

A INTRODUÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO POR MEIO DO PACOTE ANTICRIME: UMA ANÁLISE ACERCA DE SUA COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Vinícius de Oliveira Guedes¹

RESUMO

O presente artigo se destina a analisar o impacto que o juiz das garantias trará a ao sistema processual brasileiro a partir de sua entrada em vigor. Para tanto, será realizado um estudo interdisciplinar entre o Direito Processual Penal e o Direito Constitucional. Os parâmetros de análise do referido instituto jurídico são os princípios jurídicos que compõem o ordenamento pátrio, em especial os princípios da imparcialidade e do juiz natural. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, no qual será utilizado o método dedutivo. Serão apresentados os sistemas processuais, dando destaque ao sistema acusatório, escolhido pelo sistema processual brasileiro. Em seguida, serão abordados os princípios relacionados à jurisdição penal, destacando-se a importância do superprincípio da imparcialidade, inato à atividade judicante. Assim, será analisado o instituto do juiz das garantias à luz do ordenamento jurídico brasileiro, bem como a partir do julgamento exarado pelo Supremo Tribunal Federal sobre as ADI's de nº 6.298, 6.299, 6.300, 6.305 propostas em face do pacote anticrime, sob a ótica do garantismo penal. Por fim, será considerado que o instituto do juiz das garantias reforça o processo penal constitucional como meio para efetivação de direitos e garantias fundamentais pela busca de um processo em que a gestão da prova ficará ao encargo das partes, desenvolvido a partir do contraditório e ampla defesa, ao passo que o ato decisório será atribuído a um juiz imparcial, impedido de interferir ativamente no curso da investigação criminal.

Palavras-Chave: Processo penal; Juiz das Garantias; Ordenamento jurídico brasileiro; Compatibilidade.

THE INTRODUCTION OF THE JUDGE OF GUARANTEES INTO THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS THROUGH THE ANTI-CRIME PACKAGE: AN ANALYSIS OF ITS COMPATIBILITY WITH THE COUNTRY LEGAL ORDER

ABSTRACT

This article aims to analyze the impact that the guarantee judge brought to the Brazilian procedural system after its entry into force. To this end, an interdisciplinary study will be carried out between Criminal Procedural Law and Constitutional Law. The analysis parameters of the aforementioned legal institute are the legal principles that make up the national order, in particular the principles of impartiality and natural justice. This is bibliographic and documentary research, not which the deductive method will be used.

¹ Aluno de pós-graduação em prática judicante pela Escola Superior da Magistratura, Universidade Estadual da Paraíba – Campus I. Email: viniciusoliveira653@gmail.com

The procedural systems will be presented, highlighting the adversarial system, chosen by the Brazilian procedural system. Next, the principles related to criminal jurisdiction will be analyzed, highlighting the importance of the super-principle of impartiality, in the act of judicial activity. Thus, the institute of the judge of guarantees will be analyzed in light of the Brazilian legal system, as well as based on the judgment issued by the Federal Supreme Court on ADIs No. 6,298, 6,299, 6,300, 6,305 proposed in the face of the anti-crime package, from the perspective of criminal guarantee. Finally, it will be considered that the institute of the judge of guarantees reinforces the constitutional criminal process as a means of realizing fundamental rights and guarantees through the search for a process in which the management of evidence remains the responsibility of the parties, developed from the contradictory and broad defense, while the decision-making act will be attributed to an impartial judge, prevented from interfering in the course of the criminal investigation.

Keywords: Criminal procedure; Judge of Guarantees; Brazilian legal system; Compatibility.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2019, foi instituída a Lei nº 13.964/19, modificando de forma substancial diversas leis penais, dentre elas a Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal), que passou a dispor sobre a criação do juiz de garantias, o que suscitou diversos debates e críticas entre a comunidade jurídica.

De acordo com o art. 3º-B do Código de Processo Penal, o juiz de garantias é o magistrado responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais dos investigados na primeira fase da persecução penal.

Diante da iminência de implantação do juiz das garantias e as críticas realizadas a esse instituto, a exemplo da indicação de inconstitucionalidades formal e material, a elaboração do trabalho justifica-se em razão de, no sistema atual, o juiz que preside a instrução processual é o mesmo que, por vezes, atua na fase da investigação preliminar, de modo que a pertinência temática reside em analisar se essa atuação contamina o livre convencimento do magistrado no momento da valoração das provas e o impacto que o juiz das garantias trará ao processo penal a partir de sua entrada em vigor.

Então, o objetivo geral da presente pesquisa busca analisar a compatibilidade do juiz das garantias com o ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: analisar os sistemas processuais identificando o sistema adotado pelo legislador brasileiro e a

sua convergência com o juiz das garantias; averiguar as garantias e os princípios norteadores do processo penal e a sua relação com a imparcialidade do julgador; analisar a compatibilidade do juiz das garantias com a ordem constitucional e o julgamento do Supremo Tribunal Federal em relação referido instituto.

Parte-se da hipótese de que há compatibilidade do juiz das garantias com a ordem constitucional, na medida em que a instituição deste reforça o processo penal constitucional como meio para efetivação de direitos e garantias fundamentais pela busca de um processo em que a gestão da prova ficará ao encargo das partes, desenvolvido a partir do contraditório e ampla defesa, ao passo que o ato decisório será atribuído a um juiz imparcial, impedido de interferir ativamente no curso da investigação criminal.

Assim, para viabilizar o teste da hipótese, realiza-se uma pesquisa de caráter explicativo, sob o método dedutivo, com abordagem qualitativa e realizada com procedimentos bibliográficos.

Na primeira seção, analisa-se, por primeiro, os sistemas processuais penais e a atuação dos juízes nos sistemas acusatório, inquisitivo e misto, verificando-se que, embora o sistema penal brasileiro adote de forma expressa o sistema acusatório, este foi instituído sob o sistema inquisitório, remanescendo diversos dispositivos que preveem a atuação de ofício do julgador, a exemplo do art. 158, CPP.

Na segunda seção, examina-se os princípios e garantias fundamentais relacionados à jurisdição penal como os princípios da imparcialidade, do juiz do natural e da inércia. O princípio da imparcialidade, a partir dos estudos realizados, demonstra-se fundamental para a atividade judicante, na medida em que este deve observar equidistância entre as partes e deixar para elas a incumbência de produzir provas, daí a importância do afastamento do julgador que supervisiona a fase investigatória de atuar na fase processual.

No terceiro capítulo do trabalho tratou-se da compatibilidade da instituição do juiz das garantias com o ordenamento jurídico brasileiro, analisando argumentos contrários e demonstrando a viabilidade de sua implementação, em homenagem ao fortalecimento da imparcialidade objetiva.

Ao final, considera-se que os objetivos são atendidos e a pesquisa resta respondida, com a confirmação da hipótese, visto que a introdução do Juiz das Garantias pelo pacote anticrime, no ordenamento jurídico brasileiro, se demonstra um

avanço fundamental ao sistema processual penal brasileiro, na medida em que contribui no aprimoramento do sistema acusatório, assegurando o afastamento do juiz da primeira fase da persecução penal, o que proporciona uma análise equidistante do material colhido na fase pré-processual.

2. DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

2.1 Considerações gerais

Quando o Poder Legislativo elabora leis penais cominando sanções aos que vierem praticar condutas delituosas, emerge o direito de punir do Estado, ao passo que impõe ao particular o dever de se abster de praticar infração penal. No entanto, essa pretensão punitiva não pode ser exercida sem um processo, de modo que o Estado não pode impor a sanção penal nem o infrator sujeitar-se à pena na ausência de um devido processo legal.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2022, p. 43), embora o direito de punir pertença ao Estado, o Direito Penal não é um direito de coação direta, razão pela qual não se admite imposição imediata da sanção sem que haja um processo regular de acordo com as formalidades prescritas em lei e sempre por intermédio de órgão jurisdicional. A propósito, até mesmo nas hipóteses de crimes de menor potencial ofensivo, em que se admite a transação penal, com a aplicação de penas restritivas de direitos ou multas, não se trata de imposição direta de pena, isto é, para a resolução da causa, utiliza-se a solução consensual em infrações de menor gravidade, sob supervisão jurisdicional, privilegiando-se a vontade das partes.

Desse modo, considerando-se que, da aplicação do direito penal é possível aplicar a privação da liberdade de locomoção do agente, deve-se respeitar os direitos e liberdades individuais insertos na Constituição Federal, pois estes condicionam a legitimidade da atuação do próprio aparato estatal em um Estado Democrático de Direito.

Norberto Bobbio (1999, p.96-97) adverte que a proteção do cidadão no âmbito dos processos estatais é justamente onde reside a diferença entre um regime democrático e um totalitário.

A diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado

sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima 'Tem razão quem vence' é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima 'Vence quem tem razão'; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da 'supremacia da lei' (ruleoflaw).

É esse, portanto, a dicotomia do processo penal: de um lado, o necessário respeito aos direitos fundamentais; do outro a busca por um sistema criminal mais operante e eficiente. Nesse contexto, importa mencionar algumas das características dos sistemas processuais penais, antes de analisar a situação do processo penal brasileiro contemporâneo.

2.2 SISTEMA INQUISITÓRIO E O JUIZ INQUISIDOR

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o sistema inquisitório é rigoroso, secreto e utiliza até mesmo a tortura como meio de atingir os esclarecimentos dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. No referido sistema, não há que se falar em contraditório, porquanto as funções de acusar, defender e julgar são concentradas na figura do juiz inquisidor, de modo que o acusado é considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos.

O autor Renato Brasileiro de Lima (2022, p. 44) informa que o referido sistema foi adotado pelo Direito canônico a partir do século XIII, que posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo utilizado inclusive por tribunais civis até meados do século XVIII. Ainda, ele acentua que o sistema inquisitório é típico de sistemas ditatoriais, cuja característica principal reside na concentração das funções de acusar, defender e julgar reunidas em uma única pessoa, na figura do juiz inquisidor ou juiz acusador. Sobre a reunião de poderes na figura apenas do julgador, o autor leciona:

Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento. Nesse sistema, não há que se falar nem sequer se seria concebível em virtude da falta de contraposição entre a acusação e defesa. Ademais, geralmente o acusado permanecia encarcerado preventivamente, sendo mantido incomunicável. No sistema inquisitório, não existe obrigatoriedade de que haja uma acusação realizada por órgão público ou pelo ofendido, sendo lícito ao juiz desencadear o processo criminal *ex officio*. Na mesma linha, o juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, seja no curso das investigações, seja no curso do processo penal, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado. Dotado de amplos poderes instrutórios, o magistrado pode

proceder a uma completa investigação do fato delituoso. Em tal sistema, o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos. Na busca da verdade material, admitia-se que o acusado fosse torturado para que uma confissão fosse obtida.

Diante dessas características, fica evidente a incompatibilidade do processo inquisitório para com os direitos e garantias fundamentais, isso porque, sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há que se falar em imparcialidade ou inércia, motivo pelo qual há nítida violação da Constituição Federal, bem como à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº1).

2.3 Sistema processual misto ou francês

O sistema misto é assim chamado pois possui duas fases processuais distintas, quais sejam: a primeira fase, que é tipicamente inquisitorial, destituída de publicidade e ampla defesa, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Sob a supervisão do juiz, são realizadas uma investigação preliminar e uma instrução preparatória com objetivo de apurar a materialidade e autoria do fato delituoso. Já na segunda fase, que possui natureza acusatória, o órgão acusador propõe a acusação, enquanto o réu se defende e o juiz julga, vigorando a publicidade, a paridade de armas e o contraditório, em regra.

O doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2022, p.46) leciona que o sistema supracitado surgiu da fusão do sistema acusatório e o sistema inquisitório a partir do *Code d'Instrucion Criminalle* francês, de 1808.

Aury Lopes Junior (2019, p. 49-50), sobre o sistema penal misto, assim informa:

O chamado "Sistema Misto" nasce com o Código Napoleônico de 1808 e a divisão do processo em duas fases: fase pré-processual e fase processual, sendo a primeira de caráter inquisitório e a segunda acusatória. É a definição geralmente feita do sistema brasileiro (misto), pois muitos entendem que o inquérito é inquisitório e a fase processual acusatória (pois o MP acusa). É lugar-comum na doutrina processual penal a classificação de "sistema misto", com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais. Ademais, a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter "misto". Ademais, muitos ainda estão atrelados à reducionista concepção histórica de que bastaria a mera "separação inicial" das "funções de acusar e julgar" para caracterizar o processo acusatório.

Na promulgação do Código de Processo Penal, prevaleceu o entendimento de que o sistema adotado no Brasil era o misto, isso porque se entendia que a fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitório. Porém,

uma vez iniciado o processo, tínhamos a fase acusatória. Ocorre que, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de inocência, estamos diante de um sistema acusatório.

2.4 Sistema acusatório

Por fim, o sistema acusatório se caracteriza pela clara distinção entre as partes e o juiz, de modo que este deve atuar de forma equidistante e imparcial, bem como em relação à garantia de igualdade de condições entre defesa e acusação.

Segundo Ferrajoli (2006, p.518):

São características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento. Lado outro, são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução.

No entanto, Renato Brasileiro de Lima (2022, p.45-46) pondera que a mera separação das funções de acusar e julgar não basta para a caracterização do sistema acusatório, uma vez que a imparcialidade do magistrado não estará resguardada enquanto o juiz não for estranho à atividade investigatória e instrutória. Desse modo, de nada adianta a existência de pessoas diversas no exercício das funções do magistrado e do órgão estatal de acusação se, na prática, há, por parte daquele, uma usurpação das atribuições deste, explícita ou implicitamente, a exemplo do que ocorre quando o magistrado requisita a instauração de um inquérito policial, dá início a um processo penal de ofício, produz provas e decreta prisões cautelares sem requerimento das partes.

Quanto à iniciativa probatória, o referido autor defende que:

O juiz não pode ser dotado de poder de determinar de ofício a produção de provas, já que estas devem ser fornecidas pelas partes, prevalecendo o exame direto das testemunhas e do acusado. Portanto, sob o ponto de vista probatório, aspira-se uma posição de passividade do juiz quanto à reconstrução dos fatos. A gestão das provas é, portanto, função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Diversamente do sistema inquisitório, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal.

Ainda Aury Lopes Jr (2019, p.48) assevera que:

A posição do julgador é fundada no *ne procedat iudex ex officio*, cabendo às partes, portanto, a iniciativa não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção da prova. É absolutamente incompatível com o sistema acusatório (também violando o contraditório e fulminando com a imparcialidade) a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, ou,

como existia no sistema brasileiro até a reforma de 2019, em que se permitia que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício, pudesse determinar de ofício a produção de provas ou ainda pudesse condenar o réu sem pedido do Ministério Público. Portanto, são absolutamente incompatíveis com o sistema acusatório e estão tacitamente revogados (no todo ou em parte, conforme o caso), entre outros, os arts. 156, 385, 209, 242, etc..(...)

Sendo assim, a diferença entre o sistema acusatório do inquisitório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O sistema acusatório assegura a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo às partes a produção das provas e sem perder de vista o respeito ao contraditório, a ampla defesa, a publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Assim, para além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o fator primordial ao sistema acusatório é que o juiz não é o gestor da prova (LIMA, 2022, p. 46).

No que diz respeito ao sistema adotado pelo processo penal brasileiro, a Constituição Federal, em seu art. 129, Inciso I, atribuiu ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, órgão encarregado de deduzir a pretensão punitiva, de modo que, embora não retire do magistrado o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativa que contrarie a equidistância. Dito de outro modo, o magistrado deve se abster de promover atos de ofício tanto na fase investigatória como na fase processual, atribuição das autoridades de policiais, do Ministério Público e, no curso do processo, das partes.

Com o advento do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) foi inserido o art. 3º-A no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), segundo o qual “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”, o que consagrou expressamente a opção do legislador pelo sistema acusatório.

Tendo em vista que o sistema acusatório assegura a posição de igualdade dos sujeitos processuais, delegando às partes a produção das provas e sem perder de vista o respeito ao contraditório, a ampla defesa, a publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais, além de garantir a separação das funções de acusar, defender e julgar, este vai ao encontro do instituto do juiz das garantias que busca afastar o juiz da fase instrutória da investigação preliminar, preservando a imparcialidade do julgador.

3. DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS RELACIONADAS À JURISDIÇÃO PENAL

3.1 Jurisdicionalidade e a imparcialidade do julgador

Por primeiro, é importante acentuar que os direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal servem de base para legitimar a jurisdição e a independência do Poder Judiciário, motivo pelo qual o julgador deve atuar observando o respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.

De acordo com Aury Lopes Jr. (2019, p.65):

A garantia da jurisdição significa muito mais do que apenas “ter um juiz”, exige ter um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição. Não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei.

A jurisdicionalidade deve ser considerada como garantia orgânica da magistratura, inserindo o julgador no marco constitucional da independência funcional, pressuposto da imparcialidade, que deve nortear a sua relação com as partes no processo.

Com o Estado Democrático de Direito, o juiz assume uma nova posição, visto que a sua legitimidade de atuação é constitucional e não política, fundada na salvaguarda dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais, indo de encontro a ideia equivocada de aplicação da busca pela verdade real no processo penal (LOPES, 2019, p. 66).

Desse modo, a jurisdicionalidade tem como características a inderrogabilidade, a infugibilidade e a indeclinabilidade da jurisdição. Assim, o acesso à jurisdição é condição *sine qua non* para a efetivação dos direitos fundamentais.

Sobre a imparcialidade do órgão jurisdicional, este é um superprincípio para o válido e regular desenvolvimento do processo penal e, para tanto, é preciso observar equidistância entre as partes e deixar para estes a incumbência de produzir provas.

Esse é o entendimento de Aury Lopes Júnior, o qual importa ressaltar (2019, p.71):

Recordemos que não se pode pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, sob pena de incorrer em grave reducionismo. A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. É isso que precisa ser compreendido por aqueles que pensam ser suficiente a separação entre acusação-julgador para

constituição do sistema acusatório no modelo- constitucional contemporâneo. É um erro separar em conceitos estanques a imensa complexidade do processo penal, fechando os olhos para o fato de que a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade. A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória.

Nesse contexto, o juiz deve manter-se afastado da atividade probatória para, no momento oportuno, valorá-la. A figura do juiz-espectador, que é o juiz que está afastado da atividade probatória e das partes, é a limitação inerente ao sistema democrático.

Ainda em sua obra, Aury Lopes Júnior (2019, p.73-74) faz menção aos casos *Piesack*, de 01 de outubro de 1982 e *De Cubber*, de 26 de outubro de 1984, julgados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em que se ressaltou a impossibilidade de o juiz que atuou na fase pré-processual de atuar na fase processual, bem como traz as diferenças entre a imparcialidade objetiva e subjetiva:

Enfrentando esses resquícios inquisitórios, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos *Piersack*, de 01/10/1982, e *De Cubber*, de 26/10/1984, consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. É uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos “pré-juízos” conduzem à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. Desde o caso *Piersack*, de 1982, entende-se que a subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de “pré-juízos”. Já a imparcialidade objetiva diz respeito a se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições.

Nesse cenário, temos que a imparcialidade subjetiva diz respeito à convicção pessoal do juiz ao caso concreto, ou seja, trata-se de aspecto ligado ao ânimo do julgador, de modo que esta é presumida, a menos que haja prova em sentido contrário. Já a imparcialidade objetiva se funda na imagem de imparcialidade transmitida pelo juiz à sociedade e às instituições, isto é, quando este não teve sua percepção de imparcialidade maculada ou questionada perante a sociedade e às instituições.

Em suma, a fim de se preservar a imparcialidade do julgador, é primordial afastar o juiz que sentenciará o processo da fase pré-processual, bem como atribuir às partes a produção de provas, preservando a equidistância do julgador entre as partes, fatores esses que contribuem de forma determinante para a manutenção da

imparcialidade do julgador no momento de sentenciar o processo, quando exaurida a fase cognitiva.

3.2 Princípio da inércia da jurisdição

Objetivamente, em decorrência do sistema acusatório e em observância à imparcialidade, a inércia da jurisdição significa que o poder estatal só poderá ser exercido pelo juiz em caso de prévia provocação, sendo vedado o exercício da jurisdição de ofício.

Com efeito, se considera provocada a jurisdição quando houver prévia invocação feita por parte legítima. No que diz respeito ao processo penal, a jurisdição apenas pode ser exercida quando for suscitada a pretensão acusatória, por meio de denúncia oferecida pelo Ministério Público, de acordo com art. 129, inciso I, da Constituição Federal, ou através de queixa-crime, pelo querelante (LOPES, 2019, p. 291).

3.3 Princípio do Juiz Natural

De acordo com Adelino Marcon (2004, p.47), o princípio do Juiz Natural é um princípio universal, que consiste no direito que cada cidadão tem de saber, de forma antecipada, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo.

A garantia do juiz natural nasce no momento da prática do crime e não no início do processo. Isso porque, não é possível manipular os critérios de competência, tampouco definir em momento posterior ao fato qual será o juiz da causa. Obviamente, essa definição posterior afetaria, inclusive, a garantia da imparcialidade do julgador (LOPES. 2019, p. 292).

Nesse sentido, essa é a análise feita pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o alcance do dispositivo em questão:

O postulado do juiz natural representa garantia constitucional indisponível, assegurada a qualquer réu, em sede de persecução penal, mesmo quando instaurada perante a Justiça Militar da União. (...). O postulado do juiz natural, em sua projeção político-jurídica, reveste-se de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal (HC 81.963, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/10/2004). No mesmo sentido: HC 79.865, DJ 06/04/2001.

Acerca da garantia do juiz natural e as regras de competência, Aury Lopes Jr. (2019, p 293) adverte que:

Por fim, destacamos que não se pode mais desconectar a garantia do juiz natural das regras de competência. Assim, deve-se dar um basta às verdadeiras manipulações feitas nos critérios de competência a partir de equivocadas analogias com o processo civil (o costumeiro desrespeito às categorias jurídicas próprias do processo penal), permitindo que se desloquem processos da cidade onde ocorreu o crime para outras, atendendo a duvidosos e censuráveis critérios de maior eficiência no “combate ao crime”, mas ferindo de morte a garantia constitucional. Em geral, isso é feito sob o argumento de que a competência em razão do lugar é relativa, uma construção civilista, inadequada ao processo penal.

Na dicção do Min. Celso de Mello, em decisão exarada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus de nº 81.963/RS (2004), o princípio do juiz natural reveste-se de dupla função instrumental, porque, enquanto garantia irrenunciável, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal.

3.4 INDECLINABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O princípio da indeclinabilidade da jurisdição preceitua que, em regra, não é permitido ao juiz declinar do dever de julgamento do processo. Assim, o juiz natural não pode declinar ou delegar a outro o exercício da jurisdição, sobretudo porque há uma exclusividade desse poder, de modo a excluir a de todos os demais (LOPES, 2019, p 294).

Na visão de Aury Lopes Jr. (2019, p. 295), é incompatível a coexistência da indeclinabilidade da jurisdição e a chamada justiça negociada, visto que a lógica da *pleanegotiation* conduz a um afastamento do Estado-juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo o conflito. Isso caracteriza inequívoca incursão do Ministério Público, na visão do autor, em uma área que deveria ser dominada pelo juiz, que se limita a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor.

4. DO JUIZ DAS GARANTIAS E A SUA COMPATIBILIDADE COM A ORDEM CONSTITUCIONAL

4.1 Instituição do juiz das garantias no processo penal brasileiro por meio do pacote anticrime

A Lei nº 13.964/19 ficou comumente conhecida como “pacote anticrime” e foi instituída com o objetivo de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal realizando uma ampla modificação nas normas de natureza penal, processual penal e de execução penal, dentre elas: Código Penal; Código de Processo Penal; Lei de Execução Penal; Lei de Crimes Hediondos; Lei de Improbidade Administrativa; Lei de Interceptação Telefônica; Lei da Lavagem de Dinheiro; Estatuto do Desarmamento; Lei de Drogas; Lei sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima; Lei de Identificação Criminal; Lei que dispõe sobre o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; Lei de Organizações Criminosas; Lei que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; Lei que institui normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal; Lei que dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública e o Código de Processo Penal Militar.

No âmbito do Código de Processo Penal, inseriram-se ou alteraram-se 33 (trinta e três) artigos. Desses dispositivos, 10 (dez) foram impugnados por meio das ADI’s 6.298, 6.299, 6.300, 6.305 (j.22/01/2020), sendo o ponto em comum entre essas ADI’s os questionamentos sobre o “Juiz das Garantias”, insculpido nos artigos 3º-A a 3º-F do CPP.

As referidas ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juízes Federais do Brasil e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, como também por 3 (três) partidos políticos, suscitando inconstitucionalidades de forma e material do juiz das garantias, a exemplo do vício de iniciativa relativo à competência legislativa, bem como a violação à regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário.

Antes de adentrar no julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), publicado no final do ano de 2023, acerca das ADI’s supramencionadas, cumpre analisar o instituto do juiz das garantias.

4.2 Juiz das garantias e sua compatibilidade com a ordem constitucional

De acordo com o art. 3º-B, *caput*, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/19:

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:

Consiste na outorga exclusiva a um determinado órgão jurisdicional cuja competência se dá para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, que ficará impedido de funcionar no processo judicial desse mesmo caso penal.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2022, p.108):

Cuida-se de verdadeira espécie de competência funcional por fase do processo, é dizer, a depender, da fase da persecução penal em que estivermos, a competência será de um ou de outro juiz: entre a investigação criminal e o recebimento da denúncia (ou queixa), a competência será do juiz das garantias, que ficará impedido de funcionar no processo; após o recebimento da peça acusatória e, pelo menos em tese, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória (ou absolutória), a competência será do juiz da instrução e julgamento. Objetiva-se, assim, minimizar ao máximo as chances de contaminação subjetiva do juiz da causa, potencializando, pois, a sua imparcialidade, seguindo na contramão da sistemática até então vigente, quando a prática de qualquer ato decisório pelo juiz na fase investigatória tornava-o prevento para prosseguir no feito até o julgamento final (art. 75, parágrafo único e art. 83, ambos do CPP).

Nesse contexto, a inovação introduzida pelo pacote anticrime ao sistema normativo brasileiro, deixa clara a impossibilidade de um processo penal que permite que o julgador que atuou na fase investigatória tenha competência para examinar o mérito da imputação, condenando ou absolvendo o acusado, porquanto tal previsão macula a imparcialidade do julgador decorrente do contato que teve com os elementos informativos produzidos na investigação preliminar, e as tomadas de decisões adotadas, a exemplo de eventuais medidas cautelares pessoais. Assim, em síntese, o que se busca é afastar o juiz das garantias da fase processual, com vistas à preservação da imparcialidade para o julgamento do feito sem quaisquer pré-julgamentos (LIMA, 2022, p. 108).

Sobre as críticas ao juiz das garantias e seu suposto favorecimento aos réus, Renato Brasileiro pondera que (2022, p. 109):

Enfim, não se trata, o juiz das garantias, de mecanismo concebido com o objetivo de se criar um sistema processual em favor dos criminosos, como aqueles adeptos ao movimento da Lei e da Ordem têm apregoado. O sistema acusatório e o juiz das garantias nunca foram e jamais serão sinônimos de impunidade. Representam, sim, um passo decisivo na direção de um processo penal democrático, capaz de realçar o papel das partes, mais consentâneo com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos,

colocando o juiz numa posição de equidistância, preservando seu valor mais caro, a imparcialidade, princípio supremo do processo, fundante da própria estrutura dialética (*actum triumpsonarum*), decorrente da adoção de um sistema verdadeiramente acusatório.

Desse modo, a instituição do juiz das garantias é fundamental para que a estrutura processual atual se adapte à nova ordem constitucional, notadamente ao sistema acusatório (art. 129, I, CF e art. 3º-A, CPP) e à garantia da imparcialidade (CADH, art. 8º, nº1), pois, muito além de o processo penal ser o instrumento para o exercício do *ius puniendi*, deve ser compreendido com uma forma de tutelar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

4.3 Juiz das garantias no direito comparado

Neste ponto, importa verificar, à luz do direito comparado, qual o entendimento acerca da possibilidade de o juiz que atua na fase pré-processual ser o mesmo que sentenciará o processo após o encerramento da fase cognitiva.

Desde a década de 1980, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) questiona a compatibilidade entre o exercício de funções de investigação e de julgamento por um mesmo magistrado, em um mesmo processo penal.

Como mencionado anteriormente, o caso *De Cubber vs. Bélgica*, quando o TEDH se manifestou sobre a legitimidade de um julgamento proferido por uma Corte de Justiça composta por 3 juízes, tendo um deles conduzido a investigação por quase 2 anos, decretando a prisão do suspeito, bem como interrogando-o e indeferindo requerimentos de liberdade e de trancamento da investigação, entendeu-se que esse juiz investigador teria, na prática, o mesmo *status* de um oficial de investigação da polícia. Assim, diante do extenso conhecimento sobre os elementos colhidos na fase pré-processual por parte do referido juiz, o Tribunal entendeu que isso permitiria crer, tanto ao acusado como à sociedade em geral, que o magistrado já teria formado sua convicção sobre a culpabilidade do acusado mesmo antes do julgamento, motivo pelo qual concluiu-se pela violação da imparcialidade no seu aspecto objetivo, tendo em vista o exercício sucessivo das funções de juiz investigador, o que justificaria a dúvida acerca da perda de sua imparcialidade (LIMA, 2022, p. 117-118).

Renato Brasileiro de Lima (2022, p. 118) lembra que no Direito Processual Penal Português (1987), há a figura de um “juiz de instrução” que atua como um verdadeiro juiz das garantias, controlando a legalidade da investigação e sem a iniciativa para a produção de provas, estando impedido de julgar a ação penal. Na

Itália, por seu turno, segue modelo semelhante, pois, no ano de 1989, suprimiu-se do Código De Processo Penal Italiano a figura do juiz da instrução e a substituição pelo *giudice per le indagini preliminari*, que atua na fase pré-processual, ficando impedido, contudo, de atuar na fase processual.

Christian Bernal Duarte (2010, p.140), informa que, na América do Sul, também é possível notar um movimento de reformas processuais que acolhem, com algumas variações, a figura do juiz das garantias, a exemplo do Código de Processo Penal do Paraguai que prevê um juiz das garantias, a quem compete realizar um juízo acerca da justiça causa para o início do processo penal, sendo expressamente proibido de julgar o processo. Mudanças semelhantes também ocorreram no Chile, Argentina e Colômbia.

4.4 Gestão da prova pelo magistrado a partir da instituição do juiz das garantias

No espectro do sistema acusatório, não basta a separação das funções de julgar, acusar e defender, pois é de todo relevante que o juiz não seja gestor da prova, cuja produção deve ficar a cargo das partes (LIMA, 2022, p. 101).

De acordo com Aury Lopes Jr. (2006, p.180), admitir a verdade real no processo penal, o acusado deixa de ser um sujeito de direitos e passa a ser um mero objeto da investigação, ficando, assim, submetido a um inquisidor que está autorizado a extrair a verdade a qualquer custo.

De igual modo, Geraldo Prado (2019, p.13), entende que atribuir ao juiz à gestão da prova, deixaria este de tutelar a presunção de inocência e passaria a atuar como um buscador da verdade. Assim, a produção das provas deve ficar a cargo das partes.

O art. 156 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de o magistrado, de ofício, mesmo antes da ação penal, determinar a produção antecipada de provas, veja-se:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Embora o juiz das garantias não esteja impedido de agir na fase investigatória, essa atuação deve ser precedida de provocação das partes, atuando este como garante das regras do jogo.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2022, p. 102):

A partir do momento em que uma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, estará comprometido a priori com a tese de culpabilidade do acusado. Com efeito, se o magistrado tomou a iniciativa de determinar, de ofício, a realização de um ato investigatório, mesmo antes do início do processo penal, já indica, por si só, estar ele procurando uma confirmação para alguma hipótese sobre os fatos, é dizer, estar ele se deslocando daquela posição de imparcialidade decorrente da sua posição de terceiro para uma posição parcial, não mais alheia aos interesses da acusação ou da defesa.

No caso da Lei de organizações criminosas, o STF foi chamado a analisar a constitucionalidade do art. 3º da referida lei, que conferia ao magistrado poderes para diligenciar pessoalmente na obtenção de elementos informativos pertinentes à persecução penal de ilícitos decorrentes da atuação de organizações criminosas, criando uma espécie de juiz inquisidor. Para a Suprema Corte (ADI. 1.570/DF), no que tange aos sigilos bancário e financeiro, o art. 3º foi revogado neste ponto pela Lei Complementar nº 105/01, que passou a regulamentar a matéria. Em relação aos dados fiscais e eleitorais, no entanto, o Supremo reconheceu a inconstitucionalidade do art. 3º, por frontal violação ao princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.

Nesse cenário, a previsão do art. 3º-A do CPP, introduzido pelo pacote anticrime, ao dispor que o processo penal terá estrutura acusatória, vedando a iniciativa do juiz na fase de investigação, revogou tacitamente o art. 156, inciso I, do CPP, conforme prevê o art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). De mais a mais, se o STF entendeu pela inconstitucionalidade do *juiz inquisidor*, previsto no art. 3º da Lei nº 9.034/95 (ADI nº 1.570), outra conclusão não há senão a de que o art. 156, inciso I, do CPP, é incompatível com o sistema acusatório.

Entretanto, mesmo após com a entrada em vigor do Pacote Anticrime, os Tribunais continuam oferecendo resistência à adoção de um sistema acusatório, a exemplo do HC 583.995/MG (2020), da lavra da 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que embora reconheça que o Código de Processo Penal adote um modelo no qual ao juiz é reservado o papel de apenas julgar, e não o de também investigar, entendeu que existem diversas situações nas quais se realizam atividades

judiciais sem provocação do titular da ação penal, ou mesmo em oposição à sua manifestação e estas não se mostram incompatíveis com o sistema adotado pelo sistema brasileiro, a exemplo do art. 156, inciso I, CPP, veja-se:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. MODELO BRASILEIRO. CÓDIGO DE 1941. ADOÇÃO DE UMA ESTRUTURA PREDOMINANTEMENTE ACUSATÓRIA. REMANESCENTE INCLINAÇÃO INQUISITORIAL EM DISPOSITIVOS PROCESSUAIS (ARTS. 5º, II; 10, § 1º; 28; 156, I E 574, SEGUNDA PARTE, CPP E ART. 13, LEI N. 9.296/1996, ART. 13). ADAPTABILIDADE À REALIDADE BRASILEIRA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE PROVOCÇÃO. ART. 311 DO CPP, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 13.964/2019. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA. HIPÓTESE PARTICULAR. PROVIDÊNCIAS PREVISTAS NO ART. 310 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE ATIVIDADE PROPRIAMENTE OFICIOSA DO JUIZ. FUNDAMENTAÇÃO. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. OFENSA À ORDEM PÚBLICA (REITERAÇÃO DELITIVA E PREMEDITAÇÃO). MOTIVAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS DENEGADO. LIMINAR CASSADA. 1. O Código de Processo Penal de 1941 adota um modelo no qual ao juiz é reservado o papel de apenas julgar, e não o de também investigar. (...) Continuam em vigor, porém, dispositivos do CPP, como o art. 5º, II (que permite ao juiz requisitar a instauração de inquérito policial), o art. 10, § 1º (que torna a autoridade judiciária a destinatária do inquérito policial), o art. 156, I (que faculta ao juiz ordenar, de ofício, a produção antecipada de provas, mesmo durante o inquérito policial, se considerá-las "urgentes e relevantes"), bem como o art. 574, segunda parte (que determina ao juiz submeter sua decisão, mesmo sem recurso da parte, ao exame da jurisdição superior, nos casos ali indicados). Também se poderiam acrescentar a esse rol de dispositivos outras situações de provável comprometimento psicológico do juiz, como o mecanismo de controle do arquivamento do inquérito policial positivado no art. 28 do CPP - ainda em vigor, dada a suspensão, pelo STF, da vigência da nova redação dada a tal preceito pela Lei n 13.964/2019 - em decorrência do qual o juiz se substitui ao órgão de acusação no exame da suficiência de elementos informativos para dar início a uma ação penal, ao ser autorizado a recusar a promoção de arquivamento das investigações. Em tal hipótese, não rara no cotidiano forense, recaem relevantes dúvidas sobre a imparcialidade do juiz que, após remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, recebe-os de volta com uma denúncia ofertada contra o investigado cujo inquérito se recusou a arquivar, mesmo com o anterior pedido do membro do Ministério Público. Tais exemplos indicam que, mesmo em processo com estrutura acusatória, existem diversas situações nas quais se realizam atividades judiciais sem provocação do titular da ação penal, ou mesmo em oposição à sua manifestação, o que valida a observação de que "mais do que de sistema inquisitorial ou de sistema acusatório, com referência à legislação processual penal moderna, é mais usual falar de modelos com tendência acusatória ou de formato inquisitorial (DALIA, Andrea & FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. 5ª ed. Milão: 2003, p. 27). Em verdade, nossa praxe judiciária não tem acolhido dogmas ou princípios de maneira absoluta, pois as idiosincrasias de nosso país e do seu sistema de justiça criminal acabam por engendrar soluções sensíveis a argumentos de cunho prático. E não se há de identificar essa postura, necessariamente, como algo negativo, pois cada país precisa construir um complexo normativo que, sem desconsiderar as experiências estrangeiras, seja funcional e adaptado às características de nossa realidade. (STJ, 2020).

Apesar do entendimento colacionado acima, quando se confere ao juiz tamanho protagonismo no curso do processo penal, podendo buscar e produzir a

prova que quiser, o magistrado põe em risco toda aquela ideia de alheamento aos interesses em jogo inerente à imparcialidade que deve nortear a sua atuação, tornando inócua a própria existência do órgão acusatório, visto que não raras vezes utiliza-se dessa iniciativa probatória a pretexto de atuar “em favor da sociedade”. Além disso, enquanto se insistir na atribuição de poderes investigatórios ou instrutórios ao juiz das garantias ou da instrução e julgamento, estará mantida a gestão da prova ao julgador, preservando o sistema acusatório, em manifesta contradição com o sistema acusatório (art. 129, inciso I, CRFB) e com a redação do art. 3º-A, CPP (LIMA, 2022, p. 106).

4.5 Adis 6.298, 6.299, 6.300, 6.305 e o julgamento do Supremo Tribunal Federal

As ações diretas de inconstitucionalidade de nº 6.298, 6.299, 6.300, 6.305 foram ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público como também por 3 (três) partidos políticos, suscitando inconstitucionalidades formal e material do juiz das garantias, a exemplo do vício de iniciativa relativo à competência legislativa do Poder Judiciário para alterar a organização e a divisão judiciária, bem como a violação à regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário.

Do julgamento publicado pela Suprema Corte no final do ano de 2023, dentre vários artigos do pacote anticrime examinados, decidiu-se pela inconstitucionalidade do art. 3º-D, CPP, que previa o impedimento do magistrado de atuar na instrução no caso de atos praticados nas hipóteses dos arts. 4º e 5º, CPP.

Embora muito bem fundamentado o julgamento da Suprema Corte, não há que se falar, por primeiro, em inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa do pacote anticrime, isso porque o Congresso Nacional não violou o poder de auto-organização dos Tribunais e a sua prerrogativa de organização de judiciária.

José Frederico Marques (1960, p.20-21), na obra “Organização judiciária e processo” demonstra a distinção entre normas de organização judiciária e normas de direito processual propriamente dito:

As leis de organização judiciária cuidam da administração da justiça e as leis de processo da atuação da justiça. (...) As leis processuais, portanto, regulamentam a ‘tutela jurisdicional’, enquanto que as de organização judiciária disciplinam a administração dos órgãos investidos da função jurisdicional.

É de bom alvitre enfatizar que a própria legislação processual penal já prevê espécie de competência funcional no âmbito do Júri com dois magistrados exclusivamente na fase judicial da persecução penal. Além disso, o Supremo Tribunal Federal (ADC 19/DF) já reconheceu a constitucionalidade do art. 33 da Lei Maria da Penha, que prevê de forma expressa a possibilidade que as varas criminais poderão cumular as competências cível e criminal para conhecer e julgar causas decorrentes de violência doméstica e familiar.

Sobre a inconstitucionalidade material decorrente de suposta violação à regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário, cumpre destacar as palavras de Renato Brasileiro de Lima (2022, p.111):

Somos levados a acreditar que a Lei n. 13.964/19 não criou nenhuma atividade nova dentro da estrutura do Poder Judiciário. Com efeito, o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Judiciário sempre foram atividades realizadas pelos juízes criminais Brasil afora. O que será necessário, portanto, é apenas redistribuir o trabalho que antes competia ao mesmo magistrado, seja através da especialização de varas, seja através da criação de núcleos de inquéritos.

Em outras palavras, deve-se buscar uma readequação da estrutura judiciária já existente em todo o país para que as funções do juiz das garantias e do juiz da instrução e julgamento não sejam atribuídas ao mesmo julgador, em observância ao exposto no art. 3º-B do CPP.

No que diz respeito ao entendimento de inconstitucionalidade material do art. 3º-D, CPP, *data venia*, este dispositivo se coaduna com o sistema acusatório adotado por nosso ordenamento jurídico, na medida em que busca afastar o julgador que atuou na fase pré-processual da fase instrutória, conforme exaustivamente demonstrado neste trabalho.

Nesse contexto, trazendo à baila o próprio entendimento do STF (HC 163.943) acerca da imparcialidade subjetiva e objetiva: a primeira é examinada no íntimo da convicção do magistrado e busca evitar que o processo seja conduzido por alguém que já tenha formado uma convicção pessoal acerca do objeto do julgamento, enquanto a segunda diz respeito à postura da entidade julgadora, que não deverá deixar espaço para dúvida de que conduz o processo sem preterir uma parte à outra. É o que se denomina de teoria de aparência. Assim, mais do que um julgamento imparcial, há de se assegurar uma aparência de imparcialidade à atividade jurisdicional. Segundo Ferrajoli (2006, p. 535), a legitimidade do julgador depende da

confiança das partes e da sociedade, de forma que não pode haver temor de que o julgamento seja feito por um juiz parcial.

É dentro dessa perspectiva que Renato Brasileiro de Lima questiona a possibilidade de um juiz que atuou na fase investigatória ser o mesmo que atuará na fase processual (2022, p.114):

É dentro desse cenário que se questiona até que ponto o julgamento proferido pela mesma pessoa que atuou na investigação preliminar daquele caso penal, tendo contato, por exemplo, com os elementos informativos produzidos do contraditório e da ampla defesa, produzindo provas de ofício, decretando medidas cautelares, teria (ou não) o condão de suscitar dúvidas acerca da sua indispensável imparcialidade (aspecto objetivo). Se não se pode afirmar, categoricamente, que prejuízo não há, parece evidente que a atuação do magistrado na fase investigatória do processo é, no mínimo, capaz de gerar uma certa dúvida, razoável, no jurisdicionado, quanto à imparcialidade do magistrado.

E o autor supracitado prossegue (2022, p. 115):

Ora, se a própria função de garantidor dos direitos fundamentais (art. 3º-B, caput) exercida pelo magistrado nessa fase investigatória lhe impõe o dever de proceder a uma minuciosa análise dos pressupostos e requisitos das medidas cautelares, o que faz com base nos elementos informativos colhidos unilateralmente pelos órgãos persecutórios, parece razoável supor que isso, por si só, já teria contribuído para a formação acerca do caso penal, sobre a certeza da existência do crime e provável culpabilidade do acusado, perdendo, como consequência, a imparcialidade necessária para o correto exercício da atividade jurisdicional.

Não são raras as hipóteses em que uma decisão proferida na fase investigatória apresenta uma ampla fundamentação e um juízo valorativo sobre as circunstâncias do fato e do indivíduo, que denotam um convencimento pré-formado na mente do julgador. Desse modo, teria o juiz imparcialidade suficiente para julgar o acusado, ou absolvê-lo, situação em que assumiria, em uma posição desconfortável para qualquer ser humano, que sua decisão anterior possa ter sido equivocada? Aliás, a aplicação de medida cautelar injusta pode se enquadrar em eventual crime de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019, art. 9º), o que reforça a tese de que o julgador se feche acerca de seu convencimento, não reconhecendo eventual equívoco.

Muito se discute sobre a teoria da dissonância cognitiva em relação ao magistrado que, de alguma forma, interveio na fase investigatória e que, posteriormente, atuou na fase processual. Cuida-se, a *Theory of Cognitive Dissonance* de Leo Festinger, estudo de psicologia acerca da cognição e do comportamento humano: fundada na ideia de que os seres humanos tendem a buscar uma zona de conforto, um estado de coerência entre suas opiniões (decisões e

atitudes), razão por que passam a desenvolver um processo voluntário ou involuntário, de modo a evitar um sentimento incômodo de dissonância cognitiva.

Renato Brasileiro de Lima argumenta que (2022, p; 117):

Louváveis, portanto, são os entendimentos que buscam diminuir o viés inquisitório do Código de Processo Penal e os riscos à imparcialidade e ao próprio sistema acusatório, as inovações introduzidas pela Lei nº 13.964/19, não apenas quanto à vedação da iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (CPP, art.3º-A), mas também no tocante à introdução da figura do juiz das garantias, responsável, doravante, pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Judiciário (CPP, art. 3º-B), o qual, todavia, ficará impedido de funcionar em ulterior processo judicial referente ao mesmo caso penal (CPP, art.3º-D), impedindo-se, ademais, o contato do juiz da instrução e julgamento com os atos investigatórios, salvo no que tange às provas irrepertíveis, antecipadas, e os meios de obtenção de provas (CPP, art.3º-C,§3º).

Diante do exposto, portanto, vê-se que a instituição do juiz das garantias se mostra compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que atribui às partes e aos órgãos persecutórios toda a produção de provas, em observância ao sistema acusatório, assim como afasta o juiz da instrução de qualquer contato com os elementos produzidos na fase pré-processual. Assim, a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em relação ao art. 3º-D, do CPP, vai de encontro ao entendimento de que o juiz que atuar na investigação preliminar ficará impedido de atuar na fase processual, bem como macula o sistema acusatório, adotado expressamente no art. 3º-A, CPP.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Repisando o que foi desenvolvido no presente artigo, a Constituição da República, ao assegurar os princípios implícitos e explícitos, a exemplo do princípio do juiz natural, o princípio do devido processo legal, o princípio da imparcialidade, dentre outras garantias individuais, consolida a opção do poder constituinte originário pelo modelo acusatório, indicando a clara opção por um processo penal que observa os direitos e garantias fundamentais.

Assim como foi abordado, o sistema processual penal acusatório possui como principal característica a separação de poderes e a clara definição entre as posições ocupadas pelos sujeitos processuais no curso da persecução penal, de forma que o Ministério Público exerce com exclusividade a ação penal, ao passo que o julgamento deve presidido por um juiz competente e imparcial, enquanto o acusado deve estar devidamente assistido por advogado ou pela Defensoria Pública.

Tendo em vista a introdução do Juiz das Garantias pelo pacote anticrime em nosso ordenamento jurídico, este representa um avanço fundamental ao sistema processual penal brasileiro, uma vez que contribui no aprimoramento do sistema acusatório, assegurando o afastamento do juiz da fase cognitiva do conteúdo produzido na investigação preliminar, o que proporciona uma análise equidistante do material colhido na fase pré-processual.

O referido instituto reforça o processo penal constitucional como meio para efetivação de direitos e garantias fundamentais pela busca de um processo justo, em que a gestão da prova é encargo das partes, desenvolvido a partir do contraditório e ampla defesa, ao passo que o ato decisório será atribuído a um juiz imparcial, impedido de interferir ativamente no curso da investigação criminal.

De mais a mais, viu-se por meio da Teoria da Dissonância Cognitiva que as decisões tomadas pelos magistrados na fase pré-processual podem influenciar, ainda que involuntariamente, uma excessiva vinculação do juiz com as decisões anteriormente tomadas. Desse modo, a possibilidade de proferir uma decisão na fase processual divergente da que foi proferida na fase investigatória pelo mesmo magistrado pode levá-lo à procura de mecanismos que reestabeçam a coerência de do seu estado cognitivo anterior, podendo comprometer sua imparcialidade.

Ante o exposto, haja vista a inovação trazida ao ordenamento jurídico brasileiro e a sua controvérsia, urge a necessidade de pesquisas e estudos em relação ao juiz das garantias, objeto deste trabalho monográfico. Aguarda-se a produção de artigos científicos, dissertações, e monografias para a consolidação do pensamento crítico sobre o juiz de garantias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Anteprojeto de reforma do código de processo penal**. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília-DF: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. BrasíliaDF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31jan. 2024.

BRASIL. **Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 31jan. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 31jan. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de processo penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/DecretoLei/Del3689.htm>. Acesso em: 31jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: 56 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 31jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.869 de 5 de setembro de 2019.** Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm Acesso em: 31jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI. 6.298.** Relator (a): Luiz Fux. Requerente: Associação dos magistrados Brasileiros e outros. 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 31 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI. 6.299.** Relator (a): Luiz Fux. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e outros. 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>. Acesso em: 31jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI. 6.300.** Relator (a): Luiz Fux. Requerente: Partido Social Liberal. 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>. Acesso em: 31 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI. 6.305.** Relator (a): Luiz Fux. Requerente: ASSOCIACAO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTERIO PUBLICO - CONAMP. 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>. Acesso em: 31jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 81.963/RS.** J. 2ª Turma. Dj. 28.10.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78912>>. Acesso em: 31 jan. 2024.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 583.995/MG**, relator Ministro NEFI CORDEIRO. J. 6ª Turma, julgado em 15/9/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1101139424/inteiro-teor-1101139453>> Acesso em: 31 jan. 2024.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise.** Tradução de João Ferreira; revisão técnica Gilson César Cardoso. 4ªed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p.96-97.

DUARTE, Christian Bernal. **Reforma Del Proceso Penal em Paraguay y El Juez Penal de Garantías y sus funciones.** O novo Processo Penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. Organizadores: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Luis Gustavo GrandinettiCastranho de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. Volume único. 11ª edição. Salvador: Ed Juspodivm, 2022.

MARQUES, José Frederico. **Organização Judiciária e processo**. Revista de direito processual civil. Vol.1. jan a jun. 1960. São Paulo: Saraiva.

MARCON, Adelino. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal**, Imprensa: Curitiba, Juruá, 2004.

JÚNIOR, Aury L. **Direito processual penal**: 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 16. ed., São Paulo: Atlas, 2016.