Cognitio Juris
ISSN 2236-3009

JUIZ DAS GARANTIAS COMO GARANTIDOR DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

JUDGE OF GUARANTEES AS A GUARANTOR OF THE PRINCIPLE OF IMPARTIALITY IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEEDINGS

Artigo submetido em 30 de maio de 2023
Artigo aprovado em 07 de junho de 2023
Artigo publicado em 10 de junho de 2023

Cognitio Juris
Ano XIII – Número 47 – Junho de 2023
ISSN 2236-3009

.

Autor:
Yohanna Alves de Andrade[1]
Edy Cesar dos Passos Júnior[2]

.

RESUMO

Com a instituição do juiz das garantias por meio da Lei nº 13.964 de 2019, e por conseguinte debate sobre a constitucionalidade de sua implementação, o artigo tem por objetivo é constatar acerca do êxito do princípio da imparcialidade do juiz com o advento do juiz das

garantias, atuante na fase pré-processual. A metodologia utilizada foi uma pesquisa bibliográfica em textos jurídicos, artigos, estudos empíricos, decisão do Supremo Tribunal Federal, doutrinas, jurisprudências e as legislações constitucional, penal e processual penal para tornar inequívoca a constitucionalidade e a relevância do juiz das garantias. Pretende-se com a conclusão do presente estudo, demonstrar que para efetivação de uma jurisdição penal imparcial é relevante a implementação do juiz das garantias e das suas deliberações na práxis processual, visto que a estrutura processual vai de encontro com a Carta Magna, refreando a consubstanciação do devido processo legal. Nesse percurso, nota-se que o óbice no cumprimento do instituto, por conta da decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal da suspensão por tempo indefinido da sua concretização, além de comprometer o cumprimento do devido processo legal, acarreta ainda, uma grande prejuízo ao cidadão subjugado à acossa penal, visto não impedir pré-julgamentos que decorrem da contaminação do juiz responsável pelo julgamento, em consequência da vinculação psicológica dos componentes preliminares. Conclui-se portanto, que o sistema acusatório brasileiro, faz-se imperativo e urgente a efetivação do juiz das garantias na prática penal.

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

ABSTRACT

With the institution of the guarantees judge through Law nº 13.964 of 2019, and consequently the debate on the constitutionality of its implementation, the article aims to verify the success of the principle of impartiality of the judge with the advent of the guarantees judge, active in the pre-procedural phase. The methodology used was a bibliographical research in legal texts, articles, empirical studies, decision of the Federal Supreme Court, doctrines, jurisprudence and constitutional, criminal and criminal procedural legislation to make unequivocal the constitutionality and the relevance of the judge of guarantees. With the conclusion of this study, it is intended to demonstrate that for the effectiveness of an impartial criminal jurisdiction, the implementation of the guarantees

judge and its deliberations in procedural practice is relevant, since the procedural structure goes against the Magna Carta, curbing the implementation of due process of law. In this path, it is noted that the obstacle in complying with the institute, due to the monocratic decision of the Federal Supreme Court of indefinitely suspending its implementation, in addition to compromising compliance with due legal process, also entails a great loss to the citizen. Subjugated to criminal prosecution, since it does not prevent pre-judgments that result from the contamination of the judge responsible for the trial, because of the psychological linkage of the preliminary components. It is concluded, therefore, that the Brazilian accusatory system makes it imperative and urgent for the judge to guarantee guarantees in criminal practice.

Keywords: Impartiality; Guarantee Judge; Criminal proceedings; Accusation System.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que, o efeito de uma sentença penal condenatória transitada em julgado na vida do réu pode produzir danos drásticos no campo psicoemocional e social deste indivíduo. Acarretando posteriormente, dificuldade de manutenção da integridade da pessoa humana.

Por conseguinte, aquele que promove a ação penal (Ministério Público) não possibilidade de ser o mesmo que julgará o processo penal. Esse trâmite se estabelece sobre o princípio basilar que norteia a persecução penal. Trata-se do princípio da imparcialidade do juiz, propósito de validade do processo, carecendo o juiz posicionar entre as partes e acima delas, sendo esta a primeira circunstância para que o magistrado possa desempenhar sua função jurisdicional. Sua acuidade tem resolução universal e está previsto no artigo X da Declaração Universal de direitos humanos.

No intuito de estabelecer limites à participação do juiz na fase pré processual a doutrina tradicional sustenta a afirmação de que, atuando o juiz de *ex officio*, estaria agindo de forma imparcial e incompatível com o sistema acusatório, que é separado e definido entre o

julgador, defesa e acusação.

Com a vigência da lei 13.964/19, conhecida como Pacote AntiCrimes, que trouxe alterações no código de lei penal e processual penal, dentre elas destaca-se a figura do juiz das garantias, introduzida no artigo 3º – A ao 3º – E do Código de processo penal. A figura do juiz das garantias, trata-se da atuação de um único magistrado responsável por atuar somente na fase pré-processual e garantir o controle da legalidade das investigações criminais e salvaguarda dos direitos individuais. O incremento desta figura visa garantir a efetiva aplicação do princípio da imparcialidade do juiz responsável em atuar na fase processual que estará blindado de respingos de informações levantadas no curso das investigações, acarretando a não contaminação da decisão com julgamentos pré estabelecidos.

Nessa perspectiva, diante da participação do juiz julgador na fase pré-processual atuando na decisão de certas medidas cautelares, por exemplo, percebe-se a necessidade de se avaliar sobre a eficácia do princípio da imparcialidade do juiz no processo penal à luz do juiz das garantias.

Portanto, indaga-se: seria o juiz das garantias figura de eficácia na aplicação do princípio da imparcialidade com atuação na fase inicial do processo penal brasileiro?

Então, o objetivo geral da presente pesquisa é constatar acerca do êxito do princípio da imparcialidade do juiz com o advento do juiz das garantias, atuante na fase pré-processual.

Para tal fim, foram delineados os seguintes objetivos específicos: descrever o conceito dos três sistemas processuais penais existente no ordenamento jurídico; abordar como a figura do juiz das garantias iria colaborar para salvaguarda do princípio da imparcialidade na fase processual e analisar os posicionamentos doutrinários acerca da decisão que suspendeu o artigo que trata do Juiz das Garantias no Código de Processo Penal.

Assim, para viabilidade do tema, a pesquisa bibliográfica será utilizado o método dedutivo,

cuja produção se dará por meio de leitura de obras bibliográficas, doutrinas, jurisprudências e as legislações constitucional, penal e processual penal.

No primeiro capítulo, far-se-á uma abordagem dos sistemas processuais penais, nos quais são: inquisitivo, misto e acusatório, bem como suas características, princípios e a maneira na qual funciona sua aplicabilidade no sistema processual.

No segundo capítulo, realiza-se uma descrição do efeito de aplicabilidade do juiz das garantias na esfera processual penal e como impactaria nas decisões processuais proferidas pelo juiz julgador.

No terceiro capítulo, serão descritos os fundamentos que ensejaram a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 6.298 que suspendeu a eficácia do juiz das garantias por medida cautelar, proferida pelo Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal (STF).

Ao final, conclui-se que o objetivo final é constatar os resultados de uma sentença transitada em julgado diante das interferências do juiz julgador na fase pré processual e ao final, apurar os possíveis resultados que a implementação da figura do juiz das garantias na esfera processual penal acarretaria nas decisões dos magistrados.

1. OS SISTEMAS PROCESSUAIS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

Os sistemas processuais penais constituem um conjunto de princípios e regras constitucionais, que, com base no momento político vivenciado pelo Estado, irão estabelecer a devida aplicação do direito penal no caso concreto (RANGEL, 2019, p. 121). No campo do direito processual penal existem vários tipos de sistemas processuais responsáveis pelo funcionamento da estrutura organizacional do ordenamento jurídico, estabelecimento de diretrizes e aplicação do direito ao caso concreto. De acordo com a doutrina, são três os Sistemas Processuais existentes no ordenamento jurídico, sendo eles: sistema inquisitorial ou inquisitivo; sistema acusatório; e o sistema misto, reformadon napoleônico ou acusatório

formal.

1. **Sistema Inquisitivo**

O sistema inquisitivo ou inquisitorial é assim denominado em razão de uma herança histórica de um período marcado pelo movimento político-religioso conhecido como tribunal da santa inquisição que ocorreu na Europa e nas Américas entre os séculos XII ao XVIII. Trata-se de um sistema composto pela junção das funções de acusar, julgar e defender, concentrado em uma única pessoa, chamado de: juiz inquisidor.

O modelo de atuação adotado ao sistema processual na época do Direito Canônico evidenciava a não observação de que o sistema inquisitorial, na realidade,

Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos – mantém-se hígido. (COUTINHO, 2001, p. 18)

O procedimento adotado nesse sistema tinha como característica peculiar o modo de produção da prova, no qual buscava-se a verdade a todo custo, admitindo-se inclusive qualquer forma de produção de provas. Havia portanto, como meio de obtenção de prova a tortura fisica ao investigado e a sua submissão as mais diversas formas desumanas para que, o juiz inquisidor alcançasse a sua almejada “verdade”.

Ademais, inexistia a aplicação dos institutos do contraditório, ampla defesa e presunção de inocência. Neste sentido, o sistema inquisitivo normalmente estabelecia de forma escrita e sigilosa, evidenciando ausência de garantia constitucional, uma vez que o investigado não era conhecido como sujeito de direitos e sim a configuração de um mero objeto do processo penal, onde não havia sequer a existência das partes no processo.

Destaca-se ainda que, com relação à culpa do réu, esta se configurava de forma presumida até o fim do processo e o julgador buscava a prova para utilizá-la como meio de comprovar seu próprio subjetivismo sobre o fato. Ressalta-se que, o valor da prova era preestabelecido em lei, adotando-se o chamado sistema da prova legal ou tarifada, sendo a confissão considerada a rainha das provas (confissão é absoluta e irretratável).

1.2 Sistema Misto

O chamado sistema misto nasceu com o Código Napoleônico do ano de 1808, trata-se de um sistema cuja a aplicação realiza-se de forma sucessiva dos sistemas inquisitório e o acusatório, no qual, o primeiro refere-se a primeira fase em que o juiz acompanha as investigações atuando na função de juiz inquisidor, já o segundo, consiste na segunda fase em que o juiz apenas julga, dessa vez, na função precípua de julgador.

No que tange a adoção do sistema processual penal adotado pelo código brasileiro, tal assunto ainda é passível de divergência doutrinária. No que tange aos doutrinadores Guilherme de Souza Nucci e Denílson Feitosa estes entendem ser classificado como um sistema misto, pois, seguem a linha de raciocínio extraída do artigo 5°, II e artigo 311 do Código de Processo Penal. Artigo 5°, inciso II do Código de Processo Penal, quando diz: nos crimes de ação públcia, o inquérito policial será iniciado: (...) II – mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Para esses doutrinadores, a existência do inquérito policial na fase pré-processual é um dos fatores que caracteriza o sistema misto. No entanto, tal posicionamento caminha na contramão do entendimento do doutrinador Eugênio Pacelli, ao afirmar que o sistema processual se limita ao exame do processo, e que o inquérito policial não é processo. Conforme Eugênio Pacelli (2020, 1.4):

não é porque o inquérito policial acompanha a denúncia e segue anexado à ação penal que

se pode concluir pela violação da imparcialidade do julgador ou pela violação ao devido processo legal. É para isso que se exige, também, que toda decisão judicial seja necessariamente fundamentada (art. 93, IX, CF). Decisão sem fundamentação racional ou com fundamento em prova constante unicamente do inquérito é radicalmente nula.

Com relação ao artigo 311 do CPP:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Outro fundamento que evidencia a afirmação dos autores está expressa no artigo 156 do Código de Processo Penal:

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)

De acordo com Alvares (2013), essa parte da doutrina entende tratar-se de um sistema processual misto diante dessa aparente incompatibilidade entre a atual Constituição Federal e o Código de Processo Penal, passando esse sistema misto ter características tanto do regime processual inquisitivo, quanto do sistema processual acusatório.

1.3 Sistema Acusatório

O sistema acusatório é mais antigo do que o sistema inquisitório e remonta ao Direito grego, com maiores desenvolvimentos no Direito romano (LOPES JÚNIOR, 2019). No entanto, ao longo dos anos esse sistema passou por diversas alterações, estando atualmente cingido de valores e princípios pensados e instituídos depois da Revolução Francesa. Atualmente, a Constituição Federal Brasileira de 1988 reservou em matéria de processo penal, o sistema acusatório, outorgando a órgãos distintas as atribuições de acusação e julgamento, o sistema acusatório qualifica-se, portanto, pela apartação das funções de acusar, julgar e defender.

No presente, o sistema acusatório a luz do sistema constitucional vigente, constitui-se das seguintes características: distinção entre as atividades de acusar e julgar; iniciativa probatória deve ser das partes; imparcialidade do juiz; tratamento igualitário das partes; direitos assegurados; pela publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); e revisão do processo. Posto isto, para Lopes Júnior (2019), a posição do "Juiz" é de suma importância na estrutura processual, isso porque, quando sua atuação é afastada da iniciativa probatória pelo sistema aplicado, fortalece a estrutura dialética e assegura a imparcialidade do julgador. Para Aury Lopes Júnior (2019, pg 43 e 44):

O estudo dos sistemas processuais penais na atualidade tem que ser visto com o "olhar da complexidade" e não mais com o "olhar da Idade Média". Significa dizer que a configuração do "sistema processual" deve atentar para a garantia da "imparcialidade do julgador", a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo isso à luz da Constituição. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, 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.

O Sistema Processual Penal Brasileiro é aludido por uma ampla doutrina, como um sistema misto, ou seja, um sistema inquisitório na primeira fase, e acusatório na segunda fase. Pela linha doutrinária, o processo penal do país segue uma linha acusatória, durante o inquerito policial, o carater inquisitório é predominante, ficando evidente a limitação para exerce seu direito de ampla defesa e o contraditório. Nesse sentido, o sistema processual do Brasil é um misto entre o inquisitório e acusatório.

- **O JUIZ DAS GARANTIAS**

No ano de 2019, foi instituída a lei 13.964 conhecida como pacote anticrime. A norma estabeleceu medidas legais que resultaram na alteração de 17 (dezessete) leis com intuito de aperfeiçoar a legislação penal, processual penal e execução penal. Dentre as alterações

trazidas, o legislador da lei anticrime incluiu no Código de Processo Penal os artigos 3º-A ao 3º-F que nomeou a figura do juiz das garantias.

A lei estabeleceu ao do juiz das garantias a função de exercer de maneira exclusiva na fase pré-processual, sendo a ele atribuído a responsabilidade pelo dominio da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, conforme estabelece o artigo 3º-B do Código de Processo Penal:

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

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

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

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

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

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

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

VII – decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes

e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

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

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

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

XI – decidir sobre os requerimentos de:

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

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

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

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

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

XIII – determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

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

XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito

da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

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

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

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

Anterior ao advento do juiz das garantias, a regra no sistema penal brasileiro era a de que o magistrado que tivesse atuado de modo a decidir sobre matérias afetas à investigação criminal nas quais dependessem de sua atuado na fase pré-processual, ficaria este vinculado ao processo que se seguiria, ou seja, a fase da ação penal.

Com a inserção da figura do juiz das garantias, a persecução criminal passou a ter um magistrado atuando tão somente na fase pré-processual criminal, sendo ele proibido de atuar na fase processual relativo àquela mesma investigação criminal.

Esse novo modelo de atuação dos magistrados no sistema processual penal, evidenciou a distinção do poder instrutório e investigatório a partir da separação entre atos de investigação (realizados na fase pré-processual) e atos de prova (realizados na fase processual, com todas as garantias inerentes).

O legislador ao acrescentar o artigo que estabelece a figura juiz das garantias no sistema processual penal na fase investigativa, objetivou tão somente, a preservação do princípio da imparcialidade do órgão julgador, mantendo-o distante dos fatos em um momento que antecede o processo judicial. Este princípio está consagrado pela Carta Magna e garante a todo indivíduo o direito de ser ouvido por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial.

Para Fernando Capez (2020, s.p.)

A referida norma, popularmente conhecida como pacote anticrime foi criada com o escopo de aperfeiçoar a legislação penal e processual com inovações significativas, entre elas, a figura do juiz das garantias, a quem caberá atuar na fase investigatória, restando a outro magistrado do processo, a instrução e julgamento. O objetivo precípuo da lei foi tentar preservar ao máximo a imparcialidade do juiz do processo, pois em tese, sua participação na fase persecutória poderia viciar sua participação na formação de juízo, interferindo crucialmente em seu julgamento.

A imparcialidade é um princípio supremo do processo, caracterizado pelo distanciamento do julgador da causa para que haja desenvolvimento e obtenção do justo reparo judicial. Não bastando somente a figura do julgador, mas a ele deve estar inserido um conjunto de princípios, direitos e garantias que formam o devido processo legal.

2.1 Princípio da Imparcialidade

A Convenção Americana de Direitos Humanos, estabeleceu o princípio da imparcialidade do juiz em seu artigo 8º que trata das garantias judiciais:

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.

O princípio da imparcialidade refere-se a conduta desinteressada e independente do julgador frente ao processo penal constitucional. De modo que o juiz deve ser o terceiro alheio aos interesses do conflito, objetivando aplicação de uma decisão justa tornando efetiva a prestação da atividade jurisdicional, sob o crivo das garantias processuais.

Ademais, Zaffaroni (2018) afirma não existir jurisdição sem imparcialidade, sendo que "não se trata de que a jurisdição possa ou não ser imparcial e se não o for não cumpra eficazmente sua função, mas que, sem imparcialidade, não há jurisdição" . Para o autor, a imparcialidade é compreendida como a verdadeira essência da jurisdicionalidade.

Já para Moreira (2020), o principio da imparcialidade do juiz, norteia um porte prestigiado do magistrado, procurando a realização da justiça, buscando também zelar pela paralelo real das partes, e não formal. O autor ressalta ainda que, existe uma propensão para identificar dois conceitos, da imparcialidade e da neutralidade.

Prado (2015) ressalta que, a garantia processual não está expressa na Constituição Federal de 1988, porém, a ausência de previsão expressa não é considerada um fator de exclusão dessa garantia do processo penal pátrio. Badaró (2019) lembra que a imparcialidade do juiz é um fator integrante do processo legal, visto que não é équo um processo que se desenvolva perante um juiz parcial, afirmando dessa forma que, a Constituição ampara o direito de ser julgado por um juiz imparcial.

Outrossim, não se deve olvidar que o direito de julgamento por um juiz imparcial está afiançado nos preeminentes tratados internacionais de direitos humanos, transformando-se em condição imprescindivel da atividade jurisdicional e ponto essencial para a efetivação de todas as garantias constitucionais (FERNANDES, 2019). O autor aduz ainda que, sem impacialidade não existe efetivo contraditório.

Maya (2020) ressalta que, seria uma utopia conclamar por uma atuação jurisdicional neutra do magistrado associando a neutralidade à imparcialidade. A autora cita ainda que, a compreensão do juiz como homem incluso em um dado contexto social conduz à impossibilidade de pensar como ser isolado do mundo, isento de valores e emoções, porém apto diante das controvérsias jurídicas sem experimentar nenhuma emoção.

Jacinto Coutinho (2021) alude que o magistrado necessita abandonar a neutralidade para

assumir uma postura ideológica, desempenhar seu papel ativo diante da justiça e da lei. Nesse contexto, conclui-se que, ser imparcial não significa ser neutro. Recaséns Siches (1973) já sinalizava que o contato do julgador com a atividade persecutória torna promíscua sua relação com os fatos. Comprometendo dessa forma, a neutralidade do juiz. Nesse diapasão, sem um juiz neutro, toda a atividade jurisdicional fica comprometida. Lembrando que, qualquer contato prévio do juiz com as diligências no inquerito policial é éticamente reprovável e inconstitucional.

Gomes Filho (2011) ensina que, o juiz, perante um caso singular, decide através da intuição do justo e do injusto e não por silogismo. Destaca ainda que, a função judicial é valoroza. O Juiz sempre valora e, dessa forma, a sentença sempre terá valores, ou seja, juizos axiológicos.

Identificar situações que gere incerteza sobre a imparcialiade do julgador que praticou atos na fase de investigação. Maya (2020) afirma ainda que imparcialidade conjectura a compreensão do julgador sobre sua função e formação subjetiva para posteriormente adotar uma postura efetiva e alheia em relação aos interesses das partes envolvidas.

2.2 (In)constitucionalidade do Juiz das Garantias

Atualmente, entre debates e reflexões sobre juiz de garantias, existe uma ampla influência de um teor moral, solipsista para achar a resposta apropriada sobre sua (in)constitucionalidade. Streck (2020, s.n) ressalta que, o conceito de constitucionalidade é empregado conforme interesses além do Direito, ou seja, tudo hoje em dia é inconstitucional, formal e materialmente. O autor destaca ainda que, “é inconstitucional o que desejo que seja”.

Porém, deve-se analisar a norma conforme a constituição, ser tratada como funcionalidade e possibilidade. Analisando as ações diretas de incostitucionalidade ajuizadas ao Supremo

Tribunal Federal relacionada ao juiz de garantias, conrtrapostos alegações que não se referem a constitucionalidade, como no caso da alegação do artigo 3º A a 3º F, possuindo vício de inconstitucionalidade formal, argumentando que a União necessitaria ter se mantido somente em estabelecer normas gerais, conforme o posicionamento dos impetrantes, a regulamentação da investigação criminal não se traduz em matéria processual e sim procedimental, contudo de acordo com as jurisprudências anexadas, não coloca em dúvida a constitucionalidade da lei federal lavrar normas gerais, tendo em vista que as leis estaduais relacionadas a investigação criminal necessitam abordar sobre administração funcional de seus órgãos, sempre adicional a lei federal e em concordância com ela (SCHREIBER, 2020).

Lima (2020) corrobora com Schreiber (2020) e afirma que caso contrário não existiria leis federais quando trata-se sobre a investigação criminal depois a promulgação da constituição de 1988, sem contar o fato de o juiz de garantia ter natureza processual. Assim, não existe constitucionalidade formal dos artigos 3ºA a 3º F do CPP, por difundirem normas de procedimento em matéria penal.

Outro ponto comentado ao instituto relacionado a sua incostitucionalidade, empregado pelo Ministro Luiz Fux em sua decisão de suspensão dos artigos que tratam do juiz de garantias, faz referência ao argumento de que as regras veiculadas seriam propícias à organização judiciária, pelo fato de que para sua fixação seria preciso uma reestruturação total das unidades judiciárias. Lopes Junior (2019) entende que conforme a Constituição Federal é aceito que tenha transição de perícia dos ógãos do Poder Judiciário, por decisão do Tribunal de Justiça sem que tenha impacto orçamentário. Além disso, a modificação não objetiva modificar as estruturas judiciárias, e sim tem como finalidade penalidade, um fim maior, que visa um bem maior, o alicerçamento do sistema acusatório, assim como a preservação da imparcialidade do juiz.

Schreiber (2020), ressalta que, o prórpio art. 3º E ora contestado prediz a necessidade de leis de organização judiciária para a indicação dos juizes de garantia, mas nada tolhe que, até

que sejam editadas tais leis, os tribunais, no exercício de sua competência administrativa, instaurem varas com tal especialização, desde que não tenha ampliação de despesas, ou seja, o façam por meio de especialização de varas já instaladas.

Com a confirmação da figura do juiz de garantias, os tribunais, por meio de sua habilidade administrativa deverão organizar seu quadro judiciário para que aconteça de acordo com sua opção de funcionalidade, ou seja, não está a lei 13.964 com a criação do juiz de garantias representando sua autonomia funcional. Porém, mais uma vez no pressuposto apresentado não obtém respaldo sobre sua inconstitucionalidade, considerando que não afeta a autonomia organizacional dos tribuanis como ainda não gera aumento no custo, pois não estabelece amplitude no custo, pois não cria cargos e novas funções aos juízes, estabelecendo que não será aumentar o número de juizes e varas para a possibilidade de desenvolvimento. Ressalta-se que não serão concedidas novas funções aos juizes o que não promoverá em amplitude de serviço, assim evita sobrecarga ou necessidade de aumento na quantidade de juízes (MILLER, 2019).

Ademais as argumentações das presumíveis inconstitucionalidades formais, foram empregados partes relacionados a materialidade e as argumentações empregadas foram apartadas em dois grupos pelo Ministro Fux: o primeiro sendo a falta de dotação orçamentaria e infromações de efeito prévio para o desenvolvimento da medida e, o segundo grupo a implacação da medida na habiliade dos dispositivos brasileiros de combate à criminalidade. Relacionado à falta de dotação orçamentária Schreiber (2020, p.10) ponderou:

Quanto à dispersão de importância orçamentária, repita-se que a lei 13964/19 não cria cargos no âmbito do Poder Judiciário. Como ponderou o Ministro Tóffoli na decisão monocrática já pronunciada, a questão “não é de reestruturação, e sim de reorganização da estrutura já existente. Não há órgão novo. Não há competência nova. O que há é divisão funcional de competência já existente.

É disso que se trata”

Como amostra de leis federais que originaram novos órgãos judiciários de não resolução do Poder Judiciário e sem predição de efeito orçamentário a lei de juizados especiais e juizados especiais federais (SCHREIBER, 2020). A medida de competência dos mecanismos no combate à criminaliade não pode ser vista como premissa para discorrer o instituto constitucional ou não, tendo em vista não ser aludido pela constituição como critério de analogia com a mesma, não tendo dúvidas de que essa alegação não merece respaldo.

Lima (2020), institui que o juiz de garantias é uma extensão dos direitos fundamentais determinados na constituição, que não devem ser considerados como benefícios e sim, pela história que a tornou efetiva. Os princípios são limites de atuação do Judiciário essenciais para validade do ordenamento jurídico e necessitam direcionar o sistema de normas vigentes na sociedade.

Miller (2019) destaca que, os fundamentos constitucionais no reconhecimento da constitucionalidade do juiz de garantias, os principios e as garantias constitucionais que subjugam o processo penal, com o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o principio da imparcialidade. Tendo como premissa, apartar os órgãos de acusação, defesa e julgamento, para que a liberdade, a vida e a intimidades dos indivíduos sejam protegidas. Nesse contexto, o juiz de garantias em nada se mostra incompatível com a constituição, visto que nas premissas, que empregam os principios e os direitos fundamentais como o juiz natural. O juiz de garantia é ainda, um amplo progresso ao princípio do juiz natural, sendo um subterfúgio protetor que procura um julgamento apropriado com um julgador isento e técnico.

Schreiber (2020), destaca que o juiz de garantia é a consagração do juiz natural, não tendo motivos para se cogitar pensar que o instituto agrava o princípio do juiz natural, visto que a atuaçao de dois juizes distintos em um mesmo processo pode ocorrer e ser estabelecido em

lei, tornando crível realizar atos processuais por meio de carta precatória. Analisado a perspectiva do devido processo legal em que garante um processo igualitário e que as garantias sejam respeitadas, Jardim destaca que:

> O justo processo legal está associado de forma direta à acrisolamento do sistema acusatório, sobretudo quando conjugado com a regra do art. 129, I do novo texto constitucional, bem como com as demais normas que sistematizam e asseguram a independência do Poder Judiciário, em prol de sua imparcialidade e neutralidade na prestação jurisdicional e aquelas outras que, igualmente, tutelam a autonomia e independência funcional dos órgãos do Ministério Público (JARDIM, 2001 p. 318)

Streck (2020), relata que o conjunto de principios se sobrepõe na mesma direção e busca em direitos e garantias fundamentais, ou seja, o juiz das garantias se encarrega de controlar os direitos e as garantias singulares do acusado na persecução penal, afiançando o devido processo legal. Por fim, a figura do juiz de garantia foi criada como uma alternativa legal e eficaz para que as características acusatórias e democráticas fossem consolidadas, assim como, aprimorar a estrutura judiciária.

- **DOUTRINADORES**

Conforme entendimento do Ministro Dias Toffoli, ao conceder parcialmente a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, no julgamento de três ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face dos dispositivos da Lei n. 13.964/19 (ADI’s 6.298, 6.299 e 6.300, j. 15/01/2020), a fim de elucidar que a nova sistemática desenvolvida não seria aplicável aos processos de competência originária dos Tribunais, tem-se o seguint:

> “Primeiro, porque os processos nos Tribunais Superiores são regidos pela Lei n. 8.038/90, cujo art. 2º, que não foi alterado pela Lei n. 13.964/19, afirma expressamente que o relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução. Segundo, porque as ações penais nos

Tribunais são julgadas por órgão colegiado, forma de julgamento que já garante um incremento de imparcialidade, algo reconhecido pela própria Lei n. 13.964/19, que, ao acrescentar o art. 1º-A à Lei n. 12.694/12 (“Dispõe sobre o processo ejulgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas), passou a prever a criação de varas criminais colegiadas com competência para atuar tanto na fase investigatória quando na etapa processual (instrução e julgamento).”(LIMA, 2020, p.143-144).
E mais:
“Por fim, não haveria, *in casu*, qualquer violação ao princípio da isonomia. Isso porque a colegialidade como instrumento de salvaguarda da imparcialidade funcionaria como o fator de discrímen capaz de justificar a diferença de tratamento, evidenciando a compatibilidade das normas em análise com o princípio da igualdade (LIMA, 2020, p.144).

Porém, na condição de relator previsto para o julgamento de todas as Audiências até entrão ajuizadas, o Ministro Luiz Fux revogou a decisão monocrática proferida pelo Ministro Dias Toffoli, de maneira a suspender *sine die, ad referendum* do Plenário, a implantação do juiz das garantias e seus consectários.

De forma complementar, Renato Brasileiro, neste diapasão, aduz o seguinte:

Em relevante precedente da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal proferido em momento anterior à vigencia da Lei n. 13.964/19, logo, em nada relacionado à figura do juiz das garantias, mas atinente à participalão de magistrado impedido – in casu, decorrente da participação de magistrado em julgamento de caso penal em que seu pai já tinha atuado (CPP, ART.252,I), em julgamentto por Câmara de um Tribunal de Justição foi declarada a nulidade absoluta do feito em virtude do reconhecimento de que órgão colegiado era dormado por três magistrados, o que significa dizer que a exclusão do desembargador impedido acarretaria substancial alteração no resultado do julgamento, porque, sem ele,

sequer haveria quórum para a instalação de sessão de julgamento (STF, 2019)

Em relação às instâncias recursais, André Machado Maya sugere duas possíveis soluções a serem regulamentadas por futuras mudanças nos regimentos internos dos Tribunais:

.

"A criação de um 'juizado de garantias' – órgão jurisdicional com formato idêntico aos demais órgãos colegiados que integram as Cortes recursais (composto por três magistrados) e competência exclusiva para reexame de todos os atos decisórios proferidos tanto pelo juiz das garantias (fase pré-processual) quanto pelo juiz singular (fase processual) –, dissociando definitivamente a fase preliminar da fase judicial e evitando que eventuais decisões interlocutórias pré-estabeleçam o desfecho do processo." (MAYA, 2020, p.208).

Instâncias são parâmetros hierárquicos recursais. Não existe recurso do juiz das garantias para o juiz de instrução. A instância de ambos magistrados é a mesma. Não obstante formado e comedido por determinados dispositivos normativos, representa uma profunda transformação da persecução criminal.

E mais:

"A segunda solução seria a imediata mudança dos regimentos internos dos Tribunais para fins de prever que, uma vez recebida a peça acusatória no 1º grau de jurisdição, eventuais recursos interpostos na sequência teriam que ser redistribuídos a órgão colegiado diverso no Tribunal, e não àquele mesmo que já intervira anteriormente, como ocorre nos dias de hoje, em que se reconhece a sua prevenção (MAYA, 2020, p.208)

A hipótese desta nova realidade, com a presença do juiz das garantias, corrobora a condição do querelado como elemento do processo penal, honorário de direitos e garantias que necessitam ser protegidos pelo Poder Judiciário, bem como firma o papel do togado,

cerceado à fidelidade da legalidade da atividade investigatória. Isto representa crucial progresso na sustentação da imparcialidade do julgador prenunciada em nossa carta constitucional e do garantismo penal.

De acordo com o Ministro Luiz Fux (2020), apareceram determinados entraves relacionados a uma provável inconstitucionaliade da instituição do juiz das garantias, como por exemplo a alteração legislativa que passa a ser de competência dos estados e União, e a figura do juiz das garantias é uma iniciativa do poder judiciario, portanto sua competência é no âmbito judiciario, contudo, com uma prévia dotação orçamentária para esse fim.

Não se pode olvidar que o processo penal passa por uma evolução sem precedentes, caminhando progressivamente, ainda que a passos curtos rumo àimplantação do modelo acusatório moderno, que já tem bases sólidas em diversos países latino-americanos. Portanto, do ponto de vista material, a figura do juiz das garantias buscou corresponder à exigência de imparcialidade do julgador. Como se pode notar, a figura do juiz das garantias tem um papel relevante na persecução penal, visto que a sua função – no âmbito do Poder Judiciário – é de preservar o distanciamento do julgador da formação dos elementos informativos produzidos durante a investigação, a fim de preservar a imparcialidade da jurisdição (FUX, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o que foi relatado no presente artigo, o juiz das garantias é essencial para a efetivação da democracia processual, considerando que além de garantir os direitos e garantias fundamentais, está devidamente amoldad ao sistema acusatório, implicitamente previsto no arcabouço dos principios da Carta Magna.

O sujeito processual tem sua competência para praticar os atos juridiscionais durante a fase preliminar, tendo portanto, uma grande relevânciapara a persecução penal, proporcionando um sustentáculo à acusação. Dessa forma, o juiz das garantias é o responsável pelo controle

da legalidade da investição, do juízo de admissibilidade, da análise dos requerimentos de medidas restritivas de direitos e garantias, pela realização da audiência de custódia,e, como exposto, sua presença possibilita a imparcialidade da jurisdição penal conforme mantém a originalidade cognitiva do julgador na hora da decisão.

Nesse percurso, nota-se que o óbice no cumprimento do instituto, por conta da decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal da suspensão por tempo indefinido da sua concretização, além de comprometer o cumprimento do devido processo legal, acarreta ainda, uma grande prejuízo ao cidadão subjugado à acossa penal, visto não impedir pré-julgamentos que decorrem da contaminação do juiz responsável pelo julgamento, em consequencia da vinculação psicológica dos componentes preliminares.

Considerando o que alguns doutrinadores pensam, em conformidade com o exposto ao longo do presente artigo, relacionado as críticas constantes nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 alundindo sobre a implantação do juiz de garantias e de seus consectários não devem persistir. Visto que, quanto maior o nível de envolvimento do juiz com a fase pré-processual menor é o seu interesse pelas perguntas da defesa, tendo a probabilidade a condenação. Isso ocorre, devido a tese da defesa, por óbvio, contrária à hipótese acusatória inicial, ou seja, de autoconfirmação das hipóteses iniciais. Conclui-se portanto, que o sistema acusatório brasileiro, faz-se imperativo e urgente a efetivação do juiz das garantias na prática penal, visto que o mesmo poderá proteger a imparcialidade do julgador.

REFERÊNCIAS

ALVARES, Gabriela Pinto. **O Sistema Processual Penal Brasileiro e o Artigo 156 do Código de Processo Penal:** da consepção declarada à evidenciada. UFRS, Porto Alegre: 2013. Disponível em. Acesso em: 12 Mar 2023

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucinalidade n**. **6.298**. Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 24 ago. 2001. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf. Acesso em: 03 jul. 2023.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299/DF.** Direito Constitucional. Direito Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6299.pdf. Acesso em: 03 jul. 2023.

_____.**Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 11 out. 2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Manual de Processo Penal**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O juiz das garantias e a audiência pública dos dias 25 e 26 de outubro no STF**. Consultor Jurídico, São Paulo, 08 out. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-08/limite-penal-juiz-garantias-audiencia-publica-stf. Acesso em: 03 jul. 2023.

_____.O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance**. Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FUX, Luiz. Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado. In: Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado. [S. l.], 2 jan. 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253. Acesso em: 5 abr. 2023

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 13, 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. Sistema processual acusatório, imparcialidade dos juízes e estado de direito. **Jornal GGN**. 2001. Disponível em: https://jornalggn.com.br/noticia/sistema-processual-acusatorio-imparcialidadedos-juizes-e-estado-de-direito-reflexoes-por-afranio-silva-jardim Acesso em: 25 mai. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 8. ed. rev., ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 414.

LOPES JÚNIOR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAYA, André Machado. **Juiz de garantias:** fundamentos, origem e análise da Lei 13.964/19. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MILLER, Marcelo. **Juiz das garantias é avanço e pode fortalecer cultura de imparcialidade**. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/marcello-miller-juiz-garantias-fortalece-cultura-imparcialidade. Acesso em: 22 de mar. 2023.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Juiz das Garantias? In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri (Org.). **Pacote anticrime**: reformas processuais. Florianópolis: EMais, 2020. p. 61-70.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-Book. ISBN 9788530989989. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989989/. Acesso em: 08 mai. 2023

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. E-Book. ISBN 9788597023763. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/. Acesso em: 08 mai 2023.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 26.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SCHREIBER, Simone. Em defesa da constitucionalidade do juiz das garantias. **Consultor Jurídico,** São Paulo, 25 abr. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-25/simone-schreiberdefesa-constitucionalidade-juiz-garantias. Acesso em: 04 jul. 2023.

SICHES, Luis R. **Nueva filosofia de la interpretatión del derecho**. México: Porrúa, 1973.

STRECK, Lenio. Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo. **Consultor Jurídico,** São Paulo, 02 jan. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/sensoincomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo. Acesso em: 04 jul. 2023. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário:** crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

---

[1] Acadêmica do Curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo – FASEC. E-mail:

1yohannaallves@gmail.com

[2] Mestrado Profissional em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins, Brasil (2015). Professor de Pós Graduação do Instituto Carlos Chagas do Tocantins.