

## JUIZ DAS GARANTIAS E SISTEMA ACUSATÓRIO: ENTRE EXPECTATIVAS E FRUSTAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS

Thiago Pinheiro <sup>1</sup>

Elaine Cristina Pimentel Costa <sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo analisa o juiz das garantias, inserido por meio da Lei 13.964/2019, cuja vigência foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal. Por meio de uma revisão bibliográfica, aponta-se para países da América Latina nos quais o juiz das garantias é uma realidade, demonstrando a resistência no Brasil em atualizar o Código de Processo Penal em conformidade com a Constituição Federal de 1988, a qual elegeu o sistema acusatório. Busca demonstrar que o juiz das garantias, ao invés de se constituir em mecanismo de contenção de arbítrio em favor do réu, pode se revelar um aliado da autoridade policial em razão da proximidade funcional estabelecida entre esses agentes.

**PALAVRAS CHAVES:** Juiz das garantias; Lei Anticrime; Sistema acusatório; Constituição Federal.

**ABSTRACT:** The article analyzes the judge of guarantees, through Law 13.964/2019, whose validity was suspended by the Supreme Court. It points to countries in Latin America where the judge of guarantees is a reality, demonstrating the resistance in Brazil to update the Code of Criminal Procedure in accordance with the Federal Constitution of 1988, which elected the accusatory system. It seeks to demonstrate that the judge of guarantees, instead of constituting a mechanism to contain arbitration in favor of the defendant, can prove to be an ally of the police authority due to the functional proximity established between these agents.

**KEY WORDS:** Judgment of guarantees; Anti-Crime Law; Accusatory system; Federal Constitution.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Especialista em Ciências Criminais. Advogado criminalista. Ex presidente fundador Acrimal (Associação dos Advogados Criminalistas de Alagoas). E-mail: dthiagopinheiro@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutora em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco (2011), mestra em Sociologia pela Universidade Federal de Alagoas (2005), graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (1999), Professora Associada do Curso de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Federal de Alagoas. E-mail: dthiagopinheiro@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

A figura do juiz das garantias, introduzida pela Lei 13.964/2019, é recepcionada no Brasil como uma possibilidade de ruptura com o sistema inquisitivo, embora outros países da América Latina já os tenham há muito adotado em suas legislações, a exemplo do Paraguai e Chile. Há uma forte expectativa de grande parcela de juristas no sentido de que o sistema acusatório, agora expressamente consagrado no art. 3º da Lei 13.964/2019 (Lei anticrime), possa irradiar seus efeitos por todos os dispositivos existentes no Código de Processo Penal (CPP) e leis esparsas. Com a novidade legislativa, pretende-se impedir a voluntariedade do julgador em produzir provas sem provocação e, ao que nos interessa, torná-lo distante da fase investigativa e das eventuais provas lá produzidas em desfavor do imputado, a fim de evitar a “contaminação psíquica” do juiz da instrução que irá julgar o caso penal.

Este artigo se propõe a analisar, por meio de revisão bibliográfica, alguns sistemas processuais em nossa realidade brasileira, o juiz de garantias no Brasil e em dois países da América Latina e, ao final, discutir criticamente as expectativas criadas em torno da novidade legislativa. Para isso, nosso trabalho se desenvolverá por meio de tópicos que, primeiramente, buscam apontar a posição do juiz criminal no sistema processual penal brasileiro, demonstrando as suas notas características. No segundo momento, será discutido qual papel do juiz criminal num sistema acusatório e sua relação com a imparcialidade.

Interessa-nos trazer a figura do juiz das garantias em outros países, razão pela qual serão traçadas breves notas dessa realidade no Chile e no Paraguai. Após, serão apontados os traços do juiz das garantias na Lei anticrime e possíveis resistências à sua implementação, a exemplo da decisão liminar do ministro Luiz Fux, do STF. Ao final, iremos refletir sobre a hipótese de que, embora se tenha dado um passo importante ao consagrar expressamente a adoção do sistema acusatório (art. 3º do CPP), há outros elementos decisivos que podem afastar a ilusão depositada no Juiz das Garantias, frustrando expectativas democráticas.

## 2 POSIÇÃO DO JUIZ CRIMINAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A importância do juiz das garantias – responsável pelos direitos dos imputados na fase investigativa – passa, antes, por aspectos que marcam alguns sistemas processuais penais. Especialmente o modelo inquisitorial que agora se pretende superado, com o advento das

novidades legais trazidas pela lei anticrime.<sup>3</sup> Antes de aprofundar acerca da novidade no campo processual penal, é importante, de modo sucinto, demarcar os espaços de atuação do juiz dentro de alguns modelos processuais. Por isso, examinaremos as principais linhas conceituais gerais que possibilitam identificar o sistema inquisitivo, a fim de tentar diferenciá-lo do acusatório. Advirta-se que o Código de Processo Penal Brasileiro (CPP) não foi revogado pela Lei anticrime, não se podendo falar juridicamente em um velho CPP.

Numa perspectiva teórica, o sistema inquisitório se caracteriza pela reunião, numa só pessoa (juiz), das funções de acusar, julgar e defender, já que o juiz inicia de ofício o processo, recolhe provas e julga a causa, sem prejuízo de outros elementos marginais como procedimento escrito e secreto, prova legal e acusado como objeto e não sujeito da persecução penal (SOUZA, 2014, p. 84). Antes da lei anticrime, a iniciativa instrutória do juiz na fase investigativa se revelava em vários dispositivos espalhados no CPP. Ao juiz era permitido produzir provas de ofício na fase anterior ao processo penal. Dentre essas possibilidades, destaca-se: o poder de determinar diligências policiais, a produção de prova pericial, possibilidade de requisitar diretamente instauração de inquérito policial e decretar prisões por impulso próprio.

Desse modo, um diploma legal que permitir aos juízes atuar sem provocação, guarda semelhanças ou mesmo se confunde com sistemas de natureza inquisitiva. Por isso, alguns rechaçam o caráter misto do nosso sistema processual, entendendo que – entre o sistema inquisitivo e acusatório –, o juiz que dirige a investigação se torna a expressão maior de um modelo inquisitório (TENÓRIO, 2011, p. 22). Logo, o sistema chamado misto é, na verdade, inquisitorial. Nesse tema, todavia, há autores que afirmam não haver pureza em modelos teóricos, apontando para o fato de que, após Revolução Francesa, quase toda Europa deixou de adotar o sistema acusatório puro (CARVALHO, 2001, p. 596).

Com efeito, sabemos que o Código de Processo Penal brasileiro veio à tona com o Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941. Trata-se de norma concebida durante o período ditatorial, no Estado Novo, com forte influência do Código de Processo Penal italiano de viés fascista, de matriz inquisitiva, conhecido como Codice Rocco. Com advento da Constituição Federal em 1988, operou-se verdadeira ruptura com a ordem jurídica então vigente, alterando a visão do processo penal: não mais visto como instrumento de aplicação

---

<sup>3</sup> A lei 13.964/2019 ficou conhecida como lei anticrime, em razão do projeto apresentado à época pelo Ministro Sérgio Moro sob o nome de “Pacote Anticrime”. O PL n. 882/2019 reproduzia vários dispositivos do PL n. 10.327/2018, de modo que a tramitação se deu conjunta na Câmara dos Deputados.

do direito penal, senão como meio de salvaguarda de direitos<sup>4</sup>. Isso decorre da escolha feita pela Constituição Federal em consagrar o sistema penal acusatório, cuja característica marcante radica na separação entre as funções de acusar e julgar, além da observância firme das garantias processuais em favor do sujeito alvo da persecução criminal.

Aponta-se, com Jacinto Coutinho, o traço distintivo e fundamental do sistema inquisitivo: a gestão da prova (COUTINHO, 2011, p. 21). Isso resulta na condição de que, para se afastar do modelo inquisitivo, é necessário um esquema que impõe ao juiz se manter afastado da iniciativa probatória, tanto na fase de investigação como dentro do processo penal, a fim de que as partes realizem a produção de provas, preenchendo, por elas mesmas, as chances processuais que lhe são facultadas.

Desse modo, significa que as partes não precisam do auxílio julgador – cercado sempre de “boas intenções” –, muito menos de um reforço à acusação em nome da verdade real. Sobre isso, Fauzi Choukr critica a atuação do juiz que, a pretexto de ajudar o imputado, determina promoção de provas ditas em seu favor (BONATO, 2011, p. 270)

O sistema teórico que mira proteger as garantias processuais constitucionais do imputado, sem que, no entanto, ao juiz seja dado participar ativamente de requisição de provas em favor de quaisquer das partes, constitui-se numa antítese do sistema inquisitorial. É importante novamente dizer com Jacinto N. de Miranda Coutinho que não se quer um absoluto alheamento na figura do juiz. Assim, se alguém arrola uma testemunha, o juiz espera que as partes façam as perguntas a fim do esclarecimento pretendido. Se isso não vier, evidente que ao juiz é permitido perguntar também depois. Com isso, assume o juiz seu lugar, com seu mister constitucional, mantendo equidistância das partes e dos seus pedidos, passando a ser o garante-mor da Constituição e, por consequência, dos direitos e garantias individuais (COUTINHO, 2011, p. 21).

Embora não seja o único critério, é importante dizer que compartilhamos do entendimento de que é na gestão dos meios de prova que reside o indicativo mais forte para identificar o modelo inquisitorial. Outro traço marcante desse modelo refere-se aos sistemas processuais que reúnem a possibilidade de o julgador atuar na fase investigativa e posteriormente ele mesmo julgar, numa aproximação inevitável com o modelo inquisitorial

---

<sup>4</sup> “O processo penal constitui instrumento de salvaguarda e de preservação da liberdade jurídica daquele que contra quem se instaurou a persecução criminal, cuja prática somente se legitima – considerando o princípio da liberdade – dentro de um círculo intransponível e predeterminado que delimita os poderes do Estado e que traduz emanção direta do próprio texto da Constituição da República. (...) “ HC 162650, Relator (a): Min. CELSO DE MELO, julgado em 21/11/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO Dje-256 DIVULG 22/11/2019 PUBLIC 25/11/2019.

descrito. Com a introdução do juiz das garantias, esse ponto específico parece ter sido superado no CPP, por meio das reformas introduzidas pela Lei anticrime.

Portanto, podemos afirmar que as concentrações de poder, sobre a produção da prova, permeiam todo modelo inquisitorial. Parte-se de uma visão de que as partes podem se apresentar deficitária para cumprir esse papel de buscar a (im)possível verdade real. Por isso, ao julgador é dado fazê-lo, mesmo à custa da quebra da imparcialidade (TENÓRIO, 2011, p. 24). Em linhas gerais, Carvalho (2001, p. 596) afirma que a literatura jurídica caracteriza o sistema inquisitivo como um procedimento em que o juiz procede de ofício à colheita da prova, acumulando as funções de julgar e de acusar. Nesse modelo, segundo o autor, a acusação é pública, assumida pelo juiz inquisidor, que possui integralmente a gestão da prova (CARVALHO, 2001, p. 596).

Pode-se dizer que a Lei anticrime, com a figura do Juiz das Garantias, trouxe importante instituto para a percepção de um modelo comprometido com o equilíbrio das partes ao longo de toda persecução penal, na busca pela preservação da imparcialidade do julgador, numa perspectiva de uma maior possibilidade de controle de subjetivismo sobre a atividade jurisdicional. Assim, ganha força o modelo que impede a gestão da prova nas mãos do julgador e sua participação conjunta nas fases que investiga e processa o imputado submetido à jurisdição penal.

### **3 EXPECTATIVAS SOBRE UM JUIZ CRIMINAL: SUPERANDO A AMBIÇÃO DA IMPARCIALIDADE**

Num plano crítico, não se espera do juiz a neutralidade e perfeição, porquanto, isso seria lhe atribuir uma qualidade estranha ao ser humano, já que antes de juiz, é um ser imerso no social. Por isso, convém encarar a imparcialidade que a lei impõe ao julgador como produto de uma ficção jurídica necessária ao cumprimento de expectativas dentro de determinados papéis legais. Afasta, com isso, a ingênua crença de que o juiz irá comportar-se de modo inteiramente racional na prestação jurisdição penal.

Conforme aponta Giacomolli *apud* Carvallho (2001, p. 166), o desafio do magistrado “é colaborar na construção do direito como um sistema artificial de garantias constitucionais, na direção da tutela dos direitos fundamentais”. Gustavo Badaró, ao investigar situações nas quais se pode duvidar da imparcialidade do julgar, adverte que a neutralidade como sinônimo de imparcialidade não existe. E aponta caminhos para identificar situações, nas quais a quebra

de isenção se apresenta ostensiva, dentre elas: a participação do juiz na fase investigativa, decretando prisões e após, durante o processo penal, julgando o mesmo imputado (BONATO, 2011, p. 343).

Pode-se dizer que, afastando-se da crença numa neutralidade ou isenção ingênuas, espera-se de um juiz criminal a sobriedade de quem apresente, ao menos em aparência, não ter interesse pessoal no resultado da demanda penal. Sobre isso, não deve o juiz relacionar-se com os órgãos de imprensa de modo a se deixar levar pelo populismo. Isso porque alguns casos penais despertam a atenção social e, com isso, potencializam o interesse na própria figura do juiz, como depositário do ideal de justiça quase sempre no aspecto corretivo penal. Assim, esse imaginário social acerca do papel do juiz, quase sempre, traduz-se em condenação e a necessária discricção se transforma em protagonismo, corrompendo a aparência de desinteresse na causa.

Assim, uma vez criado o ambiente social punitivo, com ou sem a contribuição do juiz, este encontrará dificuldades em frustrar as expectativas alimentadas pela mídia, que opera numa lógica diferente daquela imposta pela Constituição Federal (CF). Com isso, quer se evitar o modelo do juiz populista que se considera representante do povo e atua de acordo com a vontade impulsionada pela mídia, cuja severidade na resposta penal varia de acordo com as emoções exploradas, se maior, mais rigoroso no julgamento, no qual a CF se torna menos importante do que a soberania popular.

Nesse particular aspecto, interessante mencionar a figura do “observador razoável” como um parâmetro importante para fins de aferição de imparcialidade, descrito por Manuel Atienza em Código Ibero-americano de Ética Judicial e retirado dos princípios de Bangalô:

O juiz imparcial é aquele que não só persegue a objetividade no seu trabalho específico, mas rejeita todo *tipo* de comportamento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio (art. 10). Com esses fins, deve abster-se de participar de causas nas quais vea comprometida su imparcialidade o en las que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así (art. 11). (BADARÓ, 2011, p. 603).

O sistema acusatório representa um sistema de contenção do poder punitivo, onde o juiz é desligado de posições afins ao aparato de segurança pública estatal. Sobre a imparcialidade do julgador como garantia do devido processo legal, não nos referimos àquela recolhida num interno indecifrável do inconsciente, mas, relacionada à preocupação legal que se impõe em situações determinadas, nas quais o comportamento jurisdicional do julgador se revele suspeito. Por isso, a legislação produz mecanismos que visam evitar influências

externas e internas, por meio de regras jurídicas voltadas ao controle do julgador, dentro das quais se preveem situações de impedimento, incompatibilidade e suspeição.

A imparcialidade pretendida exige certo distanciamento que é algo diferente de alheamento, porém, próximo de equidistância; afastamento dos interesses das partes, sob pena de se confundir com elas (CARVALHO, 2011, p. 605). Daí a justificativa que veda ao juiz gerir prova, ao fazê-lo, sempre será em benefício de uma parte e em prejuízo de outra, necessariamente. Aqui, adota-se a ideia de que é preciso abandonar o imaginário da verdade real – já anunciado como inalcançável por tantos autores – como um objetivo do processo penal constitucional. Nesse ponto, entendemos como Alexandre Bizzoto, ao afirmar que “não se chega a uma verdade por meio do processo, mas sim a uma construção dialética de uma narração mediante a intervenção dos partícipes do processo” (BONATO, 2011, p. 39).

No processo penal brasileiro não houve, ainda, a “constitucionalização” do processo penal de matriz inquisitiva que, ainda, fruto de reformas fatiadas, não consegue romper com aquela tradição inspirada no modelo fascista. Alexandre Morais da Rosa, criticando as reformas no CPP, aponta para a dificuldade do juiz em declarar via controle difuso a inconstitucionalidade de uma norma em razão da necessidade de transferir ao Órgão Especial ou Tribunal Pleno, reserva de plenário, não raro ocupado por magistrados desatualizados no que toca ao processo penal democrático. O juiz das garantias, portanto, constitui-se numa esperança de aproximação entre o CPP e a CF/88.

#### **4 JUIZ DAS GARANTIAS: REALIDADES NO CHILE E NO PARAGUAI**

Antes da Lei anticrime, havia um Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal que, dentre tantas outras novidades para um novo Código de Processo Penal brasileiro, trazia a figura do Juiz das Garantias. Assim, vários autores, desde lá, debruçavam-se sobre o tema, apoiados no direito processual penal latino-americano, que já os tinha adotado em seus códigos, mirando desvencilhar-se dos processos penais concebidos em períodos autoritários dos quais o Brasil também experimentou. Alguns juristas, como Jacinto Coutinho, já anotavam o caráter fundamental que o Juiz de Garantias em um sistema acusatório tem, bastando ver os países da América Latina que adotaram há muito o modelo Binder/Maier, estruturado no Código Tipo. Para esse autor, o Juiz das Garantias terá competência para decidir questões ocorridas durante a fase preliminar que incidam sobre direitos e garantias individuais (ROSA, 2015, p. 22).

Pode-se dizer, de logo, que o juiz das garantias não se confunde com um gerente do inquérito policial, na medida em que não lhe cabe determinar abertura de investigação criminal. A lógica que permeia o juiz das garantias parte da premissa de que o juiz que participa de atos dentro da persecução penal, cedo ou tarde, terá imparcialidade desacreditada, caso seja o responsável pela produção da decisão penal. Como dito, dentre esses países que já dispõe do Juiz das Garantias, cite-se o exemplo do Chile (juez de garantia), da Itália (guidice per le indagini preliminar) e de Portugal (juiz da instrução). Isso sem citar ordenamentos que seguem outros modelos como França, Espanha e Argentina (SILVEIRA, 2011, p. 255.).

No Paraguai, segundo Christian Marcelo B. Duarte, desde 1998 foi sancionada a Lei 1.286 que criou um novo Código de Processo Penal, numa tentativa de facilitar a vigência da Constituição. Para esse autor, o novo Código de Processo Penal Paraguaio é produto de mudanças ocorridas na América Latina, onde outros países também começaram a trabalhar reformas processuais penais, tais como: Guatemala; El Salvador; Colômbia; Peru; Equador; Honduras; Chiles; Bolívia; Costa Rica e algumas províncias Argentinas. Para Duarte, as reformas imprimidas em legislações processuais penais ocorrem na tentativa de conformar antigos Códigos à Constituição, porém, parecem encontrar dificuldades naquilo que se tem chamado de “cultura inquisitiva”, fator impeditivo de um desenvolvimento institucional mais democrático. Nesse sentido, destaca o autor “así como no se pude modificar la cultura sin cambiar el sistema procesal, el cambio de este último no garantiza por sí solo una transformación social” (DUARTE, 2011, p. 169-172).

Christian Duarte ainda destaca o fato de que no Paraguai Los Juzgados Penales são encarregados de garantir a observância dos direitos dos imputados durante a etapa preparatória, exercendo o controle da acusação do Ministério Público e do querelante adesivo. Em suas palavras: “Deve tornar-se fiador dos princípios, direitos e garantias de cada pessoa suspeita ou investigada pela alegada prática de um ato punível [...] O Juiz Criminal deve tornar-se o último fiador e refúgio do acusado (DUARTE, 2011, p. 77).

Todavia, aquele autor adverte acerca da realidade, não privativa do Paraguai, de que, acaso se pretenda uma transformação na justiça penal e vencer os principais obstáculos que se apresentam, não basta o fim isoladamente de sistemas qualificados como inquisitivos, senão que se deve admitir que há existência de uma cultura inquisitiva com raízes históricas das nações da América Latina. Continua ele a dizer que uma cultura não se modifica sem o câmbio do sistema processual e, do mesmo modo, não se garante o fim de uma cultura

inquisitiva, tão somente pela introdução de um sistema legal acusatório (DUARTE, 2011, p. 173-177).

No Chile, Eduardo Gallardo Frías aponta para os pontos que justificam o Juiz de Garantias:

Nisto não há duas leituras possíveis: quem tomou conhecimento dos autos e dos autos na fase preliminar, decretando muitas vezes medidas restritivas de direitos fundamentais, não está em condições de agir como juiz imparcial no julgamento. Suponha que um juiz na fase de investigação decretou prisão preventiva, levantamento do sigilo bancário, interceptação de comunicações privadas, leu relatórios policiais para tomar decisões, aprendeu as circunstâncias de uma prisão flagrante, etc. Como pode aquele mesmo juiz mais tarde tirar tudo isso da cabeça e por magia, numa espécie de "autolobotomia epistêmica", decidir em julgamento oral onde se supõe que só deva ser resolvido com base nas provas produzidas pelas partes nessa audiência? (FRÍAS, 2012).<sup>5</sup>

Para João Fiorilo de Souza, o modelo adotado desde 2000 no Chile aproximou-se do modelo acusatório, com a extinção do juizado de instrução. Na fase de investigação, o “juiz das garantias” não é mais o responsável pela direção da investigação, cabendo-lhe tão somente autorizar a prática de atos restritivos de direitos fundamentais do imputado ou de terceiros. Findada a investigação, o Ministério Público apresenta formalmente a acusação, podendo haver a adesão da vítima. Na fase de julgamento, tem-se os debates oral e apresentação de provas antecedentes à sentença. Não há previsão de iniciativa probatória judicial (SOUZA, 2014, p. 82-83).

Assim, é possível afirmar que, no contexto latino-americano, somente o Brasil resiste a uma efetiva e integral reforma do CPP, preferindo modificações esparsas e sucessivas que tentam conformar a legislação aos parâmetros constitucionais. É o problema das reformas parciais, duramente criticado pela literatura processual penal, que além de retardadas, não conseguem romper com o antigo.

---

<sup>5</sup> No original: “*En esto no hay dos lecturas posibles: quien conoció de los autos y registros en la etapa preliminar, decretando muchas veces medidas restrictivas de derechos fundamentales no está en condiciones de actuar como juez imparcial en el juicio. Supongamos que un juez en la etapa de investigación decreto una prisión preventiva, un levantamiento del sigilo bancario, interceptaciones de comunicaciones privadas, leyó informes policiales para adoptar decisiones, conoció las circunstancias de una detención flagrante, etc. Como puede ese mismo juez después sacar todo eso de su cabeza y por arte de magia, en una especie de “ auto lobotomia epistémica”, decidir en un juicio oral donde se supone que solo se debe resolver em base a las pruebas producidas por las partes em esa audiencia?*”.

## 5 JUIZ DAS GARANTIAS NA LEI 13.964/19: EM BUSCA DE UM SISTEMA ACUSATÓRIO

A partir do condicionamento de validade que a CF/88 transmite a todo ordenamento jurídico, confere ao juiz o papel de assegurador dos direitos fundamentais por meio de diversos mecanismos. Nesse passo, veja que, mesmo com reformas parciais, o CPP não corresponde às expectativas normativas vinculadas ao sistema acusatório adotado por nossa CF. Exige-se uma espécie de constitucionalização do processo penal, nas palavras de Rosa (2012, p. 75), um “realinhamento constitucional do sentido democrático” por intermédio da gestão da prova e da posição do juiz na fase investigativa. É a promessa da lei anticrime, com a figura do Juiz das Garantias.

A Lei 13.964/2019, anticrime, é fruto do projeto 882/2019, apresentado para a imprensa sob o nome de “Pacote Anticrime” que, por sua vez, reproduzia vários dispositivos do Projeto de Lei (PL) n. 10.372/2018 e em razão disso tiveram tramitação em conjunto. De acordo com o art. 3º B, *caput*, inserido no CPP, podemos afirmar que o juiz das garantias é responsável pelo resguardo dos direitos individuais do sujeito afetado pela investigação criminal, controlando, assim, a legalidade dos atos sujeitos à reserva de jurisdição (JUNQUEIRA, 2020, p. 8).

Como não houve um novo Código de Processo Penal, seguiu-se a tendência brasileira de reformas pontuais tendentes a abolir em definitivo o que resta de inquisitivo no CPP. Todavia, mesmo com a escolha de um sistema acusatório, espera-se, ainda, a irradiação dos efeitos em artigos não revogados expressamente e que, ainda, apresentam-se incompatíveis com o novo modelo acusatório.

Para Gustavo Junqueira, dentre aqueles dispositivos em divergência, aponta-se, de modo exemplificativo: a impossibilidade de instauração de inquérito policial mediante requisição da autoridade judiciária (CPP, art. 5º, II); decretação de *ex officio* do sequestro de bens, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa (CPP, art. 127); ordenação *ex officio*, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes (CPP, art. 156); produção de prova testemunhal *ex officio* – testemunha do juízo ou referida (CPP, art. 209, *caput* e § 1º) e, por fim; proferir sentença condenatória, em crimes de ação penal pública, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes sem que nenhuma tenha sido alegada (CPP, art. 385). (JUNQUEIRA, 2020).

Num processo democrático se exige a rígida separação entre juiz e acusação no decorrer do percurso penal, incluindo fases investigativa e processual. Sobre isso, Rubens Casara concebe o Estado Democrático de Direito como “sinônimo de Estado Constitucional, ou seja, um Estado em que os indivíduos e, em especial, os agentes estatais, estão sujeitos à lei, não como no velho paradigma positivista, mas sujeitos à lei coerente com a Constituição da República”. (CASARA, 2018, p. 19).

O Estado Democrático de Direito, afigura-se pela existência de limites ao exercício do poder, sendo tais limites regras do jogo democrático, por meio de normas e princípios adequados ao projeto constitucional, não devendo haver espaço para qualquer espécie de populismo judicial (CASARA, 2018). Nucci (2020, p. 39) concebe o juiz das garantias como uma consolidação do Estado Democrático de Direito, que segundo o autor nada mais é do que juiz que cuida da fase de investigatória de um crime, apurando-se seu autor.

Muito se falou, com parcela de contribuição do Judiciário, acerca da impossibilidade de se dinamizar o juiz das garantias no Brasil. As críticas, em geral, dirigiam-se à necessidade de concursos públicos para efetivação prática da inovação trazida, bem como a necessidade de um estudo prévio para tornar viável um esquema de organização judiciária que permitisse ao Judiciário se adequar ao comando legal introduzido pela Lei anticrime.

Nesse sentido, ressalte a decisão do Ministro Luiz Fux do STF, nas ADIs n. 6.298, 6.299 e 6.300 em 22 de janeiro de 2020, que suspendeu a eficácia de alguns artigos ligados à implantação do juiz das garantias e seus consectários. Na ocasião, o pedido foi feito pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), apontando supostas violações de princípios constitucionais ligados a atuação do MP (JUNQUEIRA, 2020). Com a liminar deferida, por prazo indeterminado, até que o plenário da Corte avalie o mérito, o juiz das garantias é recebido com uma resistência que já pode revelar muito.

Por outro lado, o CNJ, por meio da Portaria CNJ nº 214, determinada pelo então Presidente Ministro Dias Toffoli, instituiu um Grupo de Trabalho com fins de desenvolver estudo sobre os impactos da Lei anticrime junto aos órgãos do Poder Judiciário. O resultado desse estudo, para além de destacar a necessidade tardia da adoção do juiz das garantias como uma conquista do sistema acusatório, concluiu ser inteiramente viável a implementação do juiz das garantias e apresentou seus resultados.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Disponível em 27-08-2020 <https://www.cnj.jus.br/juiz-das-garantias-corregedor-nacional-apresenta-proposta-de-resolucao/>

Em que pese se afirmar que o juiz das garantias isoladamente não tem força para efetivar um sistema acusatório, vez que esse sistema possui variadas notas singulares, reconhece-se sua importância para um processo penal democrático. Nessa perspectiva, podemos afirmar que a resistência em implementá-lo parece não ter mais razão para se manter sobrestado, uma vez que o estudo feito pelo CNJ e o tempo ofertado aos tribunais fez desaparecer o discurso que apontava a necessidade de tempo para adaptação da novidade dentro Poder Judiciário. Passou-se o tempo de oportunizar a estruturação do Poder Judiciário para tanto. Assim, rapidamente o fez com as audiências de custódia. Cabe, igualmente, cumprir a lei legitimamente produzida pelo Parlamento e não declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

## **6 O JUIZ DAS GARANTIAS: DO GARANTISMO PENAL À EFICIÊNCIA PUNITIVA**

É sabido que mesmo o garantismo penal não se constitui em modelo normativo ideal. Formado por dois elementos fundamentais: o primeiro, relativo à definição legal das infrações penais (convencionalismo penal), o segundo, referente à comprovação jurisdicional do fato criminoso (cognitivismo processual), não se tem ambição de perfeição (FERRAJOLI, 2006. p. 38). Cada qual fornece um conjunto de garantias penais e processuais, respectivamente, materializados nos axiomas formulados pela teoria normativa do garantismo. A antítese do convencionalismo é o substancialismo, assim ocorre com o decisionismo judicial como um elemento rival ao cognitivismo processual.

Diz-se que é ideal um modelo, porém, irrealizável integralmente, em razão da noção de insuficiência de um silogismo judicial que possibilite uma correspondência exata entre a verificação fática e a segura interpretação jurídica. Isso pode ser atribuído à interpretação da lei que, mesmo possuindo técnicas sofisticadas, termina por resultar em discricionariedade do julgador. Conforme anota Souza (2014, p. 19) “existem espaços irreduzíveis de poder e de discricionariedade na atividade jurisdicional, competindo à filosofia conhecê-los para permitir a sua redução”.

Com Rubens Casara (2015. p. 137-138), podemos reunir os discursos, em torno do processo penal, em dois grupos:

a) discursos que pretendem mais eficiência repressiva (epistemologia inquisitiva; substancialista), que identificam o processo penal como instrumento de imposição de penas e,

b) os discursos garantistas (epistemologia verificacionista, cognitivo e legalidade estrita), que percebem o processo penal como forma de limitação do poder estatal, mediante a racionalização da aplicação da lei penal. Há, ainda, discurso que o autor anota como “alquimista”, que pretende fundir garantia e repressão, ou seja, respeito às garantias e ampliação da repressão, com concessões recíprocas.

Como se vê, os discursos partem de perspectivas diversas: no discurso repressivo se tem uma visão mais utilitarista a reforçar o caráter instrumental do processo penal, ligado a um viés de custo/benefício sociais e as formas só devem merecer atenção se não constituírem óbice à eficiência punitiva. Já o discurso garantista parte de uma perspectiva de respeito aos direitos fundamentais a partir da necessidade de limitação do poder punitivo do Estado. Sobre o discurso “alquimista” ou “misto” citado anteriormente, são perigosos na medida em que ocultam o que fazem (efeitos reais da prática judicial) pelo discurso que apresentam (CASARA, 2015, p. 138).

Rubens Casara denuncia uma certa ingenuidade epistemológica dos dois discursos, na medida em que o garantismo penal ignora a diferença ontológica entre o texto legal e a norma jurídica, sempre condicionada pela pré-compreensão, tradição e preconceitos do intérprete. De nada, segundo o autor, adianta texto legal criado com o fim de assegurar direitos, se a norma jurídica produzida pelo intérprete os sonegar. Por outro lado, o efficientismo aposta que as questões multifacetadas e complexas podem ser solucionadas com a descontextualização do conflito, a partir de uma perspectiva liberal-individualista (CASARA, 2015, p. 143).

Portanto, para que se incorpore um sistema acusatório, não basta previsão expressa em artigo de lei. É necessário mais. Para além dos dispositivos em aparente divergência – mesmo com a Lei anticrime – com as características que marcam o sistema acusatório, é preciso acreditar que o intérprete que produz a norma jurídica também tenha introjetado esse mesmo sistema para aplicá-lo em sua atividade jurisdicional. Vale dizer, somos dependentes do intérprete que está inserido em uma tradição autoritária e que todo processo de interpretação condiciona toda a cadeia de significantes, daí que no momento de compreender o texto, o intérprete acaba por esvaziar o conteúdo democrático de determinado dispositivo legal (CASARA, 2015, p. 146).

Por isso, podemos concluir que o juiz das garantias não terá necessariamente o condão de tornar nosso CPP um sistema normativo de natureza puramente acusatória. De modo que a novidade legal pode ser tomada na prática no sentido completamente oposto ao

pretendido pelos entusiastas do juiz das garantias. É que, ao invés de se constituir em um anteparo protetivo em favor dos direitos fundamentais individuais do investigado, pode se revelar, na prática, em uma *longa manus* da autoridade policial.

Assim, representações policiais por medidas aflitivas em desfavor de imputados podem ser mais facilmente atendidas num Judiciário ligado culturalmente a uma perspectiva efficientista. Aponta-se para essa conclusão, dentre outras razões, o ranço autoritário que marca o Poder Judiciário, resistente em assumir uma postura - não de combate ao crime - mas, ao contrário, em favor das garantias constitucionais de proteção ao imputado e de controle rigoroso de legalidade nos atos de investigação.

## 7 CONCLUSÃO

Este artigo procurou discutir aspectos ligados diretamente à novidade legal do juiz das garantias, por meio da reflexão de dois sistemas processuais penais: acusatório e inquisitivo. Viu-se que na América Latina, especialmente no Chile e no Paraguai, há um juiz para fase de investigação e outro para instrução/julgamento penal. No Brasil, foi dito que há alguma resistência em aceitar o juiz das garantias, podendo-se citar a decisão do STF que suspendendo, liminarmente, e por prazo indeterminado, obstaculizou alguns dispositivos da Lei anticrime, devidamente elaborada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente do Executivo.

Noutro giro, vimos que o juiz das garantias não tem a força, isoladamente, de afastar o sistema inquisitivo previsto no CPP. De igual modo, a escolha legal presente na Lei anticrime em favor do sistema acusatório, sem a revogação expressa de determinados dispositivos inquisitivos, impede uma completa “constitucionalização” do CPP, fruto de emendas incapazes de torná-lo unificado a um modelo harmônico e relativamente puro.

Por outro lado, a cultura inquisitiva se constitui em óbice à recepção de um modelo legal que aumente a proteção dos imputados, controlando legalidade por meio de limitação ao poder punitivo. A mudança legislativa deve operar conjuntamente com a alteração cultural, numa dependência recíproca. Ressalte-se, porém, que a interpretação, como uma superação do esquema positivista, é o espaço aberto em que se denuncia a ingenuidade depositada em modelos/sistemas jurídicos.

Anote, por fim, que, algumas vezes, caminha-se no sentido inverso do pretendido com determinada reforma legal. É dizer: o juiz das garantias poderá ser o garante de uma

investigação efficientista, por meio de fórmulas de viés utilitarista de custo/benefício. Desligado do ato de julgar, poderá ter menos constrangimento em decretar prisões e outras medidas cautelares, tornando-se um elemento facilitador aos fins da segurança pública do Estado, em franco prejuízo dos imputados, frustrando expectativas democráticas.

## REFERÊNCIAS

BONATO, Gilson. **Processo Penal, Constituição e Crítica**: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Quem é o juiz que aplica a pena? *In*: Bonato, Gilson (org.). **Processo penal, constituição e crítica**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASARA, Rubens. **Estado Pós-Democrático**. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CASARA, Rubens R.R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

CASARA, Rubens R.R.; LIMA, Joel Corrêa de. **Temas para uma perspectiva crítica do Direito**: homenagem ao professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão**: teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRÍAS, Eduardo Gallardo. La reforma al Proceso Penal Chileno y el juez de garantía. **Boletín IBCCRIM**: Especial Lei Anticrime, ano 20, n. 330, v. 11, p. 7-10, maio 2012.

JUNQUEIRO, Gustavo et al. **Lei anticrime comentada**: artigo por artigo. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**: Lei 13.964, de 24.12.2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROSA, Alexandre Moraes da; KHALED Jr, Salah H. **Neopenalismo e constrangimentos democráticos**. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal *In*: Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.: Gilson Bonato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 255.

SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro**: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Curitiba: Juruá, 2013.

TENÓRIO, Rodrigo Antônio. **A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial**: estudo dos sistemas brasileiro, americano e italiano. Curitiba: Juruá, 2011.