

Reflexões sobre o Juiz de Garantias.

Dr.^a Vlândia Maria de Moura Soares¹

Marcos Faleiros da Silva²

Em 2016, o Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso intensificou estudos para cumprir o art. 8, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos no que tange ao direito das pessoas de serem julgadas por um órgão julgador independente, imparcial e garantidor da Constituição, bem como para evitar que operações legítimas da polícia e do Ministério Público pudessem ser questionadas de nulidade por atuação extravagante de alguns magistrados.

Algumas operações em Mato Grosso foram questionadas de nulidade sob a arguição da defesa de que alguns atos jurisdicionais foram praticados sob repercussão política positiva³ ou viés político⁴, podendo sugerir quebra da imparcialidade subjetiva – íntimo da convicção do magistrado, como também da imparcialidade objetiva, fundada na teoria da aparência, é dizer, o juiz tem se portar publicamente e aparentemente como imparcial.

Atento aos princípios democráticos e constitucionais, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso providenciou uma visita supervisionada no DIPO-SP, no Fórum da Barra Funda, que se trata de um departamento do TJSP que oferece, desde 1985⁵ na esfera criminal, magistrados atuantes apenas na fase preliminar (inquérito) abrangendo todos os atos anteriores à denúncia.

De décadas de experiência do DIPO, a equipe do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso constatou “in loco” o seguinte:

¹ Doutora em Direito e professora da UFMT.

² Juiz de Direito e Coordenador do Núcleo de Audiências de Custódia do Fórum de Cuiabá, Estado de Mato Grosso – Brasil.

³ TJMT, Primeira Câmara Criminal, exceção de suspeição nº 110936/2017 - classe CNJ - 318 Comarca Capital.

⁴ <https://www.midianews.com.br/conteudo.php?sid=14&cid=130317>;

<https://www.rdnews.com.br/ultimas/tourinho-liberta-envolvidos-em-escandalo-ambiental-do-estado/20735>;

<https://www.gazetadigital.com.br/editorias/cidades/trf-afasta-julier-de-3-processos/105062>;

<https://www.midianews.com.br/politica/ex-Juiz-se-filia-ao-pt-e-diz-que-e-pre-candidato-a-prefeito-de-cuiaba/364649>

⁵ Provimento CCXXXIII, de 26 de junho de 1985, TJSP.

Com esse departamento evita-se, assim, especulações sobre a parcialidade e isenção do magistrado que irá julgar o processo e sua contaminação pela participação na produção das provas na fase de investigação, oferecendo maior segurança ao jurisdicionado porque o Juiz do processo criminal, em tese, terá sua independência assegurada, evitando-se pré-juízos ou pré-convicções acerca da questão.

(...) Ainda, o DIPO propicia, em tese, preservação da imparcialidade, independência e liberdade dos juízes que irão instruir e julgar os processos criminais, porque quando magistrado envolve-se numa investigação criminal, vai progressiva e antecipadamente formando sua convicção sem a devida formação do contraditório e alheio à ampla defesa”⁶.

Após os estudos necessários⁷, foi sancionada a Lei Complementar Estadual nº 638/2019, criando, no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, o Núcleo de Inquéritos Policiais (NIPO) da Comarca de Cuiabá, similar ao DIPO-SP, para conhecer e decidir sobre os atos relativos aos inquéritos policiais e seus incidentes, inclusive medidas cautelares.

O surgimento do NIPO-Cuiabá faz parte de uma preocupação do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, baseada em fatos concretos, em se resguardar os julgamentos de influências e sentimentos pessoais ou viés político, para Juízas e Juízes aplicarem e interpretarem a lei com isenção, pois “seria absolutamente ilegítimo e repugnante o Estado chamar a si a atribuição de solucionar conflitos, exercendo o poder sobre as partes, mas permitir que seus agentes o fizessem movidos por sentimentos ou interesses próprios, sem o indispensável compromisso com a lei e os valores que ela consubstancia (...)”⁸.

De acordo com essa perspectiva, o TJMT recebeu com agradável surpresa a Lei Federal nº 13.964/19 que criou a figura do Juiz de Garantias, justamente para ratificar a imparcialidade do Juiz e evitar a contaminação subjetiva e objetiva, ainda que inconsciente, reafirmando com veemência o princípio acusatório, separando bem as funções investigação-acusação-defesa-julgamento⁹, e, ainda, pondo o

⁶ Relatório contido no Ofício 52/2017.

⁷ CIA 00336800320178110000

⁸ DINAMARCO. Cândido Rangel; LOPES. Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Novo Processo Civil. 1ª ed. 2018, p. 57.

⁹ Conforme ADI’s 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (j. 22/01/2020), o Min. Luiz Fux suspendeu a eficácia da implantação do juiz das garantias e de seus consectários (CPP, arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F).

magistrado na função de salvaguarda dos direitos fundamentais, conforme explícito no art. 3º B, *caput*:

O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...)

Foram inseridos no CPP os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D e 3º-F, com o nome Juiz de Garantias, cujo conceito foi bem formulado por André Machado Maia, citado por Renato Brasileiro:

Consiste o Juiz das garantias na atribuição exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase pré-processual, com a consequente exclusão da competência desse magistrado para a sequência da persecução penal sobre o contraditório¹⁰.

A nova lei criou a figura de dois juízes criminais: a) o Juiz de Garantias; b) o Juiz da Instrução e Julgamento. Surge então uma nova espécie de competência funcional por fase do processo.

Com precisão, Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi faz um perfeito paralelo entre o Juiz de Garantias e o Juiz da Instrução, como faces da mesma moeda, desenvolvendo a ideia do Juiz de Garantias na investigação justamente como a “Garantia de um Juiz” imparcial e independente quando da instrução e sentença:

Por ello, resulta imprescindible notar la íntima relación entre “las garantías” y “la jurisdicción”, que son como la cara y la cruz de una misma moneda. Sólo el “juez” puede ponerlas en evidencia y determinar sus puntos de contacto, valorando los estrechos significados de protección que implican ambos institutos. De aquí deriva una fuerte exigencia para el juez de profesionalidad y defensa de su propio ámbito. La concepción de un “juez de garantías” es la “garantía de un juez” establecido para dictar (sin los perjuicios que provienen de la investigación de un delito y sensible al conflicto social subyacente) y definir jurisdiccionalmente (es decir, con fuerza vinculante y de modo definitivo) la legalidad de los hechos, el aprovechamiento de las pruebas válidas y la salvaguarda de todos los derechos vinculados al “justo proceso” en el marco de la instrucción,

¹⁰ BRASILEIRO. Renato. G7 Jurídico, PACOTE ANTICRIME, in <https://www.g7juridico.com.br/>.

anulando e ignorando todo lo que las leyes, la Constitución y los pactos internacionales sobre Derechos Humanos claramente definen como nulidades, excesos o abusos.¹¹

O fundamento do Juiz de Garantias está na hoje tão falada Teoria da Dissonância Cognitiva. Quando o ser humano toma uma decisão, os atos subsequentes tendem a confirmá-la, de modo a evitar o sentimento incômodo da dissonância cognitiva.

No mesmo caminho, em estudo nos idos de 1976, pediu-se para alunos de “Business School” se colocarem na posição de alto executivo para direcionar recursos financeiros a alguma das filiais de uma empresa, mediante um dossiê sobre o panorama econômico das filiais. Depois de aplicar o investimento, os alunos eram informados, de propósito, com eloquentes informações e documentos, que esse primeiro investimento não teve resultados econômicos esperados, muito pelo contrário. No seguimento, o pesquisador entregava nova quantia em dinheiro aos alunos de “Business” para novo investimento nas filiais, contudo, apesar dos eloquentes documentos e informações que lhes foram fornecidos, os alunos managers tendiam a privilegiar a filial à qual tinham atribuindo o primeiro investimento, aderindo à primeira decisão.

Em uma segunda condição, os alunos teriam que substituir de improviso o alto executivo que já tinha destinado um valor a uma das filiais, no entanto com resultados negativos. Os alunos só precisariam tomar a segunda decisão financeira que consistia, como anteriormente, destinar novo investimento às filiais, mediante os mesmos documentos. Constatou-se que os alunos tomaram decisão baseada no bom-senso e destinaram dinheiro para outra filial, ao contrário da primeira condição, os alunos foram capazes de utilizar de modo racional as informações recebidas, dispondo-se a voltar atrás em uma decisão financeira anterior tomada por outra pessoa. O estudo mostra que depois que uma pessoa toma uma decisão, tende a mantê-la e a reproduzi-la, ainda que sem os resultados esperados. Caso a primeira

¹¹ LANFREDI. Luís Geraldo Sant’Ana. EL “JUEZ DE GARANTÍAS” Y EL SISTEMA PENAL. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 104-105.

decisão seja de outra pessoa, ao tomarem a segunda decisão agem com mais discernimento¹².

Bem oportuno rememorar nesse contexto a nova Lei de Abuso de Autoridade. Pergunto: absolveríamos um réu ao final do processo, cuja prisão preventiva não tinha embasamento, a prova produzida comprovou-se ilegal ao final, ou que a instauração se deu à falta de indício da prática de fato criminoso, podendo responder por crime de abuso de autoridade previsto nos arts. 9º, 25 e 27 da Lei nº 13.869/19? É dizer, nesses casos, teríamos menos transtornos ao proferir uma sentença condenatória, e, mesmo com dúvidas, descartaríamos a absolvição, aderindo aos atos persecutórios já deferidos na investigação ou conduzindo o processo nesse sentido.

Nesse contexto, a criação do Juiz de Garantias foi um avanço que já vem sendo utilizado em vários países. Cito EUA, Alemanha, Argentina, Inglaterra, Escócia, etc.

A Itália tem Juiz de Garantias desde a década de 80. O Juiz de Garantias recebe os pedidos de prisões, buscas, quebras, etc. Quando a denúncia chega, o processo é jugado em turmas que podem ter até 05 (cinco) magistrados, togados ou não, por exemplo para julgamentos de crimes de máfia, conforme visita técnica na Corte de Turim¹³.

Na Colômbia chama-se Juiz de Controle de Garantias e funciona assim:

Toda garantía protegida jurisdiccionalmente está destinada justamente a garantizar la observancia del derecho objetivo con lo cual le da al Juez de Garantías una función que trasciende el mero marco de competencia para ubicarlo en el contexto del proceso penal como un agente necesario para mantener y hacer cumplir cualquier contenido constitucional que afecte a la víctima o al inculpado.

(...)

La materia básica de conocimiento del Juez de control garantías: principio de dignidad humana, principio de mínima afectación de la libertad personal durante el proceso penal, garantía de igualdad, garantía de imparcialidade,

¹² ROSS J., STAW B. M. Organizational escalation and exit: Lessons from the Shoreham Nuclear Power Plant. 1ª ed. citado por JOULE, Robert-Vicent. Como manipular pessoas. 1ª ed. Ribeirão Preto: editora Novo Conceito, 2010, p. 40-42.

¹³ Curso de curta duração em Human Rights and Correctional Systems. (Carga horária: 40h). UN Interregional Crime and Justice Research Instit, UNICRI, Turim.

presunción de inocência, derecho a la intimidad y inviolabilidad de correspondencia y demás formas de comunicación privada.¹⁴

Analisando especificamente a Lei nº 13.964/19, vejamos o art. 3ºA: “O processo penal terá estrutura acusatória¹⁵, vedadas a iniciativa do Juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Esse dispositivo apenas reafirma que a estrutura do processo penal brasileiro é acusatória e, como consequência natural, veda a iniciativa probatória do magistrado tanto em inquérito quanto em juízo, estando revogado o art. 156 do CPP¹⁶. Outros dispositivos que foram revogados: artigos 127, 196, 209, 234, 241, 242 e 366 do Código de Processo Penal, permissivos ao juiz produzir provas *ex officio* que não podem mais vigor.

Os artigos 3ºB e 3ºC referem-se às atribuições dadas ao Juiz de Garantias, responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. Sua competência cessará com o recebimento da denúncia ou queixa.

Cito aqui a necessidade de que o Juiz de Garantias seja informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal e sobre o respectivo arquivamento, reafirmando a função do Poder Judiciário de parametrizar as investigações à Constituição e Tratados Internacionais, até porque pode determinar o trancamento do inquérito policial, quando não houver fundamento razoável para a sua instauração ou prosseguimento, bem como nos casos de excesso de prazo do inquérito de forma desarrazoado e desproporcional.

Importante mencionar, o art. 3ºB, II, CPP, afirma que compete ao juiz das garantias tanto receber a comunicação do flagrante (Art. 306, CPP e art. cincoº inc. LXII, da CF) quanto o auto de prisão em flagrante (Art. 306, parágrafo primeiro,

¹⁴ PERALTA. Oscar Julián Guerrero. EL CONTROL GARANTÍAS COMO CONSTRUCCIÓN DE UNA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 30 e ss.

¹⁵ Art. 129, I da CF

¹⁶ A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

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

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

CPP) e, sem demora, realizar audiência de custódia, que foi introduzida no Código no art. 310 do CPP.

Por oportuno, convém lembrar que mesmo com a reforma e o princípio acusatório, os doutrinadores têm considerado a prisão em flagrante como uma medida pré cautelar, que pode ou não ser convertida em prisão provisória, destinada a colocar o detido à disposição do Juiz para que adote ou não uma medida cautelar.

Nesse pensamento, entendemos que o próprio auto de prisão em flagrante já é uma provocação da autoridade judicial, de forma que o juiz, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, converter a prisão em flagrante em preventiva, ainda que havendo parecer do Ministério Público para a soltura¹⁷.

Ainda, no curso da investigação ou do processo, é importante dizer que caso o MP requeira qualquer cautelar, automaticamente o Juiz pode aplicar qualquer uma, ainda que a prisão, porque o que o princípio acusatório veda é a iniciativa do Juiz, no entanto, caso haja provocação, o Juiz não está vinculado às cautelares especificamente pedidas pela acusação, podendo aplicar a mais grave ou menos grave.

A abrangência do Juiz das Garantias atinge todas as infrações excepcionando as de menor potencial ofensivo, conforme art. 3ºC. E o juiz de garantias nos Tribunais? O melhor entendimento é que quando o julgamento é colegiado, não há imparcialidade no julgamento quando o relator atua na investigação, porque são vários julgadores e, a simples relatoria de um deles, não prejudica a constitucionalidade do ato e nem contamina de imparcialidade o respectivo tribunal que está a julgar a matéria posta em mesa. Sobre a questão assim leciona Rogério Cunha Sanches:

De fato, a Lei 13964/19 não mandou observar a figura do juiz de garantias nos Tribunais. Mas tem um motivo. O risco que se busca evitar no primeiro grau não existe no julgamento colegiado. Ainda que o relator atue nas duas

¹⁷ O Juiz, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no art. 310, II, do mesmo Código, não havendo falar em nulidade. (RHC 115.202/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019)

etapas da persecução, na fase do processo o julgamento é plural. O resultado não depende absolutamente do seu convencimento.¹⁸

E violência doméstica? Onde a lei não distingue não podemos distinguir, sob pena de aplicar um tipo de direito penal do inimigo, até porque crimes hediondos, tráfico, terrorismo, tortura, etc. há previsão de Juiz das Garantias, logo, não há motivo para repudiar Juiz de Garantias na violência doméstica.

E no Tribunal do Júri? Temos que o convencimento do juiz togado não influencia e nem pode influenciar os jurados, sob pena de nulidade. Como a estrutura do Júri já é assim, com a impossibilidade do Juiz togado apresentar seu convencimento, não vislumbro qualquer necessidade ou utilidade da implantação do Juiz de Garantias em processos de competência do Tribunal do Júri a exemplo do sistema norte-americano, que, na esfera criminal, o Juiz togado exerce as atribuições de Juiz de Garantias, sendo o caso submetido ao Grande Júri (Grand Jury) e ao Pequeno Júri (Petit Jury) quando da instrução e julgamento.

O artigo 3ºD trata de hipótese de impedimento do Juiz que trabalhar na fase de investigação e o fundamento é justamente preservar o direito a um Juiz imparcial quando da instrução e sentença. Em alguns países esse impedimento não existe, porém geralmente o acusado é julgado por um conselho de juízes ou por um júri, diferente da estrutura brasileira, na qual os réus são julgados monocraticamente em primeiro grau, à exceção dos crimes dolosos contra, vida e crimes militares e competência originária. O entendimento internacional pressupõe que a colegialidade torna o órgão julgador imparcial, argumento que usamos também para excluir a criação do Juiz de Garantias para o Tribunal do Júri.

Já o artigo 3º E deixa expresso que o Juiz das Garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal e o art. 3ºF visa tão somente a resguardar o correto tratamento dos presos no que diz respeito à sua imagem e preservação de sua dignidade, sem prejuízo do direito da sociedade à informação.

O § 5º do artigo 157, acrescentado ao Código de Processo Penal pela lei impugnada, determina que “o Juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada

¹⁸ CUNHA. Rogério Sanches. PACOTE ANTICRIME. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 71 72.

inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”, medida que se coaduna com as demais regras pertinentes à instituição do Juiz das Garantias, porque busca, igualmente, o direito do cidadão à preservação da imparcialidade do magistrado que conduzirá a fase processual, com presunção do juiz estar psicologicamente contaminado caso tenha participado do inquérito.

O teor da Lei nº 13.964/19, na sua essência, apenas reafirma de direitos fundamentais, não havendo qualquer inconstitucionalidade por vício de iniciativa, ao contrário do que defende a Associação dos Magistrados Brasileiros. Juiz de Garantias refere-se ao direito das pessoas de serem julgadas por um órgão imparcial dentro do devido processo legal, direito previsto na Constituição e Tratados Internacionais, não sendo mera norma de organização judiciária, como tem se argumentado. Normas de direitos fundamentais podem ter iniciativa no Poder Legislativo.

Com referência à viabilidade prática, fica evidente que a instituição da figura do Juiz das Garantias não prevê novas competências nem demanda o aumento da estrutura do Poder Judiciário, muito menos gasto de dinheiro público, exigindo apenas a mera adaptação à nova sistemática processual.

Como bem salientou o Ministro DIAS TOFFOLI:

Não se criou uma nova atividade dentro da estrutura do Poder Judiciário. A supervisão judicial da legalidade dos atos praticados nas investigações criminais e a proteção dos direitos fundamentais dos investigados são atividades já realizadas pelos juízes criminais do país. Faz-se necessário redistribuir o trabalho que antes competia ao mesmo juízo/Juiz. Trata-se de questão que passa mais por gestão judiciária e menos por criação ou provimento de cargos.¹⁹

As palavras do Ministro DIAS TOFFOLI estão corroboradas pela situação fática, na medida em que no ano passado foram distribuídas na Comarca de Cuiabá uma média de 532,16/mês de incidentes criminais típicos de Juiz de Garantias e realizadas média 266/mês audiências de custódia, ao mesmo tempo, foram distribuídos 531,83/mês processos criminais para instrução e sentença próprios do Juiz da Instrução. Ou seja, os números comprovam que as atuais Varas Criminais de

¹⁹ ADI nº 6299

Cuiabá terão uma diminuição de trabalho em torno de 50% quando da implementação do Juiz de Garantias²⁰.

Não me convence o argumento de que a maioria das Comarcas do Brasil tem apenas 01 (um) Juiz o que inviabilizaria o Juízo de Garantias ou seria muito oneroso, até porque o processo/inquérito eletrônico e videoconferência resolveriam facilmente essa questão, cuja eficácia está amplamente comprovada durante a pandemia do COVID19.

Em pesquisa quando da implantação das audiências de custódia em Cuiabá, levantamos que apenas 05 (cinco) Comarcas do Estado de Mato Grosso da região metropolitana da grande Cuiabá corresponde a 35% das prisões em flagrante e audiências de custódia do Estado de Mato Grosso inteiro²¹, salientando que Mato Grosso possui 83 (oitenta e três) Comarcas²². Ou seja, 6% das Comarcas corresponde a 35% da movimentação atinente aos flagrantes, que seriam de competência do Juízo de Garantias. Não se pode tomar a regra pela exceção e nem usar os números de forma equivocada.

Nada obsta que o Juiz de Garantias possa trabalhar via remota, por PJe e videoconferência, em DIPO's Regionais, por microrregiões, o que otimizará ainda mais o trabalho, sem qualquer ônus para o Poder Judiciário, até com a criação do Juiz das Garantias certamente que as Varas Criminais ficarão no mínimo 1/4 ociosas, salientando ainda a diminuição do fluxo de processos criminais ante a criação do Acordo de Não Persecução Penal.

Sem dúvidas concluímos que a implementação do Juiz de Garantias trata-se de um avanço civilizatório, compatível com o controle da criminalidade, sem qualquer impacto orçamentário e parametrizando o sistema brasileiro aos tratados internacionais, bastando organização, boa vontade dos operadores do direito e um pouco de tecnologia para que o Juiz de Garantias seja uma satisfatória realidade no Brasil.

²⁰ Dados Oficiais TJMT

²¹ Comarcas de Cuiabá, Chapada dos Guimarães, Santo Antônio, Poconé e Várzea Grande.

²² Dados Oficiais TJMT