

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

ARTHUR WEVERSON SILVA

**O JUIZ DAS GARANTIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

OURO PRETO

2022

ARTHUR WEVERSON SILVA

**O JUIZ DAS GARANTIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Federal de Ouro Preto, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Luiz Henrique Manoel da Costa.

OURO PRETO

2022



## FOLHA DE APROVAÇÃO

**Arthur Weverson Silva**

### O JUIZ DAS GARANTIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

Aprovada em 24 de junho de 2022

#### Membros da banca

Professor Especialista Luiz Henrique Manoel da Costa - Orientador - Universidade Federal de Ouro Preto  
Professor Mestre Edvaldo Costa Pereira Júnior  
Professor Mestre Fabiano Cesar Rebuszi Guzzo

Professor Luiz Henrique Manoel da Costa, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 27/06/2022



Documento assinado eletronicamente por **Luiz Henrique Manoel da Costa, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 27/06/2022, às 20:49, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.ufop.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0352650** e o código CRC **1B9CD693**.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus por me guiar e possibilitar essa conquista.

À minha família, por todo o suporte, incentivo e ensinamentos.

Aos moradores e ex-alunos da gloriosa República Os Bartira, pela amizade sincera e ajuda em todos os momentos. A graduação seria muito sem graça sem vocês.

Ao meu grande amigo, João Paulo, por ter sido meu companheiro em todos os momentos da vida, principalmente nesta graduação. Você foi minha terapia, agradeço de coração.

Ao meu orientador, Professor Luiz Henrique, pelos ensinamentos que vão além da vida acadêmica, por despertar meu interesse em Processo Penal e por aceitar a missão de me orientar.

## RESUMO

Esta monografia aborda o juiz das garantias criado pela Lei nº 13.964/19. Para tanto, foi realizado um estudo interdisciplinar, com base no Direito Processual Penal e no Direito Constitucional. Serão apresentados os sistemas processuais penais, as características de seus juízes e os procedimentos penais do atual Código de Processo Penal. Em seguida, será abordado o princípio da imparcialidade, seu tratamento no Brasil e a diferença em relação à neutralidade. No terceiro capítulo, será apresentada a figura do juiz de garantias, a intenção jurídica por trás do pensamento do legislador, as particularidades da nova alteração legislativa e, por fim, a necessidade de implementação do instituto em nosso Código de Processo Penal, haja vista ser proposta eficaz para consolidar a condição do acusado no processo penal como titular de direitos e garantias fundamentais, tal como para proteger a imparcialidade do julgador

Palavras-chave: Sistemas Processuais; Juiz de Garantia; Imparcialidade; Garantias Fundamentais; Inconstitucionalidade; Crítica.

## **ABSTRACT**

This monograph addresses the guarantee judge created by Law n° 13.964/19. Therefore, an interdisciplinary study was carried out, based on Criminal Procedural Law and Constitutional Law. The criminal procedural systems, the characteristics of their judges and the criminal procedures of the current Criminal Procedure Code will be presented. Then, the principle of impartiality, its treatment in Brazil and the difference in relation to neutrality will be addressed. In the third chapter, the figure of the judge of guarantees will be presented, the legal intention behind the legislator's thinking, the particularities of the new legislative change and, finally, the need to implement the institute in our Criminal Procedure Code, given that it is effective proposal to consolidate the status of the defendant in the criminal process as holder of fundamental rights and guarantees, as well as to protect the impartiality of the judge.

**Keywords:** Procedural Systems; Warranty Judge; Impartiality; Fundamental Warranties; Unconstitutionality; Criticism.

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1. HISTÓRICO ACERCA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....</b>	<b>10</b>
<b>1.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITÓRIO E O JUIZ OPERANTE .....</b>	<b>11</b>
<b>1.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO E O JUIZ ESPECTADOR..</b>	<b>12</b>
<b>1.3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO .....</b>	<b>14</b>
<b>1.4 CRÍTICAS AO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO ATUAL.....</b>	<b>15</b>
<b>2. IMPARCIALIDADE: ELEMENTO BASILAR À FUNÇÃO JURISDICIONAL ..</b>	<b>18</b>
<b>2.1 A GARANTIA DA JURISDIÇÃO E O PAPEL DO JUIZ .....</b>	<b>18</b>
<b>2.2 DIFERENÇA ENTRE IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE.....</b>	<b>19</b>
<b>2.3 O VALOR DA IMPARCIALIDADE PARA A FUNÇÃO JURISDICIONAL.....</b>	<b>21</b>
<i>2.3.1 Regras de impedimento, suspeição e incompatibilidade .....</i>	<i>22</i>
<i>2.3.2 A regra da prevenção.....</i>	<i>24</i>
<b>3. JUIZ DAS GARANTIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1 O DESÍGNIO DO LEGISLADOR.....</b>	<b>26</b>
<i>3.1.1 Princípio acusatório .....</i>	<i>27</i>
<i>3.1.2 Afastamento do juiz do processo.....</i>	<i>28</i>
<b>3.2 CONTAMINAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL .....</b>	<b>28</b>
<b>3.3 CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO.....</b>	<b>31</b>
<b>3.4 CRÍTICAS CENTRAIS À ALTERAÇÃO LEGISLATIVA .....</b>	<b>31</b>
<i>3.4.1 ADI 6.298 (6.299, 6.300 e 6.305 apensadas) no tocante às arguições pertinentes ao Juiz das Garantias.....</i>	<i>32</i>
<i>3.4.2 (In)constitucionalidade formal em que pese o vício de iniciativa relativo à competência legislativa do Poder Judiciário para alterar a organização e a divisão judiciária .....</i>	<i>32</i>
<i>3.4.3 (In)constitucionalidade material em razão de violação à regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário (art. 99, caput, CF/88), em razão da ausência de prévia dotação orçamentária para a implementação das alterações organizacionais acarretadas pela lei (art. 169, §1º, CF/88), e em razão da violação ao novo regime fiscal da União instituído pela Emenda Constitucional n. 95 (art. 113, ADCT).....</i>	<i>35</i>
<i>3.4.4 (In)aplicabilidade imediata do instituto do juiz das garantias às investigações e aos processos em curso.....</i>	<i>37</i>

3.4.5 (In)aplic	
<i>abilidade do instituto do juiz das garantias no âmbito dos tribunais quanto à</i>	
<i>competência originária e à instância recursal.....</i>	<i>39</i>
<b>3.5 A NECESSIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO</b>	
<b>PENAL.....</b>	<b>41</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>45</b>



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho, como será observado, pautado por meio de pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva, é fruto de um exame brando a respeito da atuação do magistrado no ordenamento jurídico atual. Para que melhor se adeque às práticas cada vez mais garantistas, o código de processo penal passa por reformas, e recentemente a Lei nº13.964/2019 adveio com o pretexto de que se aperfeiçoe as normas penais e processuais penais.

A referida lei introduziu ao código de processo penal mudanças significativas, e uma delas foi a recente figura do juiz das garantias, que ao ser instituído trouxe muitas dúvidas. Diante do cenário jurídico brasileiro atual, a concentração de poderes nas mãos de um único juiz tem se feito questionar se a sua participação na fase pré-processual pode contaminá-lo, melhor dizendo, quebrar a sua imparcialidade. Por isso, é inevitável levantar a concepção de que até mesmo um juiz não escapa de sua natureza humana e acaba se envolvendo psicologicamente com o caso ou até com o investigado. Ganha espaço, assim, o princípio da imparcialidade do magistrado como forma de aprimoramento do sistema processual brasileiro na direção de um processo penal de matriz acusatória.

Eis que, o ordenamento jurídico brasileiro exige que a imparcialidade seja mantida com esforço, mas nota-se evidente a tendência que os seres humanos têm de interpretar as informações contidas no processo de maneira a confirmar suas próprias crenças ou hipóteses iniciais, no caso, o magistrado, tornando suas decisões imparciais. O juiz das garantias, neste sentido, estaria em busca de uma cisão da competência funcional e poderia fazer com que o princípio da imparcialidade se fortalecesse? E mais, já em relação ao sistema processual penal adotado, o juiz das garantias de fato permite que ao ser utilizado seja por fim respondido por qual sistema a carta constitucional brasileira optou?

Procura demonstrar, em suma, o que acontece quando um único juiz fica responsável por duas fases distintas no mesmo processo e traz, por fim, a saída para esse problema. Também, define o juiz das garantias como a figura mais apropriada para a legislação brasileira. Assim é fundamental o estudo abordado no presente trabalho. Dividido em três partes, busca expor a perspectiva histórica dos sistemas processuais penais tal como tecer críticas ao sistema atual adotado no Brasil. Além do mais, explora

a importância da imparcialidade para o exercício da função jurisdicional e a sua diferença em relação à neutralidade, tal como as regras de impedimento ou incompatibilidade e suspeição, assim como o instituto da prevenção. Por fim, traz como peça fundamental a discussão acerca da introdução do juiz das garantias no ordenamento jurídico e a expressa instituição do sistema acusatório, bem como as críticas centrais à alteração legislativa previstas na ADI 6.298 (6.299, 6.300 e 6.305 apensadas) no tocante às arguições pertinentes ao novel instituto.

## 1. HISTÓRICO ACERCA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Inicialmente, compete dizer que por sistema processual penal pode-se entender o conjunto de regras e princípios constitucionais o qual, conforme o cenário político atual do Estado, determina as bases a serem seguidas em que pese a aplicação da legislação correlata. No Brasil, a Constituição Federal foi promulgada no ano de 1988, período este no qual ainda se encontrava – e ainda se encontra – vigente o Código de Processo Penal que data da época de 1941, o que fez, portanto, que houvesse uma releitura do diploma processualístico penal sob os ditames constitucionais.

Pois bem, na atual conjuntura, tem-se por dever do Estado o encargo de tornar efetiva a aplicação do ordenamento jurídico – aqui, leia-se norma jurídica penal – assegurando, assim, a observância de seus preceitos constituintes através do direito processual, o qual pode se dar, preliminarmente, mediante o sistema inquisitivo e o sistema acusatório. Eis que, para tanto, temos como fundamentos basilares os sujeitos do processo e a forma como procedem, tal como a relação que se estabelece entre o magistrado e a busca de informações sobre o fato o qual supostamente é violador de bem jurídico tutelado. Dessa forma, é mister proceder ao estudo dos sistemas processuais penais já conhecidos ao longo da história do direito com o escopo de se verificar a real função do magistrado no processo penal.

À par disso, tem-se que os sistemas inquisitivo e acusatório possuem como principal diferença entre eles a cisão entre as funções de julgar e de acusar. Nessa toada, no modelo inquisitorial, a mesma autoridade incumbida da atribuição de proceder à acusação seria a responsável também pelo seu julgamento, o que difere completamente do sistema acusatório, haja vista que, aqui, as respectivas responsabilidades são atribuídas a diferentes sujeitos no processo, melhor dizendo, o *Parquet* é encarregado do dever de acusar (ou não) e ao magistrado lhe é determinado proceder ao julgamento da acusação, acaso existente.

No Brasil, conforme será visto adiante mediante apreciação do diploma processualístico penal, temos a adoção de um sistema que não é puro em sua essência. Na lição de Paulo Rangel<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Disponível em: Minha Biblioteca, (29th edição). Grupo GEN, 2021. p. 83.

“O inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias.”

O juiz, assim, ora atuará como sujeito operante, ora atuará como sujeito expectador.

## 1.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITÓRIO E O JUIZ OPERANTE

Acerca do sistema inquisitório, em seu livro Direito Processual Penal, Aury Lopes Jr.<sup>2</sup> preleciona o seguinte, *ipsis litteris*:

“O sistema inquisitório, na sua pureza, é um modelo histórico. Até o século XII, predominava o sistema acusatório, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo. As transformações ocorrem ao longo do século XII até o XIV, quando o sistema acusatório vai sendo, paulatinamente, substituído pelo inquisitório.”

E mais:

“No transcurso do século XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. Inicialmente, eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivessem conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento.”<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> JÚNIOR, Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. Disponível em: Minha Biblioteca, (8th edição). Editora Saraiva, 2022. p. 75.

<sup>3</sup> JÚNIOR, Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. Disponível em: Minha Biblioteca, (8th edição). Editora Saraiva, 2022. p. 75.

Eis que, aqui, com relação à prova, vigorava o sistema legal de valoração (prova tarifada), no qual o valor de cada prova é predefinido, ou seja, é um sistema hierarquizado, não existindo uma apreciação individualizada de acordo com o caso concreto, e o estado de prisão do acusado durante o desenrolar do processo era regra, mas não exceção. Para tanto, tem-se reunião de funções nas mãos do julgador, não havendo, dessa forma, espaço para o devido direito ao contraditório. Há que se falar, ainda, que aqui vigora a parcialidade do julgador, haja vista que um mesmo indivíduo (juiz operante/ator), atuando de ofício, toma a iniciativa de buscar a prova e resolve o litígio com base na prova que ele próprio concebeu.

Já no tocante ao seu lapso de vigência, historicamente, o sistema inquisitório perdurou até o início do século XIX, período este em que os novos ditames que permeavam a valorização do ser humano e os movimentos filosóficos que emergiam com a Revolução Francesa passaram a repercutir firmemente no processo penal, removendo, pois, aos poucos, as características do modelo inquisitivo o qual se desdobra até os dias de hoje no denominado sistema misto.

Assim sendo, tem-se por principais características: iniciativa probatória por parte do magistrado (princípio inquisitivo); aglutinação das funções de investigar, acusar, defender e julgar nas mãos do juiz; violação ao princípio *ne procedat iudex ex officio* (princípio dispositivo) haja vista que o magistrado atua de ofício; juiz parcial; inexistência (efetiva) do direito ao contraditório; e assimetria de armas e oportunidades.

## 1.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO E O JUIZ ESPECTADOR

Hodiernamente – sob o prisma do sistema constitucional vigente – tem-se a presente caracterização do sistema acusatório: palpável divisão entre as atribuições de julgar e de acusar; a iniciativa probatória deve partir das partes litigantes, logo o magistrado se encontra em posição de passividade quanto à coleta de prova em que pese a investigação; oportunidades equânimes de acesso das partes ao processo; procedimento predominantemente oral; efetiva possibilidade de defesa das partes (contraditório “palpável”); publicidade de todos os atos, exceto os protegidos por motivo de sigilo

(fundamentado); sistema de valoração de provas pelo livre convencimento motivado do juiz; e possibilidade de acesso ao duplo grau de jurisdição.

À vista dos apontamentos aqui feitos, compete falar que a posição do magistrado no modelo acusatório é de extrema importância para a persecução penal, haja vista que o distanciamento do julgador, especificamente no tocante à iniciativa probatória, assegura a sua necessária imparcialidade para a solução do litígio, de modo a garantir tratamento digno para com o acusado, o qual deixa de assumir a posição de mero objeto para ser autêntica parte passiva no processo penal.

Complementarmente, Aury Lopes Jr. faz precisa disposição sobre o assunto:

“O processo penal acusatório caracteriza-se, portanto, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo (por isso de nada serve a separação inicial das funções se depois permite-se que o juiz atue de ofício na gestão da prova, determine a prisão de ofício etc.) para garantia da imparcialidade (juiz que vai atrás da prova está contaminado, prejuízo que decorre dos pré-juízos, e efetivação do contraditório.”<sup>4</sup>

Além disso, também afirma que:

“A posição do julgador é fundada no *ne procedat iudex ex officio*, cabendo às partes, portanto, a iniciativa não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção da prova. É absolutamente incompatível com o sistema acusatório (também violando o contraditório e fulminando com a imparcialidade) a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, ou, como existia no sistema brasileiro até a reforma de 2019, em que se permitia que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício, pudesse determinar de ofício a produção de provas ou ainda pudesse condenar o réu sem pedido do Ministério Público. Portanto, são absolutamente incompatíveis com o sistema acusatório e estão tacitamente revogados (no todo ou em parte, conforme o caso), entre outros, os arts. 156, 385, 209, 242, etc., como se verá ao longo dessa obra.”<sup>5</sup>

Isto posto, importa dizer, também, que finalmente com a Lei n. 13.964/2019 o Código de Processo Penal consagrou expressamente o sistema acusatório em nosso sistema normativo. Veja-se:

---

<sup>4</sup> JÚNIOR, Aury L. Direito processual penal: 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 44-45.

<sup>5</sup> JÚNIOR, Aury L. Direito processual penal: 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 44-45.

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Além disso, a própria Constituição Federal de 1988 já deixava entrever contornos do sistema acusatório ao afirmar, em seu art. 129, inciso I, que a acusação é atribuição do Ministério Público, exigindo, pois, o distanciamento dos papéis de acusar e de julgar. Também, define regras do devido processo em seu art. 5º, especialmente no tocante à garantia do juiz natural (e imparcial, por certo), tal como a exigência do contraditório em seu inciso LV.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

### 1.3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO

Em primeiro lugar, importa dizer que o denominado Sistema Processual Penal Misto teve início com o Código Napoleônico de 1808 e a divisão do processo em duas fases: a fase pré-processual de traços inquisitórios e a fase processual de caráter acusatório. Esta é a definição usualmente feita do sistema processual penal brasileiro, haja vista que se compreende o inquérito policial como inquisitório e a fase processual como acusatória.

Nas palavras de Aury Lopes Jr<sup>6</sup> .:

“É lugar comum na doutrina processual penal a classificação de “sistema misto”, com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais. Ademais, a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter “misto.”

Eis que, portanto, o processo possui como *ratio* a reformulação de uma história (aqui, leia-se crime), melhor dizendo, a reconstituição de um fato violador de bem jurídico e, para tanto, tem-se a estruturação de dois princípios informadores, a saber:

---

<sup>6</sup> JÚNIOR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. Disponível em: Minha Biblioteca, (8th edição). Editora Saraiva, 2022. P. 77.

- Princípio inquisitivo: a gestão da prova se encontra sob o domínio do julgador. Neste caso, teremos o juiz inquisidor/ator, fundante de um sistema inquisitório.
- Princípio acusatório/dispositivo: a gestão da prova se encontra nas mãos das partes do processo, logo, temos a figura do juiz espectador, fundante do sistema acusatório.

E mais: entende-se que não é suficiente se ter a separação inicial das funções de acusar, de julgar e de defender para termos um verdadeiro processo acusatório. É mister, também, que a tal separação se mantenha para que a estrutura não se rompa e, claro, que a iniciativa probatória esteja sempre nas mãos das partes, pois isso possibilita a imparcialidade do juiz.

#### 1.4 CRÍTICAS AO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO ATUAL

Ainda que não expressamente, a Constituição Federal adotou o sistema acusatório no processo penal ao estabelecer o princípio do juiz natural, a ampla defesa, a publicidade dos atos processuais, a presunção de inocência do acusado e, como não poderia faltar, a designação do *Parquet* como proponente da acusação. Isto, pois, havia por necessário a primazia de uma arquitetura processual capaz de enxergar no acusado um sujeito de direitos, tendo por base a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república, de modo a rechaçar qualquer sistemática que o trata como simples objeto de investigação.

Nesse aspecto, compete ao magistrado coibir toda e qualquer intromissão de agentes públicos nas liberdades dos investigados que se mostrem indevidas, irrazoáveis, ao passo de que também se deve cuidar para não obstaculizar a atuação policial tal como a do *Parquet*, muito menos investir-se no desempenho de suas atribuições.

O artigo 156 do CPP, com a redação que lhe foi dada em 2008, apresenta assim como um desacerto legislativo ao consentir ao Poder Judiciário uma intromissão inesperada nas atribuições da polícia e do MP, outorgando-lhe funções anômalas com notável prejuízo daquelas que lhe são precípuas.

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



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

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

Ademais, os artigos 311, 242 e 385 do Código de Processo Penal também possuem viés inquisitivo:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Do mesmo modo, devem ser declarados incompatíveis com a Constituição os dispositivos que aproximem o juiz do ativismo persecutório, como o art. 5º, I, do CPP, que permite ao juiz solicitar a abertura de inquérito policial, formando antecipadamente seu convencimento sobre autoria e materialidade antes de iniciado o processo, e como o art. 3º da Lei nº 9.296/96, que permite a decretação de interceptações telefônicas de ofício:

Art. 5º. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Destarte, percebe-se que o réu não encontra o juiz natural que lhe foi garantido pela Constituição, mas sim um juiz inquisidor que pode inclusive selecionar o direito a

ser aplicado mesmo que seja de opinião divergente a do acusador e escolher novas provas ainda que não levadas aos autos pela parte acusadora.

Nesse contexto, nota-se que a estrutura normativa brasileira ainda possui fragmentos próprios de um sistema inquisitivo, uma vez que atribuem poderes instrutórios ao magistrado. Logo, é imprescindível rechaçar o juiz titular de múltiplas funções no desenvolvimento da persecução penal.

Destaca-se, ainda, que a Constituição de 1988 estabelece um processo penal baseado no contraditório, na ampla defesa, na igualdade entre as partes, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal, em contraposição ao sistema inquisitório, no qual a concessão de poderes instrutórios ao juiz é um de seus corolários. O obstáculo se encontra, portanto, na ausência de compatibilidade entre a sistemática prevista no Código de Processo Penal de 1941 e da Constituição, o que leva a reconhecer que os dispositivos de nosso diploma processualístico de natureza inquisitória devem ser declarados inconstitucionais.

Dessa maneira, é necessário realizar uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório – agora revogados pelo art. 3º-A do CPP, com a redação da Lei n. 13.964, até então suspenso por decisão do STF. E mais: enquanto houver influência inquisitória, dificilmente se poderá ter uma efetiva alteração no sistema processual penal brasileiro. Isto posto, de forma a permitir a imparcialidade do juiz, é essencial que se mantenha a separação de funções e que a iniciativa probatória esteja sempre nas mãos das partes.

## 2. IMPARCIALIDADE: ELEMENTO BASILAR À FUNÇÃO JURISDICIONAL

### 2.1 A GARANTIA DA JURISDIÇÃO E O PAPEL DO JUIZ

Segundo Luigi Ferrajoli<sup>7</sup>:

“A garantia da jurisdicionalidade é a principal dentre as garantias processuais existentes. Sob o viés dos axiomas e princípios garantistas, trata-se do axioma A7, ‘*nulla culpa sine iudicio*’, expressando, em seu sentido amplo, a inexistência de culpa, de pena, crime, sentença e de processo penal na ausência de jurisdição. Já em sentido estrito, traduz falta de acusação, de provas e de defesa.”

Nesse sentido, tem-se que a aplicação da lei penal apenas é realizável por meio de um exercício prévio da função jurisdicional penal pelo Poder Judiciário. Veja-se alguns incisos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 atestam essa ideia:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A garantia da jurisdição, ainda, significa a existência de um juiz imparcial, natural e empenhado em cumprir a Constituição de maneira eficaz. Dessa forma, em um Estado Democrático de Direito, o processo penal não pode mais ser considerado um instrumento em prol do poder punitivo, e sim como legitimador da aplicação de uma pena. Exige-se,

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi, Direito e Razão (Teoria do Garantismo Penal), 4 ed. – São Paulo, RT, 2014, P. 91.

assim, um redimensionamento do papel do julgador, que deve ter como principal incumbência a salvaguarda dos direitos fundamentais.

Deste modo, o juiz deve atuar de acordo com o seu papel indispensável na relação processual, não se posicionando no lugar de uma das partes. Somente o afastamento do julgador viabiliza a garantia de direitos do acusado, uma vez que possibilita a real gestão das provas. Ademais, é necessário salientar que limitar a atuação do juiz tem como importante finalidade preservar a imparcialidade deste, legitimando a relação jurídica processual e a validade do processo.

## 2.2 DIFERENÇA ENTRE IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE

Em um Estado Democrático de Direito, conforme objetiva a Constituição Federal de 1988, o processo se associa a diversos princípios, direitos e garantias individuais inerentes a qualquer indivíduo que esteja sob a mira da persecução penal, sendo que um desses direitos – direito que reputo fundamental, por sinal – é o de ser processado e julgado de forma imparcial, em que pese a opção constitucional pelo sistema processual penal acusatório. Ser imparcial, portanto, consiste na ausência de vínculos subjetivos com o processo, pois cabe ao julgador se colocar em lugar distante o suficiente das partes para que consiga solucionar a lide com isenção.

No claro entendimento de Aury Lopes Jr.<sup>8</sup>:

“O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição.”

Também<sup>9</sup>:

Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.”

---

<sup>8</sup> JÚNIOR, Aury Celso Lima L. DIREITO PROCESSUAL PENAL. Disponível em: Minha Biblioteca, (18th edição). Editora Saraiva, 2021. p. 51.

<sup>9</sup> JÚNIOR, Aury Celso Lima L. DIREITO PROCESSUAL PENAL. Disponível em: Minha Biblioteca, (18th edição). Editora Saraiva, 2021. p. 51.

Assim sendo, deve o magistrado atuar de acordo com o seu papel indispensável na relação processual, não podendo se situar, portanto, no local de fala de alguma das partes. Apenas o distanciamento do julgador oportuniza a garantia de direitos das partes, sobretudo do acusado, procedendo, assim, à real gestão das provas. A limitação da atuação do magistrado, portanto, objetiva resguardar a sua imparcialidade, de modo a legitimar a validade do processo.

Importa destacar, ainda, que ser imparcial difere de neutralidade. Machado Maya explica<sup>10</sup>:

“Assim, a neutralidade, compreendida como a ausência de valores, de ideologias, apresenta-se como uma utopia, algo inalcançável diante da essência do homem, ser humano constituído por razão e emoção, cujo psiquismo se estrutura, segundo a teoria psicanalítica de Freud, pela combinação de três diferentes fatores: os hereditárioconstitucionais, as antigas experiências emocionais e as experiências traumáticas da vida real contemporânea, esta última responsável pelas influências que os meios social e cultural exercem sobre a estruturação psíquica de qualquer pessoa.”

Nesse sentido, ainda que o magistrado seja senhor e dono de sua cognição, tem-se que as suas conclusões não se encontram imunes à interferência de seu inconsciente.

E, ainda, segundo o autor<sup>11</sup>:

“Por tudo isso, afigura-se mais apropriada a consciência da impossibilidade de uma atuação jurisdicional neutra, como forma de permitir ao magistrado o exercício mais responsável do seu livre convencimento, fazendo uso da motivação racional sem refugiar-se sob a máscara de fórmulas meramente objetivas ou sob a mera transcrição de textos legais.”

Assim, a imparcialidade constitui valor que se traduz na ideia de que o juiz deve se colocar como um terceiro desinteressado, acima dos interesses em conflito.

---

<sup>10</sup> MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 71.

<sup>11</sup> MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 71.

## 2.3 O VALOR DA IMPARCIALIDADE PARA A FUNÇÃO JURISDICIONAL

Ainda que não disposto expressamente, o princípio da imparcialidade é assegurado pela Constituição Federal de 1988 como um dos preceitos processuais mais importantes para a validade de um processo. Isto, pois, na ausência da imparcialidade, os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos ficariam sujeitos à iniquidade a contento de um magistrado que toma para si partido de acordo com suas preferências e verdades, ainda que de forma inconsciente. Assim, a imparcialidade do julgador é de fundamental importância no desenrolar do processo em que pese a demonstração de fatos e de provas, haja vista que, neste instante, tem-se a formação de seu convencimento o qual carece ser livre de vícios.

Eis que a nossa Carta Magna traz consigo em seu seio múltiplas garantias e vedações impostas aos magistrados para que o exercício de sua função ocorra de forma independente e, sobretudo, imparcial. Veja-se:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o Juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

À par disso, tem-se por fundamental mencionar que o que se entende pela imparcialidade do juiz não é o significado genuíno da palavra, uma vez que não há meios de se afirmar que exista a pura neutralidade, melhor dizendo, a verdadeira indiferença aos fatos pelo magistrado. Digo, pois, o magistrado é um indivíduo que traz consigo em seu consciente a sua história, suas experiências de vida, e por isso o que se busca é aquilo que pode chegar ao nível mais palpável da imparcialidade.

Nesse sentido, pode-se entender que, sem um juiz imparcial, a estrutura acusatória do processo penal na qual há distanciamento das funções de acusar e julgar desmorona, fato este que nos remete à concepção de que, portanto, ser julgado por um juiz imparcial é determinante ao aperfeiçoamento democrático de nosso sistema normativo.

### 2.3.1 Regras de impedimento, suspeição e incompatibilidade

Em tempos de deturpação de direitos e garantias constitucionais, tal como da necessidade de reafirmação do papel do juiz dentro de um Estado Democrático de Direito, é inadiável o exame da imparcialidade do julgador. Por vezes confundidas como questão de cunho ético, a imparcialidade ultrapassa, e muito, a referida esfera, haja vista que é pressuposto de um devido processo legal.

Nesse aspecto, o sistema processual penal brasileiro em vigor elenca hipóteses destinadas à plausível purgação da imparcialidade do magistrado, as quais determinam a obrigação de se abster da atuação jurisdicional: a incompatibilidade ou impedimento e a suspeição.

Em primeiro lugar, passemos-nos à análise do instituto referente ao impedimento. Tal figura se refere às situações objetivas que se relacionam a fatos do processo capazes de prejudicar, como já dito, a imparcialidade do julgador. Eis que, por isso, as hipóteses de impedimento são tidas como cláusulas de garantias para as partes

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos júzcos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive. Em caso de atuação de juiz impedido em determinado procedimento, há a inexistência das decisões judiciais por ele proferidas, sendo, dessa maneira, insanáveis.

Por outro lado, as causas de suspeição estão previstas no artigo 254 do Código de Processo Penal, sendo consideradas como situações subjetivas ligadas à realidade externa ao processo (de foro íntimo, digamos), que também podem prejudicar a imparcialidade do julgador, sendo, aqui, consideradas causas de nulidade do processo.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Havendo suspeição não reconhecida de ofício, abre-se a oportunidade para sua arguição pelas partes na forma do artigo 96 e seguintes do CPP, o que se dá também no



tocante às incompatibilidades e impedimentos, conforme previsão no artigo 112 do mesmo estatuto, de molde a alcançar situações caracterizadas por graves razões de conveniência não presentes nos casos de suspeição.

Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.

De acordo com André Machado Maya<sup>12</sup>, “do modo como reguladas pelo Código de Processo Penal, suspeição e impedimento são espécies do gênero incompatibilidade”, e, sendo assim, quando houver situação não elencada nos artigos 252, 253 e 254 que possa gerar contaminação subjetiva dos juízes, deve-se aplicar o artigo 112.

Ante o exposto, constata-se que as finalidades dos casos listados são, além de proteger a imparcialidade judicial, legitimar o exercício da função jurisdicional, afastando o julgador nas circunstâncias em que houver risco de vício de parcialidade.

### 2.3.2 A regra da prevenção

A Constituição Federal de 1988 institui normas gerais sobre organização e fixação de competência de todos os órgãos que integram a estrutura do Poder Judiciário. Assim, após definir a ordem jurídica competente, incidirão as regras dispostas no Código de Processo Penal, nos regimentos internos, nas constituições estaduais e até mesmo nos códigos de organização judiciária.

À vista disso, importa considerar a possibilidade de mais de um órgão jurisdicional igualmente competente para exame de determinada matéria, por isso, a lei processual determina a regra subsidiária da prevenção como fixadora da competência. A prevenção, então, prevista nos artigos 69, inciso VI, artigo 75, parágrafo único e artigo 83, todos do Código de Processo Penal, assinala que, na hipótese de coexistência de dois

---

<sup>12</sup> MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 103.

ou mais juízes igualmente competentes, o processo será instruído e julgado pelo primeiro que praticar algum ato processual ou qualquer medida a ele relativa. Veja-se:

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional

VI - a prevenção;

Art. 75. A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente. Parágrafo único. A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal.

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3o, 71, 72, § 2o, e 78, II, c).

Conforme leitura dos artigos supracitados, pode-se depreender que há duas condições para que a diligência anterior à denúncia fixe a competência por prevenção: em primeiro lugar, tem-se a prévia distribuição do processo, haja vista que as decisões do juiz plantonista não previnem a competência; em segundo plano, a medida ou diligência deve possuir a mesma face cautelar ou contra cautelar.

Continuando, tem-se por imprescindível o fato de que, hoje, o magistrado que acompanhou o inquérito de acordo com a regra da prevenção seria o julgador apto a julgar a causa. Contudo, entende-se que a prevenção para o inquérito deveria ser causa de exclusão da competência para a ação penal, uma vez que a imparcialidade do juiz restará prejudicada devido à formação de pré-julgamentos na fase investigativa. Assim, partindo do pressuposto que a prevenção gera a contaminação do órgão jurisdicional e, com isso, a purgação da imparcialidade, pode-se observar que se trata de uma hipótese de incompatibilidade.

### 3. JUIZ DAS GARANTIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

#### 3.1 O DESÍGNIO DO LEGISLADOR

Inicialmente, importa dizer que o instituto do juiz das garantias não é uma cogitação de agora, haja vista que ele já estava contemplado no Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal o qual trata da instituição do novo Código de Processo penal, tendo-se submetido a fortes discussões na comunidade jurídica desde então.

A lei n. 13.964, de 24/12/2019 provocou uma série de alterações na legislação penal e processual penal brasileira, de modo a determinar que, no decurso da fase investigatória que precede a instauração de um processo criminal, haverá um magistrado “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” (art. 3º-B do CPP).

Isto, pois, conforme lição de Aury Lopes Jr<sup>13</sup>:

“A garantia da ‘originalidade cognitiva’ exige que o juiz criminal — para efetivamente ser juiz e, portanto, imparcial — conheça do caso penal originariamente no processo (na fase processual, na instrução). Deve formar sua convicção pela prova colhida originariamente no contraditório judicial, sem pré-juízos e pré-cognições acerca do objeto do processo. Do contrário, o modelo brasileiro que se quer abandonar faz com que o juiz já entre na fase processual “sabendo demais”, excessivamente contaminado, já “sabedor” e, portanto, jamais haverá a mesma qualidade cognitiva com a versão antagônica (da defesa, por elementar). Não existe igualdade de condições cognitivas, não existe contraditório real (pois impossível o mesmo tratamento) e, portanto, jamais haverá um devido processo frente a um juiz verdadeiramente imparcial.”

Eis que, a referida Lei foi alvo de Ações de Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs). Em razão do recesso forense, ainda em janeiro de 2020, a Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF), em juízo de conveniência política e pela aparente robustez dos argumentos apresentados, optou por suspender a eficácia dos artigos que trouxeram a

---

<sup>13</sup> JÚNIOR, Aury Celso Lima L. DIREITO PROCESSUAL PENAL. Disponível em: Minha Biblioteca, (18th edição). Editora Saraiva, 2021. P. 52

novidade do juiz das garantias. Primeiro, em 15/1/2020, uma decisão acauteladora da Presidência, de lavra do ministro Dias Toffoli, suspendeu o prazo de vigência da lei nova por seis meses (BRASIL, 2020a). Em seguida, em 20 de janeiro, a mesma Presidência, agora com o ministro Luiz Fux em exercício, suspendeu sem prazo a sua figura legal.

### 3.1.1 Princípio acusatório

O Código de Processo Penal brasileiro atualmente vigente veio à tona com o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, período ditatorial conhecido como Estado Novo. Até a instituição da Constituição Federal de 1988, o processo penal brasileiro se encontrava balizado por regramentos que exacerbavam os poderes do juiz que, essencialmente, atribuíam-lhe iniciativas incompatíveis com a imparcialidade e o necessário distanciamento das partes no processo em que pese a efetiva garantia da justiça.

Eis que a Carta Magna, então, estabelece genuína quebra com a ordem normativa então em vigor, de modo a provocar profundas mudanças nas balizas norteadoras do processo penal. Este, por sua vez, passou a ser visto como instrumento de defesa de direitos, e não apenas como meio para a concretização da legislação penal.

A consagração do sistema penal acusatório, assim, trouxe a separação entre as atribuições de acusação e de julgamento, bem como a observância das garantias processuais tendo o indivíduo como sujeito de direitos. Desse modo, tem-se como características marcantes a separação entre as funções de acusação e de julgamento, bem como a observância das garantias processuais.

E mais, tem-se que o sistema acusatório é regido pela dialeticidade processual, ou seja, tudo aquilo que é determinado para julgamento posterior é realizado pelas próprias partes, sendo o magistrado apenas o destinatário final da prova. Cabe a este, assim, tão somente o controle da legalidade da produção probatória.

Gradativamente, tal mentalidade acusatória foi sendo incorporada à legislação processual penal de modo mais efetivo, a exemplo da reforma que alterou a redação do artigo 212, *caput*, do Código de Processo Penal, e parágrafo único do mesmo artigo, procedida no ano de 2008, assim para alterar a forma de tomada dos depoimentos

testemunhais, substituindo o sistema presidencialista pelo adversarial. Contudo, ainda há traços inquisitivos em nosso sistema processual. Por isso, a instituição da figura do juiz das garantias busca concretizar o modelo acusatório, o qual é compatível com um Estado Democrático de Direito.

### 3.1.2 Afastamento do juiz do processo

Quando se pensa na jurisdição penal, usualmente conceituada como o poder-dever de dizer o direito no caso concreto, tem-se por imperioso aduzir que, aqui, o juiz é garantidor da eficácia do sistema normativo, melhor dizendo, da Constituição.

Nesse sentido, pode-se conceber o juiz instrutor como aquele o qual possui sua imparcialidade comprometida, haja vista que teve contato com elementos da investigação e, desse modo, ainda que inconscientemente, procedeu à realização de pré-julgamentos, vinculando-se psicologicamente ao desenrolar do processo. Logo, tem-se por indispensável o seu afastamento tendo em vista a possibilidade de transformação de um processo acusatório em inquisitivo.

## 3.2 CONTAMINAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Na medida em que os Estados e suas instituições se desenvolviam e os regimes democráticos ganhavam cada vez mais força, as decisões proferidas com base na íntima convicção do magistrado foram sendo suprimidas, dando espaço ao que hoje conhecemos pelo sistema do livre convencimento motivado. Em que pese tal modificação, tem-se o teor do artigo. 155 do Código de Processo Penal brasileiro. Veja-se:

Art. 155. O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.(BRASIL,1941, art. 155)

Eis que, portanto, o juiz é livre na formação de seu convencimento, inexistindo, a princípio, amarras quanto aos critérios de valoração de prova, sendo-lhe facultado escolher livremente por aquela que lhe parecer mais convincente dentre o conjunto

probatório que lhe é fornecido, contudo, há que serem declinadas as razões para tanto, de tal sorte que as partes, eventualmente insatisfeitas com a decisão, possam contestá-la à vista dos mesmos alicerces argumentativos.

À par disso, há que se falar o seguinte: o que se mostrou de acordo com o regime de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, qual seja a decisão judicial com base no livre convencimento fundamentado, por outro lado revelou o risco da presença de desvios cognitivos. Explico. O autor Lopes Junior, afirma ser claro que o magistrado é um “ser no mundo”, portanto, sua compreensão sobre o caso penal é fruto de uma intrincada gama de valores, “pré-juízos”, que envolve os fatores, subjetivos, por certo, que afetam a sua própria percepção do mundo.

E mais<sup>14</sup>:

“Evitar a contaminação, os pré-julgamentos e a falta de originalidade cognitiva. É isso que se quer evitar com o juiz das garantias e que aqui vem como argumento de legitimação da sua não aplicação. Ademais, exatamente por lidar com fatos graves e que geram um envolvimento emocional mais intenso por parte do próprio juiz (afinal, é um ser-no-mundo), é que se deveria ter o sistema de duplo juiz.”

Também, o autor Maya, aduz em sua doutrina sobre a inevitável formação de um juízo de valor, nestes termos<sup>15</sup>:

“Dentro do processo judicial, são várias as situações que podem ocasionar na formação de um juízo de valor, [...] gerando uma possibilidade concreta de contaminação subjetiva do magistrado e, como consequência, o risco igualmente concreto de quebra de imparcialidade. Cabendo ressaltar que, certas decisões são tomadas no curso do processo investigatório, sem o contraditório e com base unicamente em elementos probatórios já colhidos pelos membros da persecução Penal. É aí que a contaminação é evidente. O risco da aproximação subjetiva do Juiz aos órgãos acusatórios, [...] o Juiz que formou o seu convencimento nesta fase tenderá a ser mais receptivo às provas que confirmarem a sua hipótese, em detrimento das provas que demonstrem o contrário.”

---

<sup>14</sup> JÚNIOR, Aury Celso Lima L. DIREITO PROCESSUAL PENAL. Disponível em: Minha Biblioteca, (18th edição). Editora Saraiva, 2021. P. 60.

<sup>15</sup> MAYA, André Machado. Juiz das garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/2019. -1.ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p 38.

Pode-se compreender, portanto, que a busca de provas de autoria e da existência da infração penal pelo juiz implica certo grau de comprometimento, ou seja, compromete a imparcialidade daquele que decidir. Veja-se o que expõe o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal.

Assim, vejamos o que aduz o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal vigente, *in verbis*:

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

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

Também, aduz o referido autor<sup>16</sup>:

“O simples fato de o magistrado tomar iniciativa de determinar a produção de uma prova, ainda que não iniciada a ação penal, já revela, *per si*, estar ele buscando uma confirmação para alguma hipótese acerca dos fatos, ou seja, se deslocando da imparcialidade decorrente de sua posição como terceiro para uma posição aproximada da acusação ou da defesa.”

Nesse aspecto, por mais simples que sejam as decisões proferidas por magistrado, elas são tomadas após a valoração e comparação entre os elementos indiciários produzidos na fase pré-processual e os preceitos legais

Portanto, ao magistrado compete tomar decisões que resolvam os conflitos firmados por duas partes e, unicamente, declarar se de fato um sujeito acusado é culpado ou não, sem que esteja interessado em tal conflito tal como na acusação.

Para finalizar, deixo, aqui relevante passagem da obra de Aury Lopes Jr.<sup>17</sup>, *ipsis litteris*:

---

<sup>16</sup> MAYA, André Machado. Juiz das garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/2019. -1.ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p 47.

<sup>17</sup> JÚNIOR, Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. Disponível em: Minha Biblioteca, (8th edição). Editora Saraiva, 2022. p. 75.

“A imparcialidade do juiz é, definitivamente, “o princípio supremo do processo penal” (Aragoneses Alonso e Werner Goldschmidt). Não há processo sem juiz e não há juiz se não houver imparcialidade. Daí porque é a estrutura do sistema que cria ou não cria, as condições de possibilidade de um juiz imparcial, e, portanto, somente no marco do sistema acusatório é que podemos ter as condições necessárias para a imparcialidade do julgador. A essa altura, pouco importa eventuais divergências sobre o que foi ou não foi o processo penal romano... Importa, em pleno século XXI, que tenhamos uma estrutura dialética, com juiz completamente afastado da arena das partes e da iniciativa probatória, com máxima originalidade cognitiva e estrita observância do contraditório e das demais regras do devido processo.”

Essa é a base do fundamento do juiz das garantias, finalmente consagrado no art. 3º-B e ss. do CPP, mas ainda não implantado, dada a liminar concedida pelo Min. Fux já mencionada.

### 3.3 CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO

As atribuições do instituto estão dispostas no art. 3º-B do Código de Processo Penal, redação esta introduzida pela Lei n. 13.964 de 24 de dezembro de 2019 a qual buscou aperfeiçoar (conforme ementa da própria lei) a legislação penal e processual penal vigente.

Reforço, tais funções jurisdicionais constitucionalmente válidas referentes à primeira fase da persecução penal devem ser exercidas pelo juiz das garantias. Por outro lado, sua competência cessa com a propositura da ação penal, de acordo com o art. 3º-C do referido Código de Processo Penal, também oriundo da reforma legislativa.

Assim, os atos de investigação efetuados na fase inquisitiva são isolados do juiz que proferirá a sentença final. Isso permite a tutela da legalidade da investigação preliminar e a salvaguarda dos direitos individuais.

### 3.4 CRÍTICAS CENTRAIS À ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Antes de tudo, importa falar que a reforma legislativa foi, por certo, concebida como uma evolução. Muito mais do que separar o juiz que é responsável pela



investigação do julgador que conduz o processo, tende a dar, principalmente, cumprimento aos direitos fundamentais dispostos na Constituição. Entretanto, existem alguns pontos controversos na novel reforma processual.

#### 3.4.1 ADI 6.298 (6.299, 6.300 e 6.305 apensadas) no tocante às arguições pertinentes ao Juiz das Garantias

As quatro ADIs foram ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), pelos Partidos Políticos Podemos e Cidadania, pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL) e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Todas as entidades acima mencionadas protestaram contra disposições da Lei 13.964, de 24.12.2019, que modificaram a legislação penal e processual penal e criaram o instituto do juiz das garantias, *in casu*, os arts. 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal.

Eis que, em face disso, o ministro Luiz Fux, que à época era vice-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), na condição de relator das ações, suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias. A decisão cautelar, proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, contudo, ainda será submetida a referendo do Plenário.

Em sua decisão, o ministro afirmou que a implementação do juiz das garantias é uma questão complexa que exige a reunião de melhores subsídios que indiquem, acima de qualquer dúvida razoável, os reais impactos para os diversos interesses tutelados pela Constituição Federal, entre eles o devido processo legal, a duração razoável do processo e a eficiência da justiça criminal.

#### 3.4.2 (In)constitucionalidade formal em que pese o vício de iniciativa relativo à competência legislativa do Poder Judiciário para alterar a organização e a divisão judiciária

Mediante leitura da ADI 6829, entende-se que a Lei n. 13.964/19 estaria contaminada por uma inconstitucionalidade formal por ofensa à competência dos

tribunais para a criação de órgãos do Poder Judiciário (CF, art. 96, I, “d”; e II, “b” e “d”, e art. 110), bem como à competência dos Estados para organizarem sua própria justiça e dos Tribunais de Justiça quanto a iniciativa para a lei de sua organização judiciária (CF, art. 125, §1º). Vejamos:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

d) propor a criação de novas varas judiciárias;

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

Art. 110. Cada Estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma seção judiciária que terá por sede a respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei.

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Neste ponto, ao ajuizar a ADI n 6.298, a AMB e a AJUFE aduziram que os arts. 3º-A a 3º-F do CPP, introduzidos pela Lei n. 13.964/19, por não versarem sobre “alteração de competência dos Juízos criminais existentes, mas de instituição de um novo juízo (o das Garantias) de forma imediata, sem prever a efetiva criação e instituição por meio das leis de organização judiciária no âmbito da União e dos Estados, estão violando os dispositivos da CF referidos”.

Na mesma linha, por ocasião do deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia *sine die, ad referendum* do Plenário, da implantação do juiz das garantias e de seus conseqüentários (CPP, arts. 3º-A a 3º-F) na condição de relator das ADI’s 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, o Min. Luiz Fux asseverou que “a criação do juiz das garantias não apenas

reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país.”

E mais, de acordo com o Min. Fux, a necessidade de dois juízes para toda e qualquer persecução penal nas milhares de varas criminais do país poderá criar uma desorganização dos serviços judiciários em efeito cascata de caráter exponencial, gerando risco de a operação da justiça criminal brasileira entrar em colapso, sobretudo se levarmos em consideração questões práticas como a ausência de magistrados em diversas comarcas, o déficit de digitalização dos processos ou de conexão adequada de internet em vários Estados, as dificuldades de deslocamento de juízes e servidores entre comarcas que dispõem de apenas um magistrado, entre outras.

À par disso, eis que, Renato Brasileiro<sup>18</sup> aduz o seguinte, *ipsis litteris*:

“Com a devida vênia, não se sustenta a alegação de que, ao instituir o juiz das garantias, a Lei n. 13.964/19 estaria violando o poder de auto-organização dos Tribunais e a sua prerrogativa de propor a alteração da organização e da divisão judiciárias. A propósito, vale rememorar a distinção entre normas de organização judiciária e normas de direito processual propriamente dito, nas palavras de José Frederico Marques: “(...) as leis de organização judiciária cuidam da administração da justiça e as leis de processo da atuação da justiça. (...) As leis processuais, portanto, regulamentam a ‘tutela jurisdicional’, enquanto que as de organização judiciária disciplinam a administração dos órgãos investidos da função jurisdicional”.<sup>17</sup>

E mais<sup>19</sup>:

“Ora, firmada a premissa de que a norma de direito processual é aquela que afeta aspectos umbilicalmente ligados à tríade jurisdição, ação e processo, não há por que se afirmar que teria havido qualquer inconstitucionalidade nesse ponto, visto que os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP estão diretamente relacionados a questões atinentes ao próprio exercício da jurisdição no processo penal brasileiro. A matéria versada em tais dispositivos – criação de uma nova causa de impedimento e repartição de competências entre magistrados para as fases de investigação e de instrução processual penal (competência funcional por fase da persecução penal) – insere-se, portanto, no

---

<sup>18</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 115.

<sup>19</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 115.

âmbito da competência legislativa privativa da União prevista no art. 22, inciso I, da Constituição Federal, porquanto versam sobre Direito Processual. Trata-se, na verdade, de uma legítima opção feita pelo Congresso Nacional no exercício de sua liberdade de conformação, que deliberou por instituir no sistema processual penal brasileiro uma nova espécie de competência funcional por fase do processo, afastando o magistrado que interveio na fase investigatória – juiz das garantias – da possibilidade de mais adiante vir a julgar o mesmo caso penal.”<sup>18</sup>

Logo, pode-se entender que, uma vez que a própria legislação processual penal brasileira já vislumbra hipótese de competência funcional por fase do processo no âmbito do Tribunal do Júri, com dois magistrados diversos especificamente na fase judicial da persecução, inexistente motivo para não se admitir similar divisão funcional entre as fases investigatória e a judicial.

### 3.4.3 (In)constitucionalidade material em razão de violação à regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário (art. 99, caput, CF/88), em razão da ausência de prévia dotação orçamentária para a implementação das alterações organizacionais acarretadas pela lei (art. 169, §1º, CF/88), e em razão da violação ao novo regime fiscal da União instituído pela Emenda Constitucional n. 95 (art. 113, ADCT)

Ao suspender a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F do CPP, o Min. Luiz Fux concluiu que os dispositivos que instituíram o juiz das garantias violaram diretamente os arts. 99 e 169 da Constituição Federal, na medida em que o primeiro deles garante autonomia orçamentária ao judiciário, enquanto o segundo exige prévia dotação orçamentária para a realização de despesas por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Veja-se:

Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo e pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode exceder os limites estabelecidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021)

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e

entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide Emenda constitucional nº 106, de 2020)

Conforme entendimento do Ministro relator, a inserção do juiz das garantias causa grande impacto orçamentário ao poder judiciário, sobretudo no que se refere ao deslocamento funcional de magistrados, ao incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia de informação necessárias. Também, há que se falar sobre as reestruturações e redistribuições de recursos humanos tais quais os materiais. Nesse sentido, inicialmente se pode pensar que haveriam, sim, despesas que não se encontram especificadas nas leis orçamentárias anuais da União e dos Estados.

Alega-se também que a criação do juiz das garantias violaria o novo regime fiscal da União instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016, conforme dispõe o art. 113 do ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela referida Emenda

Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.

Com base nisso, como não há notícia de que a discussão legislativa, por ocasião da tramitação do Projeto de Lei que deu origem ao juiz das garantias, tenha observado esse requisito constitucional, também seria de rigor, por tal motivo, possível o reconhecimento de sua inconstitucionalidade material.

Entretanto, contrariamente a tal posicionamento, é o pensamento de Renato Brasileiro, conforme disposto em seu livro Manual de Processo Penal, a saber<sup>20</sup>:

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

---

<sup>20</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 116.

Ou seja, haverá apenas a necessidade de uma mera adequação da estrutura judiciária já existente em todo o país para que as funções de juiz das garantias e juiz da instrução e julgamento não mais recaiam sobre a mesma pessoa, dando-se efetividade à norma de impedimento constante do *caput* do art. 3º-D do CPP, sem a necessidade pois da criação de novos órgãos (leia-se, também, novas competências).

#### 3.4.4 (In)aplicabilidade imediata do instituto do juiz das garantias às investigações e aos processos em curso

Inicialmente, para melhor entender a problemática aqui apresentada, imagine a hipótese de um juiz que houver decretado, *v.g.*, em momento anterior à entrada em vigor da Lei 13.964/2019, uma interceptação telefônica, uma busca domiciliar ou uma prisão temporária durante a investigação preliminar, e que, por ocasião da vigência das alterações de nosso sistema processual penal, ele tivesse em mãos o processo concluso para que seja proferida a sentença. A dúvida que surge é: haveria possibilidade de que o feito fosse julgado? E mais: tendo por base a aplicação do impedimento do art. 3º-D, *caput*, do CPP, caberia ao magistrado determinar a remessa dos autos a outro juiz, melhor dizendo, ao juiz presidente da instrução e julgamento? Ocorreria, assim violação ao princípio do juiz natural?

Em que pese se tratar de uma nova espécie de competência funcional por fase da persecução penal – entre a instauração da investigação e o recebimento da peça acusatória, a competência será do juiz das garantias; a partir do recebimento da denúncia (ou da queixa), a competência será do juiz da instrução e julgamento –, poder-se-ia concluir, à primeira vista, que a Lei n. 13.964/19, nesse ponto, seria uma norma genuinamente processual, daí porque teria aplicação imediata aos processos em andamento, nos exatos termos do art. 2º do CPP.

Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

Feitas tais considerações, importa expor, aqui, lição de Renato Brasileiro<sup>21</sup>:

---

<sup>21</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 128.

“Ora, firmada a premissa de que a entrada em vigor de uma nova norma processual penal jamais poderá ter o condão de invalidar os atos processuais praticados sob a vigência da lei anterior, porquanto praticados de acordo com a lei então vigente, é de se questionar até que ponto a imediata remessa dos autos em andamento a outro juiz, leia-se, ao juiz da instrução e julgamento, não implicaria em admitir a atribuição de efeitos retroativos à nova causa de impedimento do art. 3º-D, caput, do CPP. Deveras, se o magistrado em questão praticara qualquer ato incluído nas competências do art. 3º-B do CPP na fase investigatória em momento anterior à vigência da Lei n. 13.964/19, é evidente que, à época, não estava impedido para julgar o processo. Logo, aos feitos por ele supervisionados na fase investigatória, não seria aplicável a nova causa de impedimento do art. 3º-D do CPP, sob pena de lhe emprestarmos efeitos retroativos, o que viola o princípio *tempus regit actum*. Por conseguinte, não haveria nenhum óbice ao julgamento dos feitos em andamento por tal magistrado, mesmo após a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19.”<sup>20</sup>

Atento à problemática em questão e, como forma de se buscar uma adequada regra de transição capaz de preservar a segurança jurídica e o princípio do juiz natural, conferindo à Lei n. 13.964/19 uma incidência prospectiva, e não retroativa, afastando sua aplicação a atos já praticados, o Ministro Dias Toffoli, então no exercício do plantão judicial, deferiu medida cautelar no julgamento da ADI n. 6.298:

Quanto aos processos penais já instaurados<sup>22</sup>:

“No tocante aos processos penais que já tiverem sido instaurados no momento em que os tribunais efetivamente implementarem o juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias fixado pela referida decisão), o início da eficácia da lei, ora protraído, não acarretará qualquer modificação do juízo competente. Na visão do Ministro, o fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento, porque, segundo o art. 2º do CPP, a lei processual penal não pode retroagir. Ademais, tratando-se de impedimento superveniente, esse não poderia atingir o juiz já legitimamente vinculado à ação penal, relacionando-se, portanto, com a garantia do juiz natural e o corolário da *perpetuatio jurisdictionis*. Ressaltou, ademais, que se assim não fosse, ter-se-ia a necessidade de redistribuição de grande parte das ações penais em curso no país;”

---

<sup>22</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 128.

Já no tocante às investigações criminais em andamento<sup>23</sup>:

“No tocante às investigações em andamento no momento da efetiva implementação do juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação continuará a conduzir a investigação do caso específico. Portanto, não será necessário, a partir do início de eficácia da lei, designar novo juiz para officiar como juiz de garantias na respectiva investigação. Neste caso, uma vez recebida a denúncia ou queixa e instaurada a ação penal, o processo será enviado ao juiz da instrução e do julgamento. Nesse caso, do mesmo modo que a hipótese anterior, evitar-se-ia a necessidade de redistribuição de inúmeras investigações já em curso no país.”<sup>22</sup>

Pouco tempo depois, o Min. Luiz Fux, então relator das ADIs até o momento ajuizadas contra a Lei n. 13.964/19, revogou a decisão monocrática proferida pelo Min. Dias Toffoli e suspendeu, *sine die*, a eficácia, *ad referendum* do Plenário, implantação do juiz das garantias e seus consectários. Cabe, agora, aguardar o julgamento de mérito sobre a constitucionalidade ou não juiz das garantias, que permanece sem data até o momento.

#### 3.4.5 (In)aplicabilidade do instituto do juiz das garantias no âmbito dos tribunais quanto à competência originária e à instância recursal

Conforme entendimento do Min. Dias Toffoli, ao conceder parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, no julgamento de 03 (três) ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face de dispositivos da Lei n. 13.964/19 (ADI's 6.298, 6.299 e 6.300, j. 15/01/2020), a fim de esclarecer que a nova sistemática implementada não seria aplicável aos processos de competência originária dos Tribunais, tem-se o seguinte<sup>24</sup>:

“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 e

---

<sup>23</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 128-129.

<sup>24</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 143-144.



juízo 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 quanto na etapa processual (instrução e julgamento).”

E mais<sup>25</sup>:

“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 discrimen capaz de justificar a diferença de tratamento, evidenciando a compatibilidade das normas em análise com o princípio da igualdade.”

Contudo, na condição de relator prevento para o julgamento de todas as ADI's até então ajuizadas, o Min. Luiz Fux revogou a decisão monocrática proferida pelo Min. Dias Toffoli, de modo a suspender *sine die, ad referendum* do Plenário, a implantação do juiz das garantias e seus consectários.

De maneira complementar, Renato Brasileiro, neste sentido, aduz o seguinte:

“Em importante precedente da 2ª Turma do STF proferido em momento anterior à vigência da Lei n. 13.964/19, logo, em nada relacionado à figura do juiz das garantias, porém atinente à participação de magistrado impedido – *in casu*, decorrente da participação de magistrado em julgamento de caso penal em que seu pai já havia atuado (CPP, art. 252, I) – em julgamento por Câmara de um Tribunal de Justiça, foi declarada a nulidade absoluta do feito em virtude do reconhecimento de que o órgão colegiado era formado por apenas 3 (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 da sessão de julgamento.”<sup>26</sup>

Já no tocante 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-

---

<sup>25</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 144.

<sup>26</sup> STF, 2ª Turma, HC 136.015/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14/05/2019.

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.”<sup>27</sup>

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.”<sup>28</sup>

Com isso, separar-se-ia, de modo definitivo, a investigação criminal e a instrução processual, fortalecendo a eficácia do direito a um efetivo julgamento imparcial.

### 3.5 A NECESSIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Com o transcorrer da história processual penal brasileira, o magistrado assumiu diversas posturas na investigação criminal, prevalecendo por muito tempo (éons, pode-se dizer, em figura de linguagem), com vestimentas inquisitórias, de modo a deter poderes amplos e irrestritos. A inserção do juiz das garantias, portanto, advém com o escopo de se retirar a referida roupagem, haja vista que até os dias atuais causam dissabores entre os operadores do direito.

Nesse sentido, o discorrer dos incisos introduzidos pelo artigo 3º-B da Lei nº 13.964/19 reforça o pensamento de que todo juiz é, fundamentalmente, um garantidor de direitos, ainda que haja decretação de prisão preventiva ou mesmo o afastamento das liberdades públicas na fase de investigação. Dentro do direito processual penal, a função do Juiz no Brasil nunca foi a de conduzir as investigações, mas mesmo com o exposto, é notável que desde sempre o magistrado atua já na fase de investigação, controlando a

---

<sup>27</sup> MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 208.

<sup>28</sup> MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 208.

legalidade da atuação da polícia e do Ministério Público, e tutelando os direitos fundamentais do investigado.

A hipótese desta nova realidade, com a presença do juiz das garantias, consolida a condição do acusado como sujeito do processo penal, titular de direitos e garantias que devem ser tutelados pelo Poder Judiciário, bem como firma o papel do magistrado, restrito à observância da legalidade da atividade investigatória. Isto representa crucial avanço na manutenção da imparcialidade do julgador prevista em nossa carta constitucional e do garantismo penal.

## CONCLUSÃO

O objetivo central do presente trabalho foi o de analisar a presença do juiz das garantias no código de processo penal brasileiro e, com base nas considerações feitas, é possível formular algumas delimitações conclusivas acerca da temática.

A partir de um estudo sobre o funcionamento dos sistemas processuais penais, foi possível perceber as diferentes formas de atuação dos juízes ao longo do tempo. O sistema inquisitório é caracterizado por atribuir poderes instrutórios ao juiz, e o sistema acusatório se mostra mais capaz de concretizar o significado do devido processo legal ao fundamentar sua base na igualdade entre as partes e na imparcialidade do julgador.

Observou-se que a característica inquisitória ainda se faz presente em muitos aspectos do processo penal atual e, dessa forma, é necessário e urgente realizar uma releitura da legislação infraconstitucional sob a ótica da Constituição Federal, uma vez que um sistema processual deve possuir um modelo compatível com o cenário democrático-constitucional vigente.

A partir da análise da garantia da jurisdição, foi possível ressaltar a importância da existência de um juiz imparcial, que proteja integralmente os direitos fundamentais. Juiz esse que nunca se mantém neutro, pois possui valores, porém, deve ser imparcial, ou seja, alheio aos interesses das partes envolvidas em um processo

Eis que, para tanto, a legislação brasileira apenas protege a imparcialidade no seu viés subjetivo, por meio das regras de impedimento, suspeição e incompatibilidade, fazendo-se necessário, também, proteger a imparcialidade em seu aspecto objetivo, ou seja, em relação aos fatos do caso.

Verifica-se, atualmente, que o juiz toma contato com o caso penal já no início da investigação, contaminando-se com as hipóteses acusatórias dos membros do Ministério Público e com as autoridades policiais. Somente durante o processo, momento em que comumente já se encontra convicto em relação à culpabilidade do suspeito, conhece os argumentos da defesa.

Sendo assim, o instituto propõe que a atribuição da atividade de instruir e julgar o processo seja realizada por um magistrado diferente daquele que acompanhou a investigação penal e a colheita dos elementos de indícios direcionados a fundamentar a

denúncia do Ministério Público, de forma que a separação de funções (premissa básica do sistema acusatório) se efetive na investigação criminal.

Apesar do que alguns doutrinadores pensam, entendo que, conforme exposto ao longo do trabalho, as críticas constantes nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 no tocante à implantação do juiz das garantias e de seus consectários (CPP, arts. 3º-A a 3º-F) não devem persistir.

Quanto maior o grau de envolvimento do julgador com a fase pré-processual, ou seja, com a produção de provas, menor é o seu interesse pelos questionamentos da defesa, sendo, então, muito mais provável o resultado da condenação. Isso acontece, pois, a tese da defesa, por óbvio, é contrária à hipótese acusatória inicial. Eis que, a partir desse momento, há uma perseguição, mesmo que involuntária, de autoconfirmação das hipóteses iniciais. A instituição do juiz das garantias, desse modo, é medida eficaz e viável como proposta para proteger a imparcialidade do julgador.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm);
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;
- Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm);
- Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm);
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes;
- JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**: 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016;
- JÚNIOR, Aury L. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. Disponível em: Minha Biblioteca, (8th edição). Editora Saraiva, 2022;
- Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1900. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18038.htm);
- Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 3ª ed. Campinas: Millennium, 2009. v. 2;
- MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;
- MAYA, André Machado. **Juiz das garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/2019**. -1.ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020;
- NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. Grupo GEN, 2021, 18th edição;
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Grupo GEN, 2021, 29th edição;
- SANTOS, Marco Paulo Dutra. **Comentários ao Pacote Anticrime**. Grupo GEN, 2020;

SOUZA, Artur César D. **A Parcialidade Positiva do Juiz**. Grupo Almedina (Portugal), 2018.