

## O JUÍZO DAS GARANTIAS ENQUANTO IMPLEMENTADOR DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

### THE JUDGMENT OF GUARANTEES AS AN IMPLEMENTER OF THE ACCUSATORY SYSTEM IN THE BRAZILIAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

Gabriel da Silva Baptista<sup>1</sup>

**Resumo:** A proposta do presente artigo científico consiste em verificar se a imparcialidade judicial será assegurada com a adoção do Juízo das Garantias no Código de Processo Penal Brasileiro. Para tanto foi levantado o seguinte problema: o juízo das garantias implantado no processo penal brasileiro contribui para a efetiva imparcialidade judicial? Na sequência foi desenvolvida como hipótese: o juízo das garantias no processo penal brasileiro contribui para a imparcialidade judicial. Para isso abordar-se-á a respeito dos sistemas processuais penais existentes. Posteriormente, serão exemplificados dispositivos do Código de Processo Penal Brasileiro que afrontam o sistema processual penal adotado pela Carta Magna brasileira. E, apresentar-se-á o Juízo das Garantias propriamente dito. Quanto à metodologia empregada, registra-se que na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo e na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano. Nas considerações finais se concluiu que a adoção do juízo das garantias no Brasil contribuirá para a efetivação do sistema acusatório no processo penal, bem como assegurará a imparcialidade judicial, diante da postura equidistante do Magistrado julgador em relação às provas colhidas na fase inquisitorial.

---

1. Residente jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Pós-graduado em Ciências Criminais pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. Aluno da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. *E-mail:* baptistagabriel16@gmail.com

**Palavras-chave:** Juízo das garantias; Sistemas processuais; Sistema acusatório; Processo penal.

**Abstract:** The purpose of this scientific article is to verify whether judicial impartiality will be ensured with the adoption of the Judge of Guarantees in the Brazilian Code of Criminal Procedure. To this end, the following problem was raised: does the judgment of guarantees implemented in the Brazilian criminal process contribute to effective judicial impartiality? Following was developed as a hypothesis: the judgment of guarantees in the Brazilian criminal process contributes to judicial impartiality. For this, we will address the existing criminal procedural systems. Subsequently, devices of the Brazilian Code of Criminal Procedure that contradict the criminal procedural system adopted by the Brazilian Magna Carta will be exemplified. And, the Judgment of Guarantees itself will be presented. As for the Methodology employed, it is noted that in the Investigation Phase the Inductive Method was used and in the Data Treatment Phase the Cartesian Method. In the final considerations, it was concluded that the adoption of the judgment of guarantees in Brazil will contribute to the effectiveness of the accusatory system in criminal proceedings, as well as ensure judicial impartiality, given the equidistant posture of the judging Magistrate in relation to the evidence collected in the inquisitorial phase.

**Keywords:** Judgment of guarantees; Procedural systems; Accusatory system; Criminal procedure.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objeto o Juízo das Garantias como implementador do sistema acusatório no Código de Processo Penal Brasileiro.

O objetivo geral é verificar se o Juízo das Garantias implementará o sistema acusatório no Código de Processo Penal Brasileiro, ao tempo em que os objetivos específicos serão distribuídos por seções.

O problema que se desenvolve no decorrer deste artigo consubstancia no seguinte questionamento: O Juízo das Garantias implantado no processo penal brasileiro contribui para a efetiva imparcialidade do juízo?

Para tanto, visando buscar a confirmação ou não das hipóteses,

o trabalho foi dividido em 3 (três) seções.

Na Seção 2, aborda-se a respeito dos sistemas processuais penais e suas particularidades.

Na Seção 3, é feito um comparativo entre o Juízo das Garantias e os demais institutos jurídicos do Código de Processo Penal Brasileiro que fazem com que o magistrado se torne um juiz inquisidor.

Na Seção 4, discorre-se sobre o Juízo das Garantias enquanto procedimento que garante a imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro.

O presente artigo se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estipulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o Juízo das Garantias como implementador (ou não) do sistema acusatório no Código de Processo Penal Brasileiro.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo e na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano.

## **2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS**

No direito comparado, 3 (três) espécies de sistemas processuais são adotados pelos países em âmbito jurisdicional penal: sistema inquisitivo, sistema acusatório e sistema misto (Avena, 2023).

O sistema inquisitivo surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o Direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. Surgiu após o acusatório privado, com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática de delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares (Rangel, 2015).

No sistema inquisitivo, as funções de acusar, defender e julgar

encontram-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor (Lima, 2019).

Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 40) entende que:

Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. De fato, há uma nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento.

Não existe a obrigatoriedade de que haja uma acusação realizada por órgão público ou pelo ofendido, sendo lícito ao juiz desencadear o processo criminal *ex officio*. Na mesma linha, faculta-se ao magistrado substituir-se às partes e, no lugar destas determinar, também por sua conta, a produção das provas que reputar necessárias para elucidar o fato (Avena, 2017).

Portanto, o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhe foram trazidas pelas partes, mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação (Rangel, 2015).

Alexandre Morais da Rosa (2015, p. 57) aborda distinções entre o sistema inquisitório e acusatório:

No inquisitório, o juiz congrega, em relação à gestão de prova, funções de iniciativa e de produção, enquanto no acusatório essa atribuição é dos jogadores, sem que se possa promover sua produção. De outra face, no inquisitório a liberdade do condutor do feito na sua produção é praticamente absoluta, no tempo em que no acusatório a regulamentação é precisa, evitando que o juiz se aventure num papel que não é seu.

Acrescenta:

O magistrado passa de espectador para o papel de protagonista da atividade de resgatar subjetivamente a verdade do investigado (objeto), desprovido de contraditório, publicidade, com marcas indeléveis (cartas marcadas) no resultado, previamente colonizado. As-

sume, para tanto, uma postura paranoica na gestão da prova, longe do *fair play*.

Assim sendo, verifica-se que tal sistema contraria fortemente garantias constitucionais presentes em um autêntico Estado Democrático de Direito, devendo encontrar-se distante das sociedades contemporâneas, a fim de resguardar princípios basilares, dentre eles, a dignidade da pessoa humana.

O sistema acusatório vigorou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, no domínio do direito germano. A partir do século XIII entra em declínio, passando a ter prevalência o sistema inquisitivo. Atualmente, o processo penal inglês é aquele que mais se aproxima de um sistema acusatório puro (Lima, 2019).

Chama-se acusatório porque, à luz deste sistema ninguém poderá ser chamado a Juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias (Avena, 2017).

Nesse sistema há uma nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa (Rangel, 2015).

Nas palavras de Paulo Rangel (Rangel, 2015, p. 49), neste modelo processual a acusação e a defesa se contrapõem em igualdade de condições, e ambas se sobrepõem a um juiz, que atua de maneira equidistante e imparcial. Assim, há uma separação das funções de acusar, defender e julgar, caracterizando o processo como um legítimo *actum trium personarum*, ou seja, o ato de 3 (três) personagens: juiz, autor e réu.

Alexandre Morais da Rosa (2015, p. 58) destaca:

A separação das funções do juiz em relação aos jogadores se mostra como exigida pelo princípio da acusação, não podendo se confundir as figuras e funções, sob pena de violação da garantia da igualdade de tratamento. Deve haver paridade entre os jogadores, violentada flagrantemente pela aceitação dessa confusão entre acusação e ór-

ção jurisdicional, a saber, é vedada qualquer iniciativa probatória do julgador.

Aury Lopes Júnior (2019) entende que o afastamento do juiz da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador.

Para tanto, assim defende suas razões (Lopes Júnior, 2019, p. 47):

É a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-expectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual.

Segue na mesma linha, Alexandre Bizzotto (2019), ao discorrer que para a plena concretização do sistema acusatório, é vital que o magistrado fique ausente da iniciativa das provas e também de qualquer atuação acusatória sem que seja devidamente provocado pelo acusador.

Desta forma, conclui-se que as bases do sistema acusatório incluem a rigorosa observância das garantias constitucionais do acusado, sendo considerado um sujeito de direitos, não mais um objeto do processo. Prova disso está na regra de que o acusado responderá ao processo em liberdade, salvo nas hipóteses em que o seu comportamento, as consequências do ato e a natureza delitiva demonstrarem a necessidade da segregação cautelar.

O sistema misto tem fortes influências do sistema acusatório privado de Roma e do posterior sistema inquisitivo desenvolvido a partir do Direito Canônico e da formação dos Estados nacionais sob o regime da monarquia absolutista. Procurou-se com ele temperar a impunidade que estava reinando no sistema acusatório, em que sempre o cidadão levava ao conhecimento do Estado a prática de infração penal, fosse por desinteresse ou por falta de estrutura mínima e necessária para suportar as despesas inerentes àquela atividade, ou, quando levava, em alguns casos, fazia-o movido por um espírito de mera vingança (Rangel, 2015).

Nesse caso, continuava nas mãos do Estado a persecução penal, porém feita na fase anterior à ação penal e levada a cabo pelo Estado-juiz. As investigações criminais eram feitas pelo magistrado com sérios comprometimentos de sua imparcialidade, porém a acusação passava a ser feita, agora, pelo Estado-administração: o Ministério Público (Rangel, 2015).

Norberto Avena (2017) conceitua o sistema como misto, porquanto, ao mesmo tempo em que há a observância de garantias constitucionais, como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, se mantém alguns indícios do sistema inquisitivo, a exemplo da faculdade que assiste ao juiz quanto à produção probatória *ex officio* e das restrições à publicidade do processo que podem ser impostas em determinadas hipóteses. Acrescenta que o sistema misto, na atualidade, vem sendo chamado de inquisitivo garantista.

Nas palavras de Geraldo Prado (2006, p. 156):

Pode-se dizer que a ação penal, no sistema misto, exercitada pelo Ministério Público, pelo ofendido ou por qualquer pessoa (dividindo-se assim, conforme a peculiaridade dos ordenamentos jurídicos, em pública, de iniciativa privada e popular), caracteriza-se por ser indisponível, exercida pelo seu respectivo titular de acordo com os ditames do juízo de acusação ao qual chegam os integrantes da câmara ou tribunal de acusação, depois de apresentado, pelo juiz-insultor, o resultado das suas investigações.

Alexandre Morais da Rosa (2015) argumenta que, atualmente, os ordenamentos nacionais guardam, por contingências diversas, características de ambos os sistemas, ou seja, inexistente sistema puro. Daí que se fala equivocadamente de sistemas mistos. Entretanto, falar-se de sistemas mistos não pode se dar na modalidade sistemática por ausência de um significante. Com essa dupla face instaura-se uma dupla legalidade e verdadeira confusão sob aparência de sistema. Entende ser impossível um sistema misto.

Lopes Júnior (2019) também critica a noção de que a (mera) separação das funções de acusar e julgar seria suficiente e fundante para configuração do sistema acusatório, trata-se de uma concepção reducio-

nista, na medida em que de nada serve a separação inicial das funções se depois se permite que o juiz tenha iniciativa probatória, determine de ofício a coleta de prova (CPP, art. 156), decreta de ofício a prisão preventiva, ou mesmo condene diante do pedido de absolvição do Ministério Público (problemática do art. 385, CPP).

Portanto, os autores mencionados não compactuam com a ideia de existir um sistema processual penal misto, prevalecendo apenas o sistema inquisitivo, na hipótese do juiz discorrer sobre a gestão da prova, ou acusatório, quando a gestão da prova estiver somente nas mãos das partes.

### **3 DISPOSITIVOS QUE AFRONTAM O SISTEMA ACUSATÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

O Código de Processo Penal Brasileiro foi editado no ano de 1984, sob um contexto ditatorial, o que compreende a introdução de dispositivos de caráter inquisitivo, em que o magistrado competente detém de poderes falaciosos para ir atrás de provas e diligências no curso das investigações e do processo em juízo.

Neste artigo serão apresentados ao leitor, sem a pretensão de esgotar o tema, alguns dispositivos do estatuto processual penal que contrariam o sistema acusatório.

#### **3.1 Artigo 5º, inciso II do CPP**

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais precisamente, a introdução dos direitos fundamentais que, até então, só eram previstos em tratados internacionais ao qual o Brasil é signatário, o sistema processual penal acusatório começou a ganhar campo, apesar de ainda existirem resquícios inquisitórios no ordenamento jurídico brasileiro (Nucci, 2020).

O artigo 5º, inciso II, do CPP (Brasil, 1941) é um exemplo, ao dispor:

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

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Quanto a este dispositivo, Paulo Rangel (2015) se posiciona contrariamente à sua recepção pela CRFB/88, ao explanar que a imparcialidade, característica marcante do sistema acusatório, fica violada no momento que o magistrado toma conhecimento dos fatos supostamente criminosos e determina a instauração de inquérito policial ao delegado de polícia. No entender do autor, a legislação processual já permite que o magistrado, ao conhecer fatos que, em tese, admitam a persecução penal, remeta os autos ao Ministério Público para que adote as providências necessárias, na forma do artigo 40 do CPP.

Por sua vez, Geraldo Prado (2006) diverge do posicionamento anterior ao afirmar que tanto a determinação do juízo para instauração do inquérito policial quanto à comunicação dos fatos diretamente ao Ministério Público, o juiz elabora, ainda que provisoriamente, um juízo de valor sobre os indícios de autoria, dando origem a procedimentos oficiais, que não poderão ser desprezados.

No mesmo sentido, Norberto Avena (2017) aborda que a requisição para instauração de inquérito policial não viola o sistema acusatório, em razão do magistrado apenas estar determinando ao delegado de polícia que investigue fato que, supostamente, corresponde a uma conduta penalmente relevante, providência esta que não afasta, de modo nenhum, a sua isenção nem tampouco ofende o princípio acusatório.

Portanto, há posicionamentos para ambos os lados. Este autor se filia a corrente de que há violação na imparcialidade judicial no momento que o magistrado determina a instauração de inquérito policial à autoridade policial. Isto porque, ao determinar um juízo de valor já foi criado, diferentemente de uma mera comunicação dos fatos ao titular da ação penal, na forma do artigo 40 do estatuto processual penal.

### 3.2 Artigo 156, incisos I e II do CPP

Pode-se afirmar, logo de antemão, que é um dos institutos jurídicos mais discutidos na seara doutrinária, ao preceituar que (Brasil, 1941):

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

No tocante ao inciso I, Eugênio Pacelli desabona muito a sua validade ao expor que “não cabe ao juiz tutelar à qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição” (Pacelli, 2015, p. 11-12). Argumenta que o conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício da função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará.

No mesmo sentido, Avena (2018) alude que o condicionamento da atuação do juiz à urgência e relevância das provas a serem antecipadas, bem como à necessidade, adequação e proporcionalidade da providência ordenada, desloca o magistrado da função de julgador para o papel de investigador ou acusador, em ofensa ao modelo acusatório determinado pela Constituição Federal.

Contrariamente ao posicionamento anterior, Ada Pellegrini Grinover (Academia Brasileira de Letras Jurídicas) não vê óbice quanto à produção de provas cautelares por parte do magistrado durante as investigações preliminares, porém sugere uma condição para resguardar sua imparcialidade (Grinover, 1999):

Durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas função de determinar providências cautelares. Por isso, é oportuno

que o juiz da investigação prévia (a cargo do Ministério Público e/ou da polícia judiciária) seja diverso do juiz do processo. É neste, e somente neste momento, que deve ser estimulada a iniciativa oficial.

No tocante ao inciso II, Eugênio Pacelli entende não lesar a imparcialidade judicial, tampouco a igualdade das partes, visto que sua atuação se limita ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes. Portanto, tais condutas não tornam a atividade judicial substitutiva da função ministerial, no que toca ao ônus de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado. E acrescenta, “não se quer nenhum juiz inerte, mas apenas o fim do juiz investigador e acusador, de tempos, aliás, já superados” (Pacelli, 2015, p. 11).

No mesmo norte segue o entendimento de Norberto Avena (Avena, 2018), ao explicar que inexistente qualquer incompatibilidade com o sistema penal acusatório, pois tal disposição limita-se a possibilitar que o juiz ordene a realização de diligências destinadas a solucionar dúvidas surgidas no curso da instrução ou, antes de proferir sentença, ou seja, a partir das provas previamente requeridas pela acusação e pela defesa.

Em sentido contrário, Lopes Júnior destaca que os dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, citando como exemplo o artigo 156, incisos I e II do CPP, “externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a imparcialidade judicial” (Lopes Júnior, 2019, p. 53).

Bizzotto reforça que não cabe ao Judiciário à fiscalização dos interesses da segurança pública dentro da persecução penal, pois já há um órgão constitucional adequado para atuar nesse sentido. “O Judiciário é garantidor dos comandos constitucionais, e nunca da segurança pública” (Bizzotto, 2019, p. 186).

Apesar da divergência doutrinária sobre o tema, o inciso I do presente dispositivo processual é mais invasivo e torna o magistrado mais atuante no processo, ao ponto de criar uma convicção prévia a respeito

dos fatos, o que viola a imparcialidade caso venha a decidir questões necessárias no bojo do processo.

Situação diversa ocorre com o inciso II do mesmo artigo, uma vez que a iniciativa do magistrado se limita ao esclarecimento dos fatos, a fim de evitar decisões judiciais errôneas e altamente lesivas à sociedade. Portanto, não se trata de uma postura ativa do juiz na formação probatória, mas sim no dever judicial de dirigir eventuais dúvidas a fim de propiciar uma boa prestação jurisdicional.

### 3.3 Artigo 385 do CPP

O artigo 385 do CPP também é muito criticado na doutrina, vez que muitos doutrinadores entendem lesar o sistema processual penal acusatório implantado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Abaixo o texto normativo (Brasil, 1941)

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

Nas palavras de Pacelli (2015), considerando que ao Estado deve interessar, na mesma medida, tanto a absolvição do inocente quanto a condenação do culpado, o órgão responsável pela acusação, o Ministério Público, passou a ser, com a Constituição de 1988, uma instituição independente, estruturada em carreira, com ingresso mediante concurso público, sendo-lhe incumbida a defesa da ordem jurídica, e não dos interesses exclusivos da função acusatória. Neste norte, o Ministério Público, e não só o Poder Judiciário, deve atuar com imparcialidade, reduzindo-se a sua caracterização conceitual de parte ao campo específico da técnica processual.

Seguem as considerações de Reis e Gonçalves (2016, p. 45):

A maior evidência de que a legislação processual não adotou o sistema acusatório puro encontra-se no artigo 385 do CPP, que permite ao juiz condenar o réu nos crimes de ação pública ainda que o Ministério Público tenha se manifestado pela absolvição.

E de Aury Lopes Júnior (2019, p. 1146):

Pedida a absolvição pelo Ministério Público, necessariamente a sentença deve ser absolutória, pois na verdade o acusador está deixando de exercer sua pretensão acusatória, impossibilitando assim a efetivação do poder (condicionado) de penar.

No mesmo sentido, Rangel (2015) afirma que esse dispositivo processual penal deve ser confrontado com o sistema acusatório e, desta forma, se, efetivamente, for adotado em toda a sua inteireza, o juiz, hodiernamente, estará impedido de investigar a prova em desconformidade com o que quer o autor, sob pena de descer do ápice da pirâmide do tripé da relação jurídico-processual e se misturar com as partes, quebrando sua imparcialidade.

Geraldo Prado (2006) também se posiciona sobre o assunto ao aludir que, o juiz, num processo acusatório, não poderá condenar o réu diante de um requerimento/alegação final do acusador – órgão do Ministério Público ou querelante – pela absolvição, sob pena de ofender o contraditório.

E recorda (Prado, 2006, p. 278-279): “dizia-se com razão, na Idade Média, que aquele que tem um juiz por acusador, precisa de Deus como defensor. E, às vezes, isso não é suficiente”.

Feitas essas explanações, não haveria motivo para que o magistrado atuasse em discordância ao entendimento ministerial quanto ao reconhecimento da absolvição do réu. Isto porque, o Ministério Público não se trata de uma instituição meramente acusatória, mas sim imparcial, podendo agir acusatoriamente quando entender que em desfavor do investigado ou acusado há indícios de participação delitiva, assim como, pode promover o arquivamento das investigações ou, na fase judicial, pleitear pela absolvição do réu, quando entender pela inocência ou ausência de elementos probatórios concretos que sustentam um decreto condenatório.

Desta feita, o agir inquisitorial do magistrado é flagrantemente reprovável perante a atual ordem jurídica constitucional.

#### **4 O JUÍZO DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ENQUANTO PROCEDIMENTO QUE GARANTE A IMPARCIALIDADE DO JUIZ**

Antes de se adentrar ao tema, é válido informar que o Juízo das Garantias não é nenhuma peculiaridade criada pelo legislador brasileiro. Muito pelo contrário, o Brasil foi um dos últimos Estados, integrantes da América Latina, a aderir este sistema processual penal oriundo dos países europeus.

Segundo André Machado Maya (2017), o Código de Processo Penal da província argentina de Córdoba, em 1939, sob a influência de autores europeus continentais, comprometidos com a limitação dos poderes públicos em face do cidadão no Estado de Direito, foi o primeiro a romper efetivamente com a matriz inquisitória herdada entre os povos latino-americanos, especialmente dos Códigos de Processo Penal italiano de 1913 e 1930 e da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola de 1882.

Geraldo Prado (2006, p. 166) esclarece:

Com efeito, na lei de Córdoba a instrução judicial ou formal é substituída pela investigação do Ministério Público, nos crimes de ação penal pública, sem prejuízo do exercício da defesa em todas as etapas da persecução penal, enquanto no diploma federal permanece o juízo de instrução, escrita e reservada, com limitada intervenção das partes. A organização da justiça penal prevê tribunais de controle de garantias.

A reforma da lei processual penal de Córdoba serviu de modelo às alterações na matéria por toda a América Latina, ocorridas por ocasião da superação dos regimes autoritários e de exceção, de organização civil e militar, a começar pela Costa Rica (1973), passando pela Guatemala (1992), Costa Rica novamente (1996), El Salvador (1996), Venezuela (1998), Paraguai (1998), Bolívia (1998) e Chile (2000) (Maya, 2017).

Destarte, a América Latina está composta por inúmeros países que aderiram esse sistema processual penal estruturado com base no princípio acusatório, além, é claro, dos países de origem europeia.

O juízo das garantias consolida o modelo processual penal focado no princípio acusatório, e atende às exigências de proteção da intimidade, da privacidade e da honra do cidadão, porquanto tal juiz poderá atuar de forma otimizada, na medida em que estará especializado no exame de tais questões, à vista das medidas que serão a ele requeridas, além de se distanciar da decisão de mérito, haja vista que os elementos de convicção que serão obtidos com a execução eventual das medidas deferidas pelo juiz das garantias serão dirigidos ao órgão da acusação, mas sobre ele o juiz das garantias jamais realizará qualquer avaliação de mérito, porquanto a ação penal será proposta perante outro juiz e por este segundo será julgada (Gomes, 2010).

Para a Defensoria Pública da União (Defensoria Pública da União, 2019, p. 07):

A vinculação precoce do juiz ao caso penal (que talvez nem venha a ser processado) faz com que ele inevitavelmente, estabeleça com o caso concreto uma relação não desejada desde o ponto de vista da imparcialidade (um dos princípios mais caros à jurisdição). Essa relação se torna ainda mais intensa quando, durante a primeira etapa da persecução penal, o juiz é chamado a decidir sobre medidas cautelares, sejam elas pessoais ou reais, vez que, para tomar tais decisões, inevitavelmente terá que se pronunciar sobre a ocorrência do fato (*fumus commissi delicti*) e indícios de autoria (*justa causa*), sobre eventual *periculum libertatis*, dentre outros elementos. Nessas condições ele, sem dúvida, pré-julga o caso.

Desta forma, como também já reconhecido pela doutrina, é nesse ponto que se torna difícil evitar o chamado efeito confirmatório (*confirmation bias*) das decisões judiciais tomadas durante a investigação preliminar, pois a tendência será, justamente, confirmá-las, ainda que tomadas, de regra, com base em elementos não submetidos ao contraditório e à ampla defesa (Defensoria Pública da União, 2019).

Em que pese o processo do juiz das garantias assegurar a imparcialidade judicial e ter dado certo em diversos países, como abordado em tópicos anteriores, o Ministro Luiz Fux (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 6.299 MC/DF) do STF entende ser muito sensível a

decisão de implantar esse modelo no Estado brasileiro, diante das particularidades de cada país. (Brasil, 2020).

Pontua em sua decisão o Supremo Tribunal Federal, ADI 6.299 MC/DF (Brasil, 2020):

No caso em tela, a análise comparada do juiz das garantias demanda a observância de outras questões, como, por exemplo, (i) a capacidade que o sistema judiciário brasileiro possui para recepcionar o “Juiz de Garantias” (*e. g.* contingente processual, bem como os recursos humanos e financeiros disponíveis); (ii) a proximidade e/ou vinculação institucional entre os órgãos de acusação e de julgamento nos países em análise; (iii) as regulamentações das competências do juiz das garantias nos países comparados. Em verdade, torna-se também imprescindível analisar justamente as experiências comparadas que foram infrutíferas, nas quais a instituição foi implementada, porém não obteve os resultados esperados e/ou foi posteriormente extinta.

E complementa:

A base das ciências comportamentais é o caráter empírico de seus argumentos. A existência de estudos empíricos que afirmam que seus humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Mais ainda, também não se pode inferir, a partir desse dado científico geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução. Defensores desse argumento sequer ventilam eventuais efeitos colaterais que esse arranjo proposto pode produzir, inclusive em prejuízo da defesa. (Brasil, 2020)

Todavia, com respeito à opinião do Ministro, um magistrado ao decretar qualquer medida cautelar na fase pré-processual, podendo ela ser real ou pessoal, deve motivadamente fundamentar sua decisão com base em dois elementos muito mencionados pela doutrina: *fumus commissi delicti* e *periculum in mora* ou *periculum libertatis*, dependendo do caráter da medida imposta.

Dito isto, é difícil crer que um juiz ao prolatar uma decisão cautelar, por meio da análise de todos os elementos informativos da investigação preliminar na fase subsequente (judicial), considere as razões de absolvição do acusado elencadas nos incisos do artigo 386 do Código de Processo Penal brasileiro.

Como poderá convencer-se da inexistência do fato (inciso I), da suposta inexistência do fato (inciso II), da atipicidade da conduta (inciso III) se já confirmara, em fundamentação jurídico anterior, a certeza da materialidade delitiva e a probabilidade da autoria em desfavor do investigado? Como acreditar que um julgador se convencerá da não participação do acusado no episódio delitivo (inciso IV), ou da provável não participação do réu (inciso V), se já efetuou um juízo de valor em sede cautelar no sentido de considerar o investigado o provável autor do fato apurado?

Diante dos questionamentos levantados, o juiz das garantias vem para reorganizar essa sistemática processual penal a evitar que haja quebra da imparcialidade, por meio de uma decisão parcial em que o juiz busca no procedimento preparatório, elementos informativos que reforcem o seu posicionamento a respeito do caso (Lopes e Rosa, 2018).

A separação entre as funções de investigar, acusar, defender e julgar são essenciais à concretização do autêntico sistema acusatório que, por sua vez, volta-se a assegurar a importantíssima imparcialidade do juiz, figura que deve se manter equidistante da colheita das provas, responsável apenas por julgar o caso de acordo com as provas extraídas pelas partes, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório.

Assim sendo, a introdução do juízo das garantias no Brasil fará um bem ao Estado Democrático de Direito, reduzindo cada vez mais a arbitrariedade judicial arcaica que predominava há anos atrás no sistema processual penal brasileiro, na presença de um juiz inquisidor.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Constatou-se no decurso da pesquisa que o Código de Processo Penal Brasileiro adota diversos dispositivos jurídicos que consagram o

sistema inquisitivo, voltado a viabilizar ao magistrado a colheita de elementos probatórios que entender necessários para prolação da sentença final.

Em contrapartida, a Constituição Federal de 1988 adota o sistema acusatório para efetivação da persecução penal, separando claramente os órgãos responsáveis por acusar, defender e julgar o caso, a exemplo do artigo 129, inciso I, da CRFB/88, que confere ao Ministério Público a função privativa de promover a ação penal pública.

Por tal motivo, na prática, muitos magistrados evitam atuar de ofício na fase preliminar preparatória, sob pena de incorrer em lesão ao sistema que foi adotado pela Carta Magna, apesar do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal Brasileiro referendar tal conduta.

Assim, diante da nova sistemática processual penal adotada pela Constituição Federal, far-se-á justa a adoção do Juízo das Garantias no processo penal brasileiro, visto que assegurará a imparcialidade judicial, como demonstrado em diversas oportunidades neste trabalho.

Destarte, a hipótese formulada no início da pesquisa a respeito da concretização da imparcialidade judicial, com a adoção do Juízo das Garantias no Brasil, foi confirmada. Ademais, uma das variáveis veio à tona no sentido de que, mesmo com a aplicação do Juízo das Garantias no Brasil, disposições processuais penais em contrário, que fazem jus ao sistema inquisitivo, ainda estarão em vigor, devendo ser revogadas em nome de uma interpretação sistemática da nova legislação processual penal.

Sem mais delongas, conclui-se que a introdução do Juízo das Garantias no Brasil trará uma maior segurança jurídica a todos, principalmente ao réu, que deve ser considerado como um sujeito processual, submetido a direitos e obrigações, e não um mero objeto da Justiça.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 10. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2017.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 10. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. Disponível em: Minha Biblioteca. Acesso em: 11 jul. 2023.

BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de direito processual penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 30 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.299 MC/DF**. Juízo das garantias. Regra de Organização Judiciária. Inconstitucionalidade formal do artigo 96 da Constituição Federal e inconstitucionalidade material pela ausência de dotação orçamentária [...] Medidas cautelares parcialmente deferidas. Min. LUIZ FUX, publicação em: 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-aterferendo.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2023.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Nota técnica, protocolada pelo Ofício 842/CN-CNJ/2019, encaminhada ao Defensor Público-Geral Federal**. 2019. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/F2F112C6DDCC15\\_dpjuizgarantias.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/F2F112C6DDCC15_dpjuizgarantias.pdf). Acesso em: 24 jul. 2023.

GOMES, Abel Fernandes. Juiz das garantias: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília - DF, p. 98-105, out./dez. 2010. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-CEJ\\_n%2051.10.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n%2051.10.pdf). Acesso em: 24 jul. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro - RJ, nº 15, 1999. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista15/revista15%20%20ADA%20PELLEGRINI%20GRINO->

VER%20%E2%80%93%20A%20Iniciativa%20instrutoria%20do%20Juiz%20no%20Processo%20Penal%20acusat%C3%B3rio.pdf. Acesso em: 31 jul. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LOPES Júnior, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES Júnior, Aury. ROSA, Alexandre de Moraes da. Contaminação (in)consciente do julgador e a exclusão física do inquérito. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-26/limite-penal-contaminacao-inconsciente-julgador-exclusao-inquerito> . Acesso em: 26 jul. 2023.

MAYA, André Machado. O juiz de garantias no Brasil e nos países latino-americanos: semelhanças e diferenças determinantes à estruturação democrática no sistema de justiça criminal. *In*: POSTIGO, Leonel Gonzalez. **Desafiando a Inquirição**: Ideia e Propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago (Chile), p. 277-292 e p. 281-282, 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. de **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Empório do direito, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas. 2015.

REIS, Alexandre Cebrían Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

**Recebido em: 09/03/2024**

**Aprovado em: 30/07/2024**