

**FACULDADE DE MINAS GERAIS - FAMIG
ESTER RESENDE HINHAM RODRIGUES**

JUIZ DAS GARANTIAS NA BUSCA PELA IMPARCIALIDADE MÁXIMA

Belo Horizonte

2022

ESTER RESENDE HINHAM RODRIGUES

JUIZ DAS GARANTIAS NA BUSCA PELA IMPARCIALIDADE MÁXIMA

Monografia apresentada a Famig - Faculdade de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Jaqueline Ribeiro Cardoso.

Belo Horizonte

2022

ESTER RESENDE HINHAM RODRIGUES

JUIZ DAS GARANTIAS NA BUSCA PELA IMPARCIALIDADE MÁXIMA

Monografia apresentada a Famig - Faculdade de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professora Orientadora

Professor Membro

Professor Membro

Belo Horizonte, ____ de Dezembro de 2022

RESUMO

O presente artigo aborda o instituto do Juiz das garantias na busca pela imparcialidade máxima, com vistas a ampliar a discussão sobre a relevância do Instituto processual no Código de Processo Penal. Desse modo, a discussão jurídica diante da adoção pela Constituição Federal de 1988 de um sistema acusatório no processo penal, restou-se a necessidade de se garantir o devido processo legal, baseado no efetivo contraditório e ampla defesa a ser analisado por um julgador imparcial. Nesse contexto surge a ideia do juiz das garantias que amplia os direitos e garantias fundamentais na fase Pré-processual trazendo o efetivo princípio da imparcialidade. Logo, foi possível concluir que a utilização do instituto busca o controle das legalidades das investigações criminais e a preservação dos elementos de informações colhidos nessa fase para que o juiz de instrução não se contamine de tais elementos, certificando que nenhuma interrogação pessoal interfira em seu julgamento. Para tanto, foi utilizado o método de pesquisa qualitativa no qual abrange a consulta e análise do Código de Processo Penal, artigos científicos, doutrinas e sites jurídicos a fim de trazer elementos consistentes e explicar a relevância do assunto na proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Juiz das Garantias. Imparcialidade. Direito Comparado. Inquérito Policial. Processo.

ABSTRACT

This article addresses the judge's institute of guarantees in the search for maximum impartiality, with a view to expanding the discussion on the relevance of the procedural institute in the Code of Criminal Procedure. Thus, the legal discussion before the adoption by the Federal Constitution of 1988 of an accusatory system in criminal proceedings, there remains the need to guarantee due process of law, based on effective contradictory and full defense to be analyzed by an impartial judge. In this context, the idea of the judge of guarantees arises, which expands fundamental rights and guarantees in the pre-procedural phase, bringing the effective principle of impartiality. Therefore, it was possible to conclude that the use of the institute seeks to control the legalities of criminal investigations and the preservation of the elements of information collected in this phase so that the investigating judge does not become contaminated with such elements, making sure that no personal interrogation interferes with his judgment. . For that, the qualitative research method was used, which includes the consultation and analysis of the Code of Criminal Procedure, scientific articles, doctrines and legal websites in order to bring consistent elements and explain the relevance of the subject in the protection of fundamental rights and guarantees.

Keywords: Judge of Guarantees, Impartiality. Comparative law. Police Inquiry. Process.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL	9
2.1 Da necessidade de um juiz imparcial no processo penal constitucional.....	10
2.2 A importância do juiz frente aos direitos fundamentais.....	12
3A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS	15
3.1 Juiz das garantias e juiz de instrução	18
3.1.1 <i>Da não aplicação do juiz das garantias</i>	<i>20</i>
3.2 O juiz das garantias no direito comparado	21
3.3 O princípio do Juiz natural	27
3.4 As desvantagens do juiz das garantias.....	28
4 O JUIZ E O INQUÉRITO POLICIAL	30
4.1 Teoria da Dissonância Cognitiva	31
4.2 O judiciário Militar	33
4.2.1 <i>O inquérito policial militar.....</i>	<i>34</i>
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35
REFERÊNCIAS	38

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso versa sobre o Juiz das Garantias no direito processual penal brasileiro, tendo como objetivo analisar o instituto e sua aplicação no processo penal. A Lei 13.964/19 conhecida como pacote Anticrime, introduziu, no processo Penal brasileiro, no art. 3º, a figura do Juiz das Garantias, que tem o fim de garantir ao sujeito investigado, um plus na atividade de investigação com vistas a assegurar as garantias fundamentais, tais como o princípio da imparcialidade, ampla defesa de contraditório, adequando, assim, o inquérito policial ao sistema acusatório previsto constitucionalmente.

Não obstante, mencionado instituto encontra resistência na sua implementação no ordenamento jurídico, tanto que encontra-se suspenso através de uma liminar concedida pelo presidente do STF, ministro Luiz Fux em janeiro de 2020 por causa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nºs, 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

Nesse jaez, vale destacar que o processo penal atualmente é guiado apenas por um juiz responsável, que ao ter contato com os elementos pré-processuais que pode gerar um julgamento antecipado (vício cognitivo) antes mesmo de analisar os elementos informativos e as provas da outra parte.

Esse pré-julgamento acontece de forma instintiva e natural, haja vista a natureza humana, no entanto o problema é passar para os atos processuais seu julgamento pessoal construído na fase de inquérito. Nesse sentido o Juiz das Garantias tem como objetivo trazer mais lisura e imparcialidade, porque haverá a divisão de funções entre dois magistrados, o que valida e garante em sua essência os direitos e garantias individuais. O juiz das Garantias se responsabilizará na parte investigativa, enquanto o processo e sentenças permanecerão sob a responsabilidade do juiz responsável pela parte judicial.

Oportuno mencionar que a Constituição Federal elencou em seu art. 5º inciso LII, LIV, LV e LVII fundamentos basilares para o devido processo legal, e o juiz atua como garantidor desses direitos e através do princípio da imparcialidade precisa se abster de qualquer opinião ou valor pessoal sobre o investigado e isso de maneira nenhuma poderá intervir em seu julgamento, não podendo ser usado como mecanismo a serviço de um estado punitivista com base apenas em uma parte dos fatos.

Nesse contexto, o tema problema do presente trabalho tem como finalidade analisar se o juiz das garantias dará maior imparcialidade à investigação criminal na sua fase pré processual, preservando eventual contaminação dos elementos de informação, ou atuações do magistrado como busca e apreensão, interceptação telefônica, prisão preventiva, para que o

juiz instrutor não seja influenciado por tais atos e consiga de fato ser imparcial em sua decisão, sendo utilizado como marco teórico o princípio da imparcialidade e a efetividade do sistema acusatório adotado constitucionalmente, e a obra do professor Aury Lopes Junior, Direito processual penal e o doutrinador André Machado Maya, que trouxeram profundo entendimento acerca do instituto do Juiz das garantias e sua aplicabilidade no ordenamento brasileiro. Assim, o presente artigo tem por intuito fomentar a discussão do instituto do juiz das Garantias reforçando o debate quanto à reforma processual penal atual no ordenamento brasileiro.

A fim de cumprir seu objetivo, o presente artigo foi dividido em três capítulos, sendo que o primeiro abordará a necessidade e importância de um juiz imparcial para se garantir um processo penal constitucional em que deve-se assegurar os princípios fundamentais garantidos pela Constituição Federal vigente, a fim de, ao final, se garantir que não ocorrera abusos e violações aos direitos fundamentais e individuais garantidos em um sistema acusatório.

No segundo capítulo, será analisado a figura do juiz das garantias no ordenamento brasileiro, perpassando por uma análise no direito comparado.

Concluindo, o terceiro capítulo pretende expor o juiz e o inquérito policial brasileiro, trazendo uma abordagem sobre como o juiz atuará nessa fase pré-processual. Ainda será abordado também o inquérito policial militar e a aplicação ou não do instituto do Juiz das garantias.

O método utilizado foi pesquisa qualitativa no qual abrange a consulta e análise do Código de Processo Penal, artigos científicos, doutrinas e sites jurídicos a fim de trazer elementos consistentes e explicar a relevância do assunto na proteção dos direitos e garantias fundamentais.

2 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

Nas palavras de Fernando Capez (2021) “o processo penal evoluiu ao longo dos séculos até assumir a feição atual, como instrumento capaz de esclarecer a verdade, mediante estrita obediência a princípios e regras”. A partir dessa análise à luz da Constituição Federal, quem está sendo investigado tem o direito de se defender, e obter um julgamento justo com base em elementos/provas lícitas que legitimam a ação penal.

Nesse contexto, como norma maior a ser seguida no Estado democrático de direito, deve-se adequar o processo penal aos princípios e normas garantidos constitucionalmente, dentre eles o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como a separação das funções de acusar, defender e julgar.

Desse modo, a ideia do legislador Constituinte foi a proteção das garantias dos direitos fundamentais do indivíduo e em se tratando da esfera penal, ou seja, a segurança jurídica, não pode ser corrompida por leis inferiores nem usada para o abuso do poder Estatal contra os princípios constitucionais penais.

Dentro da ideia do legislador Constitucional, se amolda no sistema acusatório que como bem disse Fernando Capez “caracteriza-se pela separação das funções de acusar, julgar, defender”, o que se espera desse sistema é que o acusado seja julgado dentro das regras Constitucionais, direito a ser julgado por um tribunal competente e imparcial, diferentemente do sistema inquisitivo onde “o juiz atua como parte, investiga, dirige toda a produção da prova, acusa e julga, o processo é sigiloso a fim de que a curiosidade dos populares não atrapalhe os métodos do inquisidor sem espaço pro contraditório” (CAPEZ, 2021).

Relacionado ao sistema acusatório, o juiz deve-se manter inerte, sendo um dos princípios constitucionais que visa a separação do seu papel que é de julgar!

Nesse contexto, vale lembrar que o sistema inquisitivo prevaleceu até o final do século XVIII, quando ocorreram as mobilizações sociais e políticas que ocasionaram uma mudança de rumo. Nesse viés, podemos afirmar que houve uma transição do inquisitivo para o acusatório. Nesse trilhar, nos ensina Geraldo Prado que:

Com efeito, como assinala Cordero – e também James Goldschmidt – “as regras do jogo” distinguem o processo acusatório do inquisitório. Este último se satisfaz com o resultado obtido de qualquer modo, pois nele prevalece o objetivo de realizar o direito penal material, enquanto no processo acusatório é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir que define o horizonte do mencionado processo (PRADO, 2005, p. 172).

Assim sendo, convém mencionar que o núcleo essencial do juiz das garantias se dá pela separação da função de acusar da de julgar. Portanto, o juiz das garantias tem o condão de trazer uma maior imparcialidade e preservar os direitos individuais de forma a não contaminar a ação penal vindoura. Nesse viés, assevera Rômulo de Andrade Moreira sobre o assunto que:

Dentro desta perspectiva, o Sistema Acusatório é o que melhor encontra respaldo em uma democracia, pois distingue perfeitamente as três funções precípua em uma ação penal, a saber: o julgador, o acusador e a defesa. Tais sujeitos processuais devem estar absolutamente separados (no que diz respeito às respectivas atribuições de competência), de forma que o julgador não acuse, nem defenda (preservando a sua necessária imparcialidade), o acusador não julgue e o defensor cumpra a sua missão constitucional de exercer a chamada defesa técnica (MOREIRA, 2004).

Haverá portanto um avanço quando esse instituto for implementado em nosso ordenamento jurídico, pois estaremos diante de um processo penal mais justo sob a ótica da separação das funções dos sujeitos processuais. Ressalta-se ainda, que a implementação do Juiz de Garantias trata-se de um avanço, diminuindo os erros judiciais e parametrizando o sistema judicial brasileiro aos tratados internacionais.

2.1 Da necessidade de um juiz imparcial no processo penal constitucional

No Estado Democrático de Direito é imprescindível a presença do juiz imparcial na resolução dos conflitos e tomadas de decisões, com esse objetivo, é preciso que o próprio Estado através da sua Constituição garanta uma série de princípios fundamentais para que não ocorram abusos e violações. Nesse sentido, na Constituição Federal brasileira contém princípios fundamentais utilizados no processo penal “para que estes não viessem a ser afrontados por leis infraconstitucionais, atribuindo-lhes maior imperatividade” (COGAN, 2015, p. 02).

Dessa forma, as garantias processuais devem, primeiramente, atender a finalidade do princípio da dignidade da pessoa humana, resguardando os direitos das partes envolvidas respeitando o devido processo legal onde o Poder Judiciário tem a capacidade e competência para julgar e decidir de forma imparcial e independente. Continuando, Luis Gustavo destaca que:

Para atingir aquele escopo justificador é que existem as garantias, algumas expressas em direitos fundamentais e deles decorrentes, como a dignidade, a igualdade das partes, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação, o devido

processo legal, a inviolabilidade da intimidade e do domicílio, à proibição de prova ilícita, a presunção de inocência. Isso além de outros princípios e garantias decorrentes, como a imparcialidade do juiz, o duplo grau de jurisdição, o favor rei etc. (CARVALHO, 2003, p. 189).

Nesse passo, cada um desses princípios Constitucionais é o alicerce para se legitimar os atos tanto do poder Judiciário quanto dos demais poderes (administrativos e Legislativo). Eles, segundo Flaviane de Magalhães, “se definem isoladamente, mas ao mesmo tempo podem ser compreendidos de forma codependente” (BARROS, 2011)

À luz dessas informações, especificamente, a necessidade do Juiz imparcial recai justamente na balança da justiça, pois a parcialidade do órgão julgador descredibiliza toda a ação feita por ele no decorrer do processo. O papel do magistrado é trazer a efetiva justiça social. Na verdade, “a imparcialidade deve significar muito mais do que isso, ela garante a equidistância do juiz em relação às partes, no sentido de não privilegiar nenhuma delas.” (BARROS, 2011). Nesse passo, como ressalta Flaviane Barros, sobre o papel do juiz é que:

(..) no Estado social é de conformador da sociedade, que em sua decisão inclui as aspirações da própria sociedade. Qual sociedade é esta, quais as aspirações dessa sociedade? Como o Juiz em uma sociedade plural e multicultural, irá definir as escolhas axiológicas, valoradas como justa, para um determinado caso. O risco é justamente permitir ao juiz uma discricionariedade desmedida. Essa é certamente a grande crítica para uma reconstrução do princípio da imparcialidade na perspectiva de um Estado Democrático de Direito” (BARROS, 2011, p. 363).

Outrossim, Daniel Oliveira analisa que “o juiz é um ser humano e mesmo não querendo, mesmo que não tenha plena consciência disso, ele não consegue afastar uma enorme carga de subjetividade na sua função de julgar”. O autor continua dizendo que:

No Brasil como em outros países, surgiu e se consolidou a ideia de juízes como indivíduos rígidos, poderosos, inacessíveis e sem intuição, sentimento ou criatividade. E isso não é dessa forma por acaso, uma vez que se exige do julgador um perfil acrílico, uma postura totalmente racional, como se fosse possível ele se desprender de toda a sua carga subjetiva (OLIVEIRA, 2016, p. 134).

Conclui-se que o juiz possui suas pré- concepções, seus valores, suas características e isso irá ser refletido em suas decisões, todavia deve haver um equilíbrio entre a racionalidade e a emoção/sentimento delimitando as suas vontades para que isso não interfira na atuação final do magistrado, até porque a liberdade e a vida das pessoas são bens jurídicos tutelado não pode estar à mercê do subjetivismo do julgador. Ainda sobre o tema, Daniel Oliveira pontua que:

Nesse sentido, leciona CARVALHO quantas e quantas vezes, por não se conhecer, o julgador pune, inconscientemente, os outros, quando, em verdade, está cuidando de abafar sua própria e mal resolvida angústia. O aspecto Paranóide, não pode ser desprezado, onde o juiz fazendo uso de um mecanismo defensivo inconsciente de projeção, atribui a outros pensamentos, sentimentos e intenções que ele não consegue assumir como seus próprios, por lhe serem desagradáveis e intoleráveis (OLIVEIRA 2016, p. 140).

Percebe-se que o julgador em sua atividade judicante fica imbuído de seus critérios subjetivos refletidos nos autos, mesmo inconscientemente. Podemos ver isso claramente nas Jurisprudências, onde um mesmo tema/assunto pode ser julgado de forma diferente por dois ou mais magistrados. Isso evidencia como os fatores intrínsecos e conceitos preconcebidos podem de forma particular ser entranhados nos autos do processo. E isso acontece com certa recorrência, o que gera uma insegurança jurídica para quem depende da atuação do poder judiciário.

2.2 A importância da imparcialidade do juiz frente aos direitos fundamentais

Em vista da importância da preservação dos direitos fundamentais, como ensina Ferrajoli, sobre a importância do princípio “*nulla culpa sine iudicio*”¹ demonstrando-se assim que não existe o instituto da culpa, e do processo penal caso não exista a jurisdição. Nesse sentido, a jurisdicionalidade funciona com base para a garantia processual do acusado, visto a necessidade da formação do juízo de culpa por um sujeito imparcial, ou seja, sem interesse na causa.

Em virtude da importância da jurisdicionalidade, a Constituição brasileira vigente elencou em seu rol de direitos e garantias fundamentais as seguintes diretrizes, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantidos e aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;
 LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
 LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
 LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988).

Cientes dessa positivação de direitos, significa dizer que a todos é exigido uma

¹ Não há culpa sem processo.

garantia jurisdicional, pois esta prevê a existência de um juiz com atuação imparcial, natural e com objetivos delineados pela nossa Carta Política. Na situação em comento, resta evidente que o processo penal não pode ser usado como mecanismo a serviço do poder punitivo, mas sim como base para aplicação da pena ante todo os procedimentos delineados pela norma.

Ao refletir-se sobre essa questão, o juiz que possui o poder instituído pela Constituição Federal de preservar e garantir os direitos fundamentais do acusado, jurista revestido do papel de julgador, deve dentro de suas atribuições legais a responsabilidade de pautar sua condução processual sob a égide dos direitos fundamentais. A esse propósito, nos exorta Aury Lopes Jr, que:

O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal (JUNIOR, 2016, p. 62).

No que tange à atribuição desempenhado pelo magistrado, temos que o julgador no mister de suas atribuições legais dentro do processo penal sob a égide de um Estado Constitucional Democrático, deve atuar nos limites da imposição legal, desempenhando-se assim a função instrumental.

A esse propósito, oportuno mencionar que a atividade estatal se vincula à situação da responsabilidade penal do indivíduo na qual se divide em fases, sendo a primeira fase de atuação do juiz das garantias. Nesse contexto, esse mister não se trata de uma atividade privada, na qual cada um faz o que deseja, mas sim uma atividade delimitada por regras. Portanto, o conjunto de normas de regência será utilizado como parâmetro para aplicação do direito e preservação de garantias fundamentais.

Na esteira desse raciocínio, Alexandre Morais da Rosa, em sua obra Guia do Processo Penal, nos adverte que “a Constituição da República, por seu lugar fundante no ordenamento jurídico, estabeleceu a estrutura, distribuiu poderes e responsabilidades, além de indicar as linhas mestras do que *Scott Shapiro* denomina de “*Economia da Confiança*”. A preocupação de *Shapiro* foi a de encontrar fundamento para deduzir do “ser”, o “dever ser”.” A esse propósito, os nossos agentes processuais públicos estão obrigados a cumprirem as regras de regência, pois as decisões devem ter como pano de fundo o enquadramento jurídico conforme as normas e não como vontade subjetiva, ressalvada a carga estrutural e convicções do julgador que devem ser ponderadas nos casos.

A ideia da imparcialidade se perfaz quando ocorre uma desvinculação externa na atuação do magistrado, pois mesmo sendo um sujeito processual sem lado, nos exorta

Eugênio Facchini (2018) que “o juiz é um ser humano e mesmo não querendo, mesmo que não tenha plena consciência disso, ele não consegue afastar uma enorme carga de subjetividade na sua função de julgar”. Conseqüentemente, em um Estado Democrático de Direito, o juiz como presidente exerce a jurisdição e em virtude dessa atribuição ele é o garantidor dos direitos fundamentais, com isso ele se mantém limitado aos regidos pelas normas e deve atuar nos ditames das provas produzidas nos autos.

Imprescindível trazer os ensinamentos de Aury Lopes Júnior que:

A imparcialidade não se confunde com neutralidade, um mito da modernidade superada por toda base teórica anticartesianista. O juiz-no-mundo não é neutro, mas pode e deve ser imparcial, principalmente se compreendermos que a imparcialidade é uma construção técnica artificial do direito processual, para estabelecer a existência de um terceiro, com estranhamento e em posição de alheamento em relação ao caso penal (*terzietà*), que estruturalmente é afastado. É, acima de tudo, uma concepção objetiva de afastamento, estrutural do processo e estruturante da posição do juiz. (...) Um juiz-ator funda um processo inquisitório; ao passo que o processo acusatório exige um juiz-espectador (JÚNIOR, 2014).

Visto este delineamento apresentado, se houver quaisquer indícios fundados sobre a parcialidade do magistrado, este deverá ser afastado do processo penal, pois resta-se inconcebível uma atuação aliada ao órgão acusador.

3 A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS

O modelo constitucional de processo penal democrático, construído com base nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, coloca como papel central do juiz a função de garantidor das regras do jogo processual, garantidor do devido processo legal e ampliação dos direitos fundamentais. Nesse sentido o juiz tem papel fundamental em todo e qualquer processo e com a alteração no Código de Processo Penal com a entrada do Juiz das Garantias veio para fortalecer o sistema processual acusatório. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci descreve que:

O juiz das garantias é a função ocupada pelo magistrado designado para acompanhar todas as investigações criminais, fiscalizando-as, no intuito de preservar a correta colheita da prova e assegurar os direitos fundamentais do investigado. Além disso, tem a competência para determinar todas as medidas de natureza jurisdicional necessárias, requeridas pelo órgão investigante, como a decretação de medidas cautelares (prisão temporária, prisão preventiva, sequestro de bens etc.), deferir a quebra de sigilo bancário, fiscal, de dados e telefônico), expedir mandado de busca e apreensão domiciliar, entre outros (NUCCI, 2021).

A visão de um juiz para “tomar conta de tudo” se mostra inviável para o sistema acusatório, como abordado pelo legislador brasileiro, uma vez que como nos orienta Aury Lopes:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu. Portanto, incompatível com a matriz acusatória constitucional (JÚNIOR, 2022).

Nesse raciocínio, como bem disse o autor, "o juiz já entra na fase processual “sabendo demais”, excessivamente contaminado já “sabedor” e, portanto, jamais haverá a mesma qualidade cognitiva com a versão antagonista (da defesa, por elementar)²

Voltando ao papel do Juiz das garantias, o instituto entretanto não foi bem aceito no Brasil, para a sua efetiva implementação. Nucci, nesse sentido faz uma análise negativa sobre a suspensão do instituto pelo STF visto que a justificativa da Suprema Corte foi que “gera

²Aury L. Junior, norteia o leitor ao passo que “não se pode ter um juiz que já formou sua imagem mental sobre o caso e que entra na instrução apenas para confirmar as hipóteses previamente estabelecidas pela acusação e tomadas como verdadeiras por ele (e estamos falando de inconsciente, não controlável), tanto que decretou a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a prisão preventiva, etc. e ainda recebeu a denúncia. É óbvio que outro juiz deve entrar para que exista um devido processo. Do contrário, a manter o mesmo juiz, a instrução é apenas confirmatória e simbólica de uma decisão previamente tomada. Para compreender isso, recordemos o que diz a Teoria da Dissonância Cognitiva.”

despesas não previstas no orçamento Judiciário e a iniciativa de organização judiciária cabe a este Poder, não podendo lei provinda do Legislativo adentrar esse Campo”. O autor, no entanto, rebate a informação ao passo que o “juiz das garantias consubstancia autêntica matéria de processo penal, de competência da União, não dependente da iniciativa do Judiciário”.

Não obstante as questões das ADI’s - Ações Diretas de Inconstitucionalidade - a figura do Juiz das Garantias está inserida em todo o andamento da fase pré-processual, como fiscalizador do inquérito policial e outras demandas criminais. O magistrado tem a competência para agir em todas as infrações penais, de menos a de menor potencial ofensivo. Em relação à suspensão condicional do processo, Nucci (2019) analisa que “(..) deva ser atribuição do Juiz das garantias, porque a proposta de acordo segue com o oferecimento da denúncia. Quando o Juiz a recebe já homologou o acordo”.

Nesse passo, como nos ensina Aury Lopes Junior:

Premissa básica é compreender que não estamos falando de “juizado de instrução” ou “juiz instrutor”, pois essa é uma figura arcaica, inquisitória e superada, na qual o juiz tem uma postura ativa, indo atrás da prova de ofício, investigando e decidindo sobre medidas restritivas de direitos fundamentais que ele mesmo determina (JUNIOR, 2022).

Inclusive o doutrinador juntamente com Ruiz Ritter analisam que:

Trata-se, o juiz das garantias, do aprimoramento (e até se poderia dizer tentativa de salvação) da jurisdição penal atual, que inválida, ilegítima e ilegal, se não for exercida de forma imparcial. É isso que deve ser levado em consideração e que obviamente beneficia tanto o indivíduo quanto a coletividade. O escopo da proposta, repita-se, é dar condições de imparcialidade e autonomia para o julgador do caso, para que não seja um terceiro involuntariamente manipulado no processo. Simples assim (JUNIOR; RITTER, 2016, Pg. 22).

Segundo a doutrina, “ter uma jurisdição imparcial (por mais redundante que seja a expressão) é pressuposto para ser ter Estado de Direito. E no Brasil, aliás, é estrito cumprimento da ordem constitucional, que já vigora há mais de 20 anos” (JÚNIOR; RITTER 2016)

Nesse sentido o juiz das garantias não pode de maneira nenhuma ser confundido com o “juizado de instrução” visto que o primeiro atua mediante invocação, sendo o garantidor dos direitos e garantias individuais e quando chamado, decide sobre as medidas a serem tomadas nesse primeiro momento. Já o segundo juiz atua de forma própria que atua como instrutor - inquisidor.

O poder Judiciário entendendo a importância e o impacto da aplicabilidade do instituto no processo penal, através do Conselho Nacional de Justiça realizou entre os dias 30 de dezembro de 2019 e 10 de janeiro de 2020, uma consulta sobre a estruturação e implementação no âmbito do Poder Judiciário³, referente ao Juiz das Garantias mencionado na Lei 13.964/19. A finalidade da consulta foi analisada por um Grupo⁴ Instituído pela Portaria CNJ nº.214/109 e ouviu os Tribunais, Conselho Nacional do Ministério Público, a Ordem dos Advogados, e a defensoria. Então o CNJ obteve as principais sugestões que foram levantadas nessa consulta para que seja viável a implementação do Juiz das garantias. Nesse sentido, várias propostas viáveis para a aplicação do Juiz das Garantias foram apontadas no estudo realizado pelo CNJ e apresentadas ao Ministro Dias Toffoli.

Outrossim, além das dificuldades logísticas de sua implementação o STF possui quatro ações de inconstitucionalidade onde os principais autores são a AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros - e a Ajufe - Associação dos Juizes Federais do Brasil, os partidos políticos Podemos e Cidadania, o PSL e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp). A justificativa apontada para as ADI's está no artigo 96 da Constituição Federal onde a "Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios", dessa forma quem possui iniciativa para a criação do Juiz das Garantias seria do STF e tribunais superiores e não do Congresso Nacional, por isso a inconstitucionalidade de sua implementação.

Percebe-se que a implementação do Juiz das Garantias no Brasil não será um desafio para o STF, mas sua aplicação e implementação trará grande valia para a sociedade como um todo, visto que um processo guiado pelo legalidade e imparcialidade gera uma maior credibilidade no poder judiciário e reforçando o Estado democrático de Direito e o sistema a qual foi intitulado como acusatório.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), analisa a implementação do instituto e complementa, "permite conferir máxima efetividade à imparcialidade, vetor basilar do exercício da função jurisdição e verdadeira garantia fundamental implícita, decorrente do princípio do juiz natural, do devido processo legal e do acesso à ordem jurídica". Ainda, de acordo com o CNJ:

Importante destacar, ainda, que de acordo com o relatório "Dados Estatísticos de

³Consulta sobre estruturação e implementação da Lei nº. 13.964/19

⁴ A atuação do Grupo de Trabalho possibilitou a obtenção de subsídios sólidos para a adequação do Juiz das Garantias no Processo Penal, com participantes da América Latina, organizada pelo Centro de Estudos de Justiça das Américas (CEJA).

Estrutura e Localização das Unidades Judiciárias com Competência Criminal”, foram identificados sete tribunais de justiça com centrais ou departamentos de inquéritos, ou seja, com estruturas em que já há alguma separação de competência entre as fases investigativas. Trata-se dos Tribunais de Justiça dos Estados do Amazonas, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Piauí e São Paulo. Apesar de não haver propriamente “juízes das garantias” nas Centrais ou Departamentos de Inquéritos, não há a menor dúvida de que essas estruturas podem ser aproveitadas para a implantação do novel instituto (CNJ, 2020).

Concluindo, a figura do Juiz das garantias é um avanço para a sociedade como um todo, onde um juiz será competente nas questões voltadas exclusivamente para a investigação em curso, priorizando as garantias individuais atuando no controle de legalidades, e intervenção apenas se for provocado.

3.1 Juiz das garantias e juiz de instrução

A respeito do instituto, notório é a sua participação antes de se iniciar o processo criminal, dessa maneira o juiz está inserido neste cenário para que o juiz de instrução não tenha qualquer contato com os elementos colhidos antes do seu ingresso no processo.

Sendo assim, a amplitude da competência do juiz das garantias é para todas as infrações penais como disciplina Noberto Avena:

Esta competência decorre do caput do art. 3º-B ao atribuir ao juiz das garantias “o controle da investigação criminal”. Veja-se que, ao se referir à “investigação criminal”, inequivocamente pretendeu o legislador abranger não somente o inquérito policial, como também as apurações de natureza extrapolicial. Tanto é assim que, quando quis limitar a atuação desse juiz ao âmbito do inquérito policial, isto foi expressamente previsto, a exemplo das competências dos incisos VIII (prorrogação do prazo de duração do inquérito) e IX (determinação do trancamento do inquérito policial).

A despeito da competência geral disciplinada no caput do art. 3º-B, este mesmo artigo, nos incisos I a XVIII, arrolou competências específicas. Perceba-se que não se trata de rol taxativo – tanto é assim que, no caput, esse dispositivo utiliza a palavra “especialmente”. Mais claro, ainda, é o inciso XVIII ao referir a competência do juiz das garantias para decidir “outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo (AVENA. 2022)

Desse modo o 3º - B do CPP preceitua as competências do Juiz das Garantias frente a Investigação Criminal, como receber a comunicação da prisão, receber o APFD, preservar os direitos do preso, informação da instauração de qualquer investigação criminal bem como seu andamento, decidir sobre medidas cautelares, prisão provisória, decidir sobre requerimento de provas urgentes / antecipadas, trancamento da ação penal, interceptação telefônica, busca e apreensão, julgar Habeas Corpus e decidir sobre acordo de não persecução penal. .

A propósito, sobre o requerimento da prova o juiz das garantias decidirá

antecipadamente ou rejeitará o pedido para que seja produzida na fase processual⁵ como versa o Art. 3º B, VII do CPP.

Nesse raciocínio, a competência do juiz das garantias cessa no momento do art. 399 do CPP⁶, que a partir dessa fase se dá a competência do Juiz de instrução, conforme o art. 3º C §1º “recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento”.

O art. 3º C §2º disciplina que as decisões do juiz das garantias não estará vinculada ao juiz de instrução ao passo que é um grande avanço para as garantias individuais do acusado já que o primeiro ato do juiz do processo será a análise dos atos praticados pelo juiz das garantias. Por conseguinte, Aury Lopes Júnior, analisa que:

Não só poderá haver um pedido de reconsideração, como ainda trouxe a Lei n. 13.964/2019 mais uma inovação muito importante e também reclamada por nós há muito tempo: o dever de revisar periodicamente a prisão cautelar e demais medidas cautelares patrimoniais. O primeiro reexame em até 10 dias após o juiz do processo receber os autos (após o art. 399, portanto, e antes da realização da audiência de instrução e julgamento). Deverá essa, portanto, ser a primeira decisão a ser tomada pelo juiz da instrução, revisando para manter ou revogar as medidas cautelares em curso e, obviamente, fundamentando sua decisão. Depois, deverá revisar a cada 90 dias (art. 316, § único), sob pena de também tornar a prisão ilegal (prazo com sanção, finalmente). (JÚNIOR, 2022,).

Nesse raciocínio, antes do juiz do processo ser introduzido ao caso, os autos serão acautelados na secretaria do juízo das garantias. Esse ato dá ao processo a função mais importante de todo o instituto aqui analisado, a separação do inquérito feito na fase pré processual sob a “fiscalização” do juiz das garantias para o recebimento dos autos pelo juiz de instrução. Aqui, o juiz da instrução recebe apenas⁷: a denúncia ou queixa; a decisão de

⁵ Aury L. Júnior analisa que, havendo pedido de produção antecipada de provas, deverá o juiz analisar a pertinência da postulação, se realmente existe a urgência apontada e se é uma prova irrepetível. Não comprovando o interessado esses elementos, deverá o pedido ser denegado, pois a prova deve – como regra – ser produzida na fase processual, na audiência de instrução e julgamento (art. 400 e s.). Se presente a real necessidade da produção antecipada de provas, poderá o juiz das garantias marcar audiência pública e oral (novamente um reforço para a cultura de audiência e oralidade) para sua produção, assegurando o contraditório (presença e participação de ambos os interessados – futuras partes, em tese) e a ampla defesa (pessoal e técnica). (JUNIOR, 2022)

⁶De acordo com o art. 3º-C, caput, a competência do juiz das garantias “cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código”. (...) Independentemente dessa atecnia redacional do caput do art. 3º-C, está evidente a intenção legislativa no sentido de atribuir ao juiz das garantias competência para officiar no processo até o momento do art. 399. AVENA. Norberto. 2022.

⁷É uma técnica que também utiliza o sistema italiano, eliminando dos autos que formarão o processo penal todas as peças da investigação preliminar (indagine preliminare), com exceção do corpo de delito e das antecipadas, produzidas no respectivo incidente probatório. Essa exclusão (ou não inclusão) serve exatamente para evitar a contaminação do juiz pelos elementos obtidos no inquérito, com severas limitações de contraditório, defesa e, principalmente, que não servem e não se destinam à sentença. (JUNIOR, 2022).

recebimento, para compreensão do que foi recebido e do que foi rejeitado, por exemplo; decisão que decretou medidas cautelares ou prisão cautelar, para controle e também para revisão no prazo de 10 dias; decisão que manteve o recebimento e não absolveu sumariamente, conforme dispõe o CPP em seu art. 397 (BRASIL, 1941).

A partir deste momento, cessa a competência do juiz das garantias, dando lugar ao juiz de instrução que fará análise do que foi recebido, e realização da audiência de Instrução e julgamento (art.3º, B, XIV, CPP). Percebe-se que o juiz de instrução que dará a sentença posteriormente, não foi contaminado com os elementos colhidos na fase anterior, de modo que o princípio da imparcialidade, toma forma e se torna o ápice da construção do processo e do devido processo legal.

3.1.1 Da não aplicação do juiz das garantias

Importante trazer nesse momento, que o juiz das garantias não atua no Tribunal do Júri como salienta Avena, “ocorre que, nos processos afetos ao Tribunal do Júri, o julgamento não será realizado pelo juiz togado segundo o critério do livre convencimento motivado, mas, sim, pelos jurados a partir de sua íntima convicção e à revelia de qualquer fundamentação. Outro ponto da não atuação seria em casos de Violência doméstica que segundo o autor:

O Ministro Dias Toffoli entendeu por afastar, na apuração dos crimes praticados com violência doméstica e familiar, a divisão do exercício da jurisdição entre o juiz das garantias e o juiz da instrução e julgamento, isto ao o fundamento de que, “pela sua natureza, os casos de violência doméstica e familiar exigem disciplina processual penal específica, que traduza um procedimento mais dinâmico, apto a promover o pronto e efetivo amparo e proteção da vítima de violência doméstica”. Comungamos do mesmo entendimento (AVENA 2022).

Na matéria eleitoral a entendimento do Ministro Dias Toffoli de que “dotada de competências administrativa e jurisdicional, não dispõe de quadro próprio de magistrados, sendo composta por membros oriundos de outros ramos da Justiça”. Desse modo não se aplicaria o instituto por ser inconstitucional tratar a lei ordinária para tratar o juiz das garantias ao passo que o art.121 da Constituição Federal dispõem que, no âmbito da Justiça Eleitoral, a organização e competência dos tribunais dos juizes de direito e das juntas eleitorais será determinada por lei complementar (AVENA. 2022)

Outrossim, nas infrações penais de menor potencial ofensivo discriminadas na Lei 9.099/95 não serão submetidas a competência do Juiz das Garantias nos moldes do art. 3º C. Aury L. Junior salienta que é uma medida coerente porque tais infrações penais de menor

potencial ofensivo sequer podem ser objeto de inquérito policial, havendo apenas a elaboração de um termo circunstanciado. No que se refere a justiça Militar, o juiz das garantias se fará presente, no entanto esse tema é assunto para o próximo capítulo.

3.2 O juiz das garantias no direito comparado

A implementação do Juiz das Garantias, embora seja tema relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, é um instituto utilizado desde o ano de 1987 em Portugal, com o nome de “juiz da instrução” através do seu artigo 17 do Código de Processo Penal, com competência para proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer as funções jurisdicionais relativas ao inquérito. Mais adiante no art. 268 e 269, menciona sobre a competência exclusiva do Juiz de Instrução, *in verbis*:

Art. 268. 1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução:

- a) Proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido;
- b) Proceder à aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção da prevista no artigo 196.º, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público;
- c) Proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, nos termos dos artigos 177.º, n.º 3, 180.º, n.º 1, e 181.º;
- d) Tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do artigo 179.º, n.º 3;
- e) Declarar a perda a favor do Estado de bens apreendidos, com expressa menção das disposições legais aplicadas, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277.º, 280.º e 282.º;
- f) Praticar quaisquer outros actos que a lei expressamente reservar ao juiz de instrução.

2 - O juiz pratica os actos referidos no número anterior a requerimento do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal em caso de urgência ou de perigo na demora, do arguido ou do assistente.

3 - O requerimento, quando proveniente do Ministério Público ou de autoridade de polícia criminal, não está sujeito a quaisquer formalidades.

4 - Nos casos referidos nos números anteriores, o juiz decide, no prazo máximo de 24 horas, com base na informação que, conjuntamente com o requerimento, lhe for prestada, dispensando a apresentação dos autos sempre que a não considerar imprescindível.

art. 269. 1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar:

- a) A efetivação de perícias, nos termos do n.º 3 do artigo 154.º;
- b) A efectivação de exames, nos termos do n.º 2 do artigo 172.º;
- c) Buscas domiciliárias, nos termos e com os limites do artigo 177.º; d) Apreensões de correspondência, nos termos do artigo 179.º, n.º 1; e) Intercepção, gravação ou registo de conversações ou comunicações, nos termos dos artigos 187.º e 189.º;
- f) A prática de quaisquer outros actos que a lei expressamente fizer depender de ordem ou autorização do juiz de instrução.

2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos nos 2, 3 e 4 do artigo anterior. (traduzido). (PORTUGAL, 1987).

Percebe-se que o Juiz de Instrução permanece na fase de inquérito/pré-

processual, resguardando os direitos fundamentais do acusado, sendo a fase processual de competência de outro magistrado. Os atos praticados pelo juiz de instrução não são de ofício, sendo eles provocados pelo Ministério Público, pela autoridade policial, assistente de acusação.

No modelo Português a direção do inquérito fica a cargo do Ministério Público, como órgão autônomo de administração da justiça, constitucionalmente incumbido do exercício da ação penal, nos termos do artigo 53 desse Código, sendo este assistido pelos órgãos da Polícia Judiciária (SILVA, 2012).

Pertinente ressaltar o artigo 40 do referido Código Português que traz previsão expressa sobre o impedimento do juiz de instrução de julgar:

Art. 40. 1 - Nenhum juiz pode intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver: a) Praticado, ordenado ou autorizado ato previsto no n.º 1 do artigo 268.º ou no n.º 1 do artigo 269.º; b) Dirigido a instrução; c) Participado em julgamento anterior; d) Proferido ou participado em decisão de recurso anterior que tenha conhecido, a final, do objeto do processo, de decisão instrutória ou de decisão a que se refere a alínea a), ou proferido ou participado em decisão de pedido de revisão anterior. e) Recusado o arquivamento em caso de dispensa de pena, a suspensão provisória ou a forma sumaríssima por discordar da sanção proposta. 2 - Nenhum juiz pode intervir em instrução relativa a processo em que tiver participado nos termos previstos nas alíneas a) ou e) do número anterior. 3 - Nenhum juiz pode intervir em processo que tenha tido origem em certidão por si mandada extrair noutra processo pelos crimes previstos nos artigos 359.º ou 360.º do Código Penal. (tradução) (PORTUGAL, 1987).

Por isso, como explana Gustavo Chalfun e José Junior (2020) dúvida não há de que ao juiz da instrução cabe a função de garantidor no âmbito pré-processual, ou seja, de controle de legalidade da investigação criminal, bem como o resguardo dos direitos fundamentais dos direitos do acusado na mencionada fase, cabendo a outro magistrado dirimir a fase processual, por força do art. 17 do Código de Processo Penal Português.

Na França, como descreve Cecília Mello e Celso Cintra Mori, “desde o ano 2000, existe a Lei 2000-516 que criou o *juge des libertés et de la détention*, que tem exatamente a função de assegurar a estrita legalidade das medidas de instrução preparatórias do processo penal e das medidas cautelares inerentes a essa fase da investigação criminal. O personagem do Juiz de instrução por sua vez traz no artigo 49 ao 52-1 do CAPÍTULO III do Código de Processo Penal Francês, a menção ao instituto e sua finalidade:

Capítulo III: Do juiz de instrução (artigos 49.º a 52.º-1)
Seção 49. O juiz de instrução é responsável pela prestação de informações, conforme estabelecido no Capítulo I do Título III. Não pode, sob pena de nulidade, participar no julgamento de processos penais que tenha ouvido na qualidade de juiz de instrução. O juiz de instrução exerce as suas funções na sede do tribunal judicial a

que pertence.

Seção 50. O juiz de instrução, escolhido de entre os juízes do tribunal, é nomeado na forma prevista para a nomeação dos magistrados em exercício. Se necessário, outro juiz pode ser temporariamente incumbido, da mesma forma, das funções de juiz de instrução concomitantemente com o magistrado designado, nos termos do n.º 1.

Seção 51. O juiz de instrução só pode informar depois de ter sido apreendido por acusação do Ministério Público ou por queixa com constituição de parte civil, nas condições previstas nos artigos 80.º e 86.º. Em caso de flagrante delito ou contravenção, exerce os poderes que lhe são atribuídos pelo artigo 72.º. O juiz de instrução tem, no exercício das suas funções, o direito de recorrer directamente à polícia.

O juiz de instrução do local do delito, o da residência de uma das pessoas suspeitas de ter participado do delito, o do local de detenção de uma dessas pessoas, mesmo quando esta detenção tenha sido efetuada por outro motivo e que do local de detenção de uma dessas pessoas, mesmo que essa detenção seja realizada por outro motivo. Para as infracções referidas no artigo 113-2-1 do Código Penal, é também competente, consoante o caso, o juiz de instrução do lugar de residência ou da sede das pessoas singulares ou colectivas referidas no mesmo artigo 113-2-1.

Seção 52-1. Há um ou mais juízes de instrução em cada departamento. Quando houver vários tribunais judiciais em um departamento, um decreto pode estabelecer a lista de tribunais em que não há juiz de instrução. Este decreto especifica qual é o tribunal judiciário cujo juiz ou juízes de instrução são competentes para ouvir informações sobre infracções que, nos termos do artigo 43.º, sejam da competência do Ministério Público do tribunal em que não haja magistrado. Em alguns tribunais judiciais, os juízes de instrução são agrupados numa unidade de investigação. Os juízes de instrução que compõem uma unidade de investigação são os únicos competentes para conhecer as informações que dão origem a um *cosaisine* nas condições previstas nos artigos 83-1 e 83-2. São também os únicos competentes para conhecer a informação em matéria de crime e assim permanecem em caso de requalificação dos factos durante a informação ou durante a sua liquidação. No entanto, se se tratar de crime punível com quinze ou vinte anos de prisão penal, quando não for cometido em estado de reincidência legal e se o Ministério Público considerar que resulta das circunstâncias do caso e da sua falta de complexidade que a utilização de *cosaisine*, mesmo durante a investigação, parece improvável, pode exigir a abertura das informações com o juiz de instrução do tribunal em que não há polo de instrução. A lista de tribunais em que existe um centro de investigação e a competência territorial dos juízes de instrução que o compõem são determinadas por decreto. Esta jurisdição pode abranger a jurisdição de vários tribunais. Um ou mais juízes de instrução podem ser incumbidos, tendo em conta, se necessário, as especializações previstas nos artigos 704, 706-2, 706-17, 706-75-1 e 706-107, para coordenar a actividade dos magistrados de instrução dentro do pólo, nas condições fixadas por decreto (FRANÇA, 1958). (traduzido)

Conforme descrito acima, o magistrado da instrução francês compete dois papéis, que sejam o investigativos/inquisitórios e o do próprio juiz, sendo o Ministério Público e a polícia judicial meros colaboradores (CHALFUN; 2020).

A luz desse conhecimento, Larissa Silva (2012) menciona que, o *juge d'instruction* atuará quando for provocado pela vítima ou quando o Ministério Público, na sua manifestação introdutória, demandar a abertura dessa fase “acerca de fatos precisos contra uma pessoa certa ou ainda incerta” (DERVIEUX, 2005, p. 177).

A autora aponta que conforme descrita na proposta da comissão Justice Pénal et Droits de l'Homme, presidida por Delmas- Marthy, no final da década de 80 o Juiz de instrução

deveria ser eliminado, passando a instrução a ficar a cargo do Ministério Público.

Na Alemanha, como descreve Fernando Lima:

As primeiras normas do Código de Processo Penal (die Strafprozessordnung – StPO) e a Lei sobre a Organização Judiciária (das Gerichtsverfassungsgesetz – GVG) definem, precípua e respectivamente, a competência penal originária, em razão do lugar e da matéria, bem como tratam da nomeação, da divisão das atribuições ou da cumulação da competência funcional do juiz da investigação, a qual seria eminentemente preparatória, ou seja, até o encerramento das investigações por parte do Ministério Público, devidamente protocolizado nos autos, seguido de eventual oferecimento da denúncia (die Anklageerhebung) perante o tribunal competente ao julgamento colegiado, o qual, a princípio, não se ocupará com a valoração de eventuais intercorrências na fase investigativa (v.g., não comunicado da efetivação da busca on-line ao agora réu na audiência principal de instrução e julgamento). (LIMA, 2020, p. 242).

No país, a referência do Juiz de Investigação, surgiu nos anos 1974, ou “*Ermittlungsrichter*” em lugar do juiz instrutor (ARAS, 2020). Nesse passo, como descreve Fernando Lima:

A estrutura judiciária da Alemanha confere ao juízo comum de primeira instância (formado por juízes singulares e Tribunal de Jurados) o conhecimento e o julgamento de matéria criminal de reduzida ou média ofensividade, na qual um juiz criminal exerceria a competência funcional de juiz da investigação, e este, por seu turno, poderia ser convocado para Tribunal de Estado, Tribunal Superior de Estado ou Corte de Justiça Federal (estes dois últimos podem valer-se de seus próprios juízes de investigação). (LIMA, 2020, p.19).

O código de processo Penal Alemão em seu artigo 162 refere ao juiz de instrução atos a serem verificados no decorrer da investigação. Senão veja:

Art. 162. Juiz de instrução (1) Se o Ministério Público considerar necessário realizar um acto de instrução judicial, deve apresentar os seus requerimentos ao tribunal de comarca em cuja comarca ele ou a sucursal que apresentou o pedido tem a sua sede antes de apresentar a queixa pública. Se também considerar necessário emitir uma ordem de prisão ou colocação, pode, sem prejuízo do disposto nos artigos 125.º, 126.º-a, apresentar também esse pedido ao tribunal referido na frase 1. Compete ao tribunal de comarca em cuja comarca se devam realizar estas diligências de instrução os interrogatórios e as inspecções judiciais, se o Ministério Público aí o solicitar para agilizar o processo ou para evitar incomodar os afectados.(2) O tribunal examinará se a ação solicitada é legalmente admissível nas circunstâncias do caso (STRAFPROZESSORDNUNG, 2022). (traduzido)

Outrossim, não há no ordenamento alemão o papel do juiz das garantias que é exclusivo da fase investigativa, ou seja, o mesmo julgador alemão pode atuar na fase pré-processual e realizar a sentença ao final do processo. Nesse quadrante, o juiz da investigação exerceria o controle das atividades investigativas e a proteção jurídica preventiva dos direitos fundamentais (LIMA. 2020). Na Itália, como descreve Larissa Silva (2012.pg.56) passou por

uma reforma processual em 1987/1988, entrando em vigor seu Codice di Procedura Penale em 1889, deixando de lado a ideologia fascista estampada no Código Rocco de 1930.

Segundo a autora, a principal inovação estrutural oferecida foi a suspensão da figura do juiz instrutor e sua substituição pelo *giudice per le indagini preliminari*, que não realiza atos instrutórios, e sim zela pela legalidade da investigação. Cabe trazer a menção do código de Processo penal Italiano de 22 de setembro de 1988, mais especificamente no seu artigo 328:

Art. 328. 1. Nei casi previsti dalla legge, sulle richieste del pubblico ministero, delle parti private e della persona offesa dal reato, provvede il giudice per le indagini preliminari. 1-bis. Quando si tratta di procedimenti per i delitti indicati nell'articolo 51 ((commi 3-bis e 3-quater,)) le funzioni di giudice per le indagini preliminari sono esercitate, salve specifiche disposizioni di legge, da un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente. (111)
1-ter ((comma abrogato dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 convertito con modificazioni dalla l. 24 luglio 2008, n. 125)). ((1-quater. quando si tratta di procedimenti per i delitti indicati nell'articolo 51 comma 3-quinquies, le funzioni di giudice per le indagini preliminari e le funzioni di giudice per l'udienza preliminare sono esercitate, salve specifiche disposizioni di legge, da un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente⁸ (Itália, 1988).

O Juiz da instrução preliminar age na primeira fase como regulador das movimentações processuais e combater as possíveis irregularidades por parte do Estado e dos demais órgãos investigadores. As investigações são de responsabilidade do Ministério Público e Polícia recorrendo ao juiz se necessário for, não sendo ele o titular das funções investigativas. Enfatizando a atuação do juiz garante na Itália, a sua atuação é a garantia dos direitos individuais, participando no curso das investigações sem ser o titular das funções de investigação, as quais se encontram encomendadas ao Ministério Público, que é auxiliado pela polícia judiciária (SILVA, 2012). Noutro giro, de acordo com os autores, Cecilia Mello e Celso Cintra Mori, quando se refere ao instituto na América do Norte diz que nos Estados Unidos a competência do júri para decidir as questões criminais, não apenas nos casos de

⁸Juiz de investigações preliminares - art. 328. Nos casos previstos em lei, a requerimento do Ministério Público, dos particulares e do ofendido pelo crime, o juiz providencia as investigações preliminares. 1-bis. Quando se trate de procedimento pelos crimes previstos no artigo 51.º ((n.ºs 3-bis e 3.º)) as funções de juiz de instrução são exercidas, observadas disposições específicas da lei, por um magistrado do tribunal da capital do distrito em que o juiz competente está estabelecido.

1- ter ((PARÁGRAFO REVOGADO POR D.L. 23 DE MAIO DE 2008, N. 92 CONVERTIDO COM ALTERAÇÕES POR L. 24 DE JULHO DE 2008, N. 125)). ((1-quarto. Em se tratando dos crimes indicados no artigo 51º, n.º 3-quinquies, exercem-se as funções de juiz de instrução e as funções de juiz de audiência de instrução, sem prejuízo de disposições legais específicas). por um magistrado do tribunal da capital da comarca em que estiver sediado o juiz competente. (tradução)

morte ou sua tentativa, separa naturalmente as funções judicantes do juiz encarregado das audiências preliminares, ou mesmo da triagem de pré-julgamento (pretrial screening) e as funções de julgamento reservadas ao júri (MELLO; MORI, 2020).

Noutro ponto, a Argentina adotou o instituto em 1988 na capital Buenos Aires e houve várias mudanças processuais penais rumo ao sistema acusatório. De acordo com ARAS, “o novo CPP federal entrou em vigor em 2019, a aplicação do modelo acusatório com juízes federais de garantia começou pelas províncias de Salta e Jujuy, ao norte” (ARAS. 2020).

Segundo Eduardo Militão o “juez de las garantías” começou a ser implantado em 1991 na Argentina, um caminho gradual que não foi concluído ainda. Nos lugares em que já existe essa figura, o magistrado recebe os pedidos dos promotores do Ministério Público, os chamados “fiscales”. Quando a investigação termina, é os promotores enviam uma denúncia à justiça, aquele juiz não participa do processo. Outros é que vão julgar se recebem a acusação. Dependendo do caso, pode ser um juiz sozinho, uma turma com três magistrados ou um juiz misto, com juízes de formação e pessoas da comunidade.

Já no Chile após um período antidemocrático se estendendo até a década de 1990, onde o Ministério Público não fazia parte do ordenamento jurídico do país, o juiz poderia investigar e sentenciar ao seu modo, podendo utilizar-se de tortura para se ter as confissões desejadas, ve-se aí o modo tradicional empregado por Pinochet, demonstração clara de instituto inquisitorial. Como leciona Maya (2018), o novo Código de Processo Penal chileno definiu um sistema basicamente estruturado nos princípios da oralidade e da publicidade, estruturadores do que se entabulou denominar de *juicio oral y público*, realizado perante um tribunal composto por três magistrados que não tenham participado da fase preliminar.

O autor observa ainda sobre o panorama econômico que impactou diretamente sobre a mudança sobre o processo penal, senão vejamos:

A reforma processual penal do Chile foi muito além da mera modificação legislativa, alcançando questões estruturais, econômicas e culturais. O investimento financeiro no sistema de justiça criminal foi elevado, alcançando 2% do PIB nacional; as instituições essenciais ao funcionamento de um modelo acusatório de processo foram criadas, notadamente Ministério Público e Defensoria Pública, novos edifícios foram construídos e novos cargos de juízes foram criados. Além disso, houve investimento em capacitação, viabilizando que os antigos magistrados e servidores do Poder Judiciário compreendessem a essência da reforma e a ela aderissem (MAYA, 2018).

No Código de Processo Penal Chileno, a menção do Juiz das garantias se faz presente no art. 70 da referida lei e é interessante perceber que no artigo 69 menciona que toda vez que se fizer referência ao juiz neste Código, entender-se-á que se trata do juiz de garantia; Se a

referência for ao juízo de julgamento oral criminal, deve entender-se como sendo feita ao tribunal colegiado. Percebe -se então a modificação da estrutura do Poder Judiciário Chileno com a implementação do instituto e como impactou positivamente não só na esfera judicial mas nas demais esferas do Estado. Finaliza-se então no Brasil, como destaca Aury Lopes Jr que leciona acerca do instituto, *in verbis*:

[...] defendido desde 1999 – do juiz das garantias. O nome dado não foi dos melhores, principalmente porque no Brasil existe uma costumeira e errônea confusão entre garantias e impunidade. Talvez tivesse andado melhor o legislador se tivesse seguido a sistemática italiana e denominado de “juiz da investigação” (*il giudice per le indagini preliminari*), talvez evitasse uma parcela da injustificada resistência (JUNIOR, 2022).

Nesse caminho, Aury L. Júnior menciona que o Juiz das garantias possui uma postura inerte agindo mediante invocação, “permitindo que se estabeleça uma estrutura dialética, onde o MP e a polícia investigam os fatos, o imputado exerce sua defesa e ele decide, quando chamado, sobre medidas restritivas de direitos fundamentais submetidas a reserva de jurisdição” (JUNIOR, 2022).

Na América Latina como explana João Abreu (2021), só Brasil e Cuba ainda não adotaram o modelo, mostrando que a não adoção do Juiz das Garantias que se mostra um retrocesso no modelo processual penal.

3.3 O princípio do juiz natural

A ideia de juiz natural veio na Carta Magna de 1215 que em seu artigo 39 diz que: “ninguém será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras, posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra” (USP, 2022)

Mais tarde, a Constituição Francesa foi a primeira a denominar o juiz natural em 1814, depois dessa data outros países começaram a adotar o instituto. A definição de Juiz descreve como um terceiro na relação do conflito, que seja imparcial, independente e competente, capaz de julgar e decidir dentro das normas jurídicas impostas.

A razão para isso é resguardar que o magistrado cumpra seu papel como julgador dos casos levados ao Poder Judiciário e não como agente parcial e tendencioso. Dessa forma o Juiz não pode se posicionar ao lado de uma das partes ou ser instrumento de um poder punitivo, o julgador está na relação processual para aplicação da lei e garantir o devido

processo legal. Para isso, todas as Constituições seguintes brasileiras - exceto a de 1937 no regime ditatorial de Getúlio Vargas- vedam o tribunal de exceção ou juízo para julgar casos específicos.

Nesse contexto, na Constituição de 1988 o princípio do Juiz natural não está expresso, mas no artigo 5º possui várias menções acerca do assunto. À luz das informações trazidas, percebe-se que o legislador reforça a importância da competência do judiciário brasileiro garantindo a credibilidade da justiça, visto que, se a sociedade como um todo perdesse a confiança no Poder judiciário, haveria uma regressão à mais primitiva autocomposição de justiça, que é a autotutela. Logo, todos têm o direito de serem julgados por um tribunal neutro, capaz, que garanta a segurança do processo e a aplicação da lei sem adesão ao acusador do processo. Nesse tema, Aury Lopes Júnior analisa que:

Trata-se de verdadeira exclusividade do juiz legalmente instituído para exercer a jurisdição, naquele determinado processo, sem que seja possível a criação de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CB). Considerando que as normas processuais não podem retroagir para prejudicar o réu, é fundamental vedar-se a atribuição de competência post facto, evitando-se que a juízes ou tribunais sejam especialmente atribuídos poderes (após o fato) para julgar um determinado delito. Por fim, a ordem taxativa de competência é indisponível, não havendo possibilidade de escolha. O princípio do juiz natural não é mero atributo do juiz, senão um verdadeiro pressuposto para a sua própria existência (JÚNIOR, 2019, p. 67).

Para isso, o juiz não somente será o terceiro na relação processual, mas terá papel fundamental no sistema proposto pelo Estado, isso significa dizer que se há um Estado opressor e ditatorial, haverá reflexos diretos no Poder Judiciário, aplicando então o sistema inquisitório. Se o Estado é garantidor, democrático e salvaguardando os direitos fundamentais do indivíduo, o modo de agir do Poder Judiciário não será diferente. É o que nos ensina Lopes Júnior (2019) quando explica que a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório.

3.4 As desvantagens do juiz das garantias

Quando se trata da ampliação dos direitos e garantias do acusado, a criação do juiz das garantias se mostra cada vez mais assertiva de acordo com ARAS, “nesta cisão de competências funcionais, faz-se a separação do labor do juiz de controle da investigação da atividade do outro juiz ou órgão colegiado de primeira instância que procederá ao julgamento da ação penal” (ARAS, 2020). Ainda segundo o autor, o instituto é o fortalecimento do valor “imparcialidade”.

No entanto, o pensamento sobre a implementação do Juiz das Garantias se mostra em desvantagem no Poder Judiciário. A necessidade de organização jurídica para que seja utilizado de fato, ainda se mostra com resistência em alguns órgãos do Estado.

Nesse sentido, ao analisar o artigo 3º-D, parágrafo único, refere que os tribunais deverão criar “um sistema de rodízio de magistrados”. Sobre esse ato, ARAS descreve como “gambiarra inaceitável” e acrescenta que é um mecanismo impraticável, que gerará impedimentos em cadeia em relação a qualquer juízo que eventualmente tenha operado como Juiz das Garantias, nas inúmeras competências descritas no CPP (ARAS, 2020). Entretanto, essa abordagem é rebatida por Aury Lopes Júnior, conforme analisa:

Existem diversas comarcas com apenas um juiz, mas que já deveriam ter dois, dado o volume de processos criminais e cíveis (logo, faz uma distribuição cruzada). A reforma justifica a abertura de concursos que estão represados e são necessários. Não se faz uma reforma processual ampla e séria sem investimento. (...) com o processo (e inquérito) eletrônicos, não interessa mais o lugar, o “onde”, mas apenas o “quando”, isto é, estar na mesma temporalidade (JUNIOR, 2022).

Um dos pontos negativos também é o prazo de *vacatio legis* de apenas 30 dias. Por se tratar de tamanha mudança no ordenamento jurídico, sobretudo na esfera criminal, o instituto viola a razoabilidade exigida pelo art. 8º da Lei Complementar (ARAS, 2020).

A respeito da Lei Maria da Penha, a Associação dos Magistrados Brasileiros, o juiz das garantias vai atrapalhar porque essa regra permitiu que o próprio magistrado tomasse medidas emergenciais de segurança em benefício de mulheres vítimas de violência. De acordo com a juíza Renata Gil Videira a nova lei veda a iniciativa do juiz na fase de investigação (MILITÃO, 2020).

De acordo com o promotor Mauro Andrade, incluir o juiz de garantia no Brasil é uma “aberração”, pois o modelo só se justifica na Europa porque lá os julgadores analisam as provas trazidas pela polícia com mais profundidade antes de conceder uma busca apreensão ou uma quebra de sigilo. Essa análise mais profunda contamina o juiz, algo que, para ele, não existe no nosso país (MILITÃO, 2020). Concluindo, percebe-se que há pontos sensíveis a serem abordados e possivelmente sanáveis para a efetiva implementação do Juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro.

4 O JUIZ E O INQUÉRITO POLICIAL

No código de Processo Penal, o inquérito policial está disciplinado nos artigos 4º ao 23, sendo o meio pelo qual se inicia a investigação para averiguar um fato tido como ilícito, buscando apurar a materialidade e indícios de autoria de um crime.

O inquérito policial brasileiro é realizado pelas autoridades policiais dentro de suas respectivas circunscrições (artigo 4º *caput*, CP), não excluindo a autoridade administrativa que estabeleça por lei a mesma função.

Para Alexandre de Moraes da Rosa, “o sistema processual é o conjunto de elementos articulados a partir de um princípio unificador, capaz de organizar, limitar e orientar a aplicação dos elementos que o compõem. Divide-se historicamente entre inquisitivo e acusatório”. (ROSA, 2021, p. 107).

Segundo o doutrinador Lima (2017) a partir do momento em que determinado delito é praticado, surge para o Estado o poder-dever de punir o suposto autor do ilícito. Para que o Estado possa deflagrar a persecução criminal em juízo, é indispensável a presença de elementos de informação quanto à autoria e quanto à materialidade da infração penal.

Em se tratando especificamente do inquérito policial encontra-se presente resquícios e influência do denominado sistema inquisitivo como aduz Aury Lopes Júnior:

Pensamos que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz (JÚNIOR, 2016, p. 47).

Exemplo dessa influência inquisitiva é a participação do Juiz na produção da prova, visto que o art.156, I, do CPP, ainda vigente, prevê que:

art. 156. A produção da alegação incumbirá a quem 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 (BRASIL, 1941).

Nessa compreensão, “o juiz que o tempo todo da investigação apontou indícios de crime e de participação do réu acaba por formar em seu subconsciente que o réu é culpado. E, mesmo que de forma inconsciente, ao final esse juiz tende a querer confirmar suas decisões produzidas ao longo do inquérito” (LUDGERO, 2020).

Nesse contexto, com a aplicação da Lei 13.964/19, o Pacote anticrime trouxe novas abordagens principalmente com a implementação do Juiz das Garantias (suspensão no STF) que através dele será exercido na fase investigatória e salvaguardar os direitos individuais e controle da legalidade pré-processual.

Dessa forma, se faz imprescindível a aplicação do Juiz das garantias que separa as informações e elementos de informações trazidas ao magistrado, não tendo o juiz do processo Penal acesso ao que foi colhido antes, não envolvendo-se por qualquer juízo de valor acerca do investigado. Nesse sentido, o art. 3º A, do Código de Processo Penal declarou que o modelo do Processo Penal terá estrutura acusatória, entretanto percebe-se que há resquícios do sistema inquisitivo tal como a iniciativa do juiz na fase investigatória.

Portanto, como ensina o professor Antônio Silva:

Ao conduzir o processo penal, o juiz toma diferentes medidas: decreta a prisão preventiva e provisória; quebra sigilos bancário, telefônico e fiscal; atua por vezes na esfera individual do investigado, tangenciando bens constitucionalmente garantidos. Isto o tornaria suspeito e parcial. Daí a criação do JG, que tomaria estas medidas, sem se envolver diretamente no inquérito policial, que será conduzido pelo Ministério Público, garantindo a plena isenção do magistrado que vai dar a sentença final (SILVA, 2009, p. 01).

Assim sendo, o intuito da criação do Juiz das Garantias é resguardar os direitos daquele que é investigado bem como impedir que o julgador responsável se contamine pelos atos pré-processuais. O modelo de dois Juízes, onde o primeiro ficará a cargo da fase pré-processual quando assim o invocarem, sendo que o segundo Juiz fica responsável por averiguar, e julgar o caso, fortalecendo a credibilidade na instituição julgadora. Desse modo, reforça a garantia da imparcialidade e assegura o devido processo legal.

4.1 Teoria da Dissonância Cognitiva

O professor alemão Bernd Schünemann realizou um estudo acerca da teoria da dissonância cognitiva, com 58 juízes criminais e promotores de diversas regiões da Alemanha. Referido estudo consistia em aferir se o órgão julgador ficava com a objetividade comprometida quando tinha ciência integral dos autos da investigação preliminar e decidia pela admissibilidade da acusação, e depois passava a presidir a audiência e ao final proferir a respectiva sentença (ABREU, 2021).

Nesse contexto, de acordo com João Paulo Abreu (2021) o professor Alemão

complementou que 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 M.P, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes, o que seria incoerente com os seus ideais. Isso porque, segundo Aury Lopes Junior:

A teoria da ‘dissonância cognitiva’ desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de ‘consonância’ (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas (JUNIOR. 2014).

Trazendo essa ideia para o processo penal, o juiz precisa lidar com essas opiniões antagônicas que chegam até ele, a primeira que seria a da acusação e a outra a da defesa, acompanhando nesse meio, instintivamente pela “sua opinião” sobre os fatos analisados. Frederico Valdez Pereira esclarece que as pessoas buscam manter uma relação de coerência nos seus dados cognitivos, entre conhecimento e opiniões. Havendo incongruência que gera o desequilíbrio do sistema cognitivo, passa a atuar naturalmente o impulso de reduzir a dissonância e restaurar a coerência (PEREIRA. 2020).

Nesse sentido, no processo penal como elenca Aury Lopes Júnior:

Grande parte desse problema vem do fato de o juiz ler e estudar os autos da investigação preliminar (inquérito policial) para decidir se recebe ou não a denúncia; para decidir se decreta ou não a prisão preventiva; formando uma imagem mental dos fatos para, depois, passar à ‘busca por confirmação’ dessas hipóteses na instrução. O quadro agrava-se se permitirmos que o juiz, de ofício, vá em busca dessa prova sequer produzida pelo acusador. Enfim, o risco de pré-julgamento é real e tão expressivo, que a tendência é separar o juiz que recebe a denúncia (de atua na fase pré-processual) daquele que vai instruir e julgar ao final (JUNIOR. 2014).

Verifica-se que o professor Leon Festinger descobriu nas suas pesquisas que segundo Flávio Andrade (2019), a pessoa passa a buscar, de modo seletivo, informações correspondentes ou dissonantes a sua crença, à sua primeira ação ou decisão. Quando há um desequilíbrio, o sistema cognitivo passa a atuar naturalmente o impulso de reduzir a dissonância e restaurar a coerência.

Continuando, Frederico Pereira (2020) menciona além disso, que é possível classificar em dois sentidos a busca da consonância que foram classificados por Schunemann. O

primeiro seria o “efeito inércia” onde “as informações que confirmam uma hipótese assumida anteriormente como correta são superestimadas, e as informações que contrariam a hipótese assumida como correta são menosprezadas”. (PEREIRA, 2020. Pg.42)

O segundo sentido trata-se do princípio da busca seletiva de informação, isso acontece para confirmar a preconcepção, podendo ser validada pela coleta de informações/ elementos armazenando e valorizando dados probatórios consonantes e inclinando a desmerecer informações probatórias dissonantes. Nesse contexto Andrade menciona que:

Se não tiver consciência do fenômeno em questão, o juiz pode deixar que a compreensão firmada num primeiro momento influencie naquilo que será decidido de forma definitiva naquele processo, ainda que as provas amealhadas caminhem em sentido diverso. A presença da dissonância leva à busca de informações correspondentes à primeira decisão (ANDRADE, 2019, p. 16).

Por fim, em se tratando do instituto do juiz das garantias, os efeitos da dissonância cognitiva seriam minimizados, porque há a prevenção de as pré concepções no primeiro momento não serão passadas adiante nesse sentido não haverá a necessidade de se manter a coerência com as informações/ elementos de informação com o resultado final do processo. No modelo atual, o juiz por não perceber que ficou emocionalmente vinculado a uma pré-compreensão, ao primeiro ponto de vista, pode correr o risco de cometer injustiças (ANDRADE, 2019).

4.2 O Judiciária Militar

O judiciário no âmbito militar não possui diferença dos demais ramos do Direito, até porque a Constituição federal em seu artigo 5º, inciso XXXVII e LII veda o juiz de exceção e conclui que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal esclarece o art. 124 combinando com o artigo 8º do Código de Processo Penal Militar preceitua a competência para julgar crimes militares estão sujeitos à jurisdição da Justiça Militar, embora possa vir a ser julgado pela justiça comum, dependendo do ato praticado pelo investigado, como por exemplo os crimes dolosos contra a vida praticados contra civis.

A justiça militar trata-se de justiça especializada que nas palavras de Cícero Neves (2019, p. 95) visa “eliminar, vez por todas, a ideia de que o Direito Penal Militar é especial por possuir uma justiça especializada, quando, em verdade, a relação é inversa, ou seja, um

Direito Penal especial, militar no caso, por tutelar bens jurídicos especiais, demanda a constituição de uma justiça especializada”.

4.2.1 O inquérito policial militar

A instauração do inquérito policial militar está expresso no artigo 9º do Código de Processo Penal Militar que diz: “O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria” (BRASIL, 1969).

O inquérito policial militar, assim como o inquérito policial, tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal. Como descreve Mario Filho:

Há de se considerar que muito embora a finalidade do inquérito policial seja meramente informativa, o mesmo possui valor probatório de grande relevância para a instrução criminal. Com as alterações promovidas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da Lei 13.245/16, o inquérito policial deixa de ser inquisitivo, permitindo o acompanhamento do defensor em todas as suas fases. Desse modo, o inquérito policial militar é revestido com os mesmos direitos. Isso leva ao entendimento da existência da ampla defesa e contraditório mesmo se tratando de Inquérito Policial Militar como nos demais tipos de inquérito policial (FILHO, 2017).

Entretanto, como versa Robson Coimbra Neto a respeito dos resquícios do modelo inquisitivo no Inquérito Militar o autor diz:

No processo penal Militar há infelizmente resquícios do sistema inquisitivo, porquanto ao julgador, que deveria ser absolutamente inerte na adoção do sistema acusatório puro são dados poderes de conduzir *sponte própria*, os caminhos do processo, sem todavia, alijar o princípio da ação e, em consequência, *o sistema acusatório*. (...) Como novos exemplos, tomem-se a possibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício (art. 254 do CPPM), e a inquirição de testemunhas de ofício - art. 363 do CPPM (NEVES, 2020, p. 175).

Dessa forma, o inquérito policial militar não se distingue do inquérito comum, muito embora seja voltado à apuração dos fatos praticados por militares, seu procedimento também se destina a preparação e juntada de elementos para subsidiar a justa causa para o ajuizamento da ação penal. E assim como se defende que deve ser feita uma releitura do Inquérito policial à luz do devido processo constitucional, de modo a garantir o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais do suspeito ou indiciado, tais garantias também devem ser observadas no inquérito policial militar.

Ressalta-se que uma discussão a ser feita é a não inclusão do juiz das garantias no

Código de Processo Penal Militar como a realizada no Código de Processo Penal. Nesse jaez, é oportuno mencionar que mesmo que não tenha ocorrido alteração da norma processual penal militar, o código é cogente quanto a situação da omissão em seu Art.3º, senão vejamos: “Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;”

Por esse entendimento da lei, deve-se aplicar a figura do Juiz das garantias no inquérito militar frente à omissão da Lei Complementar, pois há uma interpretação evolutiva da Constituição Federal a respeito do instituto, uma vez que dará maior amplitude aos direitos fundamentais.

Nas palavras de Rodrigo Foureaux, em ambas investigações, “a adoção do juiz das garantias é mais benéfica para a defesa, o que coaduna-se com a máxima efetividade dos direitos fundamentais e com a vedação da proteção deficiente na medida em que assegura um julgamento justo por um juiz imparcial que não tenha formado opinião antes do contraditório” (FOUREAUX, 2019).

O autor fazendo uma análise sobre o instituto afirma que:

Deve-se frisar que o sistema atual não é injusto ou torna o juiz parcial, mas a adoção da figura do “juiz das garantias” possui um grau muito mais elevado de garantia de direitos fundamentais. Pelos motivos já expostos, ser julgado por um juiz que não teve contato com a fase investigativa, sem dúvidas, é mais benéfico para o réu, a quem é assegurada a ampla defesa e o contraditório (FOUREAUX. 2019).

Portanto, pela aplicação do código de processo Penal Militar em concordância com a Constituição Federal juntamente com os tratados internacionais, é possível a aplicação do juiz das garantias porquanto no âmbito militar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto apresentado neste artigo, resta evidente que o Processo penaléguiado apenas por um juiz responsável, que ao ter contato com os elementos pré-processuais pode ali gerar, um julgamento antecipado antes mesmo de analisar a outra parte. Esse pré-julgamento acontece de forma instintiva e natural como qualquer ser humano, no entanto o problema é passar para os atos processuais seu julgamento pessoal construído na fase de inquérito. Nesse sentido o Juiz das Garantias vem para trazer mais lisura e imparcialidade, o que valida e aperfeiçoa os direitos e garantias individuais. O juiz das

Garantias se responsabilizará na parte investigativa, enquanto a apuração e as sentenças permanecerão sob a responsabilidade do juiz responsável pela parte judicial.

É importante mencionar que os princípios constitucionais devem ser respeitados em qualquer matéria infraconstitucional, garantindo o sistema acusatório e reforçado no Estado Democrático de direito, pois não se pode alcançar o devido processo legal sem antes primar pela competência de julgar e decidir do Poder Judiciário. Compreende-se portanto a relevância do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que é adotado em vários países ao redor do mundo sendo o Chile o maior exemplo na América do Sul sobre a implementação e já com resultados positivos para a população chilena.

Por isso, a figura do juiz das garantias é um ganho para sociedade como um todo e para isso é preciso desmistificar algumas questões negativas quanto a sua implementação tanto legais quanto burocráticas e logísticas. Com o propósito de explicar essa questão, João Paulo Abreu (2021) explica que o texto proposto pelo Conselho Nacional de Justiça deixa explícito que cada tribunal tem autonomia para adotar o modelo que achar mais adequado à sua realidade. Na proposta foram apresentadas várias opções de diversos caminhos para a implementação do juiz das garantias.

Por esse motivo, representando um processo penal condizente com os princípios fundamentais, Rodrigo Foureaux (2019) explana que “o direito a um julgamento justo encontra-se consagrado no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o direito a um juiz imparcial encontra previsão no art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos”. Resta-se evidente que um processo guiado pelo devido processo legal, sem interferências externas ou de caráter subjetivo por parte do magistrado, quem ganha é a sociedade que deposita no Poder Judiciário suas dores esperando em contrapartida a seriedade no percurso do processo.

Outrossim, no contexto do inquérito policial, surge o dever de investigar a prática delitiva e para isso drásticas medidas são tomadas em desfavor dos investigados, tais como prisões cautelares, buscas e apreensões e interceptações telefônicas, quebra do sigilo bancário dentre outros, desse modo o cuidado para que o magistrado não se contamine das informações colhidas nesta etapa e proceda de forma isenta, sem nenhum juízo de valor, na fase de apuração e sentenças é o seu maior desafio, por isso o princípio da imparcialidade deverá sempre ser preservada ao máximo. A regra é válida também para o processo Militar, o juiz das garantias será aplicado para resguardar os direitos do Militar

A opinião dessa autora se mostra favorável a aplicação do Juiz das Garantias, visto que sua implementação no âmbito jurisdicional visa o controle das garantias e sobretudo da

legalidade da investigação criminal, o que agrega no cumprimento das funções jurídicas. Nesse sentido o Juiz das garantias leva a fase pré processual maior imparcialidade, sendo que o Juiz responsável terá apenas a análise do juiz anterior sobre o procedimento adotado e suas medidas e o que foi realizado antes de sua competência. Dessa forma, não haverá contaminação dos elementos colhidos anteriormente prezando pela imparcialidade máxima do processo penal. O objetivo final é certificar que nenhuma interrogação particular interfira em seu julgamento. Esse é o papel do Judiciário Brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ABREU, João Paulo Piropo. **Juiz de Garantia:** Empório Direito. Disponível em: <https://emporioidireito.com.br/leitura/juiz-de-garantias>. Acesso em: 11 out. 2022.
- ALEMANHA, **Código de processo Penal Alemão - Strafprozessordnung.** Disponível em: <https://www-gesetze-im-internet-de.translate.google.com/stpo/?_x_tr_sl=de&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc>. Acesso em 20 de abril de 2022
- ANDRADE, Flávio da silva. **A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal.** Porto Alegre, vol.5, n.3, p.1651-1677, set.-dez.2019. Disponível em: <file:///C:/Users/rafael/Downloads/Dialnet-7169234.pdf>. Acesso em: 06 de nov. 2022.
- ARAS, Vladimir. **Os prós e contras do juiz de garantias.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-pros-e-contras-do-juiz-de-garantias-14022020>. Acesso em 16 set. 2022.
- AVENA, Norberto. **Processo penal. 14. ed., rev., atual. e ampl.** Rio de Janeiro: Método, 2022. 1392 p.; 23 cm.
- BAHIA, Alexandre. **Processo e Constituição:** os dilemas do Processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: gz ed. 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de Outubro de 1969.** Institui o Código de Processo penal Militar. Diário oficial da União, Brasília. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm> acesso em 10 de Maio de 2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941.** Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm acesso em 10 de Maio de 2022.
- BRASIL. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/consultas-publicas/consulta-sobre-estruturacao-e-implementacao-da-lei-no-13-964-2019-no-poder-judiciario>. Acesso em 10 abr. 2022
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Princípio do Juiz natural, uma garantia de imparcialidade.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Principio-do-juiz-natural-uma-garantia-de-imparcialidade.aspx>. Acesso em: 10 mai. 2022.
- BRASIL. Disciplinas da USP. 2022 Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4560150/mod_resource/content/2/TEXT0%201.1%20Magna%20Carta.pdf> acesso em 13 de maio de 2022
- CAPEZ, Fernando. Sistema acusatório e garantias do processo penal. **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-07/controversias-juridicas-sistema-acusatorio-garantias-processo-penal>. Acesso em 08 nov. 2022.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **O juiz e a jurisprudência:** um desabafo crítico. **Revista de Estudos Criminais**, n. 07. Sapucaia do Sul: Editora Notadez, 2002.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Garantias Constitucionais-Processuais Penais (A efetividade e a Ponderação das Garantias no processo Penal)**. **Revista da EMERJ**, V6, n. 23. 2003. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_186.pdf. 08 set. 2022.

CHALFUN, Gustavo; JUNIOR, José Gomes de Oliveira. **Da análise do Juiz das garantias sob a luz do direito comparado das decisões liminares no STF**. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/319989/da-analise-do-juiz-das-garantias-sob-a-luz-do-direito-comparado-e-das-decisoes-liminares-no-stf>. Acesso em: 10 out. 2022.

CHILE, Ley nº 19.696, de 29 de setembro de 2000. Estabelece o Código Processual Penal. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595&idParte=0>. Acesso em 08 de setembro de 2022

COGAN, Luiz Alexandre Cyrilo Pinheiro Machado. **Processo Penal Constitucional: Uma análise Principiológica**. Disponível em: <<https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/PP-Constitucional.pdf>> 12 set. 2022

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, A implementação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro. Junho/. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>. Acesso em 23 set. 2022.

DERVIEUX, Valérie. **O sistema francês. In: Processo Penais da Europa**. Mireille Delmas-Marty (Org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Disciplinas da USP. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4560150/mod_resource/content/2/TEXT0%201.1%20Magna%20Carta.pdf. Acesso em 13 mai. 2022.

FILHO, Mario Sergio Lage. **O Inquérito Policial Militar e a Defesa Técnica**. Caratinga. 2017. Disponível em:

<https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/293/1/MONOGRAFIA%20MARIO%20SERGIO.pdf>> 19 mai. 2022

FRANÇA, **Código de Processo Penal Francês**. République Française. Disponível em:

https://www.legifrance-gouv-fr.translate.google/codes/section_lc/legitext000006071154/legiscta000006151874/?_x_tr_sl=auto&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-br#legiscta000006151874. acesso em 20 abr. 2022.

FOUREAUX, Rodrigo. **A Lei nº 13.964/19 e a adoção do Juiz das garantias na Justiça Militar**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78633/a-lei-n-13-964-19-e-a-adocao-do-juiz-das-garantias-na-justica-militar>> acesso em 19 mai. 2022.

ITÁLIA, Código de Processo Penal Italiano. Codice Di Procedura Penale. Disponível em: https://www.congresso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_85/pdfs/27.pdf. Acesso em 20 abr. 2022.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. Disponível em:

<https://minhabiblioteca.com.br/>. Acesso em: 19 nov. 2022.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

JUNIOR., Aury Lopes. **Direito processual penal**: 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JUNIOR, Aury Lopes. RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 8, nº16, set.-dez. 2016. Disponível em https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11252/2/A_Imprescindibilidade_do_Juiz_das_Garantias_para_uma_jurisducao_penal_imparcial_Reflexoes_a_partir_da_teorla_da.pdf. Acesso em 05 out. 2022.

JUNIOR, Aury Lopes. Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz. **Revista Consultor Jurídico**. 2014 Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acesso em: 11 out. 2022.

LIMA, Fernando Antônio Tavernard. Breve comparativo entre o Juiz da Investigação (Alemanha) e o Juiz “das Garantias” (Brasil). **Revista de Doutrina Jurídica**. Disponível em: <<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/640/108>. Acesso em: 21 mai. 2022.

LUDGERO, Paulo Ricardo. **A aplicação do Juiz das garantias na Justiça Militar**. Disponível em: <<https://ludgeroadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/830362213/a-aplicacao-do-juiz-das-garantias-na-justica-militar>> 19 mai. 2022.

MAYA, André Machado. O Juizado de Garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais Latino-Americanas à reforma processual Penal brasileira. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, vol.23. n. 1. 2018. Disponível em: <http://andremaya.com/blog/wp-content/uploads/2018/09/O-juizado-de-garantias.pdf>. Acesso em 30 set. 2022.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O processo penal como instrumento de democracia**. Migalhas. 2004. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/6301/o-processo-penal-como-instrumento-de-democracia>. acesso em 17 de agosto de 2022.

MELLO, Cecília; MORI, Celso Cintra. **Juiz dá garantias trará estrita legalidade ao processo penal**. Consultor Jurídico. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-03/opiniaio-juiz-garantias-trara-estrita-legalidade-processo-penal>> acesso em 14 set. 2022.

MILITÃO, Eduardo. **Como funciona o juiz de garantia pelo mundo, modelo nascido nos anos 70**. UOL. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/15/como-e-juiz-de-garantias-pelo-mundo-alemanha-portugal-brasil-argentina.htm>. Acesso em: 14 out. 2022

NETO, Facchini Eugênio. O juiz do caso. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2022/08/05/caso-kiss-apos-anulacao-do-juri-juiz-orlando-faccini-neto-se-manifesta-sobre-reunioes-com-jurados-em-artigo.ghtml>. Acesso em: 19 nov. 2022.

NEVES, Cícero Robson Coimbra, **Manual de direito processual penal militar**. V. Único. Salvador: Editora JusPodivm.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional**. O juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar Ed. Lumen Juris. 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. Juiz das Garantias: dissonância cognitiva e imparcialidade

objetiva. Uma apreciação sobre os fundamentos para a reestruturação do processo penal brasileiro. Revista CEJ, Brasília, Ano XXIV, n .80,p.35-52, jul./dez. 2020. disponível em: <file:///C:/Users/rafae/Downloads/2586-Texto%20do%20artigo-7241-2-10-20210607.pdf> acesso em 06 de novembro de 2022.

PORTUGAL, **Decreto-Lei nº 78/78, de 17 de fevereiro de 1987**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075>. acesso em 19 de abril de 2022.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

Processo e Constituição: os dilemas do Processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais/ Alexandre Bahia... (et al.); coordenadores Humberto Theodoro Júnior, Petrônio Calmon, Dierle Nunes. Flaviane de Magalhães BARROS - Rio de Janeiro: GZ ED. 2010. Pag. 353. 572 p.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A**. 1º ed. Florianópolis (SC), Emais, 2021.

SILVA, Antônio Álvares da. **Juiz de Garantia e inquérito policial**. Jornal Hoje em Dia. 2009. Disponível em: https://www.mpam.mp.br/images/stories/170_juizdegarantia.pdf. Acesso em 28 out. 2022.

SILVA, Larissa Marila Serrano. **A construção do Juiz das garantias no Brasil: A Superação da Tradição Inquisitória**. 2012. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-99QJAH/1/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.