

JUIZ DE GARANTIAS

1. Introdução

- juízo de garantias como reclame *doutrinário* antigo¹;
- discussões em torno da *imparcialidade judicial* a partir de precedentes importantes de cortes estrangeiras (ex.: italiana e espanhola) e internacionais (ex.: Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH²)³;
- *legislação internacional*: - chilena (“*juez de garantía*” X “*miembro del tribunal de juicio oral*”);⁴ - italiana (“*giudice per le indagini preliminari*”);⁵ - portuguesa (“juiz da instrução”)⁶; - francesa (“*juge des libertés et de la détention*”)⁷; - paraguaia (“*juez de*

¹ Nessa linha: CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 01 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 / LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 01 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

² Caso Piersack vs. Bélgica (1982) e Caso De Cubber vs. Bélgica (1984).

³ “Do panorama geral dado pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (...) aos panoramas específicos do Tribunal Constitucional da Espanha, onde vige o princípio de que *el juez que instruye no puede juzgar*, e da Corte Constitucional da Itália, em que predomina o entendimento – aliás consoante previsão legal – de que o exercício sucessivo de atuações jurisdicionais por um mesmo juiz em diferentes fases de um único procedimento penal é caso de incompatibilidade, depreende-se a relevância da questão sob análise e os efeitos daí decorrentes no que os italianos denominam de *giusto proceso*” (MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal. Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 237).

⁴ O art. 70 do CPP Chileno (Ley n. 19.696/2000) estabelece que “el juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que de lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución”. Ademais, a Lei de Organização Judiciária do Chile prevê que ficam impedidos de atuar no juízo oral (órgão de julgamento do caso) aqueles magistrados que já funcionaram, no mesmo procedimento, como juiz de garantias (art. 195, inciso 3º, do Código Orgânico de Tribunales - Ley n. 7.421/1943).

⁵ A reforma italiana de 1989 acabou com a figura do “*giudice istruttore*” / juiz da instrução, o qual é substituído pelo “*giudice per le indagini preliminari*” / juiz para as investigações preliminares (art. 328 do CPP), que, por sua vez, não se confunde com aquele órgão próprio de julgamento do caso. A propósito, o art. 34.2-bis do CPP Italiano traz regra expressa de incompatibilidade judicial, *in verbis*: “il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari non può emettere il decreto penale di condanna, né tenere l'udienza preliminare; inoltre, anche fuori dei casi previsti dal comma 2, non può partecipare al giudizio”.

⁶ O CPP Português, em seu art. 17, disciplina a competência do “juiz de instrução”, a qual não se confunde com a do “juiz de julgamento”. Aliás, o art. 40 do Código lusitano, em que pese controvérsias, reza que nenhum juiz pode participar “no julgamento de um processo a cujo debate instrutório tiver presidido ou em que, no inquérito ou na instrução, tiver aplicado e posteriormente mantido a prisão preventiva do arguido”.

⁷ A Lei n. 516/2000 (“*Loi 2000-516*”), de 15 de junho de 2000, em seus arts. 48 a 56, dispôs sobre o chamado “*juge des libertés et de la détention*” (“juiz das liberdades e da detenção”), cujo regramento foi inserido no *Code de Procédura Penale*. Nesse sentido, dentre outros tantos dispositivos criados ou modificados no CPP francês, a nova redação do art. 137-1 passou a prever que a prisão preventiva é ordenada ou prorrogada pelo juiz de liberdade e detenção, o qual, por sua vez, não pode, sob pena de nulidade, participar do julgamento dos respectivos casos criminais.

garantias y del control de la investigación)⁸; e colombiana (*función de control de garantías*)⁹.

- *competência funcional / separação*: há de se “intervir no processo pelo menos dois juízes, um para a fase de investigação e outro para a fase de julgamento”, sem o que restaria prejudicada a garantia da independência judicial.¹⁰

- *lógica inquisitória brasileira*: antes da Lei n. 13.964/2019: regra de antecipação do juízo penal competente para o julgamento do caso pela via da prevenção em relação aos atos jurisdicionais decisórios levados a cabo na fase de investigação preliminar.

- *potencial democrático*: revolução política no campo do processo penal¹¹ / exige uma real transformação quanto à cultura jurisdicional.

2. Imparcialidade Judicial

- *matriz acusatória*: vedações expressas ao julgador: i) iniciativa na fase de investigação; ii) substituição da atuação probatória da acusação (art. 3º-A do CPP).

- imparcialidade do juízo e separação das funções no sistema de persecução criminal / julgador como terceiro imparcial (destinatário da prova);

- devido processo legal e garantia da máxima originalidade cognitiva (possível) do julgador.

3. Competência

- *objetivo central*: “controle da legalidade da investigação criminal” e a “salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (art. 3º-B, *caput*, do CPP).

⁸ O art. 42 do CPP Paraguaio (Ley n. 1286/1998) estabelece que “los jueces penales serán competentes para actuar como juez de garantías y del control de la investigación”, os quais não se confundem com “los tribunales de sentencia” (art. 41 do CPP).

⁹ É o que dispõe o art. 39 do CPP Colombiano (Ley n. 906/2004) com redação alterada pela Lei n. 1453/2011: “La función de control de garantías será ejercida por cualquier juez penal municipal. El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para ejercer la función del conocimiento del mismo caso en su fondo”. De modo semelhante, a previsão constitucional: “El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función” (art. 250).

¹⁰ MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 111.

¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias – um nascituro estigmatizado. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). *70 anos do Código de Processo Penal Brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 305.

- juiz controlador da legalidade e garantidor dos direitos fundamentais,¹² e não como investigador do caso penal¹³.

- decorrência: *revogação tática* do art. 5º, inciso II, primeira parte, do CPP (poder requisitório judicial à instauração de inquérito policial).

- *rol de competência*: “I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do *caput* do art. 5º da Constituição Federal; II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI - decidir sobre os requerimentos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; XII - julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental; XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a

¹² LANFREDI, Luís Geraldo S...*Juez de Garantías y Sistema Penal: (re)planteamientos socio-criminológicos críticos para la (re)significación del los roles del poder judicial en Brasil*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 93.

¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 123-124.

todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação” (art. 3º-B do CPP).

- *amplitude*: competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo (art. 3º-C, *caput*, do CPP)

- *limitações suprema*: a) competência originária dos tribunais (Lei nº 8.038/1990); b) competência do tribunal do júri; c) casos de violência doméstica e familiar contra a mulher; d) competência criminal da justiça eleitoral.¹⁴

- *marco procedimental*: sua competência cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 do CPP (art. 3º-C, *caput*, do CPP) / uma vez “recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento” (art. 3º-C, § 1º, do CPP) / “as decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento” (art. 3º-C, § 2º, do CPP).

4. Divisão Procedimental

- promove, em nome da imparcialidade do órgão julgador,¹⁵ *hermética distinção* entre os seguintes momentos procedimentais: investigação preliminar e recebimento da acusação X instrução, debates e julgamento do caso.¹⁶

- não só divide os órgãos jurisdicionais como também impede a comunicação direta entre os elementos produzidos em cada uma dessas etapas.¹⁷

¹⁴ (iii) conferir-se interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações: (a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990; (b) processos de competência do Tribunal do Júri; (c) casos de violência doméstica e familiar; e (d) processos criminais de competência da Justiça Eleitoral” (STF – Min. Dias Toffoli - ADI/MC 6288 6299 6300/DF - j. em 15.01.2020).

¹⁵ ARMENDA DEU, Tereza. *Sistemas Procesales Penales – la justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 72.

¹⁶ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Por uma Teoria da Ação Processual Penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 363-373.

¹⁷ “(...) despidiendo dizer que o juiz das garantias é garantia de imparcialidade objetiva e que o juiz das garantias garante a não contaminação da segunda fase (instrução processual)” (STRECK, Lenio Luiz. *Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo*. São Paulo: Consultor Jurídico, 02 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>>).

- *quanto aos juízes*: aquele que atuou nas fases de investigação criminal e admissibilidade da acusação fica impedido de funcionar nas etapas seguintes de instrução processual, alegações contraditórias e decisão final (art. 3º-D, *caput*, do CPP) sob pena de nulidade.¹⁸
- comarcas em que funcionar apenas um juiz, previu a Lei n. 13.964/2019 que os tribunais deverão criar um *sistema de rodízio* de magistrados (art. 3º-D, § único, do CPP)¹⁹.
- comprometimento decisório prévio em relação ao órgão jurisdicional competente para o julgamento do caso penal.²⁰
- *quanto aos elementos instrutórios do caso*: os autos das matérias afetas à competência do juiz das garantias devem ficar acautelados na secretaria desse juízo, à disposição das partes (art. 3º-C, § 4º, do CPP), porém sem incorporação, ainda que por apenso, aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às “provas irrepetíveis” e “medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas”, os quais deverão ser remetidos para apensamento em apartado (art. 3º-C, § 3º, do CPP).
- objetivo: “amenizar as deletérias consequências da permeabilidade inquisitória do processo penal em relação aos atos de investigação preliminar”.²¹

¹⁸ “A separação física entre juiz da investigação e juiz do processo é resultado de um percurso evolutivo que tem início, historicamente, na descentralização das funções de julgar e acusar (...) Chegamos, então, a um nível de maior refinamento do processo penal acusatório, cuja estrutura aponta, por um lado, para a distinção dos papéis do juiz e do Ministério Público, e por outro, para a diferenciação interna do órgão judicial. Nos dois casos, fala mais alto o ideal de imparcialidade” (SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, As Cautelares e o Juiz das Garantias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 46, n.183, p. 77-93, jul-set. 2009, p. 89).

¹⁹ O referido dispositivo teve eficácia suspensa por decisão liminar do Min. Dias Toffoli proferida, em 15 de janeiro de 2020, em sede de Medida Cautelar na ADI 6298/2019 (julgamento *ad referendum* do Tribunal Pleno). O Ministro considerou que a norma em questão “cria uma obrigação aos tribunais no que tange a sua forma de organização, violando, assim, o poder de auto-organização desses órgãos (art. 96 da Constituição Federal) e usurpando sua iniciativa para dispor sobre organização judiciária (art. 125, § 1º, da Constituição Federal)”.

²⁰ “(...) no preenchimento do desenho do quadro da imparcialidade como exigência de configuração do justo processo, o Tribunal Europeu demonstra preocupação para com os juízos de valor emitidos pelo julgador no enfrentamento de questões que surjam na fase preliminar de investigação (...) A premissa é a de que o julgador dificilmente teria condições de se libertar dos juízos prévios formados. A tendência seria a de transportar, na bagagem de sua memória, um convencimento preliminar erigido no marco da imputação provisória a que ele aderiu quando da decisão cautelar” (ZILLI, Marcos. O juiz das garantias, a estrutura acusatória e as memórias do subsolo. Um olhar sobre o PL 8045/10 (Projeto do novo Código de Processo Penal). In: Sidi, Ricardo; Lopes, Anderson Bezerra (orgs). *Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 395-396.

²¹ QUEIROZ, David. *A Permeabilidade do Processo Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 189.

- *pesquisa empírica* realizada pelo professor Bernd Schünemann no campo da teoria da *dissonância cognitiva* com 58 juízes criminais e promotores de diversas regiões da Alemanha Federal.²² Conclusão: “o processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo ministério público, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes”.²³

- consequência: reorganização do espaço destinado à investigação preliminar (justa causa processual penal / filtro acusatório).

5. Composição

- os magistrados que deverão compor os juízos de garantia serão designados “conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal” (art. 3º-E do CPP).

6. Tutela da Imagem do Preso

- o juiz das garantias deverá zelar pelo cumprimento das regras atinentes ao tratamento de presos, “impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal” (art. 3º-F, *caput*, do CPP).

- ordem constitucional assegura, de modo expresse, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem de toda e qualquer pessoa (art. 5º, X, da CF), justamente pelo fundamento maior da dignidade humana (art. 1º, III, da CF).

- execução penal: impõe-se “a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios” (art. 40 da LEP). Isso sem falar no direito individual da pessoa presa à “proteção contra qualquer forma de sensacionalismo” (art. 41, VIII, da LEP).

²² SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 205-221.

²³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito...*, p. 221.

- abuso de autoridade: divulgação indevida da imagem de qualquer preso por agente público pode ensejar responsabilização criminal por abuso de autoridade (arts. 1º, 2º e 13, I, da Lei n. 13.869/2019).

7. Decisão (Provisória) Suprema

Os dispositivos atinentes ao “juiz das garantias” tiveram eficácia suspensa por decisões liminares do Supremo Tribunal Federal (STF – Min. Dias Toffoli - ADI/MC 6288 6299 6300/DF - j. em 15.01.2020 e STF – Min. Dias Toffoli - ADI/MC 6288 6299 6300/DF - j. em 22.01.2020).