

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS

*Aline Stefane Batista de Toledo**

*Camilo Stangherlim Ferraresi***

RESUMO

Com as mudanças promovidas pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Lei Anticrime, que reformula nosso Código de Processo Penal, traz uma inovação: a figura do juiz das garantias, que apesar de presente em diversos países, é instituto inédito em nosso ordenamento jurídico. O tema é alvo de avanços e algumas controvérsias que causam grandes discussões doutrinárias. Dessa forma, será feito, um estudo sobre os sistemas processuais, em especial o adotado em nosso país, o acusatório partindo-se, para uma análise das características, benefícios, eficácia e viabilidade desse novo instituto.

Palavras-chave: Juiz de garantia. Imparcialidade do juiz.

1 INTRODUÇÃO

*Graduanda do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru

**Doutor em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos (São Leopoldo - RS), Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru - SP). Advogado, Professor e Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru (FIB)

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, considerada a mais democrática de todas as Constituições existentes na história do Brasil, e uma das que mais asseguram os direitos e garantias individuais, por meio de inúmeros princípios que os regem, decorrentes das gerações de direitos humanos fundamentais, que possuem como objetivo promover a dignidade da pessoa humana e proteger o cidadão.

O sistema de princípios processuais penais decorrentes dos Direitos Humanos Fundamentais tem como objetivo garantir ao acusado um julgamento de forma equânime e imparcial, haja vista o sistema processual penal consolidado com a atual Constituição ser o acusatório.

Apesar do atual Código de Processo Penal ter resquícios inquisitórios, tendo em vista suas inspirações autoritárias e fascistas frente a época em que se encontravam, sua interpretação deverá ser a partir da Constituição de 1988.

O instituto do juiz das garantias foi criado na Alemanha nos anos 70 e desde então passou por adaptações para se moldar a cada ordenamento jurídico, sua previsão legal encontra-se em diversos pactos internacionais, como no Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos que reconhece como direito o julgamento do acusado por um tribunal imparcial.

O conceito de juiz das garantias é a possibilidade de se ter um juiz encarregado da fase pré processual e um juiz para entrar no processo a partir do momento em que acaba a fase investigatória, que irá sentenciar o mérito na ação penal, para que o julgamento não se contamine com as provas que não foram produzidas em juízo.

O principal objetivo do juiz de garantias é a imparcialidade do julgador, pois ele será responsável pelo controle da legalidade da fase investigatória e salvaguarda dos direitos individuais, decidirá sobre prisão provisória, quebra de sigilo telefônico, procedimentos de busca e apreensão, entre outros. Punitivismo e ativismo judicial não devem ser confundidos com parcialidade, ser imparcial está relacionado a que se abstém de tomar partido de um dos lados da demanda ao julgar.

Dessa forma analisado o instituto conforme a constituição e como forma de priorizar a garantia dos direitos fundamentais ao acusado, a imparcialidade do juiz, a consolidação do acusatório é certo a medida que o juiz de garantias se encontra respaldada pelos princípios constitucionais não se encontrando em desacordo com a mesma.

2 O JUIZ DAS GARANTIAS E A EVOLUÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Vivemos em constante evolução, o mundo é mutável, não diferente também é nossa visão de como ele deve ser. Por consequência, nossas perspectivas através da oposição dos contrários resultam-se em revoluções que consolidam novos direitos.

O juiz de garantias desde seu surgimento em 1970 na Alemanha, onde foi idealizado, e sua experiência efetivada em 1987 em Portugal, passou por transformações e adaptações para se adequar a cada ordenamento jurídico. Foi adotado principalmente por países que possuem ascendência romana, como os latino-americanos. No Brasil, ainda não se encontra em vigência, mesmo com a última reforma ocorrida no nosso ordenamento jurídico, com a Lei 13.964 de 2019, em que previu tal modalidade, por ter sido suspensa pelo Ministro Luiz Fux, vice-presidente do STF em decisão liminar.

É considerado por muitos uma inovação legislativa, mas na verdade é utilizado a muito tempo em outros países, como visto na Declaração do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em relação ao Caso Piersack de 1982, um grande avanço para época:

Todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de julgar o processo. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática”; e concluiu: é possível afirmar que o exercício prévio no processo de determinadas funções processuais pode provocar dúvidas de parcialidade.

No mesmo sentido decidiu de maneira similar, no Caso Cubber de 1984:

Na própria direção, praticamente exclusiva, da instrução preparatória das ações penais empreendidas contra o Requerente, o citado magistrado havia formado já nesta fase do processo, segundo toda verossimilhança, uma ideia sobre a culpabilidade daquele. Nestas condições, é legítimo temer que, quando começaram os debates, o magistrado não disporia de uma inteira liberdade de julgamento e não ofereceria, em consequência, as garantias de imparcialidade necessárias.

Nesse diapasão o direito a um juiz imparcial, sem pré-juízos que possui a mesma ideologia do juiz de garantia, tem-se o artigo 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

O sentido jurídico de um juiz imparcial não tem sido efetivado no processo atualmente, uma vez que existe a possibilidade da iniciativa probatória do juiz na fase de investigação preliminar. Há corrente doutrinária que entende que não será contaminado o juiz na fase processual apenas por ter atuado na fase de investigação, não achando necessário a figura do juiz de garantias. Contudo, nas palavras de Aury Lopes Junior:

Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos prejulgamentos que realiza no curso da instrução preliminar 15 (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica etc). (LOPES, JR., 2016, p. 11)

Ainda acerca da pesquisa realizada, Bernd Shünemann:

A 1.^a hipótese trata do comportamento do juiz criminal ao sentenciar e analisa a transposição da concepção inicial para a sentença. Ela parte da relação entre o conhecimento adquirido da leitura do inquérito e a decisão de culpa exposta na sentença. Esta hipótese foi examinada pela comparação das sentenças condenatórias e absolutórias proferidas. A tabela anterior mostra os resultados do comportamento do juiz criminal em nosso experimento. De acordo com os resultados obtidos, todos os 17 juízes criminais, que conheceram o inquérito, condenaram. Por outro lado, os juízes, que não foram equipados com esta peça de informações, sentenciaram com maior nível de ambivalência, tanto que, neste subgrupo, 8 condenaram e 10 absolveram o acusado. O nível de significância mais elevado de diferença no

comportamento judicial está na tabela que distingue a possibilidade de se inquirir testemunhas. Nesta se identifica, em seu lado esquerdo, que os juízes com conhecimento do inquérito proferiram 8 sentenças condenatórias e nenhuma absolutória. Já do subgrupo dos magistrados sem acesso a essa fonte de conhecimento, apenas 3 condenaram. Os outros 8 desse subgrupo absolveram o acusado, o que constitui uma relevante e alta diferença de $p < .002$ no nível de significância calculado, segundo o Teste exato de Fisher. Ainda que se deixem de lado os resultados que vão além, como o acentuado e crítico modo de avaliação dos membros do Ministério Público alemão e a discrepância nas sentenças proferidas pelos juízes criminais sem a possibilidade de inquirir pessoalmente as testemunhas, pode-se ter a 1.^a hipótese como confirmada. O conhecimento dos autos do inquérito tendencialmente incriminador leva, sem exceções, o juiz a condenar o acusado. Esta tendência permanece mesmo diante de uma audiência de instrução e julgamento ambivalente, que, no fundo, sugere uma absolvição. (SHÜNEMANN, 2012)

Destarte, com a participação do juiz na produção de provas, a possibilidade de pré-julgamento em favor da acusação é grande, mesmo com provas absolutórias. É mais provável que o réu seja condenado, conforme pesquisa realizada na Alemanha por Bernd Shünemann que detalhou o processo de pesquisa em seu artigo científico. (SHÜNEMANN, 2012)

3 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.964/19

No cenário atual de debates e reflexões acerca do juiz de garantias, há forte influência de um conteúdo moral, solipsista para encontrar a resposta adequada sobre sua (in)constitucionalidade.

O conceito de constitucionalidade é utilizado de acordo com interesses além do Direito, a partir da “opinião”, caso a opinião de determinado grupo seja a favor está será dita como constitucional e vice-versa, ou seja, “Sim, o Brasil inventa uma nova “teoria”: tudo agora é inconstitucional, formal e materialmente. Na verdade, trata-se apenas de uma inconstitucionalidade desejada. É inconstitucional o que desejo que seja.” (STRECK, 2020, s.n.).

Mas, isso não é jurídico e deve-se passar a analisar a norma conforme a constituição, pois é isso que significa uma norma ser constitucional ou não. Por mais obvio que isso possa parecer ainda há uma forte corrente que trata da constitucionalidade como funcionalidade e possibilidade.

Em análise das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas ao STF com relação ao juiz de garantias, são aduzidos argumentos que não se referem a constitucionalidade, como no caso da alegação do artigo 3ºA a 3ºF, possuem vício de inconstitucionalidade formal, alegando que a União deveria ter se mantido apenas em estabelecer normas gerais, pois conforme o posicionamento dos impetrantes, o regramento da investigação criminal não se consubstancia em matéria processual e sim procedimental, porém conforme as jurisprudências juntadas, não põe em dúvida a constitucionalidade da lei federal fixar normas gerais, tendo em vista que as leis estaduais em relação a investigação criminal devem versar sobre administração funcional de seus órgãos, sempre suplementar a lei federal e em concordância com ela. (SCHREIBER, 2020, p. 6/7). Pois do contrário não existiria leis federais tratando sobre a investigação criminal após a promulgação da constituição de 1988, sem contar o fato de o juiz de garantia possuir natureza processual. Dessa forma não há que se falar em constitucionalidade formal dos artigos 3ºA a 3ºF do CPP, por veicularem normas de procedimento em matéria penal. (SCHREIBER, 2020, p. 8).

Outro ponto criticado ao instituto com relação a sua inconstitucionalidade, utilizado pelo Ministro Luiz Fux em sua decisão de suspensão dos artigos que tratam do juiz de garantia, diz respeito ao argumento de que as regras veiculadas seriam pertinentes à organização judiciária, pelo fato de que para sua implantação seria necessário uma reestruturação completa das unidades judiciárias.

Nesse sentido, encontra-se pacificado o entendimento que de acordo com a Constituição Federal é aceito que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário, por deliberação do Tribunal de Justiça sem que tenha impacto orçamentário (HC 91024,2ª Turma, Rel. Ellen Gracie, 2008). Além do mais, a alteração não visa alterar as estruturas judiciárias, e sim tem como principal finalidade, um objetivo maior, que visa um bem maior, a consolidação do sistema acusatório, bem como a preservação da imparcialidade do juiz:

Ora, o próprio art. 3º-E ora impugnado prevê a necessidade de leis de organização judiciária para a designação dos juízes de garantia, mas nada impede que, até que sejam editadas tais leis, os tribunais, no exercício de sua competência administrativa, instituem varas com tal especialização, desde que não haja aumento de despesas. Ou sejam, o façam através de especialização de varas já instaladas. (SCHREIBER, 2020, p. 9)

Com a implementação da figura do juiz de garantia os tribunais através de sua competência administrativa poderão organizar seu quadro judiciário para que ocorra conforme sua escolha de funcionalidade, ou seja, não está a lei 13.964 com a criação do juiz de garantias afetando sua autonomia funcional.

Entretanto mais uma vez no argumento apresentado não encontra fundamento a respeito da sua inconstitucionalidade, considerando que não afeta(rá) a autonomia organizacional dos tribunais como também não gera(rá) aumento no custo, pois não impõe a criação de cargos e novas funções aos juízes, considerando que não será necessário aumentar o número de juízes e varas para sua implementação (a possibilidade de implementação será tratada no tópico 5.2) (SCHREIBER, 2020, p. 9).

Ressalva-se que não serão atribuídas novas funções aos juízes o que não acarretará em aumento de serviço, dessa forma evitando sobrecarga ou necessidade de aumento na quantidade de juízes.

Além das alegações das supostas inconstitucionalidades formais, foram utilizados argumentos com relação a materialidade e as razões utilizadas foram separadas em dois grupos pelo Ministro Fux: i) o primeiro sendo a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para a implementação da medida e; ii) o segundo grupo o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade.

Com relação à ausência de dotação orçamentaria Simone Schreiber ponderou:

Quanto à ausência de dotação orçamentária, repita-se que a lei 13964/19 não cria cargos no âmbito do Poder Judiciário. Como ponderou o Ministro Tóffoli na decisão monocrática já referida, a questão “não é de reestruturação, e sim de reorganização da estrutura já existente. Não há órgão novo. Não há competência nova. O que há é divisão funcional de competência já existente. É disso que se trata” (SCHREIBER, 2020, p.10).

Pode-se citar como exemplo de leis federais que criaram novos órgãos judiciários de não iniciativa do Poder Judiciário e sem previsão de impacto orçamentário a lei dos juizados especiais e a lei dos juizados especiais federais (SCHREIBER, 2020, p. 11).

A medida da eficiência dos mecanismos no combate à criminalidade não deve ser vista como argumento para considerar o instituto constitucional ou não, haja vista não ser trazido pela constituição como critério de conformidade com a mesma, não restando dúvidas de que essa alegação não merece respaldo.

Tendo em vista que o instituto juiz de garantia nada mais é que uma extensão dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, que não podem ser considerados como benefícios e sim, consagrados por muita luta na história para que hoje se tornassem efetivos. Os princípios que servem como limite de atuação do Judiciário são valores fundamentais para validade do ordenamento jurídico e deverão nortear o sistema de normas vigentes na sociedade.

Pode-se destacar como fundamentos constitucionais para o reconhecimento da constitucionalidade do juiz de garantias os princípios e garantias constitucionais que regem o processo penal, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório; a duração razoável do processo e o princípio da imparcialidade. Todos partem da mesma premissa, separar os órgãos de acusação, defesa e julgamento, para que a vida, a liberdade e a intimidade sejam protegidas.

Dessa forma torna-se claro que o juiz de garantias em nada se mostra incompatível com a Constituição, haja vista terem as mesmas premissas, não resta dúvidas que partem dos mesmos princípios e direitos fundamentais, como o juiz natural. Frisa-se que o juiz de garantia é inclusive um grande avanço ao princípio do juiz natural, haja vista ser um princípio protetor que busca um julgamento adequado com um julgador técnico e isento. O juiz de garantia nada mais é que a efetiva consagração do juiz natural.

Não há motivos para se cogitar pensar que o instituto fere o princípio do juiz natural, em nenhum aspecto, apesar de ser utilizado como um argumento na ADI 6298, pois a atuação de dois juízes diferentes em diferentes fases do mesmo processo, embora não seja comum o critério funcional de divisão de competência nos processos de primeira instância, ele pode ocorrer e ser estabelecido em lei, nessa concepção é o que torna possível realizar atos processuais através de carta precatória. (SCHREIBER, 2020, p. 11).

Analisado pela luz do devido processo legal em que assegura um processo igualitário e que as garantias sejam respeitadas, Afrânio Silva Jardim destaca:

O devido processo legal está vinculado diretamente à depuração do sistema acusatório, mormente quando conjugado com a regra do art. 129, I do novo texto constitucional, bem como com as demais normas que sistematizam e asseguram a independência do Poder Judiciário, em prol de sua imparcialidade e neutralidade na prestação jurisdicional e aquelas outras que, igualmente, tutelam a autonomia e independência funcional dos órgãos do Ministério Público. (JARDIM, 2001 p. 318 apud MOREIRA, 2002)

Isto significa que o conjunto de princípios se sobrepõem de forma que um complementa o outro, seguindo a mesma direção e buscando o mesmo fim, direitos e garantias fundamentais, isto é, o juiz das garantias se encarregará de controlar os direitos e garantias individuais do acusado na primeira fase da persecução penal, garantindo o devido processo legal.

Por fim, a figura do juiz de garantia foi criada como uma alternativa legal e eficaz para que se consolidasse as características acusatórias e democráticas já trazidas por nossa Constituição e Pactos Internacionais, bem como aprimorar a estrutura judiciária.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto do Juiz das Garantias em sua definição e implementação em outros países estudados tendo se mostrado bastante eficiente. No Brasil, apesar de ainda não implementado, já há em cidades dos estados de São Paulo, Paraná e Pará, as Varas específicas de Inquérito

Dado a trajetória do juiz na investigação, identifica-se que nos primórdios era adotado condutas típicas do sistema inquisitivo, pois eram as ideologias pregoadas na época, que vieram do período do Brasil colônia. Na época em questão o juiz era nomeado pelo monarca e tinha função de investigar, acusar e punir os chamados inimigos da monarquia, o poder de investigação estava totalmente nas mãos do juiz que podiam inicia-las e desenvolve-las de ofício de forma sigilosa e na ausência do acusado.

Com a inauguração do processo penal pátrio, no contexto histórico de independência do Brasil, em 1822, essa realidade passou a mudar, foi criado leis com inspiração na Revolução Francesa com bases não mais visando a punição e sim, com bases humanitárias. Contudo, a ocorrência de resquícios inquisitórios continuam, tendo em vista nosso atual Código de Processo Penal ainda ser do ano de 1941, muito criticado e considerado arcaico, pois representava os ideais políticos vigentes ao Estado Novo com bases autoritárias.

A atenção as garantias e princípios constitucionais foram tratados com a devida importância ao longo do presente trabalho que se tornou essencial para a compreensão da constituição em relação ao tema. A instrução do personagem inovador ao ordenamento jurídico brasileiro irá consagrar os princípios que norteiam o sistema processual acusatório, bem como o Estado Democrático de Direito.

É importante destacar que a falta de recursos, a dificuldade na implementação e a acomodação com a realidade não podem ser usados como motivos para que avanços não ocorram.

É ininteligível juízes serem avessos a garantias, levando em consideração que é um sistema de garantias que justifica a própria existência do juiz criminal em um Estado democrático e dado a notoriedade de que com tal mudança a concretização da imparcialidade será ocorrida.

Por fim após explanado todos os aspectos referentes ao instituto tratado no presente trabalho, acredita-se que a implementação do juiz de garantias é constitucional e, além de sua atuação se dar na fase pré-processual, pode possibilitar que o primeiro contato do julgador com o processo fosse realizado com a garantia do contraditório e consequentemente sua interpretação em relação ao caso não seria influenciada pelas alegações da defesa e da acusação, o que evidencia a sua constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

JARDIM, Afrânio Silva. *Sistema processual acusatório, imparcialidade dos juízes e estado de direito*. Jornal GGN. Disponível em: <<https://jornalggm.com.br/noticia/sistema-processual-acusatorio-imparcialidade-dos-juizes-e-estado-de-direito-reflexoes-por-afranio-silva-jardim>> Acesso em: 15/11/2020.

LOPES JR., Aury. *A IMPRESCINDIBILIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA UMA JURISDIÇÃO PENAL IMPARCIAL: REFLEXÕES A PARTIR DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA*. In Revista eletrônica Duc In Altum Cadernos de Direito, set-dez de 2016. Disponível em: <<https://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/397/381>>. Acesso em 23 de março de 2020.

OEA. Convenção Européia de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4>> Acesso em 10 de agosto de 2020.

PORTUGAL. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=199&pagina=1&tabela=leis&nversao=>>. Acesso em 05 de setembro de 2020.

SCHREIBER, Simone. *Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias*. In conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-25/simone-schreiber-defesa-constitucionalidade-juiz-garantias>> Acesso em: 28 de novembro de 2020.

SHÜNEMANN, Bernd. *O Juiz como um Terceiro Manipulado no Processo Penal*. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=140 Acesso em 23 de março de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo*. In Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>> Acesso em 27 de novembro de 2020.