio magistrado procura mais provas a partir da tomada de medidas de ofício, sendo diretamente contaminado para o julgamento processual (LOPES JÚNIOR, 2021).

Os Juízes de garantias permanecem sujeitos apenas ao processo de investigação, na chamada fase pré-processual, momento em que não há qualquer perspectiva de definição dos réus quanto a sua culpabilidade ou inocência. Logo, quando o julgador do processo tomar conhecimento dos autos, estará isento de pré-juízos construídos outrora.

5 O JUIZ DE GARANTIAS

No final do século XX, a Corte europeia deu início às reformas processuais penais, seu objetivo foi extinguir resquícios do sistema processual penal inquisitório e adequação plena ao sistema processual acusatório. A concentração de poderes e funções na figura do juiz era, no entendimento da Corte, incompatível com o princípio da imparcialidade do julgador, que estava condicionado à fase de investigação e instrução do processo, assim, ele elaborava a acusação e, por fim, julgava o acusado (MAYA, 2020; TULKENS, 2004).

Para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), o juiz investigador do processo detinha o *status* de um oficial de investigação de polícia, atuando subordinado à supervisão do Ministério Público. Verificou-se que o juiz que atuava durante o processo de investigação na produção de provas e no arrolamento de testemunhas já teria elaborado sua decisão de culpabilidade do réu antes mesmo de ocorrer o julgamento do processo, através de pré-conceitos criados na contaminação do processo de investigação em que o julgador tende a parcialidade a uma das partes (MAYA, 2020).

No entendimento da Corte Europeia, a tendência à parcialidade do juiz criminal gera uma ruptura do devido processo legal e da própria estruturação teórica acusatória do processo, a qual confere legitimidade às decisões do Poder Judiciário.

Nessa toada, foi criada a figura do *juiz de garantias*, como forma de distinguir o juiz que atuará na investigação e no processo. A sua incorporação em grande parte dos ordenamentos jurídicos europeus foi determinante para a concretização não apenas da imparcialidade do julgador, mas do contraditório, da publicidade e da ampla defesa (MAYA, 2020).

O juiz de garantia tem a função de um magistrado específico para conduzir o inquérito ou qualquer outra investigação criminal, atuando na garantia dos direitos individuais do investigado. Ele tem a conotação de fornecer imparcialidade tanto no âmbito da apuração do inquérito quanto na futura ação penal.

Com isso, o juiz de garantias receberá a denúncia no lugar do juiz de instrução, devendo observar a exigência de ser predeterminado por lei, sendo vedada a criação de juízos de exceção, priorizando a celeridade da persecução penal e potencializando a eficiência do processo.

O Código de Processo Penal Português de 1987, construído com base no sistema acusatório, impôs o comando do inquérito policial ao Ministério Público, conferindo ao “juiz instrutor” atuar como garantidor de direitos, na medida em que não detinha função de investigador. A Itália, partiu da mesma premissa, substituindo o julgador da instrução processual pelo “*giudice per le indagini preliminari*”, responsável pelo cumprimento da legalidade na fase de investigação, se eximindo do julgamento (LOPES JÚNIOR, 2021).

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, base da legislação europeia, em seu artigo 8º,1, assegura o direito individual de ser julgado por um juiz ou tribunal imparcial.

Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Ao maximizar a garantia da imparcialidade, o instituto do juiz de garantias se afigura relevante instrumento de concretização da democracia. A divisão de poderes, como forma de viabilizar o controle e de impedir o abuso de autoridade é fundamental. Trata-se, da maximização das liberdades individuais, asseguradas pelo Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade das atividades dos demais Poderes (ALEXY, 2015).

Seu surgimento não corresponde à criação de um novo cargo, mas à repartição de funções entre os próprios magistrados. Na fase persecutória pré-processual, pautada na condução de investigações e na produção de provas será designado um juiz de garantias específico ao inquérito. Posteriormente na fase processual propriamente dita, um novo magistrado previamente constituído por lei, passará a conduzir o processo e, ao final, apreciar o pedido condenatório, assim, sua atuação não se confunde com pressões sociais externas criadas durante as investigações, nem tampouco com pré-juízos construídos pela determinação de medidas cautelares.

Na América Latina, foi desenvolvido o “Código de Processo Penal Tipo”, tendo como base o sistema processual acusatório, nele houve a substituição do juiz pelo Ministério Público na fase de investigação, buscando a garantia do acusado de ser julgado por um juiz imparcial. Com isso, a atuação na fase de investigação

passou a ser do juiz de garantias, responsável pela análise das medidas investigatórias, entretanto, isento da realização de julgamentos.

Em países latino-americanos como Chile, Argentina, Paraguai e Uruguai foi implementado pelo sistema processual penal o “*doblo juez*”, um segundo que exerce a função de juiz de garantias. Esse desenvolvimento, por sua importância, merece tratamento específico, como pode ser visto abaixo.

5.1 O EXEMPLO CHILENO

Grande parte dos países latino-americanos passaram por um período autocrático e ditatorial. Como analisado ao longo do estudo, tais sistemas políticos estão intrinsecamente ligados ao sistema processual penal inquisitorial, oriundo dos antigos modelos inquisitoriais europeus.

O Chile vivenciou o sistema ditatorial até meados de 1990, além do sistema processual penal inquisitorial, inexistia a instituição do Ministério Público, desse modo, eram delegadas aos juízes as funções de: investigar os fatos típicos penais, conduzir a fase de instrução processual e ainda prolatar a sentença.

Através da reconstrução política democrática do país e do modelo garantista adotado, houve a necessidade de mudança no sistema processual criminal, pois, na medida em que são adotadas leis democráticas assegurando o contraditório e a ampla defesa, bem como o devido processo legal é indiscutível a aplicação do sistema processual penal acusatório.

No sistema de governo republicano e democrático, a legitimidade do juiz é fundada no seu compromisso com a verdade, já no modelo inquisitorial-autoritário, o juiz se permite buscar todo e qualquer modo de produção de provas, ou seja, a verdade a todo custo, esse é um marco político e jurisdicional das monarquias absolutas (MARTIN, 2013).

O sistema processual penal chileno foi reformulado a partir dos princípios da independência do julgador, da ampla defesa, oralidade e do contraditório. A divisão de funções do magistrado o permitiu se manter equidistante a fase de investigação e instrução.

Como consequência disso, o sistema processual criminal chileno é estruturado em três fases, são elas: a fase de investigação, a preparação de

julgamento e o julgamento oral. Na fase de investigação o magistrado que atuará será o juiz de garantias, ele será responsável por conduzir a fase instrutória e a produção de provas processuais, sua atuação está prevista nos artigos 9º e 70º do Código Penal Chileno.

O juiz de garantias tem a função de órgão jurisdicional e unipessoal, atuando exclusivamente na primeira fase investigatória. Em contrapartida, ele possui a competência para resolver procedimentos especiais e métodos alternativos aos processos orais, podendo também determinar em audiência de custódia uma sentença definitiva ao processo. Ele institui uma função de celeridade processual, tendo em vista que, não necessariamente os processos chegarão até a terceira fase, podendo se encerrar previamente.

O Ministério Público só poderá proferir medidas cautelares por meio de prévia autorização do juiz de garantias, exceto a prisão em flagrante, a qual ele examinará tão somente a legalidade do ato, ainda que não haja impugnação da defesa. Na fase de produção de provas o juiz de garantias poderá examinar as provas juntas pelo Ministério Público no processo. A partir do momento que o procedimento utilizado pelo Ministério Público possa infringir as garantias fundamentais das partes, o juiz de garantias poderá excluir essas provas do processo, considerando a prova ilícita, desse modo elas não serão apreciadas no julgamento oral.

A reforma processual penal chilena objetivou a construção de um sistema processual capaz de garantir ao julgador proferir sentença pautada no princípio da imparcialidade, sem interferência de interesses particulares fundados em prejulgamentos. O exercício do juiz de garantias chileno é o resultado de uma tendência democrática, que se direcionada para um modelo processual acusatório pleno.

5.2 O JUIZ DE GARANTIAS NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Em contraponto aos demais países da América Latina, o Código de Processo Penal brasileiro ainda não sofreu uma reforma plena em seu conteúdo, a fim de melhor se adequar a um modelo piamente acusatório e democrático. Nos dias atuais, ainda são feitas apenas reformas parciais ao Código de Processo Penal de

1941, desenvolvido durante tempos do regime ditatorial varguista, em que se tinha como base o modelo processual inquisitório (COUTINHO, 2018).

Apesar disso, dentro de um sistema processual com traços inquisitoriais, percebe-se ao longo do tempo a busca de separação de funções do magistrado. Com surgimento da Constituição Federal de 1988 isso ficou ainda mais nítido, tendo em vista a base democrática consolidada no país.

O Provimento nº 167 de 27 de janeiro de 1984 do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo determinou que, nas comarcas do estado, todo e qualquer ato relativo aos inquéritos policiais e pedidos de habeas corpus, prisão em flagrante ou preventiva, deveriam ser processados perante o Juiz Corregedor e Juízes Auxiliares. A competência dos juízes do Serviço de Inquéritos Policiais cessa a na fase de investigação, sendo de competência do juiz do processo realizar o julgamento.

Posteriormente, através do provimento 233 de 1985 foi criado o Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária (DIPO) do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, fundado na mesma premissa do provimento 167/1984: a repartição de funções do magistrado, dispondo de um juiz específico na fase de investigação.

No ano de 2013, o DIPO foi incorporado à organização judiciária de São Paulo, por meio da Lei Complementar Estadual 1.208/2013, sendo instituído como Departamento Estadual de Inquéritos Policiais, consolidando ainda que não obrigatoriamente a figura do juiz com atuação na fase de investigação pré-processual e do juiz da fase processual propriamente dita.

Contudo, essas experiências se restringiram a comarcas específicas no Brasil, e dentro de uma conjuntura processual penal ainda inquisitória, pouco se tinha efeito. A separação de funções do magistrado é sem dúvidas uma garantia do sistema acusatório, mas, para que haja sua efetividade se faz necessário um critério sistêmico, vale dizer, a valoração de princípios constitucionais como: a publicidade, oralidade e vedação da iniciativa de ofício do juiz.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número: 6.298-MC interpretou a função do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária (DIPO) como semelhante à do juiz de garantias, como se pode verificar na sentença:

Ressalte-se, inclusive, que a figura do juiz de garantias não é nova no sistema jurídico pátrio. Na capital paulista, funciona, há décadas, o Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO), o qual, nos termos do Provimento nº 167/1984, concentra '[t]odos os atos relativos aos inquéritos policiais e seus incidentes, bem como os pedidos de *habeas corpus*' (art. 2º). Portanto, em São Paulo já ocorre a cisão de competência determinada pela lei questionada, ficando a atividade de supervisão dos atos de investigação a cargo dos juízes especialmente designados para tanto, atuantes no Departamento de Inquéritos Policiais. O fato de os juízes do DIPO não serem competentes para o recebimento da denúncia não desnatura sua função, na essência, de juiz de garantias.

(STF, ADI 6.298-MC, rel. Min. Luiz Fux, trecho da decisão cautelar do Min. Dias Toffoli, no exercício da presidência).

A divisão de competências entre o juiz da investigação e o juiz do processo nos casos pontuais no Brasil, entretanto, não se assemelha à figura do juiz de garantias por vários fundamentos.

Na sistemática do Código de Processo Penal de 1941, não há possibilidade de participação dialética e contraditória do investigado na construção dos atos investigativos, ficando restrito ao conhecimento dos atos investigativos, após sua formalização no inquérito.

Além disso, no artigo 156, I, do Código de Processo Penal é concedido o direito de o juiz atuar de ofício na produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. A atuação do juiz passa a ser de protagonista durante o processo de investigação, tendo o aval de atuar ativamente na produção de elementos de conhecimento, os quais podem construir a *opinio delicti* do órgão de acusação, como também, um eventual juízo positivo de admissibilidade da acusação.

O conglomerado de funções na figura do magistrado durante a fase investigatória junto aos órgãos de investigação, são portas de entrada para a chancela/ratificação de diligências de constitucionalidade e legalidade duvidosas.

A maximização da imparcialidade do juiz da fase processual também sofre com a previsão do artigo 12 do Código de Processo Penal, tendo em vista que determina: "o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra". Desse modo, ainda que o juízo de admissibilidade da acusação seja feito pelo juiz investigatório, o juiz do processo poderá ser contaminado pelos atos investigativos caso venham a ser encartados nos autos do processo.

5.3 DEBATE LEGISLATIVO DO JUIZ DE GARANTIAS NO BRASIL

No ano de 2009, tramitou no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado (PLN) de número 156, seu objetivo foi a compatibilização do sistema processual penal brasileiro com a Constituição Federal de 1988, fazendo uma adequação aos princípios democráticos Constitucionais.

Pela primeira vez a legislação brasileira reconheceu a função do juiz de garantias como responsável pelo controle de legalidade da investigação criminal. Essa reforma foi estritamente fundamentada no sistema processual penal acusatório. O artigo 14 do PLN elenca as funções de competência do juiz de garantias:

- I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;
- II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;
- III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
- IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;
- V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
- VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
- VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
- VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único 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 pedidos de: 5 a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário 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 realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º; XIV – arquivar o inquérito policial;
- XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37;
- XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
- XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

Nesse projeto de lei foi retirada do juiz toda a forma de iniciativa probatória e medidas *ex officio*, como, por exemplo, a decretação de medidas cautelares. A competência do juiz das garantias cessaria com a propositura da ação

penal, momento em que o juiz do processo tem a competência para realizar o juízo de admissibilidade da acusação.

O PLN 156 trouxe à tona a necessidade da repartição de competências jurisdicionais entre o juiz de garantias e o juiz do processo. Demonstra-se um grande avanço para democracia processual penal, tendo em vista que vislumbrou a efetividade plena dos princípios da imparcialidade, contraditório e da ampla defesa. Preservando a originalidade cognitiva do julgador em face do menor contato com os atos de investigação.

Todavia, em que pese o texto legal ter sido aprovado no Senado Federal e recebido para análise da Câmara dos Deputados no ano de 2010, o mesmo nunca chegou a ser aprovado.

5.4 A LEI 13.964/19

Após uma década, no ano de 2019, foi instituída a Lei 13.964/19 popularmente conhecida como Pacote Anticrime. Através dela ocorreu a primeira significativa mudança no ordenamento jurídico-penal pátrio, com o objetivo de enrijecimento das leis de combate ao crime e associações criminosas. Contanto, a matéria de maior destaque e objeto de maior controvérsia foi sem dúvidas a implementação do juiz de garantias.

A inserção juiz das garantias no âmbito processual via uma grande reforma legislativa não se trata de novidade. Em grande parte dos países europeus e latino-americanos, ele foi inserido a partir dos movimentos revolucionários das leis penais, consequência Constitucional do aprimoramento das estruturas políticas governamentais e democráticas.

Como analisado, nas grandes cidades brasileiras os Departamentos de Inquéritos Policiais (DIPO), como no Fórum Criminal da Barra Funda em São Paulo/SP, mais de uma dezena de juízes atuam somente na fase investigatória sendo legítimos exemplos de magistrados de garantias.

Ainda assim, decorrido mais de trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988, pela primeira vez foi consolidada no texto penal brasileiro através de uma lei ordinária, a adoção do sistema processual penal acusatório. Foi instituído no artigo 3º-A do Código de Processo Penal que:

O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído

pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305).

Conforme apreciado, o sistema acusatório prevê a atuação do juiz como juiz, isento do processo investigatório e da produção de provas, libertando a dissonância sua cognitiva no momento de decisão. Às partes processuais é conferida a ampla defesa, isonomia e o contraditório, além do princípio da publicidade do procedimento em juízo e a vedação legal ao recolhimento de provas ilícitas (NUCCI, 2020).

Com a inclusão do art. 3º-A, caput do Código de Processo Penal, o sistema acusatório consagrado anteriormente apenas na Constituição Federal, passa a ser uma garantia do CPP. Nesse sentido, o juiz de garantias veio como forma de rompimento do juiz inquisidor do processo e manipulador de provas, passando a concentrar seu exercício na fase processual como juiz-espectador e garantidor da legalidade. Para grande parte da doutrina essa é a consolidação ideal do Estado Democrático de Direito (NUCCI, 2020).

Entretanto, o projeto de implantação do juiz das garantias não chegou a ser aplicado aos tribunais, mesmo que na condução de processos investigatórios, pois na visão do Supremo Tribunal Federal, aqueles são órgãos colegiados e, desse modo, o Desembargador ou Ministro fiscaliza as investigações e no fim o colegiado julga a ação penal originária, já satisfazendo o princípio da imparcialidade (LOPES, JÚNIOR, 2021).

Assim, o juiz das garantias atua exclusivamente como guardião da legalidade, sendo vedada a determinação de perícias ou requisição de documentos a outros órgãos para investigar, de igual modo ao juiz do processo, conforme dispõe o art. 3º-A, e determina o artigo 3º-B do Código de Processo Penal, vejamos:

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: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.299) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

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

pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

XI - decidir sobre os requerimentos de: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) [...].

Seu principal objetivo foi estancar o comprometimento decisório do magistrado durante as etapas de julgamento do caso penal. O juiz responsável pelo processo de investigação preliminar detém contato direto com os atos de investigação e os órgãos investigadores, bem como, eventuais medidas cautelares: sequestro de bens, buscas e apreensões ou prisões preventivas, o espaço de limitação ao princípio do contraditório e defesa do acusado, não satisfaz a isenção do magistrado responsável pela instrução processual e debates das partes, o qual por fim, proferirá sentença (NUCCI, 2020).

Com o surgimento da Lei 13.964/19 as medidas cautelares passaram a ser decretadas a pedido das partes ou no curso da investigação criminal, através de representação da autoridade policial ou por meio de requerimento do Ministério Público, tirando do magistrado a autonomia de decretá-las de ofício. Coube ao juiz de ofício ou a requerimento das partes, revogar ou substituir a medida cautelar tão somente quando não houver embasamento jurídico para tanto, assim como decretá-la, quando existirem razões que a justifiquem.

Desse modo, o juiz tem como dever justificar de forma individualizada e fundamentada o motivo da aplicabilidade ou não das medidas cautelares, bem como a decretação da prisão preventiva. Não sendo mais suficiente a simples alegação da gravidade do delito. (NUCCI, 2020).

A Lei 13.964/19 em seu artigo 3º-F, incumbiu ao juiz de garantias a atuação no impedimento da exposição do acusado pela imprensa, a qual

comumente explora a imagem dos investigados formando um juízo de valor social capaz de manipular ou contaminar os atos do magistrado a frente do processo. Desse modo, a imprensa não poderá atuar de maneira parcial na investigação sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal (NUCCI, 2020).

O juiz das garantias assume a posição de garantidor da legalidade durante o processo investigatório, contrário à antiga postura de produção de provas antecipadas, a partir de medidas *ex officio*. Assim, ele pode requisitar documentos, laudos e informações ao delegado para controlar a legalidade e verificação para ver se é caso ou não do trancamento do inquérito, ou mesmo, para atender pedido da defesa diante da recusa do órgão policial. Não se confunde com a determinação da realização de perícia ou requisição de documentos de outros órgãos, pois isso está vedado aos dois juízes na nova sistemática processual penal acusatória. (LOPES JÚNIOR, 2021).

Ocorre que, no dia 22 de janeiro de 2020, um dia antes da entrada efetiva em vigor do “Pacote Anticrime”, o Ministro Luiz Fux decidiu em medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 6.299, a suspensão por tempo indeterminado do juiz de garantias como determinava a Lei 13.964/19, por afronta aos artigos 169 e 99 da Constituição Federal brasileira. A decisão cautelar foi proferida sequencialmente nas ADIs de números 6298, 6300 e 6305 ajuizada por associações de classes e partidos políticos. O Ministro Fux ressaltou que:

A criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país.

Em síntese, o Ministro, então vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, entendeu que a implementação da figura do juiz de garantias no sistema processual penal brasileiro é complexa, cabendo ao judiciário análises reais dos impactos da sua incorporação aos interesses tutelados pela Constituição Federal, como o devido processo legal, a eficiência e a duração razoável do processo na justiça criminal.

Conforme a decisão do Ministro Fux, a ausência de prévia dotação orçamentária e estudos prévios de impacto para instituição de atos da União e dos Estados, afronta o Novo Regime Fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional 95/2016 (LGL\2016\87870). Não obstante, a interpretação dada pelo Ministro Relator estabelece uma prevalência material de limites orçamentários.

Ademais, nas ações diretas de inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, apresentadas ao Supremo Tribunal Federal foi arguido inconstitucionalidade formal por violação ao princípio do juiz natural no tocante à duração razoável do processo.

A *vacatio legis* de 30 (trinta) dias foi um dos argumentos levantados nas ADIs motivando a inconstitucionalidade material da lei, visto que, a mudança no sistema judiciário criminal deveria ser gradativa e a partir de uma previa formação e instrução do judiciário como um todo para que haja efetividade do novo modelo. Vejamos trecho da decisão:

Ex positis, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, com as vênias de praxe e pelos motivos expostos: (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); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova (157, §5º, do Código de Processo Penal); (b) Concedo a medida cautelar requerida nos autos da ADI 6305, e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (b1) da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); (b2) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal); Nos termos do artigo 10, §2º, da Lei n. 9868/95, a concessão desta medida cautelar não interfere nem suspende os inquéritos e os processos em curso na presente data.

O presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli provocado pelas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, também suspendeu os efeitos da Lei 13.964/2019 pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias. Em seu entendimento a criação do juiz de garantias exige prévia organização do Estado, e só poderia ser concretizada em conformidade a autonomia e especificidades dos tribunais brasileiros. O Ministro ressaltou ainda que, o prazo de *vacatio legis* de 30 (trinta) dias seria insuficiente para promoção das devidas mudanças dos tribunais.

Ademais, o Ministro Toffoli suspendeu o Artigo 3º-D da referida lei, que determina:

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.

Para o Ministro, o juiz de garantias não se aplica aos casos de: processos de competência originária dos tribunais, processos de competência do Tribunal do Júri, processos criminais de competência da Justiça Eleitoral e casos de violência doméstica e familiar. Pois a cada um trata de ramos de organização

específica ou julgamento coletivo de um colegiado, o que já sustentaria a adoção do princípio da imparcialidade..

6 CONCLUSÃO

Ao passo em que os países europeus e latino-americanos analisados ao longo do estudo foram se aproximando do viés democrático e se desvencilhando dos regimes autoritários e ditatoriais, as suas leis foram se adequando paulatinamente na garantia da efetividade do Estado democrático de Direito.

A criação do juiz de garantias é fundamentada na efetividade do sistema processual penal acusatório, advindo do sistema democrático. Através dele, é conferido o direito de todo e qualquer indivíduo ser julgado por um juiz ou tribunal imparcial.

O curso da persecução penal é marcado pela rígida repartição de funções do magistrado, entre as fases de investigação e de instrução processual. Sua importância é reter o extenso e pormenorizado conhecimento do julgador sobre os fatos delituosos durante a investigação, proporcionando ao juiz a função de sopesar as partes de igual modo. Através desse referencial teórico, percebe-se total adequação constitucional e democrática do juiz de garantias à Legislação atual brasileira.

Entretanto, no Brasil, a figura do juiz de garantias instituída pela Lei 13.964/19, no chamado “pacote anticrime”, além de tardia, promoveu embaraços emblemáticos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade números: 6298, 6300, 6305 e 6299, gerando um dilema capcioso quanto seu modo de estruturação e efetivação. Ademais, as decisões proferidas pelos ministros Dias Toffoli e Luiz Fux, descortinaram o legítimo espaço de atuação da Corte Constitucional pátria no âmbito do controle de constitucionalidade.

Diante disso, o presente estudo adotou o sistema de freios e contrapesos da Constituição Federal de 1988, com objetivo de expor e comprovar a eficácia e efetividade do juiz de garantias, como garantidor dos direitos individuais e dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

É evidente a resistência do sistema judiciário brasileiro às revoluções processuais penais. A inércia de mais de 10 anos na discussão do Projeto de Lei do Senado (PLN) de número 156, refletiu a falta de interesse político na efetiva reforma do sistema processual penal. Já na efetivação da Lei 13.964/19, os embates da Corte Constitucional suprimiu o espaço político inerente ao Poder Legislativo, violando o princípio democrático, em que os exames sobre a constitucionalidade dos atos do legislativo extrapolaram o legítimo espaço de atuação da Corte

Constitucional.

Os argumentos da má-formação do processo político decisório suscitado pelo Ministro Luiz Fux e o argumento de prolongamento do período de *vacatio legis* inicialmente de 30 (trinta) dias, foram compreendidas como necessárias diante da reestruturação a ser enfrentada pelo Poder Judiciário brasileiro. Todavia, tal argumento não pode ser confundido com o esvaziamento do conteúdo da norma. Entendeu-se como impositivo, que a Corte Constitucional estabeleça um prazo infindável, a fim de que a suspensão dos efeitos da legislação tenha início e fim demarcados.

Sob a inconstitucionalidade formal da lei 13.964/2019 sustentada nas ADIs, a criação do juiz de garantias não necessariamente corresponde à criação de novos cargos, mas a uma repartição de competências dos próprios magistrados no âmbito de atuação no processo penal. Além disso, essa medida se encontra em conformidade com o artigo 22 da Constituição Federal, que compete à União legislar sobre matéria processual penal.

Cumprе enfatizar que, de fato o período de *vacatio legis* de 30 (trinta) dias se mostra incompatível com tamanha mudança no sistema judiciário. Para tanto, o poder judiciário deve proporcionar um ambiente capaz de receber essa inovação, e ao mesmo tempo torná-la eficaz. No Chile, antes da implantação dos juizes de garantias foi feita uma adequação paulatina e todos os magistrados e servidores do âmbito judiciário receberam um treinamento com a devida qualificação para lidar com essa novidade de modo natural e para que esse processo que não afetasse negativamente o andamento do rito processual.

Além disso, atualmente as atividades dos magistrados estão concentradas cada vez mais na esfera virtual, seja por meio de audiências on-line, encontros ou cursos à longa distância. Fato que desconstrói a morosidade arguida pelos Ministros, ainda que os municípios menores possuam um quadro de magistrados reduzidos, a temporalidade virtual tem demonstrado que é possível ter um judiciário atuante e eficiente, mesmo que distantes fisicamente.

Por fim, os limites orçamentários levantados pelos Ministros jamais poderão servir de óbice para criação de um sistema útil à democratização da justiça penal no Brasil, cabendo dentro do período de *vacatio legis* a apresentação de estudos prévios de impacto para instituição.

Esse movimento contrarreformista é consagrado por doutrinadores como Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa como uma sabotagem inquisitória. É a tendência do juiz em não querer se afastar da fase processual investigatória, e na medida em que se substitui a atuação probatória do julgador para a acusação, o juiz deixa de produzir provas para condenação (ROSA; LOPES JÚNIOR, 2019).

A forte resistência de setores da magistratura e do Ministério Público chega quanto a reformas consubstanciadas nos ideais acusatórios no processo penal foram determinantes para o afastamento do juiz de garantias do CPP. Após a sanção presidencial da Lei 13.964/19, chamada de pacote anticrime, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juízes Federais (AJUFE) ingressaram com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6.298), impugnando a criação do juiz de garantias, bem como, a inconstitucionalidade dos artigos 3º-A a 3º-F, introduzidos pela Lei 13.964/19.

As reformas legislativas devem sempre estar atreladas a mudanças de práticas, desse modo, se a inserção do juiz de garantias no Brasil não vier acompanhada de uma verdadeira ruptura ideológica das instituições para a inovação, assim como, o devido suporte como ocorreu em países como o Chile, a tendência é de que não as coisas não mudem, e que tudo fique como sempre esteve.

Pensar em uma adequação democrática do Código de Processo Penal brasileiro à Constituição Federal de 1988 não é medida inovadora, mas necessária para o correto desempenho da justiça e do Estado Democrático de Direito no Brasil. A estrutura inquisitória que permeou a construção do Código de Processo Penal em 1941 não se compatibiliza com o ideal democrático de justiça, desse modo, o instituto do juiz de garantias deve ser corretamente consolidado para colaborar com o avanço legal do país.

A preparação e capacitação dos setores da magistratura e do Ministério Público não por um curto prazo, mas por um período que permita o amadurecimento da criação do juiz de garantias, é a medida eficaz para sua criação e efetividade de modo pleno no sistema judiciário.

7 REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

AVOLIO, Luis Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivay. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.).

Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Tradução de Elaine Nassif. 8 ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: T teoría del garantismo penal. 3 ed. Madrid: Trotta, 1998.

GILOVICH, T., Griffin, D., & Kahneman, D. **Heuristics and biases**: the psychology of intuitive judgment. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

HAYES, Steven C.; BARNES-HOLMES, Dermot; WILSON, Kelly. Contextual behavioral science: creating a science more adequate to the challenge of human condition. **Journal of Contextual Behavioral Science**. n. 1, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Chile: Centro de Estudos de Justicia de las Américas, CEJA, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. **A Imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. São Paulo: PUC/RS, 2020.

MANZINI, Vincenzo. Trattato di diritto penale italiano. Nuova edizione. Torino: Utet, 1950. V. I.

MARTIN, Jorge Eduardo Sáez. **El juez de garantía en el sistema adversarial**: El modelo adversarial en Chile. Santiago: Thomson Reuters, 2013.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAYA, André Machado. **Juiz de garantias**: fundamentos, origem e análise da lei 13.694/19. São Paulo: Tirant le Blanch, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCHÜNNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, nº 11 , 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Editora Juspodivum, 2017.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de processo penal tomo I**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967.

TULKENS, Françoise. O procedimento penal: grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processo penal e direitos do homem**. São Paulo: Manole, 2004.