

QUEM TEM MEDO DO JUIZ DAS GARANTIAS? UMA ANÁLISE ACERCA DOS REAIS OBSTÁCULOS AO SISTEMA ACUSATÓRIO

WHO IS AFRAID OF THE GUARANTEE JUDGE?
AN ANALYSIS ABOUT REAL OBSTACLES TO THE ACUSATORY SYSTEM

Tainá Ferreira e Ferreira

Mestre e Doutoranda em Direito pela UFPA. Especialista em Ciências Criminais pela PUC/MG. Professora Substituta na UFPA. Assessora no TJ/PA.

ORCID: 0000-0003-2291-9280

ferreira.taina@yahoo.com.br

Resumo: Este artigo busca tratar do chamado juiz das garantias, medida instituída através da Lei 13.964/2019 e sua importância para a real efetivação do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, considerando as decisões dos Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux na ADI 6299 MC/DF e a atual situação de suspensão da aplicação desse e de outros institutos, o questionamento posto é se a resistência à implantação ao juiz das garantias decorre da dificuldade de superação real de um sistema inquisitório no Brasil. A análise do tema perpassa por uma breve discussão acerca do conteúdo das decisões mencionadas, à luz da perspectiva garantista de Ferrajoli e de processualistas brasileiros, que indicam que os argumentos contra a medida decorrem de uma dificuldade de compreensão do que realmente consiste o sistema acusatório e como este é uma exigência da Constituição Federal.

Palavras-chave: Juiz das garantias, Sistema Acusatório, Constituição, Lei 13964/2019.

Abstract: This article seeks to deal with the so-called guarantees judge, a measure instituted through Law 13.964/2019 and its importance for the real effectiveness of the accusatory system in the Brazilian legal system. In this sense, considering the decisions of Ministers Dias Toffoli and Luiz Fux in ADI 6299 MC/DF and the current situation of suspension of the application of this and other institutes, the question raised is whether the resistance to implantation to the judge of guarantees is due to the difficulty of overcoming of an inquisitorial system in Brazil. The analysis of the theme goes through a brief discussion about the content of the mentioned decisions, in the light of the guaranteeist perspective of Ferrajoli and of Brazilian proceduralists, who indicate that the arguments against the measure stem from a difficulty in understanding what the accusatory system really consists of and as this is a requirement of the Federal Constitution.

Keywords: Judge of Guarantees, Accusatory System, Constitution, Law 13964/2019.

INTRODUÇÃO

Aury Lopes Jr (2019, p. 34), ao tratar dos fundamentos da existência do processo penal afirma que hoje, com o fenômeno da recepção dos direitos naturais pelas modernas constituições democráticas, o desafio é dar eficácia a esses direitos fundamentais. O processo penal contemporâneo, portanto, somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição.

A reflexão do doutrinador é absolutamente coerente com as discussões provocadas pela tramitação e aprovação da Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, reforma legislativa nascida no bojo da Operação Lava Jato e dentro de um contexto político de grandes ataques à Democracia. A legislação em questão trouxe, de maneira geral, modificações no Código Penal, Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal. Não é possível encontrar harmonia nesta nova Lei; há avanços e retrocessos em um conjunto paradoxal de mudanças resultantes de um processo legislativo marcado pela ausência de diálogo com a academia e a sociedade. É esse cenário que justifica a proposta deste artigo de questionar se a resistência à implantação ao juiz das garantias decorre da dificuldade de superação real de uma mentalidade inquisitória no Brasil.

Para uma breve análise da questão, será adotado o método dedutivo, a partir da escolha do referencial teórico garantista, pautada em uma pesquisa bibliográfica com base em autores processualistas brasileiros como Aury Lopes Jr e Lenio Streck, que dialogam com a teoria italiana no contexto brasileiro. Ademais, a fim de estabelecer um estudo qualitativo da temática serão analisadas as decisões dos Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298, que suspenderam a aplicação de diversos dispositivos da Lei 13.964/2019, entre eles o juiz das garantias.

1. (RE)NASCIMENTO DO JUIZ DAS GARANTIAS

Em 24 de dezembro de 2019 foi publicada a Lei 13.964, que apresentou uma substancial reforma em alguns dispositivos do Código de Processo Penal vigente desde 1941. Dentre as tratativas mais polêmicas que foram aprovadas, a figura do chamado juiz das garantias ganhou destaque, tornando-se notícia nos meios de comunicação e provocando debates calorosos no âmbito jurídico.

Em que pese só tenha sido instituído com a Lei 13.964/19, a proposta já existia desde o Projeto de Lei 156/2009 do Senado Federal, distribuído na Câmara dos Deputados sob o número 8.045/2010. Ocorre que houve uma opção legislativa, que priorizou a análise dos Códigos de Processo Civil e Comercial, deixando a análise

esquecida por todo esse tempo (MOSCATELLI; ARIANO, 2020, p.18).

Há uma proximidade da figura proposta na legislação brasileira com a que existe no sistema italiano (*giudice per le indagini preliminari* – art. 328 do CPP italiano), onde o magistrado não determina os rumos da investigação, atua apenas quando provocado, sendo responsável pela salvaguarda dos direitos do investigado e pela legalidade dos atos (MOSCATELLI; ARIANO, 2020, p.18).

No ordenamento brasileiro, de acordo com o artigo 3º-A, o processo penal terá estrutura acusatória e os dispositivos subsequentes, até o artigo 3º-F, detalham as atribuições do magistrado a que couber exercer a função de juiz das garantias, determinando que este atue até o recebimento da denúncia. Em seguida, o processo deverá seguir para o juiz da instrução e julgamento.

Streck e Rocha (2020, *online*) são incisivos ao afirmar que a Constituição, através de seu artigo 5º, assegura garantias e direitos fundamentais individuais e coletivos, que não devem ser mitigados sem o devido processo legal, advindo especialmente do respeito às regras do jogo e da oportunidade de os jogadores explanarem seus pontos de vista amplamente e de se contraporem aos demais argumentos apresentados.

A necessidade de um juiz imparcial decorre, portanto, de uma exigência constitucional e isto somente torna-se possível e plausível a partir do momento da efetiva separação entre as fases de um procedimento penal, especialmente quando se tem um Inquérito Policial no qual o contraditório e ampla defesa são mitigados.

De acordo com **Thibau** (2018, p.138-139), no modelo normativo de Estado Constitucional de Direito, os juízes assumem a condição de garantes da legalidade cuja função é garantir quaisquer direitos e ainda o exercício legal dos denominados poderes público e privado. Assim, tanto como poder estatal, como contrapoder, a jurisdição sobressai nas cogitações garantistas.

O que se pretende esclarecer, portanto, é que mesmo antes da Lei 13.964/19, o processo penal brasileiro já deveria observar o sistema acusatório. Caso contrário, existiria uma clara violação a uma série de direitos e garantias fundamentais e, especialmente, um desrespeito à divisão de funções realizadas pela própria norma constitucional.

1.1. Sistemas e suas definições

Conforme apresenta **Lopes Jr** (2019, p. 179-181), a origem do sistema acusatório remonta ao direito grego, sendo desenvolvido através da participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Hoje, as principais características da forma acusatória são a distinção entre as atividades de acusar e julgar; iniciativa probatória como atribuição das partes; juiz atuando como terceiro imparcial; tratamento isonômico das partes; contraditório e possibilidade probatória; e possibilidade de impugnar as decisões e duplo grau.

O sistema inquisitório, de acordo com **Lopes Jr** (2019, p. 184-186), surge em substituição ao acusatório em um processo que ocorreu ao longo do século XII até o XIV. Nesse contexto, a “verdade real” torna-se justificativa plausível para qualquer meio utilizado para seu alcance, um modelo absolutamente incompatível com o Estado de Direito.

Como bem coloca **Ferrajoli** (2008, p.177), existem duas acepções para compreender o papel do direito/processo penal na Democracia. A primeira trata-se da percepção da democracia como de um governo da maioria. Nesses termos, o direito penal tende à sua maximização, pois se volta para atender aos fins desta maioria considerada como cidadã, excluindo aqueles vistos e taxados como perigosos. Por outro lado, é possível compreender a democracia como um direito de todos, onde o direito/processo penal deve observar as garantias

de todos os indivíduos, assumindo, se necessário, um papel contramajoritário.

Na primeira acepção, existe um ambiente propício para o sistema inquisitório predominar, tendo em vista que as garantias se tornam secundárias. Entretanto, na segunda não é possível concebê-lo pelo simples fato de não haver espaço para flexibilização de direitos fundamentais.

De acordo com **Marques** (2009, p.142), pensar o processo penal no contexto do Estado Democrático de Direito pressupõe a compreensão histórica de que a modernidade já superou os paradigmas anteriores do Estado Liberal e do Estado Social. Assim, o poder, que na visão liberal, precisava de freios para evitar o arbítrio e, na visão social, devia intervir para promover a igualdade, agora deve se adequar ao ideal democrático.

Como obstáculo à real democratização, tem-se a verdade posta como finalidade do procedimento penal. Para **Marrafon** (2014, *online*), o que ocorre no processo penal é um fenômeno onde o sujeito que julga atribui sentido válido apenas às manifestações, que confirmam seu entendimento prévio, desprezando provas e evidências em sentido contrário.

Ferrajoli (2002, p. 461) apresenta os modelos de juízes-magistrados e juízes-cidadãos, enquanto no sistema acusatório convém um juiz espectador que observe os fatos com imparcialidade. No rito inquisitório, tem-se um juiz ator que representa o interesse punitivo.

A partir, portanto, desse contexto constitucional é possível compreender a relevância da reforma realizada a partir da Lei 13.964/19: eis que trouxe à luz o sistema já estabelecido através dos dispositivos da Constituição.

2. E O JUIZ DAS GARANTIAS?: ANÁLISE DA ADI 6298MC/DF

Foram três ações diretas de inconstitucionalidades, com pedido de liminar, ajuizadas em face da Lei 13.964/19, especialmente quanto à instituição do chamado juiz das garantias.

Em 15.01.2020, o Ministro **Dias Toffoli** proferiu decisão na qual suspendeu a eficácia dos artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F, inseridos pela Lei, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deveria ocorrer no prazo máximo de 180 dias.

Em 22.01.2020, o Relator Ministro **Luiz Fux**, revogou a decisão de **Toffoli** e concedeu a liminar pleiteada nas ações para suspender os dispositivos impugnados. A seguir, serão apresentados os principais argumentos adotados pelos ministros no julgamento das liminares das ações.

2.1. Decisão Ministro Dias Toffoli

Ao tratar do tema, **Toffoli** (BRASIL, 2020, *online*) declarou que a ordem constitucional brasileira consagra, a partir do art. 129, I da CF, que cabe ao Ministério Público a titularidade da ação penal, ou seja, o sistema acusatório, o qual se caracteriza pela nítida divisão entre as funções de investigar e acusar e a função de julgar, sendo o réu sujeito de direitos.

Nesses termos, para o Ministro a instituição do “juiz das garantias” veio reforçar o modelo penal preconizado pela Constituição de 1988. Para ele, tal medida constitui um avanço sem precedentes em nosso processo penal, o qual tem, paulatinamente, caminhado para um reforço do modelo acusatório.

Ressaltou, portanto, que do ponto de vista material, a instituição do juiz das garantias buscou densificar a exigência de imparcialidade do julgador, sendo instituto que corrobora os mais avançados parâmetros internacionais relativos às garantias processuais.

Destacou ainda o Ministro, que não se trata de uma reestruturação, mas sim de uma reorganização da estrutura vigente. Não haverá órgãos ou competências novas, mas apenas uma divisão funcional daquilo que já existe.

O Ministro afirma expressamente, que se trata mais de críticas no plano prático e não propriamente legal e constitucional, tendo em vista que o objetivo da medida é minimizar de forma mais efetiva os fatores de contaminação subjetiva do julgador do processo e reforçando sua imparcialidade.

2.2. Decisão Ministro Luiz Fux

O Ministro **Luiz Fux** (BRASIL, 2020, *online*), em sua decisão, ressaltou o papel do STF de não realizar um juízo eminentemente político, mas sim de análise da constitucionalidade à luz da Carta de 1988.

No que tange ao juiz de garantias, o destaque recai sobre a afirmação de que a criação do juiz das garantias *“não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país”* (BRASIL, 2020, *online*).

Ademais, para o Ministro não se deve generalizar que existe um comportamento de que qualquer juiz criminal tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Além disso, considera que não é possível inferir que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes seja repartir as funções entre juiz das garantias e juiz da instrução.

Em suma, com base nos argumentos supra, o Ministro determinou a suspensão, por tempo indeterminado, dos artigos 3º-A a 3º-F da Lei 13.964/2019.

3. AFINAL A QUE(M) SERVE O PROCESSO PENAL?

Em que pese as decisões representem uma análise preliminar que, por sua natureza, não implica em um aprofundamento dos questionamentos, curioso observar o contraponto existente nas decisões tomadas, em um curto intervalo, que parece sugerir a existência de ordem jurídicas diversas em um mesmo país.

No que tange ao voto do Ministro **Luiz Fux**, ainda que seja realizada a ressalva de que não cabe ao STF uma análise política e sim constitucional dos dispositivos impugnados, não há em nenhuma passagem da decisão menção às determinações da Constituição quanto à divisão de papéis entre as instituições e de como isto impõe também ao Judiciário que observe os pressupostos de um sistema acusatório, algo que **Toffoli** abordou em sua decisão.

Sabe-se que, de fato, a implantação do juiz das garantias requer uma reorganização do Poder Judiciário que, obviamente, implica em planejamento e custos. Entretanto, a argumentação que afirma que a alteração significa *“refundar o processo penal brasileiro”* se mostra em dissonância com a visão processual acusatória.

A título exemplificativo, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará divulgou uma notícia na qual informa que, desde 2008, o Judiciário do Pará conta com uma Vara para efetuar o controle e o exercício da atividade jurisdicional requeridos nos inquéritos policiais, demais peças informativas e outras providências. Na ocasião, destacou-se que a Vara funciona em moldes similares, nos conceitos e objetivos, ao estabelecido pela Lei 13.964/19 (COORDENADORIA DE IMPRENSA DO TPJA, 2020).

O Código de Processo Penal datado de 1941 sofreu, após a promulgação da Constituição de 1988, diversas reformas pontuais cujo fim era compatibilizar seus dispositivos, inicialmente inspirados no Código Rocco, com a carta constitucional. Destaca-se, porém, que, em que pese tais modificações, dispositivos como o art. 155

do CPP, que permite a utilização de provas produzidas no inquérito, permaneceram em vigência, havendo inclusive jurisprudência pacífica do STF pela aplicação do artigo. **Ferrajoli** (2008, p. 175-176) apresenta dois modelos de legalidade, que são apropriados para a discussão proposta. De acordo com autor, a estrita legalidade é uma técnica legislativa idônea para disciplinar e limitar o mais rigidamente possível a violência institucional e, em geral, o exercício dos poderes coercitivos através da determinação normativa de seus pressupostos. Por outro lado, a mera legalidade consiste na autorização legal para utilizar a violência.

Assim, nos termos do autor, pode-se compreender a estrita legalidade como validade, enquanto a mera legalidade se equipara à vigência, ou seja, no segundo caso a preocupação é apenas com a forma da lei, já no primeiro é necessária a verificação material do conteúdo desta lei, se ele é compatível com os ditames constitucionais.

A mera legalidade, portanto, explica a razão de ainda existirem tais dispositivos no CPP, pois são legais do ponto de vista formal, mas incompatíveis materialmente com a Constituição. Como bem coloca **Lopes Jr** (2019, p. 36), atualmente existe uma inegável crise da teoria das fontes, em que uma lei ordinária acaba valendo mais do que a própria Constituição, de maneira que não é raro aqueles que negam a Constituição como fonte, recusando sua eficácia imediata e executividade.

Dessa maneira, percebe-se que não há que se falar em uma legislação que refunda o processo penal, mas apenas na sua adequação expressa ao sistema adotado através da carta constitucional. Não há que se negar a necessidade de adequação estrutural do Poder Judiciário e os desafios que isso impõe, mas trata-se de uma necessidade frente a um Código, que condiz com as garantias e direitos fundamentais.

Isto leva a outra questão apontada pelo Ministro **Luiz Fux** acerca da imparcialidade dos juízes que, segundo o Ministro, não pode partir de uma *“presunção generalizada de que qualquer juiz criminal tem tendências de favorecimento à acusação”* (BRASIL, 2020, *online*). Para **Ferrajoli** (2002, p.464-465), os perfis de imparcialidade do juiz requerem garantias organizadas, que consistem do mesmo modo em separações: a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer a sua separação institucional dos outros poderes do Estado e, por outro lado, a difusão da função judiciária entre sujeitos não dependentes um do outro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante disto, percebe-se, através desta breve análise, que sem negar os problemas práticos de implantação do juiz das garantias, há certa resistência sobre a plena realização de um sistema acusatório. Em que pese o claro direcionamento constitucional, isto, por si só, não foi suficiente para conter as pulsões do sistema inquisitivo, sendo necessário trazer expressamente, através da legislação, novas medidas, a fim de efetivar o sistema que presa pela imparcialidade e observação do contraditório e ampla defesa.

A contrariedade das decisões dos Ministros do STF demonstra a dificuldade de tratar do afastamento do juiz da produção probatória de maneira total, inclusive indicando que existe uma mentalidade na qual o fim do processo penal não é a preservação de direitos, mas sim o alcance de uma suposta verdade real. O que se nota, até então, é que há uma necessidade urgente de enfrentamento da mentalidade inquisitória dos operadores de direito. As mudanças legislativas devem ser associadas com outras estratégias de ampliação da discussão da temática, pois somente assim o caminho para o sistema acusatório poderá se tornar menos tortuoso.

BIBLIOGRAFIA

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 15 de janeiro de 2020. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Disponível em: <<https://portal.stfj.us.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em: 04 mar. 2020.
- COORDENADORIA DE IMPRENSA DO TJPA. TJPA já tem sistema similar ao juiz de garantias. *TJPA*, Belém, 15 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/impress/imprensa/noticias/Informes/1031111-tjpa-entre-os-primeiros-em-juizado-de-garantias.xhtml>>. Acesso em: 15 fev. 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. 1. ed. Madrid: Trotta Editorial, 2008.
- LOPES JR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz: Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n 183, p. 141-154, jul./set. 2009.
- MARRAFON, Marco Aurélio. Quadro Mental paranoico não pode imperar na solução de casos jurídicos. *CONJUR*, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-14/constituicao-poder-quadro-mental-paranoico-nao-imperar>>. Acesso em: 10 jan. 2020.
- MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan; ARIANO, Raul Abramo. Juiz das garantias: A onda democrática em meio à maré do punitivismo rasteiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 330, mai. 2020.
- STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Jorge Bheron. A batalha: o velho inquisitismo não quer morrer – mas o novo nascerá. *CONJUR*. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/opinio-velho-inquisitismo-nao-morrer-nascera>>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- THIBAU, Vinicius Lott. *Garantismo e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2018.

Recebido em: 12/03/2020 - Aprovado em: 11/06/2020 - Versão final: 08/08/2020

DIREITO PENAL INTERNACIONAL ECONÔMICO: O SURGIMENTO DE UMA NOVA ESFERA DE RESPONSABILIZAÇÃO PARA AS EMPRESAS?

INTERNATIONAL ECONOMIC CRIMINAL LAW: A NEW LIABILITY FOR COMPANIES?

Helena Lobo da Costa

Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP. Livre Docente em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Advogada.
ORCID: 0000-0002-7117-7829
helena@cazadvogados.com

Chiavelli Fazenda Falavigno

Professora de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito da UFSC. Estágio pós-doutoral pela Universidade de Málaga. Doutora pela Universidade de São Paulo.
ORCID: 0000-0002-7264-2171
chiavelli.falavigno@gmail.com

Resumo: O artigo visa a apresentar aspectos introdutórios a respeito do chamado Direito Penal Internacional Econômico, que busca averiguar a participação e eventual responsabilização de empresas privadas em delitos que lesionem bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal Internacional.

Palavras-chaves: Direito Penal Internacional Econômico, Empresas Privadas, Responsabilidade Internacional.

Abstract: The article aims to present introductory aspects regarding the International Economic Criminal Law, which seeks to analyze the participation and eventual liability of private companies in crimes that harm legal interests protected by International Criminal Law.

Keywords: International Economic Criminal Law, Private Companies, International Liability.

Não são recentes as discussões sobre participações de pessoas jurídicas em processos penais no âmbito do Direito Penal Internacional. Já nos processos de Nuremberg, fatos relacionados às

empresas Friedrich Flick KG, Fa. Friedrich Krupp e I.G. Farbenindustrie AG,¹ dentre outras, foram objeto de exame pelo tribunal. Contudo, as perseguições dirigiram-se sempre contra as pessoas físicas.