

JUIZ DAS GARANTIAS: CONSTITUCIONALIDADE E COMPATIBILIDADE COM A EXPERIÊNCIA EUROPEIA

GUARANTEE JUDGE: CONSTITUTIONALITY AND COMPATIBILITY WITH EUROPEAN EXPERIENCE

PAULO GUSTAVO GUEDES FONTES

Doutor em Direito do Estado pela USP (2017). Mestre em Direito Público pela *Université de Toulouse* (2002). Estágio pós-doutoral na *Université de Lorraine* (2019). Desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4518023777965091>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-3611-0431>]. paulogfontes@gmail.com

JOSÉ CARLOS FRANCISCO

Doutor (2003) e Mestre (1998) em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo – USP. Professor na Universidade Mackenzie/SP. Líder do grupo de pesquisa CNPq Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC. Diretor Acadêmico da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região. Desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4738971255888795>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-2512-0098>]. jcarlosfrancisco@hotmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v196i196.82>].

Recebido em: 03.12.2021

Aprovado em: 18.10.2022

Última versão dos autores: 05.03.2023

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O sistema jurídico brasileiro protegia a imparcialidade e a independência na atuação jurisdicional em ações penais, mas a Lei 13.964/2019, editada dentro dos limites da legítima discricionariedade política conferida pela Constituição ao legislador ordinário, fortaleceu a proteção das prerrogativas de réus ao introduzir

ABSTRACT: The Brazilian legal system protected impartiality and independence in jurisdictional action in criminal proceedings, but Law 13,964/2019, built within the limits of legitimate political choice conferred by the Constitution to the ordinary legislator, reinforced the protection of defendants' prerogatives by introducing the

o juiz das garantias, alinhando nosso ordenamento ao modelo de grande parte dos países europeus e também à orientação da Corte Europeia de Direitos Humanos de Estrasburgo, favorecendo especialmente a imparcialidade objetiva. A crível efetividade dos propósitos materiais da Lei 13.964/2019 e eficiência das tarefas confiadas ao juiz das garantias não será prejudicada por problemas operacionais, porque o processo judicial eletrônico já está implantado em grande parte do sistema judicial brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Juiz das garantias – Processo penal brasileiro – Constitucionalidade – Experiência europeia – Imparcialidade objetiva.

guarantees judge, aligning our order to most of the European countries and also to the European Court of Human Rights in Strasbourg, strengthening objective impartiality. The effectiveness of the material purposes of Law 13.964/2019 and the efficiency of the tasks entrusted to the guarantees judge will not be hampered by operational problems, because the electronic judicial process is already implemented in a large part of the Brazilian judicial system.

KEYWORDS: Guarantees judge – Brazilian criminal process – Constitutionality – European experience – Objective impartiality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Surgimento e linhas gerais da separação de funções. 3. Experiências estrangeiras. 3.1. Sistema francês: do *juge d'instruction* ao juiz das liberdades e da detenção (JLD). 3.2. Sistema italiano: *giudice per le indagini preliminari* (GIP). 3.3. Sistema espanhol e o *juzgado de instrucción*. 3.4. Sistema português e o juiz de instrução. 3.5. Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH): imparcialidade objetiva e subjetiva. 4. O Juiz das Garantias no Brasil. 4.1. A Lei 13.964/2019 e o Juiz das Garantias brasileiro: delineamentos. 4.2. O nosso Juiz das Garantias à luz das experiências estrangeiras. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O¹ Juiz das Garantias fora previsto no projeto de lei relativo ao novo Código de Processo Penal (PL 156/2009 no Senado, e PL 8045/2010 na Câmara dos Deputados), mas a inovação não aguardou o trâmite do referido projeto e foi introduzida no atual Código de Processo Penal (art. 3º-A ao art. 3º-F) pelo chamado “Pacote Anticrime”, trazido pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

A abrangente e significativa novidade legislativa causou controvérsias jurídicas, ensejando o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade no âmbito das quais, em decisão monocrática de 22 de janeiro de 2020, o Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, suspendeu os referidos dispositivos, entre alguns outros da reforma.²

1. Este artigo não possui financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais e não há conflito de interesses que comprometam sua cientificidade.
2. Essa decisão liminar foi proferida nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305. Para mais detalhes sobre o conteúdo dessa decisão, sugerimos: Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado, de 22.01.2020. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1]. Acesso em: 19.07.2021.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes; FRANCISCO, José Carlos. Juiz das Garantias: constitucionalidade e compatibilidade com a experiência europeia.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 196. ano 31. p. 227-248. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2023.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v196i196.82].

Nesse contexto é que vemos maior relevância na pesquisa que já estávamos realizando, tendo como problema a compatibilidade da figura do juiz das garantias com o sistema jurídico brasileiro, e como hipótese se tratar de escolha legítima confiada pela Constituição à discricionariedade política do legislador ordinário em favor da atuação independente e imparcial do magistrado no processo penal e da proteção das prerrogativas de réus, alinhando o ordenamento jurídico brasileiro a grande parte dos países europeus e também à orientação da Corte Europeia de Direitos Humanos de Estrasburgo, favorecendo especialmente a imparcialidade objetiva, conceito utilizado pela referida Corte e que adiante será aclarado.

Para a comprovação da hipótese, expomos as linhas gerais da separação de funções na atividade de julgamento para depois analisar experiências estrangeiras em países que influenciam nosso ordenamento jurídico (França, Itália, Espanha e Portugal), assim como o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre imparcialidade objetiva e subjetiva. Na etapa seguinte, avaliamos a figura do juiz das garantias no Brasil (notadamente seus contornos positivados na Lei 13.964/2019, ainda em relação com as figuras respectivas nos países pesquisados e na Corte Europeia), e concluímos pela constitucionalidade da inovação legislativa, assim como pelo crível fortalecimento das garantias dos réus e da imparcialidade e independência da atuação jurisdicional, sem obstáculos de efetividade ou de eficiência em razão da amplitude do processo judicial eletrônico brasileiro.

O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo, com suporte na revisão bibliográfica e documental, bem como em pesquisa normativa e jurisprudencial.

2. SURGIMENTO E LINHAS GERAIS DA SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES

A primeira referência relevante sobre a divisão de tarefas de acusação, de instrução e de julgamento (*poursuite, instruction et jugement*) é o *Code d'instruction criminelle* francês de 1808, editado no governo de Napoleão Bonaparte.³ Aplicado por várias décadas, esse código foi substituído pelo atual *Code de procédure pénale*, em vigor desde 1959, mas a divisão de tarefas do modelo francês ainda inspira vários países nessa separação das funções da atividade judiciária.⁴

3. No *Code d'instruction criminelle* de 1808, o *juge d'instruction* é tratado no *Livre I (De la police judiciaire et des officiers qui l'exercent)*, *Chapitre VI (Des juges d'instruction)*, art. 55 a art. 90. Como referências para o conteúdo desse *Code d'instruction criminelle*, ver GARRAUD, 1912; ESMEIN, 1882; ANDRADE, 2008; e FONTES, 2005 e 2011.

4. Empregamos “separação de funções”, “divisão de papéis” ou “separação das competências” no mesmo sentido.

De modo geral, a divisão de papéis de acusação, instrução e julgamento na via judicial é feita nos seguintes moldes em várias instituições judiciais estrangeiras: cabe ao membro do Ministério Público acusar, manifestando perante o juiz de instrução o intuito de punir determinada pessoa em razão da tipificação de sua conduta; o juiz de instrução procederá, então, à “instrução”, “investigação” ou “informação” dos fatos, para o que poderá ouvir pessoas, determinar busca e apreensão, interceptação telefônica e, a depender do país, também decretar a prisão preventiva do investigado; convencido da existência do crime e de sua autoria, o juiz de instrução remeterá o feito a uma composição de julgamento (isto é, não decidirá o caso ele próprio).

Essa estruturação inspira-se nas razões que justificam a mecânica liberal da repartição de poderes (“le pouvoir arrête le pouvoir”, “checks and balances” ou sistema de freios e contrapesos) sob o prisma da dinâmica de processos judiciais: o membro do Ministério Público detém a exclusividade da prerrogativa de acusar, mas não possui competências de instrução confiadas ao juiz; já esse magistrado detém funções consideráveis na instrução do feito, mas não pode iniciar de ofício a instrução, e somente investiga no âmbito da tipificação conferida pelo *Parquet*; o juiz de instrução também não julga o caso por ele investigado, como forma de garantir a imparcialidade do julgamento – esse último possivelmente o aspecto principal para a nossa reflexão.

Ínsita a tal repartição dos poderes está a crível suposição de que a “disposição psicológica” implicada por determinada função seria capaz de influenciar o exercício da outra. Logo, o juiz de instrução não pode julgar o caso, justamente porque, responsável pela investigação e pelo deferimento de medidas gravosas aos investigados, considera-se que não tem imparcialidade para apreciar ele próprio a prova produzida e proferir o julgamento.

O processo penal brasileiro anterior à inovação legislativa de que ora tratamos está desenhado por critérios diversos e por vezes opostos aos aplicados ao juizado de instrução. Segundo o art. 83 do nosso Código de Processo Penal, o juiz que tiver praticado algum ato, mesmo anterior ao oferecimento da denúncia ou queixa, fica prevento para processar e julgar a ação penal, na suposição de que conhecerá melhor o conteúdo da lide por ter conduzido todas as fases processuais.

No Brasil, a partir do debate sobre os marcos do “poder investigatório do Ministério Público”, já se invocou a separação de funções como forma de refutar a atuação do *Parquet* na fase pré-processual, substituindo-se na equação europeia a figura do juiz de instrução pelo delegado de polícia; segundo essa lógica, a separação das funções de acusação, de instrução e de julgamento remeteria, entre nós, ao delegado de polícia (instrução), ao membro do Ministério Público (acusação) e ao juiz

(julgamento), vedando-se ao membro do *Parquet* atos de investigação. Acreditamos que a analogia é defeituosa, porque, entre nós, os atos de investigação pelo Ministério Público (sobre os quais se fundou a polêmica no Brasil), bem como aqueles a cargo da Polícia Judiciária, não se confundem com a instrução do sistema europeu, levada a cabo pelo juiz de instrução, que abrange poderes propriamente jurisdicionais, como a prisão preventiva e buscas. O que se veda ao *Parquet*, nesses países, são medidas de cunho jurisdicional (dentre elas as determinações cautelares ou assecuratórias), e não as medidas correntes da investigação policial no Brasil, tais como oitivas, requisição de documentos e perícias.

Apesar de não proceder ao julgamento do caso, a atuação do juiz de instrução pode ser tida como prejudicial à defesa em razão da inquisitorialidade na produção da prova. Em razão disso, alguns sistemas europeus (como veremos adiante) evoluíram no sentido ou da supressão do juiz de instrução com o redesenho de tarefas (p. ex., Itália) ou do abrandamento dos seus poderes (p. ex., na França, em que um “juiz das liberdades e da detenção” é desde o ano 2000 o competente para a decretação da prisão processual, atuando paralelamente ao juiz de instrução na fase investigativa).

3. EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS

Para a comprovação da hipótese de pesquisa, apresentaremos traços das experiências de França, Itália, Espanha e Portugal, países que nos parecem influentes nas discussões tratadas acerca da introdução dos juízes das garantias no Brasil, assim como as conclusões da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) sobre a matéria.

Apesar do recorte de pesquisa, anotamos importantes discussões sobre a necessidade de separação de tarefas entre magistrados também em países latino-americanos. André Machado Maya estudou os sistemas do Chile, do Paraguai, da Colômbia e de algumas províncias argentinas (dentre elas a capital federal, Buenos Aires), concluindo que as reformas vão além da mera substituição do juiz de instrução e da separação entre as fases processual e pré-processual, pois os modelos propostos com os juzgados de garantia privilegiaram também a oralidade e o aperfeiçoamento de audiências como método de produção de decisões judiciais, alcançando efetiva mudança cultural qualitativa sobre a jurisdição, o acesso à justiça e ao devido processo legal, aspectos que devem ser aprimorados na legislação brasileira para vencer o procedimento burocrático do processo penal.⁵

5. MAYA, 2018, p. 85-87.

Analisando o sistema brasileiro e o chileno, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho e Bruno Augusto Vigo Milanez apresentam várias similaridades entre os juízes das garantias brasileiro e o chileno (ambos atuam na fase investigativa e realizam controle de legalidade das investigações, não têm iniciativa *ex officio*, são responsáveis pela quebra de sigilos, e a repartição de competências contribui para a imparcialidade e a originalidade cognitiva do julgador), mas há diferenças tais como no regime de arquivamento das investigações (no Chile, o juiz pode decretar o sobrestamento definitivo em várias hipóteses), e, sobretudo, destacam que a magistratura chilena apoiou a implantação desse sistema, o que não ocorreu no Brasil (no qual houve forte resistência de setores da Magistratura do Ministério Público).⁶

3.1. Sistema francês: do juge d'instruction ao juiz das liberdades e da detenção (JLD)

O *juge d'instruction* não compõe as jurisdições de julgamento no desenho da separação das funções francesas, e não atua de ofício, mas mediante provocação do Ministério Público ou da vítima pedindo a “abertura da informação”. Esse juiz realiza oitivas, determina escutas telefônicas e demais procedimentos necessários para instituição do processo, formalizando a condição *mettre en examen* (indiciado), visando à apuração do objeto do processo.⁷

A provocação do *juge d'instruction* pode ser dispensada no caso de contravenções e delitos, mas é necessária no caso de crimes. Concluindo a instrução, o *juge d'instruction* pode decidir pelo *non lieu* se inexistir crime ou elementos para a continuidade do processo, mas havendo indicativos suficientes sobre a existência de delito, deverá encaminhar os autos para uma formação de julgamento.⁸ São o *tribunal*

6. CARVALHO; MILANEZ, 2020, p. 93-123. Também sobre o sistema chileno, FRÍAS, 2020, p. 7-9. Por outro lado, no Brasil, há opiniões enfáticas em favor das garantias dos acusados, como se nota em MARQUES, 2020, p. 502-515, propondo a insurgência de Defensores Públicos contra dispositivos do CPP que autorizariam o Juiz a agir de ofício (mesmo com a decisão de suspensão proferida nas ADI em tramitação no E.STF).

7. Para estudos mais aprofundados a respeito do *juge d'instruction*, por todos, sugerimos RASSAT, 1985; LARGUIE, 2007; DELÉAN, 2007; e VAN RUYMBEKE, 2016.

8. O processo penal francês diferencia crime (sujeito a pelo menos dez anos de reclusão, ou até a prisão perpétua), delito (sancionado com multa superior a 3.750 euros ou com prisão) e contravenção (punida com pena de multa de até 3.000 euros). A competência para julgar decorre dessa classificação: *Cour d'Assises* (equivalente ao tribunal do júri brasileiro), para os crimes; *tribunal correctionnel* para os delitos; e *tribunal de police* para contravenções. Sobre o assunto mais analítico, GINESTET e GARÉ, 2019; e FONTES, 2011.

de police, o tribunal correctionnel ou a Cour d'Assises que detêm jurisdição para o julgamento, realizado em audiência contínua, quando também são ouvidos o acusado, a vítima, as testemunhas, além das sustentações do Ministério Público, do *partie civile* (assistente de acusação) e da defesa.

“Homem mais poderoso da França”, na frase atribuída a Napoleão, o juiz de instrução foi criticado justamente por reunir muitos poderes instrutórios, inclusive o de decretar a prisão preventiva.⁹ No ano 2000, sobreveio na França significativa modificação: sobre a presunção de inocência, a Lei *Guigou* retirou do juiz de instrução o poder de decretar a “*détention provisoire*”, que passou para a competência do *juge des libertés et de la détention* (juiz das liberdades e da detenção – JLD), na forma do art. 137, 1, do Código de Processo Penal. Portanto, atualmente, o pedido de prisão preventiva deduzido pelo *Parquet*, se fundado, será encaminhado pelo juiz de instrução à decisão do JLD (sem prejuízo de o Ministério Público se dirigir diretamente ao JLD).

O JLD é também responsável por autorizar o Ministério Público a praticar determinados atos em certos tipos de investigações, bem como é competente para decidir sobre a detenção administrativa de estrangeiros e sobre pedidos de prorrogação de internações psiquiátricas. E, conforme o mesmo art. 137-1, do *Code de Procédure Pénale* francês vigente, o JLD (da mesma forma que o juiz de instrução) não poderá participar do julgamento dos casos em que tiver atuado.¹⁰

A supressão do juiz de instrução na França, defendida por alguns, tem sido considerada inoportuna por outros, tendo em vista que, naquele país, os membros do Ministério Público estão, em última análise, vinculados ao Ministério da Justiça (Poder Executivo), e são os juízes de instrução (mais independentes) que têm levado a cabo a tarefa de investigar de forma mais aprofundada e efetiva os casos de corrupção.¹¹

Importante assinalar, por fim, que o *Conseil Constitutionnel* francês, encarregado do controle da constitucionalidade das leis, em decisão tomada em sede de controle concreto (QPC), implantado na França somente a partir de 2008, declarou a

9. A esse respeito, Le juge d'instruction, «homme le plus puissant de France», Encyclopaedia Universalis (em ligne). Disponível em: [http://junior.universalis.fr/document/le-juge-d-instruction-homme-le-plus-puissant-de-france/]. Acesso em: 20.06.2021.

10. Conforme art. 137-1, do Code de Procédure Pénale francês vigente, cuidando sobre o JLD: “Il ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu.”

11. SILVA, 2012, p. 49-50, lembra que Espanha e França apresentam tendência de enfraquecimento do Juiz de Instrução; na Espanha houve proposta de substituição do Juiz Instrutor pelo Juez de Garantías no Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento criminal.

inconstitucionalidade do art. 251-3 do Código de Organização Judiciária, uma vez que permitia participar do “tribunal de menores”, como seu presidente, o magistrado encarregado da investigação e do esclarecimento da verdade, em fase anterior. Os membros da Corte Constitucional invocaram o art. 16 da Declaração de 1789, aduzindo que “*le principe d’impartialité est indissociable de l’exercice de fonctions juridictionnelles*”. (Decisão 147/2011, QPC, *Conseil Constitutionnel*).¹²

3.2. Sistema italiano: giudice per le indagini preliminari (GIP)

A Itália previa o juiz de instrução, na forma clássica acima retratada, até a adoção do novo Código de Processo Penal em 1989, quando então as investigações preliminares (isto é, a fase pré-processual) foram confiadas sobretudo ao “*pubblico ministero*” (PM), em sistema essencialmente acusatório.¹³ No lugar do juiz de instrução, que tinha poderes instrutórios autônomos e próprios, previu-se a figura de um “juiz para as investigações preliminares” (*giudice per le indagini preliminari*, GIP), com competência exclusiva para o conhecimento de pedidos de medidas cautelares.

O GIP realiza tarefas de juiz de liberdades e de garantia dos direitos dos cidadãos submetidos a investigações pelo Ministério Público, daí porque designa audiência preliminar, autoriza a prorrogação da investigação, valida a detenção em flagrante delito e a detenção operada pelo *Pubblico Ministero* e pela Polícia Judiciária. Assim, o GIP atua na proteção das prerrogativas do suspeito, na fase de investigação preliminar.¹⁴

Figura diversa do GIP é o juiz de audiência preliminar (*giudice dell’udienza preliminare*, GUP), magistrado encarregado de decidir, durante a audiência preliminar, acerca de pedido do Ministério Público para levar o suspeito a julgamento, atuando como divisor de águas entre a fase de investigação preliminar e a fase de julgamento. No final das investigações preliminares, o Ministério Público pede o arquivamento ou faz a acusação; o GIP designa a audiência, o Ministério Público expõe os resultados das investigações e as evidências que justificam a possível acusação; o réu (se quiser fazer declarações espontâneas), seu defensor e o Ministério Público participam dos debates perante o GUP e, após, este magistrado avalia se o processo deve ter continuidade.

12. Decisão 147/2011, QPC, *Conseil Constitutionnel*. Disponível em: [https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011147QPC.htm]. Acesso em: 07.06.2021.

13. Para compreensão mais detida sobre o tema, sugerimos AMODIO, 1990; e COMOGLIO e ZAGREBELSKY, 1993.

14. Sobre o GIP, recomendamos FERRAIOLI, 2013.

O GIP torna-se GUP em julgamentos diretos, isto é, quando há flagrante, e quando ambas as partes (MP e defesa) concordam e solicitam uma barganha ou procedimento abreviado. E, da mesma forma que o juiz de instrução e o juiz das liberdades e da detenção na França, o GIP não tem competência para julgar os casos em que atua.

3.3. Sistema espanhol e o juzgado de instrucción

Na Espanha, nos termos do art. 87 da Ley Orgánica 6/1985 (Lei Orgânica do Poder Judicial), o *juzgado de instrucción* é órgão judicial unipessoal e, em matéria penal, investiga crimes da competência jurisdicional de Audiências Provinciais e de Juízos Penais (salvo nos casos que se enquadrem na jurisdição dos Tribunais de Violência contra as Mulheres), decide sobre *habeas corpus* e sobre medidas para proteção de vítimas de violência contra a mulher (quando estiverem desenvolvendo a função de guarda, desde que não possa ser adotada pela Corte de Violência contra a Mulher), além de julgar casos cujas competências são definidas em lei. A Audiência Nacional, órgão jurisdicional sediado em Madrid e com jurisdição em todo o território espanhol, com competência penal para crimes de maior gravidade e relevância (como terrorismo, crime organizado e narcotráfico), tem a si vinculados vários “Juzgados Centrales de Instrucción”.¹⁵

O juiz de instrução espanhol é provocado pelo Ministério Público em determinados casos para investigar o delito (com poderes de certa forma inquisitoriais, pois não são sujeitos a contraditório estrito) e, após apuração, pode arquivar o caso ou remetê-lo a um órgão de julgamento, pois não pode julgar a causa (salvo exceções, como infrações leves).¹⁶

3.4. Sistema português e o juiz de instrução

Em Portugal, as atribuições do juiz de instrução são disciplinadas no art. 262 e seguintes do Código de Processo Penal (aprovado pelo Decreto-Lei 78/1987, com alterações).¹⁷ Em sistema no qual o princípio acusatório espraia-se para a fase pré-processual, semelhante ao italiano, o Ministério Público é o órgão responsável pela direção do inquérito e pode determinar medidas gravosas em face dos acusados, inclusive

15. A respeito da estruturação do sistema judicial espanhol, ver FONTES, 2016.

16. Acerca de elementos mais analíticos do *juzgado de instrucción* na Espanha, apontamos VALDIVIELSO GARCÍA, 2018; e MARTÍNEZ JIMÉNEZ, 2019.

17. Sobre a estruturação do juiz de instrução em Portugal, por todos, apontamos MESQUITA, 2003; RODRIGUES, 2009; e SILVA, 2009.

a prisão “fora da situação de flagrante”, observando-se depois a necessidade de comparecimento do investigado perante o juiz, em obediência inclusive à Convenção Europeia de Direitos Humanos. A direção do inquérito cabe ao Ministério Público e só haverá intervenção do juiz de instrução criminal nos casos excepcionais previstos na lei e que digam com a defesa dos direitos, liberdade e garantias dos cidadãos.¹⁸

Vários atos de investigação, contudo, são privativos do juiz de instrução, inclusive medidas como a busca e apreensão e a interceptação telefônica. Nos termos do art. 268 do Código de Processo Penal, durante o inquérito, compete exclusivamente ao juiz de instrução proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido, bem como aplicar medida de coação ou de garantia patrimonial (com exceção das atribuídas ao Ministério Público), determinar buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, conhecer, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, declarar a perda a favor do Estado de bens apreendidos, e praticar atos requeridos por autoridades. Já o art. 269 do mesmo Código de Processo Penal confia exclusivamente ao juiz de instrução, durante o inquérito, ordenar ou autorizar perícias, exames, buscas domiciliares, apreensões de correspondência, interceptação, gravação ou registro de conversas ou comunicações, além de outros atos previstos expressamente em lei.

O juiz de instrução termina o seu ofício com o arquivamento da notícia ou, ao contrário, com uma “decisão instrutória” em que pronuncia o investigado e remete os autos a uma composição de julgamento.

3.5. Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH): imparcialidade objetiva e subjetiva

A Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo (França), vem reconhecendo que a separação de funções de acusação, instrução e julgamento é elemento importante (senão fundamental) da imparcialidade dos tribunais, esta tuída no art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (que cuida de garantias do devido processo legal ou processo equitativo).¹⁹ Há décadas essa orientação vem sendo reafirmada pela Corte.

18. Nesse sentido, decidiu o Tribunal da Relação do Porto, no Ac. TRP de 16-03-2011. Disponível em: [http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/fcf8a67d786b-743280257865002de0b2?OpenDocument]. Acesso em: 30.05.2021. Segundo SILVA, 2009, p. 153, a atribuição constitucional do juiz de instrução alcança apenas atos do processo preliminar que se prendam diretamente com os direitos fundamentais.

19. O Art. 6º.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, tem a seguinte redação: *Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num*

Na decisão *Piersack v. Belgique*, de 1982, membro do Ministério Público que conduziu investigação criminal e que posteriormente, na função de juiz, atuou como um dos julgadores do fato que ele havia investigado, levou a Corte Europeia a concluir pelo comprometimento da imparcialidade desse julgador.²⁰ A Corte estabeleceu a distinção entre “imparcialidade objetiva” e “imparcialidade subjetiva”; nesta última, importa saber se o juiz, no seu foro íntimo, teve de fato sua imparcialidade afetada; no caso da imparcialidade objetiva, já chamada também de *funcional*, importa observar se as garantias de independência e a própria estruturação do processo são capazes de propiciar confiança na imparcialidade dos magistrados; a separação das funções de instrução e de julgamento foi considerada como integrante do conceito de imparcialidade objetiva.²¹

Na decisão *De Cubber c/ Belgique*, de 1984, analisando se o juiz que investiga pode também julgar o mesmo fato investigado, a Corte reafirmou seu entendimento, decidindo que toda violação à separação das funções implica a parcialidade do juiz, pois afeta a confiança que os jurisdicionados devem ter nos tribunais, de tal modo que a instrução e o julgamento devem ser feitas por pessoas distintas.²²

Nas decisões referidas, a Corte Europeia entendeu não ser possível a participação de magistrado em formação de julgamento, quando participou anteriormente

prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

20. O art. 252, II, do Código de Processo Penal brasileiro vigente expressamente elenca essa hipótese como impedimento.
21. Caso *Piersack v. Belgique*, de 1982. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57557%22]}]. Acesso em: 25.05.2021. Desse julgamento, extraímos a seguinte passagem: *(d) Even when clarified in the manner just mentioned, a criterion of this kind does not fully meet the requirements of Article 6 § 1 (art. 6-1). In order that the courts may inspire in the public the confidence which is indispensable, account must also be taken of questions of internal organisation. If an individual, after holding in the public prosecutor's department an office whose nature is such that he may have to deal with a given matter in the course of his duties, subsequently sits in the same case as a judge, the public are entitled to fear that he does not offer sufficient guarantees of impartiality.*
22. Caso *De Cubber c/ Belgique*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-62023%22]}]. Acesso em: 29.05.2021.

de decisão em primeira instância ou em grau de apelação sobre a detenção provisória do acusado ou sua prorrogação, porque haveria contaminação da imparcialidade por um “pré-julgamento” efetuado em fase anterior (mesmo que de instrução). No caso *Chesne c. France* (2010)²³, a Corte condenou a França pela participação de magistrado, na composição da apelação do julgamento principal, que havia participado de julgamento anterior de recurso relativo à detenção provisória no mesmo caso.

No caso *Adamkiewicz c. Pologne* (2010), os juízes de Estrasburgo condenaram a Polônia pela participação, em julgamento de menor, do juiz que havia feito a instrução do caso logo após o cometimento do ato infracional.²⁴

Importante assinalar que a Corte Europeia, na decisão *Hauschildt v. Danemark*, de 1989, admitiu fazer uma análise “*in concreto*” do teor da manifestação do juiz na fase de instrução, em busca de elementos que possam apontar para a quebra da imparcialidade, com o que, como já criticou a doutrina, podem ter sido confundidos os critérios da imparcialidade objetiva e subjetiva delineados na decisão *Piersack v. Belgique*.²⁵

Os princípios gerais relativos aos requisitos de um tribunal imparcial foram resumidos da seguinte forma no caso *Denisov v. Ukraine*, de 2018. Nesse julgamento, a Corte Europeia afirmou, como regra, a imparcialidade pela ausência de preconceito ou viés, de modo que, para os fins do art. 6, 1, da Convenção de Direitos Humanos, deve ser determinada de acordo com: i) teste subjetivo, em que se deve considerar a convicção pessoal e o comportamento de um determinado juiz (ou seja, se o juiz teve algum preconceito ou viés pessoal em um determinado caso); e (ii) teste objetivo, isto é, ao determinar se, além da conduta pessoal de qualquer um de seus membros, o próprio Tribunal e, entre outros aspectos, sua composição, ofereciam garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima respeito à sua imparcialidade. A Corte Europeia afirmou que não existe divisão estanque entre imparcialidade subjetiva e objetiva, pois a conduta de um juiz pode não apenas suscitar dúvidas objetivas quanto à imparcialidade do Tribunal do ponto de vista do observador externo (teste objetivo), mas também das convicções pessoais dos juízes (a prova subjetiva),

23. Caso *Chesne c. France*, de 2010. Disponível em: [[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:\[%22866816%22\],%22itemid%22:\[%22001-98393%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22866816%22],%22itemid%22:[%22001-98393%22]})]. Acesso em: 30.05.2021.

24. Caso *Adamkiewicz c. Pologne* (2010). Disponível em: [[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22003-3047306-3370597%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22003-3047306-3370597%22]})]. Acesso em: 07.06.2021.

25. Caso *Hauschildt v. Danemark*, de 1989. Disponível em: [[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57500%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57500%22]})]. Acesso em: 31.05.2021.

razão pela qual, em alguns casos, pode ser difícil obter evidências para refutar a presunção da imparcialidade subjetiva do juiz, ao passo em que a exigência de imparcialidade objetiva fornece uma garantia importante adicional; nesse contexto, até as aparências podem ter certa importância ou, em outras palavras, “a justiça não deve ser feita apenas, mas também deve ser vista”, porque o que está em jogo é a confiança que os tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar no público.²⁶

4. O JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL

Se, de um lado, a separação das tarefas, de acusação e de julgamento, é objeto de estudos e de preocupação da parte do legislador brasileiro, tanto que a propositura de ação penal e o papel acusatório são confiados a membro do Ministério Público,²⁷ a divisão de funções de instrução e de julgamento não vinha recebendo a mesma atenção, mesmo porque a legislação processual penal ia (como vimos) em sentido contrário, com a prevenção do juiz que primeiro atuou na matéria.

Interessante precedente encontramos ainda na época do Império, quando havia a distinção funcional entre Juiz da Devassa e Juiz Julgador, de tal modo que a Decisão da Justiça nº 81, de 02/04/1824, adotada pelo Imperador, respondendo à dúvida de dois desembargadores, determinava que o magistrado responsável por diligência para averiguação do crime (ou devassa) não poderia julgar a ação penal: “sem que jámais possa ser Juiz o da diligencia que não é nem póde ser o competente para julgar”.²⁸

Estudos acadêmicos foram produzidos ao longo dos anos (alguns dos mais recentes constam na base da pesquisa que empara este estudo) apontando vícios e

26. Caso *Denisov v. Ukraine*, 2018. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"app-no":["76639/11"],"itemid":["001-186216"]}]}. Acesso em: 29.05.2021. Destacamos a seguinte passagem desse julgamento: 63. *In this respect, even appearances may be of a certain importance, or in other words, “justice must not only be done, it must also be seen to be done”. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public (see Morice v. France [GC], nº 29369/10, § 78, ECHR 2015).* 64. *Finally, the concepts of independence and objective impartiality are closely linked and, depending on the circumstances, may require joint examination (see, for example, Cooper v. the United Kingdom [GC], nº 48843/99, § 104, ECHR 2003-XII).*

27. A possibilidade de início da ação penal de contravenções por ato de ofício de membro da Magistratura, antiga redação do art. 531 do Código de Processo Penal, foi revogada pela Lei 11.719/2008.

28. Decisão da Justiça nº 81, de 02.04.1824. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-G_53.pdf]. Acesso em: 07.06.2021.

virtudes da eventual adoção dessa divisão de tarefas no Brasil. Em texto escrito em 2004, Aury Lopes Jr. defende a figura do Juiz das Garantias escorando-se na lição de mais de 20 anos de jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos.²⁹ Já para Mauro Fonseca Andrade, em 2010, também analisando as decisões da Corte Europeia dos Direitos Humanos, o importante não é saber o que esse tribunal vem decidindo, mas sim os motivos que o levam a decidir pela separação de funções entre juiz da fase de investigação e juiz da fase posterior ao oferecimento da acusação; conclui pela desnecessidade de separação entre as figuras dos juízes da fase de investigação e da fase de julgamento, quando o sistema é o acusatório, além do que algumas decisões dessa Corte autorizariam a atuação de um mesmo juiz na fase primária da persecução penal e na fase secundária (porque os fundamentos da decisão de encarceramento provisório não disseram respeito ao mérito do fato praticado).³⁰ Larissa da Silva (2012) faz detida análise do sistema processual penal brasileiro antes da Lei 13.964/2019, criticando que o juiz transporte para a ação penal pré-juízos sobre o fato e sobre o investigado, o que dificulta a isenção e a imparcialidade de sua decisão de mérito, motivo pelo qual defende a introdução do juiz das garantias.

À luz dessas referências, somadas às que colhemos no direito estrangeiro e da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, analisaremos as principais disposições relativas ao Juiz das Garantias previsto na Lei 13.964/2019.

4.1. A Lei 13.964/2019 e o Juiz das Garantias brasileiro: delineamentos

Em vista do conjunto de mudanças necessárias no Código de Processo Penal (aprovado pelo Decreto-Lei 3.689/1941), tramita há mais de 10 anos no Congresso Nacional o projeto de um novo código (PL 156/2009 no Senado, e PL 8045/2010 na Câmara dos Deputados, ao qual estão apensados muitos outros projetos de lei), que traz o Juiz das Garantias (arts. 15 a 18 do PL 156/2009 do Senado, e dos arts. 14 a 17 do PL 8045/2010 na Câmara dos Deputados, ambos inseridos no Livro I – Da Persecução Penal, Título II – Da Investigação Criminal, Capítulo II – Do Juiz das Garantias).³¹

29. LOPES JR, 2004, p. 11.

30. ANDRADE, 2010, p. 85-86. Sobre os casos nos quais a Corte Europeia autorizou o juiz que atuou na fase primária da persecução penal ser o mesmo de sua fase secundária, ANDRADE, 2010, p. 86, cita *Sainte-Marie vs. França* (1992), *Padovani vs. Itália* (1993), *Nortier vs. Países Baixos* (1993), e *Saraiva de Carvalho vs. Portugal* (1994).

31. Os conteúdos desses projetos de lei estão acessíveis nos sites da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Remetemos o leitor ao PL 8045/2010, no site da Câmara dos Deputados.

A Lei 13.964/2019 antecipou a introdução do Juiz de Garantias, introduzindo o art. 3º-A ao 3º-F do atual Código de Processo Penal. Alinhando-se aos sistemas estrangeiros referidos, houve uma tentativa de maior delimitação das funções pré-processuais, que envolvem a garantia dos direitos dos investigados e a decretação de medidas de investigação gravosas, e da função propriamente de julgamento do caso: o “juiz das garantias” é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (art. 3º-B, *caput*); o “juiz do processo” tem a atribuição de conduzir a ação penal e de julgar o feito em primeira instância, em atuação sucessiva ao Juiz das Garantias.

Em consonância com o art. 3º-A da Lei 13.964/2019 (que enfatizou a estrutura acusatória do processo, vedando a atividade investigativa do juiz), o art. 3º-B dessa lei dispôs sobre as competências do juiz das garantias em rol extenso (ainda assim exemplificativo), começando por receber a comunicação imediata da prisão e também do auto de prisão em flagrante. De mais relevante no art. 3º-B da Lei 13.964/2019, cabe ao juiz das garantias: decretar a prisão provisória (inciso V), que equivale à prisão processual, em suas diversas modalidades; prorrogar a medida ou substituí-la por cautelares diversas (inciso VI); decidir a respeito de medidas constritivas da liberdade e de outros direitos constitucionais, que a Constituição tenha colocado sob reserva de jurisdição, tais como pedidos de interceptação telefônica e telemática, afastamento dos sigilos bancário e fiscal, e busca e apreensão (inciso XI); e homologar o acordo de não persecução penal ou de colaboração premiada, quando efetuados na fase pré-processual (inciso XVII).³² Embora a Lei 13.964/2019 tenha introduzido a audiência de custódia nos arts. 287 e 310 do Código de Processo Penal, distante, portanto, topologicamente, da previsão relativa ao juiz das garantias, acreditamos que não há óbice a que o juiz de garantias a realize (ato é consentâneo com sua inspiração e atribuições).

Cabe ainda ao juiz das garantias o recebimento da denúncia ou da queixa, nos termos do art. 399 do Código de Processo Penal (art. 3º-B, XIV, da Lei 13.964/2019). O juiz de garantias conclui sua atuação com esse ato (art. 3º-C) e a menção ao art. 399 da lei processual penal revela que esse mesmo magistrado é o responsável pelas duas atribuições no recebimento da denúncia ou queixa previstas nesse código (a do

Disponível em: [<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>]. Acesso em: 29.06.2021.

32. Há outras modificações trazidas pela Lei 13.964/2019, com vários estudos sendo produzidos, tais como COUTINHO; MURATA, 2020, p. 11-13, cuidando do arquivamento do inquérito policial.

art. 396 e do art. 399), cabendo-lhe receber a resposta à acusação e também analisá-la. Apesar de o art. 3º-B, da Lei 13.964/2019 não ser explícito a esse respeito, compete também ao Juiz das Garantias a decisão de rejeitar a denúncia.

O Juiz das Garantias ficará impedido de funcionar no processo ou de julgá-lo – essa a alma de toda a reforma legislativa. O art. 3º-D, apesar da remissão pouco precisa, quis a nosso ver reforçar a ideia de que o juiz que atuar na fase pré-processual não poderá atuar na fase que o Código denomina de “instrução e julgamento”, ou seja, na fase própria do “juiz do processo”.

A Lei 13.964/2019 não cria outra “instância” judicial, e nenhum ato será praticado duas vezes em relação ao sistema atual, de modo que não haverá obrigatoriamente perda de celeridade, além do que o já expressivo funcionamento do processo judicial eletrônico é ferramenta hábil para viabilizar a operacionalidade e a economicidade da separação de tarefas entre o juiz das garantias e o juiz do processo. E, por isso, concordamos com Rodrigo Régner Chemim Guimarães e Sarah Gonçalves Ribeiro no sentido de que a adoção do inquérito policial eletrônico atenua os custos de implantação do Juiz das Garantias no Brasil (discussão levada ao E.STF nas E.STF nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305), além de agilizar e tornar mais transparentes os procedimentos.³³

A Lei 13.964/2019 não implementa a separação absoluta das funções de investigação e de instrução/ julgamento, porque o juiz do processo não está vinculado às decisões proferidas pelo juiz das garantias após o recebimento da denúncia ou queixa e poderá, além da própria oitiva das testemunhas, vítimas e acusados, determinar providências de caráter instrutório que se mostrem necessárias ao deslinde probatório do feito. No entanto, é certo que providências como a prisão processual e a quebra de sigilos dão-se como mais frequência na fase pré-processual e ficarão, pois, a cargo do juiz das garantias, preservando-se em maior medida a imparcialidade do juiz do processo.

Frisamos ainda que a Lei 13.964/2019 não introduz um juiz de instrução que atua de modo inquisitório na produção da prova, o que já era vedado no nosso sistema jurídico em decorrência dos princípios acusatório, do contraditório e da ampla defesa.

33. GUIMARÃES; RIBEIRO, 2020, p. 147-174. SUXBERGER, 2019, p. 10-27, em vista da interpretação sistemática do previsto no art. 3º-C, §3º (na redação dada pela Lei 13.964/2019) e no art. 12, ambos do CPP, bem como na Lei Complementar 95/1998 e na LINDB, conclui que os autos do inquérito policial devem integrar os autos do processo-crime (salvo nas hipóteses processadas em apartado que sejam objeto de decisão do juiz das garantias).

Por fim, tendo em vista os seus contornos, acreditamos que está no âmbito da legítima discricionariedade política do legislador ordinário adotar a figura do Juiz das Garantias.³⁴ Não há elementos jurídicos ou sociológicos para afirmar, categoricamente, que o modelo adotado pela anterior redação do Código de Processo tenha levado sempre a resultados contaminados pela parcialidade do juiz, mas a reforma legislativa está de acordo com os sistemas estrangeiros já expostos e leva em conta o aspecto da “dissonância cognitiva” que vinha sendo aventado por muitos doutrinadores.³⁵

Com efeito, a divisão de tarefas entre juiz das garantias e juiz julgador, prevista na Lei 13.964/2019, vai ao encontro da independência e da imparcialidade da atuação do Poder Judiciário, e sobretudo das prerrogativas dos réus em processos criminais, com potencial de aprimoramento do sistema constitucional.³⁶ Trata-se de escolha confiada ao legislador ordinário pelo sistema constitucional de 1988, não podendo ser invalidada pela avaliação judicial porque foi exercida dentro de legítimos parâmetros discricionários, inclusive escorados pela experiência de países estrangeiros e da Corte Europeia (em empregam sistemas jurídicos similares ao brasileiro).

As dificuldades operacionais que poderiam ser sugeridas para o funcionamento da Lei 13.964/2019, quando muito, justificam necessários períodos de transição, para que as ideais e ferramentas sejam construídas, mas não são impeditivos propriamente jurídicos suficientes para invalidar a introdução do juiz das garantias no processo penal brasileiro (especialmente em vista da ampla utilização e eficiência do processo judicial eletrônico).³⁷

34. Também apontando que a criação da Lei 13.964/2019 está no âmbito das escolhas discricionárias do legislador, OLIVEIRA NETO, 2021, p. 105-133. Todavia, não partilhamos do entendimento do autor de que a suspensão da eficácia dessa lei (determinada pelo e.STF nas referidas ADIs) foi ato de ativismo judicial, pois trata-se de provimento liminar movido pela urgência (embora tenha transcorrido longo tempo desde então). Ainda favorável à escolha legislativa, MAYA e LORENZONI, 2020, p. 151-176.
35. MOSCATELLI; ARIANO, 2020, p. 17-19, defendem a criação do juiz das garantias em vista da a dissonância cognitiva, sensível à análise da imparcialidade subjetiva do magistrado, acreditando que o juiz que acompanhou toda investigação terá tendência de aderir às teses acusatórias. No mesmo sentido, LOPES JR. e RITTER reforçam a defesa da figura do juiz das garantias com base na teoria da dissonância cognitiva, porque a separação de tarefas evita a contaminação psíquica do magistrado decorrente de sua participação na investigação preliminar (LOPES JR; RITTER, 2016, p. 55-91, e 2020, p. 29-30).
36. Por todos, SILVA; PACHECO, 2020, p. 424-447, destacam o inegável reforço que o juiz das garantias dá à imparcialidade da atividade jurisdicional e divisão de funções no sistema acusatório, modernizando o processo penal brasileiro e contribuindo para afastar o ranço inquisitório.
37. TOLDO, 2022, p. 4-5, relata estudos realizados por comissões formadas por integrantes da Justiça Federal, reconhecendo autonomias para que cada um dos TRFs operacionalizem a implementação do juiz das garantias, e que os custos orçamentários não seriam elevados.

4.2. O nosso Juiz das Garantias à luz das experiências estrangeiras

Vimos que, desde o *Code d'instruction criminelle* de Napoleão, a premissa adotada é a separação das funções de investigar e de julgar, a mesma adotada pela Lei 13.964/2019 ao prever nosso juiz das garantias, visando à construção de decisões judiciais independentes e imparciais. Em países de *Civil Law* europeus, essa divisão de tarefas vem sendo aprimorada e reforçada continuamente (como o *JLD* francês e o *GIP* italiano), impedindo que aquele que atua na fase pré-processual também participe do julgamento da ação na qual atuou.

Mantendo a inspiração que vem do juizado de instrução, a Lei 13.964/2019 criou o juiz das garantias inspirada nos mencionados *JLD* francês e *GIP* italiano, encarregados de deferir ou não medidas gravosas contra os investigados, mas impedidos de julgar em definitivo o caso. E reforça essa tendência a relevância da imparcialidade objetiva e da imparcialidade subjetiva referidas em julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos.

O alinhamento do sistema jurídico brasileiro às orientações estrangeiras e internacionais não é obrigação do legislador ordinário em face da soberania reconhecida ao povo brasileiro (refletida em nosso ordenamento), mas os múltiplos mecanismos de cooperação (notadamente em organizações intergovernamentais multilaterais) induz à maior importância da experiência de outros países para nossas tomadas de decisão.³⁸

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema jurídico brasileiro estava provido de proteções capazes de proporcionar imparcialidade e independência na atuação jurisdicional em ações penais antes das alterações feitas pela Lei 13.964/2019, sobretudo em vista das garantias fundamentais conferidas aos réus como o devido processo legal e a ampla defesa, e também pelas autonomias, vedações e prerrogativas dos juízes e do Poder Judiciário,

38. É imprescindível que estejamos despidos de ideologias para que seja dada a devida importância às avaliações da comunidade internacional sobre as atuações judiciais recentes no Brasil. Conhecemos muitos argumentos favoráveis à atuação das estruturas da Polícia Federal, do Ministério Público e da Magistratura na conhecida operação “Lava-Jato”, mas também devemos considerar a autoridade do conhecimento de autores como Luigi Ferrajoli, e suas críticas quanto à “*confusão entre o papel julgador e o papel de instrução, que é papel próprio da acusação*”, como consta em: Ferrajoli critica “impressionante” fala de imparcialidade em ação contra Lula. Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2018-jan-20/ferrajoli-critica-impressionante-falta-imparcialidade-lula>]. Acesso em: 06.06.2021.

todas positivadas na Constituição de 1988 (especialmente no art. 5º, LV e no art. 95), na Lei Complementar 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN) e no Código de Processo Penal.

A introdução da figura do juiz das garantias, pela Lei 13.964/2019, foi feita dentro dos limites da legítima discricionariedade política conferida pela Constituição ao legislador ordinário, que preferiu reforçar a atuação independente e imparcial do magistrado no processo penal e da proteção das prerrogativas de réus, alinhando o ordenamento jurídico brasileiro ao modelo adotado por grande parte dos países europeus e também em conformidade com a orientação da Corte Europeia de Direitos Humanos de Estrasburgo, favorecendo especialmente a imparcialidade objetiva.

Podemos acreditar na efetividade dos propósitos materiais da Lei 13.964/2019, por representar medida de fortalecimento de garantias fundamentais e de atuação jurisdicional, embora essa conclusão jurídica mereça ser aferida por pesquisas empíricas realizadas no curso do tempo (após o início da eficácia jurídica das disposições normativas inovadoras, se vencidos os argumentos apresentados ao E.STF nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305).

A eficiência das tarefas confiadas ao juiz das garantias não será prejudicada por dificuldades operacionais, porque o processo judicial eletrônico já está implantado em grande parte do sistema judicial brasileiro, permitindo também reorganizações em cartórios, secretarias e gabinetes das entrâncias e instâncias competentes. A bem da verdade, o curtíssimo prazo de 30 dias de vacância normativa, previsto no art. 20 Lei 13.964/2019, acabou não sendo exigido em decorrência da decisão liminar proferida pelo E.STF nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, de tal modo que as estruturas judiciárias têm tempo para serem ajustadas em planejamentos dos tribunais competentes, considerando a necessária hipótese da introdução do juiz das garantias no processo penal no caso da improcedência do pedido nessas ações de controle abstrato de constitucionalidade.

O legislador brasileiro poderia ter ainda dado um passo além, fazendo com que as funções próprias do juiz das garantias sejam exercidas mesmo após o recebimento da denúncia, em paralelo às atividades do juiz do processo. Mas o avanço levado a efeito pela Lei 13.964/2019 é o juridicamente válido, legítimo e possível para reforçar as garantias do réu, bem como a independência e a imparcialidade da atuação jurisdicional no processo penal brasileiro.

6. REFERÊNCIAS

AMODIO, Ennio. O modelo acusatório no novo Código de Processo Penal italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 15, n. 59, jul.-set. 1990, p. 125-155.

- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Código de Instrução Criminal Francês de 1808*. Curitiba: Juruá, 2008.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre n. 65 jan. 2010 – abr. 2010, p. 67-97.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. O juiz de garantias brasileiro e o juiz de garantias chileno: breve olhar comparativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM* – v. 28 n. 168, Junho de 2020, p. 93-123.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; ZAGREBELSKY, Vladimiro. Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, a. XXXVI, Fasc. 2, abr./jun. 1993, p. 435-492.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. As regras sobre a decisão do arquivamento do inquérito policial: o que muda com a Lei 13.964/19? *Boletim IBCCRIM* – Ano 28 – n. 330 – maio de 2020, p. 11-13.
- DELÉAN, Michel. Qui veut la mort du juge d'instruction?: les échecs du système judiciaire lui sont souvent imputés, non sans quelques arrières-pensées. *Collection Les carnets de l'info* n° 7. Paris: Ed. Scrineo, 2007.
- ESMEIN, Adhémar. *Histoire de la procedure criminelle en France et specialement de la procedure inquisitoire depuis de XIII siecle jusqu'à nos jours*. Paris: L. Larose et Forcel, 1882.
- FERRAIOLI, Marzia. *Il ruolo di "garante" del giudice per le indagini preliminari*. Quarta Edizione. Milano: Cedam, 2013.
- FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Investigação criminal pelo Ministério Público: discussão dos principais argumentos em contrário. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, 2005, n. 16, p. 143-155.
- FONTES, Paulo Gustavo Guedes. O foro privilegiado na França. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, 2011, n. 34, p. 37-52.
- FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Poder judiciário espanhol: primeiras noções. In: FRANCISCO, José Carlos; RUIZ, María Amparo Grau; AZAÑA, María Yolanda Sánchez-Urán; NEVES JÚNIOR, Paulo Cezar (Orgs.). *Cooperação internacional e garantia dos direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 17-26.
- FRÍAS, Eduardo Gallardo. La reforma al proceso penal chileno y el juez de garantía. *Boletim IBCCRIM* – Ano 28 – n° 330 – maio de 2020, p. 7-9.
- GARRAUD, René. Précis de droit criminel contenant l'explication élémentaire de la partie générale du Code pénal, du Code d'instruction criminelle et des lois qui ont modifié ces deux Codes. (*Onzième édition revue et corrigée*), Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1912. Disponível em: [<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4156089/f3.image.texteImage>]. Acesso em: 15.08.2019.
- GINESTET, Catherine; GARÉ, Thierry. *Droit pénal. Procédure pénale*. 10ème édition. Paris: Dalloz, 2019.

- GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; RIBEIRO, Sarah Gonçalves. A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, jan.-abr. 2020, p. 147-174.
- LARGUIER, Jean. *La procédure pénale*. 13. ed. Paris: Presses universitaires de France, 2007.
- LOPES JR, Aury. A Opacidade da Discussão em Torno do Promotor Investigador (Mudem os Inquisidores, mas a Fogueira Continuará Acesa). *Boletim IBCCrim*. Rio de Janeiro, Ano 12, n. 142, set. 2004, p. 10-11.
- LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 8, n. 16, set.-dez. 2016., p. 55-91.
- LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. Juiz das garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva. *Boletim IBCCRIM* – Ano 28 – n. 330 – maio de 2020, p. 29-30.
- MARQUES, Jader. Por um juiz de garantias. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* [on-line]. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 11, n. 26 (jan./jun. 2020). p. 502-515.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, JOSÉ. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2019.
- MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 23, n. 1, jan-abr 2018.
- MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia. Sobre a constitucionalidade do juiz das garantias: uma análise das medidas liminares deferidas nas Adis 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 a partir da teoria dos espaços dogmáticos de Robert Alexy. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*. v. 28, n. 174, dezembro de 2020, p. 151-176.
- MESQUITA, Paulo Dá. *Direção do inquérito penal e garantia judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan; ARIANO, Raul Abramo. Juiz das garantias: a onda democrática em meio à maré do punitivismo rasteiro. *Boletim IBCCRIM*. Ano 28, n. 330, maio de 2020, p. 17-19.
- OLIVEIRA NETO, Emérito Silva da. O juiz das garantias como opção legislativa e a necessidade de preservação do princípio constitucional da separação de poderes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*. v. 29, n. 179, maio de 2021, p. 105-133.
- RASSAT, Michèle Laure. *La justice em France*. Paris: PUF, 1985.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. As relações entre o Ministério Público e o juiz de instrução criminal ou a matriz de um processo penal europeu. In: MONTE, Mário Ferreira (coord.). *Que futuro para o processo penal?* Simpósio em homenagem

- a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos de código de processo penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 709-724.
- SILVA, Franklyn Roger Alves; PACHECO, Rodrigo Baptista Pacheco. A nova figura do juiz das garantias e sua interpretação para a contribuição do modelo acusatório. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul* [on-line]. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 11, n. 26 (jan./jun. 2020), p. 424-447.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 3.^a ed. Lisboa-São Paulo: Verbo, 2009. v. III.
- SILVA, Larissa Marila Serrano da. *A construção do juiz das garantias no Brasil: A superação da tradição inquisitória*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Faculdade de Direito – UFMG. 2012.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Juiz das garantias: o inquérito policial deve compor os autos do processo? *Revista de doutrina e jurisprudência*. 55. Brasília. 111 (1). jul-dez 2019, p. 10-27.
- TOLDO, Nino Oliveira, Juiz das garantias: como implementá-lo? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: v. 30, n. 350, janeiro de 2022, p. 4-5.
- VALDIVIELSO GARCÍA, YOLANDA. *La personación procesal ante el juzgado de instrucción y de menores*. Barcelona: Jose María Bosch Editor. 2018.
- VAN RUYMBEKE, Renaud. *Le juge d'instruction*. Paris: Presses universitaires de France, 2016. Collection Que sais-je?



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A constitucionalidade do juiz de garantias previsto pela Lei 13.964/2019, de Allan Dias Lacerda e Alexandre de Castro Coura – *RT* 1036/79-95;
- O juiz de garantias no Brasil e no Chile: breve olhar comparativo, de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho e Bruno Augusto Vigo Milanez – *RBCCrim* 168/93-123; e
- Sobre a constitucionalidade do juiz de garantias: uma análise das medidas liminares deferidas nas ADIS 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 a partir da teoria dos espaços dogmáticos de Robert Alexy, de André Machado Maya e Pietro Cardia Lorenzoni – *RBCCrim* 174/151-176.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes; FRANCISCO, José Carlos. Juiz das Garantias: constitucionalidade e compatibilidade com a experiência europeia.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 196. ano 31. p. 227-248. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v196i196.82].