



**A ORIGEM DO JUIZ DAS GARANTIAS NO TRIBUNAL EUROPEU DOS
DIREITOS HUMANOS
THE ORIGIN OF THE GUARANTEE JUDGE IN THE EUROPEAN COURT OF
HUMAN RIGHTS**

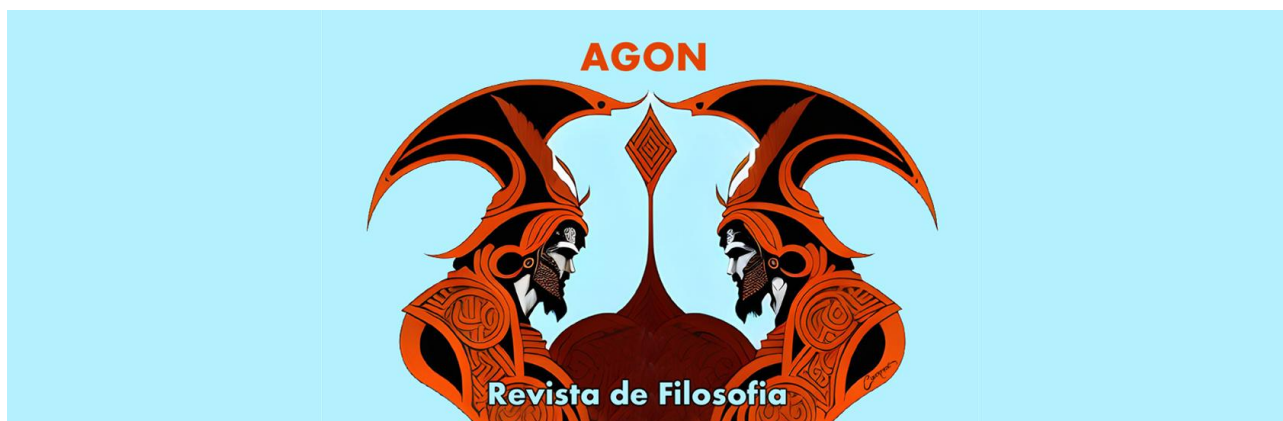
Ygor Nasser Salah Salmen¹

RESUMO: O tema do presente artigo decorre das inovações advindas com o “Pacote Anticrime”, precisamente na Lei nº 13.964, de 24 de dezembro 2019, que alterou o Código de Processo Penal, especialmente quanto à instituição do “Juiz das Garantias”, ocasião em que se iniciou um grande e enérgico debate, difundido nos principais veículos de imprensa e, conseqüentemente, proliferado no âmbito acadêmico. Além de demonstrar o caminho percorrido por essa Proposta de Lei no sistema de bicameralismo Federativo, antes de ser sancionada, em 24 de dezembro de 2019, como Lei Ordinária pelo Presidente da República, o estudo vai evidenciar, resumidamente, as propostas realizadas, as discussões existentes e de que forma decorre a temática central do “Juiz das Garantias”. Por fim, além de exibir uma breve noção sobre o sistema processual penal brasileiro e uma definição sobre o tema, a sua origem, com precedentes no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), oriunda da ideia de quebra da imparcialidade do magistrado, também vai ser devidamente explorada.

Palavras-chave: Pacote anticrime; Juiz das garantias; Lei nº 13.964 de 2019; Tribunal Europeu de Direitos Humanos; TEDH.

ABSTRACT: The theme of the present article comes from innovations arising from the “Anticrime Package”, precisely in Law nº 13.964, of 24th of December 2019, which amended the Code of Criminal Procedure, especially regarding the institution of the “Judge of Guarantees”, occasion when a great and energetic debate took place, broadcasted on the main communication media and, consequently, proliferated in the academic scope. Aside from demonstrating the path taken by this Draft Bill on the Federative Bicameralism System, prior to be enacted, on the 24th of December 2019, as an Ordinary Law by The President of the Republic, this study aims to demonstrate, briefly, the proposals made, the discussions existing and how the central theme of the Judge of Guarantees develops. Finally, in addition to displaying a brief notion about the Brazilian criminal procedural

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional. UNINTER (2020). E-mail: ygorsalmen@hotmail.com



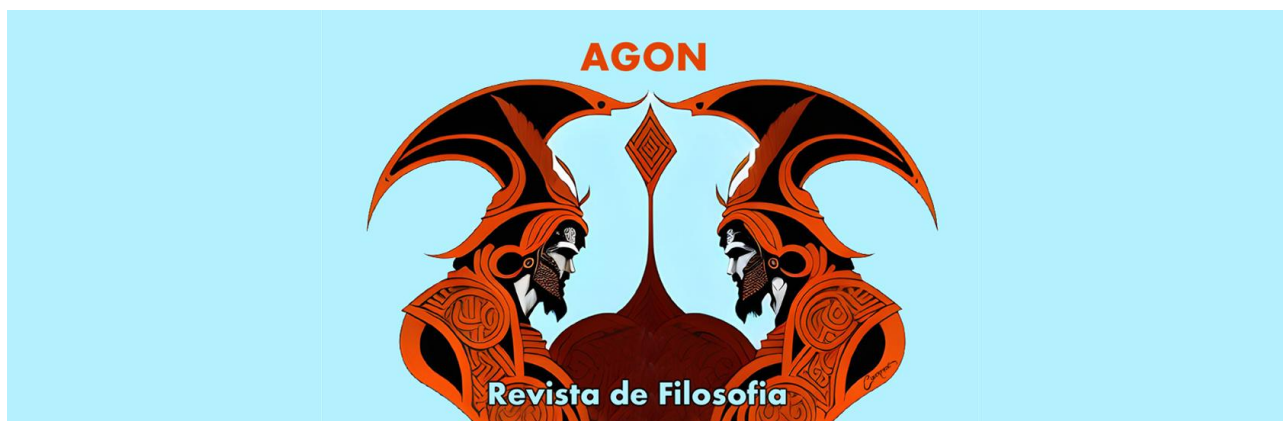
system and also a definition on the subject, its origin within the precedents of The European Court of Human Rights (ECHR), arising from the idea of breaking the magistrate's impartiality, will also be properly explored.

Keywords: Anticrime package; Judge of Guarantees; Law No. 13,964 of 2019; European Court of Human Rights; ECHR.

INTRODUÇÃO

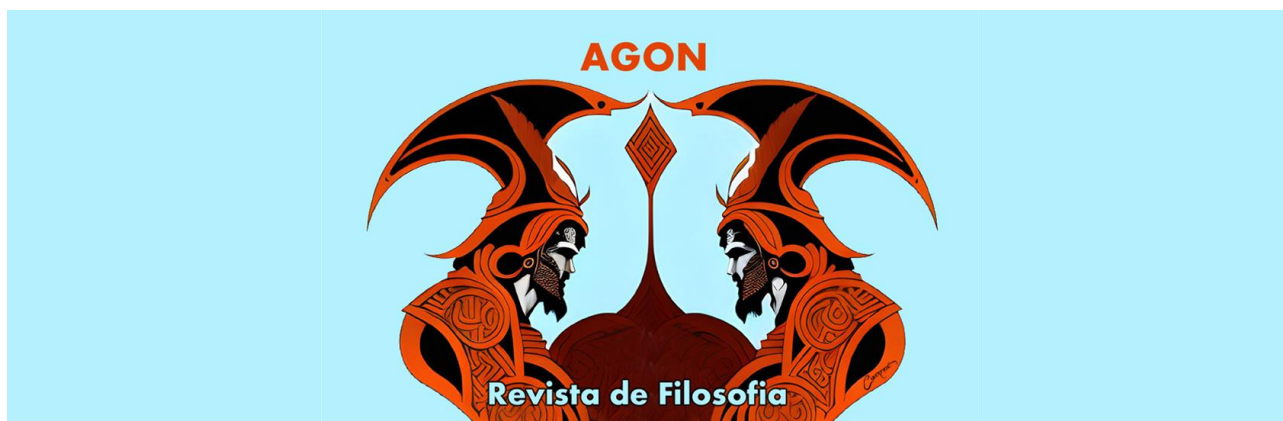
O tema do presente artigo tem sido fruto de um grande e enérgico debate, difundido nos principais veículos de imprensa e, conseqüentemente, proliferado no âmbito acadêmico. Assim, são evidentes as divergentes posições que circundam a mesma temática, o “Juiz das Garantias”. São diversos os questionamentos, mas a realidade é que não se trata de uma temática inédita. O enfrentamento assíduo existente se deve, de certa forma, ao fato de que o sistema processual penal brasileiro ainda sofre resquícios de um sistema inquisitório, oriundo do Código de Processo Penal Italiano de 1930, chamado “*Codice Rocco*”, declaradamente fascista. Não se pode dizer sem dúvidas que a reforma oriunda da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro 2019, foi pensada na alteração do sistema vigente, do modelo inquisitório para o sistema acusatório. A realidade mais provável é que as reformas propostas, parte delas advindas de campanhas eleitorais, conforme o “pacote anticrime”, visavam endurecer ainda mais as legislações vigentes com a promessa de “combate à corrupção”. A questão primordial é que algumas das propostas existentes receberam alterações não previstas pelos seus idealizadores e é nesse contexto que surge a debatida figura do “Juiz das Garantias”, inserida e aprovada pela Câmara dos Deputados, em 04 de dezembro de 2019.

Em tese, a gênese dessas alterações decorre do Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 38 de 2019, apresentado, em 08 de fevereiro de 2019, pelo então Ministro da Justiça,



Sérgio Fernando Moro, e nominado popularmente como “pacote anticrime”. Ocorre que a referida proposta basicamente nasceu “morta”. Foi protocolada em cumprimento de uma campanha eleitoral e arquivada em razão de um Projeto de Lei (PL) apresentado antes, o de nº 10.372, de 06 de junho de 2018. Fato é que a proposta anterior recebeu o seu curso processual, foi aprovada, em 04 de dezembro de 2019, pelo plenário da Câmara dos Deputados, bem como aprovada, em 11 de dezembro de 2019, pelo plenário do Senado Federal e sancionada, em 24 de dezembro de 2019, pelo Presidente da República Originada a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, temos o início de ramificadas discussões, sendo uma delas, inclusive de nosso interesse, a que envolve a figura do “Juiz das Garantias” e algumas ações questionáveis do Supremo Tribunal Federal (STF) em tentar resolver o imbróglio. Deste modo, em 15 de janeiro de 2020, o Presidente da referida Corte, Ministro Dias Toffoli, suspendeu pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias) “a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais” e, em ato subsequente, em 22 de janeiro de 2020, poucos dias após a publicação da primeira decisão, o Ministro Luiz Fux, na qualidade de relator do processo, revogou e suspendeu *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, a decisão monocrática proferida pelo Ministro Dias Toffoli.

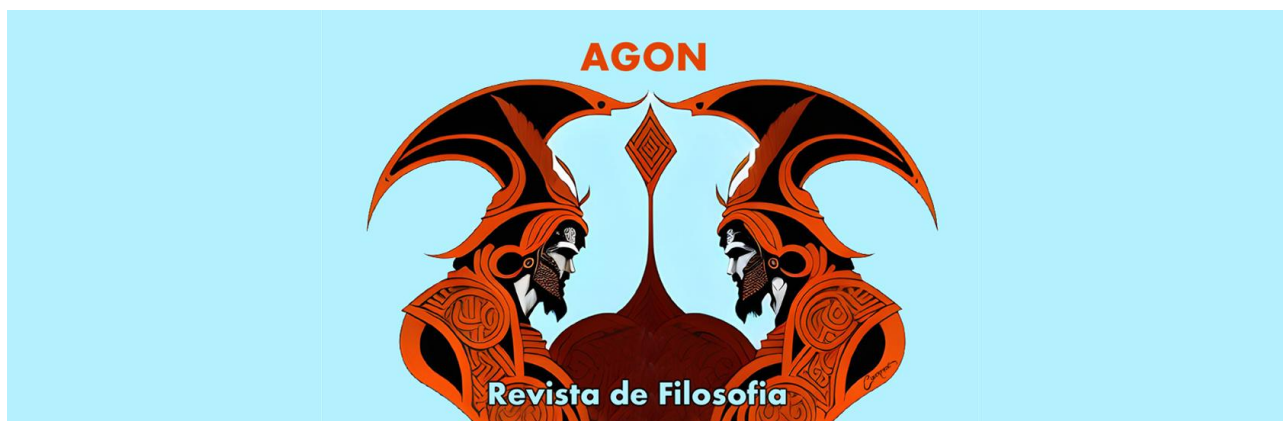
A partir desses episódios temos o surgimento de um precioso questionamento. O que é o “Juiz das Garantias”? A resposta decorre do nosso próprio Código de Processo Penal, com a ruptura do modelo vigente, na qual um mesmo magistrado é o responsável por todas as etapas processuais, na qual ele (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ele mesmo produziu. No modelo proposto, questionado assiduamente, um magistrado atua tão-somente na fase pré-processual, até o recebimento de eventual denúncia ofertada pelo Ministério Público (MP), ocasião em que um novo magistrado, com cognição livre (sem qualquer contaminação com as provas produzidas), fica responsável condução do caso penal. Por fim, a leitura proposta indica que o instituto



do “Juiz das Garantias” não é inédito, encontra-se presente em solo latino-americano há muito tempo, praticamente em todos os países que adotaram o sistema processual penal acusatório. Esses países foram influenciados pelo direito europeu, no qual se sobressai o entendimento da incompatibilidade do sistema inquisitório, em que os poderes ficam concentrados nas mãos de um mesmo magistrado. Trata-se de uma leitura decorrente da quebrada da imparcialidade por parte daquele que julga, oriunda do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e que levou diversos países Europeus reformularem os seus sistemas processuais.

O JUIZ DAS GARANTIAS E SUA ORIGEM NO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM: a gênese e a sua tramitação bicameral

Fruto de grande debate em todos os setores, inclusive no campo acadêmico, o nominado “pacote anticrime” é consequência de uma acertada campanha eleitoral, provavelmente o principal motivo, que elevou Jair Messias Bolsonaro, em 28 de outubro de 2018, ao cargo de Presidente da República Federativa do Brasil para o quadriênio de 2019-2022. Três dias após o êxito nas eleições presidenciais, em 01 de novembro de 2018, o Brasil foi surpreendido com a notícia de que Sérgio Fernando Moro havia sido aceito o convite para a função de Ministro da Justiça, ocasião em que deixou consideráveis 23 (vinte e três) anos de magistratura federal, cargo que lhe deu notada proeminência em razão da condução da “Operação Lava-Jato”. Iniciada a nova administração, o Ministro da Casa Civil, Onyx Dornelles Lorenzoni, anunciou as metas que eram consideradas prioritárias para os primeiros 100 (cem) dias de Governo e, dentro das propostas apresentadas, oficialmente temos pela primeira vez o discurso de combate à corrupção. Assim, em 08 de fevereiro de 2019, o recém empossado Ministro da Justiça apresentou,

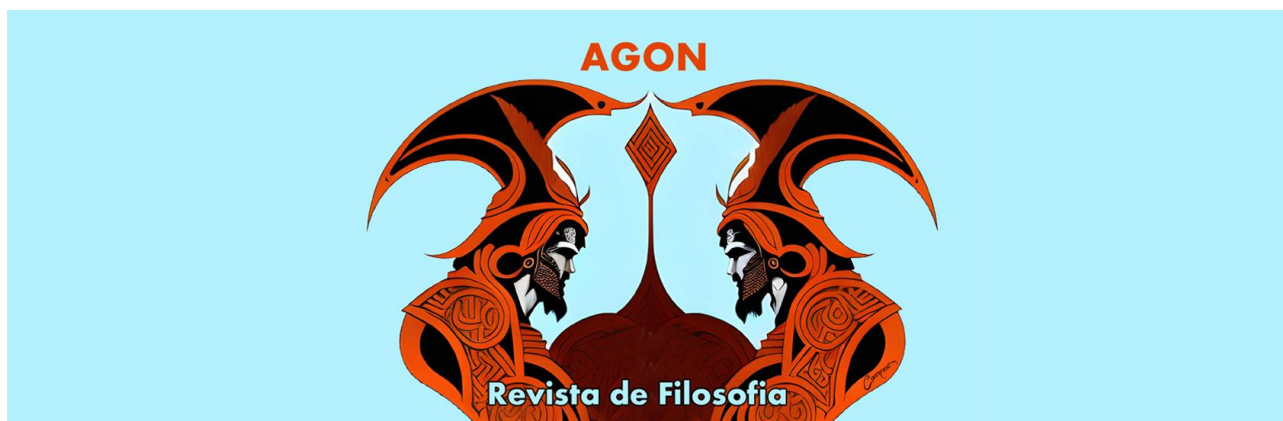


em cumprimento da referida promessa de campanha eleitoral, uma proposta de alteração do texto do Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), e da Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965, Código Eleitoral (BRASIL, 1965), a qual foi anotada como Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 38 de 2019 (BRASIL, 2019). Como motivo inaugural, o aludido parecer apresentou o seguinte texto:

A matéria aqui tratada está em total conformidade com o Projeto de Lei que trata da alteração de diversos textos legais, que se convencionou chamar de ‘Projeto anticrime’, cujo objetivo é estabelecer medidas que tornem mais efetivo o combate à corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa.

Neste projeto o foco é, especificamente, o combate à corrupção e a efetividade do sistema de Justiça. Ele é feito na via da Lei Complementar, porque altera regra de competência jurisdicional. Não será demais lembrar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o referido Código, na parte que disciplina organização e competência, é considerado lei complementar (MS nº 26604. Rel. Ministra Cármen Lúcia, Plenário, j. 04.10.2007.) Consequentemente, face ao disposto no art. 121 da Carta Magna, deve ter tramitação apartada do ‘Projeto anti-crime’. [...]. A experiência com processos oriundos de grandes operações deixou claro que, não raramente, os crimes conexos são de elevada complexidade, incluindo, por exemplo, lavagem transnacional de valores elevados. A Justiça Eleitoral, reconhecidamente célere nos seus julgamentos, não está bem estruturada para processar e julgar esses casos, cuja discussão jurídica lhe é totalmente estranha. Ela é eficiente e respeitada, exatamente por ser especializada. A exclusão dos crimes comuns conexos restituir-lhe-á sua função original e permitirá que o Juízo Criminal comum, federal ou estadual, processe e julgue ações para as quais está preparado [...]. Como já afirmado, este projeto de lei complementar tem por foco maior efetividade ao sistema de Justiça. A norma atingirá a Justiça Eleitoral, a Federal e a Estadual, dando aos crimes comuns conexos a eleitorais, maior celeridade na tramitação. Em um segundo momento, a sociedade será a grande beneficiada, pois se beneficiará com a melhor distribuição de Justiça. Esclarece-se, finalmente, que o ato normativo não gerará despesas diretas ou indiretas [...]. (BRASIL, 2019)

Não obstante, foram apresentadas outras propostas com o mesmo desígnio, conforme Projeto de Lei (PL) nº 881 de 2019: visando “criminalizar o uso de *caixa dois* em eleições” (BRASIL, 2019), PL nº 882 de 2019: “estabelecer medidas contra a corrupção, o



crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa” (BRASIL, 2019) e outras. Em que pese a pluralidade de propostas, todas foram arquivadas em virtude da existência do PL nº 10.372 de 2018 (BRASIL, 2018), apresentado em data pretérita, em 06 de junho de 2018, antes do êxito presidencial-eleitoral, com a seguinte ementa:

Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. (BRASIL, 2018)

Após regular trâmite na Câmara dos Deputados, o plenário realizou algumas modificações na proposta original e incluiu a figura do “Juiz das Garantias”, conforme teor do art. 3º da redação final do PL nº 10.372 de 2018 (BRASIL, 2018), aprovada em 04 de dezembro de 2019. Essa proposta foi encaminhada ao Senado Federal, onde tramitou na forma do PL nº 6.341 de 2019 (BRASIL, 2019) e, em 11 de dezembro de 2019, o plenário aprovou a sua redação final (BRASIL, 2018). Assim, nos termos do art. 66 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), o PL foi encaminhado ao Presidente da República para sanção, o que ocorreu em 24 de dezembro de 2019 e deu origem à Lei nº 13.964 de 2019 (BRASIL, 2019).

O INÍCIO DE UMA GRANDE DISCUSSÃO

Ainda que tramitado regularmente dentro do sistema de bicameralismo federativo, conforme preceitua o art. 44 da CRFB/88, as inovações advindas com a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro 2019, que alteram o do Código de Processo Penal (CPP), especialmente quanto à instituição do “Juiz das Garantias”, art. 3º e seguintes do CPP, criaram uma série



de discussões em variadas esferas. O debate chegou Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de 3 (três) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's), protocoladas em 27 de dezembro de 2019, sendo:

- (1) ADI nº 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), na qual os autores impugnam os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, bem como o art. 20 dessa lei, que fixa o início da vigência do diploma;
- (2) ADI nº 6.299, ajuizada pelo PODEMOS e pelo CIDADANIA, na qual os autores impugnam, além dos preceitos anteriormente mencionados, o § 5º do art. 157 do CPP, também inserido pela Lei nº 13.964/2019 e;
- (3) e ADI nº 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), na qual também se impugnam os arts. 3º-A a 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019. (BRASIL, 2020)

Além de questionarem a constitucionalidade da alteração ocorrida no CPP, os requerentes arguíram “a insuficiência do prazo de *vacatio legis* de 30 (trinta) dias, conferido pelo art. 20 da Lei nº 13.964/2019, visto que o Poder Judiciário não possui estrutura suficiente para a implementação e funcionamento” (BRASIL, 2020, p. 8). Deste modo, o Ministro Dias Toffoli, Presidente do STF, por meio de uma Medida Cautelar, em 15 de janeiro de 2020, concedeu parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do plenário, para:

- (i) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19;
- (ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão;
- (iii) conferir-se interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações: (a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990; (b) processos de competência do Tribunal do Júri;



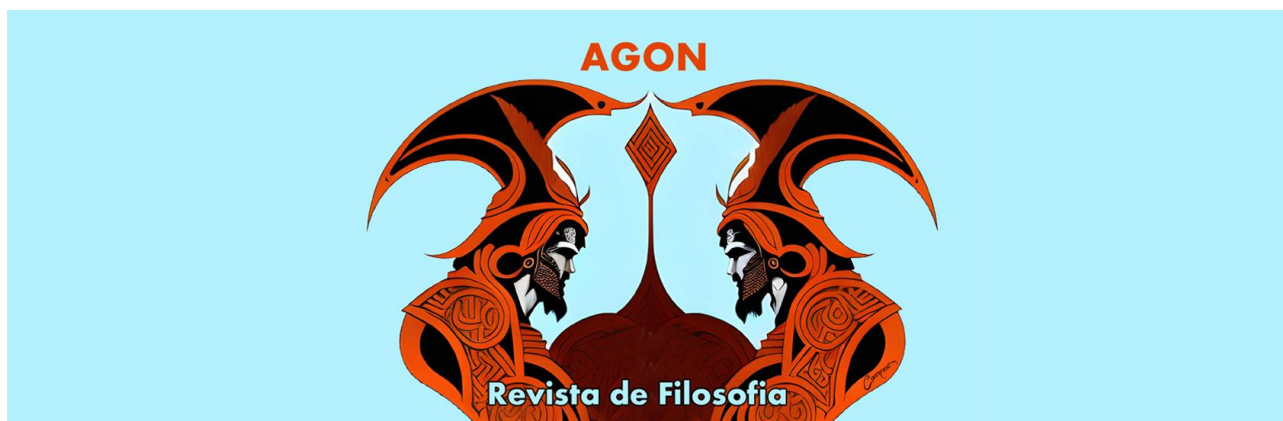
(c) casos de violência doméstica e familiar; e (d) processos criminais de competência da Justiça Eleitoral; [...]. (BRASIL, 2020, p. 40)

Um dos fundamentos utilizados foi de que “a norma em referência determina a forma pela qual, nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, deverá ser implementado o juízo das garantias” (BRASIL, 2020, p. 14), o que, no seu ponto de vista, violaria o poder de auto-organização dos tribunais (art. 96 da CRFB/88) e usurparia sua iniciativa para dispor sobre organização judiciária (art. 125, § 1º, da CRFB/88). No mesmo sentido, entendeu que:

[...] ao instituir o juiz das garantias, a Lei n. 13.964/2019 criou nova regra de competência funcional, delimitando a atuação do juiz em função da fase da persecução criminal e criando, a partir da rígida separação das fases de investigação e do processo, uma regra de impedimento, para a fase da ação penal, ao magistrado que houver atuado como juiz das garantias na fase da investigação (art. 3º-D do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 13.964/2019). (BRASIL, 2020, p. 14)

Em 22 de janeiro de 2020, poucos dias após a publicação da primeira decisão, o Ministro Luiz Fux, na qualidade de relator do processo, revogou e suspendeu *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, a decisão monocrática proferida pelo Ministro Presidente Dias Toffoli. Segundo o entendimento apresentado, “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” (BRASIL, 2020, p. 14), vez que:

[...] promove-se uma mudança estrutural no Poder Judiciário por meio da aprovação de uma regra de impedimento processual, a qual, embora de efeitos aparentemente sutis, encontra-se apta a gerar a completa desorganização do sistema de justiça criminal. Na prática, criaram-se dois novos órgãos – juízos das garantias e juízo da instrução – por meio de uma regra de impedimento processual,

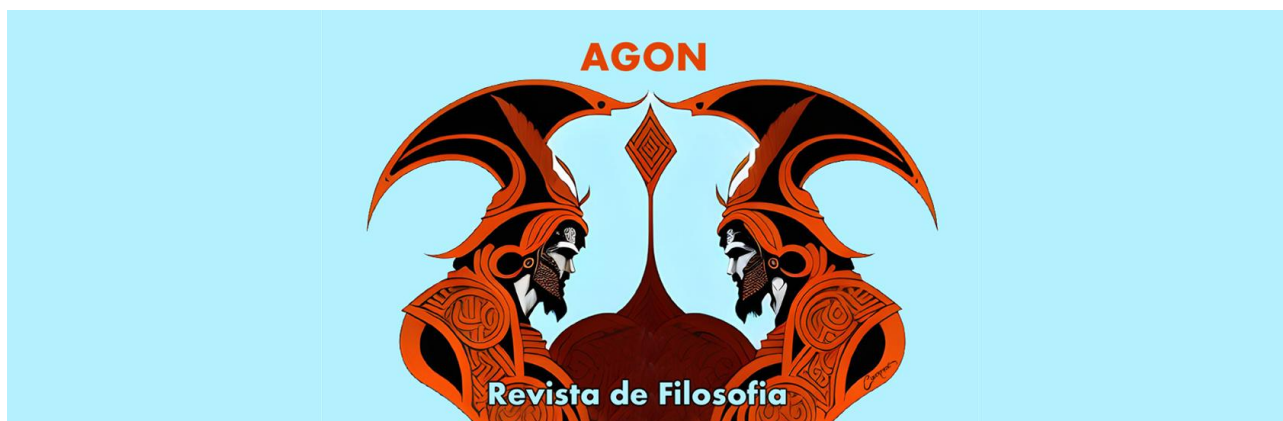


o que abreviou indevidamente uma discussão legislativa que deveria ter tomado amplitudes equivalentes aos seus impactos. Observo que se deixaram lacunas tão consideráveis na legislação, que o próprio Poder Judiciário sequer sabe como as novas medidas deverão ser adequadamente implementadas. O resultado prático dessas violações constitucionais é lamentável, mas clarividente: transfere-se indevidamente ao Poder Judiciário as tarefas que deveriam ter sido cumpridas na seara legislativa. Em outras palavras, tem-se cenário em que o Poder Legislativo induz indiretamente o Poder Judiciário a preencher lacunas legislativas e a construir soluções para a implementação das medidas trazidas pela Lei n. 13964/2019, tarefas que não são típicas às funções de um magistrado. (BRASIL, 2020, p. 14)

Todas as disposições do referido acórdão foram cumpridas e, atualmente, em razão da resolução nº 663, de 12 de março de 2020, do próprio Supremo Tribunal Federal (STF), que “estabelece medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus (COVID-19) considerando a classificação de pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS)” (BRASIL, 2020), eventuais audiências públicas, “no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305” (BRASIL, 2020), foram suspensas.

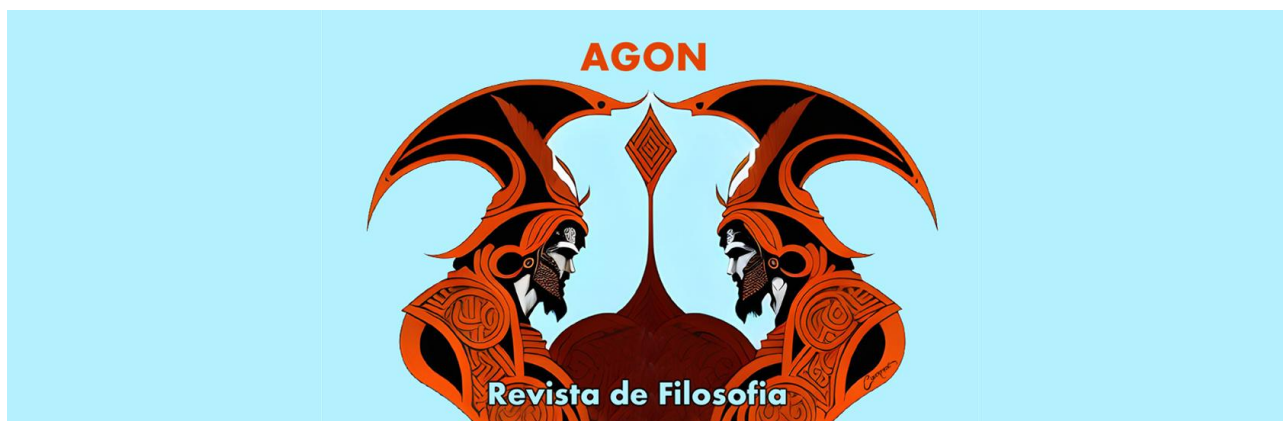
JUIZ DAS GARANTIAS – DEFINIÇÃO

Em relação ao Código de Processo Penal Brasileiro, de 1941, ainda que considerado misto por grande parte da doutrina, com uma primeira fase inquisitória (inquérito policial) e uma segunda fase acusatória (processual), sempre foi conhecido pela sua forma essencialmente inquisitória, além de que apenas no aspecto formal é que se pode “falar na existência de um sistema misto, mormente porque na atualidade o processo penal é informado por elementos de ambos os sistemas, contudo, nunca se deve perder de vista que o princípio fundante da engrenagem sempre será ou o inquisitivo ou o dispositivo” (TAPOROSKY FILHO; ARNOLD, 2019, p. 367). Essa estrutura possui matriz ideológica no Código de Processo Penal Italiano de 1930, chamado “*Codice Rocco*”, declaradamente



fascista, regido pelo princípio unificador inquisitivo, “na qual o juiz tem uma postura ativa, indo atrás da prova de ofício, investigando e decidindo sobre medidas restritivas de direitos fundamentais que ele mesmo determina” (LOPES JR., 2020, p. 187). Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa estabelece que o critério identificar dos sistemas se dá com relação ao a forma com a qual a gestão da prova é gerida, de modo que no sistema “Inquisitório o juiz congrega, em relação à gestão da prova, funções de iniciativa e de produção, enquanto no Acusatório essa atribuição é dos jogadores, sem que possa promover sua produção” (LOPES JR., 2020, p. 187).

Com a reforma da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro 2019, uma das principais sugestões foi alterar essa ideia de juiz instrutor-inquisidor e, conseqüentemente, paulatinamente transformar o “ultrapassado e primitivo” (CALDAS; LORENS, 2019, p. 32) modelo inquisitório processual brasileiro, oriundo do sistema de 1941, em um sistema acusatório, no qual “a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal” (LOPES JR., 2020, p. 186) e, principalmente, daqueles estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Isso porque “a função que Constituição de 1988 reserva ao juiz não é a produtor de provas, de senhor absoluto do processo ou do poder de decisão sobre a liberdade alheia. Não pode haver sobreposição ou confusão entre as funções de acusar e julgar” (COUTINHO *et al*, 2019), ou seja, a adequação da figura do magistrado junto ao processo deve se dar com o devido e legítimo amparo sob a ideia dos sistemas processuais que regem a estrutural processual. É nesse contexto que nasceu a figura do “Juiz das Garantias”, o qual não tem uma postura inquisitória, não investiga e não produz prova de ofício. Esse sistema, conhecido como “*double juez*”, estabelece a necessidade que 2 (dois) juízes distintos atuem no feito, sendo que o primeiro intervém na fase pré-processual, oriunda da investigação policial, como busca e apreensão, quebras de sigilo, prisões cautelares, medidas assecuratórias e outras

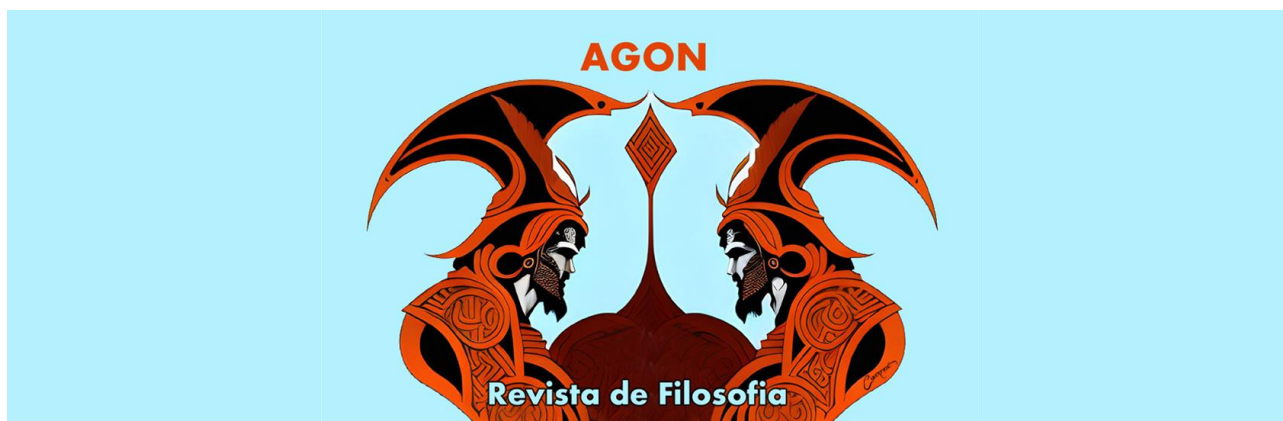


até o recebimento de eventual denúncia pelo Ministério Público. O segundo ficaria responsável pela realização da instrução processual, momento em que receberia o processo saneado, livre de vícios ou nulidades e, conseqüentemente, teria máxima originalidade cognitiva, imparcialidade, para proferir uma decisão final de mérito. É por assim estar estruturada a figura do juiz das garantias que o instituto “deve permanecer sendo objeto de discussões sérias, travadas a partir de uma mentalidade acusatória que deixe para trás o velho estigma inquisitório” (REIS; TAPOROSKY FILHO, 2019, p. 106).

Dessa forma, após a alteração promovida pela Lei nº 13.964 de 2019, o art. 3º do Código de Processo Penal passou a vigorar com uma redação que vai ao encontro exatamente dessa concepção da necessidade de um magistrado desvinculado de uma primeira fase de atuação junto ao processo, estabelecendo-se a partir disso uma estrutura acusatória que deve reger o processo – em que pese muitos dispositivos do Código de Processo Penal tenham permanecido sob a égide uma orientação de matriz inquisitória.

O JUIZ DAS GARANTIAS NO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH)

Esse instituto não é inédito, encontra-se presente em solo latino-americano, por força da colonização espanhola, há muito tempo, praticamente em todos os países que adotaram o sistema processual penal acusatório, os quais, “exceto o Brasil, promoveram a refundação de seus sistemas processuais, no contexto histórico-político das reformas legislativas e constitucionais inerentes à redemocratização, sobretudo a partir dos anos 1990” (SILVEIRA, 2019, p. 193). Resumidamente, a experiência latino-americana é uma influência e reprodução do direito europeu (juiz da investigação criminal), na qual prevalece o entendimento da incompatibilidade de um sistema com aglutinação de poderes na mão de “uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a



partir da prova que ela mesma produziu” (LOPES JR., 2020, p. 188), o que, em determinados casos, gerava um risco concreto de quebra da matriz da imparcialidade. A partir disso se pode dizer a separação entre as funções judiciais que dizem respeito à investigação e ao processo se trata de uma “tendência bem consolidada na experiência internacional”, conforme podem ser observados nos exemplos de países outros como é o caso do “*giudice per le indagini preliminari*”, na Itália, e o “*juez de garantía*”, no Chile (SILVEIRA, 2019, p. 88). A tese de ruptura da imparcialidade começou a ser firmada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), na década de 1980, em razão da figura do juiz de instrução, presente nos ordenamentos jurídicos dos países europeus e responsável pela condução das investigações criminais. O entendimento apresentado era de que “o contato do magistrado com o material produzido na investigação, em determinados casos, gerava um risco concreto de quebra da imparcialidade, garantia expressamente assegurada na Convenção Europeia de Direitos Humanos” (MAYA, 2020, p. 50). Deste modo, com base nessa concepção de imparcialidade, o TEDH passou a questionar a hipótese de atuações sucessivas de um mesmo magistrado em diferentes fases de um mesmo processo penal.

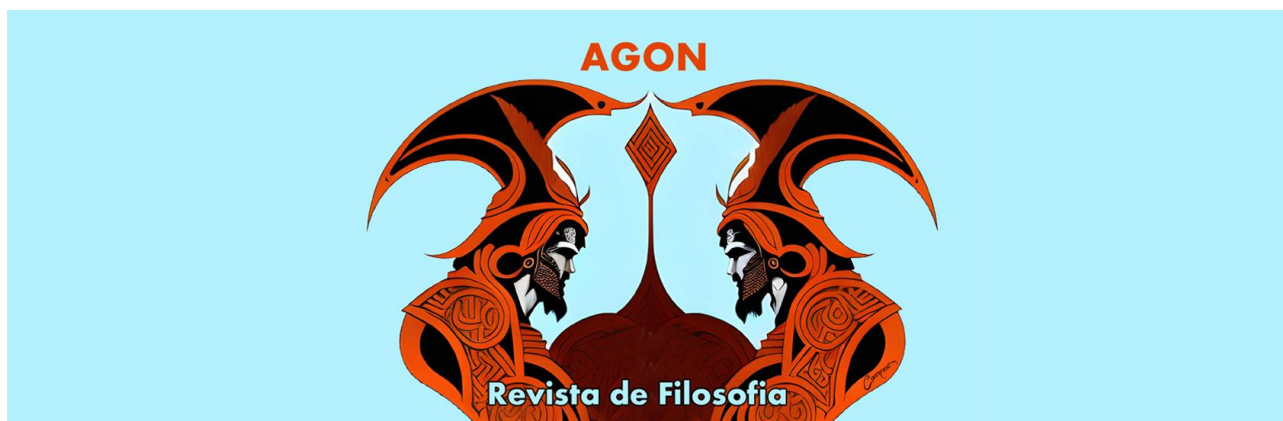
O primeiro precedente do referido Tribunal, conhecido como “*case of Piersack v. Belgium*” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1982), de 01/10/1982, refere-se a um cidadão de origem Belga, *Piersack*, condenado a 18 (dezoito) anos de trabalhos forçados. Ocorre que o Magistrado responsável pelo caso havia sido recém nomeado para o cargo e atuado no passado como membro do Ministério Público, coincidentemente no departamento responsável pelas investigações de crimes contra à vida. Em virtude disso, *Piersack* recorreu solicitando a nulidade processual, no entanto, os membros da referida corte entenderam que não havia prova de que o magistrado, quando pertencente ao Ministério Público, havia atuado nas investigações. Assim, *Piersack* apresentou uma



denúncia no TEDH por violação ao artigo 6º, item 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma vez que seu processo não teria sido analisado por um Tribunal independente e imparcial, vez que o magistrado responsável pela decisão teria atuado por um ano e meio como membro do Ministério Público, ocasião em que teria tido contato com o assunto. O Tribunal admitiu a denúncia e, por unanimidade, a declarou procedente. Não obstante, a referida decisão foi pontuada nos seguintes termos que *“any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw. What is at stake is the confidence which the courts must inspire in the public in a democratic Society”* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1982).

O segundo precedente do TEDH, conhecido como *“case of De Cubber v. Belgium* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1984), de 26/10/1984, consagrou o entendimento de que o magistrado com poderes investigatórios é incompatível com a função de decisão. Semelhante ao caso antecedente, *De Cubber* era um cidadão de origem Belga e apresentou uma denúncia pelo fato de que o seu processo não teria sido analisado por um Tribunal independente e imparcial. Segundo o reclamante, a Corte de Justiça responsável por analisar seu recurso, composta por 3 (três) juízes, não teria legitimidade para analisar o seu recurso, tendo em vista que um dos magistrados havia conduzido a investigação do caso por aproximadamente dois anos, pedido a sua prisão, realizado o interrogatório e, quando instando no passado, manifestado pela manutenção da sua prisão. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, por unanimidade dos votos, afirmou ter sido violada a imparcialidade do magistrado, bem como, fundamentou que:

[...] 5. El Tribunal, tras recordar que la imparcialidad puede apreciarse desde una doble perspectiva, subjetiva (que trata de determinar lo que un juez piensa en su fuero interno) y objetiva (que atiende a consideraciones de carácter funcional y orgánica y se dirige a comprobar si un juez o tribunal ofrece garantías suficientes



en orden a excluir toda duda legítima de parcialidad), estima frente a los argumentos presentados por el Gobierno belga:

- Que la presencia del juez instructor en el tribunal que ha fallado condenando al requirente ha podido inspirar al señor De Cubber legítimas preocupaciones en orden al respeto del principio fundamental de la imparcialidad del juicio.

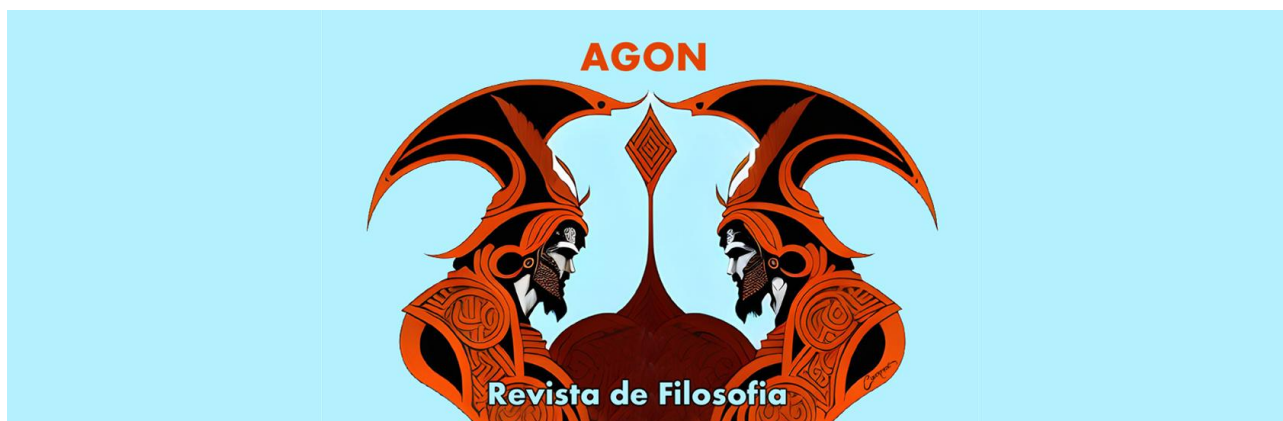
- Que, en el presente caso, el tribunal que ha condenado al requirente no constituye una autoridad administrativa o corporativa, ni una jurisdicción ordinaria, sino precisamente un tribunal, en el doble sentido material y formal del término, afectado por lo demás, en cuanto a su composición, de un vicio orgánico que el Tribunal de Apelación no ha corregido, ya que no ha anulado por este motivo el conjunto de su fallo.

- Que incumbe a los estados contratantes ordenar sus sistemas judiciales, de manera que les permita responder a las exigencias del artículo 6.1 del Convenio, entre los cuales figura en un lugar preeminente la de la imparcialidad.

En conclusión, el Tribunal falla, por unanimidad, que el señor De Cubber ha sido víctima de una violación del artículo 6.1 del Convenio, reservando enteramente la cuestión relativa al resarcimiento del daño moral y material ocasionado al requirente con ocasión del presente caso. [...]. (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1984)

Analizando o teor de ambos os casos apresentados, tidos como precedentes para inúmeras decisões, inclusive no que pulsa a temática do “Juiz das Garantias”, destaca-se que ambos realizam uma leitura da imparcialidade sob dois diferentes aspectos: um subjetivo, em que importa a convicção pessoal do juiz e outro objetivo, pelo qual, consideradas as circunstâncias específicas de determinado caso concreto, deve-se observar se o magistrado apresenta condições de afastar quaisquer dúvidas razoáveis acerca da sua imparcialidade. De acordo com Maya:

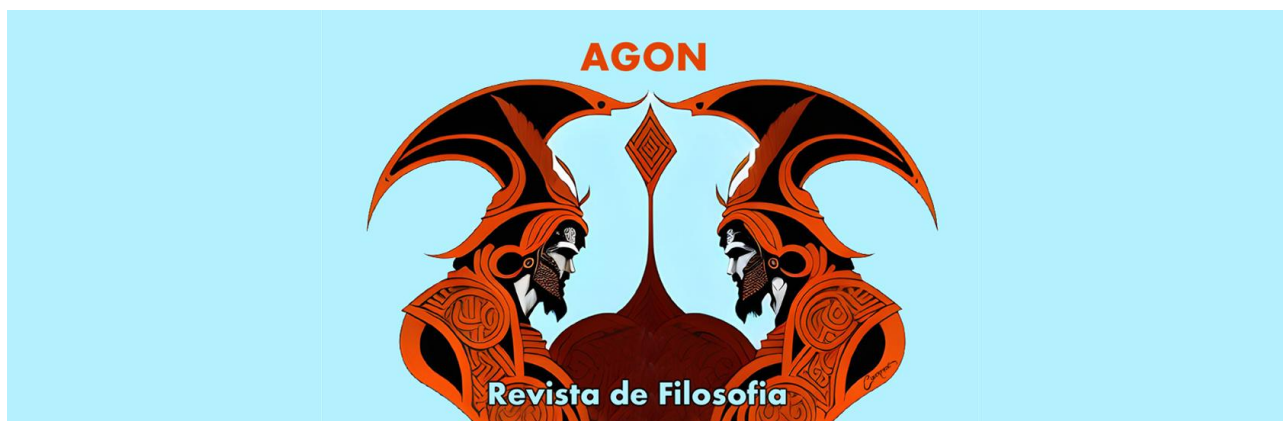
Por meio dessa aproximação objetiva, o TEDH vale-se da denominada teoria da aparência, pautada pelo adágio inglês *justice must not only be done; it must also be seen to be done*, para afirmar que, no âmbito dos Estados Democráticos de Direito, não basta que o tribunal (juiz) seja imparcial; ele deve, também, demonstrar ser imparcial, preservando, assim, a confiança da sociedade nas decisões jurisdicionais. (MAYA, 2020, p. 50)



Além dos referidos precedentes, é preciso consignar que existiram outros casos ao longo dos países signatários do TEDH, bem como: França (*Sante-Marie vs. França – Application n. 12981/87, de 16/12/1992*), Itália (*Padovani vs. Itália – Application n. 13396/1987, de 26/02/1993*), Holanda (*Nortier vs. Holanda – Application n. 13924/88, de 24/08/1993*), Portugal (*Saraiva de Carvalho vs. Portugal – Application n. 15651/89, de 22/04/1994*), Espanha (*Garrido Guerrero vs. Espanha – Application n. 43715/98, de 02/03/2000*) e outros. Todos esses casos possuem o mesmo ponto de convergência e demonstram a evolução da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, como a atuação de um mesmo magistrado em diferentes fases da persecução penal apresenta instabilidade e contradições – por mais não se tratem de convenções normativas ou qualquer espécie de tratado internacional, há de se considerar que há a possibilidade de se compreender que os “tratados se incorporam ao direito brasileiro independentemente de serem vertidos em leis domésticas” (PAGLIARINI, 2004, p. 50), de modo que numa leitura alusiva da questão, pode-se tomar os julgados como exemplos a partir dos quais o pensamento jurídico que funda o instituto merece estar sob amparo de tais “precedentes” internacionais. No âmbito interno dos países anuentes da Convenção Europeia de Direitos Humanos, esse cenário representou um movimento de reforma das legislações processuais. Na Espanha, o marco inicial foi quando o Tribunal Constitucional declarou, na Sentença nº 145/1988, que:

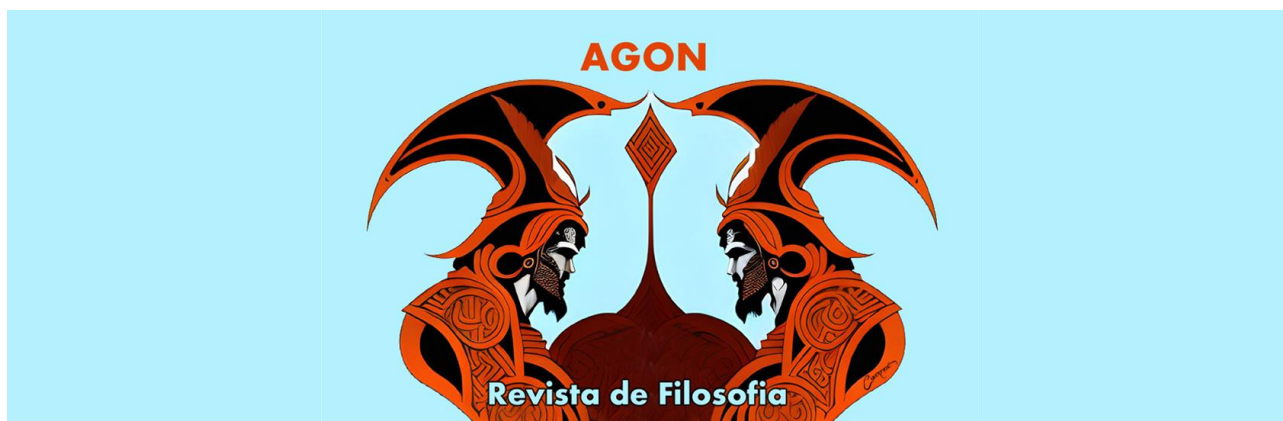
[...] a investigação prévia ao julgamento, no processo desenhado na Lei Orgânica 10/1980, não apenas salvaguarda, mas também contraria aquele princípio de que o juiz que investiga não pode julgar e a necessária imparcialidade, constitucionalmente exigida desde 1978. (PAGLIARINI, 2004, p. 50)

De igual forma, a Itália teve o seu Código de Processo Penal reformado em 1988, logo após as primeiras decisões da Corte Europeia, é composto por 3 (três) distintas fases



(*indagini preliminar, udienza preliminare e dibattimento*), o procedimento não retorna para um mesmo magistrado, é composto por outros magistrados em cada uma das fases (*giudizio abbreviato, giudizio direttissimo e giudizio immediato*), é marcado pelo espírito acusatório e possui vedação expressa no artigo 34 do seu Código de Processo Penal sobre a atuação por parte de um magistrado em mais de uma etapa do processo. A Alemanha também reformou a sua legislação processual penal, abandonando a figura do juiz investigador e implementou o modelo bipartido, com separação entre a fase de investigação e julgamento. É interesse destacar que a reforma na Alemanha ocorreu em 1975, antes dos Precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, influenciada pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

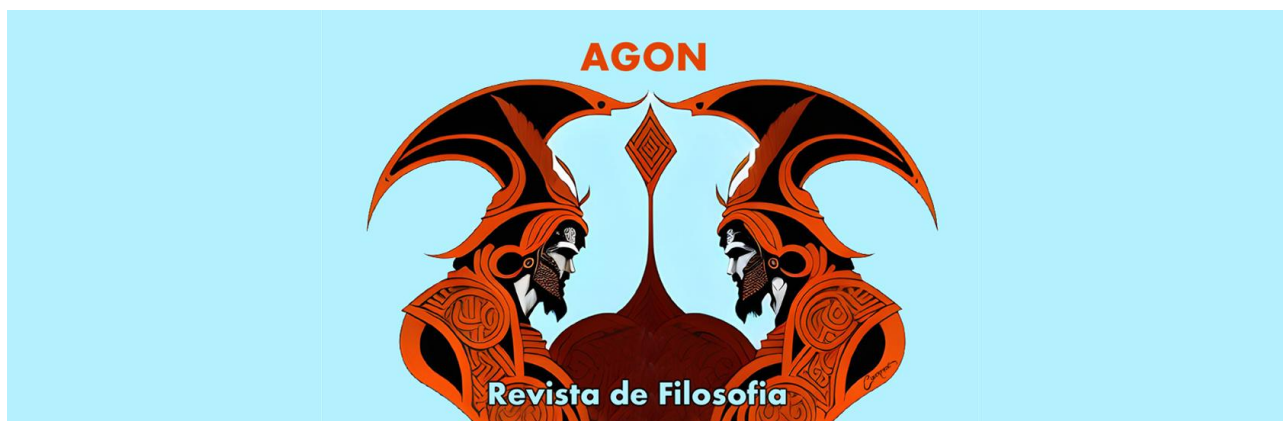
Dessa forma, observando os precedentes acima, obviamente alguns exemplos dentre outros existentes no sistema Europeu que também tiveram seus sistemas processuais modificados, temos uma preocupação com a imparcialidade daquele que é responsável pela condução de um caso penal, com a “aparência social” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1982) – repercussão negativa – de eventual decisão proferida por alguém que é responsável por um caso penal, o que os demais podem pensar se houver um magistrado contaminado (sem originalidade cognitiva), e o aparecimento da imagem do “Juiz das Garantias”, conhecido na Espanha como *el juez que intsruye no puede juzgar*) e na Itália como *giudice per le indagini preliminar*. Por mais que se saiba da dificuldade em se livrar de um modelo firmado de pensamento, conforme se destacou nas evoluções normativos dos países mencionados, esse fato se reflete com mais ênfase e maior dificuldade no processo penal brasileiro, pois este é estruturado a partir de uma lógica inquisitorial, cuja qual acaba por “arraigar as bases epistêmicas, dificultando, inclusive, o pensamento e os vínculos que ele proporciona dentro do sistema acusatório” (COUTINHO, 2018, p. 79). É o caso, portanto, de se analisar o contexto da figura do “Juiz das Garantias”



no plano internacional a fim de que se possa melhor adequar a figurar o instituto do âmbito do direito processual penal brasileiro, até mesmo diante do fato de que “a mesma importância que atribuímos aos princípios na determinação do sistema jurídico nacional devemos atribuir aos princípios na determinação do sistema jurídico internacional” (PAGLIARINI, 2004, p. 94), principalmente ao considerar que o instituto que se encontra suspenso atualmente no Brasil por conta de decisão judicial nesse sentido exarada pelo Supremo Tribunal Federal possui como modelo justamente previsões nesse sentido existentes no âmbito internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme discorrido ao longo do presente artigo, observa-se que além da discussão proposta inicialmente, envolvendo o surgimento, a tramitação, a definição e demais temáticas acerca do papel do “Juiz das Garantias”, a premissa principal decorre da importância e a influência que a Convenção Europeia de Direitos Humanos, por intermédio do seu Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), teve na modificação dos sistemas processuais de alguns países Europeus (Alemanha, Espanha, Itália e outros), nos sistemas processuais dos países latino-americanos (Chile, Uruguai, Equador, Paraguai, Colômbia e outros) e, principalmente, no que cerne a temática ora delineada. Os precedentes trabalhados, entre eles o “*case of Piersack v. Belgium*”, de 01/10/1982, e “*case of De Cubber v. Belgium*”, de 26/10/1984, ainda que apresentados como amostras, entre outros casos emblemáticos existentes, demonstram de que forma ocorreu essa influência e, evidentemente, de que modo a tese de quebra da imparcialidade começou, ao longo da década de 1980, a ser firmada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

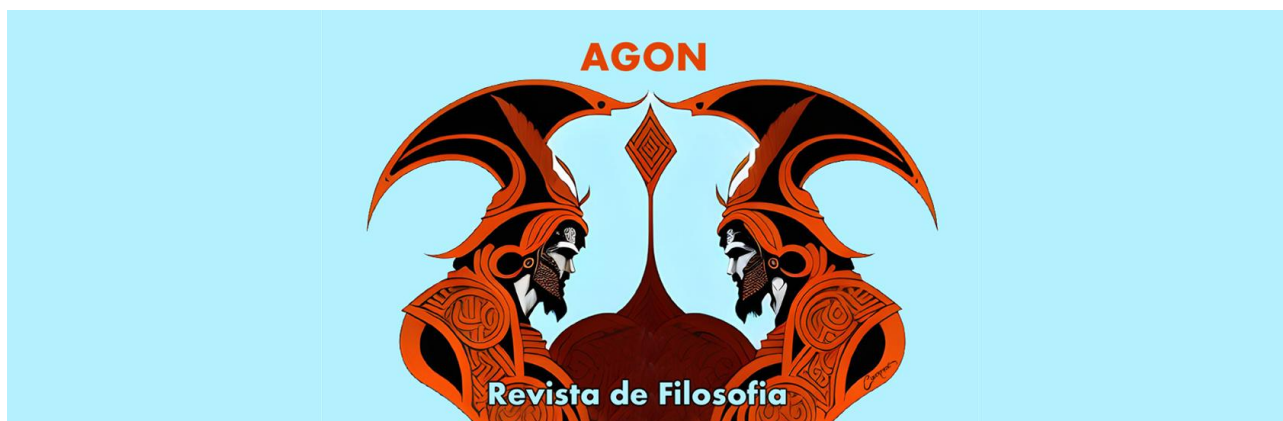


Ainda que surgida na década de 1980, o tema permanece atual, tendo em vista que a imparcialidade é uma das garantias mais importantes do direito processual penal. Sem um juiz imparcial a estrutura acusatória de um processo, com a separação entre as funções de acusar e julgar, desmorona, e as demais garantias processuais, algumas delas esculpidas em nossa Constituição da República, perdem muito de sua eficácia. O direito de ser julgado por um juiz ou tribunal imparcial, portanto, é central e determinante à pretensão de aprimoramento democrático do processo penal de qualquer Estado de Direito e, no caso do Brasil, a história tem demonstrado que seria fulcral. O instituto assim demonstra ter fundamentos relevantes e devidos, estruturados também por uma ótica que não se limita às ciências jurídicas, de modo que a sua aparição na reforma processual presente na “lei anticrime” não se deu sem uma razão plausível ou por mero luxo, uma vez que a base em que se estrutura possui suas razões a partir da noção de sistemas e com fundamento no plano internacional.

Em tempos hodiernos, marcado pela intolerância e discursos de ódio, independente do posicionamento adotado (contra ou a favor), do crime cometido (grave ou não) e do pensamento político (esquerda ou direita), pode-se dizer que a imparcialidade, sem qualquer sombra de dúvidas, é a única garantia que todos possuem em comum e certamente não abririam mão se, entre outras, tivessem que escolher: a de terem o seu processo analisado por alguém com a cognição livre, sem pré-conceitos formados. Nesse sentido, o presente artigo também chama à atenção sobre a necessidade eminente de alteração do sistema processual penal vigente no Brasil, conhecido pelas marcas inquisitórias e que lentamente tenta adotar passos da ordem acusatória. Dentro de uma leitura negativista, na qual os indivíduos buscam o melhor nas referências externas, destaca-se que todos os países latino-americanos reformaram suas legislações processuais, exceto o Brasil. Por fim, tem-se que o plano internacional tem muito a ensinar e servir



como base exemplificativa ao plano interno nacional, servindo a figura do juiz das garantias como exemplo concreto nesse sentido, uma vez que conforme se observou pelos julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), a imparcialidade é ponto fulcral a ser observado no que diz respeito a um processo verdadeiramente justo, legítimo e democrática – daí a necessária efetivação e implementação do instituto do juiz das garantias.



REFERÊNCIAS

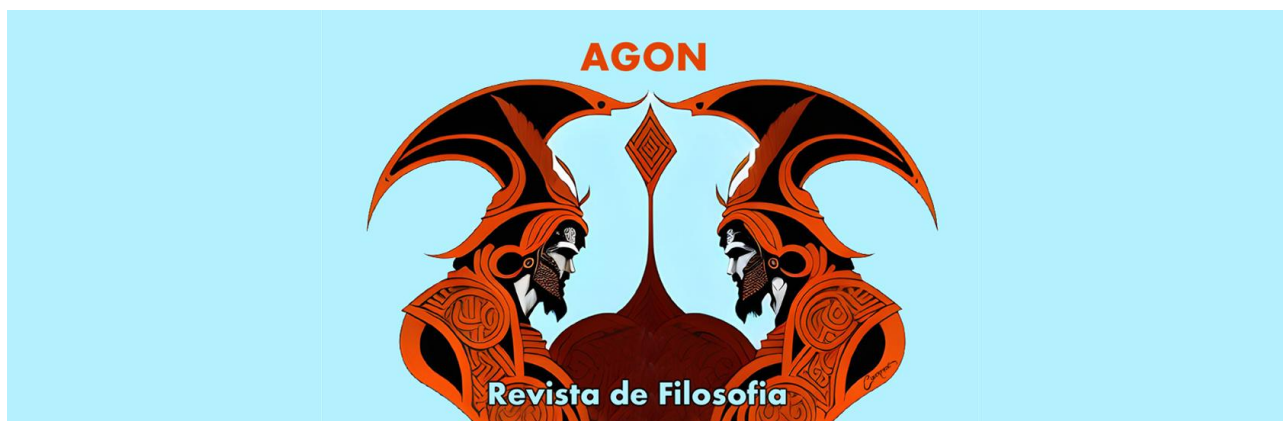
BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 22 jul. 2020.

_____. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, DF, 30 jul. 1965. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nbo-4.737-de-15-de-julho-de-1965>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.341, de 2019**. Pacote anticrime. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 10.372 de 6 de junho de 2018**. Transformado na Lei Ordinária nº 13964/2019. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <<https://www.camara>.



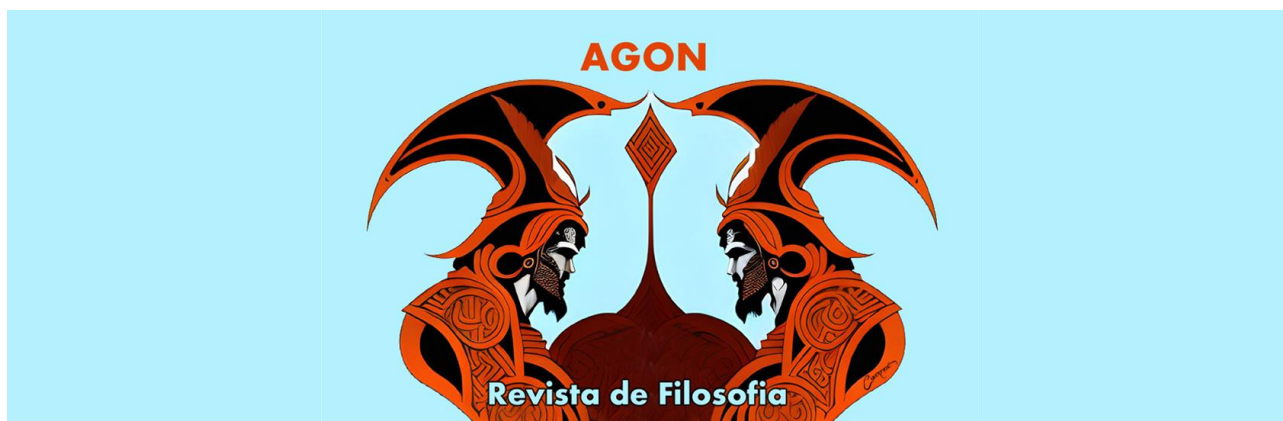
leg.br/proposicoesWeb/fichadetratamitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em 22 jul. 2020.

_____. **Projeto de Lei nº 10.372-A de 2018 - Redação Final.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 4 dez. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1844037&filename=Tramitacao-PL+10372/2018. Acesso em: 22 jul. 2020.

_____. **Projeto de Lei Complementar nº 38 de 2019.** Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para estabelecer regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=96093DFA27AFB9B5348C1E462552B648.proposicoesWebExterno2?codteor=1712090&filename=PLP+38/2019>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 881 de 2019.** Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para criminalizar o uso de caixa dois em eleições. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetratamitacao?idProposicao=2192352>>. Acesso em 22 jul. 2020.

_____. **Projeto de Lei nº 882 de 2019.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 -



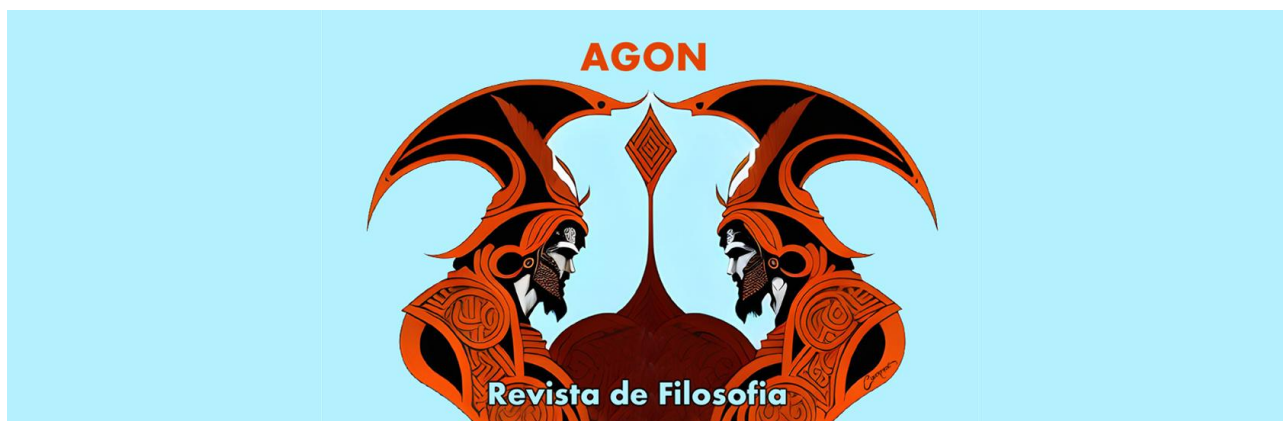
Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal [...] para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em 22 jul. 2020.

_____. **Projeto de Lei nº 6.341, de 2019**. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

_____. **Resolução nº 663, de 12 de março de 2020**. Estabelece medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus (COVID19) considerando a classificação de pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/resolucao_663.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Peça 54. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade - ADI nº 6298 MC/DF**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 15 jan. 2020. 41p.

_____. Supremo Tribunal Federal. Peça 83. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade - ADI nº 6298 MC/DF**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 22 jan. 2020. 43p.



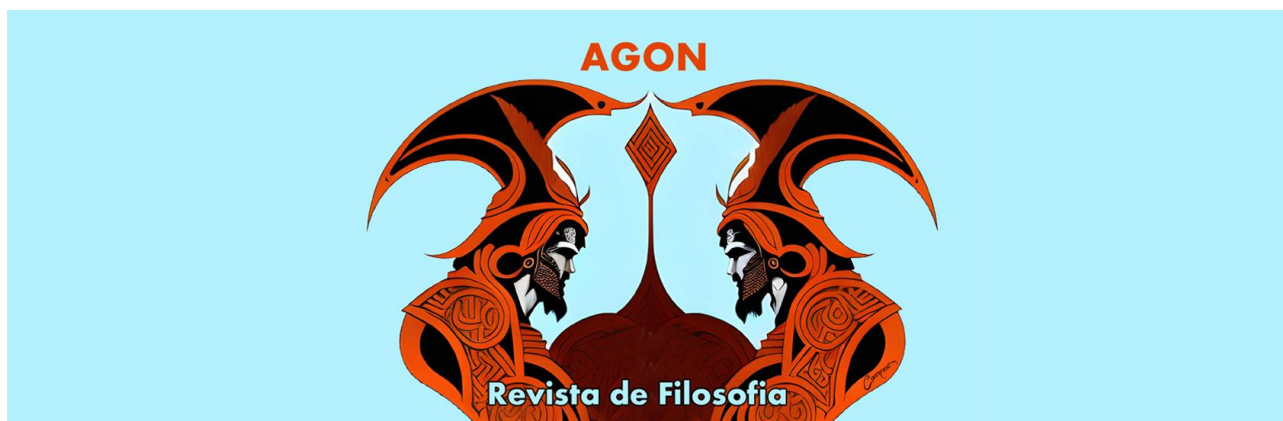
_____. Supremo Tribunal Federal. Peça 185. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade - ADI nº 6298 MC/DF**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 22 abr. 2020. 2p.

CALDAS, Diana Furtado; LORENS, Pedro da Gama Lobo. Resquícios do sistema inquisitorial do processo penal brasileiro: impossibilidade de perpetuação da figura do juiz como agente de persecução penal na nova ordem constitucional. In: POSTIGO, Leonel Gonzalez (Dir.); BALLESTEROS, Paula R. (Coord.). **Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago, Chile: CEJA-OEA, 2019. v. III. p. 29-44.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; CANI, Luiz Eduardo; BALTAZAR; Shalom Moreira. Do projeto de reforma do CPP ao projeto de lei “anticrime”: mirando a Constituição. **Revista Consultor Jurídico**, 12 abr. 2019. ISSN: 1809-2829. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/limite-penal-projeto-reforma-cppao-projeto-lei-anticrime>>. Acesso em: 15 ago. 2020

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Piersack v. Belgium**. Application nº 8692/79. 1 oct. 1982. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557>>. Acesso em: 3 ago. 2020.



113

_____. n. Sentencia nº 9186/80. 26 oct. 1984. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165125>. Acesso em: 3 ago. 2020.

_____. Cour Européenne des Droits de L'homme. **Case of Padovani v. Italy.** Application nº 13396/87. 26 fev. 1993. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/webServices/content/pdf/001-57812>. Acesso em: 11 ago. 2020.

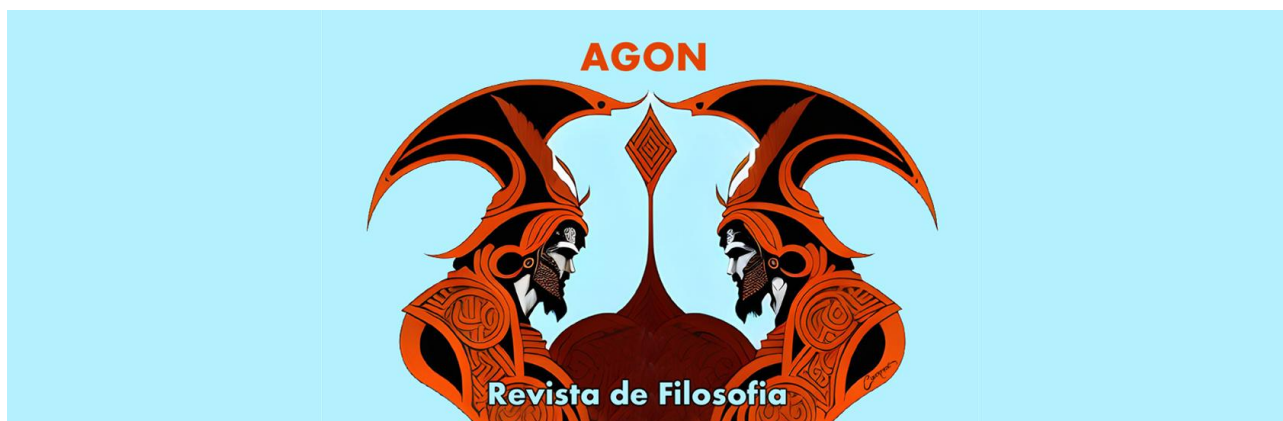
_____. **Case of Nortier v. The Netherlands.** Application nº 13924/88. 24 aug. 1993. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57835>. Acesso em: 11 ago. 2020.

_____. **Case of Ramirez Sanchez v. France.** Application nº 59450/00. 4 jul. 2006. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-76169>. Acesso em: 11 ago. 2020.

_____. **Delage et Magistrello v. France Decision.** [s.d.]. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-22668&filename=001-22668.pdf&TID=ihgdqbxnfi>. Acesso em: 11 ago. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da Lei 13.964/19.** 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.



PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REIS, Jordan Vilas Boas; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. Apontamentos sobre o juiz das garantias. **Revista Bonijuris**, v. 31, n. 1, p. 100-108, fev./mar. 2019. ISSN: 1809-3256.

ROSA, Alexandre Moraes da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SANTOS, Andrés de la Oliva. **Jueces imparciales, fiscales “investigadores” y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal**. Barcelona: PPU, 1988.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set. 2009.

SILVEIRA, Marco Aurelio Nunes da. A etapa intermediária e o juiz de garantias no processo penal brasileiro: um passo importante e insuficiente. **Revista Justiça do Direito**, v. 33, n. 3, p. 189-221, set./dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.5335/rjd.v33i3.10642>.

TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; ARNOLD, Amanda Emily. Alguns apontamentos sobre os sistemas processuais penais. **Revista Húmus**, v. 9, n. 27, p. 351-375, 2019.