

A Tradução do Juiz de Garantias para O Sistema Jurídico Brasileiro: A Pretexto de Uma Análise Comparada dos Institutos Processuais Penais

The Translation Of The Judge Of Guarantees Into The Brazilian Legal System: On A Comparative Analysis Of Criminal Procedural Institutes

HUGO LEONARDO RODRIGUES SANTOS¹
Universidade Federal de Alagoas

Resumo: Assumindo a importância do estudo acadêmico das políticas processuais penais, este artigo analisou a implantação do juiz de garantias no Brasil a partir de seu contexto cultural e do cotejo entre a sua tradução e as características dos conceitos matrizes que o inspiraram. O trabalho foi desenvolvido por meio das técnicas de análise comparada qualitativa e de pesquisa bibliográfica. Abordou-se a potencialidade do método comparado no campo processual penal, por meio das perspectivas teóricas do transplante jurídico e da tradução, bem como pela consideração de possíveis linhas comparativas entre distintos modelos de processo penal. Em seguida, foi realizada uma reflexão sobre o juiz de garantias, levando em conta sua instituição legal e o julgamento de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, que resultou em sua descaracterização. Conclui-se que a tradução brasileira do juiz de garantias não foi capaz de adaptar o sistema jurídico a um modelo acusatório de processo penal, distanciando-se das matrizes desse conceito jurídico e frustrando as expectativas que se tinha a respeito da introdução dessa política processual penal no Brasil.

Palavras-chave: Política processual penal. Tradução jurídica. Juiz de garantias.

Abstract: Recognizing the importance of the academic study of criminal procedural policies, this article assesses the implementation of the judge of guarantees in Brazil based on its cultural context and a comparison between its translation and the characteristics of the underlying concepts that inspired it. The study was developed using qualitative comparative analysis and bibliographic research techniques. The potential of the comparative method in the field of criminal procedure was addressed through the theoretical perspectives of legal transplantation and translation, as well as by considering possible lines of comparison between different models of criminal procedure. Next, a reflection was made on the judge of guarantees, taking into account its legal institution and the judgment of its constitutionality by the Federal Supreme Court, which resulted in its decharacterization. It can be concluded that the Brazilian translation of the concept of the judge of guarantees was unable to adapt the legal system to an accusatory model of criminal procedure, distancing itself from the origins of this legal concept and frustrating expectations regarding the introduction of this criminal procedural policy in Brazil.

Keywords: Criminal procedural policy. Legal translation. Judge of guarantees.

¹ Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco-PE. Professor adjunto da Faculdade de Direito de Alagoas-AL. Professor permanente do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas-AL. Email: hugo.santos@fda.ufal.br.

INTRODUÇÃO

As políticas criminais que ensejam a construção de novos institutos jurídicos costumam ser realizadas por meio da consideração – e muitas vezes do aproveitamento – de experiências trazidas de sistemas judiciais de outros países, as quais terminam servindo como referência para as discussões sobre inovações legislativas e alterações do estatuto jurídico pátrio. Isso é facilmente observado no que diz respeito às modificações normativas no campo do direito processual penal brasileiro - ou seja, quanto às políticas processuais penais².

Há muito tempo são oferecidas críticas à inadequação da legislação processual penal, em face da Constituição de 1988 e, no geral, dos ditames de um Estado democrático de direito. Sabe-se que a codificação processual em vigor, que data do ano de 1941, foi fruto de um momento histórico autoritário, em que o país possuía um governo ditatorial - o Estado novo varguista. Embora tenha sofrido alterações parciais ao longo dos anos, o código de processo penal brasileiro padece dessa matriz autoritária inquisitorial, que em grande medida ainda marca seus conceitos e políticas criminais³.

Permanece o enorme desafio de adaptar o sistema criminal a um Estado democrático de direito e de assegurar, no processo penal brasileiro, as garantias individuais e uma maior segurança jurídica e efetividade. Diante dessa necessidade, nesses últimos anos, o parlamento brasileiro vem realizando algumas reformas parciais do texto do código de processo penal, ao invés de promulgar um código novo⁴. Dentre as alterações legislativas promovidas, foram delineados alguns novos institutos processuais - utilizando-se a experiência estrangeira para a defesa da implementação de tais novidades. Esses processos de importação cultural costumam resultar de uma adaptação criativa. Desse modo, em maior ou menor medida, os institutos estrangeiros são *traduzidos* para a realidade jurídico-penal do Brasil, sempre contendo algo de inovador com relação às suas inspirações originais.

² Para maiores considerações a respeito das características da política processual penal e de princípios e estratégias a serem adotados em sua construção, ver: DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal**. Porto Alegre: Elagantia juris, 2015, p. 116-171.

³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal, v. 1**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo blanch, 2018.

⁴ Embora exista um projeto de novo código (PLS 156/2009), a proposta de lei foi aprovada pelo Senado Federal, mas aguarda há vários anos pela deliberação da Câmara dos Deputados.

Por isso, os estudos comparados são extremamente importantes para a compreensão desses institutos e o conjunto das tendências atuais do processo penal brasileiro. É fundamental dedicar atenção para o modo como esses conceitos e instrumentos processuais foram criados e são efetivamente utilizados em outros países, a fim de se apreender o máximo possível da experiência estrangeira e, sobretudo, de evitar equívocos que poderiam ser reproduzidos acriticamente aqui no Brasil.

Assumindo essas premissas, este trabalho tem por objetivo ensaiar uma análise comparada do processo de tradução do juiz de garantias, instituto processual que foi instituído por meio da Lei n. 13.964/2019 (Lei anticrime), inspirado em instrumentos similares advindos de outros sistemas jurídicos estrangeiros. Nesse processo de importação cultural, o instituto enfrentou impugnações acerca de sua constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Ao final dessa discussão jurídica, a corte constitucional entendeu que o juiz de garantias é constitucional. Porém, ao fazê-lo, ressaltou características essenciais que haviam sido asseguradas pelo legislativo, remodelando-o significativamente.

Para essa reflexão, adotou-se um desenho de pesquisa a partir das técnicas de análise comparada qualitativa e de pesquisa bibliográfica. Foram utilizadas fontes secundárias (livros, artigos científicos e resumos de pesquisa) que aprofundam a observação dos institutos selecionados e de seus congêneres estrangeiros.

Em um primeiro momento, serão oferecidas explicações sobre a análise comparada no campo jurídico-penal, bem como a respeito das perspectivas de *transplante jurídico e tradução* de institutos jurídicos e seu significado em um sistema jurídico do Sul global. Em seguida, serão desenvolvidas reflexões sobre linhas comparativas no processo penal, a partir de possíveis critérios de comparação, que podem ser estabelecidas para o aprofundamento de perspectivas comparadas críticas entre sistemas processuais penais diversos.

Após, a tradução brasileira do instituto do juiz de garantias será analisada, demonstrando-se que ele foi idealizado com fundamento na garantia da imparcialidade e busca impedir a contaminação do magistrado que apreciará o mérito da ação penal com informações preliminares não submetidas ao contraditório e à ampla defesa. Para isso, serão tecidas considerações sobre o contexto de surgimento dessa política processual penal, desenvolvendo-

se comparações com os institutos similares de outros países que o inspiraram, em especial o *giudice per le indagini preliminari* (gip) italiano.

Ao final, serão oferecidos argumentos no sentido de que houve problemas no processo de importação do juiz de garantias, que terminaram por lhe descaracterizar em sua essência, impedindo a almejada garantia da imparcialidade do julgador e obstando a promoção de um modelo acusatório de processo penal, em conformidade com um Estado democrático de direito.

1 ANÁLISE COMPARADA E A TRADUÇÃO DE INSTITUTOS JURÍDICOS

A comparação entre as variações dos fenômenos jurídicos em diversas localidades geográficas é tão antiga quanto a própria ciência do direito⁵. Mas o amadurecimento do direito comparado tardou porque, durante muito tempo, havia um desprezo pelo direito positivado – sob a égide de uma concepção de direito natural que pretendia chegar a uma uniformidade, um tanto quanto idealizada, das manifestações jurídicas. Desse modo, o direito comparado se desenvolveu como “uma reação contra a nacionalização do direito que se produziu no século XIX. Por outro lado, tornou-se necessário e urgente, devido à expansão sem precedentes que, na nossa época, tomaram as relações da vida internacional”⁶.

Segundo René David, o direito comparado é extremamente útil para as investigações históricas e filosóficas referentes ao direito; para conhecer melhor e aperfeiçoar o direito nacional; e, por fim, para a compreensão dos povos estrangeiros e o estabelecimento de um regime para as relações da vida internacional⁷. A comparação entre sistemas jurídicos pode facilitar o desenvolvimento da pesquisa histórica e filosófica relacionada ao direito. Assim, por meio da comparação entre conceitos e práticas jurídicas, é possível o entendimento das especificidades históricas e das ideologias e sistemas de pensamento, no campo do direito.

⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito penal contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 1. Nesse sentido, René David dá o exemplo do texto *Política*, de Aristóteles, em que estudou 153 constituições que regeram as cidades gregas ou bárbaras.

⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito penal contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 3.

⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito penal contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 4.

Além disso, a comparação possibilita o aprimoramento do direito nacional. Somente por meio da observação e compreensão de institutos jurídicos estrangeiros e de suas práticas forenses se faz possível o *estranhamento* do fenômeno jurídico com que se está habituado. E esse é o primeiro passo para a implementação de modificações visando ao seu melhoramento. Pode-se afirmar, portanto, que o direito comparado serve como instrumento para a “resolução de problemas práticos ou no ativismo legislativo”⁸.

O direito comparado também decorre de uma aceleração das relações internacionais entre os países, produzindo diversos problemas resultantes de suas interações econômicas, políticas e sociais. Nesse sentido, no que diz respeito especificamente à questão criminal, o estudo do saber jurídico criminal estrangeiro busca atender a diversas finalidades práticas importantes, “pois o entrelaçamento político e econômico mundial tem possibilitado o surgimento de uma ampla série de problemas também em nosso setor”⁹. Ademais, sob muitos aspectos, existe uma tendência de uniformização internacional do direito, não somente para atender às demandas de simplificação e entendimento universal das regras, como também devido às difusões culturais.

Como afirmou René David,

o direito comparado é necessário para que apareçam os pontos de convergência ou de divergência existentes entre os diferentes direitos, e para reconhecer os limites geográficos ou outros, que convém assinalar à unificação; não o é menos para harmonizar as diversas técnicas empregadas, de modo que os esforços que visam à unificação sejam coroados pelo máximo de sucesso que se pode esperar nas presentes circunstâncias¹⁰.

Desse modo, continuou o autor, o direito comparado pode contribuir enormemente para renovar o saber jurídico e oferecer subsídios para a construção de um direito internacional renovado, que responda às características e demandas do mundo moderno¹¹.

⁸ MAIA, Eduardo Gomes Ribeiro; JACINTHO, Jussara Maria Moreno. A pesquisa e o direito comparado: um panorama evolutivo e os desafios enfrentados no Brasil. **Revista de pesquisa e educação jurídica**, v. 4, n. 1, Salvador, jan/jun, 2018, p. 64.

⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 41.

¹⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito penal contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 12.

¹¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito penal contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 12.

Nesse contexto, cumpre advertir que a perspectiva com que os juristas comparam o direito costuma ser eurocêntrica e etnocêntrica¹². Por isso, é preciso empreender esforços para suprimir a colonialidade¹³ prevalecente no direito comparado e, por essa via, descolonizar o pensamento jurídico¹⁴. Para essa meta, cumpre deixar de lado uma visão exclusivamente normativista dos sistemas jurídicos, estudando-os também a partir de um ponto de vista empírico. Essa abordagem “contribui para remover o etnocentrismo não apenas na exegese de cada sistema jurídico, mas também na comparação entre institutos provenientes de sistemas jurídicos diferentes”¹⁵.

Os estudos do direito comparado foram marcados, a princípio, pela tentativa de se definir seu objeto e natureza, bem como pelos esforços para caracterizar seu método e fixar sua autonomia científica. Uma das celeumas suscitadas dizia respeito ao questionamento acerca da natureza científica do direito comparado¹⁶. Em síntese, o debate girava em torno de ser o direito comparado uma metodologia ou um ramo autônomo da ciência jurídica. Muitos pesquisadores duvidavam de seu status epistemológico, afirmando que a análise comparada poderia ser realizada sobre qualquer objeto do direito e, por isso mesmo, seria mais propriamente um método que uma ciência. Nesse sentido, Jescheck afirmou que

(...) deveríamos designar o direito comparado como um método, e na verdade um método universal, pois ele pode ser aplicado a todos os âmbitos da ciência jurídica com os mais diferentes fins. Eu acredito também que esta é a opinião correta sobre a essência do Direito Comparado”¹⁷.

Alguns autores, no entanto, entenderam que o direito comparado poderia ser classificado como ciência jurídica. Foi o caso de Ivo Dantas, que afirmou que o direito comparado possui as funções próprias da ciência jurídica: interpretação, sistematização e construção¹⁸. Entretanto, a opinião de que o direito comparado seria uma ciência perdeu força ao longo do tempo. Nesse

¹² LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 16.

¹³ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Descolonizar**: abrindo a história do presente. Belo Horizonte: Autêntica, 2022.

¹⁵ LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 17.

¹⁶ CARVALHO, Weliton. Direito comparado: método ou ciência? **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 180, Brasília, out/dez, 2008, p. 3.

¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 52.

¹⁸ DANTAS, Ivo. **Direito comparado como ciência**. Revista de informação legislativa, v. 34, n. 134, Brasília, abr/jun, 1997, p. 244.

sentido, “a vontade de construir a ciência autônoma dos direitos comparados é clara: as tentativas são múltiplas, os resultados decepcionantes”¹⁹. Afinal de contas, a própria discussão sobre a epistemologia do direito comparado perdeu muito de sua importância. Isso, porque “para que o direito comparado atinja a sua finalidade, seja como instrumento para a resolução de problemas práticos ou no ativismo legislativo, não é preciso que este, necessariamente, enquadre-se em um conceito”²⁰.

A utilização da comparação no campo do direito penal e processual penal enfrenta alguns desafios dignos de nota. Segundo Jescheck, “a dificuldade peculiar do Direito Penal Comparado como toda atividade jurídico-comparada está na *abundância do material* e no *risco* particularmente grande de *cometimento de erros*”²¹. Além do mais, não é possível fazer comparações, sobretudo no que diz respeito aos fenômenos jurídico-penais, sem levar em conta os seus aspectos históricos e sociológicos. Por isso, para compreender os sistemas processuais penais estrangeiros, “deve-se procurar particularmente os fundamentos sociológicos; eles são justamente a chave para os fenômenos que continuam sem esclarecimento”²². Disso, percebe-se a enorme importância da criminologia para o entendimento dos sistemas processuais penais, inclusive nas análises comparadas.

No mais, a comparação entre sistemas processuais penais deve ser realizada por meio da seleção de institutos ou conceitos específicos. A comparação se perfaz “através da síntese comparativa de partes isoladas das quais se constitui uma determinada orientação jurídica”²³. Por esse motivo, este trabalho buscou realizar, ainda que de forma introdutória, comparações do direito brasileiro com sistemas processuais estrangeiros, enfocando um instituto jurídico recente e de extrema relevância no processo penal brasileiro contemporâneo: o juiz de garantias.

¹⁹ CONSTANTINESCO, Leotin-Jean. **Tratado de direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 321.

²⁰ MAIA, Eduardo Gomes Ribeiro; JACINTHO, Jussara Maria Moreno. A pesquisa e o direito comparado: um panorama evolutivo e os desafios enfrentados no Brasil. **Revista de pesquisa e educação jurídica**, v. 4, n. 1, Salvador, jan/jun, 2018, p. 64.

²¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 53, grifos no original.

²² JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 57.

²³ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 58.

A análise comparada chamou a atenção para os fatos de que a coexistência de diversos sistemas jurídicos, com suas distinções e peculiaridades, e a influência que exercem uns sobre os outros, fazem com que certos institutos e conceitos desenvolvidos em um dado contexto sociojurídico sejam *importados* por outros sistemas de direito. Isso deu origem a reflexões importantes sobre o modo como certos institutos jurídicos são trasladados das localidades em que são construídos originalmente para sistemas jurídicos diversos, que os recepcionam e adaptam.

Com essa constatação, é bastante importante a teoria dos *transplantes jurídicos*, desenvolvida por Alan Watson, dentre outros autores, segundo a qual os transplantes seriam “a transferência de uma regra ou sistema legal de um país para outro, ou de um povo para outro”²⁴. Acrescentou que esse fenômeno é bem comum, desde os primeiros registros históricos. O autor indicou claramente que o transplante jurídico deve significar a adoção integral da regra ou instituto no sistema jurídico que o acolheu, sem modificações essenciais em sua forma ou natureza. É o que se compreende do seguinte trecho:

Um transplante jurídico bem-sucedido – como o de um órgão humano – irá se desenvolver em seu novo corpo e se tornará parte desse corpo, assim como a regra ou instituição continuaria a se desenvolver no seu sistema de origem. Evoluções subsequentes no sistema receptor não podem ser confundidas com rejeição²⁵.

A metáfora do transplante jurídico tem sido criticada precisamente por adotar essa premissa de transposição *integral*. Nesse sentido, veja-se a opinião de Máximo Langer:

A metáfora, contudo, possui deficiências. O seu principal problema é que transmite uma noção de que ideias e instituições podem ser simplesmente *recortadas e coladas* entre os sistemas jurídicos. Dessa maneira, a metáfora falha na explicação da transformação que ideias e instituições jurídicas podem sofrer quando transferidas entre sistemas jurídicos²⁶.

Assim, para o que interessa neste trabalho, cumpre registrar que no processo penal brasileiro o instituto do juiz de garantias assumiu características distintas daquelas encontradas nos sistemas jurídicos que lhe inspiraram. Por isso mesmo, a realização dessas adaptações para

²⁴ WATSON, Alan. **Legal transplants**: an approach to comparative law, 2a. ed. Atenas: The University of Georgia Press, 1993, p. 21, em livre tradução.

²⁵ WATSON, Alan. **Legal transplants**: an approach to comparative law, 2a. ed. Atenas: The University of Georgia Press, 1993, p. 27, em livre tradução.

²⁶ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **Delictae**, v. 2, n. 3, Belo Horizonte, jul-dez, 2017, p. 27.

o direito brasileiro não pode ser considerada mero sintoma de um processo incompleto ou imperfeito de assimilação, mas sim um componente essencial do processo cultural de importação. Como destacou Máximo Sozzo, em sua análise da tradução da criminologia para a América Latina, “esses aparentes *defeitos* em relação ao *modelo europeu* esconderiam *necessidades locais*, o imperativo de *fazer-se racional* nos países latino-americanos”²⁷.

Para corrigir os problemas apontados no conceito de *transplante jurídico*, Máximo Langer propôs a utilização da metáfora da *tradução*, construída a partir da consideração dos aspectos criativos que envolvem a importação de institutos de outras culturas jurídicas. Assim,

(...) a metáfora da tradução também captura as transformações que a prática ou ideia jurídicas podem sofrer em suas trocas com o sistema jurídico alvo depois de sua tradução inicial. Estas transformações podem incluir a neutralização total do *texto* traduzido – a regra ou a prática jurídica – pelo ostracismo (desuso) ou censura (e. g. declarando que a prática é inconstitucional). Além disso, estas transformações podem também incluir uma batalha entre diferentes atores e grupos no sistema jurídico alvo sobre o significado da instituição traduzida²⁸.

Importante lembrar que essa construção teórica não utilizou o significado corrente de *traduzir*, correspondente ao ato de verter um texto de língua estrangeira para o português. Com efeito, tal corrente adotou a ideia de uma tradução *em sentido amplo*. Como ensinou Sozzo,

(...) se, no caso da tradução em sentido estrito descobre-se, com pouco esforço, seu caráter de atividade criativa, interpretativa, isso é muito mais evidente ainda na tradução em sentido amplo. Aqui a metamorfose do texto ou fragmentos do texto do *autor* está subordinada aos objetivos da construção do próprio texto pelo *outro autor*. A infidelidade, a traição, é aqui não somente mais óbvia, como também pode adquirir proporções maiores (...)”²⁹.

De todo modo, as traduções de institutos processuais penais realizadas no Sul global, cujos sistemas criminais são marcados por um excesso punitivo³⁰, devem evitar os *colonialismos perversos*, que consistem em máscaras ideológicas para a subalternização de

²⁷ SOZZO, Máximo. **Viagens culturais e a questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 23, grifos no original.

²⁸ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **Delictae**, v. 2, n. 3, Belo Horizonte, jul-dez, 2017, p. 71.

²⁹ SOZZO, Máximo. **Viagens culturais e a questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 43, grifos no original.

³⁰ BROWN, Mark. The politics of penal excess and the echo of colonial penalty. **Punishment & Society**, v. 4, n. 4, p. 403-423, 2002.

grupos sociais³¹ e que correspondem a um modelo autoritário de processo penal. Se isso não for evitado, os institutos jurídicos importados não poderão servir para o aprimoramento do sistema criminal, possibilitando aperfeiçoamentos visando à sua conformação a um Estado democrático de direito.

2 LINHAS COMPARATIVAS NO PROCESSO PENAL

Segundo Françoise Tulkens, os sistemas de processo penal possuem certos traços que podem ser utilizados nas análises comparativas. Nesse sentido, é possível esboçar uma linha de comparação entre as *características do procedimento penal*, por meio dos dois polos antinômicos que são tradicionalmente opostos: procedimento acusatório e inquisitório³².

Outra abordagem possível é tomar como referência os *modelos dominantes do processo penal*, conforme a teoria desenvolvida por Herbert Packer. Segundo essa perspectiva, o processo penal seguiria o modelo de *controle do crime* ou do *devido processo*. No primeiro modelo, a ênfase estaria na repressão de condutas criminais, dando-se maior valor à eficácia do sistema. De outro lado, sob o segundo modelo, o sistema processual estaria fundamentado no conflito entre indivíduo e estado, marcado pela estrutura formal e garantista do processo penal. Não obstante, como criticou Máximo Langer, a oposição entre processo penal eficiente e devido processo, em grande medida, equivale às tradicionais contraposições relacionadas aos sistemas acusatório e inquisitório³³, não havendo diferença relevante que justificasse essa tipologia.

Por último, Françoise Tulkens afirma que uma linha comparativa entre os sistemas de processo penal pode se fundamentar nas *funções da justiça repressiva*, que seriam: investigar, acusar, julgar e executar a pena³⁴. Por sua vez, Máximo Langer demonstra preocupação com a centralidade que as categorias *acusatório* e *inquisitório* possuem nos estudos de processo

³¹ COHEN, Stanley. **Against criminology**. New Brunswick: Transaction publishers, 1998, p. 185.

³² TULKENS, Françoise. O procedimento penal: grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processo penal e direitos do homem**: rumo à consciência europeia. Barueri: Manole, 2004, p. 9.

³³ LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2021, p. 400.

³⁴ TULKENS, Françoise. O procedimento penal: grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processo penal e direitos do homem**: rumo à consciência europeia. Barueri: Manole, 2004, p. 12.

penal³⁵. Segundo o autor, embora essa dicotomia tenha contribuído para a constituição e definição do processo penal comparado, também terminou por limitar os temas e questões que são objeto de interesse para o processo penal comparado³⁶. Por exemplo, o processo penal comparado tem lacunas com relação à compreensão da polícia, muito provavelmente, porque ela costuma ser definida como inquisitória, já que investiga os casos de ofício³⁷.

De todo modo, é bastante difícil superar totalmente as concepções de sistema acusatório e inquisitório. Justamente por isso, é importante lembrar que essa classificação costuma ser utilizada para se referir a diversos fenômenos. Assim, é possível visualizar ao menos cinco usos distintos dessas categorias³⁸: tipos ideais descritivos; sistemas históricos ou sociológicos presentes nos procedimentos criminais contemporâneos; interesses ou valores opostos que coexistem em qualquer processo penal; funções do processo penal; e, por fim, modelos normativos.

A literatura jurídica brasileira também deu muito destaque a essas categorias para o desenvolvimento de sua doutrina processual penal. Assim, numerosos trabalhos empreenderam esforços na demonstração da natureza inquisitória do processo penal brasileiro, bem como na proposição de medidas visando ao atingimento de um modelo acusatório. Nesse sentido, apenas a título exemplificativo, é possível registrar o importante trabalho de Geraldo Prado, que afirmou a opção constitucional pelo modelo acusatório e denunciou práticas processuais que não estariam em conformidade com essas diretrizes político-criminais³⁹. De outro lado, Jacinto Coutinho definiu a gestão da prova como característica fundamental para a identificação da natureza do sistema processual. Assim, segundo o autor, o sistema inquisitório é marcado pela

³⁵ LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2021.

³⁶ LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2021, p. 379-380.

³⁷ LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2021, p. 405.

³⁸ LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2021.

³⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

confiança dirigida ao magistrado nessa gestão, sendo o acusado “mero objeto de investigação e tido como detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao julgador”⁴⁰.

Entretanto, apenas mais recentemente foi (finalmente) editada uma norma jurídica expressa e clara determinando a adoção do modelo acusatório pelo processo penal brasileiro. Isso se deu com o advento da Lei n. 13.964/2019 (Lei anticrime), que incluiu o art. 3º-A no Código de Processo Penal, com a seguinte redação: “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Máximo Langer não negou a importância que as categorias acusatório e inquisitório tiveram para o desenvolvimento do processo penal comparado. No entanto, afirmou que a onipresença dessa perspectiva pode inviabilizar a análise de determinados fenômenos⁴¹. Assim, transcender essas categorias pode ser importante para o amadurecimento do processo penal comparado. Para isso, é necessário

(...) se comprometer com uma maior variedade de literaturas teóricas. Por exemplo, para superar sua relativa falta de interesse sobre como o processo penal afeta a persecução transnacional de crimes, o processo penal comparado poderia se beneficiar de um comprometimento mais profundo com as literaturas sobre a globalização do direito, relações internacionais e estudos pós-coloniais, apenas para mencionar três exemplos possíveis⁴².

Importante também, ainda seguindo o raciocínio de Máximo Langer, utilizar as características interdisciplinares do processo penal para desenvolver comparações a partir de suas relações com outros saberes, tais como a sociologia e a criminologia. Sobre essa possível abertura veja-se o seguinte trecho do autor:

Em outro exemplo, o processo penal comparado poderia se relacionar com as literaturas sociológica e criminológica concentradas em saber quem são os *clientes* das instituições públicas e sobre como classe, raça, etnia, gênero,

⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 30, n. 30, Curitiba, 1998, p. 166.

⁴¹ LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2021, p. 408.

⁴² LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2021, p. 408.

idade e status de imigrante da vítima ou partícipes do crime afetam a forma como o processo penal trabalha⁴³.

De todo modo, para os objetivos deste trabalho, serão consideradas as categorias acusatório e inquisitório, no esteio de uma consolidada tradição do processo penal brasileiro. Elas serão direcionadas à análise comparativa do juiz de garantias, com o objetivo de compreender de que modo foram traduzidos esses institutos para a realidade jurídica nacional.

3 O JUIZ DE GARANTIAS E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O juiz de garantias pode ser compreendido como o magistrado que tem atribuição de atuar na fase preliminar de investigação, salvaguardando direitos individuais do investigado e controlando a legalidade do inquérito policial. Assim, o juiz de garantias corresponde à essência do modelo acusatório de processo penal, pois “a separação e a especialização do agente judicial no tocante às fases de investigação e do processo representam a etapa de maior refinamento e de afirmação do sistema acusatório”⁴⁴. A Lei n. 13.964/2019 (Lei anticrime) incluiu no Código de Processo Penal os arts. 3º-B a 3º-F, prevendo o instituto do juiz de garantias.

A construção da figura do juiz de garantias foi suscitada pela necessidade de impedir que o julgador do mérito da ação criminal tenha atuado, ele próprio, como juiz na fase de investigação criminal, seja autorizando a produção de provas protegidas pela reserva jurisdicional, seja ainda decidindo medidas cautelares a ela relativas. Desse modo, a separação de funções, tão característica do modelo acusatório de processo penal, passa a ser antecipada para a fase policial, “evitando-se que o magistrado, cuja vocação precípua é a de decidir

⁴³ LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2021, p. 409, destaques no original.

⁴⁴ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do código de processo penal. BONATO, Gilson (org.). **Processo penal, constituição e crítica**: estudos em homenagem ao Professore Jacinto de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 250.

conflitos de interesses, imiscua-se na produção de elementos de convicção que serão mais tarde, a ele mesmo dirigidos, quando da apreciação da viabilidade da ação penal”⁴⁵.

É fundamental que se evite essa confusão entre os papéis de julgar o mérito da ação penal e de atuar no controle judicial da investigação criminal. Pode-se compreender a preocupação com essa acumulação de funções, por exemplo, por meio da teoria da *dissonância cognitiva*, segundo a qual há dificuldades, para o magistrado que tomou conhecimento previamente de elementos de informação produzidos na fase preliminar, de avaliar e se convencer posteriormente, de forma livre e sem influências, a respeito de evidências probatórias que contrariem esse entendimento inicial. Nesse sentido, segundo Bernd Schünemann,

(...) o processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos de investigação e da avaliação realizada pelo ministério público, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes, e as faculdades de formulação de perguntas que lhe assistem são usadas não no sentido de uma melhora do processamento de informações, e sim de uma autoconfirmação das hipóteses iniciais. Segundo a perspectiva da psicologia social, o papel do juiz não corresponde àquilo que prevê a dogmática processual⁴⁶.

Desde o início da década de 1980, a Corte Europeia de Direitos Humanos começou a proferir decisões em que registrava a possibilidade de quebra da imparcialidade, pelo fato de um mesmo magistrado reunir as funções de investigação e julgamento, tal como ocorria com os sistemas que adotavam o *juiz de instrução*⁴⁷. A partir daí, alguns países começaram a redesenhar a atuação de seus magistrados criminais, visando a garantir o princípio do juiz natural, mais especificamente, evitando a contaminação ideológica do juiz de mérito com o conhecimento de elementos de informação da investigação preliminar. Foram os casos de Itália, Espanha, Alemanha, Portugal.

⁴⁵ CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. O juiz de garantias na investigação preliminar criminal. BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho (orgs.). **Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 38.

⁴⁶ SCHUNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. GRECO, Luís (orgs.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 221.

⁴⁷ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da Lei n. 13.964/19**, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2024, p. 49.

Seguindo essa tendência, diversos países europeus se desvencilharam do papel de *juiz de instrução* em seus sistemas criminais. Essa figura processual é tributária do Código de Instrução Criminal francês, de 1808, que delineou o sistema *misto*, na qual a fase preliminar de investigação era inquisitória (embora presidida por um magistrado) e a segunda, de natureza pretensamente acusatória. Contudo, na verdade, a condução da investigação por um magistrado e a contaminação da formação da convicção por esse mesmo julgador terminava por desnaturar essas arquiteturas processuais, tornando-as um modelo verdadeiramente inquisitório.

Assim, os países europeus passaram a adotar a política processual penal de designar um magistrado para resguardar a investigação preliminar, contudo, sem possibilitar que ele exerça funções probatórias. Foi o caso das legislações de Portugal e Alemanha, por exemplo. Desse modo,

(...) além da clivagem acusatória/inquisitória, a diversidade européia se enriqueceu de estruturas mistas em que a investigação é confiada exclusivamente à parte acusatória (polícia e/ou Ministério Público), mas sob o controle de um juiz que arbitra os principais incidentes de procedimento e controla o respeito das liberdades individuais (procedimentos alemão e português especialmente)⁴⁸.

As reformas nos sistemas latino-americanos de processo penal também foram bastante influenciadas pela implementação de um modelo acusatório. Diversos países promoveram mudanças significativas em suas legislações processuais, impulsionados pelo Código Modelo de Processo Penal para a Ibero-América, apresentado em sua versão final no ano de 1988, no XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, no Rio de Janeiro. Esse código modelo já propugnava a supressão dos juizados de instrução e a atribuição de investigação prévia ao Ministério Público, com a intervenção do juiz para as medidas cautelares⁴⁹. Desse modo, vários países latino-americanos (inclusive alguns que vivenciavam processos de transição política para a sua redemocratização) promoveram novas codificações processuais penais orientadas pelo

⁴⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. Rumo a um modelo europeu de processo penal. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia**. Barueri: Manole, 2004, p. 256.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para a Ibero-América 10 anos depois. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

modelo acusatório, a saber: Bolívia (1999), Chile (2000), Colômbia (2004), Guatemala (1992), Paraguai (1998), Peru (2004), entre outros⁵⁰.

Esses códigos de processo penal adotaram como princípio fundamental a oralidade, motivo pelo qual os atos estão concentrados em audiências diversas. Basicamente, contemplam 3 (três) fases: preliminar (ou de investigação), intermediária e de juízo oral. O juiz de garantias tem atuação nas fases preliminar e intermediária, as quais foram bem explicadas por Marco Aurélio Silveira:

A fase preliminar é caracterizada por uma ou mais audiências, presididas pelo juiz das garantias, que têm por finalidade precípua a formalização da investigação pelo órgão de acusação, em face de determinado cidadão, e o estabelecimento dos limites materiais e temporais da investigação preliminar, o que se faz com plenas possibilidades de participação da defesa. Além disso, esse é o momento em que se realiza, se for o caso, o controle de detenção, a adoção de medidas cautelares e a antecipação de provas. Ressalte-se que nesta fase já é possível, no modelo chileno, a solução alternativa do caso penal, mediante procedimentos simplificados e acordos entre as partes. Uma única audiência pode servir a todas as finalidades precitadas. A fase intermediária se presta ao controle da acusação e à preparação do posterior juízo oral (de mérito). Assim, apresentada a acusação e oportunizado o exercício de contraditório pela defesa, o juízo de admissibilidade acontecerá em audiência. Admitida a acusação, o objeto do juízo é determinado por critérios orientados pela teoria do caso e são especificadas as provas que as partes pretendem produzir. Aqui, o juiz decidirá também em relação a eventuais exclusões probatórias (provas ilícitas, por exemplo) e outras questões preparatórias, como vícios formais e exceções processuais. Conclui-se a fase intermediária com o auto de abertura do juízo oral, que, entre outras coisas, inaugura a fase seguinte e estabelece o conteúdo do caso penal. Nada obstante, na etapa intermediária também é possível a adoção de soluções alternativas ao caso penal⁵¹.

Infelizmente, o Brasil foi um dos últimos países a realizar uma reforma processual visando a instituir a separação entre os magistrados incumbidos da apreciação do mérito da ação penal e da salvaguarda de direitos dos investigados. Isso somente ocorreu a partir da Lei n. 13.964/2019 (Lei anticrime). E o fez por meio de uma alteração parcial de seu código de processo penal, diferentemente de países vizinhos que editaram novas codificações processuais

⁵⁰ CORREIA, Thaize de Carvalho. A necessidade da separação das funções judicante e administrativa na implementação do sistema adversarial na América Latina. GONZÁLEZ, Leonel (org.). **Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017, p. 263.

⁵¹ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. O juiz de garantias como condição de possibilidade de um processo penal acusatório e a importância da etapa intermediária: um olhar desde a experiência latino-americana. GONZÁLEZ, Leonel (org.). **Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual no Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017, p. 296.

entre os anos de 1990 e 2000, com a finalidade de remodelar totalmente seus sistemas de processo penal⁵², aproveitando o contexto histórico de redemocratização e de adesão à jurisprudência da Corte Americana de Direitos Humanos⁵³.

A criação do juiz de garantias no sistema jurídico brasileiro foi resultante de uma tradução que também foi inspirada pela legislação italiana⁵⁴. Nesse sentido, o *codice di procedura penale* (Código Vassali), de 1988, impulsionou a reforma processual rumo ao modelo acusatório, transferindo

(...) a essência do processo da fase investigatória à aquela *dibattimentale*. No velho código inquisitório, o coração do processo era constituído pela fase investigatória, onde a polícia judiciária, o Ministério Público e o juiz instrutor recolhiam o material que era levado para convalidação no *dibattimento*. O novo código, em nome da oralidade e do contraditório, colocam no centro do processo o *dibattimento*, onde se recrutam as provas indicadas pelas partes, deixando à fase da *indagine preliminare* da polícia judiciária e do Ministério Público a tarefa de recolher os elementos necessários para as próprias determinações, isto é, somente para decidir se há ou não material suficiente para a imputação contra um sujeito⁵⁵.

Para assegurar a separação do magistrado da função de investigação foi necessário extinguir o *giudice istruttore* e instituir o *giudice per le indagini preliminari* (gip). Como observa Chiavario:

(...) não se poderia conceber a supressão do juiz de instrução como simples desaparecimento de um personagem da cena do processo; na realidade, o juiz de instrução foi substituído por um juiz em jurisdição plena (*giudice per le indagini preliminari*, normalmente abreviado, ainda que de forma desagradável, *g.i.p.*). Esse magistrado não se vê atribuído de responsabilidades diretas quanto ao exercício de funções de investigação (inteiramente confiadas ao Ministério Público, de quem a polícia jurídica é auxiliar); no entanto, ele está encarregado de funções de grande importância a diferentes títulos: é ele quem exerce de forma exclusiva – salvo em casos de urgência – os poderes de decisão sobre a liberdade durante a fase preliminar; é ele quem administra o encerramento dessa fase; é a ele que é confiada a direção dos *incidenti probatori*, ou seja, audiências durante as

⁵² MAYA, André Machado. **Juiz de garantias**: fundamentos, origem e análise da Lei n. 13.964/19, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2024, p. 82.

⁵³ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias**: fundamentos, origem e análise da Lei n. 13.964/19, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2024, p. 76-80.

⁵⁴ Isso se deve tanto pelo fato de ter sido um dos primeiros países a adaptar, por via legislativa, seu sistema processual à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, como também pela tradicional influência do processo italiano nos países latino-americanos. MAYA, André Machado. **Juiz de garantias**: fundamentos, origem e análise da Lei n. 13.964/19, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2024, p. 76-80.

⁵⁵ SPANGHER, Giorgio. A história do processo penal italiano. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**, 2a. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2021, p. 149.

quais é admitido participar a formação de certas provas em caso de urgência⁵⁶.

A criação do papel de *giudice per le indagini preliminari* foi, no geral, bem recebida como esforço para a estruturação de um modelo processual acusatório. Tanto, que as críticas recebidas quanto a essa inovação não dizem respeito à criação do papel processual *per se*. Nesse sentido, Chiavario observou que

(...) os críticos se concentram, na verdade, na via pela qual se quis resolver o problema da criação dos papéis orgânicos dos *g.i.p.*, quase todos tirados dos quadros dos antigos juízes de instrução, enquanto se esperava o contrário, que a novidade da função seria sublinhada por designações mais *variadas*, ou seja, pela utilização também de magistrados com uma sólida experiência no exercício de funções jurisdicionais plenas (juízes ou presidentes de câmaras penais dos tribunais)⁵⁷.

Como se percebe, se a intenção era a implementação de um modelo processual acusatório, a *tradução* do juiz de garantias para o sistema processual brasileiro deveria *necessariamente* impedir que o juiz competente para apreciar o mérito da acusação tivesse qualquer contato com os elementos de informação da fase preliminar de investigação – tal como ocorre nos exemplos de institutos assemelhados estrangeiros.

Por esse motivo, quando da edição da Lei n. 13.964/2019 (Lei anticrime), foram registradas opiniões no sentido de que a instituição do juiz de garantias poderia garantir a exclusão dos autos da investigação preliminar, evitando assim a tendência de dissonância cognitiva e caminhando rumo a um modelo acusatório de processo penal, como se verifica no exemplo abaixo:

Tais medidas são conclamadas pela doutrina nacional há décadas e já surgem a reboque das reformas latino-americanas, inclusive, mas não deixam de ser portadoras da potência de um modelo processual democrático. O juiz de garantias visa proteger o juiz do processo de qualquer espécie de preconceção que possa, ainda que inconscientemente, fazer com que ele inicie a fase processual com alguma inclinação presente. Para isso, excluir o que fora produzido preliminarmente, exceto atos irrepetíveis, provas

⁵⁶ CHIAVARIO, Mario. O processo penal na Itália. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processo penal e direitos do homem**: rumo à consciência europeia. Barueri: Manole, 2004, p. 46, destaques nossos no final.

⁵⁷ CHIAVARIO, Mario. O processo penal na Itália. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processo penal e direitos do homem**: rumo à consciência europeia. Barueri: Manole, 2004, p. 52.

cautelares e antecipadas, mostra-se fundamental para contribuir com um contraditório efetivo⁵⁸.

Não obstante, rapidamente essas expectativas foram frustradas. O instituto do juiz de garantias foi objeto de ações que alegavam a sua inconstitucionalidade. Entretanto, não é possível enxergar incompatibilidades do texto aprovado pelo Congresso Nacional com o modelo constitucional de processo penal adotado pela Carta de 1988. Na verdade, da forma como desenhado originalmente pelo legislativo, o juiz de garantias vinha ao encontro desse modelo de processo penal conforme a um Estado democrático de direito e, portanto, adaptava a legislação processual aos ditames constitucionais. É como entende Lênio Streck e Guilherme Zanchet:

Não houve afronta a dispositivo constitucional. O suposto ferimento ao juiz natural, na verdade, revela-se um reforço à proteção à imparcialidade que existe no cerne desse princípio. Ao que parece, muitos argumentos empregados nas ADIs guardam íntima relação com o que cada um dos requerentes entende por justo ou pertinente no âmbito processual penal. Entretanto, não pode a vontade servir de embasamento para a distorção de previsões constitucionais e da principiologia correlata, de modo a combater a constitucionalidade de importante novidade no âmbito processual penal⁵⁹.

Pouco após a edição da Lei anticrime, em 22/01/2020, os dispositivos dos arts. 3º-A a 3º-D do Código de Processo Penal tiveram sua eficácia suspensa, em razão de medida cautelar concedida nos autos das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 pelo Ministro Luis Fux⁶⁰.

Após um longo interstício em que as regras ficaram sem eficácia, devido à decisão referida, mais recentemente, em acórdão publicado no dia 19/12/2023, o Supremo Tribunal Federal finalmente decidiu pela constitucionalidade da maioria das regras correspondentes ao instituto do juiz de garantias, fixando o prazo de 12 (doze) meses para que as Cortes de Justiça

⁵⁸ SAMPAIO, André Rocha; SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. A exclusão física dos autos de investigação: um olhar sóbrio, mas não pessimista. CAMARGO, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yuri (orgs.). **Pacote anticrime: reformas processuais**. Florianópolis: Emais, 2020, p. 102.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz; ZANCHET, Guilherme de Oliveira. O juiz de garantias na Lei n. 13.964/2019: a imparcialidade do julgador e as indevidas críticas contra sua constitucionalidade. **Revista direito público**, v. 18, n. 98, Brasília, abr/jun, 2021, p. 798.

⁶⁰ Antes disso, o Ministro Dias Toffoli havia decidido liminarmente nessas ações, suspendendo a eficácia da lei pelo prazo de 12 meses, em razão das dificuldades estruturais para a adaptação dos órgãos do Poder Judiciário. Nessa mesma ocasião, já adiantara sua opinião de que o instituto seria constitucional. Essa decisão foi superada pela comentada decisão posterior do Ministro Luis Fux.

implementem esses órgãos. Entretanto, ressaltou o sentido do texto, fixando interpretações *conforme à constituição* que desnaturaram a essência do instituto. Como observou André Maya:

Em síntese, as modificações determinadas, seja por declaração de inconstitucionalidade, seja por interpretação conforme, reduzem o juizado de garantias brasileiro à previsão de que o juiz responsável pela investigação seja distinto do juiz da instrução criminal. E ainda assim, com uma aparente possibilidade (com a qual não concordamos) de que o juiz que atuou como *de garantias* atue também na instrução criminal. No mais, a oralidade deixou de ser a regra, o inquérito policial permanecerá apensado ao processo e o juiz da instrução continuará tendo contato com seus elementos informativos, em especial para decidir pelo recebimento da denúncia⁶¹.

O caso da interpretação conforme à constituição estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal para o art. 3º-B, para assentar que “a competência do juiz de garantias cessa com o oferecimento da denúncia”, demonstra bem o processo de tradução enviesada do instituto do juiz de garantias. Se a competência para a apreciação da denúncia e seu recebimento é do magistrado que vai, ao final, também deliberar sobre o mérito da acusação, necessariamente ele terá acesso a todos os elementos de informação da fase preliminar de investigação. Logo, cai por terra a preocupação em evitar a sua dissonância cognitiva e consequente contaminação pelo conhecimento de elementos não produzidos em contraditório.

É interessante observar que o projeto de novo código de processo penal (PLS n. 156/2009) já previa que a competência do juiz de garantias cessa com a oferta da denúncia, e não após o seu recebimento, em um posicionamento que havia sido bastante criticado à época⁶² – e, por isso mesmo, a proposta original foi alterada pelo legislativo, para assegurar a competência do juiz de garantias para o recebimento ou rejeição da denúncia criminal. O Supremo Tribunal Federal, portanto, retomou a proposta original, contida naquele projeto, mas o fez de modo bastante questionável, já que não se verifica inconstitucionalidade no texto aprovado pelo legislador. Com efeito, a Lei n. 13.964/2019 adotou o posicionamento mais adequado para encaminhar o processo penal brasileiro na direção a um modelo acusatório e adversarial.

⁶¹ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias**: fundamentos, origem e análise da Lei n. 13.964/19, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2024, p. 137, destaques no original.

⁶² MAYA, André Machado. O juiz de garantias no Brasil e nos países latino-americanos: semelhanças e diferenças determinantes à estruturação democrática no sistema de justiça criminal. GONZÁLEZ, Leonel (org.). **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017, p. 280.

Em face das adaptações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, André Maya registrou:

Neste cenário, o que se verifica, ao fim e ao cabo, é a incorporação de uma figura própria de um modelo acusatório de processo em uma estrutura marcadamente inquisitiva, na perspectiva da concentração de poderes na pessoa do juiz. A decisão do Supremo Tribunal Federal tratou de adequar o juiz de garantias ao modelo que vigora no Brasil desde 1941, em que ao magistrado são dados amplos poderes de iniciativa probatória, de interferência na acusação do Ministério Público, e de controle da persecução penal. O resultado é um juiz de garantias à brasileira, adaptado a uma persecução penal escrita e marcadamente burocrática. O risco é que se esteja, com isso, criando um juiz de instrução do Século XXI⁶³.

Portanto, a tradução brasileira do juiz de garantias foi bastante criativa, com relação aos institutos que lhe inspiraram. Tanto, que chegou a desnaturar o seu direcionamento a um sistema acusatório, que era exatamente o que justificava o próprio instituto - a tal ponto, que alguns afirmam que se converteu em algo distinto do juiz de garantias, apesar do nome adotado⁶⁴. É, portanto, e infelizmente, uma *vitória de Pirro*⁶⁵.

Isso demonstra que a tradução de institutos processuais penais ultrapassa a mera modificação legislativa, necessitando também da mudança na forma com a qual os atores políticos (do campo legislativo e jurídico) valoram – e, portanto, recepcionam – essas inovações. É, portanto, uma transformação cultural mais complexa, que depende de políticas legislativas, mas também da mudança do *habitus* dos operadores do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação de institutos processuais comumente se dá por meio da utilização de experiências estrangeiras, a partir da importação cultural de conceitos e instrumentos legais, adaptados ao contexto brasileiro. Isso torna especialmente importante a análise comparada nas pesquisas relacionadas ao campo do processo penal, pois nesses casos a compreensão do

⁶³ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias**: fundamentos, origem e análise da Lei n. 13.964/19, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2024, p. 137.

⁶⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; RIBEIRO, Barbara Feijó; SILVA, Rodrigo Fernandes da. O Brasil tem um juiz das garantias? **Boletim IBCCRIM**, ano 33, n. 386, São Paulo, jan, 2025.

⁶⁵ COMAR, Danielle Nogueira Mota; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. O juiz de garantias e o Supremo Tribunal Federal: uma vitória de Pirro. **Boletim IBCCRIM**, ano 31, n. 373, São paulo, dez, 2023.

sistema jurídico brasileiro e a elaboração de propostas para o seu aperfeiçoamento também depende da perspectiva comparativa, dando-se atenção à observação dos modelos processuais de outros países que serviram de fundamento às inovações nacionais.

Alan Watson utilizou a metáfora do transplante jurídico para afirmar que alguns conceitos são transplantados de uma cultura jurídica para outra, algo que ocorre desde as experiências jurídicas mais remotas. No entanto, Máximo Langer desenvolveu críticas à essa visão, por entender que a alegação de uma transposição integral do conceito não corresponde aos processos de importação cultural, que pressupõem a sua adaptação criativa para as realidades receptoras da categoria. Assim, desenvolveu a metáfora da tradução jurídica, segundo a qual os institutos são relidos e modificados, tendo em conta as matrizes culturais originais, mas também o contexto para onde estão sendo transportados.

Essa última perspectiva é mais adequada para o entendimento das importações de institutos processuais penais na América Latina, levando em consideração as características do Sul global que marcam esses processos. Desse modo, o excesso punitivo dos sistemas criminais e sociedades desses países, seus legados ditatoriais, entre outros fatores relevantes, repercutem no modo como tais institutos processuais são traduzidos para os cenários locais.

Existem linhas comparativas que podem ser utilizadas para as comparações entre sistemas processuais penais distintos. Para além da tradicional classificação entre sistemas inquisitório e acusatório, é possível registrar os modelos de controle do crime e do devido processo, conforme ensinou Herbert Packer. De todo modo, essa classificação se assemelharia bastante à divisão entre sistemas inquisitório e acusatório. Segundo Françoise Tulkens, outra linha de comparação seria relacionada às funções da justiça criminal, correspondentes à investigação, processamento, julgamento e punição.

A classificação entre sistemas inquisitório e acusatório pode ser utilizada com vários significados, como lembra Máximo Langer. Esse autor critica essa dicotomia, que pode constituir em uma limitação na análise empreendida. Contudo, por vezes é difícil se desvencilhar desses conceitos ideais, que podem simplificar a observação das características dos fenômenos processuais. Por isso, optou-se por adotar essa classificação, no estudo comparado do juiz de garantias.

O juiz de garantias corresponde a uma polícia processual penal que representa um capítulo essencial de reformas processuais realizadas em países europeus e latino-americanos, visando a adequar esses sistemas jurídicos a jurisprudências das Cortes internacionais de direitos humanos e a um modelo acusatório de processo penal. O Brasil era um dos únicos países que não tinha ainda instituído essa política, carecendo de um magistrado com competência exclusiva para a salvaguarda de direitos dos investigados, na fase que antecede ao processo penal.

A necessidade da instituição do juiz de garantias estava relacionada à garantia da imparcialidade, pois o magistrado que toma conhecimento de elementos informativos produzidos na fase de investigação pode ser influenciado, por meio de um processo de dissonância cognitiva, caso venha a apreciar o mérito da ação penal ao final da instrução criminal. Desse modo, afastar o magistrado que acompanha a investigação do julgamento final do processo penal é uma medida essencial, que assegura um modelo acusatório de processo penal.

Os modelos que inspiraram o juiz de garantias adotado no Brasil foram, em maior medida, o código modelo de processo penal para a Iberoamérica e a legislação italiana. A Lei n. 13.964/2019 (Lei anticrime) instituiu a figura desse magistrado, afirmando que a sua competência cessaria tão-somente após o recebimento da denúncia, quando então teria atuação o juiz que receberia os autos sem os elementos informativos da investigação – excetuados apenas as provas irrepetíveis, antecipadas e medidas de obtenção de provas –, presidiria a instrução criminal e decidiria finalmente pela condenação ou absolvição do réu.

Entretanto, pouco depois da edição da lei referida, os institutos relativos ao juiz de garantias tiveram sua eficácia suspensa, em decisão liminar proferida nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305. Quase quatro anos após a edição da Lei n. 13.964/2019, a corte plenária do Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade da maioria das regras relacionadas ao juiz de garantias. Mas o fez por meio da decretação de inconstitucionalidade de algumas normas e da interpretação conforme à constituição de outras delas, de modo a desnaturar completamente o instituto do juiz de garantias – sem justificativas aceitáveis, considerando que não se pode afirmar a existência de incompatibilidade entre as normas do instituto com o modelo de processo penal adotado pela constituição federal.

Nesse sentido, segundo a interpretação conforme à constituição do art. 3º-B, do código de processo penal, “a competência do juiz de garantias cessa com o oferecimento da denúncia”. Desse modo, impossibilitou-se o afastamento do juiz responsável pela apreciação do mérito do conhecimento dos elementos informativos, fazendo retornar a possibilidade concreta de dissonância cognitiva e, portanto, de prejuízo à imparcialidade do juízo criminal. Também declarou inconstitucional a regra de impedimento, possibilitando que o magistrado que tenha acompanhado a investigação, atuando como juiz de garantias, posteriormente exerça a função de juiz de mérito.

Isso demonstra que a inovação cultural, decorrente da tradução jurídica de institutos do processo penal, não depende apenas das modificações legais que lhes são supostas. Com efeito, é necessário mudar a própria cultura jurídica, assimilando-se o contexto e os pressupostos que justificaram o instrumento estrangeiro a ser traduzido. Se isso não ocorrer, corre-se o risco de que o caráter criativo da tradução possibilite permanências, resultando numa construção jurídica com a prevalência das características definidoras do sistema receptor - e não do estrangeiro, que lhe serviu, ao menos discursivamente, de modelo. Nesse caso, a importação será parcial ou mesmo meramente cosmética, conspurcada por uma interpretação conservadora que se vincula ao paradigma que teria de ser superado. Parece ter sido o caso da tradução brasileira do juiz de garantias.

REFERÊNCIAS

- BROWN, Mark. The politics of penal excess and the echo of colonial penalty. **Punishment & Society**, v. 4, n. 4, p. 403-423, 2002.
- CARVALHO, Weliton. Direito comparado: método ou ciência? **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 180, Brasília, out/dez, 2008.
- CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. O juiz de garantias na investigação preliminar criminal. BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho (orgs.). **Tributo a Afrânio Silva Jardim**: escritos e estudos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CHIAVARIO, Mario. O processo penal na Itália. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processo penal e direitos do homem**: rumo à consciência europeia. Barueri: Manole, 2004.
- COHEN, Stanley. **Against criminology**. New Brunswick: Transaction publishers, 1998.

COMAR, Danielle Nogueira Mota; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. O juiz de garantias e o Supremo Tribunal Federal: uma vitória de Pirro. **Boletim IBCCRIM**, ano 31, n. 373, São paulo, dez, 2023.

CONSTANTINESCO, Leotin-Jean. **Tratado de direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORREIA, Thaize de Carvalho. A necessidade da separação das funções judicante e administrativa na implementação do sistema adversarial na América Latina. GONZÁLEZ, Leonel (org.). **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 30, n. 30, Curitiba, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; RIBEIRO, Barbara Feijó; SILVA, Rodrigo Fernandes da. O Brasil tem um juiz das garantias? **Boletim IBCCRIM**, ano 33, n. 386, São Paulo, jan, 2025.

DANTAS, Ivo. **Direito comparado como ciência**. Revista de informação legislativa, v. 34, n. 134, Brasília, abr/jun, 1997.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito penal contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal**. Porto Alegre: Elagantia juris, 2015.

DELMAS-MARTY, Mireille. Rumo a um modelo europeu de processo penal. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processo penal e direitos do homem**: rumo à consciência europeia. Barueri: Manole, 2004.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal, v. 1**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo blanch, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para a Ibero-América 10 anos depois. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. **Delictae**, v. 2, n. 3, Belo Horizonte, jul-dez, 2017.

LANGER, Máximo. A grande sombra das categorias acusatório e inquisitório. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2021.

LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MAIA, Eduardo Gomes Ribeiro; JACINTHO, Jussara Maria Moreno. A pesquisa e o direito comparado: um panorama evolutivo e os desafios enfrentados no Brasil. **Revista de pesquisa e educação jurídica**, v. 4, n. 1, Salvador, jan/jun, 2018.

- MAYA, André Machado. O juiz de garantias no Brasil e nos países latino-americanos: semelhanças e diferenças determinantes à estruturação democrática no sistema de justiça criminal. GONZÁLEZ, Leonel (org.). **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.
- MAYA, André Machado. **Juiz de garantias**: fundamentos, origem e análise da Lei n. 13.964/19, 2ªed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2024.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.
- SAMPAIO, André Rocha; SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. A exclusão física dos autos de investigação: um olhar sóbrio, mas não pessimista. CAMARGO, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yuri (orgs.). **Pacote anticrime**: reformas processuais. Florianópolis: Emais, 2020.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Descolonizar**: abrindo a história do presente. Belo Horizonte: Autêntica, 2022.
- SCHUNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. GRECO, Luís (orgs.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do código de processo penal. BONATO, Gilson (org.). **Processo penal, constituição e crítica**: estudos em homenagem ao Professore Jacinto de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. O juiz de garantias como condição de possibilidade de um processo penal acusatório e a importância da etapa intermediária: um olhar desde a experiência latino-americana. GONZÁLEZ, Leonel (org.). **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.
- SOZZO, Máximo. **Viagens culturais e a questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- SPANGHER, Giorgio. A história do processo penal italiano. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**, 2a. ed. São Paulo: Tirant lo blanch, 2021.
- STRECK, Lenio Luiz; ZANCHET, Guilherme de Oliveira. O juiz de garantias na Lei n. 13.964/2019: a imparcialidade do julgador e as indevidas críticas contra sua constitucionalidade. **Revista direito público**, v. 18, n. 98, Brasília, abr/jun, 2021.
- TULKENS, Françoise. O procedimento penal: grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processo penal e direitos do homem**: rumo à consciência europeia. Barueri: Manole, 2004.
- WATSON, Alan. **Legal transplants**: an approach to comparative law, 2a. ed. Atenas: The University of Georgia Press, 1993.