



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO
CIENTÍFICO

O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: Os desafios emergentes de implementação e democratização do sistema de justiça criminal.

Rodrigo Barbosa Santana

Professor-orientador: Me. Alex Daniel Barreto Ferreira

Aracaju

2020

RODRIGO BARBOSA SANTANA

O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: Os desafios emergentes de implementação e democratização do sistema de justiça criminal.

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em ___/___/___.

Banca Examinadora:

Professor-orientador

Universidade Tiradentes

Professor Examinador

Universidade Tiradentes

Professor Examinador

Universidade Tiradentes

O JUIZ DE GARANTIAS NO PROCESSO PENAL: Os desafios emergentes de implementação e democratização do sistema de justiça criminal.

THE GUARANTEE JUDGE IN THE CRIMINAL PROCEDURE: The emerging challenges of implementation and democratization of the criminal justice system.

Rodrigo Barbosa Santana¹

RESUMO

O presente trabalho trata da instituição do juiz de garantias no Direito Processual Penal brasileiro, do surgimento até a efetivação na legislação. O objetivo é mostrar os possíveis efeitos com a aplicação desse instrumento, com base numa revisão bibliográfica sobre o assunto. Precedida em buscas no projeto de Lei 156/2009 que dentre as mudanças, tinha em sua matéria a instituição do juiz garantidor, efetivação trazida na Lei 13.964/19 e na doutrina. A discussão traz reflexões sobre garantir a imparcialidade, de modo que a ação penal com dois tipos juízes, um para fase pré-processual e outro para instrução e julgamento. Palavras-chave: Direito Processual Penal. Imparcialidade do juiz. juiz de garantias. Constitucionalização do Processo Penal.

ABSTRACT

The present work deals with the institution of a judge of Brazilian criminal procedural law, of the surgical type until the effective of the legislation. The objective is to show the possible effects with the application of this instrument, based on a bibliographic review on the subject. Preceded by searches in Bill 156/2009, which included changes in the matter, the institution of the guaranteed judge, effectiveness brought in Law 13,964 / 19 and in the doctrine. A discussion brings reflections on guarantee of impartiality: a criminal action with two judgments, one pre-procedural phase and another for instruction and judgment. Keywords: Criminal Procedural Law. Impartiality of the judge. Guarantee judge. Constitutionalization of Criminal Procedure.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: rodrigobarbosa175@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

Figura nova no direito brasileiro, o Juiz das Garantias restou integrado ao ordenamento jurídico a partir do pacote de aperfeiçoamento da legislação processual penal denominado de “Pacote Anticrime”, materializado entre nós, através da Lei nº 13.964/2019, especialmente responsável pela alteração do Art. 3º do Código de Processo Penal.

A promulgação da lei e inserção da figura do Juiz das Garantias foi objeto de vasta discussão na academia, nos espaços forenses e será motivo, no presente trabalho, de exposição que aborda todo o *iter* de aperfeiçoamento de instrumentos garantidores da imparcialidade do Poder Judiciário até a efetivação do Juiz das Garantias no sistema processual brasileiro.

O Juiz das Garantias foi inicialmente pensado num momento pós Segunda Guerra Mundial em algumas nações europeias, o intuito era comportar um sistema de garantias e direitos fundamentais. No Brasil, a discussão do referido instituto se aprofundou em 2009, decorrente de projeto de lei que pretendia implementar um Novo Código de Processo Penal, que se propusesse sintonizar com a Constituição de 1988.

A partir da onda de debates introjetada pela atuação da força tarefa da chamada Operação Lava-Jato, responsável pela condução da maior investigação sobre crimes de corrupção já patrocinada no país, e as consequentes graves denúncias de abusos nas conduções processuais por parte do Juízo processante, imparcialidade questionada, a discussão a respeito da democratização do Processo Penal ganhou centralidade.

Esse artigo propõe um estudo realizado a partir das reflexões doutrinárias, do projeto de lei 156/2009 e da Lei 13.964/2019. Na doutrina foram retirados interpretações e conceitos, por outro lado temos o projeto de lei que contribuiu na criação do juiz de garantias pela lei 13.964/2019.

O objetivo geral desta pesquisa é, portanto, mostrar como funcionará o instituto no sistema processual brasileiro e quais são os desafios que permeiam a sua efetiva implementação no direito pátrio, tendo em vista que propõe alterações que são muito mais profundas do que a mera inserção de um dispositivo legal.

O presente trabalho é justificado em razão das dúvidas e incertezas ainda colhidas pelos operadores de direito, tendo em conta que a figura do Juiz das Garantias é, para parte da doutrina, a mais sentida inovação no âmbito processual penal em longos anos.

Cronologicamente, no primeiro capítulo, tecem-se os elementos históricos da Imparcialidade do Juiz no Estado Democrático de Direito, mormente à luz dos contributos do Direito Internacional. Há uma primeira parte sobre a Imparcialidade na Constituição Federal de 1988 e, em seguida, sobre a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos e o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos.

No segundo capítulo, entrelaçam-se algumas ideias sobre os aspectos constitucionalização do processo penal no Brasil. A partir da revisão sistemática da bibliografia escolhida, fala-se sobre os sistemas inquisitivo, acusatório e misto.

No terceiro capítulo, percorre-se um caminho para criação do Juiz das Garantias, da propositura do Projeto de Lei 156/2009 que findou arquivada, e suas contribuições para efetiva propositura do instituto na Lei 13/964/2019.

No quarto capítulo, o presente trabalho dedica especial cuidado a lidar com os desafios encarados em razão da necessidade de implementação efetiva da norma, especialmente observando as batalhas que passaram a ser encetadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Apresentados os aspectos introdutórios, a presente pesquisa avança por capítulos a demonstrar os elementos que oferecem sustentação ao instituto objeto da pesquisa.

1. IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: REFLEXÕES A PARTIR DA POSITIVAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Entre compromissos democráticos assumidos no seu âmbito, a Constituição Federal adotou a garantia fundamental de vedação ao juízo de exceção, previsão típica em Estados Democráticos de Direito, fazendo irradiar tais efeitos para legislação infraconstitucional, a exemplo do Código de Processo Penal.

É possível colher do texto constitucional, além das garantias conferidas aos membros do Poder Judiciário, conforme previsão do artigo 95, *caput* da CF/88, a própria vedação a magistrados e tribunais de exceção no art. 5º, XXXVII, que representa a materialização do princípio do Juiz Natural.

Segundo Tavares (TAVARES, 2012), a imparcialidade do magistrado é base que serve de sustentáculo para a estrutura do Estado de Direito e, por via transversa, esta imparcialidade é fiadora da tão almejada segurança jurídica.

A irradiação prenunciada pela Constituição Federal complementa seus efeitos, no ordenamento jurídico brasileiro, entre tantos outros dispositivos, nos artigos 254 e 255 do Código de Processo Penal, prevendo as hipóteses que o magistrado poderá ser afastado da ação, para garantir a imparcialidade em situações que houverem suspeição ou impedimento.

Sempre visando a imparcialidade que os magistrados devem agir e mantendo a atenção ao princípio do contraditório, os juízes devem oferecer às partes um tratamento igualitário. (REIS; GONÇALVES, 2016).

Fato é que desde o fim da Segunda Guerra Mundial, num retrato que observa a própria viragem que consagra a concepção contemporânea dos Direitos Humanos, a exigência da imparcialidade judicial tornou-se um postulado referenciado nos diversos tratados internacionais difundidos nas democracias ocidentais e especialmente passou a ser esperado em sentido prático, notadamente em razão das incongruências sentidas por ocasião do estabelecimento do Tribunal de Nuremberg².

Atualmente, essa garantia fundamental encontra-se positivada, como Direito Humano e ganhou espaço em documentos internacionais de altíssima relevância como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10), Declaração Americana dos Direitos do Homem (art. 26, 2), Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.1), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, I), além do Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (art. 6, 1).

Os documentos internacionais mencionados, segundo Barroso (2015, p. 312) são fortemente inspirados pela escola da volta dos valores que encontra campo na crise do positivismo jurídico resultante dos desastres ocorridos nas experiências nazista e fascista para firmar um novo marco civilizatório, trazendo a dignidade da pessoa humana para o centro dos interesses.

Regionalmente, entre nós, a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos é um exemplo de reflexo positivo no ordenamento pátrio, visto que dispõe em seu artigo 8 (1), que todas as pessoas são detentoras do direito para serem ouvidas com garantias e dentro do prazo

² É razoável crer, nessa linha de intelecção, que o próprio Direito Internacional passou a agitar a possibilidade de superação dos Tribunais de Exceção com a gestação do Tribunal Penal Internacional, capaz de inativar a formulação dos Tribunais Penais *ad hoc*, que embora movidos na antiga Ioguslândia e em Ruanda, com o objetivo de garantir a reparação criminal no âmbito daqueles Estados, trazia consigo a sentida chaga da parcialidade encontrada no alhures mencionado Tribunal de Nuremberg, por exemplo.

razoável, pelo Juiz ou tribunal competente, atuando de maneira independente e imparcial, já estabelecidas por lei, para que sejam apuradas qualquer acusação penal contra ela.

A Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos gestam um aparato responsável por monitorar o adequado cumprimento das obrigações estabelecidas naquele documento internacional. Os órgãos responsáveis, nesse desiderato, são a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana, esta última com competência sentida apenas pelos Estados que desejarem reconhecer a sua competência contenciosa. (PIOVESAN, 2014)

A Corte Interamericana, órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, vale destacar, tem produzido relevante jurisprudência – vinculativa aos Estados que reconhecem a sua competência contenciosa – de modo a afirmar o dever de imparcialidade e observância do devido processo legal³.

O Pacto internacional sobre direitos civis e políticos internalizou através do seu decreto 592, de julho de 1992, disposto em seu artigo 14º as deliberações sobre imparcialidade, tratando sobre a afirmação de igualdade entre todas as pessoas perante os tribunais e as cortes de justiça. Todos deverão ser ouvidos publicamente e que seja garantido um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecidos na lei, para que sejam apurados de qualquer acusação de caráter penal contra ela.

A respeito do Pacto Internacional em alusão, não é demais recobrar que o Brasil, através do Decreto Legislativo nº 311/2009 aprovou o Protocolo Facultativo que potencializa o espectro de atuação das ferramentas de monitoramento, aí incluído o Comitê de Direitos Humanos, permitindo, por exemplo, que os nacionais brasileiros apresentem petições individuais caso vejam tolhidos dos direitos que são objeto do Pacto Internacional⁴.

Tais ferramentas de monitoramento e Tribunais, naturalmente acrescidas dos chamados *shadow reports* (informações prestadas por organizações não-governamentais), não apenas cristalizam no âmbito do direito interno um ânimo de observância dos postulados de vedação ao Juízo de Exceção e da garantia à imparcialidade do Juízo, como estabelecem

³ Exemplificativo, nessa senda, é o caso Durand y Ugarte vs. Peru, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 16 de agosto de 2000, em que o Tribunal reafirma o dever dos Estados em garantir o respeito ao devido processo legal e imparcialidade do Juízo.

⁴ Interessante destacar que o primeiro nacional brasileiro a utilizar da ferramenta foi precisamente o então Presidente responsável pela ratificação do Protocolo Facultativo, o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, que por intermédio dos Advogados Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins e Geoffrey Robertson, alegava justamente ter sido alvo de violação dos artigo 14(1)(2) do Pacto, pontuada a suposta ausência de observância do primado da imparcialidade do Juízo que conduziu feito criminal que lhe impossibilitou de se candidatar a corrida presidencial no ano de 2018.

uma relação vinculativa, inclusive em observância ao princípio da boa-fé no cumprimento dos Tratados Internacionais⁵.

Demonstradas as interações do instituto da imparcialidade do Juízo e da vedação ao Juízo de exceção, retiradas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, este artigo científico passa a analisar os reflexos do instituto à luz da Constitucionalização do Direito e dos reflexos do neoconstitucionalismo brasileiro.

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL NO BRASIL

O Decreto-Lei 3689 de 3 de outubro de 1941 que instituiu o Código de Processo Penal historicamente inspirou críticas em razão da sua dissociação dos postulados democráticos e garantistas, apresentando mais apreensão com a segurança pública, resultado contemporâneo de sua promulgação no longínquo ano de 1941, do que uma efetiva observância dos princípios que norteiam um processo orientado pelos postulados de Direitos Humanos.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Código de processo penal que se orientava pelo princípio da culpabilidade e o perigo do agente, passou a ser observado a partir dos sistemas de garantias individuais, contemplando no seu artigo 5º, LVII, o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência. A mudança passou a exigir que o processo não fosse tratado como veículo para aplicação de leis e sim que fosse transformado em um instrumento garantidor do indivíduo em face do estado. (PACCELLI, 2020)

O processo, sob a égide da constitucionalização, passa a ser justo e realizado sob instrução contraditória, perante o magistrado, é exigida a participação de defesa técnica, isso sendo a única maneira de construção válida do convencimento judicial. São proibidas as provas ilícitas e as provas derivadas das ilícitas. (LOPES JUNIOR, 2019), o processo penal moderno é o próprio fator legitimante da atuação estatal.

De acordo com Castilho (2017, p. 113):

Não basta assim que a instauração de uma investigação ou constituição de processo seja formalmente válida ou que se observem os pressupostos e requisitos de ordem formal. É preciso que, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da presunção de inocência e todo o estatuto de direitos correspondentes, seja o processo substancialmente motivado por valores e razões absolutamente obedientes ao conteúdo constitucional do bloco de direitos e com exata e rigorosa compatibilidade

⁵ O Brasil é signatário da Convenção de Viena, e ratificou o documento no ano de 2009 através do Decreto nº 7.030/2009. O Artigo 26 da Convenção de Viena estipula que todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

com os pressupostos respectivos, sempre apoiados em fatos objetivos, concretos, provados e verdadeiros.

A propósito, com a constituição de 1988, o Ministério Público passou a ser uma instituição independente e estruturada, com ingresso somente pela via do concurso público, devendo atuar com imparcialidade⁶. Após mudanças, lhes foi incumbida a defesa das ordens jurídicas, deixando de ser de interesse exclusivo da função acusatória⁷.

Essencial para os objetivos do presente trabalho é identificar, a partir do processo de constitucionalização do processo penal, o curso de estruturação dos sistemas de processamento no âmbito penal, respalda um verdadeiro termômetro de elementos democráticos ou autoritários do ordenamento, segundo Lopes Junior (LOPES JUNIOR, 2019)

No que tange ao termômetro democrático, não se deve perder de vista que no processo de constitucionalização do processo penal houve que se conviver com um Código de Processo gestado no período autoritário do Estado Novo e que percorreu todo o regime ditatorial civil-militar, entre 1964 e 1985, sem grandes alterações em seu teor⁸, com justa menção à Reforma Processual de 2008, a mais incisiva de todas elas, mas que, por exemplo, passou a facultar ao juiz, de ofício, “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”.

Sem pleno encaixe inquisitorial, mas comprometido constitucionalmente com um modelo que devia se afirmar acusatório, a doutrina passou a classificar o sistema brasileiro nomeadamente misto.

O sistema misto é a separação do processo em fase pré-processual, que é inquisitório, e fase processual, que é acusatório. Essa é geralmente considerada do sistema brasileiro alguns entendem que o inquérito é inquisitório e a fase processual é acusatória, isso por causa da atuação do Ministério Público acusando. É comum pela doutrina que seja classificado

⁶ Apesar da missão constitucional, Casara (2017) denuncia que o Ministério Público tem se desviado dos seus objetivos resguardados, transformando-se no que o Autor chama de agente da pós-democracia, responsável por potencializar a repressão, independentemente das regras do jogo democrático.

⁷ Mais recentemente o Projeto de Lei nº 5282/2019 de autoria do Senador Antonio Anastasia propõe um redimensionamento constitucional da atuação do Ministério Público no âmbito do Código de Processo Penal, passando a conferir a objetiva obrigação ao *Parquet* de alargar a investigação a todos os fatos pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, independentemente de interessarem à acusação ou à defesa.

⁸ Apenas a título ilustrativo, o Chile, que passou por um regime autoritário que se espacou entre 1973 e 1990, promoveu uma profunda reforma no seu sistema de justiça criminal nos anos de 2000, inclusive com o intuito de promover uma “redemocratização” do seu Código de Processo Penal, incluindo a figura do Juiz das Garantias e fazendo incidir definitivamente os princípios da oralidade e da publicidade no seu ordenamento.

como sistema misto, justamente pela divisão do processo penal em duas fases, e assim possibilitando predomínio da forma inquisitiva na fase preparatória e da acusatória na fase processual, e assim caracterizando o sistema misto. (LOPES JUNIOR, 2019)

Segundo Avena (AVENA,2019) há dois enfoques, o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório. Ocorre que nosso processo penal é regido por código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva.

A doutrina costuma apartar o sistema inquisitório do sistema acusatório pela titularidade do órgão que vai acusar: o inquisitorial é o sistema em que todas as funções de acusação e julgamento ficam reunidas em uma só pessoa ou órgão distintos. Outras características do modelo inquisitório, e com sua inteira superação no tempo em nosso ordenamento, não existem maiores interesses, exemplo do processo verbal que é em segredo, sem garantia do contraditório e defesa, nesses casos o acusado era visto como um objeto da ação penal. No sistema inquisitório, o juiz atua na fase de investigação, o processo acaba iniciando com a *notitia criminis*, e seguindo a investigação, acusação e depois julgamento.

No sistema acusatório existem órgãos distintos para a função de acusação, investigação e para julgar. O processo somente terá início após oferecimento da acusação. Após modificações trazidas pela Lei 13.964/19 no processo penal, foi instituída a figura do juiz de garantias e assim, como se verá adiante, aparentemente passa-se a estruturar um modelo mais sólido de sistema acusatório.

A norma foi introduzida pelo Art. 3º-A. O grande passo com a criação do juiz de garantias foi um esclarecimento do legislativo com relação a estrutura acusatória do processo. Com o novo Art. 3º-A, foi vetado expressamente que na iniciativa judicial como substitutiva do ônus acusatório que recai para o autor do processo penal, assim consagrando de maneira definitiva o modelo acusatório no processo penal, ficando assim claro, que o juiz não detém iniciativa probatória autônoma, cabendo somente para fins do esclarecimento se houver dúvidas durante a instrução. (PACCELLI ,2020)

A definição do modelo de Estado Democrático de Direito pode variar. Haverá uma atenção maior, já que é definida preferencialmente como filosofia política, quando do outro lado é mais ligada à dogmática do Direito Constitucional, que são os aspectos do funcionamento do estado, político, social, econômico e da atribuição dos poderes e das competências públicas e privadas.

Existem outros modelos que são ligados também, e ainda mais especificamente, a uma Filosofia Política do Estado, os valores prévios estão consagrados no texto da Constituição.

Segundo Casara (2017, p. 106) a perspectiva filosófica orientadora do modelo de justiça criminal brasileiro tem fincas autoritárias, o que naturalmente serve como óbice à concretização do processo de constitucionalização do Processo Penal, notadamente porque, quando as normas não representam a dissociação do que é antidemocrático as ações adotadas pelos operadores do direito podem representar o distanciamento do processo justo e imparcial⁹.

No processo penal brasileiro, que se pretenda obediente à Constituição, é preciso que se sacramento o tripé, qual seja, acusação, contraditório e imparcialidade, o que será fundamental para a instituição de um processo efetivamente pautado num sistema acusatório.

São estas as premissas fundantes da realização de um devido processo legal substancial, que busca necessário apoio na figura do Juiz das Garantias, que é objeto específico do próximo capítulo.

3 JUIZ DAS GARANTIAS NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto do juiz das garantias tem escoras no pós Segunda Guerra Mundial, quando o Direito passou a ser redimensionado para comportar um sistema de garantias e direitos fundamentais – o chamado período do neoconstitucionalismo ou da volta dos valores.

Modelos dessa natureza podem ser mirados na França, que possui o chamado “Juizado de Instrução”, trifásico, amparado pelo Capítulo II do *Códe de Procédure Pénale*. Na Espanha, onde o processo penal cultiva as fases sumária, intermediária e juízo oral e, ainda, no direito italiano que oferece uma fase preliminar (*giudice pe le indgini preliminari*) em que há intensa interação entre o Poder Judiciário e os órgãos de investigação sempre que os atos possam causar restrições às liberdades do investigado.

É certo que a instituição da figura nos ordenamentos representa uma complementação aos tratados internacionais de direitos humanos que logo depois começaram a ser internalizados, com toda a relevância dos direitos fundamentais adicionados aos

⁹ Pertinente recordar o paradigmático julgamento das ADPFs 395 e 444 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em que se discutiu, por exemplo, a constitucionalidade das conduções coercitivas de réus ou investigados para fins de interrogatório, prevista ao lume do Art. 260 do Código de Processo Penal, medida tomada em profusão por magistrados na seara criminal e que, a todo efeito, revelam uma incompatibilidade com o teor da Constituição, como decidiu majoritariamente a Suprema Corte.

ordenamentos, com isso as próprias legislações infraconstitucionais passaram a ser usados como garantidores dos direitos e liberdades do cidadão, limitando o poder estatal. (ESTRAMPE, 2005).

A implementação do Juiz das Garantias no Brasil é objeto de discussão no âmbito da doutrina há longo período, tendo se aprofundado o debate desde 2009, quando foi apresentado Projeto de Lei 156/2009, de autoria do então Senador e ex-presidente José Sarney, mas elaborado por uma comissão que pretendia reformar o Código de Processo Penal na sua plenitude no intuito de adequar com os padrões democráticos procedente da Constituição Federal de 1988.

O projeto de reforma do Código de Processo destacou no primeiro capítulo a mais significativa das propostas: a implementação do juiz das Garantias. Como justificativa, o apoio à demonstração de magnitude da função jurisdicional no âmbito do setor Público e a dimensão transindividual das decisões judiciais, tratando-se, portanto, da materialização definitiva do princípio da imparcialidade.

Diante motivações, o instituto do Juiz de Garantias está presente no Capítulo II do extinto projeto de reforma do Código de Processo Penal, no seu artigo 14, em que se destacavam todas competências que deviam ser respeitadas a fim de manter a legalidade das investigações preliminares e assim garantindo os direitos individuais, ou seja, era imprescindível a prévia autorização da autoridade jurisdicional.

Já na parte final do projeto de lei arquivado, observa-se que a competência do juiz das garantias é exaurida após a propositura da ação penal, delegando a tarefa de recebimento da eventual denúncia ao juiz natural, que adotaria uma nova dinâmica de cognição das provas produzidas, inclusive justificadamente reexaminando a necessidade de medidas cautelares em andamento, sugerindo que não há possibilidade do reexame das que foram indeferidas pelo juiz de garantias. É preciso que seja estabelecido um ponto de separação, para que sejam evitados os equívocos.

Após longo período adormecido, notadamente em razão do insucesso do PLS 156/2009, o instituto do Juiz das Garantias calhou de ser aprovado no ano de 2019. Compreender a inspiração do projeto que tramitou e foi aprovado, contudo, impende reconhecer o momento jurídico-político atravessado.

O uso inadequado de institutos processuais penais se tornou amplamente denunciado no âmbito do direito brasileiro a partir da chamada Operação Lava Jato. A expressão inglesa *lawfare*, que em tradução literal reputa em uma “guerra jurídica”, ganhou espaço na academia

e nas petições dirigidas aos Juízos criminais e tribunais superiores, de tudo agravado após as sucessivas arguições de suspeição do Magistrado Federal responsável pela condução dos processos criminais objeto da Operação Lava Jato¹⁰.

É amplamente difundido no debate que permeia a perspectiva do Direito Penal do Inimigo, termo cunhado por Gunther Jakobs, e que aponta a maleabilidade dos instrumentos penais e processuais penais em relação a agentes específicos, a fim de criminalizar as suas condutas, negando-lhes direitos e garantias usualmente concedidos a outras castas sociais.

Contudo, os processos deflagrados no âmbito da Operação Lava-Jato mereceram uma ampla repercussão no direito interno, *máxime* em razão dos direcionamentos que, inegavelmente, atingiram personalidades políticas e empresariais, causando efeitos sentidos inclusive durante a realização das eleições brasileiras dos anos de 2016 e 2018.

O juiz das garantias, merece registro, foi implementado a reboque do chamado “Pacote Anticrime” apresentado pelo ex-Magistrado e Ministro da Justiça Sérgio Fernando Moro, justamente aquele que motivou as mais acirradas discussões contemporâneas sobre o tema da imparcialidade do Juízo¹¹.

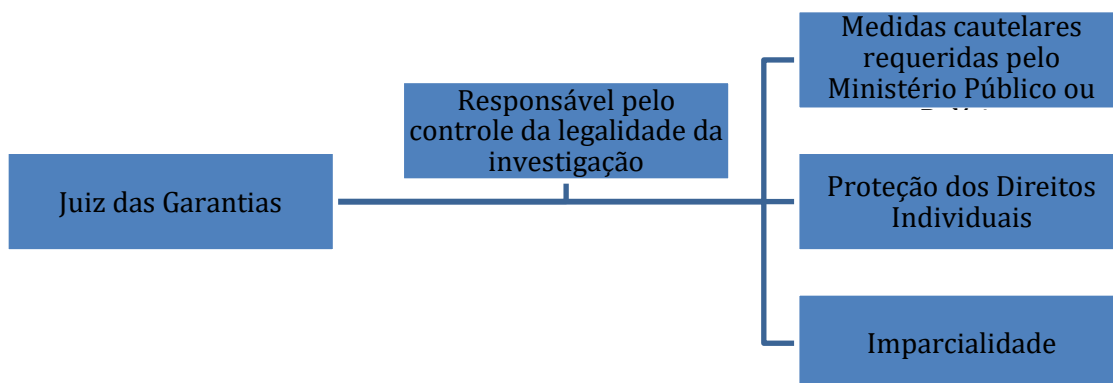
Com efeito, o instituto do Juiz das Garantias, da forma que restou inserido no Código de Processo Penal busca resolver relativamente a incompatibilidade entre a regra e a prevenção com a garantia de imparcialidade no processo penal, atendendo à grande necessidade de melhorar as ações que, visem diminuir as perdas aos direitos fundamentais, embora esse projeto não tenha sido aprovado, acabou motivando elementos que constam na Lei 13.964/19.

A lei 13.946/19 trouxe do projeto 8.045/10 a criação do juiz de garantias, que será responsável pelo controle de legalidade da investigação no âmbito das medidas cautelares pessoais, reais ou probatórias na fase, desde que sejam requeridas pelo ministério público ou polícia judiciária. Cabe a ele a proteção dos direitos individuais, conforme consta no artigo 3º-B, todo juiz é essencialmente um garantidor dos direitos individuais no processo penal.

¹⁰ A situação narrada ganhou contornos próprios na medida em que o juiz responsável pela condução da maioria dos processos da Lava Jato exonerou-se voluntariamente do cargo para assumir a condição de Ministro de Estado do Presidente Jair Bolsonaro, adversário político do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva no ano de 2018, este último tornado inelegível por força de sentença criminal condenatória proferida pelo então Juiz Sérgio Fernando Moro. As arguições de suspeição do ex-juiz ganharam reforço com a divulgação de mensagens pessoais trocadas entre o Juiz e os membros do Ministério Público Federal, que denotavam uma verdadeira “parceria” entre órgão julgador e acusador. A demanda pende de julgamento conforme Habeas Corpus 164.493 impetrada perante o Supremo Tribunal Federal.

¹¹ É digno de registro que a emenda ao projeto original do Pacote anticrime é de autoria do Deputado Federal Marcelo Freixo (PSOL-RJ), e foi objeto de permanente rejeição pelo ex-Ministro Sérgio Fernando Moro.

O juiz ao deferir a quebra de alguma garantia constitucional, obviamente não faz do magistrado um auxiliar qualificado para investigação. A criação do juiz de garantias teve a intenção de assegurar a tutela das garantias individuais, melhorando a dimensão da norma do princípio do juiz natural, imparcial e afastado dos fatos.



(Ilustração deste autor)

O juiz de garantias será o juiz de competência estadual, juiz federal e juiz eleitoral. Não houve mudanças perante o juízo, é assim desde 1988. Com efeito, a figura do juiz de garantias guarda sintonia com a Constituição Federal, pois é de conformação legislativa. Essa matéria é de conformação legislativa, no âmbito das criações de normas processuais, que são de competência do congresso nacional. De mesmo modo não há inconstitucionalidade na norma do art. 3º-D, CPP, incluída pela lei 13.964/19, que institui como regra processual de impedimento ao juiz para o processo quando ele tiver atuado na fase de inquérito.

Já quando se trata do rodízio de comarcas, acontece que nas cidades que houver apenas um juiz, será o juiz de garantias o magistrado da comarca da cidade vizinha, é notório que houve uma invasão de matéria reservada ao poder judiciário cometida pelo poder legislativo, isso porque cabe ao tribunal competente a escolha dos critérios mais adequados para sua organização. Nesse ponto existem críticas sobre a atuação legislativa, nas comarcas que estiver com apenas um juiz, não deveria valer a regra do impedimento. (PACCELLI, 2020)

Dentre as novidades no artigo 3º-B, cabem algumas ponderações que serão listadas abaixo:

- a) Inciso IV, essa nova regra se refere a “outras investigações”, ela não se refere as que são promovidas em inquéritos policiais, mas sim diretamente nos procedimentos investigativos criminais – PIC’s, que são levados a termo pelo Ministério Público,

nas hipóteses até então reguladas internamente. A comunicação de sua instauração ao Juiz das Garantias lhes dará maior legitimidade à atuação investigativa interna.

- b) Inciso VI, vem para associar ao §2º do mesmo artigo 3º-B, trata-se do tempo máximo da prisão provisória e sua prorrogação. Importante observar, que passados 10 (dez) dias, que é o prazo máximo para encerramento das investigações, podendo ser prorrogado por mais 15 (quinze) dias, ainda restará o prazo de 5 (cinco) dias ao Ministério Público para oferecimento de denúncia, se for descumprido esse prazo, poderá ser aplicado o relaxamento de prisão.
- c) Artigo 3º-B, aqui é reafirmado a competência do juiz das garantias para a prorrogação do prazo do inquérito, porém limitado aos casos de prisão dos investigados.
- d) Inciso XI, poderá o juiz das garantias, julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia, se a autoridade impetrada for a autoridade policial, será ouvido o Ministério Público.
- e) Inciso XVII, o juiz das garantias decidirá sobre a homologação de acordo de não persecução ou colaboração premiada quando forem formalizadas durante a audiência, nesse caso é exercido a função judicial na fase investigativa. No caso da colaboração premiada, só haverá competência se for firmada na fase de processo.
- f) E por final, §2º que trata sobre a não vinculação do juiz das garantias diante das decisões por ele proferida, e o juiz da instrução e julgamento deverá após o recebimento da denúncia ou queixa, reexaminar a necessidade das medidas cautelares.

A rigor das inovações, a figura do Juiz das Garantias ainda encontra óbices à integral implementação, encontrando-se inclusive com a eficácia suspensa em razão de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Tais desafios são melhor narrados no capítulo seguinte.

4. DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL

É isento de dúvidas que, seja sob o ponto de vista legal/formal, seja sob a perspectiva de implementação prática do instituto, a figura do Juiz das Garantias enfrentará diversos desafios até que se faça sentir na realidade prática e na vida das pessoas.

Trata-se, afinal, de instituto que pretende reconstruir um sistema processual penal e torna-lo assente à disposição constitucional. Castanho de Carvalho e Milanez (2020),

destacam que, no Brasil, ao contrário do que aconteceu no Chile, por exemplo, a implementação do Juiz das Garantias encontra fortíssima resistência na magistratura,

No Chile, a reforma global do CPP (LGL\1941\8) contou com amplo apoio da magistratura, tendo-se investido fortemente em capacitação de magistrados e servidores para atuar da melhor forma possível dentro da lógica acusatória. O amplo consenso quanto à democratização do processo penal – verdadeira questão de política pública e não apenas de mera administração da justiça – possibilitou uma forte introjeção dos ideais acusatórios no processo penal chileno, podendo-se perceber que, além da modificação legislativa, buscou-se uma ampla modificação de práticas e de mentalidade. Para ser juiz de garantias no Chile, além de aprovação em concurso público, é necessária a aprovação em uma prova específica para o cargo. No Brasil, por seu turno, verifica-se uma forte resistência de setores da magistratura – e também do Ministério Público – no que tange à figura do juiz de garantias e, de forma mais ampla, quanto a reformas que contemplem ideais acusatórios no processo penal. (CASTANHO DE CARVALHO E MILANEZ, 2020)

A circunstância descrita pelos autores se materializa na judicialização que sucedeu à promulgação da Lei 13.964/19. Dentre outros autores, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas perante o Supremo Tribunal Federal, foram especialmente patrocinadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe).

Aqui, a propósito, vale destacar a notícia veiculada pelo portal do próprio Supremo Tribunal Federal em 15/01/2020, que revela ter o Presidente do STF, ministro Dias Toffoli proferido decisão em Ação Direta de Inconstitucionalidade, mantendo liminarmente a validade da norma que institui o juiz de garantias, porém estendeu para 180 dias contando da publicação de sua decisão, prazo esse para sua implementação. De acordo com o Ministro Toffoli, essas alterações trazidas na Lei 13.964/2019 são de grande impacto e se faz necessário um período mais adequado e razoável para sua transição.

A norma que se refere ao juiz de garantias estava prevista para entrar em vigor no dia 23/01/2020, mas para o Ministro Toffoli se fazia necessário um prazo maior para que os tribunais possam se organizar e dar eficácia plena ao instituto, e esta é justamente uma das razões ventiladas pelas Associações de Magistrados nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade supracitada.

Por evidente, a implementação do instituto impacta consideravelmente no orçamento do Poder Judiciário, na medida em que haverá toda uma alteração logística, formal e material dos procedimentos jurisdicionais e, a princípio, um dever de aplicar a regra geral

da imediatidade das leis processuais aos processos em curso, com um exíguo prazo de 30 (trinta) dias de *vacatio legis* para adaptação¹².

Ainda no âmbito das ADIs, o Ministro Dias Toffoli considerou, em sede liminar, que os dispositivos que criaram o juiz de garantias não invadiram a competência concorrente dos estados, Distrito Federal e da União para editar normas sobre procedimento em matéria processual e também não violou o poder da auto-organização dos tribunais. Para o Ministro, regras referentes ao processo penal são de competência legislativa privativa da União, conforme disposição do Artigo 22 da Constituição Federal.

Embora o Ministro Toffoli tenha mantido a validade do instituto, ficou suspenso o dispositivo que determinava o sistema de rodízios nas comarcas que houverem apenas um juiz (artigo 3º-D), tendo o Ministro compreendido liminarmente que essa norma viola o poder de auto-organização e usurpava a sua iniciativa sobre organização judiciária.

Outro ponto de análise é a notícia veiculada pelo portal do próprio Supremo Tribunal Federal em 22/01/2020 que trata da decisão do Ministro Luiz Fux, que se valendo da condição de Relator das Ações, revisou a decisão do Presidente da Corte e determinou a suspensão por tempo indeterminado a eficácia das regras da lei 13.964/2019 que tratam da figura do juiz de garantias. A decisão cautelar foi proferida nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305.

Na decisão, Fux afirma que a instituição do juiz de garantias exige uma complexa engenharia. Para o ministro, a regra pode ferir a autonomia do poder judiciário, pois altera a divisão e organização dos serviços judiciários. O ministro ainda verificou que pode haver ofensa à autonomia financeira do Judiciário, entendendo que essa medida causará impacto financeiro relevante com a necessidade de reestruturação.

A fim de sanar as questões, observando o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, especificamente artigos 13, XVII e 21 XVII, o Ministro Relator decidiu convocar audiências públicas a fim de instruir as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, mantendo suspensão a eficácia do instituto por tempo indeterminado¹³.

¹² Mencionado ao longo desse trabalho noutras oportunidades, o modelo Chileno previu expressamente que as disposições da reforma do seu código processual, inclusive a inserção da figura do Juiz das Garantias, somente seriam aplicáveis aos fatos ocorridos após a sua entrada em vigência. Conforme extraído do artigo publicado por Castanho de Carvalho e Milanez. (2020).

¹³ Da confecção do presente artigo, as audiências públicas haviam sido suspensas em razão da pandemia de Corona Vírus decreta pela Organização Mundial da Saúde em 11 de março de 2020 e que alterou significativamente o funcionamento dos Tribunais brasileiros, a exemplo do Supremo Tribunal Federal.

A controvérsia, entretanto, parece passar ao largo das questões meramente procedimentais. O Poder Judiciário brasileiro, em fato, parece ressentir de uma profunda alteração sistemática e estrutural capaz de democratizar a sua própria atuação, mais sentida, em termos autoritários, quando tratamos da justiça criminal¹⁴.

Assim, verifica-se que um dos óbices encontrados diz respeito à recente judicialização do instituto perante o Supremo Tribunal Federal. Existem atualmente, conforme mencionado, pelo menos 4 (quatro) Ações Diretas de Inconstitucionalidade que carregam os argumentos abaixo esquematizados.

AUTOR	ADI	ARTIGOS IMPUGNADOS	OBJETO DA AÇÃO
AJUFE	6298	Artigo 3º da Lei 13.964 que acrescentou os artigos 3ºA, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F; Artigo 20 da Lei 13.964;	Instituição da figura do Juiz das Garantias; Determinação do prazo de <i>vacatio legis</i> ;
PARTIDOS PODEMOS E CIDADANIA	6299	Artigo 3º da Lei 13.964 que acrescentou os artigos 3ºA, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F; Artigo 20 da Lei 13.964; Artigo 157, §5º incluído pela Lei 13.964;	Instituição da figura do Juiz das Garantias; Determinação do prazo de <i>vacatio legis</i> ; Institui impedimento ao juiz que conheceu prova inadmitida, para que ele não possa atuar na ação penal;
PARTIDO Partido Social Liberal	6300	Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do Código de Processo Penal incluídas pela Lei 13.964;	Instituição da figura do Juiz das Garantias;
Associação Nacional dos Membros do	6305	Artigo 3º-A; 3º-B, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único da do Código de Processo Penal;	Instituição da figura do Juiz das Garantias;

¹⁴ Um parâmetro relevante para o que se afirma pode ser encontrado na pesquisa “Quem somos: a magistratura que queremos”, feita pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) com cerca de 4 mil magistrados no ano de 2019. Ao serem questionados se “a audiência de custódia é um importante mecanismo de garantia processual do acusado e deve ser aperfeiçoada”, 49,8% dos Magistrados manifestaram discordar da figura da Audiência de Custódia, um dos mais relevantes avanços do Poder Judiciário brasileiro em matéria de justiça criminal dos últimos anos e que representou um esforço para adequar as práticas processuais penais ao o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ministério Público	Artigo 28, <i>caput</i> do Código de Processo Penal;	Dispõe sobre alteração no procedimento de arquivamento de inquéritos policiais e procedimentos investigatórios.
	Artigo 28-A, incisos III e IV, §§ 5º e 7º e 8º do Código de Processo Penal;	Tratam do acordo de não persecução penal;
	Artigo 310, §4º do Código de Processo Penal;	Determinação de liberdade imediata ao preso em caso de não realização de audiência de custódia no prazo de 24 horas.

Apresentadas os dados esquematizados, é possível verificar que apesar da promulgação da legislação que redundou na inserção da figura do Juiz das Garantias, há ainda um longo caminho de discussões e desafios maiúsculos para que o Brasil garanta a eficácia do Instituto, seja em razão dos entraves propiciados pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas, seja pela batalha imposta por parte da própria Magistratura refratária a aceitar a implementação do Juiz das Garantias.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível inferir que o instituto do Juiz das Garantias carrega consigo o compromisso, talvez mais decisivo desde a própria promulgação da Constituição Federal de 1988, de tornar o processo penal brasileiro mais imparcial, justo e sintonizado com os postulados do Estado Democrático de Direito.

O instituto do Juiz das Garantias é objeto de debates acadêmicos e doutrinários no Brasil há longo período e, desde a tramitação da PLS 156/2009, ganhou inserção no debate legislativo, enfrentando avanços e retrocessos em grande parte guiados pelos movimentos punitivistas.

A discussão que circundou a inserção do Juiz das Garantias no ordenamento brasileiro tem, ademais, forte influência no processo de efetiva democratização da Justiça Criminal, que a despeito da promulgação da Constituição de 1988, manteve uma perspectiva

autoritária, muito inspirada nas origens do próprio lastro de sustentação do Código de Processo Penal de 1941 e do Código Penal de 1940.

A consagração do instituto a reboque da Lei 13.964/19 é resultado de um recorte histórico de concertações políticas que tem, como principal gênese, a condução dos processos deflagrados no âmbito da chamada Operação Lava-Jato, que a despeito dos reconhecidos êxitos na apuração e condenação de agentes públicos e empresários pela prática de crimes de corrupção, adotou sistemática processual controversa que motivou diversos questionamentos acerca da parcialidade do Juízo e do próprio Ministério Público.

O juiz das garantias, que será responsável pelo controle de legalidade da investigação no âmbito das medidas cautelares pessoais, reais ou probatórias na fase, desde que sejam requeridas pelo ministério público ou polícia judiciária, tentará elidir as eventuais contaminações processuais que seriam eventualmente desencadeadas por magistrados imparciais, movidos por uma sanha inquisitória.

Esse afastamento entre o juiz de garantias e o juiz de instrução e julgamento tornará a decisão final mais próxima do previsto exatamente como na lei, e sem o envolvimento do juiz na parte investigativa.

A inserção do instituto, como não poderia deixar de ser, gerou significativa discussão entre relevantes figuras e instituições favoráveis e contrários ao Juiz das Garantias, o que redundou no ajuizamento das ADIs no Supremo Tribunal Federal e por enquanto o Juiz das Garantias se encontra com eficácia suspensa.

Este trabalho demonstra que a despeito das dificuldades e desafios para efetiva implementação, o Juiz das Garantias somente poderá prover as significativas alterações a que se propõe na medida em que o próprio Sistema de Justiça Criminal e o Poder Judiciário forem profundamente alterados e efetivamente democratizados.

REFERÊNCIAS

AMB e Ajufe ingressam com ADI no STF contra “juiz das garantias”. www.amb.com.br. Disponível em: <https://www.amb.com.br/amb-e-ajufe-ingressam-com-adi-no-stf-contra-juiz-das-garantias/?doing_wp_cron=1590189832.3891348838806152343750>. Acesso em: 22 de maio de 2020.

AMB: implementação do juiz das garantias é inviável e causará prejuízos à aplicação da Lei Maria da Penha. www.amb.com.br. Disponível em:<https://www.amb.com.br/implementacao-do-juiz-das-garantias-e-inviavel-e-causara-prejuizos-aplicacao-da-lei-maria-da-penha/?doing_wp_cron=1590189851.9453299045562744140625>. Acesso em: 22 de maio de 2020.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: MÉTODO, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 02 de maio de 2020.

BRASIL. **Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 02 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm> Acesso em: 02 de maio de 2020.

BRASIL. STF. **Ministro Dias Toffoli mantém criação de juiz das garantias e estende prazo para sua implementação.** portal.stf.jus.br/noticias. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434788&ori=1>>. Acesso em 29 de abril de 2020.

BRASIL. STF. **Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado.** portal.stf.jus.br/notícias. Disponível em:<
<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>>.
Acesso 29 de abril de 2020.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ Bruno Augusto Vigo. O JUIZ DE GARANTIAS NO BRASIL E NO CHILE: BREVE OLHAR COMPARATIVO The guarantee judge in Brazil and Chile: brief comparative look **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 168/2020 | p. 93 - 123 | Jun / 2020 | DTR\2020\7312

CASARA, Rubens. **Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis.** 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. El juez de garantías vs. el juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 17, p. 412, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal.** 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias.** 2 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014.

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

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado.** Saraiva. São Paulo, 5 ed. 2016.

TAVARES, André Ramos; **Manual do poder judiciário brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2012

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos. A magistratura que queremos.** AMB - Associação dos magistrados brasileiros – Rio de Janeiro, 2018. Disponível em:<
https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf> Acesso em: 23 de maio de 2020.

VOLKMER DE CASTILHO, Manoel Lauro. Direito Fundamental ao Processo Justo *in* **O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil**. Cristiano Zanin Martins *et al* (orgs.). São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.