

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Raphaela Soares da Silva Pinheiro

**A Necessidade do Juiz de Garantias para um Processo Penal  
Imparcial**

Juiz de Fora  
2022

# **A Necessidade do Juiz de Garantias para um Processo Penal Imparcial**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Mestre Thiago Almeida de Oliveira

Juiz de Fora  
2022

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca  
Universitária da UFJF,  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Soares da Silva Pinheiro, Raphaela.

A Necessidade do Juiz de Garantias para um Processo Penal Imparcial / Raphaela  
Soares da Silva Pinheiro. -- 2022. 31 p.

Orientador: Thiago Almeida de Oliveira

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Juiz de  
Fora, Faculdade de Direito, 2022.

1. Sistema Processual Acusatório. 2. juiz de Garantias. 3. Imparcialidade. 4.  
Dissonância Cognitiva. 5. Garantias Fundamentais. I. Almeida de Oliveira, Thiago,  
orient. II. Título.

Raphaela Soares da Silva Pinheiro

## **A Necessidade do Juiz de Garantias para um Processo Penal Imparcial**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 17 de fevereiro de 2022.

### BANCA EXAMINADORA

---

Mestre Thiago Almeida de Oliveira - Orientador  
Instituto Metodista Granbery

---

Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Mestra Maria Cristina de Souza Trulio  
Instituto Metodista Granbery

Dedico este trabalho à minha mãe, Anália, e às minhas tias Virgínia e Alcina, que são as principais responsáveis por mais essa etapa concluída com sucesso em minha vida. Fui criada por mulheres muito fortes que nunca me deixaram desistir e serei eternamente grata a Deus por elas.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, principalmente, a Deus que me ajudou incansavelmente durante esses longos cinco anos e que me fortaleceu em momentos que eu não sabia como seguir adiante.

Gratulo também aos meus colegas de sala que tornaram essa experiência mais leve e dinâmica e ao pessoal da 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora, 2020-2022, por me ensinarem tanto sobre paciência, companheirismo, amor, resiliência e Processo Penal, eu não seria ninguém sem os ensinamentos de vocês.

Ainda aos meus principais professores de Direito Penal e Direito Processual Penal: Professor Leandro Oliveira, Cleverson Raymundo (Clevinho), Luiz Antônio Barroso (Lula), Thiago Almeida e Cristiano Valladares (Dr. Cristiano) por ensinarem com tanto amor e didática o que fazem no seu cotidiano e por serem humanos com seus alunos. Por último, mas não menos importante, agradeço ao Doutor André Machado Maya por ter fornecido, pessoalmente e de forma tão cuidadosa, sua obra que inspira esse artigo.

## RESUMO

Essa presente monografia trata sobre a figura necessária do juiz de garantias, que atua na fase pré-processual garantindo os direitos individuais dos suspeitos e controlando a legalidade da investigação criminal. Com base na Jurisprudência nacional e internacional e obras nacionais chegaremos a conclusão que o Brasil deve seguir a tendência dos demais países latino-americanos em incorporar em seu ordenamento a figura mencionada como forma de se conseguir uma justiça imparcial como demanda o Estado democrático de direito.

Palavras-chaves: Sistema Processual Acusatório; Juiz de Garantias; Imparcialidade; Dissonância Cognitiva; Garantias Fundamentais.

## **ABSTRACT**

This monograph deals with the necessary figure of the judge of guarantees, who acts in the pre-procedural phase guaranteeing the individual rights of suspects and controlling the legality of the criminal investigation. Based on National and International Jurisprudence and National Works, we will come to the conclusion that Brazil must follow the trend of other Latin American countries to incorporate the aforementioned figure in their legal system as a way of achieving impartial justice as demanded by the Democratic State of Law.

**Keywords:** Accusatory System; Judge of Guarantees; Impartiality; Cognitive Dissonance; Fundamental Guarantees.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>1. IMPARCIALIDADE E JURISDIÇÃO</b> .....	10
1.1 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE.....	11
1.2 IMPARCIALIDADE X NEUTRALIDADE.....	13
1.3 IMPARCIALIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA.....	14
1.4 TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA X SENTENÇAS CONDENATÓRIAS.....	15
<b>2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS</b> .....	16
2.1 SISTEMA PROCESSUAL INQUISITÓRIO.....	17
2.2 SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO.....	19
<b>3 JUIZ DE GARANTIAS</b> .....	21
3.1 ORIGEM E JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL.....	23
3.2 LEITURA DO INSTITUTO PELO PACOTE ANTICRIME.....	25
3.3 3.3 “LIMINAR FUX”.....	29
<b>4 CONCLUSÃO</b> .....	31
REFERÊNCIAS .....	32

## INTRODUÇÃO

Este trabalho traz como propósito fazer uma reflexão sobre a necessidade de se colocar em prática no Brasil a figura do juiz de garantias, devido aos inúmeros problemas de quebra de imparcialidade que ocorreram no passado e ainda ocorrem. O estudo será feito através de uma pesquisa exploratória com a ajuda de pesquisas bibliográficas em doutrina, jurisprudência nacional e internacional, além de teses, legislação em vigência e demais recursos que se acharem necessários.

Para tanto far-se-á uma análise do princípio da imparcialidade, em todos aspectos, e a diferença entre imparcialidade e neutralidade, com isso se chega à conclusão de que os seres humanos possuem comportamentos inerentes a sua condição que tendem a ser coesos, e, tendo apenas o juiz da instrução no processo penal essa quebra da imparcialidade ocorre involuntariamente.

Levando em conta todos os regimes autoritários que o mundo já presenciou, tal como o fascismo de Mussolini, o mundo percebeu que vivenciar um regime de Estado democrático é a escolha mais acertada para se evitar uma concentração de poderes na mão de poucos ou, quando não, uma única pessoa. Dessa forma, para efetivação dos direitos e garantias de todos indivíduos é necessário que se tenha como regra e princípios valores claros para que a sociedade possa viver em harmonia.

Nesta toada, verifica-se que o sistema processual inquisitório é o contrário do que se objetiva hoje, mesmo que atualmente, apesar de inúmeras reformas legislativas, o Código Penal ainda tenha raízes de cunho inquisitivo. Sendo assim o que se vislumbra como ideal seria a aplicação do sistema acusatório que possui valores sólidos e em consonância a atual Carta Magna.

No sistema acusatório pode-se elencar como principal característica a diferença nos papéis de acusar e julgar o acusado, sendo assim, como forma de se alcançar esse patamar no Brasil e atingir seus princípios, como o da imparcialidade do juiz, deve-se implementar a figura do juiz de garantias no Brasil.

Um juiz tem que tomar uma série de decisões quando o processo ainda se encontra em fase investigatória, como no caso de interceptação telefônica por exemplo, contaminando a partir de então o seu entendimento sobre o caso

concreto, o que, comprovadamente, pode afetar o resultado do processo em questão.

Chega-se à conclusão de que esse tema deve ser enfrentado com urgência, para, como o próprio nome do instituto diz, garantir que as premissas do Processo Penal e do Estado democrático de direito sejam respeitadas. Para isso se utilizará principalmente das obras de Aury Lopes Júnior e de André Machado Maya.

## 1. IMPARCIALIDADE E JURISDIÇÃO

Considerada por alguns autores como o princípio supremo do Processo Penal (ARAGONESES, 1997), a imparcialidade é assim definida por Gomes Filho:

A imparcialidade constitui um valor que se manifesta sobretudo no âmbito interno do processo, traduzindo a exigência de que na direção de toda a atividade processual - e especialmente nos momentos de decisão - o juiz se coloque sempre *super partes*, conduzindo-se como um terceiro desinteressado, acima, portanto, dos interesses em conflito. (GOMES, 2001).

O Brasil é um Estado democrático de direito, que detém valores fundamentais como igualdade, imparcialidade, contraditório, soberania e dignidade da pessoa humana, sendo assim todas as decisões do Estado devem basear-se nesses vetores, principalmente, quando falamos de decisões que resultam do poder de punir, ou *jus puniendi*. Estas não podem, de maneira alguma, serem encarrilhadas por sede de vingança quando o assunto são os conflitos entre seus indivíduos.

Logo, estando a frente de tudo, o Estado deve ser imparcial ao dar uma veredito, de forma que não favoreça um indivíduo em detrimento de outro, mas que diga o direito para aquele que aja conforme a lei.

Tendo como base a teoria dos três poderes de Montesquieu chega-se ao Poder Judiciário e à jurisdição. Esta pode ser definida como a atividade do Estado, representado por juízes e tribunais, que deve analisar e julgar casos de acordo com a lei, ou seja, de forma objetiva e imparcial. É um pressuposto essencial à aplicação do Direito Penal que gera a garantia de que exista um juiz natural, independente e imparcial para cada julgamento.

Pode-se aqui traçar uma realidade: sem imparcialidade não há jurisdição, pois caso aquele que esteja representando o Estado seja um sujeito parcial não estaremos analisando uma situação e sim a condição dos indivíduos, que definitivamente não estarão em posição de igualdade como busca o ordenamento e a mais concreta justiça. Em qualquer situação em que um juiz julgue um ocorrido de um amigo, por exemplo, não há como ter o contraditório da parte contrária, visto que, apesar do poder de fala, a possibilidade de influenciar na decisão do juiz não existirá, impossibilitando assim que o Estado tome a posição de um terceiro estranho e desinteressado no ocorrido.

### 1.1 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

A convenção americana sobre direitos humanos, na qual o Brasil é um dos países signatários, expõe em seu artigo 8º as garantias judiciais dos indivíduos. Dentre elas está presente o direito de ter um juiz competente, independente e imparcial em sua causa.

Pode-se apontar que um dos motivos pelos quais este princípio existe foram os inúmeros julgamentos dotados de parcialidade ocorridos ao longo da história. Como exemplo mais conhecido, temos o período da idade média, quando os julgamentos eram promovidos, principalmente, por parte da igreja católica e o tribunal da santa inquisição, responsáveis por condenar "bruxas" e "hereges". Nesses julgamentos os acusados eram torturados até dizerem a "verdade real" que o sistema processual inquisitório busca.

Com o passar do tempo, novos valores foram colocados em voga e um deles é o da imparcialidade. Este não está previsto de forma expressa na atual legislação brasileira, entretanto algumas de suas faces estão apontadas no artigo 5º, *caput*, incisos XXXVII e LIII da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma o princípio da imparcialidade pode ser definido como o direito que um indivíduo detém de ser julgado por um juiz imparcial, ou seja, um terceiro que representa o Estado e não esteja dotado de prévio posicionamento sobre as partes.

Há alguns casos explícitos na legislação em que o juiz é considerado parcial, quais sejam: quando há impedimento, incompatibilidade, suspeição *stricto sensu* e suborno. O impedimento se configura nos casos em que o juiz

não pode julgar causas em que esteja presente algum parente, ele próprio (como parte ou testemunha) ou ainda quando estiver funcionando como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão, conforme consta no artigo 252 do Código de Processo Penal. A incompatibilidade está prevista no artigo 253 do mesmo ordenamento: “Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juizes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.”

A suspeição *stricto sensu*, prevista no artigo 254 do Código de Processo Penal, trata dos casos em que o juiz está suspeito de atuar por ser próximo das partes do processo. Já o suborno ocorre quando há interesse do juiz no resultado da demanda, havendo a mais clara quebra da imparcialidade. Na eventualidade de ocorrer qualquer dessas situações o processo deve ser anulado de ofício pelo juiz ou por qualquer parte integrante no processo, pois é uma das causas de nulidade absoluta, podendo ser arguida inclusive a qualquer tempo (564, I, Código de Processo Penal).

Necessário trazer alguns exemplos de Jurisprudência em que houve a quebra desse princípio:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DESEMBARGADOR QUE ATUOU NA INSTÂNCIA REVISORA DE PROCESSO CRIMINAL. IMPEDIMENTO DE ATUAÇÃO COMO DESEMBARGADOR ORIGINÁRIO NO MESMO FEITO, REMETIDO AO TRIBUNAL PELA AQUISIÇÃO DA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO DO RÉU -PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - CONFLITO DESACOLHIDO. O disposto no art. 252, III, do Código de Processo Penal, aplica-se ao juiz que atuou no feito em outro grau de jurisdição, como forma de evitar ofensa ao princípio do duplo grau e da imparcialidade. Encontra-se impedido de exercer a jurisdição no feito o Desembargador que tenha atuado na instância revisora, em recurso interposto em ação penal iniciada perante o juízo a quo, que posteriormente veio a ser remetida ao Tribunal, para processamento e julgamento originário, por força da prerrogativa de função adquirida pelo réu no curso do processo penal, porquanto estaria atuando como instância revisora e primária ao mesmo tempo no processo. (TJMG - Conflito de Competência 1.0000.17.024101-2/001, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto , ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 22/11/2017, publicação da súmula em 01/12/2017).

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PEDIDO DE DESAFORAMENTO. DEFERIMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. MEDIDA DE EXCEÇÃO. OCORRÊNCIA

DAS HIPÓTESES LEGAIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. I. O desaforamento é medida excepcionalíssima, admissível só em casos nos quais o interesse da ordem pública o reclamar, por haver dúvida sobre a imparcialidade do Júri ou acerca da segurança pessoal do réu, nos termos do artigo 524 do Código de Processo Penal. II. Hipótese na qual restou evidenciado o receio acerca da parcialidade dos jurados, porquanto evidenciada a influência política da família dos acusados Carlos e Anselmo, corréus no crime de homicídio qualificado, no município de Triunfo, além das escutas telefônicas entre os acusados, devidamente autorizadas, confirmarem a tentativa de suborno do delegado que presidiu o inquérito policial, e do temor gerado na população, o que dificultou na produção de provas testemunhais. III. A tentativa da corré em mobilizar apoio político perante as autoridades locais já é motivo suficiente para justificar o deslocamento do julgamento, com fundamento na "dúvida" acerca da imparcialidade do júri". IV. Persistindo nas comarcas circunvizinhas os mesmos motivos que justificam o deslocamento do julgamento, a escolha de Comarca na mesma circunscrição, porém mais afastada, encontra-se em perfeita consonância com o texto legal e não implica em qualquer ofensa ao princípio do juiz natural. V. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (STJ - HC: 191118 PE 2010/0215351-0, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de julgamento: 13/09/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/09/2011).

## 1.2 IMPARCIALIDADE X NEUTRALIDADE

Importante destacar a diferença entre imparcialidade e neutralidade. Muito se fala que o juiz deve ser um indivíduo neutro às situações ali discutidas. Essa antiga busca pela neutralidade passava a ideia, segundo Lúcia Prado, de que seria “[...] magistrado formalista, exageradamente preso às leis e afastado dos desejos da comunidade e das características de seu próprio psiquismo”.

Entretanto, hodiernamente, sabemos que essa neutralidade nada mais é do que um mito. Não há como separar o “lado indivíduo” do Juiz. Cada ser humano, não importando o cargo que ocupe, possui seu passado, suas experiências e suas opiniões, não há como ser neutro em nenhuma situação, pois não somos totalmente racionais ao ponto de conseguir “descolar” a humanidade da personalidade e assumir somente a posição de magistrado, caso contrário decisões poderiam ser tomadas apenas por máquinas.

Aqui conseguimos distinguir que a imparcialidade é algo objetivo enquanto a neutralidade diz muito sobre o lado subjetivo do juiz. Esta está

ligada ao juiz conectar um caso com suas vivências e opiniões, por isso temos posicionamentos diferentes na doutrina, cada indivíduo enxerga uma situação de acordo com sua vivência e a partir disso toma um posicionamento.

Assim afirma Pozzebon:

Há de se afastar a neutralidade ideológica e política do agir dos magistrados, pois os mesmos, a exemplo dos demais cidadãos, não possuem o dom de se desvencilhar de experiências passadas, de preconceitos e da forma de observar e interpretar a estrutura social que os cerca. Todos os seres humanos, sem exceção, fazem uma leitura própria da sociedade em que vivem, com seus antagonismos, injustiças e costumes, e imprimem, às decisões que proferem, uma carga valorativa que expressa, justamente, esta leitura e, acima de tudo, o seu posicionamento crítico frente a ela. A figura do magistrado não é exceção. A manifestação do juiz trará, sim, valores formados em cima de sua interpretação da sociedade e dos fenômenos que acontecem. Toda e qualquer decisão proferida trará, de uma forma mais ou menos explícita, o privilégio de um determinado valor, descartando, portanto, uma pretensa neutralidade jurídica. (POZZEBON, 2007).

Portanto, o que se busca na ação de um juiz não é sua neutralidade diante dos processos, mas a liberdade que o magistrado possui de interpretar os processos conforme a Lei e suas vivências, aplicando o princípio do livre convencimento e motivando racionalmente e imparcialmente suas decisões.

### 1.3 IMPARCIALIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Partindo disso, é necessário analisar a diferença entre imparcialidade objetiva e subjetiva. Conforme ensina Beatriz Zapelini:

Aquela diz respeito a um juiz que ofereça garantias suficientes para que não se funde dúvidas acerca de sua atuação, e está calcada na relação do juiz com o caso penal. Doutra banda, a imparcialidade subjetiva está relacionada ao vínculo do juiz com as partes (ZAPELINI, Beatriz, 2022).

Diante disso, devemos parar para analisar se o procedimento adotado hoje no Brasil é o mais condizente com a realidade normativa e principiológica. Na fase pré processual se discute muito se há ou não contraditório, tal assunto é extremamente controverso e há posicionamentos de todas as formas: de que há contraditório; de que existe, mas é mitigado e de que não existe. Aqui acredita-se que não há contraditório, entretanto, o foco a ser discutido é que em determinados momentos decisões importantes são tomadas nesta fase, como a necessidade ou não de se realizar busca e apreensão, a realização ou

não de prisão temporária, interceptação telefônica, enfim, decisões que, se feitas por um juiz que depois dará a sentença daquele mesmo caso, estará carregada de comportamentos parciais. Para tomar tais decisões o juiz deve analisar o procedimento para recolher informações necessárias a fim de formular um posicionamento concreto e justificado, se contaminando com conhecimentos.

Suponhamos que haja a formulação de um pedido de busca e apreensão na casa do suspeito. Conforme artigos 240 e seguintes do Código de Processo Penal, para que seja realizado tal procedimento é necessário ter ao menos “fundadas razões”, “fundada suspeita”, dessa forma o juiz precisará tomar conhecimento do processo, ou seja, o primeiro contato que ele terá será para buscar informações que auxiliem a acusação, contaminando sua convicção prévia sobre as partes envolvidas e a matéria ali tratada, fazendo com que seu julgamento esteja comprometido de parcialidade, logo, não condizente com a figura de total imparcialidade prevista no sistema processual acusatório. Essa contaminação de pensamento pode ser explicada pela teoria da dissonância cognitiva.

#### 1.4 TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA X SENTENÇAS CONDENATÓRIAS

Essa teoria ficou conhecida pelo autor Leon Festinger e fala, a grosso modo, de como o homem tenta ser coerente em seus posicionamentos, de forma involuntária. Como definido por Robert A. Baron e Donn Byrne: “Disonancia cognitiva: un Estado interno desagradable que ocurre cuando los individuos observan inconsistencias entre dos o más de sus actitudes, o entre sus actitudes y su comportamiento.”<sup>1</sup> (BARON e BYRNE, 2005).

Trazendo essa linha da Psicologia para o Direito Processual Penal, o mestre Ricardo Jacobsen Gloeckner desenvolveu uma pesquisa que demonstra como isso afeta a imparcialidade dentro de um processo.

Em sua investigação foram analisados 90 acórdãos do tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Sul, do período de 03/10/2012 a 31/12/2013 e constatou-se que desses 90 casos, todos que tiveram decretação de prisão

---

<sup>1</sup>Em tradução livre: dissonância cognitiva: um Estado interno desagradável que ocorre quando os indivíduos observam inconsistências entre dois ou mais de suas atitudes, ou entre suas atitudes e seu comportamento.

preventiva houve também a decretação de uma sentença condenatória ao final ou a reforma da decisão de primeiro grau, para se condenar o acusado. E segundo o autor “[...] em todos os casos, em alguma instância ocorreu a menção à prisão processual nos fundamentos da decisão” (GLOECKNER, 2015).

Logo, podemos constatar que se um juiz tomasse a decisão de que era necessário realizar uma busca e apreensão em um processo, haveria uma tendência do mesmo magistrado, ao entrar novamente em contato com o processo, porém na fase sentencial, de repetir a decisão, continuando a achar que existem fundadas razões e suspeitas para que o acusado seja condenado. É uma postura, como menciona a teoria, involuntária, é inerte ao ser humano ser coerente com seus comportamentos. Todavia, diante do sistema penal que deveria ser utilizado no Brasil, tal comportamento prejudica demasiadamente as decisões e para afastar essa tendência humana precisar-se-ia de uma “nova figura” no ordenamento brasileiro, o juiz de garantias.

## **2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS**

Sabe-se que o Processo Penal caminha junto com a política de cada país. À medida que se tem um governo mais conservador, mais punitivista será o ordenamento e, em contrapartida, dentro de Estado democrático de direito o que se imagina é que o sistema penal atuante será o mais garantista.

Como ensina J. Goldschmidt:

Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. [...] El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el derecho vigente, no es tampoco más que un tránsito del derecho pasado al derecho del futuro<sup>2</sup>. (GOLDSCHMIDT, 1961).

---

<sup>2</sup> Em tradução livre: “Os princípios da política processual de uma nação nada mais são do que segmentos de sua política estatal em geral. Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação é apenas o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição. A partir dessa experiência, a ciência processual desenvolveu uma série de princípios opostos constitutivos do processo. [...] A predominância de um ou outro desses princípios opostos no direito atual também nada mais é do que uma transição do direito passado para o direito futuro”.

Em 1988, com a solidificação da Constituição Federal, o Brasil passou a adotar o regime de Estado democrático de direito, tendo como princípios a soberania popular, dignidade da pessoa humana, pluralismo político, igualdade entre os cidadãos e outros direitos de âmbitos individuais e sociais. Tal como ensina Goldschmidt, o Processo Penal deveria evoluir conforme a dinâmica instaurada no país, entretanto não é o que vemos na prática em nosso país.

Em um país democrático espera-se que a vingança não seja um objetivo em julgamentos de ordem pública, visto ser a vingança um mero ego individual. Dessa forma, presume-se que os valores instituídos na Carta Maior sejam incorporados nos demais ordenamentos jurídicos.

O Direito Processual brasileiro, segundo o eixo político do país, deveria seguir à risca seus emblemáticos princípios: juiz natural, independente e imparcial, devido processo legal, presunção de inocência, *in dubio pro reo*, entre tantos outros. Todavia, ao nos depararmos com a realidade processual brasileira não são raros os casos em que esses princípios são ferozmente violados.

Primeiro façamos uma diferenciação dos sistemas processuais penais, apresentando suas características e depois veremos que, em consequência do sistema penal acusatório, sistema mais apropriado ao Brasil, emerge a necessidade de implementar o juiz de garantias.

## 2.1 SISTEMA PROCESSUAL INQUISITÓRIO

Não há como falar de sistema processual penal inquisitório sem nos lembrarmos de um dos principais cenários da idade média, mas não o único, qual seja a catástrofe cometida pela igreja católica, principalmente nos séculos XIII e XIV através do tribunal de santo ofício criado para inquirir heresias.

Nesse contexto podemos traçar algumas características do juiz e do Processo Penal como um todo àquela época: o juiz era detentor de uma concentração de poderes como investigar e julgar, se tornando o titular da ação; o início do processo podia ser de ofício; havia sigilo nos processos; todo o processo era escrito e apenas a sentença era pública; o acusado era objeto da ação; não há a presença de contraditório e ampla defesa; havia um sistema de provas tarifadas, tendo a confissão o valor mais alto; presunção de culpabilidade; a busca pela verdade real e a presença de um juiz parcial.

Percebe-se que, diante desse panorama arbitrário e de tortura, o objetivo não era o processo, ou então descobrir como algum incidente ocorreu, e sim quem eram os culpados, por isso meios extremamente diabólicos eram usados para obter a confissão dos acusados, que muitas vezes confessavam algo que sequer tinham feito apenas para não sofrerem mais.

Fato é que aqui os juízes tinham o papel de investigar e de julgar, não possuindo o acusado a oportunidade de ter uma defesa própria e justa. Como mencionado, não havia diferença no papel de acusar e de julgar, logo, o juiz tomava decisões que não deveriam ser de sua alçada, como por exemplo, pedir a prisão do acusado, função que demonstra total parcialidade do julgador.

Mesmo que, cronologicamente falando, esse sistema seja o mais recente, é também o mais problemático, ferindo diversos protocolos internacionais que o Brasil é signatário, como o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado em 1992.

Apesar de desde 1988 o Brasil ser, formalmente falando, um Estado democrático de direito, ainda existem ordenamentos que foram originados em época ditatorial, como é o caso do Código Penal (1940) e Processo Penal (1941). Ambos os códigos foram criados na época em que quem governava o país era Getúlio Vargas, no meio do chamado “Estado novo” e tem claras inspirações em líderes ditatoriais como Mussolini e Napoleão.

Mesmo com as reformas legislativas de 2008 e a de 2019, que mudaram significativamente os códigos, ainda existem dispositivos de natureza claramente inquisitoriais. Logo, urge a necessidade de adequação desses ordenamentos ao regime vigente no país, que compactua com o sistema processual acusatório.

## 2.2 SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO

Podemos citar como seus atributos: processo fundado na publicidade e oralidade (admitindo, porém, segredo de justiça); o acusado é visto como um sujeito de direitos; há a presença de ampla defesa e contraditório; livre convencimento do juiz sem tarifas de prova, o que implica na motivação das decisões; a prova de confissão deve ser analisada diante de todo o contexto probatório, e não como prova maior; existe a presunção de inocência; a

iniciativa probatória é das partes; existe a busca pela verdade processual e a figura do juiz como um ser totalmente imparcial.

Aqui o contexto é claro e objetivo: os papéis de acusar, defender e julgar se diferenciam completamente, dispendo inclusive de órgãos distintos e focados na realização de apenas uma função, como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

As críticas quanto a esse sistema ficam, principalmente, em razão da inércia do juiz, que advém do seu dever de ser imparcial. Entretanto, esse é o papel do magistrado dentro de um Estado democrático, não há por que colocar no juiz um papel de herói e todo brilhantismo que é colocado. Endeusar tanto figuras do Judiciário faz com que a sociedade os olhe de forma distante, gerando uma expectativa que não deve ser criada, pois o Estado não deve fazer papel de vingador da sociedade.

O juiz é um funcionário do Estado, ou da União, que serve para, diante de todo seu conhecimento adquirido, verificar se o indivíduo ali acusado está certo ou errado perante a Lei. Caso o réu esteja amparado sob o manto de alguma excludente de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, ou ainda, haja dúvidas razoáveis a respeito do cometimento ou não de algum ilícito ele deve ser absolvido, este é justamente um dos pilares da presunção de inocência. Entretanto, se restar demonstrado que o acusado é responsável pelo cometimento de algum crime, ele deverá ser condenado de forma correspondente à Lei, não mais do que merece devido a opiniões infundadas como “o crime é muito grave”. Ao Estado não cabe exercer uma justiça além do que foi previamente proposto, logo, ao representante do Estado menos ainda, afinal, *nullum crimen nulla poena sine previa lege*.

Afirma, brilhantemente, Aury Lopes:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero *objeto* para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação. (LOPES, 2021).

Sabemos que o tribunal do júri é um exemplo categórico desse sistema, só que na ampla maioria das vezes a opinião popular influencia a condenação, mesmo que essa opinião seja infundada, ou baseada apenas na moral de cada jurado ali envolvido e não dos fatos e provas expostas no processo. A título de exemplo, pode-se pensar no julgamento do caso da boate kiss, que há vários e certos argumentos a serem apontados quanto à condenação dos acusados, tanto no sentido processual quanto do próprio quantum final.

O juiz nesse sistema processual deve julgar conforme as provas apresentadas pela defesa e pela acusação, se o arcabouço probatório é fraco, se não há certezas, deve-se sentenciar pela absolvição. Imprescindível sobrelevar que a função do Judiciário não é solucionar os problemas sociais, econômicos e de segurança pública.

Dito isso é perceptível que dentro das características apresentadas de um Estado democrático o sistema que melhor se compatibiliza é o sistema penal acusatório. Entretanto, parte da doutrina diz que o Brasil tem um sistema penal misto, sendo a fase pré-processual inquisitiva e a fase processual de cunho acusatório.

Independentemente da questão do sistema penal misto ser um sistema válido, existir ou não, aqui se opina que o eixo do sistema penal brasileiro hoje, apesar das mudanças advindas com o pacote anticrime e consecutiva medida liminar dada pelo ministro Luiz Fux que suspende alguns dispositivos (que se falará logo mais), pertence ao sistema inquisitivo, mas não deveria.

Tal opinião é baseada nos próprios dispositivos com caráter inquisitório que ainda existem no ordenamento. O primeiro exemplo encontra-se no art. 156, inciso II, de referido instrumento normativo. Assim menciona o dispositivo:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Já se demonstrou, através da teoria da dissonância cognitiva, que uma vez que o juiz encontra motivos suficientes para pedir uma prova, pois acha suspeito, ou acha que o arsenal de provas da acusação está empobrecido e deve tirar sua dúvida, a tendência do mesmo será condenar o acusado. Juiz

não deve pedir prova, se há dúvidas, repetindo, num Estado democrático onde se preceitua a presunção de inocência, o caminho a se seguir é a absolvição.

O segundo exemplo é o artigo 209 do Código de Processo Penal “art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”. Aqui está mais um papel que seguindo a linha de raciocínio, não deveria partir do juiz, terceiro alheio ao processo.

Para não nos alongarmos, o último exemplo fica por conta do artigo 234 do Código de Processo Penal:

Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

Ao requisitar a juntada de um documento aos autos, que não foi mencionado por nenhuma parte, o juiz prejudicará a defesa ou, mais difícil, porém, possível, a acusação, logo, não deve ocorrer.

Por conseguinte vemos que dentro das características do sistema acusatório vigora a imparcialidade do juiz e para que esta tenha uma salvaguarda de que está sendo de fato executada é imperioso colocar-se em prática a figura do juiz de garantia. Evitando assim que a parcialidade que acontece hoje, seja *ad eternum*, configurando inúmeras injustiças.

### **3 - JUIZ DE GARANTIAS**

Esse instituto é definido no art.3º-B do atual Código de Processo Penal (com a eficácia suspensa por decisão do ministro Fux): “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.”

Como visto em alhures, o juiz de garantias seria a mudança mais imprescindível para que o Processo Penal esteja em consonância com a Constituição Federal de 1988 e o sistema processual penal acusatório. Esta figura seria a responsável por tomar as decisões judiciais da fase pré-processual até o recebimento da denúncia ou queixa. A Lei 13.964/19, conhecida como pacote anticrime, lista suas principais atribuições, entre elas: receber comunicação imediata da prisão; receber o auto da prisão em

flagrante, para controle de legalidade da prisão; zelar pela observância dos direitos do preso; ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; decidir sobre requerimento de prisão ou outras medidas cautelares, assim como prorrogá-las, substituí-las ou revogá-las; entre outras.

Sua presença daria mais segurança jurídica ao ordenamento e, assim como o próprio nome diz, promoveria garantias aos indiciados de que o inquérito está com todas formalidades necessárias, evitando, então, vícios de parcialidade que acontecem comumente devido a contaminação subjetiva do juiz.

O professor Aury Lopes Jr. opina que o nome do instituto não foi dos melhores, porque no Brasil há um devaneio em associar o termo garantia à impunidade e que o nome “juiz da Investigação” seria mais propício, evitando talvez uma parcela da resistência existente.

A figura, entretanto, não participaria da investigação de todos os delitos, ficando aqueles considerados de menor potencial ofensivo de fora de sua alçada, já que para esses basta a lavratura de termo circunstanciado de ocorrência, não existindo uma investigação propriamente dita.

Mesmo tomando as decisões judiciais na fase pré-processual, o juiz de garantias deve agir sob influência dos mesmos princípios do juiz da Instrução, quais sejam, proibição de atuar em casos de suspeição, impedimento, princípio do juiz natural, obrigatoriedade de agir depois de um impulso e nunca de ofício, entre outros. Sua presença nada atrapalharia a ação da Polícia Judiciária ou tomaria lugar da autoridade policial, pelo contrário, tem a capacidade de deixar a possibilidade de indiciamento dos suspeitos mais rápida, contribuindo, inclusive, para a razoável duração do processo.

Não obstante, o atual cenário do Brasil contribui para que o suspeito chegue na delegacia com a presunção de culpabilidade ao invés da presunção de inocência. Não são raras as vezes em que não há provas maiores do que a folha de antecedentes criminais do acusado para ensejar uma prisão preventiva ou uma nova condenação. Costuma-se buscar elementos para punir e não para entender o caso concreto.

Sendo assim, com a presença do juiz de garantias, essa propensão seria amenizada, visto que o juiz de Instrução só teria contato com os autos processuais depois de recebida a denúncia, ou seja, não seria formado um

pré-julgamento por parte deste, trazendo a fiel essência do sistema penal acusatório à tona.

### 3.1 ORIGEM E JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

Percebe-se que apesar das transformações econômicas de todo o mundo, principalmente norte-americana, a visão eurocentrista ainda é predominante, fazendo com que os movimentos legislativos se iniciem por lá e depois sejam incorporados aos países em desenvolvimento, a exemplo dos países latino-americanos. Com a figura do juiz de garantias acontece o mesmo.

Com forte presença principalmente na Espanha e Bélgica, o juiz de garantias teve longo e denso espaço de discussão no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), entretanto esta corte nem sempre manteve a melhor posição. Para maior compreensão nomear-se-ão 3 julgamentos que lá aconteceram, de forma cronológica. O mais emblemático é o caso “*De Cubber vs. Bélgica*” (demanda 9186/80), que posteriormente serviu de paradigma para inúmeras outras decisões e nos parece o julgamento mais acertado como claro exemplo do sistema acusatório.

Neste caso, em 1976, *De Cubber* foi preso pela prática de certos crimes e sua ordem de prisão foi expedida pelo juiz sr. Pilate, magistrado que acompanhou a investigação, de quase 2 anos, e que também proferiu a sentença do caso. Diante disso e da análise da legislação belga, que era de natureza inquisitorial, a corte deliberou que o juiz adquiriu muito conhecimento dos fatos delituosos, o que o levou a tomar uma decisão repleta de parcialidade. Segundo Machado Maya:

[...] a Corte Europeia afirmou ter sido violada a imparcialidade no seu aspecto objetivo, pois o sucessivo exercício das funções de juiz investigador e de magistrado julgador, aliado à intensa atuação durante a fase pré-processual, justifica a dúvida do acusado acerca da perda da imparcialidade do juiz. (MAYA, 2020).

No segundo caso, *Hauschild vs. Dinamarca*, a mesma corte decidiu pela flexibilização da regra da imparcialidade do juiz (de que este não pode atuar na investigação e futura condenação do mesmo indivíduo). Nesta situação, a Lei dinamarquesa prevê a impossibilidade de julgamento pelo mesmo juiz nas duas fases processuais, entretanto a corte decidiu que a alegação da parte sobre a parcialidade do juiz não pode se dar apenas porque o magistrado

proferiu decisões na fase processual, devendo a análise, contudo, ser feita caso a caso, conforme o grau de envolvimento e tipos de decisões tomadas pelo juiz na fase de investigação.

A partir dessa decisão outras surgiram com a mesma, ou mais intensa, flexibilização, como é o caso de *Fey vs. Áustria*, em que, durante a investigação, a juíza após tomar depoimento do acusado, expediu ofícios atrás de informações sobre o acusado e, pessoalmente, ter efetuado ligações para um banco onde o suspeito tinha uma conta, além de ter ligado para duas companhias de seguro e expedido carta para outro local com o fim de reunir informações sobre o acusado. O TEDH, entretanto, entendeu que seus atos apenas buscavam simples informações, necessárias ao julgamento. Ora, essa fora a decisão mais insensata que o TEDH deu sobre o tema, visto que a juíza fez o papel do órgão de acusação revelando total parcialidade e disposição de condenar o acusado.

Como se pode ver a Jurisprudência do tribunal ao longo dos anos fora demasiadamente contraditória, gerando inseguranças jurídicas absurdas que não deveriam ser sequer cogitadas. Entretanto, um magistrado do TEDH, *De Meyer*, em um de seus votos, informou que era necessário para o Tribunal estabelecer quais seriam as hipóteses objetivas para responder a dúvida sobre a imparcialidade dos tribunais. Logo, hodiernamente, pode-se dizer que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos decidiu admitir a parcialidade de juízes que atuam em ambas fases do processo, mas levando em consideração o conteúdo da decisão e que a mera possibilidade de contaminação, e não a efetiva, já é um motivo justo.

Tal posição do tribunal influenciou fortemente aqueles países que fazem parte de seu território, sendo assim, alguns países, como a Espanha e Itália, que possuem diversos entendimentos sobre a necessidade de figuras distintas em cada fase do processo. Anos depois, é possível encontrar decisões compatíveis com esta nos países latino-americanos (com exceção do Brasil), tendo em vista a colonização espanhola e também, pelo compromisso desses países com a convenção americana de direitos humanos (CADH), que, em seu artigo 8.1 tem, a seguinte previsão:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer

acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Chile, Paraguai, Uruguai e Colômbia são países latino-americanos que possuem a figura do juiz de garantias e deveriam ser um exemplo para o Brasil, que possui grande resistência ao modelo conhecido como “double juez”, como se verá da análise das ações diretas de inconstitucionalidade.

### 3.2 LEITURA DO INSTITUTO PELO PACOTE ANTICRIME

Sabe-se que a Lei 13964/19 possui três eixos como fundamento: a atuação do ex-juiz e ex-ministro Sérgio Moro, o projeto do Alexandre de Moraes e o projeto do novo Código de Processo Penal. Difícil crer que uma Lei tenha incorporado dispositivos tão opostos e com objetivos conflitantes. Ao mesmo tempo que vemos o aumento de penas, com o ilusório objetivo de prevenir crimes, vemos a tentativa de implementação de institutos tão válidos e necessários como o acordo de não persecução penal e o juiz de garantias.

A figura do juiz de garantias não é nova no ordenamento, pelo menos não em projetos de Lei, pois o projeto do novo Código de Processo Penal, desde 2009, já previa sua implementação no Brasil, tanto que ao compararmos a redação do projeto de lei 156/09 ao dispositivo 3º-B do atual Código de Processo Penal podemos perceber que são idênticas.

Assim está disciplinado o juiz de garantias na Lei anticrime:

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

[...]

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

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

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

[...]

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

XI - decidir sobre os requerimentos de:

- a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
- b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;
- c) busca e apreensão domiciliar;
- d) acesso a informações sigilosas;
- e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.”

Algumas observações são necessárias. Quanto às atribuições do juiz, nada se difere muito do que o juiz da instrução já faz regularmente, só que a partir da eficácia do dispositivo será feita pelo juiz de garantias, que é o responsável, a grosso modo, por garantir os direitos do suspeito e por verificar a legalidade da prisão. Entretanto existem alguns pontos controversos na doutrina.

Uma das principais mudanças na redação é que o juiz decidirá sobre os requerimentos formulados pelas partes, não tomando a iniciativa e os incisos V, VII e XI são claros sobre isso. Acontece que, talvez por falta de atenção do legislador, os incisos VI e X mencionam, respectivamente, que o juiz prorrogará a prisão e requisitará documentos. Aqui, diante de todo contexto acusatório que a lei tenta inserir no ordenamento, é necessário uma interpretação mais acertada de que o juiz irá prorrogar a prisão temporária ou outras medidas cautelares quando for solicitado, nunca de ofício. Assim como irá requisitar documentos à autoridade policial quando as partes o pedirem, não tomando nunca a iniciativa, permanecendo como um terceiro alheio à situação.

Polêmico assunto é sobre o recebimento da denúncia ser de competência do juiz de garantias. O projeto do novo Código de Processo Penal, em seu artigo 15, prevê que a atividade do juiz de garantias cessa no oferecimento da ação. Entretanto, consideramos equivocado esse entendimento, acatando a disposição do art. 3º-C da Lei anticrime, abrangendo a competência do juiz de garantias até o recebimento da denúncia, visto que, para verificar se se encontram presentes os requisitos, segundo o art. 395, Código de Processo Penal, é necessário uma mínima, porém existente, análise do processo, o que poderia gerar uma contaminação da imparcialidade do magistrado. Logo, a atuação do juiz da instrução se daria a partir do recebimento da peça acusatória.

Outro ponto a ser tratado é sobre a presença ou não do juiz nos crimes de menor potencial ofensivo. Estes, quando chegam ao conhecimento da polícia não exigem uma investigação propriamente dita, apenas busca-se informações básicas para prosseguimento da ação no juizado especial, logo, colocar um juiz de garantia à disposição de algo tão simples seria desperdício de recursos.

Um elemento que também difere muito quanto a atual legislação é sobre o requerimento de provas antecipadas. No atual Código de Processo Penal há a possibilidade do juiz determinar a realização de provas de ofício, vide artigo 156, II, Código de Processo Penal, mas com o novo instituto o juiz decidirá sobre o requerimento, ou seja, este dispositivo (art. 3º-B, VII, Lei 13.964/19) prevê que o magistrado deve ser impulsionado pelas partes a respeito dessas provas e não mais decidir sozinho.

No art. 3º-B, XVIII, temos a constatação que o art. 3º-B é um rol exemplificativo, afinal não há como o legislador imaginar todas as situações que podem ocorrer em um processo.

O artigo ainda 3º-B, §2º, traz a novidade de que o inquérito de réu preso poderá durar no máximo 30 dias, após esse prazo a prisão do suspeito deve ser relaxada, demonstrando a necessidade do Estado cumprir a atividade investigativa em tempo considerável, que atualmente é de 10 dias, conforme art. 10º, Código de Processo Penal.

Já o art. 3º-C, §2º, de forma inteligível, informa que as decisões do juiz da instrução não ficam vinculadas às decisões do juiz de garantias, tanto que, para complementação, vem o §3º desse dispositivo dizendo que os autos confeccionados pelo juiz de garantias ficarão arquivados na secretaria deste juízo, como forma de não influenciar o segundo magistrado do caso, demonstrando a máxima proteção da imparcialidade no processo. A exceção deste caso serão as provas irrepitíveis que ficarão apensadas ao processo para futura conferência.

Por fim, merece a atenção o artigo 3º-F, onde mostra a obrigação do juiz de proteger a imagem do preso diante da imprensa. Sabe-se que casos famosos, como o da boate kiss, geralmente têm sua decisão baseada no apelo popular e evitando a exposição do(s) acusado(s) ao público, o julgamento tem um caráter mais imparcial e objetivo.

Apesar de haver extrema necessidade de aplicação do instituto e de ter uma redação admissível na Lei 13.964/19, o instituto encontra bastante resistência no Brasil e em consequência sua eficácia foi suspensa pela, conhecida vulgarmente, liminar Fux.

### 3.3 “LIMINAR FUX”

As ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, cujo relator foi o ministro Luiz Fux, estão abastadas de alegações infundadas e por isso a analisaremos de forma resumida.

O foco será comentar as alegações mais absurdas contrárias a implementação do juiz de garantias no Brasil: a inconstitucionalidade da figura, pois a matéria tratada não seria efetivamente de matéria processual penal; o instituto feriria os princípios do juiz natural, razoável duração do processo, segurança jurídica e isonomia; haveria inconstitucionalidade também porque a implementação da figura geraria muitos gastos, violando o art. 169, §1º, da Constituição.

No próprio texto da medida cautelar concedida por Toffoli fora reconhecido que a opção do legislador de implementar no ordenamento a figura do juiz de garantias é plenamente constitucional, pois trata de matéria de direito processual penal de competência legislativa privativa da união, vide artigo 22, I, CF.

Não há motivos concretos que especifiquem porque a figura violaria os princípios acima mencionados. Não há ofensa ao princípio do juiz natural, haja vista a não criação de uma instância interna, conforme alegado, mas sim, uma mera distribuição de competências, garantindo imparcialidade e segurança jurídica ao acusado, assegurando princípios constitucionais que devem ser tidos como primazia do procedimento penal desde a nova ordem constitucional.

Essa distribuição de competência é necessária para que o processo não seja contaminado gerando, inclusive, uma movimentação mais rápida do processo. Não afetaria o princípio da isonomia porque há a presença da figura apenas nas instâncias inferiores e não no tribunal do Júri e os de instâncias superiores. Esse instituto não prospera nos tribunais porque lá as decisões são feitas de forma colegiada, não havendo contaminação nos autos e no tribunal do júri a decisão é feita pelo conselho de sentença, não padecendo também de interferência.

O argumento contrário que mais se ouve sobre o juiz de garantias é sobre a questão financeira, mas não irão ser criados novos cargos, não seria necessário mais recursos para a realização desse compromisso com a imparcialidade. Como menciona o próprio texto da medida cautelar:

Todavia, diferentemente do que alegam os autores das ações diretas, a efetiva implementação do juiz das garantias não demanda necessariamente a criação de novos cargos, não incrementa o volume de trabalho do Judiciário, não gera nova demanda. Não se criou uma nova atividade dentro da estrutura do Poder Judiciário. A supervisão judicial da legalidade dos atos praticados nas investigações criminais e a proteção dos direitos fundamentais dos investigados são atividades já realizadas pelos juízes criminais do país. Faz-se necessário redistribuir o trabalho que antes competia ao mesmo juízo/juiz. Trata-se de questão que passa mais por gestão judiciária e menos por criação ou provimento de cargos. O que ocorrerá, na prática, é uma adequação da estrutura já existente em todo o país para que as funções de juiz de garantias e de juiz responsável pela instrução e pelo julgamento não recaiam mais sobre a mesma pessoa, garantindo-se a efetividade da norma de impedimento contida no caput do art. 3o-D. (FUX, 2020).

Também fora reconhecido que a opção do legislador de implementar no ordenamento a figura do juiz de garantias é plenamente constitucional, pois trata de matéria de direito processual penal de competência legislativa privativa da união, vide artigo 22, I, CF. Logo, não há nenhuma violação ao poder de auto-organização dos tribunais e a sua prerrogativa de propor a alteração da organização e da divisão judiciária.

Na ADI 6.299, propriamente dita, Fux repete as alegações infundadas como se Ministro não fosse, o que demonstra de sua parte um enorme receio em colocar a figura do juiz de garantias em prática. Resta-nos indagar o porquê há tanta resistência em ceder a uma tendência antiga em aprimorar a legislação de modo que os direitos individuais sejam plenamente efetivados.

Acredita-se que grande parte do problema reside no caráter punitivista que é visto de forma quase materializada no Brasil. Crer que o Estado Democrático de Direito e sua consequente obrigação em respeitar o direito alheio, mesmo daqueles que delinquem, é o necessário e correto diante de tantas barbáries que já ocorreram em Estados totalmente autoritários. Não há como relativizar direitos, ou reproduzir a máxima “direitos humanos para humanos direitos” em pleno século XXI. Se aqueles que representam a instância máxima dos direitos, cuja responsabilidade recai o controle de constitucionalidade brasileiro, produzem decisões rasas e antidemocráticas ao concluir que uma figura criada para assegurar garantias constitucionais seria finalisticamente voltada à impunidade, conclui-se que não há apenas a necessidade de reformar o Código de Processo Penal e todos seus resquícios inquisitoriais, mas também a mentalidade daqueles cuja função é, em primazia,

30

a defesa do Estado democrático de direito. Assegurar um processo penal coerente, justo e que busca, sobretudo, a humanização do réu, é imprescindível para a internalização do tão sonhado modelo acusatório.

#### **4. CONCLUSÃO**

Diante do exposto constata-se que o Brasil, ao ter um governo configurado como república federativa e Estado democrático de direito, prima por defender os direitos individuais e sociais. Dessa forma princípios básicos devem ser respeitados, como os mencionados no artigo primeiro da Constituição de 1988 e também os princípios implícitos, quais sejam: a cidadania; a dignidade da pessoa humana; imparcialidade do julgador; soberania do povo; devido processo legal; juiz natural; duplo grau de jurisdição; entre outros.

Viu-se que apesar desta ser a configuração do país, seu ordenamento ainda não tem cunho totalmente coerente e alguns diplomas, como o Código Penal e de Processo Penal, possuem caráter predominantemente inquisitórios que distorcem os valores propostos diante da democracia.

Desta feita alguns institutos podem ajudar o país a tomar um rumo diferente e ser literalmente mais justo em suas decisões, como é o caso da figura do juiz de garantias. Este é um papel antigo, presente em diversos países, cuja existência se faz necessária diante de assuntos tão complexos como a liberdade de um indivíduo. Aqui não se busca a impunidade, como os menos preparados inferem, mas que a justiça seja, por mais literal e cômica que se pareça, justa. Os acusados, se culpados, devem ser condenados a pena justa ao devido crime. No caso de dúvida o caminho não deve ser outro a não ser a absolvição.

O papel do juiz não é descobrir a verdade real de um processo, mas julgar, como representante do Estado, um episódio, o averiguando de forma objetiva e imparcial. Muitos reclamam da inércia do juiz, mas diante de um sistema processual acusatório essa é a função do juiz, o ativismo dos mesmos não pode se dar através de influência na disparidade de armas ou da quantidade de pessoas que condenam. Repetindo: não se pode presentear aos juízes o papel de herói e aos suspeitos o papel de vilão, pois isso acarreta inúmeras injustiças.

Com isso chega-se a visão humana que deve-se ter daqueles que representam o Estado dentro do Poder Judiciário. Os juízes, assim como todos indivíduos, estão fadados a primeiras impressões e a contaminação psicológica quando colocado em contato com demasiadas informações. Sendo assim, para amenizar uma característica inerente do ser humano é necessário a implementação de seguranças jurídicas que coíbam a parcialidade de um julgador, como é o caso do juiz de garantias.

É necessário se colocar em prática a figura deste juiz para que o Estado faça seu papel de forma mais coesa e tentativas rasas, absurdas e infundadas de prevenir sua devida aplicação não podem mais ser toleradas, devendo-se discutir a questão até o esgotamento daqueles que insistem em não ver o lado justo do instituto.

### REFERÊNCIAS

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. 2.ed. Madrid: Edersa, 1997. p. 127.

BARON, Robert A; BYRNE, Donn. *Psicología social*. 10ª ed. PEARSON EDUCACIÓN, S.A., Madrid, 2005. Disponível em: <<https://ayudacontextos.files.wordpress.com/2018/04/psi-social.pdf>>.

BRASIL. Decreto-Lei 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 14 de Junho de 2021

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm). Acesso em: 17 de Agosto de 2021

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941. Institui o Código de processo penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm). Acesso em: 05 de Agosto de 2021

BRASIL. Projeto de Lei nº 8.045/2010. Novo Código de Processo Penal. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010). Acesso em: 10 de agosto de 2021.

ECHR. HUDOC - European Court of Human Rights. Coe.int. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/ukr#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57465%22%5D%7D>>. Acesso em: 23 Jan. 2022.

European Comm., Hauschildt v Denmark. Hrcr.org. Disponível em: <[http://www.hrcr.org/safrica/arrested\\_rights/hauschildt\\_denmark.html](http://www.hrcr.org/safrica/arrested_rights/hauschildt_denmark.html)>. Acesso em: 09 Jan. 2022.

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

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 23, v. 117

GOLDSCHMIDT, James. Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

JUNIOR, Aury.Celso.Lima. L. *FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MAYA, André Machado. Juiz de Garantias, Fundamentos, Origens e Análise da Lei 13.964/19, 1 ed. - São Paulo: Tirant lo Branch, 2020.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INSCONTITUCIONALIDADE. [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-aterferendo.pdf>>.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. p. 176.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. A questão da segurança jurídica... p. VII.

Stradalex. Stradalex.com. Disponível em: <[https://www.stradalex.com/en/sl\\_src\\_publ\\_jur\\_int/document/echr\\_14396-88](https://www.stradalex.com/en/sl_src_publ_jur_int/document/echr_14396-88)>. Acesso em: 09 Jan. 2022.

WEB, Direta. Empório do Direito. Empório do Direito. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-julgador-e-a-questao-da-imparcialidade-subjetiva-e-objetiva>>. Acesso em: 15 Jan. 2022.

ZAPELINI, Beatriz. O Julgador e a Questão Da Imparcialidade Subjetiva E Objetiva, Empório do Direito, Acesso em 15 Jan. 2022.

