O juiz das garantias e a audiência pública no STF

Nos dias 25 e 26 deste mês, o STF fará uma audiência pública para ouvir a sociedade acerca do instituto do *juiz das garantias*. A matéria é assaz relevante, razão por que muitas instituições se habilitaram para discutir o assunto. Em jogo, como parece evidente, está a possibilidade do Brasil começar a caminhar na direção de um sistema verdadeiramente acusatório. Para tanto, o juiz das garantias é um órgão imprescindível, em face da adequação constitucional que nele vem implícita, além do seu escopo democrático. As discussões a respeito da matéria têm demonstrado — não sem algum temor daqueles que delas participam — que nem todos estão devidamente conscientes, em todos os aspectos, da importância do tema. Logo, parece necessário aclarar alguns pontos, de modo a, singelamente, ajudar no

Essa figura pode ser definida como *o juiz natural, no processo do sistema acusatório, com competência funcional para decidir questões que dizem respeito, principalmente, aos direitos e garantias referentes à investigação preliminar, competência essa que se estende até o juízo de admissibilidade da acusação*.

Numa tentativa de aproximar o processo penal brasileiro ao sistema acusatório, a Lei nº 13.964, de 24/12/2019 (ou pacote "anticrime"), veio nessa direção (artigo 3º-A), e incluiu o juiz das garantias em seu artigo 3º-B, que atualmente tem sua eficácia suspensa por decisão monocrática do ministro Luiz Fux, do STF, na ADI 6305. A audiência pública diz respeito ao processo decorrente da referida ação e outras com conteúdos similares.

O legislador de 2019 copiou e alargou aquilo que a comissão de juristas do Senado havia trabalhado e proposto no PLS nº 156/2009, em seu artigo 15 e seguintes, que visava à transformação e refundação do sistema processual penal brasileiro — hoje eminentemente inquisitorial — em um sistema acusatório, conforme as bases ensinadas a partir do *Common Law*.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A Comissão de 2009, por sua vez, buscou a ideia do juiz das garantias naquilo que já se passava nas mudanças das legislações europeias — sobretudo a italiana — e nas reformas do processo penal na América Latina, que realizaram a refundação do processo penal, para lhe dar a estrutura do sistema acusatório. Assim, com a exceção do Brasil, 19 países da América Latina já mudaram, o que é um sintoma de que, por aqui, há um atraso, embora se esteja em um caminho sem volta.

Tal demora talvez esteja relacionada à perda do momento histórico de redemocratização do país, pois uma refundação desse porte exige, ao menos aparentemente, que se tenha um ambiente vinculado, sobretudo, à democracia. O fim do regime militar trouxe um avanço na direção da redemocratização, mas, ainda que se tenha evoluído em várias direções, a estrutura do processo penal se manteve igual; ou melhor, sua corrosão se manteve e piorou, tudo de modo a se criar, cada vez mais, um processo penal totalmente desfigurado e cada vez mais incompatível com a CR.

O CPP de 1941, com sua redação original e suas bases fincadas no sistema inquisitório, proporcionava — como se recordam os mais velhos — uma maior coerência lógica para se trabalhar; muito melhor que aquele que se tem hoje. Na redação atual do CPP está, talvez, *o pior sistema de processo penal que o Brasil já teve em sua história*. Relendo os autos do processo de Tiradentes (Joaquim José da Silva Xavier), o que vem à tona é um processo calcado nas Ordenações Filipinas, mas que tinha uma estrutura processual mais democrática que a vivenciada hoje, apesar dos abusos. É como se o país tivesse saído de um período infausto, depois da CR, para outro republicano e democrático, mas deixado o processo penal para trás e, de consequência, não evoluído na direção correta.

Ciente dessa situação, o legislador de 2019 buscou, no PLS 156/2009, os mecanismos que possibilitam a abertura à estrutura acusatória para, paulatinamente, ir em direção a ela, com a inclusão do artigo 3º-A do CPP [1], cuja redação é quase idêntica àquela do artigo 4º do PLS 156/2009 [2]. Em seguida, o artigo 3º-B do CPP vem já com a figura do juiz das garantias, de forma semelhante ao artigo 15 do PLS 156/2009, deixando claro que na estrutura acusatória, acima de tudo, *afasta-se o juiz da possibilidade de ter a iniciativa probatória*, para que possa cumprir a sua missão constitucional por excelência: *julgar e dizer o direito*.

O juiz do sistema acusatório deve manter o distanciamento da busca da prova, ou seja, não possui, de forma alguma, a gestão da prova. Esse conhecimento deverá ser buscado pelas partes: à acusação, cabe acusar e produzir provas de suas alegações; à defesa, cabe se defender e, nessa medida, produzir as provas necessárias às teses que alega, mas vai beneficiada, por razões históricas, pelo *in dubio pro reo* ; e, ao juiz, resta se manter em posição imparcial e equidistante dos interesses metidos no processo para, ao final, estar apto a decidir dentro dos padrões da estrutura acusatória. O juiz, portanto, não deve atuar para cumprir a função (assim como, no caso, o ônus) da acusação.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Dessa forma, evita-se o que de pior pode ocorrer na estrutura inquisitorial, que faz com que o juiz — agindo e pensando normalmente como qualquer indivíduo da civilização ocidental — possa decidir antes e, depois, sair em busca do conhecimento que sustente sua decisão anterior. Dada a possibilidade da iniciativa probatória pelo juiz, a história do sistema inquisitorial e do Ocidente já demonstrou a inevitabilidade desse raciocínio pelo julgador, primeiro decidindo e, depois, buscando elementos que confirmem a decisão. É uma lógica deformada, por evidente, como tanto insistiu Franco Cordero: primeiro a síntese, e depois as premissas.

Quando inaugurada a estrutura inquisitorial, sobretudo no século 13, tinha-se justo o objetivo de que o juiz fosse buscar as informações que justificassem juízos prévios (inevitáveis) sobre os acusados e seus crimes, confirmados ou não à medida que produzisse o conhecimento necessário para sua decisão. Não por outro motivo, o sistema inquisitorial foi moldado para o combate à heresia e a determinadas pessoas que professavam certa ideologia. Ou seja, tratava-se de processo cuja base inicial era uma postura prévia ao processo em si. O inquisidor era, por excelência, alguém que sabia o que iria fazer no processo no qual entrava: buscar, como regra (porque existiam exceções), a condenação de hereges!

Por isso, na estrutura acusatória, a mudança fundamental reside justo nesse ponto, vedando-se a iniciativa probatória do juiz na fase de investigação (e deveria ser no processo também, na sua mais larga extensão), conforme o artigo 3º-A, *caput*, do CPP. Quando no processo, por sua vez, poderá ele eventualmente substituir a defesa, isso nunca será sair atrás de provas caso tenha dúvida sobre o conteúdo da acusação, como decorrência do *in dubio pro reo*. Ora, se tiver dúvida, não deverá ir à cata da prova e, sim, absolver.

Isso é imprescindível pois demonstra, desde logo, o que seria um processo penal adequado à Constituição, que não é o caso daqueles dos ritos vigentes. Princípios constitucionais como imparcialidade, juiz natural, devido processo legal, ampla defesa, contraditório e presunção de inocência são compatíveis apenas com um processo no qual o lugar do juiz é aquele da equidistância dos interesses em jogo. No processo democrático, o juiz não está vinculado a nenhuma parte, mas está lá para defender a ordem estabelecida e, se necessário, contramajoritariamente.

Neste aspecto, o processo penal deve muito aos constitucionalistas, pois são eles que ensinam que, se há algo imprescindível para a efetiva e democrática prestação jurisdicional, é a jurisdição, que se faz presente para exercer, sobretudo, uma função contramajoritária. É necessário que, quando todos — ou quase — pensarem de uma só maneira, aquele na posição de decidir leve a razão a um nível mais amplo de certeza decisória, o que é essencial para a garantia da ordem constitucional e só pode ser realizado por um juiz colocado em um lugar de equidistância.

Essas características ressaltam a importância do juiz das garantias e sua imprescindibilidade na estrutura acusatória. É um juiz que não sai em busca da prova e que, até o juízo de admissibilidade (inclusive), apresenta-se como o responsável por tomar todas as decisões necessárias para a tutela de direitos e garantias, tudo como juiz natural.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Por outro lado, a presença do juiz das garantias permite que se mantenha a *originalidade cognitiva* quando do juízo de mérito, o que é imprescindível. Afinal, é constitucional a posição fazzalariana/corderiana de que *"aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa…"* (artigo 5º, LV, CR), sendo inadmissível uma condenação sem que o conhecimento (do juízo condenatório) decorra de prova fora de tal exigência.

Eis por que é tão relevante a regra do artigo 3-C, §3º, do CPP: *"Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acauteladas na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado"*.

Por elementar, sem a divisão funcional da competência (juiz das garantias/juiz do processo) não se consegue ter *originalidade cognitiva* e, assim, seguirá o mesmo engodo que Napoleão e Cambacérès impuseram ao *Code Napoléon*, de 17/11/1808 (e que serviu de modelo para meio-mundo, ou seja, que o conhecimento obtido na fase de instrução (preliminar) fosse apresentado ao escabinado; e pudesse servir como prioridade para a decisão. Nessa hipótese, o processo em si pode ser uma perda de tempo; ou um estorvo, como disse uma famoso juiz brasileiro; ou ex-juiz, para a sorte do país.

Enfim, o grande dilema que circunda a figura do juiz das garantias é se, após sua introdução, ter-se-á apenas o desencadeamento de processos com bases sólidas suficientes para superar o controle por ele realizado, que está lá para não deixar que se processem "aventuras" ou "elucubrações". Assim, a tendência é que se exija uma melhor investigação, com Polícia e Ministério Público atuando de maneira mais adequada, o que aponta na direção de um melhor resultado para o processo.

De consequência, réus e seus advogados, diante de uma investigação mais bem instruída, passam a ver no *acordo de não persecução* uma alternativa mais viável; daí, novamente, a imprescindibilidade do juiz das garantias. O exemplo mais claro é aquele da estrutura norte-americana, na qual, apesar de seus inúmeros problemas, o *plea bargaining* é indispensável para desafogar o sistema de Justiça Criminal, o que gera uma imensa discussão, fazendo pensar na necessidade de, por aqui, ter que ser estruturado de uma maneira menos estabanada (e sem tantas inconstitucionalidades) que aquela que veio do governo e hoje, pela Lei nº 13.964/19, encontra-se em vigor e causando estragos em todo o país.

Portanto, a importância do juiz das garantias fica evidenciada, pois é diante dele que se pode passar a processar e resolver a grande maioria dos casos penais. Por outro lado, o protagonismo que terá, como visto, depende: *primeiro*, que a sua competência cesse após o juízo de admissibilidade da acusação; e *segundo*, que a prova da investigação preliminar não passe ao juízo de mérito, resguardando a originalidade cognitiva para o julgamento das causas com sanidade, justo ao se eliminar um volume de subjetividade que nele não deve comparecer. Isso tudo só é possível desde que o juiz das garantias ocupe seu lugar constitucionalmente demarcado: o de defender a ordem constitucional e a ordem jurídica infraconstitucional; e não os interesses de A ou de B.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[1] "Artigo 3º-A do CPP – O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

[2] "Artigo 4º do PLS 156/2009 – O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

Date Created
08/10/2021

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.