



Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC
Curso de Direito
Trabalho de Conclusão de Curso

Aplicabilidade e constitucionalidade do juiz das garantias

Gama-DF
2023

ARÃO OLIVEIRA CORTEZ

Aplicabilidade e constitucionalidade do juiz das garantias

Artigo apresentado como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Prof. Me. Sergio Murillo Miranda Coelho

Gama-DF
2023

ARÃO OLIVEIRA CORTEZ

Aplicabilidade e constitucionalidade do juiz das garantias

Artigo apresentado como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Gama-DF, 17 de Junho de 2023.

Banca Examinadora

Prof. Me. Sergio Murillo Miranda Coelho
Orientador

Profa. Me. Risoleide de Souza Nascimento
Examinador

Profa. Me Caroline Lima Ferraz
Examinador

Aplicabilidade e constitucionalidade do juiz das garantias

Arão Oliveira Cortez

Resumo:

O titulado “pacote anticrime” introduziu inúmeras inovações no ordenamento processual penal pátrio, uma delas é o juiz das garantias, esse instituto é responsável por garantir a imparcialidade do juiz julgador e resguardar para que os direitos fundamentais do investigado sejam assegurados. O presente artigo tem como objetos de estudo averiguar a possibilidade de instalação do juiz das garantias, bem como explicar a questionada constitucionalidade formal e material desse instituto, uma vez que a Lei 13.964/2019 trouxe a figura do juiz garantidor e com ela a alteração na estrutura e funcionamento do judiciário. Apresenta o contexto histórico do juiz garantidor, bem como as experiências de outros países em que este instituto já existe, trazendo um aspecto amplo dos reais benefícios e dilemas enfrentados com a sua aplicação.

Palavras-chave: Juiz das garantias; processo penal; constitucionalidade.

Abstract:

The titled “anti-crime package” introduced numerous innovations in the national procedural system, one of them is the guarantees judge, this institute is responsible for guaranteeing the impartiality of the judging judge and safeguarding so that the fundamental rights of the investigated are assured. The purpose of this article is to investigate the possibility of installing the guarantee judge, as well as to explain the questioned formal constitutionality of this institute, since Law 13.964/2019 brought the figure of the guarantor judge and with it the change in the structure and functioning of the judiciary. It presents the historical context of the guarantor judge, as well as the experiences of other countries where this institute already exists, bringing a broad aspect of the real benefits and dilemmas faced with its application.

Keywords: Judge of guarantees; criminal proceedings; constitutionality

1 INTRODUÇÃO

A figura do juiz das garantias surge no processo penal brasileiro introduzido pelo chamado “pacote anticrime” Lei 13.964, de 2019, que inaugurou a presença de um juiz diferente na fase pré-processual do que atua na fase processual. O juiz das garantias seria o responsável por cuidar da fase de investigação, ordenando as prisões cautelares, interceptações telefônicas, busca e apreensão domiciliar etc.

O presente artigo, inicialmente busca apresentar a figura do juiz das garantias, e explicar os motivos que levaram o legislador a implementá-lo. De maneira breve, tal instituto visa a maior divisão das fases pré-processual e processual, bem como a maior imparcialidade do juiz julgador, pois, a partir do momento em que um juiz cuida de toda a fase de investigação até o oferecimento da denúncia e o outro apenas julga de acordo com as provas coletadas e a defesa apresentada, este se torna menos suscetível a parcialidades contraídas durante a investigação do inquérito policial, que é feito sem contraditório. Resguardado, claro, conforme a súmula 14 do STF, o direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso a todos os documentos já documentados durante a investigação, possibilitando assim o exercício da defesa. O juiz atuante durante a ação penal ainda não teve contato com o objeto do processo, sendo assim não foi “contaminado” pelas possíveis ilegalidades e tendências obtidas na fase de investigação.

Em um segundo momento, o projeto analisa os desafios que o novo diploma causaria na estrutura do atual judiciário. Os questionamentos acerca da sua inaplicabilidade já eram conhecidos e esperados, porém o assunto tomou uma maior dimensão do que o esperado pelos legisladores, diante disso, o Conselho Nacional de Justiça, baixou uma portaria no CNJ, a portaria nº 214. Tal portaria tem o condão de, através de um grupo de trabalho, desenvolver estudos acerca dos efeitos e impactos da aplicação do artigo 3º -B da lei nº 13.964/2019, chamado “Pacote Anticrime”. A necessidade desse estudo se dá em razão das mudanças causadas pelo juiz das garantias; busca-se, através do estudo, maneiras de coordenar e regulamentar tal instituto no Brasil, para que seja alcançada a implementação juntamente com a uniformidade e segurança jurídica.

O instituto apresenta enormes dúvidas quanto a sua possibilidade de efetiva aplicação, uma vez que o poder judiciário é tão questionado e criticado quanto a celeridade na resolução das lides e ações penais, além disso, existe ainda a escassez de magistrados em determinadas comarcas, o que resulta muitas vezes em municípios em que existe apenas um juiz atuante, diante disso, como

poderá esse único juiz realizar o papel de juiz garantidor de direitos e de juiz julgador da ação penal? Isso não seria ferir o princípio da imparcialidade que o instituiu? Destarte, é evidente a grande problemática que assola a aplicação do juiz das garantias.

Na terceira parte, busca-se explorar os argumentos suscitados na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 6298 (ADI) a qual põe em xeque se foram respeitadas a forma e a matéria constitucional de tal instituto. A divisão de opiniões acerca dos artigos que versam sobre o juiz das garantias resultou em uma ação direta de inconstitucionalidade perante o STF. Assim, em janeiro de 2020 o Ministro Luiz Fux suspendeu a eficácia do dispositivo processual penal até o julgamento em plenário. O Min. Luiz Fux entende que, "A criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país", entende o ministro.

Os artigos 3-A a 3-F foram atacados pela ADI, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) foram as impetrantes e os principais argumentos foram o da inconstitucionalidade formal e material, pois se alega que o juiz das garantias é instituto que reorganiza e reestrutura o judiciário, e as leis que visem alterar a estrutura do judiciário possuem iniciativa própria do judiciário e não do poder legislativo. Já o vício material se dá em razão de que o dispositivo instituiu normas gerais e ao mesmo tempo normas especiais, que seriam de competência dos Entes federativos, limitando-se a união a legislar apenas de maneira geral, então a referida lei seria inconstitucional pois sua matéria contrária a própria CF/88.

2 JUIZ DAS GARANTIAS: CONCEITUAÇÃO E VISÃO HISTÓRICA

Sendo a presunção de inocência e o contraditório conceitos fundamentais no entendimento acerca do que se espera do Estado Democrático de Direito introduzido pela promulgação da Constituição Federal de 1988, nesse contexto, o trabalho do magistrado moderno serve como a principal salvaguarda para a observância dos direitos fundamentais. Para concretizar esses preceitos constitucionais, o papel do juiz de garantias surge como fator fundamental na fiscalização da legalidade das investigações.

O juiz das garantias é o magistrado atuante exclusivamente na fase de investigação criminal, com objetivos específicos de exercer o controle de legalidade da fase pré-processual. Ademais o juiz deverá zelar pelos direitos individuais do investigado, bem como fazer o devido juízo acerca dos pedidos de prisões preventivas, interceptações telefônicas, quebra dos sigilos bancários e fiscal

entre outros. É como brevemente conceitua Nucci. (2020, p.39):

Consolida-se o Estado democrático de direito com a inserção, no campo processual penal, do juiz de garantias, que nada mais é do que um juiz especialmente designado para cuidar da fase investigatória de um crime, apurando-se o seu autor.

Para tornar mais clara e cristalina a atuação do juiz das garantias podemos de maneira breve citar a possibilidade de analisar a prisão em flagrante, ou seja, determinar se há ou não componente legal, assim como a utilização de algemas em audiências de custódia, com atenção sumulado pelo Supremo Tribunal Federal na súmula nº 11 do STF que diz:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (BRASIL, 2008)

Com efeito, a súmula visa resguardar os direitos do acusado, não tratando-o como um condenado expondo sua imagem de maneira vexatória. O juiz garantidor é bem conceituado, Renato de Lima (2020, p. 114) ilustra da seguinte forma:

Consiste, pois, na outorga exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, o qual ficará, na sequência, impedido de funcionar no processo judicial desse mesmo caso penal. Cuida-se de verdadeira espécie de competência funcional por fase do processo [...].

Em suma, o juiz das garantias é o magistrado que atuará na fase de investigação que ocorre dentro da fase de persecução criminal, possuindo como objetivos principais, o controle da legalidade, a garantia dos direitos individuais do investigado e a imparcialidade do juiz julgador. Consiste, portanto, em uma salvagarda pretendida pelo legislador para efetivar a proteção aos direitos do acusado, buscando ao máximo a imparcialidade de quem julga.

2.1- Sistemas processuais penais

Antes de aprofundarmos nos conceitos e explicações acerca do juiz das garantias é necessário conhecer sobre sistemas processuais penais, para então entendermos o porquê de se buscar a tão almejada imparcialidade do juiz, bem como a proteção dos direitos individuais do

investigado.

Diversos modos de operar processo penal existem, todos buscando a efetiva resolução das lides, todavia não pode o processo penal se ater a apenas pôr fim aos desídios do cotidiano. O sistema de justiça criminal servindo mais do que apenas uma ferramenta técnica, refletindo em si os princípios políticos e ideológicos de uma nação, mas também atuando como um representante histórico de princípios políticos fundamentais na busca contínua do país pelo equilíbrio na realização de dois interesses supremos: dotar o Estado de meios para exercer a sua autoridade penal e dotar cada indivíduo de meios para se defender.

2.1.1– Processual acusatório

A origem do sistema acusatório remonta a antiguidade grega, momento em que a partir do cometimento de um grave delito qualquer cidadão poderia noticiar a prática delituosa. Alguns indivíduos escolhidos pelo Estado, que exigia que tivessem reputação ilibada e respeito diante da sociedade eram escolhidos para atuar como acusação. Como resultado, destaca-se que três figuras distintas estão presentes no processo penal grego; os cidadãos que apresentaram a denúncia, responsável pela acusação, o juiz que exerce o papel do Estado responsável por decidir o caso, e o réu, acompanhado da sua defesa.

Camilin Marcie de Poli (2019, p. 332) destaca o papel antagônico desempenhado pelo acusador e pelo réu, onde cada um apresenta sua versão dos fatos para persuadir o juiz de que são verdadeiros, comparando-se a um tipo duelo, ocorrendo na frente do juiz que tem o dever de decidir a disputa.

O sistema processual acusatório tem como principais características a paridade de armas, a ampla defesa e um julgador imparcial, que decidirá conforme as provas nos autos e a capacidade de convencimento realizada durante a instrução processual.

O sistema acusatório caracteriza-se pela separação das funções de acusar, julgar, defender. O juiz é imparcial e as provas não possuem valor pré-estabelecido, podendo o juiz apreciá-las de acordo com a sua livre convicção, desde que fundamentada. O processo é público e estão presentes as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. (CAPEZ, 2021)

Difere-se do sistema inquisitorial, em que os julgamentos eram desprovidos de defesa e o juiz julgava de forma deliberada e muitas vezes decidia para satisfazer vinganças privadas e

para atender pedidos de pessoas e entidades poderosas. No modelo acusatório é imprescindível a observância de regras ordenadamente dispostas e orientadas pelo princípio acusatório, a fim de preservar a imparcialidade do Poder Judiciário na qualidade de terceiro desinteressado, com a presença da acusação amparando a necessidade de defesa do acusador contra a acusação (PRADO, 1999, p. 115).

2.1.2– Processual inquisitorial

A terminologia desse sistema processual foi originalmente utilizada pelo direito canônico, principalmente no tempo da inquisição. Nesse período, o Estado colaborou com a Igreja Católica para repelir ameaças e ofensas contra a coroa, representada pelo monarca absolutista que se dizia o guardião escolhido por Deus da verdade inalterável. O sistema processual penal inquisitório surgiu durante os regimes monárquicos e se aperfeiçoou no direito canônico, durante os séculos XVI, XVII e XVIII.

Dessa maneira, era normal e legal a centralização das funções de acusar e julgar, ambas as funções eram exercidas pelo Estado. Nessa visão, a delação probatória era feita pelo Juiz Inquisidor, além de suas possíveis ações ostensivas e veladas, comprometendo a sua imparcialidade, pois sua condenação não se baseou em provas trazidas pelas partes, mas sim em sua própria condenação, visto que já havia proferido um julgamento de valor antes do início do processo criminal, já que ele mesmo deu início à ação penal (RANGEL, 2021, p. 78).

O sistema processual inquisitivo é notadamente caracterizado pela junção das funções de acusação e julgamento, nos dias de hoje é impensável que tal fato possa ocorrer, pois é sabido que o juiz que acusa e busca provas para condenar jamais será capaz de ser imparcial no julgamento do acusado. É também de conhecimento geral que durante o período inquisitorial aconteceram inúmeras injustiças e barbáries jurídicas, como condenações sem provas e condenações totalmente contrárias às provas colhidas.

O sistema inquisitivo, como o próprio nome diz, remonta ao século 12, período da Santa Inquisição e dos Tribunais Eclesiásticos. Nesse sistema, 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 para o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. No tocante às provas, vigora o sistema tarifado, ou seja, estas possuem valor pré-estabelecido e presunções absolutas, sendo a confissão a "rainha das provas". (CAPEZ, 2021)

O sistema penal inquisitorial processual persistiu até o final do século XIX, quando as ideias

revolucionárias e garantistas se espalharam pela Europa. Começando com a Revolução Francesa, uma transição gradual para o sistema atual está em andamento desde então.

Diante do exposição dos principais modelos processuais penais é possível entender melhor o porquê de vigorar no Brasil o sistema processual penal acusatório, que possibilita uma maior amplitude de defesa e paridade de armas. Busca-se, portanto, com o advento do juiz das garantias uma maior aplicabilidade do sistema acusatório, para que a imparcialidade do juiz e a garantia dos direitos do investigado sejam assegurados.

2.2 – Juiz das garantias no cenário internacional

O formato de persecução penal com a presença do juiz das garantias apesar de novo no Brasil não é inédito mundo a fora, a França já adota tal sistema desde a promulgação da Lei de Presunção de Inocência de 15 de junho de 2000. Lá o magistrado é chamado *Le juge des libertés et de la détention* que traduzindo significa: juiz das liberdades e detenção. As funções desse magistrado são paralelas com as funções elencadas para o juiz das garantias no Brasil, tais como, controle da legalidade, proteção dos direitos do investigado, decretação de prisão cautelar etc.

As primeiras noções de juízes garantidores em todo o mundo emergiram na década de 1970 na Alemanha, onde esse juiz é chamado de juiz de instrução ou "Ermittlungsrichter", em alemão. Ele é o responsável por decidir sobre questões como buscas e apreensões, escutas telefônicas, oitiva de testemunhas e prisões antes do início do processo criminal. Posteriormente, a câmara de Juízes decide o caso. Insta ressaltar que no modelo adotado pela legislação alemã o juiz que instrui a investigação criminal não é o mesmo que vai fazer o juízo de admissibilidade, que será feito pela câmara de juízes, rito esse que é diferente do adotado pelo chamado "pacote anticrime" que inovou o ordenamento brasileiro com a adoção do Juiz das garantias.

O nascimento de tal instituto baseia-se conforme ensina Gimenes (2019), a figura do juiz das garantias foi pensada e aplicada em algumas nações europeias num período pós-segunda guerra, no qual os direitos fundamentais ganharam um papel notório em seus ordenamentos jurídicos.

Em Portugal, a figura do juiz garantidor foi criada em 1987. A legislação portuguesa estipula que os métodos de investigação mais invasivos – prisão preventiva, busca e apreensão, violação do sigilo das comunicações e dados bancários e fiscais – não podem ser permitidos sem que haja ao menos "graves indícios" de crimes cometidos com dolo. O juiz responsável por essa

fase da investigação também será o titular para aceitar a denúncia, assim como é pretendido no Brasil. Se o juiz receber a denúncia, o processo é transferido para outro juiz, este será o responsável pela instrução criminal. É como determina o Artigo 268 do código de processo penal português:

- 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 coação 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 do n.º 5 do artigo 177.º, do n.º 1 do artigo 180.º e do artigo 181.º;
 - d) Tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do artigo 179.º, n.º 3; (PORTUGAL, 1987).

Como dito anteriormente, a denúncia é recebida pelo próprio juiz das garantias, esse é o seguimento utilizado pela legislação portuguesa, de igual modo, no Brasil o modelo adotado segue as linhas portuguesas, ou seja, o juiz das garantias além de acompanhar a fase de investigação irá decidir por receber ou não a denúncia. Este fato pode gerar divergências de opiniões, pois se o que se busca é a imparcialidade do juiz, evitando que se contamine ante as provas colhidas em sede de inquérito policial, momento em que não existe o contraditório, como poderá o juiz das garantias que cuidou de toda a fase pré-processual decidir de recebe ou não a denúncia. Apresenta-se como melhor opção o utilizado no modelo alemão, onde a atuação do juiz garantidor de direitos finda com o término da investigação policial e a decisão de recebimento da denúncia cabe a outros magistrados.

Não é necessário ir longe para ter exemplos da implementação do juiz das garantias, na América do Sul mais precisamente na Argentina, é vigente a figura do juiz das garantias, ou como é denominado *lá Juez de las garantías*, fato é que tal instituto não foi completamente concluído ainda, pois o país carece de organização e estrutura para a sua total implementação. O Chile também adota o sistema acusatório, aponta-se como causa que motivou tal mudança o contexto histórico vivido pelo país diante do regime ditatorial militar, que teve seu início com o assassinato do então presidente eleito, Salvador Allende. Com a falência do regime ditatorial e o ressurgimento da democracia foi necessário reformular todo sistema processual penal, visto que agora buscava-se distância de qualquer resquício de ideias inquisitoriais, foi nesse contexto que o juiz das garantias foi implementado no ordenamento jurídico chileno.

3 MUDANÇAS NA ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO PARA IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

Para entender as mudanças que esse novo instituto acarreta é necessário compreender como vigora atualmente a fase de persecução penal no ordenamento jurídico.

A fase de investigação é o início da persecução penal, nesse momento a polícia investigativa juntamente com o Ministério Público buscam coletar os indícios do crime e sua respectiva autoria. Para que seja possível coletar provas substanciais acerca do crime e de seus autores muitas vezes o Ministério Público requer interceptações telefônicas, mandados de busca e apreensão etc.

É nesse momento que o judiciário é provocado para deferir ou denegar o pedido, respeitando sempre os ditames legais. Ocorre que atualmente, o mesmo juiz que defere o pedido de busca e apreensão, escutas telefônicas e até mesmo prisões preventivas, é quem será o magistrado responsável pela fase processual de julgar e proferir sentença, as ações anteriormente citadas que somente são autorizadas por autorização judicial são direitos fundamentais resguardados constitucionalmente.

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (BRASIL, 1988)

O novo formato preconiza que nesse primeiro momento da persecução penal, chamada de fase investigatória, o juiz das garantias irá atuar como o responsável para resguardar os direitos do investigado, cuidando de toda fase investigativa e ao fim, o Ministério Público oferecerá a denúncia, momento esse em que entrará em ação um novo magistrado, responsável pela fase processual penal, que irá após ouvidas as partes, produzidas as provas sob o princípio da ampla defesa e contraditório, proferir a sentença ao acusado.

Com o advento do juiz das garantias é necessária a implementação de uma nova estrutura no Poder Judiciário, reclamando uma redistribuição de competências dos juízes, designando especificadamente os magistrados que seriam responsáveis para exercer essa competência,

lembrando que o juiz que atuar como juiz das garantias estará impedido de atuar em outro momento nesse mesmo processo como julgador.

Impedimento

No instituto do Impedimento, a lei relaciona expressamente os casos em que o magistrado fica impossibilitado de atuar, independe de sua intenção no processo ou de sua relação com as partes.

As causas de impedimento também decorrem do dever de imparcialidade do juiz, mas se referem à sua relação com o processo.

O artigo 252 do Código de Processo Penal descreve, objetivamente, as hipóteses em que o juiz fica impedido de exercer sua função de jurisdição : 1) caso seu cônjuge ou parente tenha de alguma forma atuado no processo; 2) quando o próprio juiz tiver exercido outra função (advogado, servidor por exemplo) no mesmo processo; 3) tiver atuado como juiz no mesmo processo em instância inferior; 4) quando o próprio magistrado, seu cônjuge ou parentes forem parte no processo, ou tenham interesse direto na causa. (TJDFT, 2021)

É inequívoco que o Brasil possui extensão territorial de categorias continentais, em vasta extensão é fácil perceber as diferenças entre seus Entes Federativos que ora demonstram-se grandes gestores e possuidores de alta renda per capita, ora mostram-se estados pobres e extremamente carentes de auxílio do Governo federal, Estados muitas vezes incapazes de lidar com a sobrecarga do judiciário em suas comarcas que possuem um número ínfimo de juízes em comparação com a quantidade de processos que aguardam andamento.

Diante do conhecimento das diversas realidades vividas pelo judiciário dentro da jurisdição nacional é impossível não se questionar acerca da possível inaplicabilidade da implementação do juiz das garantias. Pois para a realização efetiva dessa medida seria necessária a utilização de mais magistrados atuando em prol do judiciário, ocorre que é sabido que alguns Estados sequer conseguem manter com balanço equilibrado o pagamento e a manutenção dos juízes existentes, quanto mais a possibilidade de novos certames para a nomeação através de concurso público de novos operadores do direito. A partir disso temos a seguinte situação, atualmente o judiciário não possui condições de ampliar seus quadros de funcionários para atender a atual demanda, o que resulta em uma justiça tardia e demorada, mesmo utilizando um único juiz para cuidar da fase pré-processual e da fase processual.

Então como será possível e de fato efetivo usar esse mesmo número de juízes, dividindo-os para cuidar agora de forma isolada, da fase pré-processual e processual penal. Por conseguinte, podemos racionalizar e analisar que separar a atuação dos magistrados nas fases de persecução penal irá de fato de encontro ao princípio da celeridade processual, de forma lógica, para o efetivo

cumprimento do instituto é necessário a ampliação do número de magistrados no judiciário nacional.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2017 no Brasil existiam cerca de 18.168 magistrados ativos, número pequeno comparado ao número total de processos que tramitam na justiça nacional, e quando comparado ao número de habitantes essa conta fica ainda mais assustadora, é o que mostra o senso realizado pelo CNJ no ano de 2017:

As estatísticas demonstram que a força de trabalho da magistratura cresce proporcionalmente à população brasileira, que passou de 190,7 milhões, em 2010, para 206 milhões em 2016. Nesse período, o número de magistrados por cada grupo de 100 mil habitantes praticamente não variou. Em 2010, havia 8,6 magistrados por cada grupo de 100 mil brasileiros. Em 2016, a média registrada foi de 8,2. (BRASIL, 2017)

A implementação do juiz das garantias no judiciário acarretará uma maior sobrecarga dos magistrados, pois como dito anteriormente, o juiz que atuar como juiz garantista estará impedido de atuar como julgador naquela mesma lide. Imagine que desses 18 mil magistrados, 5 mil deles atue em algum momento como juiz das garantias, todos esses 5 mil nunca mais poderão julgar aquele processo que participaram, nem em momento posterior ou em fase recursal, haja vista que incorrerão em impedimento ou quem sebe será suscitada a suspeição dos mesmos.

É nítido o fato de que o Juiz das Garantias estabelece a vedação do exercício da jurisdição em ambas as fases pelo mesmo magistrado, evitando, a partir da divisão de atuações, a convicção e idealização/formação de pré-conceitos no íntimo do julgador, bem como ratificando o princípio da imparcialidade, possibilitando maior efetivação da isenção do julgador. (SILVA, 2021)

O poder judiciário necessitará se reestruturar para conseguir destinar, separar e dividir os juízes para atuar como juiz das garantias, não há qualquer malefício em se instaurar um sistema que protege ainda mais o indivíduo julgado, mas há que se observar as circunstâncias próprias do país a ser implementado, no caso do Brasil a carência de recursos e magistrados poderá tornar algo bom em ruim, uma vez que com uma maior demanda e sobrecarga do judiciário o serviço de proteção aos direitos poderá ser manchado pela ineficácia e morosidade judiciária.

Logo, o que se apura, é que far-se-ia necessário um número ainda maior de magistrados, sem falar em um aumento substancial de servidores para movimentar a nova máquina. Um investimento em estrutura física e humana, gerando gastos com insumos, energia, água, internet, combustível, segurança, e tantos mais elementos para seu efetivo funcionamento.

Para o representante da Associação dos Magistrados do Brasil, Pedro de Araújo Yung Tay-Neto, a criação do juiz de garantias não vai trazer os resultados esperados e vai aumentar os custos do Judiciário. “O juiz das garantias trará lentidão e uma imensa dificuldade para que se possa prestar uma jurisdição de qualidade, a que o povo brasileiro tanto anseia”, disse.

4 INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADA E SUSPENSÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS PELO STF

A grande divisão de opiniões acerca dos artigos que versam sobre o juiz das garantias resultou em uma ação direta de inconstitucionalidade perante o STF. Assim, em janeiro de 2020 o Ministro Luiz Fux suspendeu a eficácia do dispositivo processual penal, até o julgamento em plenário.

Os artigos 3-A a 3-F foram atacados por ADI, e os principais argumentos foram o da inconstitucionalidade formal e material, pois se alega que o juiz das garantias é instituto que reorganiza e reestrutura o judiciário, e as leis que visem alterar a estrutura do judiciário possuem iniciativa própria do judiciário e não do poder legislativo. Já o vício material se dá em razão de que o dispositivo instituiu normas gerais e ao mesmo tempo normas especiais, que seriam de competência dos Entes federativos, limitando-se a união a legislar apenas de maneira geral, então a referida lei seria inconstitucional pois sua matéria contrária a própria CF/88.

Vício formal: também conhecida como nomodinâmica ou orgânica, que traduz inobservância de regra de competência legislativa, ou da não observância do processo legislativo devido, tal como o caso de incompetência de determinado ente para tratar de tema específico. Como exemplo, Luís Roberto Barroso cita: “[...] a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação editar uma lei em matéria penal ou em matéria de direito civil, incorrerá em inconstitucionalidade por violação da competência da União na matéria.”

Vício material: conhecido como de conteúdo, substancial ou doutrinário ou nomoestática. Quanto a tais vícios, denota-se incompatibilidade de texto entre a lei em tese elaborada, com a CF. Como exemplo, fixação da remuneração de certa categoria de servidores acima do limite constitucional. (GOMES, 2013)

O Min. Luiz Fux entende que, "A criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país", entende o ministro. Segue uma breve transcrição de trechos da decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ART. 3º-A, 3º-B, 3º- C, 3º-D, 3º-E e 3º-F DO CPP. JUIZ DAS GARANTIAS. REGRA DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. ARTIGO 96 DA CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PRÉVIA. ARTIGO 169 DA CONSTITUIÇÃO. AUTONOMIA FINANCEIRA DO PODER JUDICIÁRIO. ARTIGO 96 DA CONSTITUIÇÃO. IMPACTO SISTÊMICO. ARTIGO 28 DO CPP. ALTERAÇÃO REGRA ARQUIVAMENTO. ARTIGO 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS ENTRE ACUSAÇÃO, JUIZ E DEFESA. ARTIGO 310, §4º, DO CPP. RELAXAMENTO AUTOMÁTICO DA PRISÃO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PROPORCIONALIDADE. FUMUS BONI IURIS. PERICULUM IN MORA. MEDIDAS

Artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, na redação concedida pela Lei n. 13.964/2019 (Juiz das garantias e normas correlatas):

(a1) O juiz das garantias, embora formalmente concebido pela lei como norma processual geral, altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em nível tal que enseja completa reorganização da justiça criminal do país, de sorte que inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (Art. 96 da Constituição);

(a2) O juízo das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas. (BRASIL, 2020)

Como evidenciado na decisão do Ministro, pôr em pratica o juiz das garantias é uma questão muito delicada e que requer prévio estudo de aplicabilidade, não podendo uma lei de pronto, inovar o ordenamento e estrutura do poder judiciário na seara criminal. Quando ações ou leis públicas estão em conflito com a Constituição, a constitucionalidade pode ser questionada. A violação da Constituição por ação pode ser formal (inobservância do processo legislativo ou concorrência legislativa) ou material (a contenção do ato normativo é contrária à Constituição). Da mesma forma, quando há inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada, a constitucionalidade perde-se por omissão.

A inconstitucionalidade formal suscitada na ADI 6298 é relativa à origem da lei que determinou a mudança na estrutura do judiciário através do juiz das garantias, uma vez que como já explicado, as leis que visem mudar, alterar ou reestruturar o judiciário devem ter origem do próprio poder judiciário, isso em razão do princípio da separação dos poderes. No caso em tela, o

“pacote anticrime” que alterou o código de processo penal teve origem parlamentar ferindo assim a norma suprema que determina a devida origem de tal proposta.

Por óbvio, a suspensão do dispositivo desagradou inúmeros juristas e parlamentares, que ora votaram a favor da implementação do dispositivo no código de processo penal. Eles alegam que ter suspenso o juiz das garantias é uma decisão totalmente equivocada e que contraria anos de luta por garantias fundamentais, e um melhor funcionamento do poder judiciário. Aury Lopes e Alexandre da Rosa opinam acerca da suspensão da eficácia da nova estrutura:

[...] é preciso advertir que a liminar na Medida Cautelar nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 concedida ministro Luiz Fux, no dia 22/1/2020, é um golpe poderosíssimo na reforma que se pretendia levar a cabo. Ao suspender o artigo 3º-A, do CPP, que finalmente consagraria o sistema acusatório; ao suspender também a implantação do juiz das garantias; o sistema de exclusão física dos autos do inquérito; e a nova forma de arquivamento adequada ao sistema acusatório (artigo 28), o ministro Luiz Fux sepultou décadas de luta, de pesquisa, de milhares de debates e de páginas escritas para modernizar e democratizar o processo penal brasileiro. (LOPES, 2020, p. 35)

A discordância entre os que desejam a implementação rápida e imediata e aqueles que acreditam na inconstitucionalidade e inaplicabilidade do referido texto processual penal não finda cedo, haja vista que o juiz das garantias permanece suspenso por tempo indeterminado, gerando grande insatisfação em grande parte dos juristas que almejam desde já, a inovação do ordenamento jurídico.

A suspensão do dispositivo processual penal é acertada, pois modificar toda uma estrutura do judiciário da noite para o dia não se mostra muito viável, podendo acarretar uma insegurança jurídica imensa. O mundo real muitas vezes não se comunica com o mundo ideal, a inovação trazida pelo juiz das garantias com certeza é acertada, todavia, deve-se questionar antes de tudo a respeito da viabilidade da implantação, e ainda mais, respeitar a Constituição Federal no que tange a divisão dos poderes e competências originárias quando se fala em lei que visa alterar as estruturas do judiciário.

A busca pela proteção dos direitos deve ser sempre almejada, a Carta Magna deixou claro em seus dispositivos que salvaguardar os direitos fundamentais do cidadão é uma prioridade a ser legislada. Ocorre que a busca pela normatização dessa proteção deve ser pensada, estudada e estrategicamente implementada, não podendo ser introduzida de qualquer maneira no ordenamento jurídico pátrio, deve ser respeitada a forma correta e a entidade competente para tanto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O juiz das garantias é, sem contestação, mais uma boa solução apresentada para fiscalizar e garantir os direitos constitucionais do indivíduo investigado, o juiz que acompanha toda fase inquisitorial do inquérito policial, ademais, é quem decidirá sobre a possibilidade de realizarem buscas e apreensões, prisões preventivas, escutas telefônicas etc. Entretanto, é importante lembrar que nem toda boa solução é realmente viável à aplicação em determinados locais, o que em algum momento é bom e funciona em um mais nem sempre trará os mesmos resultados em outro Estado soberano.

Com o advento do juiz das garantias será preciso construir uma nova estrutura no Poder Judiciário, planejando uma redistribuição de atribuições dos juízes, designando especificadamente os magistrados que seriam responsáveis para exercer essa competência, lembrando que o juiz que atuar como juiz das garantias estará impedido de atuar em outro momento nesse mesmo processo como julgador.

É necessário lembrar que no Brasil a prestação da jurisdição carece de celeridade, muitas demandas demoram anos para que sejam resolvidas, tudo isso está diretamente ligado à falta de servidores, quantidade imensa de processos e falta de magistrados, que ficam atolados de processos para dar andamento. Obrigados a seguir metas, muitas vezes os juízes colocam estagiários e servidores para realizar suas tarefas, tudo isso causado pelo enorme quantitativo de tarefas que necessitam ser realizadas.

Diante disso, questiona-se, criar mais uma atividade (juiz das garantias) irá prejudicar ainda mais essa prestação jurisdicional de qualidade? A resposta é sim. Como exposto em todo este artigo científico, o Brasil ainda não possui estrutura para suportar o instituto do juiz garantidor, pois tal implementação poderá ser mais maléfica do que benéfica à prestação da justiça, pois um magistrado que é sufocado pelas demandas jamais conseguirá analisar os fatos e circunstâncias de forma individualizada.

É evidente que o sistema processual penal nacional não possui capacidade estrutural para incrementar o juiz das garantias, a incorporação imediata e sem planejamento pode acarretar inúmeros problemas na prestação eficaz da justiça. É possível vislumbrar que no momento em que se cria a solução de um problema, mas se aplica de forma inadequada e nas condições

desfavoráveis, aquela solução se torna sem efeito, e é isto que acontecerá com o juiz das garantias caso seja incrementado de forma imediata e sem nenhum tipo de estudo.

Os poderes são independentes e harmônicos entre si, e isso é essencial ao Estado Democrático de Direito, todavia, muitas vezes o poder legislativo cria leis que são quase inaplicáveis no ordenamento jurídico pátrio, isso se dá em razão da falta de tangibilidade dos parlamentares em face da realidade vivida pelos fóruns e tribunais, muitas vezes o ideal não se coaduna com o real, e é por evidente o que ocorre com o juiz garantidor trazido pelo pacote anticrime.

Não obstante ao apresentado acima, temos ainda presente uma grande chance de os dispositivos trazidos pelo artigo 3º -B estarem ferindo de maneira formal e material a Constituição Federal. Como anteriormente suscitado o juiz das garantias é instituto que reorganiza e reestrutura o judiciário, e as leis que visem alterar a estrutura do judiciário possuem iniciativa própria do judiciário e não do poder legislativo, isso fere de morte a separação das atribuições dos poderes judiciário e legislativo, cominando na inconstitucionalidade formal da matéria, por ter vício em sua iniciativa.

Neste ponto, criar atribuições aos magistrados, criar mudanças na estrutura e aplicação da jurisdição é por óbvio, reestruturar o poder judiciário, o que pelo princípio da separação dos poderes é vedado um poder determinar a estrutura de outro poder interferindo diretamente nele. O legislativo criou este instituto que sequer chegou a ser aplicado, pois é nítido as importantes mudanças que ele traz, bem como a dúvida quanto a sua real efetividade.

Além da inconstitucionalidade formal, foi suscitada também a inconstitucionalidade material da matéria, pois o dispositivo criou e determinou normas gerais e ao mesmo tempo normas especiais, o que de acordo com a Constituição federal seriam de competência dos Entes federativos, limitando-se a união a legislar apenas de maneira geral, então a referida lei seria inconstitucional pois sua matéria contrária a própria CF/88.

Diante de tudo que foi exposto neste artigo científico, fica o seguinte posicionamento: a incrementação do juiz das garantias é medida que se mostra inaplicável em nosso ordenamento jurídico, pelas inúmeras problemáticas enfrentadas pela prestação jurisdicional. Adicionar mais uma atribuição ao juiz, e que este ficará impedido de atuar em qualquer outra fase nesse processo, é de fato um detalhe que pode comprometer a qualidade e celeridade da prestação da justiça por parte do Ente federativo.

A lei 13.964/19, o chamado “pacote anticrime” criada pelo poder legislativo propõe mudanças no judiciário, mudanças que dizem respeito a própria estrutura e forma de prestação da jurisdição, o que fere fatalmente o estabelecido pela Constituição, que diz que cabe ao poder judiciário a iniciativa para criar leis que versem sobre sua própria estrutura, cargos, atribuições etc. Como já exposto e mencionado, o parlamentar cria leis sem saber como realmente funciona na prática a jurisdição, e isso pode cominar na criação de leis inaplicáveis e ineficazes.

A busca pelas garantias dos indivíduos que compõe a sociedade e são investigados e julgados pelo estado é devida, todavia, para que a solução seja adequada e surja efeito é necessário muito estudo e planejamento para sua incrementação, contrário a isso poderá acarretar uma decadência da prestação de serviço. O juiz das garantias é um instituto louvável e que visa a melhoria na garantia dos direitos do investigado/acusado, mas ainda falta muito para sua incrementação saudável. Desde o órgão correto para iniciar e propor a sua incorporação ao ordenamento jurídico até nas diretrizes organizacionais para melhor guiar esta solução rumo ao sucesso.

O juiz das garantias é atualmente inaplicável no ordenamento jurídico brasileiro, e sua origem apresenta vícios de forma. Diante disso, é medida que se espera que o Supremo Tribunal Federal julgue pela inconstitucionalidade formal da demanda, e entenda pela atual inaplicabilidade de tal instituto. Apesar de ser uma boa ideia, não se mostra eficaz e possível, portanto, deve ser evitada para não transformar algo bom em algo ruim.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **O juiz das garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16024787.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei 2.848, de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 6 mar. 2023

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 3 outubro. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 mar. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 6.298/DF**. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e outros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2023.

CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal** - Parte Geral. 5a Edição. São Paulo: Atlas.

CAVALCANTI, Danielle de Andrade. O juiz das garantias na investigação preliminar criminal. **Revista jurídica**, v. 35, n 9, p. 15 – 40, jan. -mar. 2016. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/146/137>. Acesso em: 15 abr. 2023.

CONSELHO, Nacional de Justiça. **Perfil Sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf. Acesso em: 26 fev. 2023. Forense, 2020.

GOMES, Gustavo Henrique Comparim. Teoria geral do controle de constitucionalidade brasileiro: doutrina e jurisprudência. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3668, 17 jul. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24839>. Acesso em: 28 mai. 2023.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal Parte Geral**. 37a Edição. São Paulo: **Saraiva Educação**. Acesso em: 28 fev. 2023.

LIMA, Renato de. **Manual de Processo Penal**. Volume único. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

LIMA, Walter Alves. **A figura do juiz das garantias no contexto internacional e nacional**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/95989/a-figura-do-juiz-das-garantias-no-contexto-internacional-e-nacional>. Acesso em: 22 jan. 2023.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17a Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

MILITÃO, Eduardo. Como funciona o juiz de garantias pelo mundo, modelo nascido nos anos 70. Disponível em: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3668, 17 jul. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24839>. Acesso em: 30 mai. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17a Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

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**. Tese (Pós-graduação) – Faculdade de Direito, PUCRS. Rio Grande do Sul, p. 25. 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24a Edição. São Paulo: Atlas, 2020.

PORTUGAL. **Decreto Lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987**. Código de Processo Penal. Procuradoria Geral Distrital, Lisboa, 17 fev. 1987. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 09 abr. 2023.

PRADO, Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Gn, 2023.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 30ª Edição. São Paulo: Atlas, 2023.

SILVA, Larissa Marila da. **A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória**. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-99QJAH>. Acesso em: 05 mar. 2023.

SILVA, Teodoro. **Da constitucionalidade do juiz das garantias**. Disponível em: <https://blogdoedisonasilva.com.br/2021/10/da-constitucionalidade-do-juiz-das-garantias-desembargador-teodoro-silva-santos/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

SIMONE, Schreiber. **Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.