

# Juiz das garantias: a nova gramática da Justiça criminal

21/01/2020



A necessidade de reforma do sistema processual penal brasileiro para a instituição do

“juiz das garantias” constitui um reclame antigo de parcela bastante respeitável da doutrina.[1] Um tema, aliás, presente nas análises de direito comparado, inclusive do próprio continente latino-americano,[2] bem como extraído a partir de precedentes importantes de cortes estrangeiras (ex.: italiana e espanhola) e internacionais (ex.: Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH)[3] em torno da necessária imparcialidade judicial.

Não custa lembrar que inúmeros códigos de processo penal mundo afora possuem regras expressas justamente nesse viés de separação entre os órgãos jurisdicionais de controle da investigação preliminar e de julgamento do caso penal com vistas à máxima imparcialidade possível. Cite-se, apenas a título de exemplo, a legislação chilena, que dispõe expressamente a respeito do chamado “*juiz de garantía*” em contraposição ao “*miembro del tribunal de juicio oral*”.[4] Similitudes, ainda, podem ser encontradas nos ordenamentos italiano (“*giudice per le indagini preliminari*”)[5] e português (“juiz da instrução”)[6].

Nessa linha, ressalta o professor lusitano Sousa Mendes que, no tocante à competência funcional, há de se “intervir no processo pelo menos dois juízes, um para a fase de investigação e outro para a fase de julgamento”, sem o que restaria prejudicada a garantia da independência judicial.[7] Um modelo, diga-se de passagem, completamente ignorado pelo autoritário CPP brasileiro de 1941, ao menos até a reforma (parcial) de 2019.

O que se tem, portanto, com o juízo de garantias está para além de uma simples alteração formal nas regras de competência ou no método de organização judiciária. Trata-se, sem qualquer exagero, de uma verdadeira revolução política no campo do processo penal em direção a um paradigma de maior compromisso democrático.[8] A mudança, no entanto, para que seja efetiva demanda uma profunda alteração do “próprio ‘modo-de-ser’ do juiz”[9]. Enfim, uma exigência de real transformação quanto à cultura jurisdicional.

Segundo Casara, o juiz das garantias pode ser definido como o “responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das liberdades públicas, ou seja, das inviolabilidades pessoais/liberdades individuais frente à opressão estatal, na fase pré-processual”.[10]

Em verdade, uma posição constitucional do órgão jurisdicional na etapa investigativa preliminar condizente com a própria ideia de um sistema processual penal acusatório, na perspectiva funcional de um juiz controlador da legalidade e garantidor dos direitos fundamentais, e não como investigador do caso penal[11]. Ressalte-se a ausência de funções instrutórias do juiz das garantias[12]. Em sendo assim (e deve ser mesmo), é de se considerar, *v.g.*, a revogação tática do

art. 5º, inciso II, primeira parte, do CPP.

Vale destacar, ainda, que o “juiz das garantias”, em nome da imparcialidade do órgão julgador, promove uma hermética distinção entre os seguintes momentos procedimentais: investigação preliminar e recebimento da acusação X instrução, debates e julgamento do caso.[13] Não só divide os órgãos jurisdicionais como também impede a comunicação direta entre os elementos produzidos em cada uma dessas etapas.[14]

Quanto aos juízes, aquele que atuou nas fases de investigação criminal e admissibilidade da acusação fica impedido de funcionar nas etapas seguintes de instrução processual, alegações contraditórias e decisão final (art. 3º-D, *caput*, do CPP). [15] Dito de outro modo: o magistrado que figurou no “juízo de garantia” não pode atuar no mesmo caso no “juízo de julgamento”, sob pena de nulidade.

A medida é bastante salutar pois evita um sério problema de comprometimento decisório prévio em relação ao órgão jurisdicional competente para o julgamento do caso penal. Por óbvio, aquele juiz que acompanhou toda a fase de investigação preliminar, tendo contato muitas vezes direto com o desenvolvimento dos atos de investigação e os próprios órgãos de apuração inicial da notícia-crime, inclusive com a responsabilidade legal de decidir sobre eventuais medidas cautelares pessoais e reais (ex.: buscas e apreensões, prisões preventivas e sequestros de bens), bem como instrumentos de barganha penal (ex.: homologação dos acordos de colaboração premiada) e métodos ocultos de pesquisa criminal (ex.: interceptações telefônicas e infiltração de agentes), em um ambiente de limitação forte ao contraditório e ao exercício de defesa do imputado, não apresenta o nível esperado de isenção para presidir toda a fase de instrução processual e debates das partes, bem como, ao final, ainda proferir sentença.

Quanto aos elementos instrutórios do caso, tem-se a exigência legal de que os autos das matérias afetas à competência do juiz das garantias fiquem acautelados na secretaria desse juízo, à disposição das partes (artigo 3º-C, § 4º, do CPP), porém sem incorporação, ainda que por apenso, aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às “provas irrepetíveis” e “medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas”, os quais deverão ser remetidos para apensamento em apartado (artigo 3º-C, § 3º, do CPP). Por óbvio, nomear como “prova documental” aquilo que constitui tipicamente ato de investigação, juntado ao inquérito policial, pretendendo quaisquer das partes (acusação ou defesa) a sua incorporação processual fora das exceções previstas no referido dispositivo legal não é outra coisa senão flagrante tentativa de burla à nova gramática adversarial, que deve ser repelida pelo órgão judicial.

Desse modo, os autos do inquérito policial deixam de ser apensados na íntegra aos da instrução, debates e julgamento. A regra em questão deve ser vista como uma forma salutar e democrática de “amenizar as deletérias consequências da permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar”. [16] O objetivo, mais uma vez, é o de evitar (ou mitigar) a contaminação do órgão julgador a partir de hipóteses fáticas extraídas previamente (ou seja: antes do contraditório pleno e da ampla defesa) dos atos informadores do inquérito policial.[17]

Aliás, a respeito desse tema, vale sempre destacar a importante pesquisa empírica realizada pelo professor Bernd Schünemann no campo da teoria da dissonância cognitiva com 58 juízes criminais e promotores de diversas regiões da Alemanha Federal.[18] O estudo em questão visava aferir se a “cumulação de papéis” por parte do magistrado que, a partir da ciência integral dos autos da investigação preliminar e decidindo pela admissibilidade da acusação, depois passava a presidir a audiência de instrução e ao final proferir sentença, redundava em comprometimento da “objetividade” do órgão julgador. Os resultados foram justamente no sentido de que (i) “o conhecimento de autos da investigação preliminar tendencialmente incriminadores leva o juiz a condenar o acusado, ainda que a audiência seja ambivalente, o que sugeriria uma absolvição”[19] e (ii) “os juízes dotados de conhecimento dos autos não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo presente na audiência de instrução e julgamento, porque eles só aprendiam e armazenavam as informações incriminadoras, que já lhes eram conhecidas (‘redundantes’) em razão da leitura prévia dos autos” (efeito inércia ou perseverança)[20]. Em síntese, o que se concluiu foi que “o processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo ministério público, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes”. [21]

Em tempo, vale consignar que a implementação do juízo de garantias não implica qualquer menosprezo à atividade investigativa, seja de natureza policial, seja de caráter ministerial, ou, então, menoscabo à atuação judicial. Pelo contrário, visa aprimorar o sistema de persecução criminal por meio de um realinhamento constitucional dos papéis (e lugares) de cada uma das agências penais à luz do paradigma processual acusatório.[22] No fundo, como já afirmado por Geraldo Prado, o que se trata é de uma busca, em que pese sempre imperfeita (ou incompleta), por maior justiça (e menor arbítrio). [23]

*Post scriptum*. Conforme já noticiado por [aqui](#), a disciplina legal do “juiz das garantias” teve eficácia suspensa por decisão liminar do Min. Dias Toffoli proferida, em 15 de janeiro de 2020, em sede de Medida Cautelar na ADI 6298/2019 (julgamento *ad referendum* do Tribunal Pleno). Isso sem falar nas controvertidas limitações estabelecidas ao instituto, bem como na criação jurisprudencial de pretendidas “regras de transição”. Vide, a esse respeito, a *última* coluna de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa.

[1] Nessa linha: CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 01 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 / LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 01 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

[2] MACHADO, André Maya. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 23, n. 1, p. 71-88, jan-abr 2018.

[3] “Do panorama geral dado pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (...) aos panoramas específicos do Tribunal Constitucional da Espanha, onde vige o princípio de que *el juez que instruye no puede juzgar*, e da Corte Constitucional da Itália, em que predomina o entendimento – aliás consoante previsão legal – de que o exercício sucessivo de atuações jurisdicionais por um mesmo juiz em diferentes fases de um único procedimento penal é caso de incompatibilidade, depreende-se a relevância da questão sob análise e os efeitos daí decorrentes no que os italianos denominam de *giusto proceso*” (MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal. Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 237).

[4] O art. 70 do CPP Chileno (Ley n. 19.696/2000) estabelece que “el juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que de lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución”. Ademais, a Lei de Organização Judiciária do Chile prevê que ficam impedidos de atuar no juízo oral (órgão de julgamento do caso) aqueles magistrados que já funcionaram, no mesmo procedimento, como juiz de garantias (art. 195, inciso 3º, do Código Orgánico de Tribunales – Ley n. 7.421/1943).

[5] A reforma italiana de 1989 acabou com a figura do “*giudice istruttore*” / juiz da instrução, o qual é substituído pelo “*giudice per le indagini preliminari*” / juiz para as investigações preliminares (art. 328 do CPP), que, por sua vez, não se confunde com aquele órgão próprio de julgamento do caso. A propósito, o art. 34.2-bis do CPP Italiano traz regra expressa de incompatibilidade judicial, *in verbis*: “il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari non può emettere il decreto penale di condanna, né tenere l'udienza preliminare; inoltre, anche fuori dei casi previsti dal comma 2, non può partecipare al giudizio”.

[6] O CPP Português, em seu art. 17, disciplina a competência do “juiz de instrução”, a qual não se confunde com a do “juiz de julgamento”. Aliás, o art. 40 do Código lusitano, em que pese controvérsias, reza que nenhum juiz pode participar “no julgamento de um processo a cujo debate instrutório tiver presidido ou em que, no inquérito ou na instrução, tiver aplicado e posteriormente mantido a prisão preventiva do arguido”.

[7] MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 111.

[8] GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias – um nascituro estigmatizado. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). *70 anos do Código de Processo Penal Brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 305.

[9] MARRAFON, Marco Aurélio. O Juiz de Garantias e a Compreensão do Processo à Luz da Constituição: perspectivas desde a virada hermenêutica do direito brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 147.

- [10] CASARA, Rubens R. R.. Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 170.
- [11] LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 123-124.
- [12] GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias – um nascituro estigmatizado. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). *70 anos do Código de Processo Penal Brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 308.
- [13] SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Por uma Teoria da Ação Processual Penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 363-373.
- [14] “(...) despciendo dizer que o juiz das garantias é garantia de imparcialidade objetiva e que o juiz das garantias garante a não contaminação da segunda fase (instrução processual)” (STRECK, Lenio Luiz. *Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo*. São Paulo: Consultor Jurídico, 02 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>>).
- [15] “A separação física entre juiz da investigação e juiz do processo é resultado de um percurso evolutivo que tem início, historicamente, na descentralização das funções de julgar e acusar (...) Chegamos, então, a um nível de maior refinamento do processo penal acusatório, cuja estrutura aponta, por um lado, para a distinção dos papéis do juiz e do Ministério Público, e por outro, para a diferenciação interna do órgão judicial. Nos dois casos, fala mais alto o ideal de imparcialidade” (SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, As Cautelares e o Juiz das Garantias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 46, n.183, p. 77-93, jul-set. 2009, p. 89).
- [16] QUEIROZ, David. *A Permeabilidade do Processo Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 189.
- [17] “Isto exige que reconheçamos todos, a inegável influência dos elementos colhidos na investigação sobre o julgamento final do processo e isto está para além de questionar a capacidade ou a idoneidade do órgão julgador, mas fazer valer a regra da separação de juízes, para fazer valer a imparcialidade” (OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 245).
- [18] SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 205-221.
- [19] SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*(...), p. 211.
- [20] SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*(...), p. 212.
- [21] SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*(...), p. 221.



[22] PLACHA SÁ, Priscilla. Juiz de Garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no projeto de lei do Senado 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 160.

[23] PRADO, Geraldo. *Juiz das garantias restringe espaço do arbítrio*. São Paulo: Consultor Jurídico, 16 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-16/geraldo-prado-juiz-garantias-restringe-espaco-arbitrio>>).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-jan-21/academia-policial-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal/>