



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

NICOLAS PEREIRA PAZ

**OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS EM AFRONTA AO
PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO: AS INCONSTITUCIONALIDADES
ENFRENTADAS PELO STF AO JULGAR OS ARTIGOS QUE INSERIRAM O JUIZ
DAS GARANTIAS**

Brasília
2024

NICOLAS PEREIRA PAZ

**OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS EM AFRONTA AO
PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO: AS INCONSTITUCIONALIDADES
ENFRENTADAS PELO STF AO JULGAR OS ARTIGOS QUE INSERIRAM O JUIZ
DAS GARANTIAS**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Marcos Vinícius Reis Bastos.

**Brasília
2024**

NICOLAS PEREIRA PAZ

**OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS EM AFRONTA AO
PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO: AS INCONSTITUCIONALIDADES
ENFRENTADAS PELO STF AO JULGAR OS ARTIGOS QUE INSERIRAM O JUIZ
DAS GARANTIAS**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Marcos Vinícius Reis Bastos.

Brasília 10 de outubro de 2024.

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS EM AFRONTA AO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO: AS INCONSTITUCIONALIDADES ENFRENTADAS PELO STF AO JULGAR OS ARTIGOS QUE INSERIRAM O JUIZ DAS GARANTIAS

Nicolas Pereira paz¹

Marcus Vinícius Reis Bastos²

RESUMO

O presente trabalho trata de inovação trazida pelo pacote anticrime que instituiu o juiz das garantias no direito processual brasileiro. Contudo, ao julgar as ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305, que trataram das inconstitucionalidades das medidas inseridas, houve um afastamento de garantias legais que são bases principiológicas do direito penal brasileiro e que auferem desvantagem entre as partes no curso da instrução criminal.

Palavras-chave: juiz das garantias; princípio do in dubio pro reo; sistema acusatório; juiz da instrução e julgamento; pacote anticrime.

SUMÁRIO:

1 INTRODUÇÃO. 2 PACOTE ANTICRIME E O JUIZ DAS GARANTIAS. 3 O JUIZ DAS GARANTIAS EM OUTROS ORDENAMENTOS. 4 O SISTEMA ACUSATÓRIO E SUAS GARANTIAS. 5 O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. 6 A IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS E AS ALTERAÇÕES FEITAS PELO STF DIANTE DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. 7 ATUAÇÃO DO JUIZ DA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO EM FACE DAS GARANTIAS DO RÉU: POSSIBILIDADE DA BUSCA DE PROVAS. 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O pacote anticrime, instituído pela Lei nº 13.964/2019, introduziu uma série de dispositivos que promoveram alterações significativas na legislação penal brasileira.

Uma das principais mudanças foi a inserção da figura do juiz das garantias no processo penal, o que disciplinou esse instituto e fortaleceu o sistema acusatório.

¹ Estudante do último período de direito no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. *E-mail:* lpaz13@sempreceub.com.

² Mestre. Professor titular e orientador do Núcleo de Monografia do UniCEUB, em Direito Processual Público.

Diante dessas alterações, surgiram diversas preocupações quanto à atuação do juiz das garantias e à delimitação das atribuições do juiz de instrução e julgamento, responsável pela prolação da sentença.

Em razão dessas preocupações, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio das ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305, foi chamado a definir como seria implementada essa inovação jurídica e como seria conduzida a instrução do processo criminal.

Apesar de o STF ter excluído alguns dispositivos do Código de Processo Penal (CPP), outros permaneceram, gerando preocupações, como o artigo 156 e seus incisos.

Os dispositivos que permitem ao juiz que proferirá a sentença buscar provas de ofício para dirimir dúvidas ferem, sem sombra de dúvida, o princípio do *in dubio pro reo*.

Nessa perspectiva, diante de dúvidas no curso da instrução processual penal, o juiz deve decidir em favor do réu. Nesse sentido, parte da doutrina defende a revogação tácita do dispositivo em questão por estar contrário ao modelo acusatório, bem como por ferir princípios basilares do direito penal.

2 PACOTE ANTICRIME E O JUIZ DAS GARANTIAS

O instituto do juiz de garantias faz parte das inovações trazidas pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (pacote anticrime), que disciplinou a atuação do magistrado responsável por conduzir as demandas inerentes à fase pré-processual.

Ademais, podemos falar que o juiz das garantias surge pela necessidade de implementação de um instrumento capaz de mudar a ótica do sistema penal brasileiro sem que haja prejuízos as garantias legais do indivíduo, à qual a efetividade do processo penal não deve se sobressair em face das premissas garantistas de quem é processado.

Costuma-se dizer que o processo penal é o "sismógrafo" da Constituição, sendo natural que, em períodos de exceção, pautados pelo autoritarismo típico das ditaduras, a preocupação com a efetividade a qualquer preço sacrifique as garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal, ao passo em que, em períodos de normalidade democrática, esses valores tendam a requerer certa primazia, ainda que, com isto, se possa sacrificar a aparente utilidade de um processo rápido e eficaz³.

³ BASTOS, Marcelo Lessa. Processo penal e gestão da prova: os novos arts. 155 e 156 *ixj* código reformado (Lei nº 11.690). **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 141-155, 2008. Disponível em:

Por este ângulo, o processo como meio de solução de conflitos encontra a sua efetividade quando concedida a tutela jurisdicional a quem de fato tem razão e apreciado no menor tempo possível.⁴

Essa ideia é fortalecida não somente pela doutrina, mas também pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro que reproduz as regras estabelecidas pelos pactos internacionais e que são refletidas no próprio texto constitucional.

Nesse mesmo sentido, o Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 8º, 1, agora consagrado no art. 5º, LXXVIII7, da Constituição Federal Brasileira, proclama que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza⁵.”

O pacote anticrime inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a figura do juiz das garantias com o intuito de fortalecimento do sistema acusatório, sendo que a sua atuação findará até o recebimento da denúncia.

Contudo no julgamento das ADI’s 6298, 6299, 6300 e 6305, do ano 2023, A Suprema Corte interpretou o artigo 3-A do CPP informando que o sistema será acusatório, mas que poderá o juiz buscar as provas necessárias para dirimir suas dúvidas no curso da instrução criminal (ADI 6.298/DF).

Assim, haverá um magistrado que irá atuar exclusivamente na fase inquisitorial sem que o juiz da instrução e julgamento venha a ter que tomar providências antes do processo iniciar (Art. 3-B e incisos do CPP).

A principal justificativa é a de impedir que o juiz do processo possa a vir a se “contaminar” com as provas formadas que ele mesmo tenha acompanhado a produção de algumas delas, nos moldes do sistema acusatório que pugna pela “separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive”⁶.

https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2727414/Marcelo_Lessa_Bastos.pdf. Acesso em: 10 out. 2024. p. 142.

⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 4, v. 6, p. 514-545, jul./dez. 2010.

⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 4, v. 6, p. 514-545, jul./dez. 2010. p. 516.

⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 48.

Posto isto, “O JUIZ DE GARANTIAS é o primeiro a ser chamado para decidir sobre as medidas cautelares, não se contaminando o juízo da INSTRUÇÃO CRIMINAL com medidas cautelares pleiteadas no momento da fase inquisitiva”⁷. Esta previsão é dada pela redação do Art. 3-B e incisos do CPP.

Outras vias já eram utilizadas para garantir que o juiz pudesse agir no processo sem que houvesse um tendente posicionamento no momento de prolação da sentença, como por exemplo, o impedimento e a suspeição, mas que não foram suficientes para garantir total imparcialidade do juiz julgador. “As figuras do impedimento e da suspeição, por si sós, não foram suficientes para se resguardar a total imparcialidade do magistrado, já que o próprio CPP permitia que o órgão julgador buscasse as provas que entendesse necessárias para a INSTRUÇÃO DA CAUSA”⁸.

Ao se referir à imparcialidade do magistrado, Aury Lopes Jr. leciona o seguinte: “não basta a garantia da jurisdição, não é suficiente ter um juiz, é necessário que ele reúna algumas qualidades mínimas, para estar apto a desempenhar seu papel de garantidor”⁹.

Por este motivo, diante da necessidade de mudança na norma jurídica processual penal brasileira, foi inserido uma série de artigos que disciplinam o referido instituto. Contudo, muitos destes dispositivos sofreram uma diversidade de críticas da doutrina, como também do Conselho Federal da OAB o que ensejou ações diretas de inconstitucionalidade sobre o tema.

3 O JUIZ DAS GARANTIAS EM OUTROS ORDENAMENTOS

O antagonismo entre a “predominância do segredo e da escritura na fase inicial na colheita da prova” em contraposição com o “julgamento por intima convicção, peculiar ao

⁷ ALMEIDA, Creuza. Pacote anticrime e o juiz de garantias. **Jusbrasil**, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/pacote-anticrime-e-o-juiz-de-garantias/1209552797#:~:text=O%20PACOTE%20ANTICRIME%20traz%20um,no%20momento%20da%20fase%20inquisitiva>. Acesso em: 10 out. 2024.

⁸ ALMEIDA, Creuza. Pacote anticrime e o juiz de garantias. **Jusbrasil**, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/pacote-anticrime-e-o-juiz-de-garantias/1209552797#:~:text=O%20PACOTE%20ANTICRIME%20traz%20um,no%20momento%20da%20fase%20inquisitiva>. Acesso em: 10 out. 2024.

⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 69.

debate contraditório, público e oral” sofreu ao longo do tempo um imenso debate em termos de aplicação e lei.¹⁰

A estruturação do sistema probatório europeu fundou-se “na crise da sociedade feudal e à conseqüente expansão do poder político das primeiras monarquias ocidentais”, e acabou por influenciar diversas legislações ao longo do tempo inclusive refletindo nos modelos atuais.¹¹

Indubitavelmente, o Código Napoleônico de 1808 foi a maior referência de modelo codificado o qual trouxe regras inclusive sobre os meios de produção de provas constantes nos modelos inquisitório e acusatório.

A combinação entre os padrões inquisitório e acusatório, introduzida pelo Code D’Instruction Criminelle francês teve grande aceitação, influenciando desde logo os demais ordenamentos continentais e, como já se disse, representa até os dias atuais o modelo inspirador da maioria das legislações¹².

Posto isto, diante da evolução legislativa ao longo do tempo, diversos países como Portugal, Alemanha, Itália, França, Chile e Colômbia optaram por introduzir a figura do juiz das garantias em seus ordenamentos fixando as regras de atuação do magistrado que será responsável por fazer diligências essenciais na fase investigativa.

Na França, o juiz das garantias é conhecido por “Juiz das Liberdades e da Detenção”. O sistema francês possibilita que juiz das garantias tenha uma grande atuação na fase preliminar ao processo, vejamos:

O juiz das liberdades e da detenção é competente para decidir sobre a prisão preventiva na sequência de um debate contraditório (anteriormente competência do juiz de instrução).

Suas prerrogativas autorizam-no a decidir sobre medidas excepcionais: prorrogação do período de prisão policial, buscas noturnas, escutas telefônicas, etc.

Desde as reformas de 2011 e depois de 2017, o seu âmbito de tomada de decisão foi alargado: continuação da detenção ou zona de espera para estrangeiros em situação irregular, controlo de hospitalizações sem consentimento, autorização de visitas administrativas dominicais para casos de terrorismo, etc. A lei de 20 de novembro de 2023 reorienta as suas competências em matéria penal¹³ (tradução nossa).

¹⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 31.

¹¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 19-20.

¹² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 31.

¹³ QU’EST-CE qu’un juge des libertés et de la détention (JLD)? **Vie publique**, 20 nov. 2023. Disponível em: <https://www.vie-publique.fr/fiches/38261-quest-ce-quun-juge-des-libertes-et-de-la-detention-jld>. Acesso em: 10 out. 2024.

Em Portugal a atuação do juiz da instrução encontra descrito no artigo 17º do Código de Processo Penal Português que disciplina que “Compete ao juiz de instrução proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer as funções jurisdicionais relativas ao inquérito, nos termos prescritos neste Código”¹⁴.

É imperioso ressaltar que no modelo português possui peculiaridades e semelhanças na produção das provas na fase inquisitiva e que atribui que “A direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal.”¹⁵

No modelo português, a produção da prova na fase inquisitorial estará amparada pelo juiz das garantias por mais que a direcção do inquérito não seja dele, uma vez que o magistrado poderá tomar diligências fundamentais e garantistas no curso da fase inquisitorial.

Em Portugal, a figura do juiz de garantias foi criada em 1987. A lei portuguesa diz que as medidas mais invasivas da investigação — prisões provisórias, busca e apreensão, quebras de sigilo de comunicações e de dados bancários e fiscais — só serão autorizadas se houver “graves indícios” de prática de crime cometido intencionalmente¹⁶.

Neste sentido, conclui-se que o juiz das garantias acabou se espalhando tanto em países desenvolvidos quanto em países não desenvolvidos e adequando-se as normas legais de cada Estado/País.

4 O SISTEMA ACUSATÓRIO E SUAS GARANTIAS

O processo penal é pautado por diversas garantias que visam assegurar o exercício justo da ampla defesa e do contraditório. É fundamental que o acusado tenha pleno conhecimento da acusação contra si formulada e acesso aos meios necessários para a defesa, inclusive à proteção das provas, conforme previsto na cadeia de custódia (artigo 158-A do Código de Processo Penal). “Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio

¹⁴ PORTUGAL. Ministério da Justiça. **Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro**. Código de Processo Penal Português. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/78-1987-662562>. Acesso em: 10 out. 2024.

¹⁵ PORTUGAL. Ministério da Justiça. **Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de fevereiro**. Código de Processo Penal Português. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/78-1987-662562>. Acesso em: 10 out. 2024. artigo 263-1.

¹⁶ MILITÃO, Eduardo. Como funciona o juiz de garantias pelo mundo, modelo nascido nos anos 70. **Jusbrasil**, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/como-funciona-o-juiz-de-garantias-pelo-mundo-modelo-nascido-nos-anos-70/798125244>. Acesso em: 10 out. 2024.

coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”¹⁷.

A estrutura desse modelo divide as partes e o magistrado no conceito *actum trium personarum*¹⁸, explicitando o papel de todos os sujeitos do processo, sendo o Ministério Público o acusador, o réu o acusado e juiz que é quem irá proferir a sentença, bem como conduzir a fase de instrução e julgamento.

Existiram inúmeras críticas por parte da doutrina quanto ao modelo acusatório, no que diz respeito aos limites de atuação do juiz em buscar de ofício as provas necessárias para dirimir suas dúvidas no curso da instrução criminal, uma vez que de acordo com o referido entendimento, o magistrado deve descobrir a verdade sem que haja impedimentos dos litigantes¹⁹.

O sistema constitucional acusatório no Brasil é a prerrogativa de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”²⁰ em face da pretensão punitiva do Estado, com a “clara distinção entre as atividades de acusar e julgar”²¹.

Neste sentido, esbarramos em preceitos mínimos, como no caso do princípio do *in dubio pro reo*, bem como o princípio do devido processo legal. Ambos exigem uma atuação imparcial em todas as fases do processo penal, desde a investigação preliminar até o julgamento final, garantindo que as provas sejam produzidas de forma justa e imparcial.

É importante destacar que a posição do “juiz” é fundante da estrutura processual. Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador²².

Quando o juiz exerce a sua função jurisdicional dentro das “regras do jogo” não há em que se falar de parcialidade do magistrado por que foram atendidos os preceitos e garantias legais da atuação do julgador e, para o sistema acusatório, as regras se limitam pelo

¹⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 71.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 74.

²⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

²¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 47.

²² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 48.

fato de juiz está estritamente vinculado a sua função de conduzir o julgamento, o que não tem natureza inquisitiva.

Posto isto, “somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual”²³.

A condenação criminal de um indivíduo só é legítima quando precedida por um processo que garanta o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório, afastando a possibilidade de julgamentos arbitrários e injustos. Assim, a culpabilidade do acusado não se limita à demonstração do fato típico e da autoria, mas exige também a observância das garantias do devido processo legal e aplicação dos princípios a ele inerente.

Como visto, o Estado possui a pretensão punitiva quando o indivíduo pratica algum ato descrito como crime, ocorre que não é possível a imposição de uma pena sem que haja um processo judicial antes. Para tanto, é necessário haver indícios e elementos suficientes que justifiquem a iniciativa de um processo penal. Como se sabe, é socialmente estigmatizante ser acusado de um crime, bem como responder a um processo penal, logo, é necessário que haja indícios suficientes de que de fato houve um crime e de que possivelmente o acusado seja o autor²⁴.

Para além do que foi dito, é imperioso ressaltar que quanto ao aprimoramento e fortalecimento de todas as garantias no curso do processo penal inclusive na fase pré-processual, houve uma série de discussões a respeito das novas implementações realizadas pelo pacote anticrime em relação a entendimentos já consolidados da parte inquisitiva do processo, principalmente no que envolve o inquérito policial.

O inquérito policial nas palavras de Emmanuele Silva Alves:

O inquérito policial é procedimento administrativo de caráter inquisitorial realizado pela polícia, seja judiciária ou investigativa, a fim de apurar elementos de informação que comprovem a prática de infrações penais, bem como sua autoria, visando que o titular da ação penal, qual seja o Estado, possa provocar ao Poder Judiciário e, assim, exerça o jus puniendi de forma legal²⁵.

O inquérito policial, fase inicial da persecução penal, caracteriza-se por sua natureza inquisitorial, com a polícia tendo um papel ativo na coleta de provas seja ela judiciária ou investigativa. Apesar disso, o investigado possui direitos, como o de ser informado dos fatos que lhe são imputados e o de apresentar defesa preliminar. A ampla defesa e o contraditório,

²³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 48.

²⁴ ALVES, Emmanuele Silva. **Juiz das garantias**: uma análise acerca da imparcialidade. Belo Horizonte, MG: Dialética, 2024. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 2 ago. 2024.

²⁵ ALVES, Emmanuele Silva. **Juiz das garantias**: uma análise acerca da imparcialidade. Belo Horizonte, MG: Dialética, 2024. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 2 ago. 2024.

garantias constitucionais, não são exercidos neste momento sendo conferido tal direito após o oferecimento da denúncia.

Sendo assim, existe uma fase inquisitiva que precede a ação o que é caracterizado por alguns doutrinadores como o sistema “misto” inquisitório-acusatório, mas que a parte inquisitorial não deve se confundir como uma fase inquisitiva processual, pois não tem essa natureza.

Aury Lopes Jr. Define o seguinte:

O chamado “Sistema Misto” nasce com o Código Napoleônico de 1808 e a divisão do processo em duas fases: fase pré-processual e fase processual, sendo a primeira de caráter inquisitório e a segunda acusatória. É a definição geralmente feita do sistema brasileiro (misto), pois muitos entendem que o inquérito é inquisitório e a fase processual acusatória (pois o MP acusa)²⁶.

Em resumo, o sistema acusatório se caracteriza pela clara separação do *actum trium personarum* que divide o juiz das partes do processo “[...] por isso de nada serve a separação inicial das funções se depois permite-se que o juiz atue de ofício na gestão da prova, determine a prisão de ofício etc.”²⁷.

5 O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO

O princípio do *in dubio pro reo ou favor rei* garante que o indivíduo acusado de um crime não será condenado caso existam dúvidas sobre sua responsabilidade penal. Em outras palavras, a falta de provas suficientes para comprovar a participação do acusado no delito resultará em sua absolvição. Esse princípio fundamental do direito penal assegura que a dúvida sempre beneficiará o réu, em consonância com a presunção de inocência (AVENA. 2023).

Essa garantia fundamental é uma instrução dada pela redação do artigo 386, VII, do CPP “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”²⁸.

Norberto Avena define:

²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 49.

²⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 48.

²⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

Princípio do *in dubio pro reo* ou favor rei: por meio deste princípio, privilegia-se a garantia da liberdade em detrimento da pretensão punitiva do Estado. Apenas diante de certeza quanto à responsabilização penal do acusado pelo fato praticado é que poderá operar-se a condenação. Havendo dúvidas, resolver-se-á esta em favor do acusado. Ao dispor que o juiz absolverá o réu quando não houver provas suficientes para a condenação, o art. 386, VII, do CPP agasalha, implicitamente, tal princípio²⁹.

O que se verifica, é que a partir do momento em que o réu é presumidamente inocente não incumbe a ele provar mais nada, uma vez que essa função será atribuída única e exclusivamente ao acusador/parte do processo não devendo nem mesmo ao magistrado buscar esta desconstrução - (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*).³⁰

Dessa forma não cabe ao juiz a busca por provar o que não foi provado justamente pelo fato de ele não ser parte/acusador no processo, haja vista que: “o juiz, que deve ter por hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatória somente se estiver provada e, não a aceitando, se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente provada”³¹.

Posto isto, a presunção de inocência como solução de dúvida no âmbito do processo judicial está em consonância com o princípio do *in dubio pro reo* que reafirma a atribuição do acusador na carga probatória não podendo o acusado ser condenado sem que haja suficientemente demonstrada a culpa do fato imputado³².

Um ponto relevante é que a sistemática da aplicação do referido princípio do direito processual penal, se perde um pouco é muitos casos quando confundido com regras do direito processual civil principalmente nas situações em que o réu teria de certa forma provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de alguma excludente.

Erro crasso pode ser percebido quase que diariamente nos foros brasileiros: sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na ‘falta de provas da tese defensiva’, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente³³.

Também é imperioso destacar que a aplicabilidade do *in dubio pro reo* não se estende a decisão do Conselho de Sentença dos julgamentos do Tribunal do Júri. Embora a avaliação das provas contidas nos autos seja fundamental para a formação do convencimento

²⁹ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. p. 34.

³⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

³¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 429.

³² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 430.

³³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 429.

dos jurados a natureza subjetiva da íntima convicção dos membros do corpo julgador pode ser influenciada por fatores extrínsecos a estas provas³⁴.

Por oportuno é importante ressaltar que a aplicação do referido princípio não é uniforme em todas as fases do processo penal ou tipos de ação penal. A decisão de pronúncia, por exemplo, exige uma análise mais complexa, na qual a dúvida sobre a materialidade do fato ou a autoria do crime pode levar à submissão do caso ao Tribunal do Júri, mesmo que não haja provas conclusivas. Essa dinâmica, frequentemente associada ao princípio *in dubio pro societate*, gera debates sobre a compatibilidade entre os dois princípios e a garantia de um julgamento justo.

6 A IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS E AS ALTERAÇÕES FEITAS PELO STF DIANTE DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Após o julgamento do STF sobre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305), deu-se prazo de 12 meses para a implementação do Juiz das garantias prorrogável por igual período.

Diante da potencial paralisação de todas as ações penais em curso no país e da inviabilização da prestação jurisdicional, deve ser concedido prazo de 12 meses, prorrogável por mais 12 meses, para que sejam adotadas as medidas legislativas e administrativas necessárias à adequação das diferentes leis de organização judiciária, à efetiva implantação e ao efetivo funcionamento do juiz das garantias em todo o país, tudo conforme as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça e sob a supervisão dele³⁵.

Perante as diversas controvérsias sobre a implementação e a constitucionalidade do instituto em questão, observou-se uma série de alterações, especialmente no que tange aos limites da atuação judicial do magistrado na fase pré-processual, como também fatores econômicos e afrontas constitucionais.

A implantação do Juiz das Garantias impõe desafios consideráveis, exigindo investimentos financeiros e ajustes operacionais para sua plena implementação. É imprescindível um período de transição para que a nova sistemática seja consolidada.

Instituir profundas modificações no direito processual penal, que traduzem não apenas uma reconfiguração do sistema jurídico, mas uma verdadeira transformação político-

³⁴ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal (ADI 6298/DF)**. Relator: Min. Luiz Fux. 24 ago. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>.

cultural, exige a concessão de prazo razoável para sua implementação. Mais do que a necessária adaptação das estruturas de organização judiciária, há que se fazer uma significativa modificação nas disposições internas dos próprios atores do sistema jurídico³⁶.

Quanto aos limites da atuação do juiz de garantias, houve intenso debate sobre o momento exato de sua substituição pelo juiz da instrução e julgamento. Por maioria, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do inciso XIV do Art. 3-B, a saber: “Art. 3º-B. XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código”³⁷.

Em seu voto O Ministro Cristiano Zanin descreveu:

Note-se, neste ponto, que a atuação do juiz das garantias ocorre na fase investigatória, ou seja, durante o inquérito policial. Assim, não caberia ao magistrado assumir atribuições investigativas, devendo apenas zelar pela observância dos direitos e garantias individuais inscritos no texto constitucional, notadamente a ampla defesa, o contraditório e os demais aspectos que compõem o devido processo legal³⁸.

E que posteriormente acrescenta a Doutrina de Renato Brasileiro Lima: “[...] para a estruturação de um sistema verdadeiramente acusatório, não basta a separação das funções de acusar, defender e julgar. Para além disso, é de todo relevante que o juiz não seja o gestor da prova, cuja produção deve ficar a cargo das partes”³⁹.

Outro ponto de imensa discussão foi sobre a retirada do inquérito policial dos autos, no intuito de não permitir que o Juiz da instrução e julgamento pudesse ter acesso a investigação para que isso não gerasse uma contaminação do Magistrado.

Segundo Aury Lopes Jr. uma das grandes inovações do pacote anticrime seria “a exclusão física dos autos do inquérito (outra grande evolução para assegurar que o juiz julgasse com base na “prova” e não nos atos inquisitórios da investigação, meros atos informativos)”⁴⁰, contudo foi rechaçada nos termos da ADI 6298 / DF.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal (ADI 6298/DF)**. Relator: Min. Luiz Fux. 24 ago. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>.

³⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal (ADI 6298/DF)**. Relator: Min. Luiz Fux. 24 ago. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>. Acesso em: 10 out. 2024. p. 535.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal (ADI 6298/DF)**. Relator: Min. Luiz Fux. 24 ago. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>. Acesso em: 10 out. 2024. Acesso em: 10 out. 2024.

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

Constata-se a manifesta irrazoabilidade do acatamento dos autos do inquérito na secretaria do juízo das garantias, porquanto o fundamento da norma reside tão-somente na pressuposição de que o juiz da ação penal, ao tomar conhecimento dos autos da investigação, perderia sua imparcialidade para o julgamento do mérito. Ocorre que, sem tomar conhecimento dos elementos configuradores da justa causa para a ação penal (indícios de autoria e de materialidade), inviabiliza-se a prolação de decisões fundamentadas⁴¹.

Limitando-se a análise da busca de provas por parte do magistrado, a principal alteração feita no referido julgamento foi de fato a possibilidade de o juiz fazer de ofício a diligência mencionada (buscar provas de ofício) e assim suprir suas dúvidas quanto a materialidade e autoria do fato, ao invés de pugnar pela aplicabilidade do *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.

7 ATUAÇÃO DO JUIZ DA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO EM FACE DAS GARANTIAS DO RÉU: POSSIBILIDADE DA BUSCA DE PROVAS

Para que haja uma atuação dentro dos limites basilares e constitucionais impostos ao magistrado, deve-se observar a parcialidade e a imparcialidade no curso do processo.

Aury Lopes Jr. Define que: “Já a parcialidade significa um estado subjetivo, emocional, um estado anímico do julgador. A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva”⁴².

Quando do julgamento das ADI’s 6298, 6299, 6300 e 6305, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação no sentido de que o modelo acusatório descrito no artigo 3-A do CPP: “deve ser interpretado de modo a vedar a substituição da atuação de qualquer das partes pelo juiz, sem impedir que o magistrado, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, determine a realização de diligências voltadas a dirimir dúvida sobre ponto relevante”⁴³.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal (ADI 6298/DF)**. Relator: Min. Luiz Fux. 24 ago. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>.

⁴² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 70.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal (ADI 6298/DF)**. Relator: Min. Luiz Fux. 24 ago. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>.

Este trecho do julgamento é a convalidação do artigo 156, inciso I e II do Código de Processo Penal, que permite mesmo em face do sistema acusatório, a busca de provas por parte do magistrado.

O artigo 156, inciso I e II, do Código de Processo Penal dispõe que é facultado ao juiz que irá proferir a sentença, no curso da instrução criminal, buscar provas, inclusive de ofício, para dirimir dúvidas sobre ponto relevante.

Vejamos o artigo supracitado:

Art. 156. 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 relevante⁴⁴.

Mesmo diante do entendimento da Suprema Corte, não é condizente com as regras do direito processual penal, que o juiz observando uma prova não extrapolada na investigação criminal, não poderá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.

Nesta ótica é nítido que a condução referente a busca das provas não é uma exclusividade do Juiz das garantias pois, para isso, no julgamento das ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305, o STF deveria ter afastado a aplicabilidade do referido artigo “de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória”⁴⁵.

Vale lembrar, que antes do julgamento supracitado, muitos doutrinadores já defendiam que após a alteração do Código de Processo Penal não há mais no que se falar na aplicabilidade do 156 do CPP.

Operou-se, pois, a revogação tácita do art. 156, inciso I, do CPP, nos exatos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (“A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”)⁴⁶.

⁴⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 54.

⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro. **Código de processo penal comentado**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

Diante de tal narrativa, não fazia sentido a existência do 156, I e II do CPP, pois é como se houvesse a revogação tácita do dispositivo mediante a inserção do juiz das garantias no ordenamento jurídico.

Sobre este entendimento, Aury Lopes Junior escreve o seguinte: “O correto e adequado é reconhecer a revogação tácita do art. 156 (e do art. 385 e tantos outros na mesma linha) e absoluta incompatibilidade com a matriz acusatória constitucional e a nova redação do art. 3º-A”⁴⁷.

Assim, o entendimento da doutrina era de que não é possível a coexistência de nenhum artigo que permite ao juiz da instrução e julgamento buscar provas para formar seu entendimento ou dirimir suas dúvidas, preservando assim a aplicabilidade do princípio do *in dubio pro reo* e a manutenção do modelo acusatório e para isso o reconhecimento da revogação tácita do dispositivo como defendido por Aury Lopes Junior no trecho supramencionado.

Porém, o STF em sede de controle de constitucionalidade, não decretou a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, e deu entendimento ao sistema acusatório no Brasil de acordo com a possibilidade da busca de provas conforme preceituado no artigo 156 do CPP e incisos (ADI 6298 / DF). Sendo assim, é mantida viva a discussão sobre os limites da atuação do juiz que irá proferir a sentença condenatória em face da possibilidade de eliminar dúvidas no curso da instrução criminal.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe uma enorme preocupação com a temática dos dispositivos que ainda subsistem como válidos dentro do processo penal e que podem gerar possibilidades futuras de questionamentos ou até mesmo a nulidade de atos no curso da instrução criminal.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao deixar de comentar sobre o artigo 156 do CPP e de determinar a inconstitucionalidade do referido dispositivo, acabou por fortalecer o dispositivo dando interpretação divergente a natureza jurídica do sistema acusatório e, com isso, abriu uma margem para a discussão sobre a aplicabilidade ou não da norma mencionada.

⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

Ademais, é de suma importância mencionar que o artigo 156 do CPP já era inconstitucional por ferir o princípio do *in dubio pro reo*, antes mesmo do julgamento das ADI's que analisaram a constitucionalidade ou não de dispositivos inseridos na norma penal brasileira pelo pacote anticrime.

Sendo assim, não há como o dispositivo supramencionado ter efeito aplicável no ordenamento jurídico brasileiro sem ferir a norma constitucional e até mesmo a lei federal que disciplinou o juiz das garantias e suas atribuições.

Tem por vista que a interpretação dada pelo supremo a estrutura do processo penal e como se dar a aplicabilidade da atuação do juiz no modelo acusatório fere sem sobra de dúvidas os princípios basilares do direito processual penal mencionados nesta obra.

Assim, é acertado o entendimento doutrinário que defende pela revogação tácita de todos os dispositivos que possibilitam ao juiz da instrução e julgamento buscar provas de ofício, mas que tal questão poderia ter sido tratada quando se discutia a constitucionalidade do pacote anticrime à qual foi dada interpretação diversa.

Dessa forma, o mais correto para dirimir problemas no curso da instrução e julgamento, no que diz respeito à atuação do juiz no processo criminal, é o afastamento de qualquer dispositivo que venha a ferir o princípio do *in dubio pro reo*, garantindo que o magistrado proferirá a sentença de acordo com as provas constantes nos autos.

Neste sentido, por mais que o STF tenha dado interpretação diversa ao modelo acusatório e mantendo aplicável o 156 e incisos do CPP, o entendimento doutrinário é correto ao afirmar que houve a supressão do dispositivo e que ele é contrário às normas do direito processual penal vigente.

Nesta lógica, deverá sempre ser arguida em sede de defesa a revogação tácita do dispositivo em comento quando o juiz do processo resolver produzir provas, garantindo assim a manutenção dos preceitos constitucionais e a função jurisdicional do juiz das garantias.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Creuza. Pacote anticrime e o juiz de garantias. **Jusbrasil**, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/pacote-anticrime-e-o-juiz-de->

garantias/1209552797#:~:text=O%20PACOTE%20ANTICRIME%20traz%20um,no%20momento%20da%20fase%20inquisitiva. Acesso em: 10 out. 2024.

ALVES, Emmanuele Silva. **Juiz das garantias**: uma análise acerca da imparcialidade. Belo Horizonte, MG: Dialética, 2024. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 2 ago. 2024.

AVENA, Noberto. **Processo penal**: esquematizado. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

BASTOS, Marcelo Lessa. Processo penal e gestão da prova: os novos arts. 155 e 156 ixj código reformado (Lei nº 11.690). **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 141-155, 2008. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2727414/Marcelo_Lessa_Bastos.pdf. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal (ADI 6298/DF)**. Relator: Min. Luiz Fux. 24 ago. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>. Acesso em: 10 out. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro. **Código de processo penal comentado**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2020.

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 4, v. 6, p. 514-545, jul./dez. 2010.

MILITÃO, Eduardo. Como funciona o juiz de garantias pelo mundo, modelo nascido nos anos 70. **Jusbrasil**, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/como-funciona-o-juiz-de-garantias-pelo-mundo-modelo-nascido-nos-anos-70/798125244>. Acesso em: 10 out. 2024.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. **Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro**. Código de Processo Penal Português. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/78-1987-662562>. Acesso em: 10 out. 2024.

QU'EST-CE qu'un juge des libertés et de la détention (JLD)? **Vie publique**, 20 nov. 2023. Disponível em: <https://www.vie-publique.fr/fiches/38261-quest-ce-quun-juge-des-libertes-et-de-la-detention-jld>. Acesso em: 10 out. 2024.

ROCHA, José Albuquerque da. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.