

Simone Schreiber: Juiz das garantias na ótica do STF

23/10/2023

O microsistema do juiz das garantias foi introduzido pela Lei 13.964/19 no CPP, com a promessa de aperfeiçoar nosso sistema de justiça criminal, no sentido de fortalecer a imparcialidade judicial e a paridade de armas no processo penal. Apesar disso, provocou forte e imediata reação no seio do Poder Judiciário, e teve sua constitucionalidade questionada pelas duas maiores associações de magistrados do país, a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) e a Ajufe (Associação dos Juízes Federais do Brasil), na ADI 6.298 [1].

Como todos sabemos, o relator Ministro Luiz Fux exarou nessa ADI decisão monocrática em janeiro de 2020, suspendendo a entrada em vigor do juiz das garantias por mais de 3 anos. E recentemente, em julgamento concluído em 24 de agosto de 2023[2], foi por fim afirmada pelo Plenário do STF a constitucionalidade do juiz das garantias, embora prevendo-se o prazo de 12 meses para sua implementação pelos tribunais, sob supervisão do CNJ, podendo tal prazo ser prorrogado justificadamente por mais 12 meses.



No curso do julgamento, a ministra Rosa por diversas vezes ressaltou

que se tratou de uma decisão construída coletivamente, o que de fato ocorreu. O ministro Fux, inicialmente, se posicionou pela inconstitucionalidade formal do juiz das garantias, por vício de iniciativa da Lei 13.964, defendendo que não se poderia impor aos tribunais a adoção do modelo, ao argumento de que "a criação de uma nova instância jurisdicional, assim como a criação de novos juízos, não se inseriria entre as competências normativas do Poder Legislativo da União", defendendo então a adoção de interpretação conforme para o artigo 3ºB do CPP, para estabelecer que cada unidade federativa teria a faculdade de adotar o modelo.

Contudo, nesse ponto Fux ficou vencido, tendo prevalecido a posição sustentada pelo ministro Dias Toffoli, segundo a votar, no sentido de que "a disciplina da persecução criminal constitui matéria de direito processual penal e, portanto, submete-se ao domínio legislativo privativo da União". "Mostra-se assim formalmente legítima, sob a ótica constitucional, a opção do legislador de instituir no sistema processual penal brasileiro, mais precisamente no seio da persecução criminal, a figura do juiz das garantias."

Toffoli defendeu que a legítima opção do Congresso por esse modelo não afetaria o combate à criminalidade. Apenas passaria a existir uma "divisão de competência funcional entre os juízes da seara criminal, como ocorre em vários países do mundo", modelo em que um juiz atua na fase de investigação e outro na de instrução e julgamento.

Também argumentos veiculados pelos Tribunais de Justiça de todo o país, no sentido de inviabilidade de implementação do sistema, dada a ausência de previsão orçamentária, argumentos que foram acompanhados de estudos que previam a necessidade de criação de novos órgãos jurisdicionais, com custos elevadíssimos, foram refutados pelo STF.

Nesse ponto o voto do ministro Alexandre de Moraes foi bastante elucidativo. O ministro ressaltou que a questão era meramente de reorganização, realocação de juízes e atribuição da nova competência a varas jurisdicionais já existentes, apontando inclusive que a instituição do ANPP pela mesma Lei 13.964 reduziria o número de ações penais, viabilizando soluções negociadas em vários casos, com a aplicação de sanções alternativas à prisão, o que permitiria a reorganização

do sistema com a implementação, sem necessidade de criação de cargos, dos juízos de garantias.

E de fato, é importante ressaltar que a lei que prevê o modelo do juiz das garantias não atribui ao judiciário mais tarefas, que poderiam trazer-lhe sobrecarga do trabalho que desempenha hoje. Por outro lado, também não se está diminuindo o espaço de atuação do juiz na fase investigatória nem se alterando o papel que já exerce nessa fase.

Para refutar o argumento de que o novo modelo do juiz das garantias inviabilizará o bom funcionamento do sistema de justiça criminal, trago minha experiência como juíza federal criminal de primeiro grau e também como desembargadora federal criminal, sobre a realidade de uma vara federal criminal onde tramitam investigações complexas conduzidas pela polícia federal e pelo ministério público federal.

O juiz criminal de uma vara federal se divide permanentemente entre suas atribuições relacionadas com as investigações criminais, nas quais é chamado a decidir inúmeras questões sensíveis (cautelares probatórias, pessoais, patrimoniais, etc) e suas atribuições relacionadas com a presidência, instrução e julgamento de ações penais. As secretarias das varas também têm que se dividir entre tais funções bastante díspares e igualmente complexas.

A 7ª VF Criminal, preventa para a operação "lava jato" no Rio de Janeiro, se inviabilizou completamente. Após a deflagração das operações, com deferimento de inúmeras cautelares extremamente gravosas em detrimento dos imputados, no âmbito das investigações criminais que integraram a chamada operação "lava jato", o andamento dos processos criminais tornou-se extremamente lento e dificultoso, o que é compreensível, dadas não só as características dos maxiprocessos que decorrem dessas operações, mas também a concentração de atribuições pertinentes às investigações e ações penais nas mãos de um mesmo juiz e com apoio administrativo de uma única vara. O mesmo juiz que se incumbem de atos extremamente complexos e sensíveis na investigação criminal tem que se desdobrar e dar conta do célere e regular processamento da ação penal resultante daquela investigação.

Falando portanto exclusivamente do ponto de vista da eficiência, sem tocar na questão longamente explorada pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto nas ADIs, relacionada com o comprometimento da parcialidade dos juizes que conduziram a operação lava jato, já se recomendaria a adoção do juiz das garantias para aprimoramento do sistema, do ponto de vista do incremento de sua eficiência.

Contudo, apesar de alguns dos ministros haverem refutado as teses veiculadas nas ADIS sobre inviabilidade de adoção do modelo, o argumento de que o juiz das garantias implicaria em ineficiência, proteção deficiente de bens jurídicos protegidos pelo direito penal e aumento de impunidade, foi parcialmente acolhido pelo Supremo, como se verá a seguir.

Os ministros Dias Toffoli, Edson Fachin e Gilmar Mendes discorreram longamente em seus votos sobre a relevância da instituição do juiz das garantias para o aprimoramento do sistema acusatório, tendo em vista a necessária preservação da originalidade cognitiva e a prevenção da formação de vieses que possam comprometer a imparcialidade objetiva do juiz no julgamento da ação penal [3].

O fato de se reconhecer que os juízes que atuam na fase investigatória tendem a produzir vieses que prejudicam sua imparcialidade na condução do processo não implica em desqualificação do Poder Judiciário ou dos magistrados brasileiros. A reforma legislativa propugna um sistema que melhor assegure a imparcialidade objetiva do juiz criminal, sem se afirmar em nenhum momento que todos os juízes e juízas criminais até aqui sempre tenham atuado deliberadamente de forma parcial.

A questão da imparcialidade do juiz sempre foi tratada no Brasil como algo relacionado à falta de probidade do julgador, o que é um equívoco. A parcialidade revelaria um interesse no processo e, por conseguinte, revelaria má-conduta do juiz. Por isso os juízes têm muita resistência a admitir a possibilidade de que sua participação na fase investigatória os tornem impedidos, por quebra de imparcialidade, de atuar no processo criminal.

Contudo, o fato é que essa premissa está retratada no voto do Ministro Luiz Fux, que no ponto foi acompanhado pelos demais Ministros, tendo sido afirmada a inconstitucionalidade do artigo 3ºD, do CPP, que estabelecia que o juiz que atuasse na fase de investigação ficaria impedido de funcionar no processo.

Igualmente, a regra que estabeleceu o acautelamento dos autos de investigação, de modo a impedir que o juiz do processo tivesse acesso aos elementos informativos produzidos, foi considerada inconstitucional por unanimidade. Assim, mesmo os ministros que afirmaram que a atuação do juiz na fase de investigação compromete sua parcialidade para atuar no processo, entenderam que 1) o mero acesso aos elementos informativos produzidos na fase investigatória não compromete sua imparcialidade; 2) Não é possível presumir *juris et de jure* a parcialidade do juiz que atuou na investigação.

Os argumentos de inconstitucionalidade material do artigo 3º D, aduzidos por Fux, sustentam que a regra de impedimento em questão levaria à desproteção dos bens jurídicos protegidos pelas normas penais e ao ferimento de morte do princípio da razoável duração do processo, causando colapso ao sistema de justiça penal. É certo que Fux parte da premissa da mera facultatividade da implantação do juiz das garantias pelos entes federativos. Coerentemente afirma que deve ser "autorizado que cada unidade judiciária discipline a matéria e crie, se considerar útil e possível, suas próprias varas ou juizados de garantias, sem que se impeça a continuidade do mesmo juiz do inquérito na fase posterior da ação penal e sem que a inobservância da divisão interna das atribuições judiciais gere qualquer tipo de nulidade processual".

Toffoli por sua vez afirmou que "embora seja coerente com o microsistema do juiz das garantias evitar que o julgador do mérito se contamine com as provas do inquérito, não se pode presumir que o simples contato com os elementos que ensejaram a denúncia seja apto a vulnerar a imparcialidade do julgador". E ainda: "como bem destacado pelo ministro Luiz Fux, a existência de estudos que indicam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não justifica, por si só, a presunção generalizada de que todos os juízes criminais têm tendências comportamentais que favoreçam a acusação".

Sobre a regra de impedimento, sustentou Tóffoli: "entendo que a cisão de competência funcional ocorrida com a figura do juiz das garantias e a divisão da atividade jurisdicional em duas fases (...) não têm o condão de criar impedimento automático e absoluto do magistrado. (...) A nova causa de impedimento para a atuação do juiz não está inserida no rol já estabelecido pelo artigo 252 do CPP, que contém todas as hipóteses de impedimento aplicáveis aos magistrados. Exatamente, porque não se está diante da regra de impedimento, mas sim de divisão de competência funcional".

Pois bem. As críticas que vêm sendo feitas à decisão do STF são no sentido de que apenas a divisão funcional de competência, sem estar acompanhada da regra de impedimento, e permitindo-se que o juiz da causa conheça, e, por conseguinte, valore, os elementos informativos produzidos na investigação, cria o risco de esvaziamento do juiz das garantias.

É importante refletir sobre os limites da técnica de interpretação conforme com a adoção de sentenças manipulativas de efeitos aditivos ou substitutivos, técnica que vem sendo adotada pelo Supremo em precedentes muito importantes e que foi largamente utilizada no julgamento em questão. Ao longo do julgamento, os ministros ressaltaram que não cabia ao Supremo questionar escolhas legítimas do legislador, que a análise dos pedidos formulados nas ADIS deveria se ater ao controle de constitucionalidade.

Contudo, a impressão que fica ao final é que o regime legal do juiz das garantias foi reescrito pelo Supremo, ao argumento ou de interpretação conforme, ou de razoabilidade. A *mens* da nova lei seria reforçar a imparcialidade do juiz, o contraditório e a oralidade, na medida em que o juiz da causa julga de acordo com a prova produzida na AIJ, com exceção das "provas irrepitíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas" (artigo 3º C § 3º). Quando o STF entende que o juiz da causa recebe a denúncia e por isso terá pleno acesso aos elementos informativos produzidos no IPL, esse sistema fica, de certa forma, se não esvaziado, pelo menos bastante modificado.

O argumento de que o artigo 3º D seria inconstitucional ao prever nova regra de impedimento, porque tal regra não foi inserida no rol do art. 252, que já contém todas as regras de impedimento aplicáveis aos magistrados, não me parece que diga respeito à constitucionalidade do dispositivo. Como sustentar que a criação pelo legislador ordinário de nova regra de impedimento de magistrados viola a Constituição?

O STF também afastou a regra que atribuía ao juiz das garantias a decisão de recebimento da denúncia, ao argumento de que tal regra violaria o princípio da proporcionalidade, pois não se pode presumir de forma absoluta a parcialidade do juiz da causa. Toffoli ponderou que a lei descon siderou a possibilidade de o juiz das garantias, justamente por atuar na investigação, tender a confirmar suas convicções prévias surgidas ao longo do inquérito, no momento de avaliar a justa causa para o recebimento da denúncia ou a possibilidade de absolvição sumária, o que não recomendaria que lhe fossem cometidas tais decisões. De fato, o raciocínio faz sentido. Contudo, não se estaria aqui meramente substituindo o modelo legitimamente escolhido pelo legislador?

O mesmo se poderia dizer da interpretação conforme dada pelo STF ao artigo 3º A do CPP. O voto de Fux, acompanhado pelos demais, afirma que a inconstitucionalidade decorreria de sua aparente contradição com artigos do CPP que por diversas vezes foram declarados constitucionais pelo STF. Ou seja, na verdade, a análise de constitucionalidade não se faz cotejando o dispositivo legal a Constituição, mas com outras regras do CPP de 1941, ao argumento de que até hoje sua constitucionalidade foi afirmada pelo Supremo, notadamente os artigos 156, 385 e 212, parágrafo único.



O argumento de inconstitucionalidade decorre assim de suposta incompatibilidade do novo artigo 3ºA com artigos do CPP, desconsiderando-se que eventual incongruência entre normas de igual hierarquia constitucional deve ser resolvida pelo princípio *lex posterior derogat legi priori*. Há risco contudo de que, excluída a regra de impedimento, a participação do juiz da causa na investigação acabe sendo considerada uma hipótese de incompetência relativa e portanto sanável, sujeita à demonstração de prejuízo, na linha do que ocorreu por exemplo com a regra da identidade física do juiz no processo penal (artigo 399, § 2º, CPP).

Essas são apenas primeiras impressões sobre a recente deliberação do STF a respeito do juiz das garantias. Não se pode deixar, contudo, de comemorar a afirmação de sua constitucionalidade, reafirmando-se a convicção de que o juiz das garantias constitui um importante passo no aprimoramento do sistema. Aguardemos assim, atentos e esperançosos, sua implementação.

* *palestra proferida no XXVI Congresso Internacional de Direito Constitucional, organizado pelo IDP (Instituto de Direito Público), nos dias 17 a 19 de outubro de 2023, em Brasília.*

[1] Julgada conjuntamente com as ADIS 6299, 6300 e 6305.

[2] O acórdão ainda não foi publicado. A íntegra do julgamento está disponível no canal da TV Justiça do Youtube.

[3] Sobre o tema de criação da vieses pelo juiz que atua na investigação, remeto o leitor a artigo que publiquei no **ConJur** em 25/4/20: [aqui](#)

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-out-23/simone-schreiber-juiz-garantias-otica-stf/>