

O JUIZ DE GARANTIAS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA VITÓRIA DE PIRRO

THE PRELIMINARY JUDGE AND THE SUPREME COURT: A PYRRHIC VICTORY

Danielle Nogueira Mota Comar

Doutoranda em Direito do Estado pela UFPR. Mestre em Processo Penal pela USP. Juíza de Direito da 9ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6950638714701265>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-3080-2262>

dnogueiramota@yahoo.com.br

Marco Aurélio Nunes da Silveira

Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Professor de Direito Processual Penal e Criminologia da UFPR. Professor titular do Doutorado em Ciências Penais da Universidad San Carlos de Guatemala. Presidente fundador do Observatório da Mentalidade Inquisitória (Gestão 2016–2020).

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6931615599694788>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1375-3920>

marconuneschw@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10188775>

Resumo: A Lei 13.964/2019 introduziu a figura do juiz das garantias na persecução penal brasileira. Após período de eficácia suspensa, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a constitucionalidade do instituto, porém com ressalvas. A reforma legal aprovada já se mostrava insuficiente e as limitações operadas pelo STF reduziram, ainda mais, o potencial do novel instituto. O presente texto analisa os desacertos da decisão e defende o contínuo aperfeiçoamento ao juiz de garantias, com a ampliação de sua atuação também no que deve ser a fase intermediária da persecução penal, como medida redutora de potenciais danos à imparcialidade e promotora de melhor racionalidade no emprego de tempo e recursos públicos.

Palavras-chave: Processo penal; Sistema de duplo juiz; Etapa intermediária da persecução penal; Juízo de admissibilidade da acusação; Imparcialidade jurisdicional.

Abstract: The promulgation of the Law 13,964/2019 introduced the role of the preliminary judge in the Brazilian criminal prosecution. After a period of suspended effectiveness, the Supreme Court declared the constitutionality of the institute; however, with reservations. The approved legal reform was already insufficient and the limitations operated by the Supreme Court further reduced the potential of the new institute. This text analyzes the mistakes in the decision and defends the continuous improvement of the preliminary judge, with the expansion of their role also in what should be the intermediate phase of criminal prosecution, as a measure to reduce potential damage to impartiality and promote better rationality in the use of public time and resources.

Keywords: Criminal proceedings; Double-judge system; Intermediate phase of criminal prosecution; Judgment of admissibility of the accusation; Judicial impartiality.

1. Introdução

Entre diversas alterações processuais, a Lei 13.964/2019 (mais conhecida como “Pacote Anticrime”) introduziu a figura do juiz das garantias (artigos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal – CPP), com previsão de atuação na primeira fase da persecução penal, devendo zelar pelo controle da legalidade da investigação, pelos direitos e garantias fundamentais de todos os participantes dessa primeira fase da persecução penal, bem como de realizar o juízo de admissibilidade da acusação. Sua eficácia, todavia, permaneceu suspensa por força de medida liminar concedida nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF, que foram finalmente julgadas em agosto de 2023, declarando-se a constitucionalidade do juiz das garantias, porém com ressalvas e importantes alterações no conteúdo normativo do instituto.

O texto aprovado pelo Congresso Nacional, mesmo antes da intervenção do Supremo Tribunal Federal (STF), já não se tratava da reforma ideal da legislação Processual Penal pátria, mas podemos dizer que era a reforma possível para o momento, ou seja, a redação era insuficiente e passível de críticas, porque poderia ter avançado em vários aspectos.

Todavia, após as alterações promovidas pelo STF, o juiz das garantias brasileiro — que, repisamos, já não era o ideal, se comparado a figuras semelhantes em outros ordenamentos jurídicos — se tornou mais longínquo, ainda, do que deveria ser. A Suprema Corte, a pretexto de promover interpretação conforme a Constituição, acabou por atuar como legislador positivo e deu um passo atrás em relação ao que deveria ser o juiz das garantias.

Nesse contexto, o presente texto traz à tona a necessidade de debater a introdução de uma fase intermediária atenta às necessidades de aperfeiçoamento da persecução penal brasileira, a partir da compreensão

do mais amplo papel possível para o juiz das garantias, e não só como garantidor da legalidade da fase de investigação, como resultou da decisão da Corte Constitucional.

2. A introdução do juiz das garantias pela Lei 13.964/2019: a reforma possível, mas não a ideal

A aprovação do juiz de garantias foi, sem dúvida, um grande avanço para o sistema Processual Penal brasileiro. Porém o modelo adotado ficou aquém do potencial que o novo ator processual poderia desenvolver.

Sua implantação tem sido discutida na academia brasileira, pelo menos, desde 2009, quando idealizado no anteprojeto de reforma global do novo CPP, ainda que não seja uma invenção brasileira e tenha chegado por aqui, aliás, muito tardiamente.

Em perspectiva comparada, guardadas as peculiaridades de cada sistema, vale dizer que ordenamentos tais como os da Itália (que contempla dois juízes com atuação prévia ao juízo de mérito: *giudice per le indagini preliminari* e *giudice dell'udienza preliminare*), Portugal (juiz de instrução), Espanha (*juez de instrucción*), Chile (*juez de garantía*), Uruguai (*juez de garantía*) e México (*juez de control*), sem prejuízo de diversos outros, adotam o sistema do “duplo juiz”, inclusive com competências mais amplas do que aquelas previstas na Lei 13.964/2019.

No âmbito dos códigos processuais penais reformados latino-americanos, a título de exemplo, nos quais se implementou a verdadeira etapa intermediária, além de realizar o juízo de admissibilidade da acusação, o juiz de garantias também promove a preparação do juízo de mérito, função que se desdobra em três principais aspectos: delimitação do conteúdo do processo, controle da atividade probatória das partes e saneamento processual.

Assim, naqueles ordenamentos, cabe ao juiz de garantias, na etapa

intermediária, além de receber a denúncia, entre outras funções: a) estabelecer os limites do mérito do caso penal, a partir das teorias do caso propostas pelas partes (o que delimita as fronteiras de cognição durante a etapa processual); b) garantir que as partes tiveram amplo acesso aos elementos de conhecimento produzidos durante a investigação; c) controlar a admissibilidade das provas que as partes pretendem apresentar em juízo, o que permite que a exclusão de eventuais provas ilícitas seja feita na fase intermediária, de modo que o juiz do processo sequer tenha contato com (e conheça) a ilicitude probatória; d) resolver definitivamente eventuais nulidades ocorridas até o encerramento da etapa intermediária (como as relativas à peça acusatória e à citação), o que reduziria, em alguma medida, o número de recursos e *habeas corpus*.

Vale ressaltar, ainda, que nos ordenamentos jurídicos reformados da Hispanoamérica, a etapa intermediária ocorre em audiência, de modo que os debates contraditórios sobre os temas envolvidos se realizam de forma imediata, com soluções muito rápidas e adequadas aos interesses das partes e da jurisdição.

Contudo, para além do juízo de admissibilidade da acusação, nenhuma daquelas competências típicas da etapa intermediária (segundo a experiência estrangeira) estava contemplada no texto da Lei 13.964/2019, razão pela qual sustentamos que o juiz de garantias brasileiro (e o que seria a recém-inaugurada etapa intermediária de nosso CPP) representava a “reforma possível e não a reforma ideal” (Nunes da Silveira, 2019, p. 215).

Apesar disso, o texto da Lei 13.964/2019 assegurava a separação entre as fases de investigação e do processo, uma vez que previa o juízo de admissibilidade da acusação promovido pelo juiz de garantias. Assim, nos moldes da experiência estrangeira, adotava-se o consagrado sistema do “duplo juiz”, tudo com vistas a assegurar a imparcialidade do julgador do mérito, na forma preconizada por **Francesco Carnelutti** (1962, p. 57-58), já nos anos 1960, quando propôs que deveria existir um “diafragma” entre a fase preliminar e a fase definitiva.

Com efeito, décadas depois de *il Maestro udinese* ter apresentado aquela lição, outros campos do saber contribuíram para demonstrar a indispensabilidade do diafragma entre as fases da persecução penal. De fato, a psicologia cognitiva, para citar apenas um exemplo, explica como, no processo decisório humano, quando há a necessidade de optar por uma dentre várias alternativas, a irracionalidade pode se fazer presente.

Faz parte do senso comum a noção de que os seres humanos decidem sempre de forma racional e objetiva, quando, em verdade, nossos processos decisórios estão marcados por indelével subjetividade e por fenômenos capazes de prejudicar (às vezes de forma severa) aquela pretensa racionalidade.

Assim, uma vez que o juiz também é um ser humano, é certo que está sujeito a heurísticas e vieses no processo de tomada de decisão. Ainda que atue imbuído, como deve ser, pela força ética condutora da imparcialidade, jamais estará imune a valer-se de atalhos cognitivos (heurísticas) quando da tomada de decisão, que podem conduzir a erros de julgamento (vieses) e, assim, colocar em xeque a própria imparcialidade e, conseqüentemente, afetar a qualidade da instrução e a legitimidade da decisão judicial.

São vários os exemplos de heurísticas e vieses estudados pela psicologia cognitiva que podem influenciar o processo decisório. Assim, a heurística da disponibilidade, heurística da representatividade, heurística do excesso de confiança, o viés de confirmação, viés de ancoragem e ajustamento, viés do trancamento (*lock-in effect*), viés de custo perdido (*sunk cost bias* ou viés de custo afundado), escalada do comprometimento e viés de aversão à perda, entre outros, podem ocorrer — e ocorrem — no processo penal, fato que justifica, desde saberes extrajurídicos, a implementação do juiz das garantias e a exclusão dos autos da investigação preliminar da fase processual (Comar, 2022, p. 252).

Tais incidências não operam no plano da consciência e são potencializadas pela própria arquitetura dos procedimentos penais brasileiros, uma vez que desprovidos de separação entre as fases preliminar e do processo e/ou de efetivo debate entre as partes na fase investigatória.

É inumano exigir do juiz que, simplesmente, esqueça tudo que já analisou na fase investigativa e adentre à fase processual livre de prejulgamentos (Zanoide de Moraes, 2010, p. 22). Só com uma “lobotomia epistêmica” (Gallardo Frías, 2018, p. 58) é que se poderia esperar um juiz com *virgin mind* (Silveira Filho, 2015, p. 56), isento de qualquer prévio conhecimento parcial marcadamente do órgão acusatório. Não há tábua rasa.

Nessa linha, a adoção de um sistema de duplo juiz ao longo da persecução penal (um para a investigação e juízo de admissibilidade e outro para a instrução e julgamento) é mecanismo “precaucional antienviesante, em reforço à imparcialidade objetiva no âmbito do processo penal” (Costa, 2018, p. 161). É, portanto, um mecanismo de proteção do próprio magistrado contra possíveis decisões enviesadas (Comar, 2022, p. 253).

A atuação do juiz do processo na fase da investigação, portanto, pode acabar funcionando como um *nudge* (em português, “dar um empurrãozinho”, “cutucar”) ou um estímulo (*trigger*) enviesador, que pode prejudicar a correta realização da instrução e conduzir à tomada de decisões tendenciais e potencialmente parciais. A imparcialidade é uma meta a ser alcançada (Coutinho, 2019, p. 37), um ideal esperado na atuação do julgador, contudo não se pode ignorar as inúmeras circunstâncias que podem dirigir, de forma não intencional, o entendimento do juiz do processo.

Avançando na compreensão dessa dimensão, o legislador brasileiro optou, dentro de sua esfera constitucional legislativa, por uma nova divisão funcional de competência: um juiz para a fase de investigação (o juiz das garantias) e outro juiz para a fase de instrução e julgamento. O legislador, também estritamente dentro de suas esferas de atribuições, optou por atribuir, como termo final de atuação do juiz das garantias, o recebimento ou a rejeição da ação penal, de modo a concretizar o diafragma carneluttiano no processo penal brasileiro.

Esse último avanço, lamentavelmente, foi afastado pelo STF, que manteve o juízo da acusação nas mãos do juiz de instrução e julgamento. Passamos, então, a analisar a decisão da Corte Constitucional.

3. O STF como legislador positivo: deixa de existir a etapa intermediária no Processo Penal brasileiro

A Lei 13.964/2019 textualmente atribuía ao juiz das garantias a análise do recebimento da peça acusatória, ao dispor, no art. 3º-C do CPP, que sua competência “abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código”. E, ainda, no art. 3º-B, inciso XIV, ao dispor que lhe competia “decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código”.

Todavia o STF, agindo como verdadeiro legislador positivo, alterou substancialmente tal previsão, ao antecipar o término das atribuições do juiz das garantias. Por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 3º-B, do CPP, da expressão “recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código” e do termo “recebida” contida no art. 3º-C, § 1º, do CPP, para, em suma, atribuir interpretação conforme e assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o “oferecimento” da denúncia.

Com isso, promoveu-se uma tremenda involução no ponto que, certamente, era a coluna-mestra do novo instituto.

Lamentavelmente, ao deixar de observar a esmagadora maioria das considerações doutrinárias, a Corte retirou do rol das atribuições do juiz das garantias o juízo de admissibilidade da ação penal, atribuindo-o ao juiz de instrução e julgamento. Já alertamos, em mais de um escrito, como também o fizeram diversos outros autores, que a Lei 13.964/2019, acertadamente, atribuía ao juiz das garantias o juízo de admissibilidade da peça acusatória, evitando a contaminação do juiz de instrução e julgamento com os elementos unilaterais da investigação (Comar, 2022, p. 450; Nunes da Silveira, 2019, p. 212).

Como consequência, o STF também declarou a inconstitucionalidade, com redução de texto, dos §§ 3º e 4º, do art. 3º-C, do CPP, e atribuiu “interpretação conforme” para entender que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias (em outras palavras, os autos da investigação preliminar) serão, sim, remetidos ao juiz de instrução e julgamento.

Em suma, caberá ao juiz de instrução e julgamento a análise quanto ao recebimento ou a rejeição da ação penal, com acesso à integralidade dos autos de investigação.

Nesse ponto, foi uma vitória de Pirro! Tanto esforço acadêmico e legislativo para, ao final e ao cabo, o centro nevrálgico justificador do juiz das garantias ser destruído: aniquilou-se o diafragma carneluttiano que deveria ter sido inserido na legislação brasileira.

Partindo da premissa de que o objetivo da criação de atuação dos juizes é reforçar a imparcialidade, blindando o julgador do mérito da influência dos

elementos de informação colhidos na fase preliminar, a atribuição do juízo de admissibilidade ao juiz de instrução e julgamento fere toda a lógica de não contaminação.

De fato, para que o magistrado do processo exerça adequadamente o juízo de prelibação, ele deverá ter um olhar atento sobre as condições da ação Processual Penal. Ocorre que, para tal mister, o que se dispõe, até o momento da persecução, é única e exclusivamente o caderno investigatório inquisitivo embasando a acusação oferecida. Nesse cenário, a dinâmica da contaminação persistirá, mesmo com a cisão de julgadores, considerando que o juiz da instrução e do julgamento deverá se debruçar sobre os elementos de informação para aferir a existência ou não de lastro probatório mínimo.

No fim das contas, após decisão do STF, remanescem apenas, como principais atribuições do juiz das garantias, as competências de zelar pelo controle da legalidade da investigação e pelos direitos e garantias fundamentais de todos os envolvidos na investigação. Isso é importante, mas é muito pouco para toda a potencialidade desse órgão julgador.

Embora não se desmereça o enorme avanço no processo penal brasileiro, é preciso (agora mais ainda) lapidar a ideia da reforma e seguir promovendo o debate de propostas para o futuro aperfeiçoamento e melhor aproveitamento de todo o potencial do juiz das garantias.

4. Considerações finais

O processo penal brasileiro é, na essência, inquisitório (Coutinho, 2018, p. 25 *et seq.*). Não há separação entre as fases de investigação e do processo, o que permite automatismos e passamentos acrílicos de uma fase para a outra; o juiz tem ampla liberdade probatória, inclusive antes do processo;¹ o juiz tem liberdade sobre a gestão do conteúdo do processo e algumas medidas cautelares podem ser determinadas de ofício.

A reforma parcial promovida com a inclusão do juiz das garantias, na moldagem alinhada na Lei 13.964/2019, pretendeu fixar um sistema com estrutura acusatória e minimizar os riscos de parcialidade, com a implementação do juiz das garantias. Quando se previu ao juiz das garantias a competência pelo juízo de admissibilidade da acusação e a exclusão dos autos de investigação preliminar da fase processual, criou-se, ainda que de forma incipiente, uma fase intermediária na persecução penal brasileira.

Tudo isso caiu por terra quando a Corte Constitucional, ao atribuir interpretação conforme, reduziu o rol de atribuições de juiz das garantias, conferindo ao juiz de instrução e julgamento a competência quanto ao juízo de admissibilidade da acusação e o acesso integral aos autos da investigação preliminar. Portanto, a antes incipiente fase intermediária agora é vazia e inexistente.

A despeito da frustrante limitação ao juiz das garantias pela moldagem dada ao instituto pelo STF — o que nesse ponto é uma vitória de Pirro — ainda é possível dizer que avançamos, embora a passos tímidos e muito tardiamente, para um sistema que pretende preservar a imparcialidade judicial. Ao menos consagrou-se a constitucionalidade do juiz das garantias.

Uma das frentes em busca de um processo penal democrático e adequado aos axiomas constitucionais segue sendo a defesa da plena adoção de um procedimento trifásico, com a introdução de uma fase intermediária entre a fase de investigação e a fase de instrução e julgamento. As duas primeiras devem ser conduzidas pelo juiz das garantias, cuja competência, a despeito do entendimento da Corte Constitucional, deve cessar com o recebimento da denúncia.

Urge, portanto, estender suas funções para o juízo de admissibilidade da acusação e, para além disso, agregar outras competências capazes de favorecer ainda mais a imparcialidade jurisdicional, como a filtragem probatória, a delimitação do conteúdo do processo penal, de acordo com as teorias do caso das partes e o saneamento processual.

Como já defendemos, um juiz de garantias ideal — e uma etapa intermediária ideal — poderia ter ido muito além do próprio texto da Lei 13.964/2019 (Comar, 2022, p. 529 *et seq.*; Nunes da Silveira, 2019, p. 212 *et seq.*), inclusive como forma de racionalizar os temas e tempos da persecução penal, valorizar a atuação jurisdicional de primeira instância, reduzir o número de recursos, entre outros avanços.

Diferentemente do que os debates no STF fizeram parecer, as competências do juiz de garantias para a etapa intermediária (juízo de admissibilidade da acusação e preparação do juízo de mérito) não se restringem apenas a reduzir o risco de parcialidade, mas podem contribuir para uma evolução substancial da persecução penal no Brasil.

Notas

¹ O STF demonstrou, nos julgamentos das ADIs que questionavam a constitucionalidade do juiz das garantias, nutrir uma incondicional confiança na atuação do magistrado brasileiro, ao atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP. A redação dessa inovação positivava a estrutura acusatória, vedando a iniciativa do juiz na fase de

investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Mas o STF assentou que o magistrado pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito.

Referências

CARNELUTTI, Francesco. *Intervento (Atti del Convegno La riforma del processo penale, Venezia, 1961)*. In: DE LUCCA, Giuseppe. *Primi problemi della riforma del processo penale*. Florença: Sansoni, 1962, p. 57-58.
COMAR, Danielle Nogueira Mota. *Imparcialidade e juiz das garantias*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.
COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018.
COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da *et al.* (Orgs.). *Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*, v. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 25-62.
COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da *et al.* (Orgs.). *Observações sobre a propedêutica processual penal: escritos do Prof. Jacinto*

Nelson de Miranda Coutinho, v. 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 25-66.
GALLARDO FRÍAS, Eduardo. Conferencia Inicial del Tercer mentalidade inquisitoria. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: Estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. v. 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 49-66.
NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. A etapa intermediária e o juiz de garantias no processo penal brasileiro: um passo importante e insuficiente. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 33, n. 3, p. 189-221, 2019. <https://doi.org/10.5335/rjd.v33i3.10515>
SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Introdução ao Direito Processual Penal*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Quem tem medo do "juiz das garantias"? *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, ed. especial, 2010, p. 22.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por

este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** a autora garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil)

NUNES DA SILVEIRA, M. A.; NOGUEIRA MOTA COMAR, D. O juiz de garantias e o Supremo Tribunal Federal: uma vitória de Pirro. *Boletim IBCCRIM*, [S. l.], v. 31, n. 373, [s.d.],

DOI: 10.5281/zenodo.10188775. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/781. Acesso em: 22 nov. 2023.

Autores convidados