



O JUIZ DAS GARANTIAS A PARTIR DE UMA ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA¹

THE JUDGE OF GUARANTEES FROM A CONSEQUENTIALIST ANALYSIS

Mariane de Matos Aquino²

RESUMO: O trabalho aborda o juiz das garantias, previsto no Código de Processo Penal por meio da Lei nº 13.964/2019, a partir de uma análise consequencialista. O objetivo consiste em demonstrar a importância do exame *ex ante* das consequências jurídicas e econômicas que podem advir da previsão legal de um instituto. Como resultado da pesquisa é possível inferir que, embora o juiz das garantias seja relevante para a concretização do sistema acusatório, a sua operacionalização ainda não ocorreu por encontrar obstáculos, como a falta de previsão orçamentária, que poderiam ter sido antevistos. Pontua-se, finalmente, que a pesquisa foi desenvolvida a partir do método de abordagem hipotético-dedutivo, concluindo-se pela confirmação da hipótese de que uma análise consequencialista *ex ante* poderia ter evitado determinados problemas e dificuldades na implementação do instituto no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito; eficiência; infraestrutura; juiz das garantias; consequencialismo.

ABSTRACT: This paper approaches the judge of guarantees, introduced in the Criminal Procedure Code by Law nº 13.964/2019, from a consequentialist analysis. The objective is to demonstrate the importance of *ex ante* examination of the legal and economic consequences that can arise from the legal provision of an institute. As a result of the research, it is possible to infer, although the judge of guarantees is relevant to the accusatory system, its operationalization has not yet occurred due to obstacles, such as the lack of budget forecast, which could have been anticipated. Finally, the research was developed from the hypothetical-deductive approach method, concluding by the confirmation of the hypothesis

¹ Artigo recebido em 04/04/2022 e aprovado em 05/08/2022.

² Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2020-2022). Especialista em Direito Penal Econômico e Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2019-2020). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2014-2018). Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Penal Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Londrina. Associada ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM. Advogada. Londrina – Paraná, Brasil. E-mail: aquinomariane2@gmail.com.



that an *ex ante* consequentialist analysis could have avoided certain problems and difficulties in the implementation of the institute in Brazil.

KEYWORDS: Law and Economics; efficiency; infrastructure; judge of guarantees; consequentialism.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a implementação do juiz das garantias a partir das previsões da Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, que introduziu o referido instituto no Código de Processo Penal. O tema é tratado com base em noções da Análise Econômica do Direito, especificamente, assente no exame consequentialista, a fim de apontar algumas das possíveis alternativas e consequências jurídicas e econômicas para a aplicação do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, a formulação do problema que deu origem ao trabalho está relacionada com a necessidade de averiguar se teria ocorrido uma análise consequentialista *ex ante* à previsão legal do juiz das garantias; bem como se seria possível a sua operacionalização em comarcas com vara única, diante da escassez de recursos dos tribunais.

É válido destacar que a pesquisa se justifica, pois, a implementação do instituto demanda uma reestruturação de atuação e funcionamento do Judiciário brasileiro, uma vez que o juiz que atua como o “das garantias” na fase preliminar, ficará impedido de atuar em eventual ação penal dela decorrente, de modo que deverá haver outro juiz – o da instrução – para tanto, daí então a dificuldade de execução em comarcas com apenas um juiz.

Assim, o trabalho é dividido em três partes, na primeira são abordadas notas introdutórias sobre a Análise Econômica do Direito e acerca do consequentialismo; na segunda, os principais desdobramentos do juiz das garantias, as previsões da Lei nº 13.964/2019, e a decisão do Ministro Luiz Fux que em liminar na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299 determinou a suspensão de aplicação enquanto não houver apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Na terceira parte, o trabalho versa sobre uma análise consequentialista do juiz das garantias, abordando a importância da análise *ex ante*, e de determinadas alternativas e consequências para implementação do instituto.



Finalmente, cumpre destacar que a pesquisa foi desenvolvida a partir do método de abordagem hipotético dedutivo, com o propósito de verificar se a hipótese, de que é preciso estabelecer uma análise consequentialista do juiz das garantias, se confirma. A técnica de pesquisa utilizada foi a de documentação direta, por meio de análise legislativa e de decisões judiciais, e indireta com base em estudos doutrinários.

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E CONSEQUENCIALISMO

2.1. Noções essenciais acerca da Análise Econômica do Direito

O Direito e a Economia não podem ser pensados e aplicados como se estivessem localizados em ilhas distintas, pelo contrário, é necessário estabelecer uma relação interdisciplinar. De acordo com Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, é preciso uma aproximação entre ambos, quer pela justificativa da estabilidade econômica, imprescindível para um sistema legal eficiente, quer por meio da estabilidade das normas e do respeito aos contratos, fundamentais ao desenvolvimento econômico³.

Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito, doravante também denominada AED, pode contribuir para que os instrumentais da Economia sejam empregados na busca por soluções mais eficientes no âmbito jurídico a partir de um exame racional dos custos e benefícios. Segundo Ivo Gico Jr., a AED é a aplicação do instrumento analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico⁴.

Assim, com base nas consequências práticas e econômicas que podem decorrer, por exemplo, de uma decisão judicial, é possível buscar resultados mais positivos sob o viés econômico. Partindo das lições de Ronald Coase⁵, a fim de exemplificar, a análise de um dano que A inflige a B, precisa levar em conta que evitar o dano para B resultaria em um

³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 08.

⁴ GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1., n. 1, p. 7-32, 2010, p. 18.

⁵ Vide: COASE, Ronald. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, article 9, 2008.



dano para A. O problema é de natureza recíproca e as possíveis soluções precisam considerar os aspectos econômicos envolvidos, avaliando os ganhos e as perdas decorrentes de cada hipótese decisória.

Note-se que as soluções jurídicas, a partir de uma visão tradicional, em que são aplicados apenas os aparatos do Direito como suficientes para resolver as questões, nem sempre levam em conta os aspectos econômicos que envolvem o problema, ignorando os possíveis prejuízos dele decorrentes, de modo a não gerar, em certas situações, uma decisão eficiente, o que pode ser prejudicial aos jurisdicionados a depender do caso. À vista disso, verifica-se que, embora a questão econômica não possa ser aplicada como o único critério decisório pelos juízes e tribunais, é preciso que seja, ao lado de outros pontos e de pedras angulares ao Direito, também considerada quando da prolação de uma decisão judicial.

Ademais, além da perspectiva decisória-judicial, a AED também pode ser aplicada ao processo legislativo, como por exemplo, a partir de uma análise consequencialista, permitindo ao legislador identificar a viabilidade econômica da previsão normativa sob elaboração e a eficiência do que se pretende implementar⁶. É possível, também, ao legislador, recorrer à AED para conceber, por exemplo, uma análise comportamental dos sujeitos no momento de tomada de decisões. Pois, segundo Márcia Carla Pereira e Victor Domingues, a função do Estado tem relação direta com o comportamento dos agentes econômicos no ambiente social⁷. Dessa forma, a AED permite ao legislador a verificação da viabilidade, por exemplo, de incentivos legislativos que possam contribuir com o processo de tomada de decisões dos sujeitos⁸.

⁶ Vide: TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do Direito: Proposições Legislativas e Políticas Públicas. *Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado*, Brasília, p. 6-35, out. 2014, p. 09. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 25 jun. 2021.

⁷ PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e Direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 457-472, 2018, p. 464. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5218/3760>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

⁸ Contudo, é válido destacar que tal aplicação deve ser feita com cautela, pois, Joshua Wright e Douglas H. Ginsburg alertam que as propostas regulatórias comportamentais podem ir desde tentativas suaves de incentivar economias de poupança de aposentadorias até a proibição definitiva de determinado produto, interferindo, portanto, na liberdade decisória dos sujeitos. WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H. Behavioral law and economics: its origins, fatal flaws, and implication for liberty. *Northwestern University Law Review*, vol. 106, No. 3, p. 1033-1090, 2012, p. 1055.



Portanto, a Análise Econômica do Direito pode contribuir no exame da eficiência, dos custos, benefícios e da maximização do bem-estar social a partir de um exame *ex ante* das possíveis consequências da decisão ou da lei que se pretende implementar, e também com base na análise *ex post*, considerando os resultados já produzidos por determinada regulamentação ou instituto, por exemplo.

Nesse cenário, de acordo com Oksandro Gonçalves e Rafael Moura, o Direito não mais deve se ocupar apenas com os conceitos e paradigmas de justiça, mas com os efeitos concretos das decisões jurídicas, na perspectiva de dar prioridade às decisões mais eficientes⁹. Assim, considerando que, com base no critério de Kaldor-Hicks, uma situação sempre gerará mudanças e poderá causar prejuízos, é necessário verificar se os prejuízos e custos podem ser menores em relação aos benefícios e se é possível haver uma compensação de tais custos, e se assim o for, poder-se-á considerar a eficiência da questão que se pretende decidir/implementar.

Dessa forma, quando de uma disposição legislativa, decisão judicial ou administrativa, faz-se necessário, a partir do viés da AED, avaliar as questões econômicas envolvidas no caso, verificando, por exemplo, os custos e benefícios do que se pretende implantar, isto é, a viabilidade prática, a operacionalização da decisão, da norma, do instituto, o que, inclusive, poderá contribuir no exame da real possibilidade de concretização dos direitos, princípios e garantias que se busca assegurar com a lei ou decisão judicial.

2.2. Análise Consequencialista

Considerando a escassez dos recursos e a necessidade de alocá-los de forma eficiente, a AED pode contribuir para a concretização de tal finalidade. Nesse contexto, um dos instrumentais para tanto é a análise consequencialista, que, em síntese, é feita a partir da avaliação das possíveis consequências que podem decorrer de cada alternativa à disposição decisória, para que se opte por aquela cujas consequências possam ser mais eficientes. Com

⁹ GONÇALVES, Oksandro Osdival; MOURA, Rafael Osvaldo Machado. Reflexões sobre os efeitos criminais da Lei Maria da Penha à luz da análise econômica do direito. *Revista de Estudos Criminais*, v. 15, n. 60, p. 91-114, 2016, pág. 94.



isso, pretende-se que a execução de uma determinada lei, ato administrativo ou decisão judicial, por exemplo, possa gerar mais benefícios em relação aos custos.

À vista disso, a análise consequencialista é uma ferramenta que pode ser empregada pelos três Poderes, a fim de que os recursos públicos, que são escassos, sejam melhores aproveitados. De acordo com Klaus Mathis, é cada vez mais comum aplicar as ferramentas da análise econômica na avaliação do impacto legislativo, na Suíça, por exemplo, os projetos de lei devem incluir declarações dos impactos sobre a economia, a sociedade e o meio ambiente¹⁰.

Dessa forma, pretende-se que o legislador utilize o exame consequencialista para que as previsões normativas possam dialogar com os recursos disponíveis para a concretização do que se pretende com a norma, bem como com a realidade fática em que será aplicada. Tais premissas também podem ser empregadas pela Administração Pública, para que as decisões estejam de acordo com as reais condições econômicas e sociais do país.

No que diz respeito ao Brasil, a título de exemplo, a Lei nº 13.874/2019, que dispõe sobre a liberdade econômica, passou a prever em seu artigo 5º a necessidade da análise do impacto regulatório, de modo que cabe à Administração considerar quais são as finalidades pretendidas com a norma e as consequências que poderá gerar, avaliando os efeitos e impactos de cada alternativa.

Acrescente-se, de acordo com Neil MacCormick, que há bons motivos para supor que os juízes deveriam examinar e avaliar as consequências de várias deliberações alternativas que lhes estivessem disponíveis¹¹. É nesse contexto que a Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, passou a prever no artigo 20 da LINDB uma análise consequencialista, ao exigir que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

De acordo com Rafael Maffini e Juliano Heinen, o artigo 20 da LINDB, determina que o intérprete do direito público “dialogue com a realidade” conferindo ênfase nas

¹⁰ MATHIS, Klaus. Consequentialism in law. *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*. Law and Philosophy Library 98, DOI 10.1007/978-94-007-1869-2_1, p. 3-29, 2011, p. 04.

¹¹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos, revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 165.



“consequências práticas da decisão”, assim como o gestor público, para quem perfaz o controle da atividade administrativa e para os magistrados¹². Ademais, nos termos do artigo 21 da LINDB, a análise consequencialista também deverá ocorrer nas decisões que decretam a invalidade de ato, contrato ou norma administrativa, e o artigo 22 traz a necessidade de que a interpretação de norma sobre gestão pública considere os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, reforçando, novamente, a necessidade da análise consequencialista. Portanto, através do consequencialismo é possível optar pela alternativa que pode gerar as consequências mais eficientes, demonstrando que dentre as possibilidades possíveis, a partir de um exame racional, haja uma validação da alternativa eleita, por permitir a melhor alocação de recursos e ser a mais eficiente, e ainda dar concretude ao mundo abstrato de valores e princípios.

2.3. A aplicação do Consequencialismo

Inicialmente é válido destacar que é possível examinar e avaliar as consequências de uma lei ou decisão sob uma perspectiva eminentemente jurídica ou a partir de um viés econômico. O consequencialismo jurídico, de acordo com Luis Fernando Schuartz, é aquele que se propõe a condicionar, ou qualquer atitude que condicione a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à *valoração das consequências* associadas à mesma e às suas alternativas¹³.

Assim, uma decisão que entende, por exemplo, por uma nulidade processual, que atingirá casos já sentenciados, poderá adotar uma modulação de efeitos a partir da valoração das consequências decorrentes de determinadas alternativas de modulação. Com isso, verificar-se-á, exemplificativamente, se os impactos deverão atingir todos os casos em que a nulidade estiver presente, ou apenas aqueles em que as partes suscitaram, de modo a

¹² MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set/dez., 2018, p. 253.

¹³ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória em malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008, p. 131.



delimitar quais situações específicas deverão ser atingidas para que as consequências sejam mais eficientes.

Tal análise é primordial, pois, de acordo com Maurício José Machado Pirozi, há decisões que produzem efeitos lógicos e necessários no seio social que ultrapassam a *res in iudicium deducta*¹⁴ (a coisa trazida em juízo), de modo que é preciso fazer um exame consequencialista, considerando os reflexos que aquela decisão causará na realidade, isto é, os impactos que serão gerados para além das partes envolvidas no caso sob julgamento.

Já o consequencialismo econômico, como o próprio nome sugere, exige o exame das consequências econômicas que poderão decorrer de um determinado ato ou decisão. Nesse aspecto, a análise consequencialista pode contribuir para a elaboração de uma lei, de uma política pública, de um programa social, de uma decisão judicial, servindo como instrumento para que sejam feitas prognoses a respeito dos impactos econômicos que podem decorrer das alternativas disponíveis.

Nesse contexto, de acordo com Cass R. Sunstein e Edna Ullmann-Margali, caberia uma decisão de segunda ordem, isto é, uma decisão que analise as estratégias apropriadas para reduzir os problemas relacionados com uma decisão de primeira ordem¹⁵. Assim, o consequencialismo pode proporcionar uma antecipação dos impactos de uma decisão, buscando adequá-la com a previsão orçamentária e verificar se permitirá uma alocação eficiente dos recursos disponíveis.

À vista disso, faz-se necessário destacar alguns pontos que precisam ser considerados para que se promova uma análise consequencialista apta a validar racionalmente a posição a ser adotada. Tratar-se-á, com base nas lições de Fredie Didier e Rafael Alexandria Oliveira, do conteúdo dogmático do dever de considerar as consequências práticas da decisão¹⁶, isto é, de alguns dos requisitos que devem ser empregados durante a análise consequencialista.

¹⁴ PIROZI, José Machado. Consequencialismo judicial – uma realidade ante ao impacto socioeconômico das sentenças. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, a. 59, n. 187, p. 19-33, out./dez., 2008, p. 22.

¹⁵ SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANNMARGALIT, Edna. Second-order decisions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper* n. 01, Chicago, p. 01-36, 1999, p. 05. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=193848>. Acesso em: 08 jul. 2021.

¹⁶ DIDIER, Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C R. Dir. Adm. Const.* Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, p. 154/158. Disponível em: <[http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/1068](http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/1068)>. Acesso em: 09 mai. 2020;



O primeiro passo consiste em identificar as soluções justificadas para o problema, é primordial que haja ao menos duas alternativas para que seja possível examinar as consequências práticas de cada uma delas e apurar qual seria a mais eficiente. Em um segundo momento, ter-se-á que demonstrar o caminho feito para se chegar as prognoses apresentadas, melhor dizendo, é basilar que se emita, de forma fundamentada, quais as explicações que justificam as consequências apresentadas para cada alternativa. Isto porque, uma análise consequencialista não consiste em um “chute” do que pode vir a acontecer, pelo contrário, depende de uma racionalidade, de bases que corroborem o que se está demonstrando¹⁷.

Portanto, cabe aos atores institucionais verificar as condições futuras de suas decisões, os impactos que podem causar, a partir da descrição de pelo menos duas alternativas com a valoração das consequências de cada uma delas e as razões para justificar uma ou outra alternativa, a partir de consequências tidas como mais eficientes.

3. O JUIZ DE GARANTIAS

3.1. Breves apontamentos sobre o sistema processual penal brasileiro

A persecução penal, com a investigação e os atos processuais subsequentes, precisa de um sistema processual para que possa ser operacionalizada e existem diferentes sistemas, o misto, o inquisitivo¹⁸ e o acusatório. No que diz respeito ao Brasil, segundo pontua Aury Lopes Jr., a doutrina, majoritariamente, apontava que o sistema seria misto¹⁹. Pois, composto por uma fase preliminar de investigação, com características inquisitivas, e pela fase acusatória iniciada a partir do oferecimento da denúncia, com a observação do contraditório e da ampla defesa.

¹⁷ DIDIER; OLIVEIRA, op. cit., p. 154/158.

¹⁸ Neste sistema o juiz se empenha, sem limites, na busca de provas e das razões, e aí então é inevitável que se converta no “inimigo do imputado”. CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Tradutor Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 217.

¹⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 45.



Até o advento da Lei nº 13.964/2019²⁰, Aury Lopes Jr. entendia que: “ainda que se diga que o sistema processual brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz”²¹. Isto porque o artigo 156 do Código de Processo Penal, prevê que o juiz determine a produção de provas de ofício, o que caracteriza uma confusão entre as funções de acusar e julgar.

Contudo, a referida Lei, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, inseriu o artigo 3º-A no Código de Processo Penal, segundo o qual, o processo penal brasileiro terá estrutura acusatória (a aplicação do referido dispositivo está suspensa com a concessão de liminar na Medida Cautelar na ADI nº 6.299). Pontua-se, então, que a disposição do artigo 156 do Código de Processo Penal, não se coaduna com o sistema acusatório, que, de acordo com Luigi Ferrajoli, é o sistema processual que tem o juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário²².

Assim, a participação do julgador, ainda que de forma subsidiária, na produção probatória, e o contato com os elementos produzidos durante o inquérito que tem características inquisitórias, prejudica a plenitude do sistema acusatório. Pois, permite que o juiz interfira na produção de provas que irá pautar a sua própria decisão e que já estabeleça uma visão prévia acerca dos elementos indiciários, visão esta que poderá influenciá-lo no julgamento da ação penal.

Daí então, a importância de que, de acordo com Guilherme de Souza Nucci, finalmente, depois de mais de 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988, surja uma lei ordinária (Lei nº 13.964/2019), no Código de Processo Penal, para afirmar que o processo penal terá característica acusatória²³. O artigo 3º-A do CPP, consagra a estrutura

²⁰ Segundo Vinicius Vasconcellos, o Supremo Tribunal Federal já tinha posição consolidada de que vige no Brasil o sistema acusatório, com a separação das funções de acusar e julgar, embora, em regra, não vedasse a iniciativa do julgador. VASCONCELLOS, Vinicius. O “sistema acusatório” do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, p. 181-204, jul./dez., 2015, p. 182-188.

²¹ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 29.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradutores Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan e Outros. 3 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 519.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 37.



acusatória do processo penal, e veda iniciativa do juiz na fase de investigação e de substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Portanto, verifica-se a importância do referido artigo para o sistema acusatório, delimitando as diferenças e separações necessárias entre o papel do investigador, acusador e do julgador, para que o juiz não se ocupe das funções de produzir provas e acusar o denunciado, pois tal posicionamento não encontra guarida no sistema acusatório pretendido pela Constituição Federal de 1988.

3.2. Juiz das garantias e a previsão na Lei nº 13.964/2019

Tendo em vista os aspectos supramencionados acerca do sistema processual acusatório, tratar-se-á da importância do juiz das garantias para a solidificação do referido sistema. O juiz das garantias é aquele responsável por atuar na fase pré-processual para realizar o controle de legalidade de determinados atos e medidas que possam acarretar na restrição de direitos do investigado, não sendo ele a julgar eventual ação penal decorrente daquela investigação.

Segundo Bernd Schünemann, é natural que o magistrado busque confirmar o inquérito na audiência de instrução e julgamento de acordo com as informações tendencialmente supervalorizadas e em desacordo com as tendencialmente subvalorizadas²⁴. Daí então, a importância de que o juiz que participa das investigações não seja o mesmo a atuar no julgamento da ação penal, pois este não terá tido contato com os elementos produzidos na fase investigatória, e formará sua decisão a partir de provas produzidas sob o crivo do contraditório, o que é essencial para o sistema acusatório.

Contudo, no sistema processual em vigência no Brasil, embora as previsões da Lei nº 13.964/2019, que no tocante ao juiz das garantias estão suspensas por decisão do Supremo Tribunal Federal, o mesmo juiz que atua durante o inquérito policial, conduz a ação penal dele decorrente. Nos termos do artigo 83, do Código de Processo Penal, o juiz que pratica algum ato do processo ou de medida a este relativa, mesmo antes do oferecimento da

²⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez., 2012, p. 35.



denúncia ou queixa, como por exemplo, decretação de prisão cautelar, interceptação telefônica, busca e apreensão, etc., fica prevento para o julgamento de eventual ação penal que venha a ser proposta.

Ocorre que a atuação no processo do mesmo juiz que decretou medidas restritivas de direito na fase pré-processual, segundo Nereu José Giacomolli, poderá gerar dúvida acerca de sua imparcialidade, por ter examinado a situação fática e jurídica e produzido algum juízo, ainda que provisório, sobre a culpabilidade²⁵. Para a decretação das medidas, o juiz constrói uma concepção prévia sobre os elementos indiciários, que poderá acompanhá-lo no decorrer da ação penal e no próprio julgamento, gerando dificuldades para a defesa “desfazer” a visão já concebida.

Desse modo, de acordo com Simone Schreiber, se o juiz competente para processar e julgar a ação penal, não tenha sido aquele instado a tomar decisões pertinentes à fase investigatória, estará muito mais qualificado para realizar o julgamento justo e imparcial²⁶. Assim, a previsão de um juiz das garantias poderia contribuir com o sistema acusatório, pois o juiz instrutor não estaria “contaminado” pelos elementos da fase pré-processual.

Neste contexto, considerando que a Constituição Federal de 1988 adota o sistema acusatório, segundo Rogério Sanches Cunha, visando harmonizar o Código de Processo Penal a este sistema, a Lei nº 13.964/2019, cria a figura do juiz de garantias, que é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e salvaguarda dos direitos individuais²⁷. Por conseguinte, haveria um juiz, o das garantias, para atuar na fase preliminar, e o juiz instrutor para atuar na ação penal, e este por não ter contato com o que foi produzido anteriormente teria maior imparcialidade.

Como visto, a atuação do juiz das garantias consiste no controle de legalidade durante a investigação, desse modo, a título de exemplo, e nos termos do artigo 3º-B, do Código de Processo Penal, com aplicação suspensa, cabe ao juiz de garantias receber a comunicação imediata da prisão; receber o auto de prisão em flagrante para realizar o controle de

²⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 284.

²⁶ SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 213, p. 02-03, 2010, p. 03.

²⁷ CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 69.



legalidade da prisão; zelar pela observância dos direitos do preso; decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como a prorrogação, substituição ou revogação de medidas; entre outras medidas.

Ademais, cumpre destacar, segundo a previsão do artigo 3º-C, do Código de Processo Penal, que a competência do juiz das garantias não abrange as infrações de menor potencial ofensivo, e que, quanto aos demais crimes, a competência cessa com o recebimento da denúncia ou queixa.

Note-se, ainda, nos termos do parágrafo terceiro do referido artigo, que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e como ponto importante para dar maior imparcialidade ao juiz instrutor, não serão apensados aos autos do processo enviados a este último juiz, com ressalva, evidentemente, em relação aos documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas, que devem ser remetidos para apensamento em apartado.

Assim, a previsão de um juiz para realizar o controle de legalidade durante a fase preliminar contribui significativamente para maior imparcialidade do juiz instrutor, que, segundo Julio B. J. Maier, semanticamente, diz respeito à ausência de preconceitos a favor ou contra as pessoas ou o assunto sobre qual deve decidir²⁸. Pois, julgará sem um juízo de valor prévio, construído durante o contato com os elementos do inquérito, com isso não haverá um pré-conceito a ser “desconstruído” pela defesa no decorrer da ação penal, contribuindo para o sistema acusatório previsto na Constituição Federal.

Contudo, cumpre pontuar que, embora, teoricamente, a previsão do juiz das garantias seja necessária, a implementação do instituto encontra barreiras práticas diante da escassez de recursos dos tribunais e da falta de uma análise consequencialista, isto é, de um estudo prévio que abordasse os impactos e consequências para a sua execução.

²⁸ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 739/740.



3.3. As críticas à implementação do instituto

À vista do exposto entende-se pela importância do juiz das garantias, entretanto, a sua implementação depende de uma série de fatores que resultam em críticas acerca de sua incompatibilidade com a realidade fática dos tribunais brasileiros. Um dos principais problemas consiste no fato de que, segundo Rogério Sanches Cunha, em levantamento efetuado pela Corregedoria Nacional de Justiça, 40% das varas da Justiça Estadual no Brasil são constituídas de comarca única, leia-se, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição²⁹. Nesse caso, com um único juiz na comarca, não teria como, em uma primeira análise, operacionalizar o juiz das garantias, pois, não haveria juízes suficientes, isto é, um para a fase preliminar e outro para instrução.

Ainda de acordo com o referido jurista, nesses locais, sempre que o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de dizer o direito na fase seguinte³⁰. Desse modo, a solução prevista pelo legislador, de acordo com o artigo 3º-D, parágrafo único, do Código de Processo Penal, seria um sistema de rodízio de juízes, de modo que os magistrados se deslocariam de uma comarca para outra a fim de atuar como juiz das garantias, o que, evidentemente, demandaria custos, principalmente no caso de comarcas longínquas.

Outra crítica diz respeito ao prazo de *vacatio* estabelecido pela Lei nº 13.964/2019. De acordo com Renato Brasileiro, salta aos olhos o grau de alienação do Congresso Nacional ao aprovar uma lei com tamanhas repercussões no âmbito processual penal, e quase que levemente, dar a ela um singelo prazo de *vacatio* de apenas 30 (trinta) dias³¹. Neste ponto, nota-se, mais uma vez, a dificuldade de aplicação do instituto, pois diante da falta de juízes em um número significativo de comarcas, as barreiras estruturais e orçamentárias não poderiam ser superadas em apenas 30 (trinta) dias.

²⁹ CUNHA, op. cit., p. 71.

³⁰ Ibidem.

³¹ BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2020, p.127.



Há também críticas quanto à (in)constitucionalidade da previsão do juiz das garantias através da Lei nº 13.964/2019. Tramitam no Supremo Tribunal Federal as ações diretas de inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, nas quais questiona-se a inconstitucionalidade formal em face de suposto vício de iniciativa, pois alega-se que seria de competência legislativa do Poder Judiciário alterar a organização e a divisão judiciária, nos termos do artigo 96, I, “d”; e II, “b” e “d”, e artigo 110 da Constituição Federal.

Na ADI 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros e Associação dos Juízes Federais do Brasil, aduz-se que as previsões acerca do juiz das garantias não versam sobre alteração de competência dos Juízos criminais existentes, mas de instituição de um novo juízo (o das Garantias) de forma imediata, sem prever a efetiva criação e instituição por meio das leis de organização judiciária.

Discute-se, também, a (in)constitucionalidade material do instituto porque violaria a regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário, conforme preceitua o artigo 99, *caput*, da Constituição Federal, pois não houve dotação orçamentária prévia para operacionalizar a implementação do juiz das garantias, conforme previsto na Lei 13.964/2019, o que estaria na contramão do artigo 169, §1º, da CF/88.

Assim, tendo em vista as referidas ações, o relator, Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em 22 de janeiro de 2020, concedeu liminar na Medida Cautelar nas ADI’s para suspender a implementação do juiz das garantias até a decisão do Plenário da Corte. De acordo com a mencionada decisão, resumidamente, a criação do instituto não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal no país.

Outrossim, de acordo com a decisão, é inegável que a implementação causa impacto orçamentário de grande monta ao Poder Judiciário, especialmente com os deslocamentos funcionais de magistrados, os necessários incrementos dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação, a reestruturação e a redistribuição de recursos humanos e materiais, entre outros, que implicam despesas que não se encontram especificadas nas leis orçamentárias anuais da União e dos Estados. Assim, verifica-se que as críticas estão relacionadas com a falta de um estudo prévio, isto é, de uma análise consequencialista acerca da implementação do instituto.



4. A APLICAÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO AO JUIZ DE GARANTIAS

4.1. A importância de uma Análise Consequencialista *ex ante*

Conforme abordado anteriormente, a análise consequencialista é um instrumental importante para contribuir com uma decisão mais eficiente, seja do legislador, da Administração Pública ou do Judiciário. Contudo, observa-se que ainda não tem sido aplicada como deveria, embora tenham ocorrido contribuições legislativas para que o consequencialismo seja observado, como as modificações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a Lei de Liberdade Econômica.

Verifica-se que o consequencialismo *ex ante*, isto é, uma análise antecipada das alternativas disponíveis e das suas possíveis consequências jurídicas e econômicas, com a demonstração das razões que justificariam a escolha por uma ou outra alternativa, a fim de viabilizar a realização prática do que se pretende, por exemplo, com uma lei ou com uma decisão, não foi realizado quando da elaboração e aprovação da Lei nº 13.964/2019, especificamente em relação ao juiz das garantias, cujas consequências jurídicas e econômicas de implementação foram desconsideradas.

A relação entre juristas e economistas sempre foi marcada por diferenças, embora haja, segundo Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, um reconhecimento entre os economistas de que as leis e o Direito em geral exercem um papel essencial na organização da atividade econômica. Reconhecimento que se deu com a melhor compreensão do papel das instituições³², que, de acordo com Douglas North, são as regras do jogo numa sociedade³³ - formais e informais que estruturam as relações econômicas, políticas, sociais, etc. Mas, ainda há um longo caminho a ser percorrido, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento por juristas e legisladores, por exemplo, da importância da aplicação dos instrumentais econômicos para a formulação e aplicação de institutos em matéria criminal.

³² PINHEIRO; SADDI, op. cit., p. 03.

³³ NORTH, Douglass C. *Institutions and the Performance of Economies Over Time*. Handbook of New Institutional Economics, p. 21-30, 2005, p. 22.



Nesse contexto, é válido destacar que o juiz das garantias já integrava o Projeto de Lei nº 8.045/2010, que trata da criação de um novo Código de Processo Penal, aprovado no Senado Federal, e pendente de apreciação por uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Parte do conteúdo referente ao instituto foi reproduzido através de emendas na Lei nº 13.964/2019, projeto apresentado pelo ex-Ministro da Justiça Sérgio Moro, que foi apreciado em paralelo com uma proposta alternativa, elaborada, no ano de 2018, por um grupo de juristas encabeçado pelo Ministro Alexandre de Moraes, e, curiosamente, segundo Renato Brasileiro, em nenhum dos dois projetos constava a figura do juiz das garantias³⁴.

Assim, considerando que o juiz das garantias não constava nos projetos que deram origem à Lei nº 13.964/2019, e que os dispositivos foram praticamente reproduzidos do Projeto de Lei nº 8.045/2010, fica claro que não houve uma análise consequencialista *ex ante*. O legislador não considerou e examinou alternativas e possíveis consequências jurídicas e econômicas para a implementação do instituto, com isso, embora aprovado, a aplicação está suspensa por decisão liminar. Destaca-se, que mesmo que o juiz das garantias seja necessário para o sistema acusatório, é alvo de críticas quanto à sua realização prática, seja por falta de dotação orçamentária, por falta de juízes, de estrutura, de dúvidas sobre como poderia ser, ou poderá ser aplicado diante de uma realidade jurídica e econômica que não foi observada.

Dessa maneira, uma análise consequencialista *ex ante* poderia ter contribuído para que a previsão legal do instituto não encontrasse barreiras no momento de sua implementação, ou melhor, para que a aplicação não tivesse sido inviabilizada, como foi. Pois o exame *ex ante* de possíveis alternativas com as suas respectivas consequências, para verificar a compatibilidade com a realidade fática, com os recursos orçamentários, permitiria que o legislador considerasse os elementos à sua disposição e tomasse decisões normativas mais eficientes, com mais benefícios do que custos para implementação e acordo com as particularidades econômicas e estruturais de cada tribunal.

³⁴ BRASILEIRO, op. cit., p. 104.



4.2. As alternativas e as consequências de implementação

Dentre as dificuldades para a implementação do instituto está o fato de que há comarcas com varas únicas, em que há um único magistrado atuando, de maneira que não seria possível um juiz para atuar como o “das garantias” e outro para o julgamento da ação penal. Nesse cenário, verifica-se, ao menos, três alternativas cujas consequências deverão ser analisadas a fim de concluir pela alternativa mais eficiente.

A primeira diz respeito a realização de concurso público para criação e provimento de mais cargos para juízes e servidores, a fim de implementar o juiz das garantias nas comarcas com vara única, que precisariam de pelo menos dois juízes. Contudo, conforme mencionado por Rogério Sanches Cunha, vencer esse obstáculo passa pelo inevitável aumento do quadro de juízes e servidores, providência que esbarra em questões orçamentárias³⁵, de modo que a consequência da referida alternativa é, do ponto de vista econômico, momentaneamente inviável em muitos Estados, com falta de dotação orçamentária para tanto.

Não há dúvidas sobre a necessidade de criação e provimento de novos cargos para contribuir com o aparelhamento do Judiciário e com a melhora na prestação jurisdicional, no entanto, é preciso um estudo prévio, uma análise das condições orçamentárias de cada Estado. É sabido que uma reforma processual demanda investimentos e que o juiz das garantias é importante para a consagração do sistema acusatório, no entanto, tais pontos não eliminam a imprescindível análise prévia de disponibilidade de recursos e do modo que serão utilizados para implementar o instituto pretendido.

A segunda alternativa é a prevista pelo legislador no artigo 3º-D, parágrafo único³⁶, do Código de Processo Penal, que prevê um sistema de rodízios de magistrados nas comarcas com apenas um juiz. No entanto, mais uma vez, verifica-se que não foram consideradas as consequências jurídicas e econômicas do que foi legislado. A ideia esbarra na garantia constitucional da inamovibilidade (CF, art. 95, II), segundo Renato Brasileiro, isso significa dizer que o magistrado – titular ou substituto – só poderá ser removido por designação, para

³⁵ CUNHA, op. cit., p. 71.

³⁶ Com aplicação suspensa até o fechamento deste trabalho.



responder por determinada vara ou comarca ou para prestar auxílio, com o seu consentimento, ou, ainda, se o interesse público o exigir (art. 93, VIII, CF)³⁷.

Dessa forma, a instituição do rodízio dependeria da concordância do magistrado, já que a inamovibilidade fundamentaria eventual oposição em atuar em outra unidade jurisdicional como juiz das garantias. Com isso, a designação apenas poderia ocorrer, caso houvesse concordância, ou, segundo Renato Brasileiro, com o reconhecimento da existência de interesse público, *in casu*, consubstanciado na necessidade premente de deslocamento de juízes para atender à demanda decorrente da criação da figura do juiz das garantias³⁸. Mas, para isso seria preciso o voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 93, VIII), o que demandaria mais um procedimento e dificultaria a execução do instituto com possíveis entraves.

Veja-se, portanto, que, novamente, o legislador não fez uma análise das consequências jurídicas da previsão legal, isto é, não considerou os problemas que poderiam, e podem, decorrer da garantia constitucional de inamovibilidade de magistrados. Ademais, as consequências econômicas também não foram consideradas, pois é sabido que, se possível, o rodízio demandaria recursos financeiros para viabilizar os deslocamentos dos processos físicos, pois, há, ainda, processos que não foram digitalizados, bem como dos próprios magistrados para realizar, por exemplo, audiências de custódia ou então com o transporte e escolta dos presos para que a audiência seja realizada em outra comarca. Tais custos demandam exames e estudos prévios de acordo com a realidade orçamentária e peculiaridades de cada tribunal, o que, mais uma vez, demonstra a falta de uma análise consequencialista sobre a implantação do juiz das garantias.

Uma terceira alternativa seria a utilização dos meios eletrônicos para viabilizar a atuação do juiz das garantias nas comarcas com a atuação de apenas um magistrado. Com a digitalização e tramitação de todos os inquéritos em meio eletrônico, não haveria necessidade de remessa física dos autos, e de acordo com Aury Lopes Jr., com o processo (e inquérito) eletrônicos, não interessa mais o lugar, o “onde”, mas apenas o “quando”, isto é, estar na mesma temporalidade³⁹. Contudo, se esta for alternativa, entende-se que os tribunais

³⁷ BRASILEIRO, op. cit, p. 172.

³⁸ BRASILEIRO, op. cit., p. 172.

³⁹ LOPES JUNIOR, op. cit., 2020, p. 215.



deveriam ter um prazo razoável, de acordo com suas limitações, para digitalização dos inquéritos em andamento. Pontua-se, ainda, que esta alternativa, à primeira vista, não resolveria os custos para deslocamentos dos juízes ou dos presos para a audiência de custódia, a não ser que esta passasse a ocorrer por videoconferência.

Destarte, verifica-se que a partir de uma análise básica de algumas possíveis alternativas para implementação do juiz das garantias é possível identificar consequências jurídicas e econômicas que poderiam ter sido antevistas pelo legislador com o exame do instituto por meio do instrumental consequencialista, a partir de um estudo prévio dos impactos para o orçamento e das particularidades de cada tribunal.

Portanto, a análise consequencialista poderia ter contribuído para viabilizar a aplicação do juiz das garantias de forma eficiente, com responsabilidade econômica, permitindo que os tribunais alocassem os recursos de maneira a ter mais benefícios do que custos com a implementação do instituto.

4.3. Uma possível alternativa eficiente

O juiz das garantias, como visto, pode exercer um papel fundamental para a concretização do sistema acusatório, principalmente por atribuir maior imparcialidade ao julgador. Mas, por outro lado, não há como atingir resultados satisfatórios se as razões que justificam a importância de um instituto não puderem ter aplicação concreta e à luz da realidade social e econômica. Há muitos institutos que “teoricamente” são imprescindíveis para mudanças de paradigmas, contudo, é preciso analisá-los também a partir de suas reais consequências no mundo prático, porque há uma escassez de recursos, de maneira que não basta a previsão de um instituto no “mundo abstrato”, no “papel”, na “lei”, se não for possível aplicá-lo diante da realidade econômica.

Neste cenário, a implementação do juiz das garantias, com base no que foi analisado - sem esgotar o assunto que pode ser discutido sob outras perspectivas -, requer a observação da real situação de cada tribunal, com as suas particularidades econômicas, geográficas e de recursos materiais e humanos, bem como do sistema e instrumentos de tecnologia da informação.



Desse modo, o legislador poderia ter feito diversas análises *ex ante* acerca da operacionalização do instituto. Como por exemplo, que nas comarcas com apenas um juiz, a fim de evitar o aumento de custos e a suscitação de inconstitucionalidade diante da inamovibilidade do magistrado, o juiz das garantias pudesse ser implementado se os inquéritos já tramitassem de forma eletrônica. Pois, assim seria possível o acesso remoto, sem a necessidade de remessa dos autos e respectivos custos; bem como, com a possibilidade de realização de audiências de custódia por videoconferência, pois não teria que haver deslocamento do juiz das garantias ou do preso para realização deste ato em outra comarca, que podem ser longínquas e demandar altos custos de deslocamentos.

Poderia ter considerado também que nas comarcas com apenas um magistrado e em que os inquéritos ainda tramitem de forma física, seria preciso conceder um prazo razoável para que o respectivo tribunal pudesse fazer um estudo prévio e orçamentário para viabilizar a digitalização e uma plataforma eletrônica para a tramitação dos inquéritos a partir das suas reais condições, para não causar aumento de custos quando não há sequer recursos disponíveis para tanto, e, conseqüentemente, causar prejuízos econômicos.

Ademais, também teria que ter considerado a hipótese de que há lugares em que a tramitação eletrônica ainda não é possível, bem como a realização da audiência por videoconferência. Sendo que neste caso, teria que ter verificado os caminhos possíveis de viabilização do instituto, ou, então, ocorrerá o pontuado por Guilherme de Souza Nucci, no sentido de que o juiz único atue também como juiz das garantias, cabendo à defesa “alegar e provar prejuízo”, anulando-se o feito se isto for evidenciado⁴⁰. Contudo, neste caso, não se cumpriria, efetivamente, a razão de ser do juiz das garantias.

Note-se que os exemplos citados foram no sentido de buscar demonstrar que é possível analisar as alternativas disponíveis e as conseqüências jurídicas e econômicas relacionadas com cada uma das hipóteses de implementação do instituto. Desse modo, ressalta-se a importância de que é preciso e possível pensar a aplicação de institutos importantes para o Direito Penal e Processual Penal, também, sob uma perspectiva consequencialista, considerando os custos e benefícios e os impactos de implantação, para que não estejam apartados da realidade fática e econômica.

⁴⁰ NUCCI, op. cit., p. 39.



Portanto, realizar uma análise *ex ante* das consequências para implementação de um instituto pode impedir que se esgote em um plano abstrato, sem aplicação prática, ou com aplicação comprometida. A justiça criminal também pode ser considerada a partir de uma Análise Econômica do Direito, conjugando-se a eficiência com pedras angulares do contexto criminal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implementação do juiz das garantias poderá constituir uma mudança de paradigma no processo penal brasileiro, consolidando o sistema acusatório com as distinções necessárias em relação ao juiz que faz o controle de legalidade de atos e medidas durante a investigação preliminar e o juiz que julgará a causa, que não terá uma visão pré-concebida a partir dos elementos do inquérito e, por isso, terá maior imparcialidade no julgamento.

Contudo, embora se compreenda a importância do instituto, não há como desvinculá-lo do contexto fático-econômico dos tribunais brasileiros, como fez o legislador ao introduzir um instituto que requer mudanças estruturais profundas em todo o Poder Judiciário, sem realizar um estudo prévio. O legislador desconsiderou a necessidade de uma análise dos impactos e da viabilidade da implementação do juiz das garantias a partir da escassez de recursos e da realidade orçamentária de cada tribunal, como por exemplo, em relação às comarcas com vara única, em que não haveria um juiz para atuar como o das garantias e outro para julgar a ação penal. Não houve, portanto, uma análise das alternativas e de suas respectivas consequências para execução do instituto.

Neste contexto, verifica-se a importância da Análise Econômica do Direito, especificamente de uma análise consequencialista, para que as previsões legislativas, decisões administrativas e judiciais não estejam desvinculadas da realidade e pautadas exclusivamente em princípios e ideais abstratos, que não encontram correspondência fática e, por isso, tornam a execução da lei, do instituto, ou do *decisum*, inviável diante de barreiras procedimentais, e no lugar de gerar uma solução eficiente, acabam por causar ainda mais problemas e discussões, como foi o caso do juiz das garantias.



Nota-se que poderia ter sido feita uma análise consequencialista *ex ante* do instituto, considerando as alternativas para a sua implementação nas comarcas com apenas um juiz, e examinando as consequências de cada alternativa a fim de verificar qual seria a mais eficiente, com menos custos e mais benefícios. Tal análise poderia ter evitado, por exemplo, a interposição das ações diretas de inconstitucionalidade, bem como da suspensão de aplicação do instituto, que estão diretamente relacionadas com a falta de um estudo prévio e com a distância da previsão legislativa da realidade orçamentária e estrutural dos tribunais.

No Brasil, cuja dimensão territorial é enorme e repleta de diversidade, cada tribunal tem uma realidade distinta que não pode ser ignorada, pois há um déficit de magistrados, ainda há muitos processos tramitando de forma física, o deslocamento de juízes, servidores ou dos próprios presos acarretaria custos, entre outras questões que demonstram a imprescindibilidade de uma análise das consequências de cada alternativa disponível para a execução do instituto.

Portanto, verifica-se a importância de considerar os institutos legais e jurídicos, também sob o ponto de vista econômico, pois, como visto, uma análise consequencialista pode contribuir significativamente para soluções mais eficientes, que considerem as dificuldades operacionais e orçamentárias do órgão responsável pela implementação, permitindo que o instituto encontre amparo na realidade fática e possa ser efetivamente executado.

REFERÊNCIAS

- BRASILEIRO, Renato. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2020.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Tradutor Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.



- COASE, Ronald. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, article 9, 2008.
- DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C R. Dir. Adm. Const.*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1068>. Acesso em: 09 mai. 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradutores Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan e Outros. 3 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1., n. 1, p. 7-32, 2010.
- GONÇALVES, Oksandro Osdival; MOURA, Rafael Osvaldo Machado. Reflexões sobre os efeitos criminais da Lei Maria da Penha à luz da análise econômica do direito. *Revista de Estudos Criminais*, v. 15, n. 60, p. 91-114, 2016.
- LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set/dez., 2018.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos; revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.



-
- MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.
- MATHIS, Klaus. Consequentialism in law. *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*. Law and Philosophy Library 98, DOI 10.1007/978-94-007-1869-2_1, p. 03-29, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- NORTH, Douglass C. *Institutions and the Performance of Economies Over Time*. Handbook of New Institutional Economics, p. 21-30, 2005.
- PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e Direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 457-472, 2018. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5218/3760>>. Acesso em: 25 jun. 2021.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PIROZI, José Machado. Consequencialismo judicial – uma realidade ante ao impacto socioeconômico das sentenças. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, a. 59, n. 187, p. 19-33, out./dez., 2008.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória em malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai., 2008.
- SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez., 2012.
- SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 213, p. 02-03, 2010.



-
- SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANNMARGALIT, Edna. Second-order decisions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper n. 01*, Chicago, p. 01-36, 1999. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=193848>. Acesso em: 08 jul. 2021.
- TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do Direito: Proposições Legislativas e Políticas Públicas. *Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado*, Brasília, p. 6-35, out. 2014, p. 09. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 25 jun. 2021.
- VASCONCELLOS, Vinicius. O “sistema acusatório” do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, p. 181-204, jul./dez., 2015.
- WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H. Behavioral law and economics: its origins, fatal flaws, and implication for liberty. *Northwestern University Law Review*, Vol. 106, No. 3, p. 1033-1090, 2012.