

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP  
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**BRUNA SARAIVA DA ROCHA**

**PACOTE ANTICRIME: A INVASÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NA ESFERA DE  
COMPETÊNCIA DO JUIZ DA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO**

**BRASÍLIA  
DEZEMBRO 2020**

**BRUNA SARAIVA DA ROCHA**

**PACOTE ANTICRIME: A INVASÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NA ESFERA DE  
COMPETÊNCIA DO JUIZ DA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
como requisito para a conclusão da graduação  
em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino  
Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

**ORIENTADOR: PROF.<sup>a</sup> ESPECIALISTA  
CAROLINA CARVALHAL LEITE  
BRITO**

**BRASÍLIA  
DEZEMBRO 2020**

**BRUNA SARAIVA DA ROCHA**

**PACOTE ANTICRIME: A INVASÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NA ESFERA DE  
COMPETÊNCIA DO JUIZ DA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO**

Trabalho apresentado à banca examinadora  
como requisito parcial para a obtenção do  
grau de Bacharel em Direito pela Instituto  
Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e  
Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof.<sup>a</sup> Especialista Carolina  
Carvalho Leite Brito

Brasília - DF, 01 de dezembro de 2020

---

Prof.<sup>a</sup> Especialista Carolina Carvalho Leite Brito  
Professora Orientadora  
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

---

Dr. Bruno Andre Silva Ribeiro  
Membro da Banca Examinadora  
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

---

Mestre Marília Araújo Fontenele De Carvalho  
Membro da Banca Examinadora  
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

## **AGRADECIMENTOS**

À minha orientadora, Professora Especialista Carolina Carvalhal Leite, que me guiou durante toda a elaboração deste trabalho e me incentivando a buscar por mais perspectivas e inovações na área. Uma orientadora que debateu cada capítulo e sanou cada dúvida qualquer que fosse o horário proporcionando uma experiência inesquecível.

À Professora Mestre Janete Ricken que sempre se mostrou disposta a ajudar seus alunos independente do dia e da hora. Uma professora que desde o início da graduação incentivou a busca pelo extraordinário na área da pesquisa, monitoria e estudos em grupo, tonando-se um exemplo para a profissão.

Ao Professor Doutor Danilo Porfírio que em todas as aulas demonstrou animação por sua profissão e área de atuação, que estimula seus alunos diariamente e confirmou que a melhor avaliação é aquela em que os alunos devem buscar mais conhecimento.

A todos os professores e equipe do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) que se mostraram dispostos a ajudar, trazendo o melhor de cada aluno e fornecendo todas as ferramentas necessárias para formar profissionais qualificados.

## RESUMO

A Lei 13.964/2019, Pacote Anticrime, que reformou o Código Penal, o Código Processual Penal e as Leis Extravagantes, determinou de forma explícita que o sistema processual brasileiro seria o sistema acusatório e trouxe uma inovação para o ordenamento jurídico brasileiro: a figura do juiz das garantias. O tema foi alvo de discussões tanto no âmbito penal como no âmbito constitucional. Com o objetivo de uma análise mais aprofundada, será realizada uma apresentação sobre o juiz das garantias e os motivos dos debates, primeiramente a invasão de competência na esfera de competência do juiz das instruções e julgamento, a visão dos operadores de direito e por fim uma observação sobre a (in)constitucionalidade dos dispositivos relacionados ao juiz das garantias na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298 Distrito Federal/2020.

Palavras-chave: Lei 13.964/2019, Pacote Anticrime, Código Processual Penal, Sistema Acusatório, Juiz das Garantias.

## **ABSTRACT**

The Law 13.964/2019, anti-crime package, which reformulated the Penal Code, the Penal Procedural Code and the Extravagant Laws, explicitly determined that the Brazilian procedural system would be the accusatory system and brought an innovation to the Brazilian legal system: the figure of the guarantee judge. The topic was the subject of discussions in the penal and constitutional spheres. Aiming at a more in-depth analysis, a presentation will be made about the guarantee judge and the reasons for the debates, first the invasion of competence in the sphere of competence of the investigating and trial judge, the view of the legal operators and finally an observation about the (in)constitutionality of the provisions related to the guarantee judge in the Precautionary Measure in the Direct Action of Unconstitutionality nº 6.298 Distrito Federal/2020.

**Keywords:** Law 13.964/2019, Anti-crime package, Penal Procedural Code, Accusatory system, Guarantee judge.

## **LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS**

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

AJUFE - Associação dos Juizes Federais do Brasil

Art. - Artigo

AMB - Associação dos Magistrados do Brasil

CF - Constituição Federal de 1988

CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

CPP - Código de Processo Penal

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CFOAB - Conselho Federal da Ordem dos Advogados Do Brasil

CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

CONDEGE - Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais

CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público

DPU - Defensoria Pública da União

HC - Habeas Corpus

MC - Medida Cautelar

MPF- Ministério Público Federal

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

PEC - Proposta de Emenda Constitucional

PJe - Processo Judicial eletrônico

PSL - Diretório Nacional do Partido Social Liberal

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2.</b>	<b>O JUIZ DAS GARANTIAS</b> .....	13
<b>2.1.</b>	<b>Sistemas Processuais Penais</b> .....	13
2.1.1.	Sistema Acusatório.....	13
2.1.2.	Sistema Inquisitório.....	14
2.1.3.	Sistema Misto.....	15
2.1.4.	Sistema Processual Penal no Brasil.....	16
<b>2.2.</b>	<b>O juiz das garantias</b> .....	17
2.2.1.	Conceito.....	17
2.2.2.	Garantia do investigado.....	19
2.2.3.	Observância do princípio da legalidade.....	22
2.2.4.	Imparcialidade do julgador.....	24
<b>2.3.</b>	<b>Direito Comparado</b> .....	26
2.3.1.	França.....	27
2.3.2.	Alemanha.....	28
2.3.3.	Itália.....	28
2.3.4.	Portugal.....	29
<b>2.4.</b>	<b>O Juiz das Garantias no Brasil</b> .....	30
2.4.1.	Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal.....	30
2.4.2.	Proposta de Emenda à Constituição Federal de 1988 nº 89 de 2015.....	31
2.4.3.	Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime.....	32
<b>3.</b>	<b>O JUIZ DAS GARANTIAS E A INVASÃO DE COMPETÊNCIA</b> .....	37
<b>3.1.</b>	<b>Notas introdutórias</b> .....	37
<b>3.2.</b>	<b>Atuação probatória</b> .....	39
3.2.1.	A vedação da iniciativa.....	39
3.2.1.1.	Do juiz das garantias.....	39
3.2.1.2.	Do juiz da instrução e julgamento.....	41

3.2.2.	A observância das garantias individuais na atuação do Poder Judiciário.....	43
3.2.3.	A atecnia legislativa do inciso X do art. 3º-B.....	45
<b>3.3.</b>	<b>A invasão de competência.....</b>	<b>47</b>
3.3.1.	A atuação do juiz das garantias na fase processual.....	48
3.3.2.	Recebimento da denúncia na forma do art. 399 do Código de Processo Penal.....	51
3.3.3.	A imparcialidade do juiz das garantias e do juiz da instrução e julgamento.....	55
3.3.4.	A solução para os equívocos do art. 3º-B, inciso XIV e do art. 3º-C.....	56
<b>3.4.</b>	<b>Dificuldade de implementação.....</b>	<b>59</b>
<b>3.5.</b>	<b>Visão dos operadores do direito - Magistrados, Membros do Ministérios Público e Advogados.....</b>	<b>60</b>
3.5.1.	Ordem dos Advogados do Brasil.....	61
3.5.2.	Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais.....	62
3.5.3.	Ministério Público Federal, Conselho Nacional do Ministério Público e Associação Nacional dos Membros do Ministério Público.....	63
3.5.4.	Associação dos Magistrados Brasileiros e Conselho Nacional de Justiça.....	65
<b>4.</b>	<b>MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.298 DISTRITO FEDERAL/2020.....</b>	<b>68</b>
<b>4.1.</b>	<b>Relatório.....</b>	<b>68</b>
<b>4.2.</b>	<b>Decisão Monocrática do Ministro Dias Toffoli.....</b>	<b>71</b>
4.2.1.	Juiz das garantias nos Tribunais.....	72
4.2.2.	Juiz das garantias no Tribunal do Júri.....	73
4.2.3.	Juiz das garantias na Lei Maria da Penha.....	74
4.2.4.	Juiz das garantias na Justiça Eleitoral.....	76
<b>4.3.</b>	<b>Decisão do Ministro Luiz Fux.....</b>	<b>77</b>
4.3.1.	(In)constitucionalidade Formal e Material.....	77
<b>5.</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>80</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>83</b>

**ANEXO A - Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal.** Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 15/01/2020. ....91

**ANEXO B – Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal.** Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22/01/2020. ....133

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/2019, mais conhecida como Pacote Anticrime, foi sancionada em 24 de dezembro de 2019 com o objetivo de aperfeiçoar a legislação penal, a processual penal e a extravagante e dando maior visibilidade ao sistema acusatório no processo penal.

O trabalho legislativo foi alvo de críticas e elogios por parte dos doutrinadores e operadores do direito, principalmente em relação determinação explícita da escolha do sistema acusatório como sistema processual do Brasil e a introdução do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro capítulo abordará o sistema processual brasileiro atual e como o Pacote anticrime o altera. Além de introduzir a figura do juiz das garantias apresentando suas responsabilidades e consequências para o ordenamento jurídico.

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941 até hoje possui inúmeros dispositivos relacionados ao resquício de um sistema inquisitório em que não existe a separação das funções de acusar, defender e julgar. Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma inovação para a época, mesmo que de maneira implícita, a separação das funções mencionadas, para assegurar as garantias constitucionais dos cidadãos.

Com o intuito de compatibilizar a estrutura do processo penal com o sistema estabelecido implicitamente na Constituição Federal, foram apresentadas diversas propostas para reformar o Código de Processo Penal de 1941.

Finalmente, devido a Lei nº 13.964/2019, determinou-se de forma explícita que o sistema processual brasileiro seria o sistema acusatório, vedando qualquer dispositivo inquisitorial.

Como um dos modos de aprimorar e concretizar a escolha de sistema processual, a Lei nº 13.964/2019 também apresentou o juiz das garantias com aparentemente todas as especificidades necessárias.

A figura do juiz das garantias não é desconhecida no Brasil, sua implementação já havia sido discutida várias vezes por mais de uma década, finalizada em tentativas de Emendas Constitucionais e Projetos de Lei.

Institui-se que o juiz das garantias seria responsável pela salvaguarda dos direitos individuais do investigado e pelo controle da legalidade da investigação criminal, sendo vedada a iniciativa do magistrado e a substituição da atuação probatória do órgão acusatório.

Uma das características mais importantes do juiz das garantias para o sistema acusatório é que ele, por atuar na fase pré-processual afasta a responsabilidade do juiz que irá proferir sentença da fase da investigação consequentemente de todas as diligências tomadas neste período. Logo, o magistrado da fase processual mante sua imparcialidade e os princípios como o devido processo legal são respeitados pelo processo penal.

O segundo capítulo apresentará uma visão mais crítica sobre o juiz das garantias apontando as atecnia legislativas, a invasão de competências do magistrado da fase pré-processual, além das dificuldades de implementação e a opinião dos operadores de direito.

A doutrina majoritária elogiou a introdução do juiz das garantias no Brasil, ainda mais depois de já ter sido comprovado o seu sucesso em outros ordenamentos jurídicos. Entretanto, também houveram alguns erros por parte do legislador.

Infelizmente, nem todos os artigos do Código de Processo Penal com resquícos inquisitórios foram alterados e outros dentro da própria lei estavam em contradições com o sistema acusatório.

A Lei nº 13.964/2019 também estabeleceu que a competência do juiz das garantias duraria toda a fase pré-processual, ou seja, fase da investigação e cessaria com o recebimento da denúncia nos termos do art. 399 do Código de Processo Penal.

O juiz das garantias foi introduzido como um magistrado que atuaria apenas durante a fase pré-processual, mesmo assim, sua competência cessa com o recebimento da denúncia, apresentando, assim, um ponto de discussão acerca de qual momento processual marca o início do processo.

O outro erro, entendido como uma atecnia legislativa, foi expandir a competência do juiz das garantias até o art. 399 do Código de Processo Penal e não até o art. 396 do Código de Processo Penal, considerado mais adequado.

Nas duas situações apresentadas, o juiz das garantias invade a esfera de competência do juiz da instrução e julgamento, o magistrado competente da fase processual e responsável por proferir uma sentença justa e imparcial.

Os operadores do direito e doutrinadores, em geral, demonstraram-se receptivos a esta nova figura processual e ansiosos com a sua efetiva implementação, com apenas algumas ressalvas sobre o tema.

O terceiro capítulo tratará das duas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF, algumas associações e partidos políticos ajuizaram contra o Pacote Anticrime, em especial, os dispositivos relacionados ao juiz das garantias

As partes autoras alegam a existência de vícios formais e materiais, além da urgência relacionada ao pleiteado devido ao perigo na demora processual poder causar danos de difícil ou impossível reparação ao Poder Judiciário e à sociedade.

A Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF foi concedida, inicialmente pelo Ministro Dias Toffoli que apresentou determinadas hipóteses para a não aplicação da figura do juiz das garantias, e pelo ministro Luiz Fux que suspendeu por tempo indeterminado a introdução do juiz das garantias na legislação processual penal.

## 2. O JUIZ DAS GARANTIAS

### 2.1. Sistemas Processuais Penais

#### 2.1.1. Sistema Acusatório

O sistema acusatório tem como principal característica a separação das funções dentro do processo penal, apresentando (i) um acusador – responsável por provocar o judiciário -; (ii) um acusado – possuidor de direitos: contraditório, ampla defesa e tratamento igualitário entre as partes – e (iii) um julgador imparcial e equidistante das partes.

No sistema acusatório, o juiz não pode agir de ofício, dependendo obrigatoriamente da iniciativa de um órgão público ou da parte ofendida para iniciar uma ação penal, obedecendo assim aos princípios *ne procedat judex ex officio* e *nemo judex sine actore*<sup>1</sup>, que significam respectivamente que o juiz não pode agir por conta própria – de ofício - e que não pode haver juiz sem um autor.

A gestão e a iniciativa probatória ou persecutória sujeitam-se a manifestação das partes, assegurando a imparcialidade do julgador. Na fase investigatória o juiz não pode agir de ofício, já durante a instrução, entende-se que o juiz possui uma liberdade de iniciativa probatória, podendo assim determinar de ofício a produção de provas que entender necessárias ao julgamento do mérito.<sup>2</sup>

Renato Brasileiro afirma que o julgador deve ser imparcial e atuar como “[...] um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. [...] sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões.”<sup>3</sup>

A Constituição Federal de 1988 acolheu o sistema acusatório como o sistema processual brasileiro no momento em que determinou a separação das funções de acusar e julgar, cabendo ao Ministério Público propor a acusação (art. 129 da CF) e estabeleceu as diretrizes do devido processo legal (art. 5º da CF), em especial quanto a garantia do juiz natural e do contraditório.

---

<sup>1</sup> O *ne procedat judex ex officio* e *nemo judex sine actore* são princípios apresentados em suma maioria acompanhados um do outro por complementação. Ambos estão relacionados ao princípio do processo penal de livre iniciativa das partes, válido tanto para a apresentação da acusação quanto para a produção de provas.

<sup>2</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 45.

<sup>3</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 44.

<sup>4</sup> Garantindo um sistema justo e imparcial em todas as áreas do Direito com uma importância incalculável para o processual penal.

### 2.1.2. Sistema Inquisitório

O sistema inquisitório, inspirado juridicamente no Direito romano imperial, começou a ser oportunamente utilizado na Roma Imperial<sup>5</sup>, espalhando-se posteriormente por toda a Europa a partir de XIII e substituindo lentamente o sistema acusatório que existia anteriormente.<sup>6</sup>

No sistema inquisitorial, o juiz pode desencadear o processo criminal *ex officio*, não sendo necessária a existência de uma acusação provocada pela parte interessada.<sup>7</sup> A gestão e a iniciativa probatória ficam à mercê do juiz inquisidor que tinha ampla liberdade para determinar a colheita de provas independente de provocação externa, da fase processual ou a quem essa conduta beneficiasse.<sup>8</sup>

O acusado não é considerado um sujeito do processo merecedor de direitos e deveres, permanecendo apenas como um objeto processual submetido a quaisquer meios para afirmar a finalidade do processo. Assim, não há espaço para a existência de um contraditório pleno ou igualdade de conhecimento e oportunidades.

A principal característica desse sistema ditatorial é a aglomeração de funções em uma única pessoa, o chamado juiz inquisidor, que teria ao mesmo tempo o dever de acusar, defender e julgar. Essa acumulação de encargos impossibilita a existência de uma imparcialidade do julgador, uma vez que quem acusa ambiciona uma condenação.

O jurista Aury Lopes Jr. expõe que esse arsenal de papéis agiria como causador vital da ruína do sistema inquisitorial que “ [...] foi desacreditado – principalmente por incidir em um

<sup>4</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 59.

<sup>5</sup> “*La fuente jurídica de inspiración fue el Derecho romano imperial de la última época (cognitio extra ordinem), com su ténue introducción de los rasgos principales de la Inquisición, conservado por la Iglesia y perfeccionado por el Derecho canónico, el cual, a su vez, constituyó la fuente doante abrevó la Inquisición laica, de passo triunfante por toda Europa continental a partir del siglo XIII*”. MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo 1, vol. B. Buenos Aires. Editorial Hamurabi S. R. L., 1989, p. 210. Apud GARCIA, Alessandra Dias. O Juiz das Garantias e a Investigação Criminal. São Paulo. 2014, p. 36. - Tradução literal: A fonte jurídica de inspiração foi o Direito Romano Imperial da última época (conhecimento fora de ordem), com sua ténue introdução das principais características da Inquisição, preservada pela Igreja e aperfeiçoada pelo Direito Canônico, que, por sua vez, constituiu a fonte da secular Inquisição, a partir de uma passagem triunfante pela Europa continental a partir do século XIII.

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 55.

<sup>7</sup> Uma violação do princípio *ne procedat iudex ex officio*, que garante a imparcialidade do juiz e concretiza a inércia da jurisdição ao instituir que o juiz é proibido de agir de ofício e de iniciar uma ação por iniciativa própria, dependendo da iniciativa de um órgão público ou da parte ofendida.

<sup>8</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 42.

erro psicológico<sup>9</sup>: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.”<sup>10</sup>

O sistema inquisitorial perdurou até finais do século XVIII e início do século XIX, momento marcado pela apresentação de novos princípios de valorização do ser humano e movimentos filosóficos originados da Revolução Francesa que repercutiram no processo penal alterando-o gradualmente para um sistema misto.<sup>11</sup>

### 2.1.3. Sistema Misto

Após inúmeras alterações com a modificação napoleônica sobre o sistema inquisitorial surge, com o *Code d’Instruction Criminelle*<sup>12</sup> francês em 1808, o sistema processual misto, também conhecido como sistema francês.<sup>13</sup>

Trata-se de um novo modelo que funde os dois sistemas anteriores:

A primeira fase do processo é caracteristicamente inquisitorial, ou seja, é o momento em que são realizadas uma investigação introdutória e uma instrução preparatória com o objetivo de averiguar a materialidade e autoria do suposto delito. Essa fase é privada de acusação, logo, também não há contraditório.<sup>14</sup>

A segunda fase é essencialmente acusatória, oportunidade em que a parte acusadora apresenta a acusação e o acusado tem a oportunidade de se defender. Por fim, o juiz é capaz de julgar o caso – teoricamente- de maneira completamente imparcial.<sup>15</sup>

Apesar da diferenciação feita de tipos de sistemas processuais, acusatório, inquisitório e misto, deve-se perceber que depois de tantos séculos não mais existem sistemas processuais puros, pois na verdade todos os sistemas são mistos.<sup>16</sup> A única diferença extravagante seria o

<sup>9</sup> A expressão “erro psicológico” foi originalmente apresentada por James Goldschidt em sua obra *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, p. 29.

<sup>10</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 56.

<sup>11</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 56.

<sup>12</sup> *Code d’Instruction Criminelle* que traduzido para o português significa: Código de Investigação Criminal.

<sup>13</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Op. Cit., p. 45.

<sup>14</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 45.

<sup>15</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 45.

<sup>16</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 56.

princípio base do sistema que está ligado a atuação do julgador no decorrer do processo – se o julgador é possuidor ou não da gestão das provas.

#### 2.1.4. Sistema Processual Penal do Brasil

A doutrina majoritária argumenta que o Brasil se encaixa naturalmente neste sistema processual principalmente porque o Código de Processo Penal quando foi legitimado apresentava exatamente uma fase inicial inquisitorial – fase do inquérito policial – e posteriormente uma fase acusatória.

Entretanto, alguns processualistas <sup>17</sup>discordam dessa tese considerada superficial e interpretam que na verdade o sistema processual penal brasileiro, na prática, é essencialmente inquisitório ou neoinquisitório, uma vez que a fase processual não é acusatória possuindo inúmeros resquícios da gestão da prova como uma atribuição do juiz. <sup>18</sup>

Acerca do tema o autor Aury Lopes Jr. expõe que:

[...], é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz. <sup>19</sup>

Além, a Constituição Federal de 1988, como já mencionado, previu de maneira expressa a separação obrigatória das funções processuais de acusar, defender e julgar, assegurando os princípios da publicidade, do contraditório e ampla defesa, sem expressamente mencionar o sistema acusatório.

Já o Código de Processo Penal possui uma inspiração jurídica do modelo fascista italiano, dessa maneira a parte acusatória do processo ainda exibia processos e procedimentos com propriedades inquisitoriais. <sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> O autor Aury Lopes Jr. cita em sua obra especificamente os processualistas Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Geraldo Prado e Alexandre Moraes da Rosa como críticos da tese adotada pela maioria acerca da devida caracterização do processo penal brasileiro.

<sup>18</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 65.

<sup>19</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 63.

<sup>20</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 45.

Dessa maneira, existe assim uma contradição entre normas, em que uma legislação infraconstitucional está em desacordo com a Constituição Federal, que deve ser completamente solucionada.

Graças a redação da Lei 13.964/2019 houve uma minuciosa “filtragem constitucional”<sup>21</sup> dos artigos do Código de Processo Penal que estavam em desacordo com a Lei Magna que também resolve a discrepância de opiniões acerca do sistema processual penal do Brasil, em seu art. 3º-A<sup>22</sup>, ao legitimar expressamente que: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

## **2.2. O juiz das garantias**

### **2.2.1. Conceito**

Na esfera penal, diversas vezes, é necessário a existência de duas fases para a resolução da infração penal, a fase pré-processual e a fase processual.

A primeira fase é um conjunto de procedimentos executados, de maneira extrajudicial e preparatória para a ação penal, com o intuito de apurar todas as particularidades do delito, ou seja, é a etapa em que são averiguados os fatos, as circunstâncias e os autores da violação penal.<sup>23</sup> Essa fase investigatória é em sua maioria realizada pela polícia judiciária, também podendo ser exercida por autoridades administrativas, conforme art. 144 da Constituição Federal e art. 4º do Código de Processo Penal<sup>24</sup>.

A segunda fase é a concretização de todas as normas e princípios dentro do processo. A fase processual, também conhecida como instrutória ou probatória, inicia-se com o recebimento denúncia e termina com o trânsito em julgado da ação penal. É o momento em que são oferecidas e justificadas as acusações, as devidas defesas e por fim o julgamento.

---

<sup>21</sup> Termo utilizado por Aury Lopes Jr. para descrever a retirada dos dispositivos incompatíveis em específico com o princípio acusatório integrado expressamente no sistema acusatório e adotado pela Constituição de 1988.

<sup>22</sup> Devido a concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n 6.298, 6.300 e 6.305 do Ministro Luiz Fux, está atualmente suspensa, sine die, a eficácia deste artigo.

<sup>23</sup> Art. 42 Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871: O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e complices; e deve ser reduzido a instrumento escripto, observando-se nelle o seguinte: [...].

<sup>24</sup> Art. 4º do Código de Processo Penal: A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função

Nesse cenário, introduziu-se a figura do juiz das garantias que atuará na fase pré-processual, sendo responsável pela guarda dos direitos individuais e pelo controle da legalidade da investigação criminal e subsidiariamente pela maior imparcialidade do juiz que participará da fase processual.

Existem diversos nomes pelo mundo para a mesma função: na Itália, *Il giudice per le indagini preliminari*<sup>25</sup>, na França, *Le juge des libertés et de la détention*,<sup>26</sup> ou *JLD*, na Alemanha, *Ermittlungsrichter*<sup>27</sup>, no Brasil, juiz das garantias. Diante de inúmeras possibilidades, este nome não foi o mais adequado para se adotar em um país que equivocadamente igualam garantias à impunidade<sup>28</sup>. Possivelmente, uma denominação relacionada com a fase pré-processual ou incluindo todas as funções desse juiz tornasse sua implementação social mais fácil.

Nesse modelo de “duplo juiz”<sup>29</sup>, o juiz das garantias não é um investigador e não terá uma conduta inquisitória, ou seja, este é completamente inerte em relação a persecução penal.<sup>30</sup> Dessa maneira, o juiz pré-processual não pode promover a iniciativa ou a gestão de provas ou proferir decisões com o intuito de incentivar uma futura acusação.

Rubens Casara conceitua o juiz das garantias como um “responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das liberdades públicas, ou seja, das inviolabilidades pessoais/liberdades individuais frente à opressão estatal, na fase pré-processual”.<sup>31</sup>

Destarte, havendo um juiz privativo, teoricamente, restringido à fase pré-processual, aprimora-se o processo penal ao criar um ambiente imparcial para o juiz da instrução que não terá contato com o processo antes do devido momento e sem ter interferido na produção probatória do inquérito.

Como evidenciado por Aury Lopes Jr.:

<sup>25</sup> *Il giudice per le indagini preliminari* que traduzido para português significa: O juiz da investigação preliminar ou o juiz da instrução.

<sup>26</sup> *Le juge des libertés et de la détention* que traduzido para português significa: O juiz das liberdades e da detenção

<sup>27</sup> *Ermittlungsrichter* que traduzido para português significa: Juiz de investigação.

<sup>28</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 187.

<sup>29</sup> O modelo de “duplo juiz”, conhecido originalmente como “*doble juez*” no Chile e no Uruguai, estabelece a simples e pura necessidade da existência de dois juízes distintos para atuar no mesmo feito. O primeiro na fase pré-processual responsável pela adequada e justa investigação e o outro que irá instruir e julgar o caso.

<sup>30</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm. 2020, p. 70.

<sup>31</sup> CASARA, Rubens R. R. Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 170. apud MACHADO, Leonardo Marcondes. Juiz das garantias: a nova gramática da Justiça criminal brasileira. Consultor Jurídico, [S. l.], p. 1, 21 jan 2020.

É importante destacar que a posição do “juiz” é fundante da estrutura processual. Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador<sup>32</sup>.

### 2.2.2. Garantia do investigado

A fase da investigação criminal, como já observado anteriormente, é estritamente inquisitiva pelo fato de limitar os direitos do investigado à ampla defesa e ao contraditório. Devido a este desequilíbrio durante a fase pré-processual é imprescindível assegurar o respeito pelos outros direitos do investigado e os princípios que os rodeiam, expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Constituição Federal de 1988.

Uma das funções do juiz das garantias é justamente garantir que os direitos do investigado não sejam violados durante a investigação criminal sob nenhuma circunstância, salvo as possibilidades previstas em lei.

A Sentencia C – 163/08 (2008) da Corte Constitucional da Colômbia enuncia que:

JUIZ DE CONTROLE DE GARANTIA - Garantidor da proteção judicial da liberdade e da efetividade e cumprimento dos mandatos constitucionais e legais daqueles que participam do processo criminal. O status de garante do juiz baseia-se nas características de autonomia e independência que a Constituição reconhece em suas decisões.<sup>33</sup>

Um dos direitos do investigado é relacionado ao princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade, que garante que qualquer pessoa investigada deve ser considerada inocente até prova em contrário, preceito este que deverá ser seguido até o final da fase processual.

Aury Lopes Jr. conceitua o a presunção de inocência como um princípio administrador do processo penal e o nível de respeito e eficácia a este demonstram “o grau de evolução civilizatória de um povo”, sendo dessa maneira um “dever de tratamento processual” a ser seguido obrigatoriamente para obter-se um sistema processual penal respeitador da dignidade e dos direitos da pessoa<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 58.

<sup>33</sup> Supremo Tribunal Federal. Juiz das Garantias: Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temática. 2020, p. 108.

<sup>34</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 137 e 162.

Assim, uma vez que todos são considerados inicialmente inocentes a liberdade do investigado torna-se regra e sua restrição uma exceção aceita unicamente em situações específicas - como no caso da prisão temporária<sup>35</sup> ou da prisão preventiva<sup>36</sup>

Conforme exibido no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição inciso LVII “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” Ainda, como enunciado no art. 9º da Declaração Universal dos Direitos Humanos “Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado”.

Uma das mais importantes garantias que o investigado possui é a garantia constitucional do devido processo legal que segundo Luiz Flávio Gomes, trata-se de um complexo conjunto de normas, princípios, regras e proibições atuantes ao mesmo tempo.<sup>37</sup>

Esta garantia é mencionada especificamente no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988 que prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e em seguida dispendo de outras garantias que são regidas pelo devido processo legal e em conjunto proporcionam a sua existência.

Adentrando especificamente para o processo penal, Rogério Lauria Tucci expõe que o devido processo penal particulariza-se em outras garantias, entre elas: (i) livre acesso à Justiça Penal; (ii) o direito a um juiz natural; (iii) tratamento igualitário entre as partes; (iv) observância ao direito de defesa do investigado; (v) publicidade e motivação das decisões penais; (vi) razoável duração do processo e (vii) legalidade da execução penal.<sup>38</sup> Garantias estas que são inclusive as mesmas garantias que caracterizam o sistema processual penal acusatório.

A doutrina majoritária acredita que a fase de investigação criminal, por ter características inquisitivas, não abre espaço para contraditório e ampla defesa. Contudo, outros doutrinadores como Aury Lopes, aceita que, ainda que mínima, o investigado tem direito a estas garantias durante a fase pré-processual.

---

<sup>35</sup> Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária.

<sup>36</sup> Art. 282, § 6º do Código de Processo Penal: A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

<sup>37</sup> GARCIA, Alessandra Dias. O Juiz das Garantias e a Investigação Criminal. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014, p. 54.

<sup>38</sup> GARCIA, Alessandra Dias. O Juiz das Garantias e a Investigação Criminal. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014, p. 57.

Junto ao contraditório, é possível encontrar o direito a defesa no decorrer da investigação criminal. Aury Lopes classifica a defesa em: defesa pessoal – positiva e negativa -, realizada pelo próprio investigado ou acusado, ambas possíveis de execução durante a fase pré-processual e defesa técnica, que é aquela realizada por intermédio de um representante/advogado.<sup>39</sup>

Dentro da investigação, o interrogatório é o momento de maior possibilidade de exercer esse direito de defesa pessoal de maneira positiva, através da confissão e colaboração, ou negativa, através da negação em declarar (direito ao silêncio<sup>40</sup>).<sup>41</sup>

A defesa técnica, realizada por intermédio de um advogado, pode ser melhor interpretada como uma preparação para a futura defesa. É um direito do defensor ter amplo acesso as provas já documentadas no procedimento investigatório que podem servir no exercício do direito de defesa do investigado durante a fase processual (caso aconteça).

Este direito do defensor, o qual Aury Lopes chama de defesa técnica, está regida no Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB):

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração;

Já a existência de contraditório e ampla defesa defendida pelo doutrinador não existem de nenhuma maneira durante a fase da investigação. Nesse cenário, de uma fase com características inquisitórias, em que dois importantes princípios constitucionais – e consequentemente processuais penais – são negados ao investigado, que se observa a importância da inclusão do juiz das garantias para zelar pelas outras garantias individuais.

As Sentencia 1001/05 (2005) e Sentencia C-591-05(2005) da Corte Constitucional da Colômbia bem elucidam que o juiz de controle das garantias é o principal garantidor da proteção judicial da liberdade e de todos os direitos fundamentais individuais daqueles que participam do processo penal e se submetem ao julgamento e possíveis restrições das liberdades e direitos de uma autoridade judicial competente, com ênfase na garantia dos direitos fundamentais do

<sup>39</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 150.

<sup>40</sup> A Constituição Federal assegura no artigo 5º, inciso LXIII, que: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”

<sup>41</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 150.

acusado. Dessa maneira, aproximando-se cada vez mais de um mais um sistema processual penal com tendência acusatória que busca definir a verdade e efetivar a realização da justiça.<sup>42</sup>

### 2.2.3. Observância do princípio da legalidade

O princípio da legalidade é um pilar básico do Estado Democrático fundado no máximo de garantias individuais possíveis com a menor intervenção punitiva estatal. Este garante uma limitação do poder estatal sob a esfera de liberdade de um cidadão.

Maurício Zanoide de Moraes revela que:

A legalidade, que deve obedecer a todos os ditames constitucionais de produção legislativa, confere a um só tempo (i) a segurança jurídica a todos os cidadãos para conhecerem em quais hipóteses e com que intensidade os agentes persecutórios podem agir e, também, (ii) a previsibilidade necessária para, de antemão, saber quando os agentes públicos agem dentro dos limites legais e se estão autorizados a restringir os direitos fundamentais.<sup>43</sup>

A primeira previsão normativa internacional desse direito foi na Declaração Universal do Direitos do Homem, em 1978, que prevê que: “Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescrita” (art. XI, 2), mais tarde institucionalizado nas Constituições revolucionárias francesas.<sup>44</sup>

O princípio da legalidade, no Brasil, é tratado, tradicionalmente, como uma garantia constitucional e uma norma do Direito Penal. A primeira aparição dessa garantia foi na Constituição Federal de 1824<sup>45</sup> – inspirada nas bases expostas pela revolução francesa -, e no Código Criminal de 1830<sup>46</sup>, passando por diversas alterações até chegar a Constituição Federal e Código Penal vigentes.

<sup>42</sup> Supremo Tribunal Federal. Juiz das Garantias: Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temática. 2020, p. 107.

<sup>43</sup> MORAES, Maurício Zanoide. Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. Coordenação: Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 33-34.

<sup>44</sup> Parte geral / Damásio de Jesus; atualização André Estefam. – Direito penal. Vol. 1- 37. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 115.

<sup>45</sup> Na Constituição Federal de 1824 o princípio da legalidade encontrava-se no art. 179, 11: “ninguém será sentenciado senão por autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita”.

<sup>46</sup> O Código Criminal de 1830 expressava o princípio da legalidade ao expor, em seu art. 1º, que “não haverá crime ou delito sem uma lei anterior, que o qualifique”, e que, com o art. 33, “nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos, daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio, ou mínimo, salvo o caso em que aos juízes se permitir arbítrio”.

Esta garantia fundamental como está exposta na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” pode ser empregada dentro de diversas áreas do Direito, como por exemplo o direito Civil, Penal e Administrativo.

Ao ser submetido a esfera penal-processual, o princípio da legalidade apresenta-se através da expressão *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, ou seja, não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal, conforme previsto no art. 1º do Código Penal.

Esse dispositivo considera que uma conduta não pode ser considerada crime ou digna de punição se antes de ser realizada não houver uma lei definindo-a como criminal e sujeita a sanção, ou seja, apenas com a existência de lei anterior à conduta que a defina como delito sujeito a condenação/repreensão que será autorizada coerção da esfera de direitos individuais.<sup>47</sup>

O princípio da legalidade pode ser dividido em dois aspectos, da legalidade material e da legalidade formal. A legalidade material trata da observância dos direitos e garantias fundamentais que devem ser resguardados durante o processo. Por outro lado, a legalidade formal é aquela que representa o cumprimento correto dos trâmites procedimentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Como evidenciado por Renato Brasileiro:

O princípio da legalidade processual, desdobramento do princípio geral da legalidade (CF, art. 5º, incisos II e LIV), demanda tanto a regulamentação, por lei, dos direitos exercitáveis durante o processo, como também a autorização e a regulamentação de qualquer intromissão na esfera dos direitos e liberdades dos cidadãos, efetuada por ocasião de um processo penal.<sup>48</sup>

A função do juiz das garantias é justamente garantir a legalidade material e formal durante a investigação realizada pelo Ministério Público e/ou pela Polícia, conforme disposto no art. 3º - B da Lei 13.964/2019:

---

<sup>47</sup> MORAES, Maurício Zanoide. Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. Coordenação: Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 33-34.

<sup>48</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 85.

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário [...].

Os direitos fundamentais do investigado devem ser resguardados, como por exemplo o direito a defesa, o direito de produzir provas e requerer diligências (juiz como garantidor de direitos e garantias do investigado).

Ainda, todas as medidas restritivas de direitos devem ser justificadas em decisão judicial fundamentada seguindo os procedimentos expostos em lei, como por exemplo o requerimento de interceptação telefônica e requerimento de prisão provisória e sua prorrogação (juiz como garantidor da legalidade da investigação).

#### **2.2.4. Imparcialidade do julgador**

A imparcialidade é um “princípio supremo do processo” considerado fundamental para o bom funcionamento do órgão jurisdicional e a única maneira de obter uma reparação judicial justa. A imparcialidade é a base para todo o processo constitucional e democrático dentro do sistema processual acusatório.<sup>49</sup>

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>50</sup> – da qual o Brasil é signatário – em seu art. 8º estabelece a obrigatoriedade de um juiz competente e imparcial como uma das Garantias Judiciais dentro de um modelo processual penal democrático e que respeita os direitos dos indivíduos.

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.<sup>51</sup>

A introdução do juiz das garantias no ordenamento jurídico reforça e efetiva esse princípio, pois constrói-se um afastamento real do juiz em relação a atividade investigatória ao impedir que o juiz aja de ofício ou adote medidas que promovam a decisão de acusar.

<sup>49</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 90.

<sup>50</sup> Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

<sup>51</sup> Art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Assim, retirada a figura do juiz-instrutor (julgador com poderes investigatórios) abre-se espaço para a imparcialidade dentro da fase pré-processual e sendo o juiz da instrução, que não tem conhecimento dos autos da investigação, posteriormente o responsável pelo caso abre-se espaço para uma maior imparcialidade na fase processual.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH – nos casos *Persack* (1982) e *Cubber* (1984) observou que juízes com poderes investigatórios era incompatível com a função de um julgador nos princípios de um sistema processual penal acusatório e que um juiz contaminado por “pré-juízos” tem sua imparcialidade subjetiva ou objetiva afetada.<sup>52</sup>

A imparcialidade subjetiva é a relacionada com a convicção pessoal do magistrado e tem como objetivo evitar que um juiz contaminado por uma convicção prévia conduza o julgamento. Já a imparcialidade objetiva trata da aparência do magistrado, durante o processo o julgador não pode demonstrar dúvidas sobre sua imparcialidade. Em outros termos, não basta ser imparcial, deve-se demonstrar essa imparcialidade sem deixar margem para questionamentos.

Além, o jurista alemão Bernd Schünemann realizou uma pesquisa empírica com 58 juízes criminais e membros do Ministério Público aleatoriamente dentro do território da Alemanha sobre a teoria da dissonância cognitiva<sup>53</sup> aplicada no direito processual penal.

O objetivo do estudo era analisar se os juízes que possuíam ciência total dos autos da investigação criminal e decidiam a favor da acusação e posteriormente passavam a presidir a audiência e a proferir a sentença possuíam algum comprometimento da imparcialidade, ou seja, desejava-se aferir se a “acumulação de papéis” conduzia à falta de imparcialidade do julgador.

A interpretação dos resultados foi de que: (i) os juízes que tiveram conhecimento dos autos da investigação durante a audiência de instrução e julgamento, os juízes nem apreenderam e nem armazenaram adequadamente as teses defensivas, pois possuem uma assimilação de

---

<sup>52</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 93.

<sup>53</sup> A Teoria da dissonância cognitiva observa as diferentes reações que o ser humano pode ter ao ser colocado frente a duas ideias/opiniões diferentes e até mesmo completamente antagônicas. No âmbito do direito processual penal seria analisada as reações do juiz ao ser submetido a duas argumentações contrárias (acusação e defesa), juntamente com a sua própria opinião sobre o caso. Existem dois efeitos gerados pelo ser humano com o intuito de diminuir o desconforto gerado pela dissonância cognitiva: (i) efeito inércia ou perseverança, em que não trata de buscar ou ouvir nada além do que já foi apresentado, superestimando essas informações – que são as do inquérito ou da denúncia -; (ii) busca seletiva de informações, em que o magistrado busca por informações que comprovem o que lhe foi escolhido como correto. Encontra-se, então, o problema, um magistrado que não se prende a verdade com a imparcialidade violada.

informação distorcida voltada unicamente para as informações incriminadoras constadas nos autos da investigação aos quais tiveram acesso previamente; (ii) possuem uma maior tendência a condenar o acusado, mesmo em audiências ambíguas.

O juiz da instrução inicia o processo sem nenhuma influência anterior, visto que este não emite juízo acerca de oportunidades ou requerimentos que ferem direitos do investigado, não decide sobre medidas cautelares, não sente peso por ter decidido a favor ou contra alguma das partes, não possui uma assimilação de informação distorcida. Nas palavras de Fabiano Augusto Martins Silveira, o juiz da instrução “em nenhum momento compartilhou a perspectiva dos órgãos de persecução penal”.<sup>54</sup>

Demonstra-se, assim, não apenas a importância da separação completa entre as fases, mas a sua necessidade dentro do processo penal para a devida imparcialidade do julgador – seja do juiz das garantias ou do juiz da instrução.

### **2.3. Direito Comparado**

A figura do juiz das garantias não é nova no direito comparado, na realidade sua função já está consolidada em diversos países a décadas, como por exemplo a França, a Alemanha, a Itália e Portugal.

Existem dois modelos básicos acerca do juiz das garantias utilizados pelo mundo. O primeiro é conhecido como um juiz de instrução que faz parte de um modelo de investigação anterior ao judicial. Neste modelo, o julgador caracterizado por ser o encarregado da instrução preliminar judicial e ser vedada a atuação que favoreça ou influencie uma possível condenação futura. Os ordenamentos jurídicos que adotam este modelo são os da França e da Espanha.

O outro modelo aperfeiçoa o juiz das garantias como um juiz que irá assegurar os direitos constitucionais/individuais do investigado durante a investigação criminal. Nesse modelo, a função de garantidor de direitos é igualmente significativa a função de controlador da legalidade da investigação. Os ordenamentos jurídicos que adotam este modelo são os dos

---

<sup>54</sup> SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias, Revista de Informação Legislativa nº 183, julho/set 2009, p. 89.

países da Europa como a Alemanha, a Itália e Portugal e os dos países da América Latina como o Paraguai e a Argentina.

Apesar de cada um possuir algumas diferenças entre si, caracterizações únicas, todos sustentam a necessidade de existir um julgador com competência restrita a fase da investigação que deve garantir os direitos do acusado e/ou a legalidade do processo.

### 2.3.1. França

Na França, a investigação preliminar é conduzida por um juiz de instrução, consagrado como *juge d'instruction* (juiz da instrução), que quando provocado pelo Ministério Público ou pelo ofendido, é responsável por investigar -tanto em favor da acusação quanto da defesa -, comprovar o fato e identificar o agente do delito.<sup>55</sup>

De acordo com Dervieux, esse juiz de instrução possui o papel de investigador, encarregado de recolher informações sobre as provas da infração e da autoria e de julgador, responsável por decidir sobre a realização de exames, emprego de força pública, detenção provisória do investigado e sob o controle judiciário.<sup>56</sup>

Em 2000, a lei da presunção da inocência, que tem como objeto a proteção dos direitos individuais dos investigados – em especial a prisão preventiva- introduziu no ordenamento francês uma nova figura que passaria a atuar em conjunto com o juiz de instrução, o juiz das liberdades e da detenção. O *juge des libertés et de la détention*<sup>57</sup> é o único juiz competente para decidir acerca de medidas que restrinjam a liberdade do investigado durante a fase pré-processual.

Existe um grande debate sobre a supressão do juiz de instrução, sob a visão de que cada vez mais as atividades exercidas por este estão sendo realizadas pelo Ministério Público, por outro lado, isso significaria uma grande mudança no sistema francês enraizado desde o código napoleônico de 1808.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001., p. 217.

<sup>56</sup> SERRANO DA SILVA, Larissa Marila. Op. cit., p. 48.

<sup>57</sup> *Juge des libertés et de la détention* que traduzido para o português significa: juiz das liberdades e da detenção.

<sup>58</sup> SERRANO DA SILVA, Larissa Marila. Op. cit., p. 48.

### 2.3.2. Alemanha

As primeiras concepções sobre o juiz das garantias no mundo originaram-se na Alemanha durante a década 1970, período em que o modelo em que um juiz tinha a função de investigar e julgar estava sendo questionado em muitos países europeus e conseqüentemente, entrando em crise.

Em 1974, a Alemanha reformou o seu Código de Processo Penal, *Strafprozeßordnung* (*StPO*), abandonando de vez o juizado de instrução e substituindo-o por um promotor investigador.

Conforme as seções 151 a 177 do código, o promotor é responsável por averiguar as circunstâncias do possível delito com o objetivo de decidir acerca de exercer ou não uma ação penal e o Ministério Público e a polícia judiciária, responsáveis pela realização das atividades investigatórias.<sup>59</sup>

No sistema penal alemão, as medidas investigativas consideradas necessárias são requisitadas ao promotor, enquanto ao juiz é reservado a obrigação de zelar pelos direitos individuais do investigado violados devido a investigação, logo qualquer ato que possa ferir a liberdade individual deve ser previamente autorizado por um juiz.<sup>60</sup>

No ordenamento jurídico da Alemanha não há uma norma que proíba o juiz que atuou na investigação de atuar no julgamento, apenas no caso de o próprio juiz recusar-se sob alegação de suspeita de parcialidade.<sup>61</sup>

Percebe-se que esse juiz, conhecido como *Ermittlungsrichter*, não é um juiz-instrutor e sim um juiz-garantidor, controlador da legalidade da investigação.

### 2.3.3. Itália

---

<sup>59</sup> SERRANO DA SILVA, Larissa Marila. A Construção do Juiz das Garantias no Brasil: A Superação da Tradição Inquisitória. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte Faculdade de Direito – UFMG. 2012, p. 55.

<sup>60</sup> SERRANO DA SILVA, Larissa Marila. A Construção do Juiz das Garantias no Brasil: A Superação da Tradição Inquisitória. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte Faculdade de Direito – UFMG. 2012, p. 56.

<sup>61</sup> SERRANO DA SILVA, Larissa Marila. A Construção do Juiz das Garantias no Brasil: A Superação da Tradição Inquisitória. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte Faculdade de Direito – UFMG. 2012, p. 48.

O Código de Processo italiano de 1988 extinguiu o juizado de instrução, assim como o Código de Processo Penal alemão, abandonando um sistema processual misto baseado em ideias fascistas do Código de Rocco de 1930 em busca de um sistema acusatório.

Na primeira fase do processo penal italiano, o Ministério Público juntamente com a polícia judiciária desenvolvem atividades instrutórias. O juiz garante, *giudice per le indagini preliminari*, possui a função de controlar a adoção e realização de medidas restritivas de direitos considerados fundamentais do investigado.<sup>62</sup>

Diferentemente do ordenamento alemão, o italiano possui uma norma que proíbe estritamente o juiz que atuou na investigação de participar da fase processual, visto que sua imparcialidade fica comprometida, independente das decisões tomadas na fase pré-processual.

#### 2.3.4. Portugal

A reforma processual penal portuguesa de 1987, de natureza claramente acusatória, foi resultado do modelo alemão com influência das discussões sobre o Código de Processo Penal italiano.

Em conformidade com o estabelecido nos arts. 17 e 53 do Código de Processo Penal Português de 1987, o Ministério Público é encarregado da direção da investigação criminal, amparado pela Polícia Judiciária. Já o juiz de instrução é responsável por “proceder à instrução, decidir quanto a pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até a remessa do processo para julgamento”.<sup>63</sup>

Apesar da dualidade que alguns dispositivos do código apresentam sobre a natureza do juiz como investigador ou garantidor, prevalece a interpretação de que a atividade instrutória na verdade é uma conduta do promotor e que não existe um juiz instrutor. Prevalece a concepção de um juiz das garantias, que garante os direitos individuais do investigado e não possui iniciativa processual própria.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 223.

<sup>63</sup> SERRANO DA SILVA, Larissa Marila. A Construção do Juiz das Garantias no Brasil: A Superação da Tradição Inquisitória. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte Faculdade de Direito – UFMG. 2012, p. 54.

<sup>64</sup> SERRANO DA SILVA, Larissa Marila. A Construção do Juiz das Garantias no Brasil: A Superação da Tradição Inquisitória. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte Faculdade de Direito – UFMG. 2012, p. 55.

Em concordância com o Código de Processo Penal italiano, o português estabelece que o juiz garantidor da fase de investigação preliminar não pode atuar posteriormente na fase processual.

## **2.4. O Juiz das Garantias no Brasil**

A ideia de introduzir a figura do juiz de garantias no ordenamento jurídico brasileiro não é recente. A necessidade de se ter um personagem que garantisse os direitos individuais do investigado e a legalidade de toda a fase pré-processual tornou-se inevitável, assim como uma maior imparcialidade do julgador para se alcançar verdadeiramente um sistema penal acusatório.

Com o intuito de compatibilizar a estrutura do processo penal com o sistema estabelecido implicitamente na Constituição Federal, surgiram diversas propostas para reformar o Código de Processo Penal de 1941.

### **2.4.1. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**

Em março de 2008, o Senado Federal formou uma comissão de juristas com o objetivo de elaborar um anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal para entorná-lo compatível com a Carta Magna.

O anteprojeto focou em quatro temas principais: (i) valorização do princípio constitucional da presunção de inocência e todos os direitos e garantias relacionados; (ii) a transformação do sistema processual penal para o modelo acusatório; (iii) o respeito pelo princípio da proporcionalidade e devido processo legal; e (iv) a observância ao princípio de duração razoável do processo.

A mais inovadora proposta foi a instituição do juiz das garantias, apresentado como um julgador “responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e

direta das inviolabilidades pessoais”<sup>65</sup>, não um mero juiz de inquéritos que administra os inquéritos policiais.

No mesmo estilo que o modelo italiano e o português, o juiz das garantias é criado para ser um garantidor dos direitos do acusado e um controlador da legalidade (art. 15, *caput* do anteprojeto). Além de ser explicitamente impedido o juiz que atuar na fase processual de atuar no resto do processo (art. 17 do anteprojeto).

O anteprojeto foi finalizado em 2009, depois de nove meses de pesquisas e elaboração, restando sua profunda reverência aos princípios base da Carta Magna e esclarecendo que o “respeito às garantias individuais demonstra a consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano e a maturidade social na árdua tarefa do exercício do poder”.<sup>66</sup>

Posteriormente, o anteprojeto, juntamente com outras 47 proposições legislativas que tratam sobre o processo penal, foi transformado no Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009. Após aprovação no Plenário, a proposta foi destinada a Câmara dos Deputados e convertida no Projeto de Lei nº 8.045 de 2010.

#### **2.4.2. Proposta de Emenda Constitucional nº 89 de 2015**

A PEC 89/2015 tem como propósito a reforma do modelo de persecução penal do Brasil, visando uma cultura processual penal mais garantidora, alterando especificamente funções relacionadas aos órgãos policiais atuantes na fase da investigação criminal.

Objetivando a celeridade das investigações e a garantia dos direitos do investigado as atribuições do delegado de polícia são divididas em duas, as de natureza estritamente policial e as de natureza jurídica.

Com esse intuito, todo o rol de funções jurídicas do cargo de delegado deveria ser de competência única do Poder Judiciário, assim, o papel de determinar a prisão em flagrante e de

---

<sup>65</sup> **Anteprojeto.** Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília: Senado Federal, 2009, p. 18.

<sup>66</sup> **Anteprojeto.** Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília: Senado Federal, 2009, p. 16.

conceder liberdade provisória com fiança não seriam exercidas no âmbito da polícia civil ou federal.

Dessa maneira, propõe-se a extinção de cargos policiais com atribuições jurídicas dentro dos órgãos policiais. As funções jurídicas exercidas por um Delegado da Polícia passariam a ser responsabilidade de um novo personagem no processo penal o Juiz de Instrução e Garantias.

A PEC demonstra um descontentamento com o modelo de persecução penal <sup>67</sup> adotado no Brasil, modelo do Delegado de Polícia, devido principalmente a necessidade de repetir em juízo provas já colhidas na fase pré-processual, causando um custo desnecessário e um desrespeito com a investigação realizada.

A proposta então apresenta uma versão mais segura do sistema do juizado de instrução puro, uma vez que assegura as garantias constitucionais do acusado e respeita totalmente o sistema processual penal ao separar as competências dentro do processo.

A PEC 89/2015 foi apensada à PEC 423/2014, que altera dispositivos da Constituição Federal para permitir à União e Estados a criação de política única e está aguardando parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC.

### **2.4.3. Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime**

A Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, é o produto final do Projeto de Lei nº 882/2019 apresentado por Sérgio Moro, ao Congresso Nacional, em 19 de fevereiro de 2019. A proposta fundava-se em atualizar a legislação penal, a legislação processo penal e

---

<sup>67</sup> A proposta apresenta três modelos: (i) promotor investigador; (ii) juiz de instrução puro; e (iii) delegado de polícia.

“No modelo do Promotor Investigador, o membro do *Parquet* promove diretamente as investigações criminais e dirige as investigações realizadas pelos órgãos policiais, estes sendo integrados por cargos estritamente técnicos, sem funções de natureza jurídica. Trata-se de modelo bastante criticado pelos profissionais envolvidos na defesa do investigado, eis que o mesmo órgão, quiçá o mesmo cargo, que conduz a investigação. será aquele a quem competirá a posterior persecução penal, incorrendo em quebra da paridade de armas em evidente prejuízo da defesa. Tal modelo ainda exige a atuação e “contaminação” constante de juízes de direito com a fase pré-processual.

No modelo do Juiz de Instrução puro, um integrante do Poder Judiciário preside o procedimento de produção da prova que adiante servirá ao processo penal e será por ele mesmo julgado. Tal sistema é objeto de inúmeras críticas, sobretudo por concentrar o magistrado em si o papel de comandar a investigação e julgar o processo dele decorrente.”

legislação extravagante<sup>68</sup>, buscando notadamente uma concepção mais intransigente no enfrentamento à criminalidade.

O Pacote Anticrime surgiu como uma iniciativa do Ministério da Justiça e tinha como primórdio um estatuto punitivista, ou seja, um conjunto de normas a serem criadas que possuíam, em geral, características punitivas e agressivas contra criminosos para tentar solucionar problemas sociais do Brasil.

Posteriormente, a Câmara dos Deputados criou uma Comissão para revisar e adequar o Pacote Anticrime, que foi agrupado com outra proposta elaborada em 2018. Até aquele momento, nenhuma das duas propostas mencionava: a estruturação acusatória do sistema processual penal brasileiro, a vedação a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação da atuação probatória do órgão de acusação; estas foram introduzidas ao integrar parte do Projeto de Lei nº 8.045/2010 (Projeto de Lei do Senado nº 156/2009) ao Pacote Anticrime.<sup>69</sup>

O Pacote Anticrime, enfim, foi sancionado em 24 de dezembro de 2019 e entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020. Entre diversas opiniões, elogios e críticas, surgiram muitos debates, tanto a favor do Pacote Anticrime como contra, como muito bem expressado pelo jurista Rogério Sanches Cunha:

O trabalho legislativo que culminou na Lei nº 13.964/2019 mereceu, da minha parte sem dúvidas, críticas e elogios. Arrisco dizer: mais elogios do que críticas. Estas, contudo, quando externadas, foram construtivas e com o fim único de alertar para equívocos que ainda podem ser corrigidos, senão pela Casa de Leis, pela nossa jurisprudência.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> As principais mudanças na Legislação Penal Extravagante foram: (a) na Lei de Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/90; (b) na Lei das Organizações Criminosas, Lei nº 12.850/13; (c) no Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826/03; (d) na Lei que estabelece normas procedimentais para processos que especifica, perante o STJ e STF, Lei nº 8.038/90; (e) Lei de Drogas, Lei nº 11.343/06; (f) Lei da improbidade administrativa, Lei nº 8.429/92; (g) Lei de Interceptações Telefônicas, Lei 9.296/96; (h) Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/84; (i) na Lei que estabelece os procedimentos em estabelecimentos penais federais, Lei nº 11.671/2008; (j) na Lei que trata sobre a identificação criminal, Lei nº 12.037/2009; (k) na Lei que dispõe quanto ao processo e julgamento colegiado em primeiro grau quanto aos crimes praticados por organização criminosa, Lei nº 12.694/2012; (l) na Lei que sistematiza acerca do serviço telefônico de recebimento de denúncias, Lei nº 13.608/2018; (m) Lei de Lavagem de Capitais, Lei nº 9.613/98.

<sup>69</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 104.

<sup>70</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm. 2020, p. 5.

Alguns juristas criticam, principalmente, algumas alterações feitas pelo Pacote Anticrime na legislação extravagante, considerando-as desnecessárias. O argumento principal utilizado é que as alterações de nada surtirão efeito quando aplicadas a realidade brasileira.

Impõe-se o ideal de que as leis sempre existiram e suas alterações para serem mais rigorosas também, contudo muitas vezes são equívocas ao idealizarem que “um conjunto de palavras” vai modificar a essência do ser humano. Uma vez que as pessoas praticam crimes por impulso (vontade ou necessidade) a simples alteração legislativa não irá impedir ações criminosas. A título de exemplo o homicídio é crime – punido com até 3 anos de reclusão - e as pessoas continuam matando e o aborto é ilegal (exceto nos casos do art. 128 do Código Penal) – punido com até 3 anos de detenção – e mulheres continuam abortando todos os dias no Brasil.

Apontam que verdadeira mudança deve ser realizada nas ruas, impedindo que jovens se tornem traficantes armados devido a ameaças ou a fome, que mulheres não sejam violentadas e agredidas por não possuírem suporte ou segurança nas ruas.

Em simples palavras, para estes, o pacote anticrime não passa de mais uma alteração supérflua, que a transformação deve acontecer antes de um possível ato criminoso.

Outra crítica sofrida foi que o Pacote não teve um efeito real no combate à corrupção como prometido. Explica-se que a corrupção, principalmente associada a lavagem de dinheiro, é a base do que sustenta o crime organizado e causa falhas no sistema de implementação de políticas públicas e na economia. Mesmo com essa importância, e a corrupção estando relacionada com o crime organizado - dois tópicos do pacote-, essa não foi tratada adequadamente.

Entretanto, a maioria dos juristas e especialistas concordam que o Pacote Anticrime aperfeiçoou o sistema penal e processual penal, além de modificar dispositivos já existentes, introduziu novos nos sistemas tornando-o mais eficaz e justo.

Além, a mudança na legislação penal não anula a mudança social que pode ser realizada, apenas se completam, sendo assim a mudança é sempre necessária, como exposto por José Antonio Paganella Boschi:

Não há nada que sobreviva ao tempo. Os Códigos e as lei também ficam velhos, esclerosados, perdem sua autoridade e aptidão para assegurarem o alcance das finalidades a que se destinam, posa realidade social, em qualquer

lugar do mundo, é altamente instável e exige novas e contínuas regulamentações.<sup>71</sup>

Aury Lopes Jr. afirma que esta é a maior reforma da legislação processual penal desde 2008, e mais relevante, devido ao avanço atingido em determinados pontos como a inclusão do juiz das garantias, do impedimento do juiz de atuar na fase pré-processual e depois na processual e do estabelecimento de prazos com sanção por exemplo.<sup>72</sup>

Devido, em grande parte, a aplicação de rigorosidade onde havia necessidade, as alterações realizadas na legislação penal e a resguarda de direitos e garantias constitucionais no processo penal introduzidos, o jurista Guilherme Nucci informa que na sua opinião: “[...], aplaudo a Lei 13.964/2019 que se não for a melhor lei de reformas pontuais à legislação criminal, com certeza não foi a pior”.<sup>73</sup>

O ponto chave, prestigiado por muitos processualistas penais, foi a determinação expressa do sistema acusatório como sistema processual penal brasileiro, depois de tantas súplicas, e claro todas as mudanças decorrentes dessa gigantesca alteração na legislação.

Devido a expressa determinação, muitos dispositivos no Código de Processo Penal com resquícios inquisitivos foram crucificados, para que a norma se torna-se uma realidade na prática do processo penal, não apenas uma mera ideologia tranca de em um único artigo de uma lei nova.

A primeira grande mudança foi a revogação de artigos que autorizavam o juiz a agir de ofício e substituir a atuação probatória do órgão acusador, conduta incompatível com o sistema acusatório implementado.<sup>74</sup>

Um exemplo dessa mudança foi por meio do HC 193.053 Minas Gerais impetrado contra decisão monocrática no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que considerou, fundamentado no art. 310 do Código de Processo Penal, que o juiz poderia fazer de ofício, sem

---

<sup>71</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. Notas Introdutórias ao PLS nº 156 – Projeto de Código de Processo Penal. In Alves, Leonardo Barreto Moreira; Araújo, Fábio Roque (Coord.). O Projeto do Novo Código de Processo Penal. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 75.

<sup>72</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 36.

<sup>73</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime Comentado. Editora Forense. 2020, p. 3.

<sup>74</sup> “Alguns dispositivos do CPP estão revogados tacitamente. O juiz de instrução não pode mais de ofício proceder à verificação da falsidade ([artigo 147](#)), submeter o acusado a exame médico-legal ([artigo 149](#)), ordenar a produção antecipada de prova ([artigo 156, inciso I](#)), determinar diligências para dirimir dúvida ([artigo 156, inciso II](#) e [404](#)), proceder a novo interrogatório ([artigo 196](#)), ouvir outras testemunhas além das indicadas pelas partes ([artigo 209](#)), tomar depoimento antecipado ([artigo 225](#)) e ordenar a expedição de mandado de busca ([artigo 242](#)).”

provocação prévia, a conversão da prisão em flagrante em preventiva desde que fosse considerada necessária para garantir a ordem pública, a continuação da instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

Entretanto, o Ministro Edson Fachin entendeu que neste caso, e em futuros, a atuação dos juízes de ofício, sem qualquer requerimento de uma das partes, é inadmissível, pois é contrário ao termos estabelecidos pela Lei nº 13.964/2019 e principalmente contrário ao sistema acusatório.

Portanto, à luz do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, bem como dos dispositivos infralegais contidos no Código de Processo Penal, conluo não ser lícita a conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício pelo magistrado, isto é, sem representação da autoridade policial ou sem requerimento das partes processuais.<sup>75</sup>

O Pacote Anticrime ainda trouxe uma inovação no ordenamento brasileiro com o intuito de aperfeiçoar ainda mais esse sistema acusatório, sendo que cada dispositivo acerca deste novo personagem foi sabiamente elaborado para estar conforme os parâmetros do modelo processual acusatório. Garantir os direitos fundamentais dos investigados, o controle da legalidade, aumentar a imparcialidade do juiz da instrução e julgamento (juiz que irá atuar na fase processual), vedar a iniciativa probatória do juiz ou sua atuação nas duas fases do processo penal (investigação e processo judicial), tudo isto para criar um sistema mais compatível com o sistema já estabelecido na Constituição Federal de 1988 e agora na legislação processual penal também.

Percebe-se que o motivo de todos os dispositivos criados, reformados ou revogados é o mesmo: concretizar efetivamente o sistema acusatório no Brasil, essencialmente o centro de toda a Lei nº 13.964/2019 e a razão de sua importância.

---

<sup>75</sup> Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 193.053 Minas Gerais. Relator: Ministro Edson Fachinº Brasília, 2020.

### **3. O JUIZ DAS GARANTIAS E A INVASÃO DE COMPETÊNCIA NA ESFERA DO JUIZ DA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO**

A Lei nº 13.964/2019 introduziu o juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro de maneira analítica e abrangente, pautada na inércia do julgador e na salvaguarda dos direitos individuais do investigado e da legalidade da investigação criminal.

O Pacote apresenta vários artigos detalhados acerca do “novo” julgador, suas funções e suas limitações dentro do período investigatório. Mesmo com um rol extenso acerca de suas competências, devido a característica de garantidor suas funções são ainda mais amplas do que as determinadas inicialmente.

O juiz das garantias, apesar de inovador e, na maioria das opiniões doutrinárias, eficaz, ao ser incluído no Brasil apresentou diversas falhas processuais penais e até mesmo constitucionais e administrativas. Por isso, alguns artigos e incisos devem ser vetados ou complementados.

#### **3.1. Notas introdutórias**

Como já mencionado anteriormente, a primeira alteração importante trata da afirmação expressa da idealização de um sistema acusatório já institucionalizado implicitamente pela Constituição Federal de 1988. Assim, a legislação processual penal poderá finalmente estar em concordância com a Lei Maior.

Dessa maneira, já concretizado o sistema acusatório desenvolve-se as principais características desse sistema ao estabelecer a inércia absoluta do magistrado – especificamente o juiz das garantias - no que concerne a persecução penal. Vedadas as iniciativas do juiz durante a fase pré-processual e o uso de quaisquer medidas que promovam a decisão de acusar futuramente se estabelece um modelo processual com total separação das funções de acusar, defender e julgar.

Uma das inovações do modelo no Brasil foi a introdução do juiz das garantias como como um controlador da legalidade investigação criminal que deve ser realizada pela Polícia ou pelo Ministério Público, ainda, o mesmo, é responsável por garantir durante toda a fase pré-processual que seus direitos fundamentais sejam respeitados e exercidos, resumindo, trata-se de um guardião da legalidade e dos direitos constitucionais. Logo, qualquer conduta desejada

que restrinja ou viole os direitos fundamentais do investigado devem ser justificadas em decisão judicial.

Uma vez que é impossível quantificar o número e as possibilidades da violação dos direitos individuais do investigado, o rol de competências do juiz de garantias apresenta-se como meramente exemplificativo formado por um total de 18 incisos e diversas alíneas que versam sobre as competências do julgador para decidir acerca de, por exemplo, prisões provisórias ou outras medidas cautelares, prorrogação do prazo de duração do inquérito, produção antecipada de provas, análise de requerimentos e qualquer outra possibilidade que se encaixe nas responsabilidades do magistrado como garantidos dos direitos individuais e controlador da legalidade.

Institucionalizou-se que este magistrado da investigação seria responsável por todas as infrações penais, exceto em casos de infrações com menor potencial ofensivo a presença de um juiz das garantias não traria nenhum benefício, muito pelo contrário, visto que “o processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, características incompatíveis com a figura do juiz das garantias.”<sup>76</sup>

Além, para assegurar a imparcialidade dentro do processo penal oficializou-se a vedação da participação do juiz que atuou durante a investigação posteriormente atuar como juiz da instrução e julgamento durante do processo penal.

O juiz que atuou na investigação tem em teoria sua imparcialidade objetiva comprometida ao julgar durante o processo, uma vez que teve contato com todas as diligências da fase pré-processual e teve que decidir acerca de cada uma delas.

Por fim, certifica-se que o princípio constitucional do juiz natural, ou seja, a existência de um julgador competente irá julgar o caso dentro das normas estabelecidas em lei e não será designado um julgador específico para o caso concreto (os juízos extraordinários ou de exceções) será respeitado pelo juiz das garantias.

Assim, a sociedade e principalmente o investigado pode ter a certeza de que o caso concreto será conduzido por um juiz imparcial e que controlará a legalidade de todos os procedimentos, assim como assegurará os direitos constitucionais do investigado.

---

<sup>76</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm. 2020, p. 99.

Um exemplo seria a regulamentação feita com o tratamento a ser adotado com os presos, assegurando-os de suas garantias de modo a respeitar o direito de preservação da imagem ao mesmo tempo que se relaciona com a imprensa.

Nas palavras de Rogério Sanches, ao juiz das garantias o papel de “conjugação a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida a prisão”.<sup>77</sup>

### **3.2. Atuação probatória**

A atuação probatória dentro do processo penal, tanto na fase investigatória quanto na fase processual, foi completamente alterada devido a instituição dos arts. 3º-A e 3º-B da Lei nº 13.964/2019 ao perpetuar o sistema acusatório como o sistema processual penal a ser adotado e ao vedar a iniciativa probatória ou qualquer outra atuação *ex officio*.

#### **3.2.1. A vedação da iniciativa**

##### **3.2.1.1. Do juiz das garantias**

Consolidado o sistema acusatório como o sistema a ser adotado no processo penal, abre-se espaço para uma correta divisão de acusar, defender e julgar. Objetivando as devidas funções de cada personagem no processo a Lei nº 13.964/2019 proibiu que o julgador atuasse como acusador no decorrer da investigação.

Uma das qualidades mais aclamadas pela doutrina acerca do juiz das garantias é a vedação a iniciativa probatória e a substituição da atuação probatória do órgão acusatório. Nesse sentido, o juiz das garantias é impedido de iniciar a investigação e de requisitar provas sem anteriormente a existência do requerimento de uma das partes do processo.

Em outras palavras, o juiz das garantias deve se manter absolutamente inerte em relação a persecução penal, vedada qualquer conduta parcial que promova uma decisão de acusar na fase processual, caso contrário sua imparcialidade é afetada, assim como todo o sistema acusatório.

---

<sup>77</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm. 2020, p. 105.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade, e o outro, de inércia.<sup>78</sup>

Muitas vezes o juiz é aclamado como um ser místico capaz de não ter opinião sobre o caso concreto ou sobre o investigado, com habilidade psicológica de se desvencilhar do ser humano possuidor de convicções, crenças e ideais no simples ato de vestir a toga, tornando-se neutro, inerte e imparcial facilmente. Se isso fosse a realidade, a busca incansável pela imparcialidade seria uma perda de tempo dos pensadores, doutrinadores e legisladores; pois na verdade:

A partir do momento em que uma mesma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, estará comprometido a priori com a tese da culpabilidade do acusado. Com efeito, se o magistrado tomou a iniciativa de determinar, de ofício, a realização de um ato investigatório, mesmo antes do início do processo penal, já indica, por si só, estar ele procurando uma confirmação para alguma hipótese sobre os fatos, é dizer, estar ele se deslocando daquela posição de imparcialidade decorrente da sua posição de terceiro para uma posição parcial, não mais alheia aos interesses da acusação ou da defesa.<sup>79</sup>

Impulsionados pela não violação do princípio da imparcialidade objetiva busca-se extinguir este envolvimento psicológico tanto do juiz das garantias ao proibir a iniciativa e a substituição da atuação probatória do órgão acusatório (art. 3º-A), assim como do juiz da instrução e julgamento ao distancia-lo da fase pré-processual e vetar a atuação do mesmo juiz nas duas fases (art. 3º-D).

Logo, uma vez que compete ao juiz das garantias apenas julgar sua imparcialidade não é afetada e conseqüentemente também a do juiz da instrução e julgamento. Isto se deve ao fato de que o juiz da instrução terá acesso apenas a diligências julgadas necessárias durante a investigação criminal e que foram tomadas assegurando ao máximo as garantias do acusado. Assim, não se tem nenhuma preconceção feita pelo juiz das garantias e o juiz da instrução e julgamento não é influenciado.

Percebe-se que a Lei nº 13.964/2019, notoriamente, determinou que o juiz das garantias é competente apenas para decidir o que foi requisitado por uma das partes, não para requisitar de ofício. Assim, existe uma base verdadeira e concreta para afirmar um magistrado imparcial

<sup>78</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 91.

<sup>79</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 105.

dentro do processo penal e não um mero terceiro desinteressado em relação à vontade das partes.

O rol de exemplos do art. 3º-B traz exemplos dessa “inércia” quanto ao gerenciamento probatório e a imparcialidade quando compete ao juiz das garantias decidir sobre qualquer requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar (inciso V), além de prorrogá-las, substituí-las ou revogá-las (inciso VI), decidir sobre a produção antecipada de provas consideradas urgentes (inciso VII) ou requerimentos que invadam as garantias fundamentais do investigado como pedidos de interceptação telefônica e afastamento de sigilos fiscais e bancários (alíneas “a” e “b” do inciso XI).

### 3.2.1.2. Do juiz da instrução e julgamento

Ao contrário do consenso doutrinário e jurisprudencial que existe em relação a vedação da iniciativa acusatória do magistrado durante a fase da investigação criminal, a vedação da iniciativa probatória do magistrado no decorrer do processo judicial sempre sofreu com discussões conflitantes.<sup>80</sup>

Existem duas correntes acerca da vedação ou não da iniciativa probatória do magistrado, atuação *ex officio*, durante o processo. A primeira corrente doutrinária defende a possibilidade de o juiz poder determinar a produção de provas que julgar necessário para sanar qualquer dúvida que considerar relevante para o caso concreto. Em contrapartida, a corrente doutrinária contrária não admite a atuação *ex officio* do juiz, independentemente da fase processual penal – no decorrer da investigação criminal ou do processo judicial -, pois este comportamento violaria o sistema processual penal acusatório adotado e, conseqüentemente, a imparcialidade do julgador.<sup>81</sup>

Na primeira visão doutrinária, é permitido a iniciativa probatória ao juiz desde que a intenção dessa conduta seja solucionar questões duvidosas e pertinentes ao caso e que nenhum princípio do processo seja violado (imparcialidade, contraditório, devido processo legal, etc). Além, o juiz não pode unicamente determinar a produção de provas, este deve justificar sua

---

<sup>80</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 107.

<sup>81</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 107.

decisão, informando a necessidade e a importância destas para o caso e uma futura tomada de decisão justa.

Dessa maneira, o juiz, de acordo com esta corrente, com base na busca pela verdade ou no convencimento motivado pode determinar a produção probatória durante a fase processual, entretanto deve primeiramente agir com total imparcialidade caso contrário estaria violando o sistema acusatório e sua separação de funções. Ainda, deve dar espaço para as partes produzirem uma contraprova ou se manifestarem acerca, garantindo-lhes o direito ao contraditório contra a prova ou sobre a prova.

Essa interpretação pode ser observada dentro do Código de Processo Penal, no que concerne ao relacionamento do juiz com as testemunhas, ao evidenciar que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, vedadas aquelas que possuam qualquer induzimento da resposta, não tiverem relação com o caso, não se mostrarem relevantes ou já tiverem sido respondidas. Porém, também é possível ao juiz questionar a testemunha acerca de pontos não esclarecidos, sendo estes relevantes e necessários, conforme exposto no art. 212, *caput* e parágrafo único.

A segunda visão, em que o juiz é proibido de atuar *ex officio*, mesmo que subsidiariamente, tem como principal fundamento a inviolabilidade da imparcialidade do julgador perante o processo e as partes, uma consequência do sistema acusatório verdadeiramente operante.

Nesse entendimento, o juiz ao colocar sua toga não deixa de ser um ser humano com opções, ideologias e concepções próprias, ao atuar de ofício pode correr o risco de se tornar parcial, tendendo tanto para a acusação quanto para a defesa. Subconscientemente o julgador resta parcial até mesmo ao simplesmente perguntar acerca das circunstâncias do delito, autoria e gravidade não devidamente esclarecidas nas provas já existentes ou no decorrer do processo judicial.

Uma característica singular incompatível do sistema acusatório é o fato de o juiz utilizar a produção de provas para reforçar sua percepção sobre o caso antecipadamente<sup>82</sup>, visto que

---

<sup>82</sup> Conforme apresentado por Bernd Schünemann no seu estudo chamado “O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental” ao concluir que a iniciativa probatória do juiz de, por exemplo, formular suas próprias perguntas serviria apenas para exercer uma autoafirmação sobre seu ponto de vista já concretizado.

não apenas viola o princípio do julgador imparcial como também viola outros princípios como do devido processo legal e igualdade entre as partes.

Nesse contexto, a Lei nº 13.964/2019 vetou diversas possíveis iniciativas existentes no Código de Processo Penal como a decretação de medida cautelar de ofício pelo magistrado, além do já estabelecido no art. 3º-A – a exposição explícita do sistema acusatório e a proibição da iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação .

Entretanto, há ainda muito o que revisar na legislação processual penal para que esta esteja completamente livre dos resquícios de um sistema inquisitorial, como por exemplo especificamente os incisos I e II do art. 156 do Código de Processo Penal que autorizam ao magistrado ordenar a produção de provas antecipadamente e a realização de diligências para suprir dúvidas que considera relevantes.

### **3.2.2. A observância das garantias individuais na atuação do Poder Judiciário**

Como apontado anteriormente, o juiz das garantias não pode atuar de ofício estando, em regra, obrigatoriamente condicionado a uma prévia provocação de uma das partes. Além da vedação à iniciativa do juiz das garantias, devido a suas funções características de garantidor e controlador, este deve assim, deferir ou negar requerimentos sempre assegurando as garantias do acusado e controlando a legalidade da investigação.

Como bem evidenciado pelo Ministro Edson Fachin no Habeas Corpus 193.053 MG deve haver respeito do Poder Judiciário com as garantias do investigado sendo seu dever resguardá-los.

Noutros termos, o processo penal é instrumento de legitimação do direito de punir do Estado e, para que a intervenção estatal opere nas liberdades individuais com legitimidade, é necessário o respeito à legalidade estrita e às garantias fundamentais.<sup>83</sup>

Dessa forma, o magistrado deve tomar suas decisões de maneira fundamentada, amenizando ao máximo as medidas restritivas ou violações de garantias e direitos que o investigado venha a sofrer no decorrer da fase pré-processual.

---

<sup>83</sup> Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 193.053 Minas Gerais. Relator: Ministro Edson Fachinº Brasília, 2020.

Durante uma investigação muitas garantias fundamentais do indivíduo podem acabar sendo violadas para se obter provas do delito, segurança pública e até mesmo mais tempo para continuar a investigação. É responsabilidade do juiz das garantias conseguir equilibrar o correto andamento da fase da investigação com a quantidade de direitos a serem violados, tentando minimiza-los ao máximo possível nos termos da lei.

O juiz das garantias deve por exemplo decidir acerca de requerimentos que tratem de “interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação”, bem como o “afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico”, conforme art. 3º-B, inciso XI, alíneas “a” e “b” da Lei nº 13.964/2019.

O juiz deve ser imparcial e transparecer esta imparcialidade em suas decisões muito bem fundamentadas e determinando as especificidades exigidas em lei para autorizar requerimentos como os exemplificados, pois caso o pedido seja deferido, o direito à privacidade e a intimidade do indivíduo, resguardado pela Lei Magna, serão violados. Em outras palavras o juiz das garantias deve balancear o interesse público em face dos direitos e garantias constitucionais individuais.

Nesse sentido, para cada conduta que o legislador possibilitou ao juiz das garantias decidir sobre também já estabeleceu uma obrigação quanto aos direitos do investigado – quando não já resguardado ou tratado em lei específica. Dessa forma, o juiz das garantias é competente para decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, desde que assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral, nos termos art. 3º-B, inciso VII da Lei nº 13.964/2019.

Uma das possibilidades de o juiz das garantias agir sem a provocação de pelo menos uma das partes seria para revogar a prisão preventiva ou substituí-la por uma medida cautelar mais adequada, desde que surja um fato novo que justifique a sua não prorrogação ou substituição, como disposto no inciso VI art. 3º-B, inciso VII da Lei nº 13.964/2019.

Dessa maneira, percebe-se que quando se tem abertura para o magistrado atuar sem um requerimento previamente apresentado é para unicamente assegurar as garantias do investigado, devolvendo seus direitos violados ou amenizando essa violação a depender das novas informações. Contudo mesmo assim, deve-se notar que essa alteração somente ocorreu devido a uma nova evidência acerca do caso, não sendo uma livre escolha arbitrária do magistrado.

Fabiano Augusto Martins Silveira afirma que esse detalhe apenas melhora ainda mais o sistema acusatório, ao declarar que:

Em qualquer matéria cautelar, vale lembrar que o juiz das garantias também só agiria mediante provocação. Todavia, uma vez decretada a prisão ou outra medida cautelar pessoal, ele poderá, independentemente de pedido dos órgãos de persecução penal ou do investigado, substituí-la por outra que entenda mais adequada às exigências cautelares do caso concreto. Abre-se tal possibilidade não apenas na hipótese de descumprimento da medida anteriormente imposta, mas sempre que, tendo em vista novas circunstâncias e motivações, avalie que a substituição é oportuna. Em nossa percepção, essa ressalva traz um temperamento adequado ao sistema acusatório.<sup>84</sup>

Por se tratar de uma figura que tem como responsabilidade assegurar todos os direitos do investigado, dentro do possível, e ainda controlar a legalidade da investigação durante todo o seu decorrer, o art. 3º-B versa um rol meramente exemplificativo das competências do juiz das garantias diante de suas responsabilidades com o investigado e com a investigação.

Nesta perspectiva, visto que são inúmeras as formas de se obter uma prova, conduzir uma investigação, estabeleceu-se que o juiz das garantias seria competente para decidir acerca de qualquer requerimento de meios de obtenção de provas que de algum jeito restrinjam direitos fundamentais do investigado, sejam quais forem.

Percebe-se, então, que não se trata de um simples julgador, que tomará decisões fáceis e rápidas, mas sim de uma figura que vai garantir todos os direitos individuais do investigado e quando determinar sua violação será com o menor impacto possível.

### **3.2.3. A atecnia legislativa do inciso X do art. 3º-B**

Existe uma falha dentro do rol de competências do juiz das garantias apresentado pelo art. 3º-B, especificamente o inciso X: “requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação”.

Diferentemente dos outros incisos deste artigo, este não trata de decidir acerca de algum requerimento ou prorrogar/substituir prazo, prisão provisória ou outra medida cautelar devido a uma nova circunstância. O mencionado inciso explicitamente atribuiu a competência de o juiz das garantias agir de ofício sem nenhuma provocação das partes ou minimamente uma

---

<sup>84</sup> Martins Silveira, Fabiano Augusto. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. Revista de Informação legislativa nº 183, julho/set 2009, p. 90.

circunstância nova ao caso que lhe motive para requisitar documentos sobre andamento da investigação.

Aury Lopes por sua vez afirma que esta atividade judicante seria apenas a função do magistrado em controlar a legalidade da investigação criminal:

Mais uma situação de atuação no controle da legalidade da investigação, que não se confunde com a antiga postura inquisitória de produção de provas de ofício. Aqui ele requisita documentos, laudos e informações ao delegado, para controlar a legalidade do que está sendo feito, para verificar se é caso ou não de trancar o inquérito ou mesmo para atender a um pedido de acesso feito pela defesa diante da recusa do órgão policial.<sup>85</sup>

Entretanto, mesmo que esse seja o intuito do dispositivo, esta conduta fere diretamente o sistema acusatório e contradiz o art. 3º-A, que estabelece o referido sistema e ainda veda expressamente a iniciativa do juiz das garantias na fase da investigação. Com o intuito de respeitar continuamente o sistema acusatório o juiz, principalmente o juiz das garantias, não pode agir de ofício.

Em segundo plano, conforme estabelecido anteriormente, o juiz das garantias tem a responsabilidade de encontrar um equilíbrio entre o interesse público e as garantias constitucionais individuais, o que não significa dizer que o magistrado vai defender o investigado do órgão acusador, não é sua obrigação, caso contrário violaria a principal característica do sistema acusatório, a separação de funções, além de criar um juiz parcial.

Rogério Sanches critica o inciso visto que:

Para manter a harmonia e o espírito da reforma, as competências aqui positivadas demandam requerimento do interessado, não podendo o juiz agir de ofício. No sistema acusatório a inércia do juiz em relação a persecução penal deve ser absoluta, não sendo possível a adoção, de medidas que promovam ou incentivem a decisão de acusar, sob pena de quebra do princípio da imparcialidade objetiva.<sup>86</sup>

Por fim, essa conduta poderia facilmente ser interpretada como uma parcialidade tendenciosa tanto para a acusação como para a defesa a depender da tese apresentada, contudo considerando como a sociedade vê o sistema processual penal brasileiro provavelmente seria autenticado como possibilidade de união com a acusação.

<sup>85</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 201.

<sup>86</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm. 2020, p. 87.

Por isso, este inciso deve ser excluído das competências do juiz da garantia ou reformado de modo a justificar a conduta, estabelecendo um requerimento prévio, para se adequar ao sistema acusatório

### 3.3. A invasão de competência na esfera do juiz da instrução e julgamento

Um tópico que gerou muitas discussões desde a primeira tentativa de implementar o juiz das garantias no ordenamento jurídico penal brasileiro foi especificar exatamente em que momento se cessaria a competência do juiz das garantias.

A Lei nº 13.964/2019 identificou o momento e o artigo do processo penal correspondente: com o recebimento da denúncia ou queixa nos termos do art. 399 do Código de Processo Penal. Esta identificação do instante de conclusão das atividades do juiz das garantias foi apresentada duas vezes dentro do Pacote Anticrime, no art. 3º-B, inciso XIV e no art. 3º-C.

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

A escolha gerou discussão tanto acerca do momento optado – recebimento da denúncia – e um descontentamento da maioria doutrinária sobre a utilização do art. 399 do Código de Processo Penal<sup>87</sup> como como apontamento do marco final da competência do juiz das garantias em vez do art. 396 do Código de Processo Penal<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

<sup>88</sup> Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

A atividade legislativa ao apontar o momento da cessação da competência do juiz das garantias extrapola a delimitação da jurisdição do magistrado das garantias bem como efetivamente invadiu a esfera de competência do juiz da instrução e julgamento.

Os principais argumentos que explicam a usurpação da competência são: (i) o juiz das garantias foi criado para atuar apenas durante a fase da investigação, ou seja, a fase pré-processual e como se sabe o recebimento da denúncia é a fase processual; (ii) o art. 399 do Código de Processo Penal atribuiu ao juiz das garantias mais competências do que ele deveria ter, tendo em vista que a atividade jurisdicional juiz das garantias deveria ser encerrada antes do recebimento da denúncia sob pena do princípio da imparcialidade do julgador pré-processual em busca da maior imparcialidade do julgador processual.

### **3.3.1. A atuação do juiz das garantias na fase processual**

De início, para compreender a situação é necessário estabelecer quando a fase da investigação termina e conseqüentemente em que momento se inicia o processo judicial no processo penal.

A autoridade policial, depois de considerar encerradas todas as diligências do inquérito, elaborará um relatório descrevendo detalhadamente cada providencia tomada no decorrer da investigação, sem manifestar-se acerca do mérito do caso ou das provas colhidas. Posteriormente, caso o Ministério Público<sup>89</sup> ao analisar o relatório considerar existentes indícios consideráveis de autoria e materialidade de crime – sem causas impeditivas para o exercício da ação penal – irá oferecer denúncia.

A partir deste marco aparenta ser simples indicar o marco do início do processo judicial, entretanto, existem debates com conclusões completamente divergentes acerca deste momento específico, o que gerou duas correntes principais.

A primeira corrente acredita que o termo inicial da ação penal se dá com o oferecimento da denúncia, independentemente do recebimento realizado pelo juiz. Argumenta-se que o

---

<sup>89</sup> Se for o caso de crime de ação privada, o art. 19 do Código de Processo penal determina que: “Nos crimes em que não couber ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado” – cópia -.

próprio art. 24 do Código de Processo Penal<sup>90</sup> enaltece que a ação penal será “promovida” por meio de denúncia, ou seja, em outras palavras, ela será originada/iniciada/gerada com a denúncia.<sup>9192</sup>

Estabelece-se que o juiz ao receber ou rejeitar a denúncia não está iniciando a ação, pois não possui titularidade para exercer esse direito. Logo, ao receber a denúncia, o juiz apenas reconhece a regularidade desse direito exercido por aquele que realmente o detêm.<sup>93</sup>

O magistrado deve responder à ação da parte, e mesmo se o juiz rejeitar a denúncia, este terá de justificar sua decisão nas hipóteses do art. 43 do Código de Processo Penal. Nesse contexto, existe então uma relação jurisdicional entre a acusação e o julgador, vínculo que só poderia existir se já houvesse uma ação judicial em andamento.

Ainda, o próprio Código de Processo Penal estabelece que a representação é irretratável após o oferecimento da denúncia (art. 25), pois já se iniciou uma ação penal<sup>94</sup>. Se a ação realmente tivesse como marco inicial o recebimento da denúncia, este haveria sido mencionado no lugar do oferecimento da denúncia.

Já a segunda corrente acredita que o processo penal só começa com o recebimento da denúncia. Afirma-se que a ação penal só se inicia no momento em que passa a existir uma relação jurídica processual concretizada e que o Ministério Público só passa a ser um sujeito no momento em que o magistrado recebe a denúncia.

---

<sup>90</sup> Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo, Juntamente com o Art. 129 da Constituição Federal: São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

<sup>91</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 19 ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2020, p. 201.

<sup>92</sup> “A doutrina é amplamente favorável a essa posição: Frederico Marques (Elementos de direito processual penal, v. 2, p. 186); Tourinho Filho (Código de Processo Penal comentado, v. 1, p. 74); Demercian e Maluly (Curso de processo penal, p. 108); Damásio de Jesus (Código de Processo Penal anotado, p. 19); Paulo Lúcio Nogueira (Curso completo de processo penal, p. 78); Xavier de Aquino e Nalini (Manual de processo penal, p. 93); Magalhães Noronha (Curso de direito processual penal, p. 27); Vicente Greco Filho (Manual de processo penal, p. 116); João Porto Silvério Júnior (Opinio delicti, p. 55)”.

<sup>93</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 19 ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2020, p. 201.

<sup>94</sup> Não obstante, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a renúncia só é admitida antes do recebimento da denúncia, como expõe o art. 16 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006): Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Eugênio Pacelli explica que o “Ministério Público é parte na ação penal a partir do momento em que se estabelece uma situação jurídica (ou relação, como querem tantos) processual completa, com o recebimento da denúncia.”<sup>95</sup>

Nessa visão, o Ministério Público ao oferecer a denúncia já está agindo como parte ao alegar os fatos e os direitos e solicitando o deferimento de seus pedidos. Contudo, é apenas com o recebimento da denúncia que o Ministério Público passa a ocupar a posição processual de parte.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal adotam como marco inicial a visão da segunda corrente doutrinária, o recebimento da denúncia, como é possível observar nos julgados RHC 89721/RO e HC 122694/SP.

Evidencia-se o primeiro equívoco acerca da cessação da competência do juiz das garantias estabelecido pela Lei nº 13.964/2019 ao analisar em que momento se inicia a fase processual e o seu termo inicial.

Devido ao determinado pelo art. 3º-B, inciso XIV e no art. 3º-C da Lei nº 13.964/2019, o juiz das garantias é competente para receber a denúncia, dessa forma, independente da corrente doutrinária escolhida, este está atuando dentro do processo penal.

O juiz das garantias foi criado para resguardar os direitos individuais do investigado e controlar a legalidade da investigação criminal, como exposto anteriormente, essa figura jurídica só deve atuar durante a fase da investigação, ou seja, durante a fase pré-processual.

Entretanto, sendo o juiz das garantias o juízo competente para realizar o recebimento ao receber a denúncia o juiz das garantias está invadindo a fase processual e conseqüentemente a área de atuação do juiz da instrução e julgamento.

Ao analisar essa situação em que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia juntamente com o art. 3º-D da Lei nº 13.964/2019, o juiz que não praticar nenhum ato incluído no rol de competências dos arts. 4º e 5º da mesma Lei poderia atuar no processo, como explicado por Renato Brasileiro:

Ou seja, como o magistrado designado para o controle da legalidade da investigação criminal não teria praticado nenhum ato de caráter decisório

---

<sup>95</sup> Oliveira, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 15 ed, rev. e atual. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011, p. 449.

naquela fase, não estaria impedido para atuar na fase judicial, nos exatos termos, aliás, do art. 16 do referido Projeto. [...] A persecução penal, portanto, poderia ter início, desenvolver-se e ter um desfecho perante um único magistrado.<sup>96</sup>

Logo, com o intuito de se adequar ao que foi proposto, de atuar unicamente durante a investigação criminal, a competência do juiz das garantias deveria cessar juntamente com a fase pré-processual, ou seja, até o oferecimento da denúncia, conforme a orientação inicial do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009: “Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal”.

A outra possibilidade, mais aceita pela doutrina, seria acolher a competência do juiz das garantias para receber a denúncia, reformando - necessariamente o dispositivo jurídico utilizado como marco final e - a idealização de que o juiz das garantias atua unicamente na fase da investigação criminal.

### **3.3.2. Recebimento da denúncia na forma do art. 399 do Código de Processo Penal**

O art. 3º-B, inciso XIV juntamente com o art. 3º-C da Lei nº 13.964/2019 estabelecem que a competência do juiz das garantias cessa com o recebimento da denúncia, na forma do art. 399 do Código de Processo Penal, e essa parte final, da escolha do artigo, foi a questão que mais gerou desagrado entre os processualistas penais.

O recebimento da denúncia é um ato do juiz que tem como consequência a transição do indivíduo acusado para réu do processo, a partir deste momento o réu é citado para exercer seu direito a defesa na ação penal, completando assim a formação do processo, conforme art. 363 do Código de Processo Penal.

O momento em que a denúncia é recebida, assim como o momento em que se inicia o processo penal, é alvo de discussões especialmente em razão da reforma processual penal realizada pela Lei nº 11.719/2008.

---

<sup>96</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 155.

A reforma institui, conforme art. 396 do Código de Processo Penal, que oferecida a denúncia ou queixa, caso o juiz não a rejeitasse liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação e que, nos termos do art. 399 do mesmo código, sendo recebida a denúncia, o juiz competente designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado.

A contrariedade surge a partir da dupla menção acerca do recebimento da denúncia, porém em momentos distintos. Na primeira referência, o recebimento da denúncia se dá logo após ao oferecimento desta, enquanto na segunda, o recebimento da denúncia se dá apenas depois da apresentação da resposta pelo acusado.

Esta incorrência ocorre pelo fato de que o Projeto de Lei nº 4.207/2001, projeto que deu origem a Lei nº 11.719/2008, previa a existência da possível apresentação de defesa preliminar pelo acusado (art. 396-A do Código de Processo Penal) antes do recebimento da denúncia que se concretizaria apenas no art. 399 do Código de Processo Penal.<sup>97</sup>

Aury Lopes explica que a ideia central do projeto era inserir o direito ao contraditório antes do recebimento da denúncia, criando uma fase intermediária:

[...] há muito reclamada pelos processualistas, de modo que a admissão da acusação somente ocorreria após o oferecimento da defesa (o ideal seria uma audiência, regida pela oralidade). Era um juízo prévio de admissibilidade da acusação, para dar fim aos recebimentos automáticos de denúncias infundadas, inserindo um mínimo de contraditório nesse importante momento procedimental.<sup>98</sup>

Contudo, as vésperas da promulgação da lei, modificou-se o art. 396 do Código de Processo Penal para incluir a conclusão de que caso não fosse rejeitada, a denúncia seria recebida pelo juiz e o art. 399 do Código de Processo Penal não foi alterado, gerando duas menções ao recebimento da denúncia em momentos diferentes.

Como resultado, houve uma separação doutrinária sobre o tema, em que a primeira corrente doutrinária acredita que o recebimento da denúncia se dá após o cumprimento do exposto no art. 399 do Código de Processo Penal, ocorrendo após a resposta à acusação. Já a segunda corrente afirma como sendo o art. 396 do Código de Processo Penal o dispositivo jurídico relativo ao recebimento da denúncia, ocorrendo antes da resposta à acusação.

<sup>97</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 1151.

<sup>98</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 1151.

A corrente doutrinária que firma o recebimento da denúncia nos termos do art. 399 do Código de Processo Penal possuem como base principal o argumento de que as legislações mais modernas, como por exemplo a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) e a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995) promovem a manifestação do acusado antes do recebimento da denúncia.<sup>99</sup>

Nessas tendências mais novas, é proporcionado ao acusado manifestar-se sobre a acusação antes de se tornar possivelmente o réu do processo, ou seja, antes do recebimento da denúncia. Logo, nessa perspectiva, visando o progresso, o Código de Processo Penal deveria ter como marco do recebimento da denúncia o art. 399, em concordância com estas legislações mais recentes.

A segunda corrente, aceita pela doutrina majoritária, tem como principal argumento a necessidade de existir sentido lógico e linear do Código de Processo Penal. Nessa visão, os atos processuais possuem uma ordem cronológica organizada, primeiramente o art. 395 prevê as hipóteses de rejeição da denúncia, em seguida o art. 396 trata do recebimento da denúncia, fazendo inclusive menção a não rejeição liminar. Depois de apresentada e recebida a peça acusatória abre-se espaço a defesa do réu com resposta à acusação, conforme art. 396-A. Por fim, com a acusação e a defesa em mãos, o magistrado decide se se trata de um caso de absolvição sumária nos termos do art. 397, caso não seja a instrução continua designando hora e data para a audiência como exposto no art. 399.<sup>100</sup>

Ainda, a absolvição sumária não tem sentido caso o art. 399 do Código de Processo Penal seja considerado o marco do recebimento da denúncia, visto que só pode ser absolvido aquele que já é réu no processo e o acusado apenas se torna réu após o recebimento da peça acusatória.

Visto que o Projeto de Lei nº 4.207/2001, que inicialmente previa a possibilidade de criar espaço para o oferecimento de defesa antes do recebimento da denúncia, foi alterado, não sendo possível a manifestação do acusado antes do recebimento, dever-se-ia desconsiderar a interpretação dada ao art. 399 do Código de Processo Penal, visto que essa não existe essa possibilidade nem na teoria e nem na prática.

---

<sup>99</sup> SOUZA, André Boccuzzi. A controvérsia acerca do recebimento da denúncia no processo penal. Jusbrasil. 2018. Artigo originalmente publicado no Informativo Jurídico Consulex (ISSN 1980-2501), v. 22, p. 15/16, 2012.

<sup>100</sup> SOUZA, André Boccuzzi. A controvérsia acerca do recebimento da denúncia no processo penal. Jusbrasil. 2018. Artigo originalmente publicado no Informativo Jurídico Consulex (ISSN 1980-2501), v. 22, p. 15/16, 2012.

Ainda, o entendimento jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está em concordância com a orientação de que o recebimento da denúncia ocorre nos termos do art. 396 do Código de Processo Penal, conforme HC 243.687/SP:

FURTO (ARTIGO 155 DO CÓDIGO PENAL). FALTA DE MOTIVAÇÃO DA DECISÃO QUE DEU PROSSEGUIMENTO À AÇÃO PENAL. AFASTAMENTO DAS HIPÓTESES DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO ARTIGO 397 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESNECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO COMPLEXA. POSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO JUDICIAL SUCINTA. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Após a reforma legislativa operada pela Lei 11.719/2008, o momento do recebimento da denúncia se dá, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal, após o oferecimento da acusação e antes da apresentação de resposta à acusação, seguindo-se o juízo de absolvição sumária do acusado, tal como disposto no artigo 397 do aludido diploma legal.<sup>101</sup>

Dessa forma, facilmente percebe-se o erro cometido pelo legislador ao orientar na Lei nº 13.964/2019 que a competência do juiz das garantias cessa com recebimento da denúncia até o momento procedimental descrito no art. 399 do Código de Processo Penal.

A competência do juiz das garantias invade demasiadamente o que deveria ser apenas do juiz da instrução e julgamento. Da maneira como foi exposto no art. 3º-B, inciso XIV e no art. 3º-C da Lei nº 13.964/2019, aparenta ser competência do juiz das garantias não apenas o recebimento da denúncia, mas implicitamente, também, determinar a intimação do réu, apreciar a defesa do réu, decidir acerca da absolvição sumária, conforme arts. 396-A e 397 Código de Processo Penal, uma vez que não se pode simplesmente ignorar a ordem lógica apresentada na legislação e desviar de determinados dispositivos.

Como se pode notar, o legislador insiste em apontar o recebimento da peça acusatória no momento procedimental do art. 399 do CPP.99 Fosse este o momento procedimental adequado para o juízo de admissibilidade da peça acusatória, então teríamos que concluir que tudo aquilo que antecede o art. 399 do CPP também seria da competência do juiz das garantias, a quem caberia, então, determinar a citação do acusado (CPP, art. 396), analisar a resposta à acusação por apresentada por seu defensor (CPP, art. 396-A), bem como deliberar sobre uma possível absolvição sumária (CPP, art. 397).<sup>102</sup>

<sup>101</sup> Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 243.687 - SP (2012/0107495-9). Relator: MINISTRO JORGE MUSSI. Dje: 23/08/2013.

<sup>102</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 156 e 157.

Esta é uma atecnia legislativa reconhecida pela doutrina majoritária e, por questões práticas e de funcionamento eficaz e rápido do sistema judiciário e do processo penal, certificada como escolha insatisfatória e prejudicial, nas palavras de trata-se de

Um erro grave da Lei. O juiz das garantias jamais poderia permanecer até a fase do art. 399 do CPP. [...] Percebam que o legislador acabou inserindo entre as competências do juiz das garantias ... o poder para decidir mérito. Será este mesmo magistrado quem analisará a defesa escrita do denunciado (art. 396-A CPP), bem como o cabimento (ou não) da absolvição sumária (art. 397 CPP).<sup>103</sup>

Dessa maneira, os dispositivos devem sofrer essa alteração para entrar em conformidade com a doutrina majoritária, e interpretação mais coerente, acerca do momento do recebimento da denúncia, não estendendo a competência do juiz das garantias na esfera de atuação do juiz da instrução e julgamento, respeitando, assim, a cronologia e lógica do Código de Processo Penal.

### **3.3.3. A imparcialidade do juiz das garantias e do juiz da instrução e julgamento**

Como elucidado anteriormente, o juiz das garantias, além de resguardar os direitos individuais do investigado e controlar a legalidade da investigação criminal, possibilitou uma evolução e melhoria na garantia da imparcialidade do juiz da instrução e julgamento.

Uma visão pouco tratada, entretanto, ainda sim existente, é de que o juiz das garantias não deve ser competente para receber a denúncia, pois, nessa perspectiva, o magistrado não apenas tem acesso aos autos da investigação, mas teve também uma conduta ativa dentro da fase pré-processual ao deferir ou indeferir os requerimentos das partes, determinado prisão preventiva e produção probatória antecipada. Assim, a imparcialidade do juiz das garantias poderia ficar comprometida e conseqüentemente outros princípios do processo penal.

Na realidade, compete ao juiz das garantias rejeitar ou receber a denúncia, pois trata-se de uma decisão que demanda apenas juízo de prelibação, ou seja, trata-se de um exame de admissibilidade e em que não há análise de mérito. Assim, cria-se um maior distanciamento do

---

<sup>103</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm. 2020, p. 90.

juiz da instrução e julgamento, responsável pela pelo juízo de delibação, das informações acerca dos atos da investigação.

Nessa situação, em que o juiz que irá proferir a sentença não se contaminou previamente com aos autos da investigação, há uma preservação da garantia da imparcialidade do magistrado – um pressuposto de validade do processo.

Objetiva-se, assim, minimizar ao máximo as chances de contaminação subjetiva do juiz da causa, potencializando, pois, a sua imparcialidade, seguindo na contramão da sistemática até então vigente, [...] <sup>104</sup>

[...] preservando-se, assim, sua imparcialidade para o julgamento do feito sem quaisquer pré-julgamentos, para que possa, enfim, adentrar o julgamento do feito sem amarras que possam comprometer sua imparcialidade, deixando de ser, assim, um terceiro involuntariamente manipulado no processo. Trata-se, pois, de uma verdadeira espécie de blindagem da garantia da imparcialidade. <sup>105</sup>

A doutrina majoritária, concorda que a atuação do juiz das garantias deve ir até o recebimento da denúncia - nos termos do art. 396 do Código de Processo Penal – e que este foi um grande salto positivo para a consolidação de um sistema acusatório e garantidor da sólida imparcialidade do magistrado.

Nesse sentido, Aury Lopes elogia o raciocínio do legislador, ao discorrer que:

Nessa perspectiva, andou bem o legislador ao deixar a decisão acerca do recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa nas mãos do juiz das garantias, até porque, na nova sistemática, o juiz da instrução não deve ter contato – como regra – com os atos da investigação preliminar. <sup>106</sup>

Existe uma necessidade extrema no processo penal de se assegurar a preservação da imparcialidade do magistrado, principalmente quando se refere ao magistrado que julgará o mérito do caso. Pois, é desta maneira que o magistrado conseguirá agir conforme art. 8º do Código de ética da Magistratura:

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

<sup>104</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 113.

<sup>105</sup> MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 193.

<sup>106</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 203.

Concepção esta que se firmou ainda mais com a concretização expressa do sistema acusatório como escolha de modelo de processo penal no Brasil.

#### **3.3.4. A solução doutrinária para os equívocos do art. 3º-B, inciso XIV e do art. 3º-C**

Como já dito anteriormente, percebe-se que a competência do juiz das garantias ultrapassa gravemente o previsto no art. 3º- B da Lei nº 13.964/2019, de atuar como guardião dos direitos individuais do investigado e controlador da legalidade da investigação criminal, chegando a invadir a competência do juiz da instrução e julgamento.

Como visto anteriormente, o processo penal propriamente dito inicia-se ou com o oferecimento da denúncia – visão doutrinária mais aceita – ou com recebimento da denúncia, sujeita-se a qual corrente doutrinária é escolhida. Independente da corrente escolhida o juiz das garantias transcende a fase pré-processual e chega a atuar no início da fase processual, visto que sua atuação cessa apenas com o recebimento da denúncia conforme no art. 3º-B, inciso XIV e no art. 3º-C da Lei nº 13.964/2019.

Conceitualmente se estabelece que o juiz das garantias atua apenas na fase da investigação criminal (pré-processual) e o juiz da instrução e julgamento atua na fase processual (processo judicial). Porém, essa concepção não está em concordância com o estabelecido pela Lei nº 13.964/2019.

Objetivando a adequação entre a conceituação da esfera de competência do juiz das garantias e a legislação processual penal, existem duas possibilidades a serem adotadas.

A primeira possibilidade seria de retroceder esse excesso de competência do juiz das garantias para cessar sua competência antes do oferecimento da denúncia. Todavia, esta solução enfraquece a preservação da imparcialidade do juiz da instrução e julgamento, na medida em que este será responsável pelo recebimento da denúncia e terá um maior contato com os autos “contaminantes” da investigação.

A segunda solução, é adequar a distinção feita pela própria doutrina acerca de em que momento cada magistrado atuará. Ou seja, pode-se acolher (parcialmente) os dispositivos da Lei nº 13.964/2019 que expõe ser competência de o juiz das garantias receber a denúncia, desde que reformado a área de atuação do juiz das garantias para adicionar o início do processo penal.

Renato Brasileiro instituiu que se trata de um caso de competência funcional a depender da fase do processo e assim formulou perfeitamente que:

[...] a depender da fase da persecução penal em que estivermos, a competência será de um ou de outro juiz: entre a instauração da investigação criminal e o recebimento da denúncia (ou queixa), a competência será do juiz das garantias, que ficará impedido de funcionar no processo; após o recebimento da peça acusatória e, pelo menos em tese, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória (ou absolutória), a competência será do juiz da instrução e julgamento.<sup>107</sup>

Dessa maneira, estabelecendo que o juiz das garantias também atua na fase do processo penal, é resolvida a primeira invasão do juiz das garantias na esfera de atuação do juiz da instrução e julgamento e a imparcialidade deste magistrado continua preservada.

A segunda invasão, decorre da escolha do legislador de cessar a competência do juiz das garantias com o recebimento da denúncia nos termos do art. 399 do Código de Processo Penal. Nesse contexto, em que implicitamente é competência do juiz das garantias intimar o réu, julgar o mérito da resposta à acusação e absolver ou não sumariamente o réu, a doutrina concorda que deve haver uma alteração do art. 3º-B, inciso XIV e do art. 3º-C da Lei nº 13.964/2019.

A competência do juiz das garantias deve cessar com o recebimento da denúncia nos termos do art. 396 do Código de Processo Penal, momento processual correto do recebimento da denúncia e não no art. 399 do Código de Processo Penal, como instruído na Lei nº 13.964/2019.

Flávio Meirelles Medeiros conceitua essa desordem como o resultado de apenas um erro material, ou seja, um simples equívoco cometido pelo legislador de fácil correção. Entende-se que onde se faz menção ao art. 399 do Código de Processo Penal deve-se compreender o art. 396 do Código de Processo Penal.<sup>108</sup>

Desse modo, é sanada a segunda invasão do juiz das garantias na esfera de competência do juiz da instrução e julgamento e os inovadores dispositivos da Lei nº 13.964/2019 estarão em conformidade com a ordem cronológica do Código de Processo Penal.

---

<sup>107</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 113.

<sup>108</sup> MEDEIROS, Flavio Meirelles. Código de Processo Penal Comentado. 2020.

### 3.4. Dificuldade de implementação do juiz das garantias

Apesar da Lei nº 13.964/2019 possuir algumas inconsistências, a maior dificuldade de implementação do juiz das garantias decorre da sua inconsistência com a realidade do Poder Judiciário brasileiro. Em especial, a criação de rodízios de magistrados nas comarcas em que funciona apenas um juiz, visto que a fase pré-processual e a fase processual não podem ser conduzidas pelo mesmo magistrado (art. 3º-D, *caput* e parágrafo único).

Este rodízio, com a devida organização, pode funcionar entre os processos em meio eletrônico, por meio da utilização de plataformas digitais para os autos (como o PJe) e para realizar vídeos conferências. Entretanto, esse acesso não é tangível a todas as comarcas criminais do Brasil.

Devido a sua dimensão territorial, o Brasil possui comarcas e subseções judiciárias criminais atuando em diferentes contextos e realidades. Por este motivo, torna-se impossível a implementação do juiz das garantias de maneira uniforme e válida para todo o território nacional.

Uma recente pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça demonstrou que existem 1.272 comarcas ou subseções judiciárias que possuem um único juiz com competência criminal e cerca de 58% ainda recebem processos em meio físico.

Além, constatou-se que 20% dessas comarcas ou subseções judiciárias que possuem apenas um juiz com competência criminal e ainda recebem novos processos físicos situam-se a mais de 70 quilômetros de distância da comarca mais próxima.

Como descrito por Rogério Sanches

A maioria das críticas não recai sobre o instituto propriamente dito, isto é, na serventia de um juiz com competência para acompanhar a fase investigativa, mas sim na absoluta incompatibilidade desse sistema diante da realidade da maioria dos Tribunais Federais e Estaduais. São questões de ordem prática e orçamentaria.<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm. 2020, p. 71.

Apesar das dificuldades a serem consideradas na implementação do juiz das garantias, é necessário compreender que os benefícios gerados superam qualquer inconveniente passageiro.

Nesse espírito o Conselho Nacional de Justiça recebeu várias propostas na forma de consulta pública na tentativa de solucionar da melhor maneira o problema relacionado a estas comarcas e subseções judiciárias, não havendo, porém, uma decisão da melhor devido as suas naturezas discordantes entre si.

Entre as propostas recebidas: (i) extinguir as varas especializadas, ampliando a competência geral; (ii) a instituição de varas especializadas para o juiz das garantias – AMB e OAB; (iii) atribuir a um juiz cível a competência para atuar como um juiz das garantias; (iv) como também no sentido contrário, de priorizar a atribuição do juiz das garantias para apenas juízes com competência criminal – OAB e DPU; entre outras tentativas.

### **3.5. Visão dos operadores de Direito - Magistrados, Membros do Ministério Público e Advogados**

A Lei nº 13.964/2019 foi aclamada entre os operadores do Direito, principalmente em relação a expressa determinação da utilização do sistema acusatório como sistema processual penal brasileiro após tantos anos de inconsistência com a Constituição Federal de 1988.

O Pacote Anticrime reformou e adicionou inúmeros artigos ao Código de Processo Penal para se adequarem à nova realidade processual penal acusatória sem nenhum resquício inquisitorial e dessa maneira introduziu uma nova figura, já existente em muitos países e até mesmo já conhecida no Brasil, o juiz das garantias.

Flavio Meirelles enfatiza várias vezes que o juiz das garantias tornou a relação processual mais civilizada e trouxe refinamento à legislação processual penal para um Poder Judiciário mais justo e eficaz.

É um salto em direção à efetividade da justiça criminal, a qual consiste, grosso modo, na absolvição dos inocentes e condenação dos culpados, ou seja, na proteção de dois princípios constitucionais fundamentais integrantes da relação processual: a garantia individual e a segurança pública.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> MEDEIROS. Flavio Meirelles. Código de Processo Penal Comentado. 2020.

Evidentemente, uma lei nova, que institui um novo sistema processual e incorpora um personagem novato, apresentaria discrepâncias em relação aos seus próprios dispositivos normativos e geraria desentendimento com outros externos a lei mais recente, e conseqüentemente desentendimentos entre os operadores do direito.

### 3.5.1. Ordem dos Advogados do Brasil

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) afirmou sua opinião acerca do juiz das garantias de 3 maneiras distintas, contudo complementares: (i) enaltecendo o ganho para o processo penal com a implementação do magistrado pré-processual; (ii) defendendo a constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 13.964/2019 que tratam do juiz das garantias ao ingressar na condição de *amicus curiae*<sup>111</sup> na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF de relatoria do Ministro Luiz Fux; e (iii) participação da OAB, enviando sugestões, para a Estruturação e Implementação do “Juiz das Garantias” solicitada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Conforme dito anteriormente, o juiz das garantias proporciona a preservação da imparcialidade do juiz da instrução e julgamento devido ao seu afastamento das diligências realizadas durante a fase pré-processual e de qualquer inclinação, mesmo que inconscientemente, que pudesse resultar em uma sentença parcial.

Nesse contexto, a OAB afirma que:

A posição da Ordem dos Advogados do Brasil é de que a figura do juiz de garantia é constitucional. Mais do que isso, é medida fundamental para assegurar a efetividade da garantia constitucional da imparcialidade do juiz, explicitamente assegurada na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de que o Brasil é signatário.<sup>112</sup>

Na função de *amicus curiae* na ADI nº 6.298/DF OAB posiciona-se pela constitucionalidade dos dispositivos de implementação do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>111</sup> A figura do *amicus curiae*, ou amigo da corte, tem como função no processo ajudar o magistrado no julgamento do litígio, especificamente quando relacionado ao interesse público.

<sup>112</sup> Conselho Federal da Ordem dos Advogados Do Brasil – CFOAB. Atuação como *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF, p. 02.

Argumenta-se que o juiz das garantias assegura a garantia constitucional implícita de um juiz imparcial e que qualquer eventual dificuldade prática para implementar o juiz das garantias não torna a regra inconstitucional, devendo ser simplesmente solucionadas o mais rápido possível.<sup>113</sup>

Por fim, a OAB também sugeriu soluções para a Estruturação e Implementação do juiz das garantias e do julgamento colegiado de 1º grau como solicitada pelo Conselho Nacional de Justiça. O parecer defende que: (i) nas comarcas e subseções judiciária em que houver pluralidade de Varas criminais, uma seja escolhida para ser de competência exclusiva das atividades atribuídas ao juiz das garantias; (ii) devem haver regulamentações diferenciadas para a implementação do juiz das garantias nas futuras investigações criminais e processos e nas investigações e processo em curso.<sup>114</sup>

Percebe-se que a Ordem dos Advogados do Brasil posiciona-se à favor da implementação do juiz das garantias, tanto de maneira teórica – por meio da transmissão de opinião em artigos e notícias – como de maneira prática ao ingressar em uma ADI como *amicus curiae* e tentar solucionar as dificuldades de implementação dessa figura processual penal no Brasil.

### **3.5.2. Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais**

A Comissão Criminal do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais (CONDEGE), atendendo ao pedido do Conselho nacional de Justiça (CNJ), apresentou seu posicionamento acerca do juiz das garantias e da sua implementação.

A Nota Técnica do CONDEGE<sup>115</sup> descreve a instituição do juiz das garantias no processo penal brasileiro, por meio da Lei nº 13.964/2019, como um avanço civilizatório que garante a imparcialidade do julgador da fase processual, visto que a sentença será proferida por um magistrado diferente daquele que decidiu acerca das medidas cautelares preliminares.

---

<sup>113</sup> Conselho Federal da Ordem dos Advogados Do Brasil – CFOAB. Atuação como *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF, p. 03.

<sup>114</sup> Manifestação da Ordem dos Advogados Do Brasil acerca da Estruturação e Implementação do juiz das garantias e do julgamento colegiado de 1º grau.

<sup>115</sup> ASCOM/CONDEGE. Nota Técnica sobre a estruturação e implementação do juiz de garantias e do julgamento colegiado pela primeira instância. 2020.

O instituto do juiz de garantias criado no Brasil pela Lei nº 13.964/19, se constitui numa ferramenta fundamental para a correta aplicação do sistema acusatório uma vez que propicia mecanismos de controle da imparcialidade do juiz e da separação das funções dos sujeitos processuais, possuindo ampla aplicabilidade em favor da população vulnerável do nosso país, portanto indispensável para a concretização dos direitos humanos.<sup>116</sup>

Além da adequação às decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>117</sup>, o CONDEGE interpreta que a implementação do juiz das garantias no “cotidiano forense pátrio” não irá exigir exorbitantes alterações de custos financeiros, posto que se trata unicamente da aplicação da regra processual penal que estipulou uma função processual limitada ao recebimento da denúncia.

Nesse sentido, a introdução prática do juiz das garantias apenas necessitaria de uma organização na rotina dos órgãos judiciários, com especial foco no sistema de rodízio de magistrados criado pela Lei nº 13.964/2019 (parágrafo único do art. 3º-D).

O CONDEGE apresentou, por fim, que o modelo de sistema de rodízio a ser adotado depende das características de cada unidade federativa, um método citado foi o de utilizar da distribuição cruzada<sup>118</sup>.

### **3.5.3. Ministério Público Federal, Conselho Nacional do Ministério Público e Associação Nacional dos Membros do Ministério Público**

O Ministério Público Federal demonstrou-se, inicialmente, a favor da implementação do juiz das garantias no sistema processual penal brasileiro.

No estudo exploratório do juiz das garantias relativo ao Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, posteriormente introduzido no Pacote Anticrime, o magistrado descrito como um instrumento que se introduzido adequadamente pode garantir um sistema verdadeiramente acusatório, contribuindo assim para o aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal brasileira.<sup>119</sup>

<sup>116</sup> ASCOM/CONDEGE. Defensores Públicos-Gerais: juiz de garantias é "avanço civilizatório". 2020.

<sup>117</sup> Caso de Piersack vs. Bélgica (1982) e de Cubber vs. Bélgica (1984).

<sup>118</sup> “Regra de organização judiciária prevendo que os procedimentos criminais pré-processuais de competência do órgão judicial A serão analisados até o recebimento da denúncia pelo órgão judicial B, sendo encaminhados para o juiz natural – órgão judicial A – após o juízo positivo de admissibilidade da ação penal”

<sup>119</sup> Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. Estudo Exploratório – Juiz das Garantias. 2019.

Após a introdução do juiz das garantias por meio da Lei nº 13.964/2019, muitas complicações surgiram, tanto financeiras e orçamentárias como também constitucionais.

Em detrimento do pedido realizado pelo CNJ acerca de estudos sobre a aplicação da Lei nº 13.964/2019 no sistema judiciário brasileiro, o presidente do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP- encaminhou um memorando em que apresentou suas sugestões e indagações para a devida estruturação e implementação do juiz das garantias e do julgamento colegiado de 1º grau.

O MPF, com base em uma análise comparativa do Códigos de Processo Penal do Brasil, Argentina e Chile, julgou ser imprescritível que o CNJ regulamentasse determinados pontos não esclarecidos pelo Pacote Anticrime<sup>120</sup>:

- (i) o juiz das garantias não teria competência nos sistemas da Lei Maria da Penha, Tribunais do Júri, Varas especializadas em lavagem de ativos, sistemas financeiro ou organizações criminosas, entretanto caso houvesse o entendimento de se aplicar o juiz de garantias aos juízes especializados deveria criar-se juízes de garantia especializados exclusivos para os casos mencionados;
- (ii) a implementação do juiz das garantias só deve ser aplicada para inquéritos e processos novos;
- (iii) o número de processos deve ser calculado proporcionalmente ao número de juízes as garantias, cargo preenchido por juízes naturais.

Devido à grande quantidade observações, o MPF manifestou insatisfação com o prazo de 30 (trinta) dias previsto art. 20 da Lei 13.964/2019 para a implementação do juiz das garantias.

Nesse cenário, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida liminar (ADI 6.305) no Supremo Tribunal Federal (STF) contra os dispositivos da Lei nº 13.964/2019 acerca da introdução do juiz das garantias. O ente alega que os dispositivos inviabilizam ferem a autonomia do Ministério Público e contrariam o sistema acusatório, assim como diversos princípios processuais.

---

<sup>120</sup> Memorando Conjunto nº 001/2020/2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, Procuradoria Geral da República, de 08/01/2020, relativo à estruturação e implementação do juiz das garantias e do julgamento colegiado de 1º grau.

### 3.5.4. Associação dos Magistrados Brasileiros e Conselho Nacional de Justiça

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), “entidade que representa a Magistratura estadual, federal, trabalhista e militar no âmbito nacional”, por meio de Nota Pública, apresentou sua insatisfação com a introdução da figura do juiz das garantias.<sup>121</sup>

A primeira preocupação da AMB foi relacionada aos custos da implementação e operacionalização do juiz das garantias, concluindo-se que haveria um eventual prejuízo à eficácia da jurisdição penal.

A AMB obteve a mesma conclusão que o MPF de que seria impossível realizar todas as diligências necessárias para a devida implementação do juiz das garantias dentro de apenas 30 (trinta) dias como previsto na Lei 13.964/2019.

A demora decorre a necessidade de se estabelecer um orçamento prévia, estratégias para os rodízios dos magistrados, visto que o juiz que atuou na fase pré-processual não pode atuar na fase processual, a criação de mais cargos de magistratura, a organização específica dentro dos tribunais estaduais e federais quanto as questões financeiras e sistemáticas.

Por fim, a nota pública evidência o respeito da magistratura com seus deveres e limitações dentro do processo:

A Magistratura tem ciência do seu papel institucional e do seu compromisso com o Estado Democrático de Direito, e no modelo atual, os magistrados já atuam de forma a controlar a legalidade do procedimento inquisitivo e salvaguardar os direitos e garantias fundamentais.<sup>122</sup>

A Associação dos Magistrados Brasileiros, juntamente com a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida liminar (ADI 6.298) no Supremo Tribunal Federal (STF) contra os dispositivos da Lei nº 13.964/2019 que introduzem o juiz das garantias na legislação processual penal brasileira alegando a violação da autonomia dos tribunais.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aparentou, desde o Projeto de Lei do Código de Processo Penal nº 156/2010, estar interessado na introdução do juiz das garantias no sistema

<sup>121</sup> Associação dos Magistrados Brasileiros. Nota Pública – Juiz de garantias. 2019.

<sup>122</sup> Associação dos Magistrados Brasileiros. Nota Pública – Juiz de garantias. 2019.

processual brasileiro. O CNJ apresentou a Nota Técnica nº 10 de 17/08/2010 que tratava de uma profunda análise acerca das alterações e consequências processuais penais ofertadas pelo Projeto de Lei mencionado.

Conclui-se que o projeto necessitava de alguns reajustes para um aperfeiçoamento. Algumas observações por exemplo foram relacionadas à realidade brasileira de que ainda existem muitas comarcas com um único magistrado, juntamente com a extensão do país que ainda tramita muitos processos físicos, e muitos conceitos não definidos apropriadamente no projeto que deveriam ser especificados (por exemplo “ordem pública”), além de que muitos dispositivos estavam em direção oposta ao principal artigo que estabelecia o sistema acusatório como o sistema processual penal brasileiro.<sup>123</sup>

Conforme já mencionado, o Conselho Nacional de Justiça realizou consulta pública entre 30 de dezembro de 2019 e 10 de janeiro de 2020 acerca a estruturação e implementação no Poder Judiciário do juiz das garantias e do julgamento colegiado de 1º grau, solicitando análises e soluções para determinados equívocos presentes na Lei nº 13.964/2019.

Segundo o Ministro Humberto Martins, corregedor nacional de justiça e coordenador do estudo:

o objetivo foi elaborar diretrizes de política judiciária para a implantação do juiz das garantias que respeitem as particularidades de cada estado e de cada tribunal, premissa inexorável diante de um país de dimensão continental e tão diverso como o Brasil, com tribunais tão diferentes entre si.<sup>124</sup>

Observando opinião de diversos tribunais, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE), Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), a Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e a Defensoria Pública da União (DPU).

Após a conclusão do estudo, com apresentação de proposta de solução, o documento foi entregue ao presidente do Conselho de Justiça, Ministro Dias Toffoli, em 23/06/2020 que destacou

Como todos nós sabemos, há uma decisão liminar do STF [suspendendo a implantação do instituto], mas isso não inibe a necessidade dos estudos. Isto

---

<sup>123</sup> Análise de Nota Técnica nº 10 de 17/08/2010 referente ao Projeto de Lei do Código de Processo Penal nº 156/2010.

<sup>124</sup> Conselho Nacional de Justiça. Juiz das garantias: corregedor nacional apresenta proposta de resolução. Junho/2020.

já deixa preparado aqui, no CNJ, uma proposição para a devida implementação das novidades trazidas pela referida legislação.<sup>125</sup>

Em suma, o CNJ busca estruturar a implementação dos dispositivos legais alvo de alteração do Pacote Anticrime.

---

<sup>125</sup> Conselho Nacional de Justiça. Juiz das garantias: corregedor nacional apresenta proposta de resolução. Junho/2020.

## 4. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.298 DISTRITO FEDERAL/2020

### 4.1. Relatório

A decisão cautelar tomada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF, contempla inicialmente três distintas ADI's ajuizadas em face de determinados dispositivos da Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime.

A ADI nº 6.298 foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) e impugna a) todos os artigos referentes ao juiz das garantias acrescentados pelo art. 3º da Lei nº 13.964/2019 ao Código de Processo Penal (3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F); b) juntamente com o dispositivo que determina o prazo de *vacatio legis*, ou seja vacância da lei, para a vigência respectiva (artigo 20 da Lei nº 13.964/2019).

A ADI nº 6.299 foi ajuizada pelos partidos políticos Podemos e Cidadania e impugna os dispositivos citados anteriormente, simultaneamente ao artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 13.964/2019.

A ADI nº 6.300 foi ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), impugna os mesmos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal.

As medidas cautelares pleiteadas nas ADI's. 6.298, 6.299 e 6.300 foram concedidas parcialmente pelo Ministro Dias Toffoli, no exercício do plantão judicial em 15/01/2020<sup>126</sup>, determinando, ante a urgência de análise liminar:

- (iv) A suspensão da eficácia dos artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput e parágrafo único, 3ºE e 3º-F;
- (v) A devida interpretação de que os artigos relativos ao juiz das garantias não serão aplicados: em processos de competência originária dos tribunais (regidos pela Lei nº 8.038/1990), em processos de competência do Tribunal do Júri, em processos criminais de competência da Justiça Eleitoral e nos casos de violência doméstica e familiar;

---

<sup>126</sup> ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 15/01/2020, p. 41.

(vi) Regras de transição quanto as investigações em curso e as ações penais já instauradas.

Por fim, em 20/01/2020, a ADI nº 6.305 foi ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, distribuída diretamente para o ministro Luiz Fux, e impugna alguns dos dispositivos relacionados ao juiz das garantias, especificamente os artigos 3º-A; 3ºB, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único; além dos artigos 28, caput; 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, §4º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/2019.

Os autores das ADI's sustentaram a existência da medida de caráter urgente alegando *fumus boni iuris*, que traduzido literalmente significa “fumaça do bom direito” e geralmente é interpretado como “onde há fumaça, há fogo” ou seja, trata-se da existência de um indício ou sinal de que o direito pleiteado realmente existe, no caso em questão, trata-se teoricamente da existência de um indício de inconstitucionalidade (formal e/ou material).

Alega-se a existência de inconstitucionalidade formal da Lei nº 13.964/2019 por discorrer acerca de procedimentos processuais de competência legislativa concorrente entre Estados e a União (conforme art. 24, inciso XI e parágrafo § 1º da CF<sup>127</sup>).

Ainda, afirma-se a inconstitucionalidade formal da Lei nº 13.964/2019 devido ao vício de iniciativa legislativa do Poder Judiciário com o intuito de alterar a organização judiciária, matéria de competência exclusiva dos tribunais – a criação de novas varas judiciárias – e (segundo art. 96, inciso I, alínea “d” e inciso II, alínea “b” e “d” da CF<sup>128</sup>)

A última inconstitucionalidade formal da Lei nº 13.964/2019 argumentada trata do procedimento de instauração do juiz das garantias que foi realizado por meio de lei ordinária e deveria ser por meio de lei complementar de iniciativa do STF (como disposto no art. 93, *caput* da CF<sup>129</sup>)

<sup>127</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI - procedimentos em matéria processual; § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

<sup>128</sup> Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: d) propor a criação de novas varas judiciárias; II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízes que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

<sup>129</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

Afirma-se também a existência de inconstitucionalidade material relacionada à violação de inúmeros princípios constitucionais como o princípio da isonomia, do juiz natural, da duração razoável do processo, e da regra de autonomia financeira e administrativa de competência exclusiva do Poder Judiciário (de acordo com o art. 5º, *caput* e incisos LIII e LXXVIII e art. 99, *caput* da CF<sup>130</sup> respectivamente).

A possível inconstitucionalidade material estende-se a ausência de previa dotação orçamentária que deve ser realizada toda vez que houver alguma discussão acerca de despesa com pessoal (como descrito no art. 196, parágrafo §1º da CF<sup>131</sup>), bem como a violação do novo regime fiscal da União instituído pela Emenda Constitucional nº 95/2016 (conforme art. 113 e art. 114 da CF<sup>132</sup>).

Por fim, além de tratar da inconstitucionalidade material relacionada ao acordo de não persecução penal, os autores alegam haver uma desproporcionalidade relacionada ao início da vacância da lei de apenas 30 dias e a quantidade de alterações a serem realizadas para concretizar o exigido pela Lei nº 13.964/2019.

Outro argumento para justificar o caráter emergencial da medida foi o *periculum in mora*, que traduzido literalmente significa “perigo na demora”, significa que existe um receio de que a demora da decisão judicial possa causar algum dano grave de difícil ou impossível reparação.

O que no caso concreto ocorre devido ao curto prazo de tempo dado pela Lei nº 13.964/2019 para o Poder Judiciário e o Ministério Público promoverem todas as mudanças

---

<sup>130</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; e LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

<sup>131</sup> Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar: § 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas.

<sup>132</sup> Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.

Art. 114. A tramitação de proposição elencada no caput do art. 59 da Constituição Federal, ressalvada a referida no seu inciso V, quando acarretar aumento de despesa ou renúncia de receita, será suspensa por até vinte dias, a requerimento de um quinto dos membros da Casa, nos termos regimentais, para análise de sua compatibilidade com o Novo Regime Fiscal.

necessárias para a implementação adequada do juiz das garantias, nos termos estabelecidos pela mesma lei. Conseqüentemente, poderia ocasionar uma situação de insegurança jurídica, instabilidade institucional e perturbo orçamentário e financeiro.

As medidas cautelares pleiteadas nas ADI's. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 foram concedidas pelo Ministro Luiz Fux, em 22/01/2020, revogando da decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli e suspendendo *sine die* a eficácia (sem data marcada para o fim da suspensão da eficácia) dos:

- (i) Arts. 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal referentes a implementação do juiz das garantias e suas especificidades;
- (ii) Art. 157, parágrafo §5º do Código de Processo Penal acerca do juiz que conheceu de prova declarada inadmissível;
- (iii) Art. 28, *caput* do Código de Processo Penal sob alteração realizada no procedimento de arquivamento de inquérito policial;
- (iv) Artigo 310, parágrafo §4º do Código de Processo Penal que trata da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas.

Determinou-se, após resposta dos requeridos e outros já solicitados, a retomada dos autos para análise de pedidos de ingresso na lide dos *amici curae* e possível designação de audiências públicas.

#### **4.2. Decisão Monocrática do Ministro Dias Toffoli**

A decisão do Ministro Dias Toffoli sob as medidas cautelares pleiteadas nas ADI's. 6.298, 6.299 e 6.300 gerou diversas discussões entre os doutrinadores principalmente acerca das situações de inaplicabilidade do juiz das garantias.

As hipóteses apresentadas para a não aplicação da figura do juiz das garantias foram: os processos de competência originária dos tribunais (os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990), processos de competência do Tribunal do Júri, casos de violência doméstica e familiar e processos de competência da Justiça Eleitoral.

#### 4.2.1. Juiz das garantias nos Tribunais

Os processos nos tribunais superiores (STF e STJ) são regidos por norma especial, a Lei nº 8.038/1990, que foi estendida aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e aos Tribunais Regionais Federais, por meio da Lei nº 8.658/1993.<sup>133</sup>

Uma vez que a Lei nº 8.038/1990 institui que o relator do processo será o juiz da instrução e a Lei nº 13.964/2019 não dispôs sobre a atuação do juiz das garantias nos processos dos tribunais, entende-se pela sua não aplicação.

As competências exercidas pelo juiz das garantias de assegurar os direitos individuais do investigado e controlar a legalidade da investigação criminal tem como consequência a amenização dos riscos de contaminação do juiz que irá proferir sentença, assegurando assim a imparcialidade do magistrado da fase processual.

O Ministro, em seu voto, entende que como a Lei nº 13.964/2019 não expressa a existência do juiz das garantias nos tribunais e que a colegialidade dos tribunais é um reforço da independência e da imparcialidade não há a necessidade de aplicação da figura do juiz das garantias para ações penais julgadas por órgão colegiado.<sup>134</sup>

Nessa mesma concepção encontra-se Rogério Sanches que defende ser desnecessário introduzir um juiz das garantias em processos que serão julgados por colegiados ao

O risco que se busca evitar no primeiro grau não existe no julgamento colegiado. Ainda que o relator atue nas duas etapas da persecução, na fase do processo o julgamento é plural. O resultado não depende absolutamente do seu convencimento.<sup>135</sup>

Assim, devido a imparcialidade gerada pelo conjunto de vários julgadores distintos, colegiado, que não possuem nenhum vínculo com a parte pré-processual, entende-se ser apenas mais uma despesa inútil aos cofres públicos que geraria possivelmente uma demora no processo.

Em contrapartida, Aury Lopes discorda da ideia do colegiado imparcial visto que a garantia da imparcialidade deve ser exigida de cada um dos magistrados presentes não apenas

---

<sup>133</sup> STF. Ação Penal 518 PA. Relator: Ayres Britto. Data de Julgamento: 29/11/2010. Data de Publicação DJe-235Duvulg. 03/12/210. Public. 0612/2010.

<sup>134</sup> ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 15/01/2020, p. 29.

<sup>135</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm. 2020, p. 71.

a maioria (todos menos o relator), pois trata-se de um atributo pessoal de cada juiz, podendo ser contaminados individualmente.<sup>136</sup>

Nessa visão, o colegiado não deve ser compreendido como apenas um organismo imparcial devido pluralidade julgadores e sim como um grupo de julgadores singulares que podem ser facilmente contaminados. Por consequência, a imparcialidade dos magistrados é ferida e viola-se a garantia do devido processo legal, dado que

Basta um magistrado estar contaminado, para afetar todo o julgamento o devido processo não relativiza a garantia da imparcialidade e não negocia com juiz contaminado. É um grande equívoco que decorre de uma visão reducionista da garantia constitucional e verdadeiro princípio supremo do processo penal: a imparcialidade dos julgadores é de cada um deles, em caso de órgão colegiado.<sup>137</sup>

Nessa lógica, Renato Brasileiro ainda comenta sobre a evidente violação do princípio da isonomia, caso o juiz das garantias seja atuante em 1ª instância, porém seja vedado aos tribunais (estaduais, distritais, regionais federais ou superiores), como apontado pela AMB e pela AJUFE, contudo negado pelo Ministro.<sup>138</sup>

#### **4.2.2. Juiz das garantias no Tribunal do Júri**

Do mesmo modo como funciona no tribunal, com o órgão colegiado, o Ministro entende ser aplicável ao Tribunal do Júri, pois o veredicto é responsabilidade de um órgão coletivo, o Conselho da Sentença - os jurados.<sup>139</sup>

Aparentemente, utilizando-se da mesma lógica, o julgamento coletivo, seja por meio de um conjunto de magistrados ou um grupo de jurados, seria um reforço da imparcialidade que restaria resguardada. Contudo, a justificativa da não aplicação do juiz das garantias no Tribunal do Júri baseado unicamente na semelhança de um julgamento coletivo não pode ser configurada como fundamentação, uma vez que não se trata apenas de um julgamento realizado por um órgão coletivo.

<sup>136</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 218.

<sup>137</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 218.

<sup>138</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 148.

<sup>139</sup> ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 15/01/2020, p. 31.

No Tribunal do Júri existe a possibilidade do juiz da instrução (juiz togado) se manifestar, podendo vir a “pronunciar, impronunciar, desqualificar ou absolver sumariamente o acusado”.<sup>140</sup> O juiz togado após o término da fase de prelibação do procedimento tem competência para acolher a única da defesa, julgando-o inimputável, podendo absolver sumariamente o acusado ou julgando o mérito do caso e aplicando a sanção penal adequada. Outra possibilidade é quando os juízes leigos (jurados) desclassificam o crime doloso contra a vida para outra espécie (por exemplo homicídio tentado para o delito de lesão corporal), assim o juiz togado é o competente para julgar o mérito do caso, podendo absolver ou não o réu.<sup>141</sup>

Nas duas hipóteses mencionadas o mesmo juiz que teve contato com a fase pré-processual e contaminou com as provas será responsável por julgar o mérito do caso, percebe-se a necessidade de implementação do juiz das garantias para resguardar a imparcialidade do juiz que pode eventualmente sentenciar o réu e garantir o devido processo legal.

#### **4.2.3. Juiz das garantias na Lei Maria da Penha**

A principal discussão acerca da não aplicação do juiz das garantias em situações específicas está relacionado aos casos de violência doméstica e familiar, havendo discordância entre os doutrinadores e operadores do direito.

O Ministro explica que os casos de violência doméstica são dinâmicos e inicia com a comunicação da agressão. Devido a característica específica dos casos, envolvendo até mesmo um agravamento da situação após a denúncia, não deveria haver uma rígida separação entre a fase da investigação e a fase processual ou a atuação de um juiz das garantias.<sup>142</sup>

Os argumentos que defendem essa visão são: (i) o procedimento mais dinâmico e simples da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) existem para a preservação da integridade e proteção física e mental da vítima e (ii) o juiz que proferirá a sentença deve ter total conhecimento acerca das diligências tomadas durante a investigação, não podendo ser afastado da fase pré-processual por causa da especificidade dos casos de violência doméstica e familiar.

---

<sup>140</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 148.

<sup>141</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm. 2020, p. 71.

<sup>142</sup> ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 15/01/2020, p. 32.

Em um país como o Brasil que em 2019 registrou mais 563 mil novos processos nas varas criminais (exclusivas e não-exclusivas) relacionados a violência doméstica e havendo ainda aproximadamente 1 milhão de casos pendentes, é essencial um sistema judiciário rápido e eficiente para garantir a preservação da integridade da vítima e sua proteção, ainda mais quando é necessária a concessão de medidas protetivas de urgência (em 2019 foram concedidas mais 378 mil medidas protetivas).<sup>143</sup>

Não existe debate acerca da importância da preservação e proteção da vítima de o número de casos de violência doméstica e familiar e a necessidade de um procedimento dinâmico não justifica o entendimento de afastar o juiz das garantias, visto que esta figura processual não é o causador da morosidade judicial.

Conforme exposto por Aury Lopes, o “argumento da relevância do bem jurídico tutelado, da urgência de tutela, é perfeitamente válido, mas não justifica o afastamento do juiz das garantias pelo simples fato de que esse instituto não é causador de “demora” de per si”.<sup>144</sup>

A atuação do magistrado nas duas fases do processo devido as especificidades nos casos de violência doméstica e familiar por cuidar de um tema delicado e que precisa de todas as informações acerca da agressão é justamente o motivo da existência do juiz das garantias.

O juiz das garantias foi criado para guardar os direitos individuais do investigado e controlar a legalidade da investigação criminal, dessa maneira, blindando a imparcialidade do juiz da instrução e julgamento. É a melhor maneira de se obter uma sentença absolutória ou condenatória justa, não havendo nenhuma contaminação do magistrado que possa causar pré-julgamentos ou parcialidade.

Justamente, nos casos de violência que mais geram envolvimento emocional pelos magistrados e repulsão pelos fatos deve-se implementar o juiz das garantias, caso contrário corre-se o risco de transformar os investigados em inimigos aos quais não são garantidos seus direitos fundamentais.

Por mais grave e repulsiva que seja toda e qualquer forma de violência doméstica e familiar contra a mulher – e isso não negamos –, não se pode admitir essa crescente e perigosa restrição a direitos e garantias fundamentais

---

<sup>143</sup> Os números apresentados estão disponíveis no “Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres”, trata-se de um portal de monitoramento que apresenta dados relacionados à Portaria nº 15/2017 que instituiu a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres no Poder Judiciário, de responsabilidade do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

<sup>144</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 221.

nessa seara. ... A pretexto de viabilizar o conhecimento “de toda a dinâmica do contexto de agressão”, nas palavras do Minº Dias Toffoli, poderíamos outorgar ao autor desses delitos, então, um juiz menos parcial? Pensamos que não.<sup>145</sup>

O Poder Judiciário deve prover a prevenção da integridade e proteção física e mental da vítima de violência doméstica e familiar por meio de um sistema rápido e eficiente. O Código de Processo Penal deve respeitar todas as garantias constitucionais dadas aos investigados, especialmente o princípio do devido processo legal e do juiz competente e imparcial.

#### **4.2.4. Juiz das garantias na Justiça Eleitoral**

Por fim, como última situação de inaplicabilidade do juiz das garantias, o Ministro afasta a implementação da figura do juiz das garantias dos processos criminais de competência da Justiça Eleitoral.

Explica-se, na decisão, que a Justiça Eleitoral brasileira é dotada de uma estrutura diferenciada de competências administrativas e jurisdicionais e não possui um esquema próprio de magistrados fixos e especializados, ou seja, os juízes que atuam na justiça eleitoral advêm de outras áreas da Justiça.<sup>146</sup>

O Ministro concluiu ser difícil a aplicação do juiz das garantias, visto que o magistrado atuando na investigação de competência estadual poderia ficar impedido de atuar no processo criminal caso demonstrado a existência de um crime eleitoral, o que causaria a violação de princípios que regem o processo eleitoral como por exemplo o princípio da celeridade e da preclusão.<sup>147</sup>

A justiça eleitoral possui uma estruturação diferenciada e específica, em que a legislação processual penal é aplicada subsidiariamente ou supletivamente em casos de crimes eleitorais ou comuns que lhes forem correlativos.

Contudo, a quantidade de casos criminais eleitorais é incomparavelmente menor que a quantidade de casos criminais na justiça comum. Logo, seria simples elaborar uma estrutura

---

<sup>145</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm. 2020, p. 152.

<sup>146</sup> ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 15/01/2020, p. 32.

<sup>147</sup> ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 15/01/2020, p. 32.

capaz de adequar o juiz das garantias dentro da Justiça Eleitoral, como explica Aury Lopes ao discursar que:

É verdade que a justiça eleitoral tem uma estrutura peculiar, mas igualmente é verdadeira a constatação de que a demanda criminal eleitoral é mínima, infinitamente menor do que na justiça comum, de modo que seria perfeitamente contornável o argumento. No mais, não se enfrenta o próprio fundamento da existência do juiz das garantias em momento algum na decisão.<sup>148</sup>

Assim, em contrapartida as características particulares da Justiça Eleitoral de ordem administrativa e jurisdicional que a tornam tão distante da justiça comum é a quantidade de processos criminais eleitorais considerados mínimos se comparados com os incontáveis processos existentes nos tribunais estaduais e federais, de forma que a aplicação do juiz das garantias nos tribunais eleitorais não seria trabalhosa ou difícil.

### **4.3. Decisão do Ministro Luiz Fux**

No primeiro momento, o ministro anuncia que não realizará nenhum juízo de mérito definitivo em relação ao tema, limitando-se ao máximo apenas a análise da medida cautelar e os pleitos das partes autoras. Adentrando unicamente na questão da existência ou não de indícios suficientes de vícios formais e materiais para a comprovação do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* na medida cautelar.

#### **4.3.1. (In)constitucionalidade Formal e Material**

Inconstitucionalidade formal é um vício que afeta os pressupostos e procedimentos relativos à elaboração da lei, não seu conteúdo em si. Um ato normativo pode ser materialmente constitucional e formalmente inconstitucional ao mesmo tempo.

A possível inconstitucionalidade deve ser analisada determinando se os dispositivos acerca do juiz das garantias são relativos a leis de organização judiciária<sup>149</sup> – leis que “cuidam

---

<sup>148</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação. 2020, p. 221.

<sup>149</sup> A Carta Magna estabelece que cabe ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça a iniciativa de propor Poder Legislativo a alteração da organização e da divisão judiciárias (nos termos do art. 96, inciso II da CF).

da administração da justiça” – ou a leis de natureza processual <sup>150</sup>– que tratam da atuação da justiça.<sup>151</sup>, visto que a Lei nº 13.964/2019 adveio do Poder Executivo, em nível federal, contudo os dispositivos que tratam do juiz das garantias foram introduzidos no projeto de lei por meio de emenda parlamentar.

O Ministro afirma expressamente que o juiz das garantias não apenas reforma o processo penal e seus procedimentos, mas também altera todo o funcionamento das unidades judiciárias criminais brasileiras, pois será necessária uma reestruturação das unidades e uma redistribuição de recursos materiais e de recursos humanos. Assim, os dispositivos que tratam do juiz das garantias possuem natureza híbrida, violando o art. 96 da Constituição Federal de 1988.<sup>152</sup>

Dessa maneira, devido a sua natureza tanto de norma geral – de competência legislativa da União – quanto de organização judiciária – de natureza exclusiva dos tribunais – os dispositivos da Lei nº 13.964/2019 que tratam acerca do juiz das garantias são formalmente inconstitucionais.

Em relação aos vícios materiais tratam das irregularidades referentes ao conteúdo do ato normativo. A análise sobre a possível inconstitucionalidade é realizada de modo a comparar o conteúdo do ato normativo com o disposto na Constituição Federal de 1988.

O Ministro, em sua primeira análise, divide a inconstitucionalidade material dos dispositivos 3º-B a 3º- F do Código de Processo Penal em dois grupos distintos: “a ausência de dotação orçamentária e estudo de impacto prévios para a implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade”.<sup>153</sup>

Percebe-se que os dispositivos que instituem o juiz das garantias violam diretamente o art. 99, parágrafo §1º e o art. 169, parágrafo §1º, inciso I da Constituição Federal de 1988. Uma vez que o primeiro dispositivo garante a autonomia administrativa e financeira (orçamentária) ao Poder Judiciário e o segundo determina expressamente a necessidade de haver uma prévia

---

<sup>150</sup> Em relação aos procedimentos de matéria processual, em que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente, a União limita-se a legislar apenas no âmbito de normas gerais (conforme art. 24, inciso X, parágrafo §1º da CF).

<sup>151</sup> MARQUES, José Frederico. Organização Judiciária e Processo. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo Saraiva, vol. 1, ano 1, Jan/Jun 1960, p. 20-21. Apud ADI 6.298 MC/DF. Relator: Min. Luiz Fux. 22/01/2020, p. 18

<sup>152</sup> ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 22/01/2020, p. 19.

<sup>153</sup> ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 22/01/2020, p. 21.

dotação orçamentária toda vez que for preciso aumentar as despesas por parte da União, dos Estados e do Distrito Federal.

O juiz das garantias irá criar gastos antes não existente e aumentar os que já existem, mesmo assim nenhuma estimativa orçamentaria ou financeira foi realizada mesmo com a determinação do art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT- ao Novo Regime Fiscal da União, instituído por meio da Emenda Constitucional nº 95/2016.

Observado tantas despesas a serem calculadas e organizadas, seria irresponsável simplesmente implementar o juiz das garantias sem a apresentação de qualquer orçamento prévio.

No que diz respeito aos requisitos para a concessão da medida cautela restou-se demonstrado a existência do *fumus boni iuris* no caso concreto com os indícios de inconstitucionalidade formal e material dos dispositivos da Lei nº 13.964/2019 que tratam sobre o juiz das garantias, demonstra-se também o *periculum in mora* quando apresentado o período de tempo dado pela lei para a *vacatio legis* em relação a quantidade de alterações organizacionais a serem realizadas e a consequência caótica para o Poder Judiciário.

Além da questão orçamentária e da quantidade de atividades organizacionais a serem realizadas, o Ministro Luiz Fux expõe que permitir que uma legislação que possui dispositivos possivelmente inconstitucionais (formal e/ou material) de alta complexidade ocasionaria um enorme dano ao funcionamento da justiça criminal, com graves danos de difícil ou impossível reparação.<sup>154</sup>

Logo, confirmado *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, requisitos para a concessão de uma medida de caráter urgente, resta adequado a decisão do Ministro de suspender os efeitos dos dispositivos que despertam questões de inconstitucionalidade tanto formal quanto material até o devido colhimento de todas as informações necessárias, a participação dos *amicus curiae* e a realização de audiências públicas.

---

<sup>154</sup> ADI nº 6.298 MC/DF. Relator: Minº Luiz Fux. 22/01/2020, p. 30.

## 5. CONCLUSÃO

A Lei nº 13.964/2019 realmente aperfeiçoou a legislação penal, a legislação processual penal e a legislação extravagante, sendo considerada tão importante quanto ou até mesmo mais do que a reforma do Código de Processo Penal de 2008.

O ponto central do Pacote Anticrime alterou consideravelmente todo o processo penal ao instituir expressamente o sistema acusatório no Brasil, já alterando dispositivos incompatíveis e dando oportunidade para a reforma dos artigos inquisitórios ainda existentes na legislação processual penal. Nesse contexto, (teoricamente<sup>155</sup>) a lei infraconstitucional por fim entrou em acordo com a Constituição Federal de 1988, respeitando assim a hierarquia das normas.

Após uma análise mais aprofundada percebe-se a importância de se implementar o juiz das garantias no Brasil. Trata-se de uma figura processual que possui a obrigação de zelar pelas garantias constitucionais do investigado durante toda a fase processual, assim nenhum de seus direitos individuais será violado, salvo em casos de extrema necessidade – visando a segurança pública ou a obtenção de provas – devidamente justificadas em decisão judicial.

O juiz das garantias também é um controlador da legalidade, um princípio básico do processo e do Estado Democrático com a menor intervenção punitiva estatal. Observa-se o Estado protegendo o cidadão da injustiça que possa vir do Estado, por isso qualquer conduta que prive algum direito individual, como por exemplo o direito liberdade e privacidade, será devidamente justificado em decisão judicial.

Em relação à blindagem do princípio da imparcialidade, é fácil confirmar que devido a atuação do juiz das garantias na fase da investigação e sendo vedada a atuação do magistrado que atuou na fase pré-processual de atuar na fase processual, obtém-se um juiz da instrução e julgamento sem nenhum pré-julgamento, nenhuma contaminação ou inclinação acerca do caso. Em outras palavras, com a introdução do juiz das garantias tem-se um magistrado que irá proferir uma sentença justa e imparcial por ter sido afastado da investigação, das decisões de requerimento das partes e das diligências existentes durante todo o período pré-processual.

---

<sup>155</sup> Devido a suspensão *sine die* da eficácia dos arts. arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal que tratam do sistema acusatório e da implementação do juiz das garantias e seus consectários.

Conclui-se que o sistema acusatório e o juiz das garantias são alterações processual benéficas para um Poder Judiciário mais eficaz, lógico, honrado e imparcial não apenas na teoria, mas também na prática demonstrada em seus processos.

Entretanto é necessário realizar algumas mudanças para uma incorporação mais fácil e eficiente do juiz das garantias. Contudo, constatou-se a existência de alguns equívocos e atecnia legislativas na Lei nº 13.964/2019 que devem ser obrigatoriamente solucionadas.

A primeira alteração deveria ser realizada para cessar a competência do juiz das garantias antes do recebimento da denúncia, uma vez que esse magistrado só atua na fase pré-processual e que teve contato e participou da investigação criminal. Contudo, deve-se reconhecer que a doutrina majoritária argumenta ser mais eficiente dessa maneira, pois afasta ainda mais o juiz da instrução e julgamento das informações referentes a investigação, garantindo sua imparcialidade.

É necessário que a expansão de competência até o recebimento da denúncia nos termos do art. 399 do Código de Processo Penal dada ao juiz das garantias seja alterada para o cessar nos termos do art. 396 do Código de Processo Penal para garantir o respeito com a ordem e a lógica da legislação processual penal. Possuindo um forte apoio doutrinário para realizar a mudança.

A dificuldade de implementação dessa figura processual existe, devido pela realidade brasileira de ainda possuir muitos processos físicos e possuir uma vasta extensão territorial com comarcas e subseções judiciárias com apenas um magistrado. Além, a falta de planejamento, de apresentação de um orçamento financeiro, um estudo específico sobre o tema antes da lei ser sancionada.

A implementação do juiz das garantias no ordenamento jurídico gera inúmeras alterações, despesas antes não existentes ou que serão aumentadas, uma organização judiciária nova para o controle e adequação do julgador da fase da investigação (principalmente para o rodízio de magistrados).

Logo a preparação orçamentária e prática dentro dos tribunais por exemplo deveria ter acontecido bem antes e com um prazo maior para o início da vigência da lei, de 30 (trinta) dias, conforme o art. 20 da Lei nº 13.964/2019 determinou.

Por meio da análise da decisão do Ministro Dias Toffoli percebe-se que o Pacote Anticrime realmente não abordou e não especificou tudo o que deveria, como por exemplo:

situações relacionadas com tribunais do júri, justiça eleitoral e violência doméstica. Algumas vezes cria-se dúvidas de qual lei deve prevalecer em casos de violência doméstica e familiar contra mulher, visto que o Pacote Anticrime veda a iniciativa do magistrado enquanto que a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) há a possibilidade de o juiz agir de ofício.

Além, apesar de não adentrar muito no mérito da (in)constitucionalidade dos artigos que tratam acerca do juiz das garantias, o Ministro Luiz Fux fundamenta sua decisão na existência de indícios de vícios formais e matérias no processo legislativo, assim como eventual prejuízo e caos irreparável ao Poder Judiciário no que diz respeito à introdução do juiz das garantias no processo penal.

Por fim, espera-se a conclusão da questão (in)constitucional relacionada ao juiz das garantias para que as reformas necessárias possam ser realizadas e o magistrado das garantias assim como o sistema acusatório possam se tornar uma realidade no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ASCOM/CONDEGE. **Nota Técnica sobre a estruturação e implementação do juiz de garantias e do julgamento colegiado pela primeira instância.** 2020. Disponível em: <[http://www.condege.org.br/images/condege/NOTA\\_T%C3%89CNICA\\_ESTRUTURA%C3%87%C3%83O\\_E\\_IMPLEMENTA%C3%87%C3%83O\\_DO\\_JUIZ\\_DE\\_GARANTIAS\\_E\\_DO\\_JULGAMENTO\\_COLEGIADO\\_EM\\_PRIMEIRO\\_GRAU\\_-\\_assinado\\_compressed.pdf](http://www.condege.org.br/images/condege/NOTA_T%C3%89CNICA_ESTRUTURA%C3%87%C3%83O_E_IMPLEMENTA%C3%87%C3%83O_DO_JUIZ_DE_GARANTIAS_E_DO_JULGAMENTO_COLEGIADO_EM_PRIMEIRO_GRAU_-_assinado_compressed.pdf)>. Acesso em: 11/11/2020.

ASCOM/CONDEGE. **Defensores Públicos-Generais: juiz de garantias é "avanço civilizatório".** 2020. Disponível em: <<http://www.condege.org.br/publicacoes/noticias/defensores-publicos-gerais-juiz-de-garantias-e-avanco-civilizatorio>>. Acesso em: 11/11/2020.

Associação dos Magistrados Brasileiros. **Nota Pública – Juiz de garantias.** 2019. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/nota-publica-juiz-de-garantias/>>. Acesso em: 11/11/2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional nº 89 de 2015.** Altera a Constituição Federal para dispor sobre a reforma do sistema de persecução penal e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1570777>>. Acesso em: 07/10/2020.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm)>. Acesso em: 07/11/2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 18/11/2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Anteprojeto.** Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2966191&disposition=inline>>. Acesso em: 08/10/2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009.** Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 07/10/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 518**. Relator: Minº Ayres Britto. Data de julgamento: 29/11/2020, Data da Publicação: DJe-235, Divulg. 03/12/2010, Public 06/12/2020. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17574801/acao-penal-ap-518-pa-stf>>. Acesso em: 17/11/2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 243.687 - SP** (2012/0107495-9). Relator: Ministro Jorge Mussi. Dje: 23/08/2013. Disponível em: <[https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/HC\\_243687\\_SP\\_1377365963746.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1604497632&Signature=g%2FtAwXPZ%2BhIVaEZ4r0z1rhc3X5Y%3D](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/HC_243687_SP_1377365963746.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1604497632&Signature=g%2FtAwXPZ%2BhIVaEZ4r0z1rhc3X5Y%3D)>. Acesso em: 04/11/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 193.053 Minas Gerais**. Relator: Ministro Edson Fachinº Brasília, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC193053.pdf>>. Acesso em: 07/11/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22/01/2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 22/04/ 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 15/01/2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5840274>>. Acesso em: 17/11/ 2020.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados Do Brasil. **Atuação como amicus curiae na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF**. Disponível em: <<http://s.oab.org.br/arquivos/2019/12/fe72a9ae-ad19-492e-b406-374636c4a6f7.pdf>>. Acesso em: 12/11/2020.

Conselho Nacional de Justiça. **Juiz das garantias: corregedor nacional apresenta proposta de resolução.** Junho/2020. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/juiz-das-garantias-corregedor-nacional-apresenta-proposta-de-resolucao/> >. Acesso em: 19/11/2020.

Conselho Nacional de Justiça. **A Implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro.** 2020. Disponível em: <<https://cdn.oantagonista.net/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias.pdf>>. Acesso em: 05/11/2020.

Conselho Nacional de Justiça. **Código de Ética da Magistratura Nacional.** Brasília. 2008. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/01/codigo\\_de\\_etica\\_da\\_magistratura\\_nacional.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/01/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf)>. Acesso em: 05/11/2020.

Conselho Nacional de Justiça. **Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres.** Disponível em: <[https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qvw\\_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVDRResumo](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVDRResumo) > . Acesso em: 18/11/2020.

Conselho Nacional de Justiça. **Nota Técnica nº 10 de 17/08/2010.** Projeto de Lei do Código de Processo Penal nº 156/2010. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/891> >. Acesso em: 19/11/2020.

**Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: < [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm) >. Acessado em: 05/10/2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP.** Salvador: Editora JusPodivm. 2020.

DAMÁSIO, Jesus; atualização André Estefam. – **Direito Penal.** Vol. 1- 37. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

**Declaração Universal De Direitos Humanos.** Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acessado em : 01/10/2020.

GARCIA, Alessandra Dias. **O Juiz das Garantias e a Investigação Criminal.** Dissertação de Mestrado. Orientador Professor Doutor Marcos Alexandre Coelho Zilli. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23092015-092831/publico/ALESSANDRA\\_DIAS\\_GARCIA DISSERTACAO\\_O\\_JUIZ\\_DAS\\_GARANTIAS.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23092015-092831/publico/ALESSANDRA_DIAS_GARCIA DISSERTACAO_O_JUIZ_DAS_GARANTIAS.pdf)>.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal.** Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 17. ed. São Paulo. Ed. Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal.** 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Juiz das garantias: a nova gramática da Justiça criminal brasileira.** Consultor Jurídico, [S. l.], p. 1, 21 janº 2020.

MEDEIROS, Flavio Meirelles. **Código de Processo Penal Comentado.** 2020. Disponível em: <<https://www.flaviomeirellesmedeiros.com.br>>. Acesso em: 04/11/2020.

Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Memorando Conjunto nº 001/2020/2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão,** de 08/01/2020, relativo à estruturação e implementação do juiz das garantias e do julgamento colegiado de 1º grau. Disponível em: < [http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/CNJ\\_JuizGarantias.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/CNJ_JuizGarantias.pdf)>. Acesso em: 11/11/2020.

Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Estudo Exploratório – Juiz das Garantias**. 2019. Disponível em: < [http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/CNJ\\_JuizGarantias.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/CNJ_JuizGarantias.pdf)>. Acesso em: 11/11/2020.

MORAES, Maurício Zanoide. **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. Coordenação: Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 33-34.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19 ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**. Editora Forense. 2020. Introdução. Disponível em: < <https://www.grupogen.com.br/amostras/9788530989491/2/index.html>>. Acesso em: 10/10/2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 15 ed, rev. e atual. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011. Disponível em: < <https://pt.slideshare.net/andremoraisc/curso-de-processo-penal-15-ed-eugenio-pacelli-de-oliveira>>. Acesso em: 03/11/2020.

Ordem dos Advogados Do Brasil. **Manifestação acerca da Estruturação e Implementação do juiz das garantias e do julgamento colegiado de 1º grau**. Disponível em: < <http://s.oab.org.br/arquivos/2020/01/f619da4b-cd2f-4d27-9d15-af20ac481dbd.pdf>>. Acesso em: 12/11/2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental**. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Revista Liberdade nº 11., setembro/dezembro. 2012. Disponível em: < [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=140](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=140)>. Acesso em: 05/10/2020.

SERRANO DA SILVA, Larissa Marila. **A Construção do Juiz das Garantias no Brasil: A Superação da Tradição Inquisitória.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Orientador: Professor Doutor Sérgio Luiz Souza Araújo. Belo Horizonte Faculdade de Direito - UFMG 2012. Disponível em: <[https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-99QJAH/1/dissertacao\\_juiz\\_das\\_garantias.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-99QJAH/1/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf)>. Acesso em: 06/10/2020.

SOUZA, André Boccuzzi de. **A controvérsia acerca do recebimento da denúncia no processo penal.** Jusbrasil. 2018. Disponível em: <<https://andrebsouza.jusbrasil.com.br/artigos/566013530/a-controversia-acerca-do-recebimento-da-denuncia-no-processo-penal>>. Acesso em: 04/11/2020.

Supremo Tribunal Federal. **Juiz das Garantias: Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temática.** 2020. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/3JuizdeGarantias\\_2020\\_\\_revisado.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/3JuizdeGarantias_2020__revisado.pdf)>. Acesso em: 01/10/2020.

**ANEXO A - Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 15/01/2020**

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
6.298 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. LUIZ FUX**  
**REQTE.(S)** : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS E  
OUTRO(A/S)  
**ADV.(A/S)** : ALBERTO PAVIE RIBEIRO  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**INTDO.(A/S)** : CONGRESSO NACIONAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**Decisão:**

Cuida-se de três ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizadas em face de dispositivos da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que alteraram o Código de Processo Penal (CPP), especialmente quanto à instituição do “**Juiz das Garantias**”.

As ações diretas são as seguintes:

(1) **ADI nº 6.298**, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), na qual os autores impugnam os arts. **3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F** do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, bem como o **art. 20** dessa lei, que fixa o início da vigência do diploma;

(2) **ADI nº 6.299**, ajuizada pelo PODEMOS e pelo CIDADANIA, na qual os autores impugnam, além dos preceitos anteriormente mencionados, o **§ 5º do art. 157** do CPP, também inserido pela Lei nº 13.964/2019;

(3) e **ADI nº 6.300**, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), na qual também se impugnam os arts. **3º-A a 3º-F** do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019.

Eis o teor das normas questionadas:

“Art. 3º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

'Juiz das Garantias

## ADI 6298 MC / DF

'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.'

'Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do **caput** do art. 5º da Constituição Federal;

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;

IX - determinar o trancamento do inquérito policial

## ADI 6298 MC / DF

quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI - decidir sobre os requerimentos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

XII - julgar o **habeas corpus** impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no **caput** deste artigo.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade

## ADI 6298 MC / DF

policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.’

‘Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

§ 3º 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 não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.’

‘Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.’

‘Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União,

## ADI 6298 MC / DF

dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.'

'Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no **caput** deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.'

(...).

'Art.157 (...).

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.'

(...)

Art. 20. Esta Lei entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação oficial."

No conjunto de ações, alega-se, em síntese, o seguinte:

1) Inconstitucionalidade formal da norma, por dispor não somente sobre normas gerais de processo penal, mas também sobre procedimento em matéria processual, matéria de competência legislativa concorrente entre os Estados e a União, no contexto da qual cabe à União editar tão somente normas de caráter geral (art. 24, XI e § 1º, da Constituição Federal);

2) Inconstitucionalidade formal por ofensa à competência dos tribunais para a criação de órgãos do Poder Judiciário (art. 96, I, d; e II, b e

## ADI 6298 MC / DF

“d”; e art. 110 da CF/88), bem como à competência dos estados para organizarem sua própria justiça e à competência dos tribunais de justiça para iniciarem a lei de sua organização judiciária (art. 125, § 1º, da CF/88). Nesse sentido, a AMB e a AJUFE aduzem que os arts. 3º-A a 3º-F, por não tratarem,

“(…) de 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 no âmbito da União e dos Estados -- estão violando os dispositivos da CF referidos” (ADI nº 6.298);

3) Ofensa ao pacto federativo, visto que as alterações introduzidas pela nova lei “promovem mudanças que não se enquadram propriamente como processuais, na medida em que revestida[s] de caráter eminentemente estrutural, comprometendo a organização judiciária em todos os entes federados”;

4) Ofensa ao princípio do juiz natural (art. 5º, inciso LIII), visto que a norma questionada “criou uma instância interna dentro do primeiro grau, um segundo juiz natural, por meio de lei ordinária” (ADI nº 6.298);

5) Ofensa ao princípio da isonomia (art. 5º, **caput**, da CF/88), decorrente do fato de que a figura do **juiz das garantias** foi criada apenas para a primeira instância, e não para os tribunais, diante da ausência de alteração da Lei nº 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos nos tribunais, gerando assimetria entre o primeiro grau e os julgamentos de competência originária dos tribunais;

6) Violação dos princípios da razoável duração do processo e da segurança jurídica, uma vez que a persecução penal seria dificultada pela aplicação da norma. Nesse sentido, aduz-se que

“o juiz responsável pela instrução não acompanhará o desenvolvimento das investigações, ficando totalmente alheio aos acontecimentos empreendidos pela autoridade policial e

## ADI 6298 MC / DF

pelo Ministério Público, o que poderá ocasionar um julgamento mais tardio, tendo em vista que o magistrado precisará de mais tempo para firmar sua convicção” (ADI nº 6.299);

7) Violação do art. 169, § 1º, da CF/88, ao argumento de que a instituição do juiz das garantias implicaria, necessariamente, aumento de despesas, sem correspondente previsão orçamentária;

8) Ausência de demonstração da estimativa do impacto financeiro e orçamentário da medida, em ofensa ao art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

9) Embaraço ao combate de ilícitos, pois, segundo se alega, a adaptação à lei “ensejará inúmeros **habeas corpus**, recursos e incidentes processuais nas ações criminais, que poderão significar, na prática, maior risco de impunidade, na contramão do espírito do ‘pacote anticrime’” (ADI nº 6.300);

10) Necessidade de interpretação conforme à Constituição do art. 3º-D, no sentido de que o impedimento referido na norma seja aplicado ao juiz das garantias propriamente dito,

“(…) vale dizer, aquele que, a partir da vigência da Lei n. 13.964/2019, passou a ser (a) o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, referido no art. 3-B, (b) o detentor das competências previstas no art. 3-C, que cessam com o recebimento da denúncia ou queixa e, (d) que tiver sido designado para exercer essa jurisdição especial, conforme previsto no art. 3-E” (ADI nº 6.298).

Isso porque, segundo alegam, a “aplicação ao Juiz que funcionou na fase de investigação, sem que fosse ainda o ‘Juiz das Garantias’ implicará a aplicação retroativa da lei de processo penal, que a jurisprudência dessa Corte recusa”, além de violar o princípio do juiz natural (art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal), “uma vez que o impedimento previsto para alcançar o novo ‘juiz natural das garantias’ -- se isso for possível --

## ADI 6298 MC / DF

passará a alcançar o Juiz Criminal que era o único ‘juiz natural’ da investigação havida” (ADI nº 6.298);

11) Quanto ao **art. 157, § 5º**, alega-se que o dispositivo, ao criar uma nova hipótese de impedimento judicial, afastando o juiz da instrução do processo, viola o princípio da identidade física do juiz, podendo acarretar prejuízo à ampla defesa do acusado. Assevera-se que

“a medida pode ter o condão de prejudicar o próprio jurisdicionado réu em seu direito à ampla defesa, uma vez que o distanciamento entre a prova e o magistrado sentenciante prejudica a formação de um quadro probatório coeso e harmônico, colocando em xeque um dos escopos do processo penal, que é a busca da verdade material” (ADI nº 6.299);

12) A insuficiência do prazo de **vacatio legis** de 30 dias, conferido pelo art. 20 da Lei nº 13.964/2019, para o início da eficácia do juízo das garantias, visto que o Poder Judiciário brasileiro não possuiria estrutura suficiente para a implementação e o funcionamento regular do novo instituto até o próximo dia 23 de janeiro, quando encerrará o prazo legal.

Argumentam os autores que há **periculum in mora**, em razão da iminência do esgotamento do prazo fixado no art. 20 da Lei nº 13.964/2019, bem como da insegurança jurídica decorrente da necessidade de tempo para que os órgãos se adaptem à nova disciplina legal.

Em 2/1/20, a AMB e a AJUFE apresentaram aditamento à inicial da ADI nº 6.298, por meio do qual apresentaram novos fundamentos para a declaração de inconstitucionalidade das normas questionadas.

Os processos foram registrados à Presidência com fundamento no art. 13, inciso VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

Decido.

### **1) Considerações introdutórias sobre os dispositivos questionados**

Os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP, introduzidos pelo art. 3º da Lei nº 13.964/2019, instituíram a figura do **juiz das garantias**.

## ADI 6298 MC / DF

Compete a ele controlar a legalidade da investigação, zelando pelos direitos individuais do investigado, conforme expressamente estabelece o art. 3º-B, no qual, ao longo de dezoito incisos, se enumeram as principais atribuições do juiz das garantias.

O microsistema do juiz das garantias, inserido no CPP pela Lei nº 13.964/2019, promove uma clara e objetiva diferenciação entre a fase pré-processual (ou investigativa) e a fase processual propriamente dita do processo penal. Determina que magistrados distintos atuem em cada uma dessas fases, sendo que o juiz que atua na fase investigativa tem o propósito específico de controlar a legalidade dos atos praticados e de garantir os direitos do investigado.

A partir da nova lei, passou a existir uma cisão muito mais acentuada entre as duas fases do processo penal. A linha divisória entre as duas fases está situada no recebimento da denúncia ou da queixa, último ato praticado pelo juiz das garantias (art. 3º-C, **caput**). Após essa etapa, as questões pendentes passam a ser resolvidas pelo juiz da instrução e do julgamento (art. 3º-C, § 1º).

Ademais, as decisões praticadas pelo primeiro magistrado não vinculam o segundo, que deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias (art. 3º-C, § 2º).

Cumprido destacar, ainda, que o art. 3º-D instituiu nova hipótese de impedimento no processo penal, qual seja, o juiz que praticou qualquer ato na fase de investigação fica impedido de funcionar no processo.

Esse microsistema, portanto, rompe com o modelo que sempre vigorou no processo penal brasileiro. Trata-se de uma mudança paradigmática de nosso processo penal.

Além dos preceitos atinentes ao juiz das garantias, está sendo questionado, na ADI nº 6.299, o § 5º do art. 157 do CPP, também inserido pela Lei nº 13.964/2019. Diferentemente dos artigos acima mencionados, a norma em referência trata especificamente da fase de instrução do processo, tanto que está situada no capítulo do CPP que trata das disposições gerais acerca da prova.

O § 5º do art. 157 determina que o juiz que conhecer do conteúdo de

## ADI 6298 MC / DF

prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou o acórdão – em outras palavras, não poderá julgar o processo. Nesse caso, a alteração do juiz competente ocorre dentro da fase processual. Em síntese, muda-se o juiz da causa estando já em curso o processo.

Feitas tais considerações a respeito do que estabelecem as normas questionadas, passo ao exame da presença dos requisitos para a concessão das medidas cautelares pleiteadas nas ações.

### **2) Análise sob a perspectiva formal: da constitucionalidade dos artigos 3º-A; 3º-B; 3º-C; 3º-D, caput; 3º-E e 3º-F e da inconstitucionalidade do art. 3º-D, parágrafo único.**

Os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D (caput), 3º-E e 3º-F do CPP, introduzidos pelo art. 3º da Lei nº 13.964/2019, tratam de questões atinentes ao processo penal, matéria da competência legislativa privativa da União (art. 22, inciso I). Conforme restará demonstrado, **os preceitos mencionados foram editados no exercício legítimo da aludida competência constitucional pelo Congresso Nacional.**

Com efeito, para Vincenzo Manzini, o escopo específico do processo penal é alcançar a concretização da pretensão punitiva decorrente de um crime, pelo accertamento, positivo ou negativo, do fundamento da pretensão punitiva (**Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice**. Torino: UTET, 1931. v. I, p. 80).

Como sabido, praticado um crime, surge para o Estado o direito de punir seu autor. Nasce, assim, a pretensão penal, entendida como “a exigência de submissão de alguém à pena” (CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002. v. I. p. 191).

A pretensão punitiva estatal, todavia, não é autoexecutável, impondo-se sua submissão à jurisdição (**nulla culpa, nulla poena sine iudicio**), haja vista que “a pena só se aplica ‘processualmente’” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 24-26).

A realização da pretensão punitiva pressupõe o desenvolvimento de

## ADI 6298 MC / DF

uma adequada reconstrução fática perante o juiz no curso da ação penal, a qual, por sua vez, é precedida de uma **atividade preparatória**, de caráter preliminar e informativo, destinada a **viabilizar o próprio exercício da ação penal**.

A **persecução criminal**, portanto, apresenta dois momentos distintos: o da **investigação** e o da **ação penal**. Conforme sintetiza José Frederico Marques, **in verbis**:

“É para acusar que o Estado investiga o delito e sua autoria e propõe, posteriormente, a ação penal. Donde inferir-se que a **persecutio criminis** tem por objeto: a) preparar a acusação; b) invocar a tutela jurisdicional do Estado-juiz para julgar a acusação” (**Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 129).

**Ambos os momentos da persecução criminal integram o Direito Processual Penal**, entendido como um “conjunto de normas que determinam de que maneira se devem comprovar e realizar as pretensões punitivas” (BELING, Ernst. **Derecho Procesal Penal**. trad. Roberto Goldschmidt e Ricardo Núñez. Cordoba: Imprenta de la Universidad, 1943. p. 2).

José Frederico Marques, por seu turno, define o Direito Processual Penal como o

“conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares” (MARQUES, p. 32-36).

Cumprido, ainda, registrar a definição trazida pelo eminente Ministro **Luiz Fux** no julgamento da paradigmática ADI nº 4.414/AL (DJe de 17/6/2013):

## ADI 6298 MC / DF

“Como é sabido, a lei processual é aquela que cuida da **delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, da coordenação de sua atividade, da ordenação do procedimento e da organização do processo** – envolve, basicamente, a tríade jurisdição, ação e processo. Francesco Carnelutti definiu a norma jurídica processual como a ‘norma jurídica que **disciplina a atividade do juiz** e das partes para a realização do direito objetivo e para a composição dos conflitos de interesses não regulados pela norma material; **norma jurídica que atribui poderes e impõe deveres ao juiz** e aos seus auxiliares, e às partes e aos auxiliares destas, para o accertamento das normas jurídicas, para a execução dos comandos jurídicos e para a composição de conflitos de interesses ainda não compostos em relação jurídica” (p. 54 - grifamos).

Assentadas essas premissas, é indene de dúvidas que a disciplina da persecução criminal constitui matéria de direito processual penal e, portanto, de domínio legislativo privativo da União (art. 22, I, CF).

Nessa esteira, mostra-se formalmente legítima, sob a óptica constitucional, a opção do legislador de, **no exercício de sua liberdade de conformação, instituir no sistema processual penal brasileiro, mais precisamente no seio da persecução criminal, a figura do “juiz das garantias”**.

Trata-se, portanto, de uma legítima opção feita pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, que, de modo algum, afeta o necessário combate à criminalidade.

Apenas passará a existir uma **divisão de competência funcional** entre os juízes na seara criminal, como já ocorre em vários países do mundo. Um juiz atuará durante a fase de investigação no controle da legalidade e da garantia dos direitos fundamentais e outro, durante a instrução do processo e em seu julgamento. Mas ambos são juízes independentes e com todas as garantias da magistratura, previstas no art. 95 da Constituição Federal.

Os dispositivos em análise introduziram um novo instituto ao

## ADI 6298 MC / DF

processo penal brasileiro e, com ele, um microsistema que contém regras gerais de competência e de julgamento, matérias de natureza tipicamente processual criminal. Ao assim dispor, o legislador federal atuou, portanto, pautado na competência que lhe é atribuída pelo art. 22, I, da Constituição.

Não se sustenta, portanto, a alegação dos requerentes de que, ao instituir o juízo das garantias, a Lei nº 13.964/2019 estaria violando o poder de auto-organização dos tribunais e a sua prerrogativa de propor a alteração da *organização* e da *divisão judiciárias*. Vale rememorar a distinção explicitada no julgamento da ADI nº 3.711/ES entre normas de organização judiciária e normas de direito processual propriamente dito:

“Na peça vestibular, nota-se aguda mixórdia entre os conceitos de normas de organização judiciária e normas de Direito Processual. Na lição de José Frederico Marques, ‘[a]s leis de organização judiciária cuidam da administração da justiça e as leis de processo da atuação da justiça. (...) As leis processuais, portanto, regulamentam a 'tutela jurisdicional', enquanto que as de organização judiciária disciplinam a administração dos órgãos investidos da função jurisdicional’ (Organização Judiciária e Processo. Revista de Direito Processual Civil. Vol. 1. Ano 1. Jan. a Jun. De 1960. São Paulo: Saraiva. p. 20-21).

**A norma de Direito Processual se peculiariza por afetar aspectos umbilicalmente ligados à tríade jurisdição, ação e processo.**” (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 24/8/15, grifamos).

Não há dúvidas de que os arts. 3º-A; 3º-B; 3º-C; 3º-D, **caput**; 3º-E e 3º-F do CPP ingressam em questões atinentes ao próprio exercício da jurisdição no processo penal brasileiro, alterando profundamente sua lógica de funcionamento, a partir de uma clara cisão de competência entre as fases pré-processual e processual.

Trata-se de nova **competência funcional** estabelecida no processo penal brasileiro e, conforme consignado pelo Ministro **Luiz Fux** na ADI nº 4.414 (DJe de 17/6/13), a **cisão funcional de competência não se insere na**

## ADI 6298 MC / DF

**esfera legislativa dos estados-membros, sendo matéria de direito processual penal, de competência privativa da União** (art. 22, I, da CF/88).

Situação diversa ocorre com o art. 3º-D, **parágrafo único**, o qual não dispõe propriamente sobre o processo penal, ingressando em questão de **organização judiciária**, pois determina que se adote um **sistema de rodízio de magistrados** como mecanismo de efetivação do juízo das garantias. Confira-se o teor do dispositivo:

“Art. 3º-D (...)

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.”

A norma em referência determina a forma pela qual, nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, deverá ser implementado o juízo das garantias. Ao fazer isso, cria uma obrigação aos tribunais no que tange a sua forma de organização, violando, assim, o poder de auto-organização desses órgãos (art. 96 da Constituição Federal) e usurpando sua iniciativa para dispor sobre organização judiciária (art. 125, § 1º, da Constituição Federal).

Ressalte-se, ainda, que o art. 3º-E - de forma diversa da manifesta no parágrafo único do art. 3º-D -, em consonância com a autonomia dos tribunais e respeitadas as peculiaridades de cada estado da federação, corretamente explicita que

“o juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal”.

É o caso, portanto, neste juízo precário, de **suspensão cautelar do art. 3º-D, parágrafo único, do CPP**, introduzido pelo art. 3º da Lei nº 13.964/2019.

### 3) Análise sob a perspectiva material

#### 3.1.) Da constitucionalidade do juiz das garantias

A Constituição de 1988 operou uma mudança radical na concepção de processo penal então vigente, ainda influenciada, à época, embora em menor medida, pela concepção autoritária que inspirou a edição do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941), o qual, não por outra razão, veio a ser profundamente modificado em sucessivas reformas legislativas, sobretudo a partir do século XXI.

Consoante evidencia Eugênio Pacelli, **in verbis**:

“A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da sanção penal, mas, além e mais que isso, **que se transformasse em um instrumento de garantias do indivíduo em face do Estado**” (Curso de Processo Penal. 17. ed rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p. 8-9).

Nossa ordem constitucional consagra, a partir do art. 129, inciso I, da CF/88 – que atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal –, o sistema acusatório, o qual se caracteriza pela nítida divisão entre as funções de investigar e acusar e a função de julgar, sendo o réu sujeito de direitos.

Conforme evidenciou o Ministro **Roberto Barroso** no julgamento da ADI 5.104-MC (Tribunal Pleno, Dje de 30/10/14), essa opção constitucional tem como um dos seus principais objetivos **promover a imparcialidade judicial**:

“A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com

## ADI 6298 MC / DF

os princípios da isonomia e do devido processo legal”.

Dentro dessa lógica, a atuação do Judiciário na fase pré-processual objetiva exatamente proteger as garantias fundamentais dos investigados ou acusados. Aury Lopes Jr. sintetiza isso nos seguintes termos:

“O juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um.

Essa é a posição que o juiz deve adotar quando chamado a atuar no inquérito policial: como garante dos direitos fundamentais do sujeito passivo” (**Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 293).

Sob a ordem constitucional vigente, interessa ao Estado, na mesma medida, a absolvição do inocente e a condenação do culpado, sendo essa uma das dimensões da **imparcialidade no processo penal**.

A imparcialidade dos órgãos jurisdicionais afigura-se, segundo Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter, “um ‘princípio supremo do processo’ e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e final julgamento da pretensão acusatória e do caso penal”. Segundo evidenciam os referidos autores, “a posição do juiz funda um processo acusatório e democrático ou inquisitório e autoritário. Mexer na posição do juiz pode significar uma mudança completa da estrutura processual (...)” (**A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Revista *Duc In Altum* Cadernos de Direito, v. 8, n. 16, p. 57, set.-dez. 2016).

É essa, portanto, a conformação constitucional de nosso sistema de persecução penal: um sistema acusatório no qual é central a salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado - uma decorrência do forte

## ADI 6298 MC / DF

componente ético da Constituição de 1988.

Em obra de projeção internacional, o juiz Luís Geraldo Lanfredi, ao ressaltar a importância do juiz de garantias sob a óptica dos direitos humanos, destaca que:

“El papel de ‘garante de las garantías’, por más que suene redundante, impreciso e improprio, tiene un único sentido, el de reforzar, fortalecer y exigir del modo más particular posible, el respeto a los derechos fundamentales. Exigir del juez, en el ámbito de la persecución penal, esa postura, de entre todas las actividades que desempeña en el proceso penal (desde la instrucción hasta el eventual cumplimiento de una condena), nos es un reto, sino una condición que justifica (y legitima) su propia actividad, incluso porque vivir de acuerdo con ese orden de las cosas es el imperativo que da sentido al poder que recibe de la sociedad para aplicar el derecho y realizar (la verdadera) justicia” (**Juez de garantias y sistema penal**. 1. ed., Florianópolis/SC: Empório do Direito, 2017. p. 93-94).

Tendo isso em vista, conclui-se que **a instituição do “juiz das garantias” pela Lei nº 13.964/2019 veio a reforçar o modelo de processo penal preconizado pela Constituição de 1988. Tal medida constitui um avanço sem precedentes em nosso processo penal, o qual tem, paulatinamente, caminhado para um reforço do modelo acusatório.**

Conforme esclarece André Maya Machado, a designação de um magistrado para atuar especificamente na fase pré-processual busca atender a dois objetivos:

**“(…) o aprimoramento da atuação jurisdicional criminal própria desta fase e a minimização da contaminação subjetiva do juiz responsável pelo julgamento do processo, inerente ao contato (necessário) do magistrado com os elementos informativos colhidos na investigação criminal” (O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais**

penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, v. 23, n. 1, p. 74, jan-abr 2018).

Teresa Armenta Deu anota que **a figura do juiz de garantias não visa enfatizar o caráter de “garante” do juiz, uma vez que todos os magistrados o são**, e sim ressaltar a reserva de jurisdição na adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais na fase da investigação, bem como preservar a imparcialidade ( **Sistemas procesales penales – la justicia penal en Europa y América**. Madrid : Marcial Pons, 2012. p. 72).

Portanto, do ponto de vista material, a instituição do juiz das garantias buscou **densificar a exigência de imparcialidade** do julgador.

Gustavo Badaró destaca que a **imparcialidade objetiva** – assim denominada aquela que “deriva não da relação do juiz com as partes, mas de sua prévia relação com o objeto do processo” - “**restará melhor assegurada se houver uma absoluta separação entre as figuras do juiz que irá proferir decisões na fase de investigação e o juiz que irá julgar a causa**” (Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 345-346 - grifamos).

Bem por isso a juíza de Direito Danielle Nogueira Mota Comar, com inegável exatidão, assevera que,

“embora polêmico e impactante na organização judiciária dos tribunais, **a instituição deste novo ator processual trará inegável consolidação do princípio da imparcialidade**, na medida em que intenciona que as atividades decisórias tomadas na fase de investigação pelo juiz das garantias não causem prejulgamentos ao juiz da instrução” (Juiz das garantias à brasileira no projeto do novo CPP. Sobre a necessidade de implantação do novo ator processual em um

## ADI 6298 MC / DF

verdadeiro sistema acusatório. Críticas e refinamentos. *In: Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Paula Ballesteros (coord.). Santiago: CEJA, 2019, v. III, p. 79).

O juiz das garantias é instituto que corrobora os mais avançados parâmetros internacionais relativos às garantias do processo penal, tanto que diversos países já o adotam, não sendo uma novidade no cenário do direito comparado.

A atuação do juiz na fase preliminar da investigação e a afetação da imparcialidade é tema que desperta, há tempos, a atenção do **Tribunal Europeu de Direitos Humanos**.

Conforme sintetiza Marcos Alexandre Coelho Zilli, ao apresentar casos paradigmáticos julgados pelo TEDH, como **Piersack vs. Bélgica, De Cubber vs. Bélgica e Hauschild vs. Dinamarca**:

“[...] no preenchimento do desenho do quadro da imparcialidade como exigência de configuração do justo processo, o Tribunal Europeu demonstra preocupação para com os juízos de valor emitidos pelo julgador no enfrentamento de questões que surjam na fase preliminar de investigação. Quando as decisões vierem carregadas por apreciações que digam respeito ao vínculo autor/fato, abrem-se as vias comprometedoras da imparcialidade. **A premissa é a de que o julgador dificilmente teria condições de se libertar dos juízos prévios formados. A tendência seria a de transportar, na bagagem de sua memória, um convencimento preliminar erigido no marco da imputação provisória a que ele aderiu quando da decisão cautelar**” (O juiz das garantias, a estrutura acusatória e as memórias do subsolo. Um olhar sobre o PL 8045/10 (Projeto do novo Código de Processo Penal). In: Sidi, Ricardo; Lopes, Anderson Bezerra (orgs). Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 395-396 – grifos nossos).

## ADI 6298 MC / DF

Nesse contexto, prossegue Marcos Alexandre Coelho Zilli, “**o ponto central da questão envolve a edificação de um modelo processual capaz de minimizar aqueles riscos**, propiciando condições mais isonômicas para as partes na orientação do convencimento judicial” (grifos nossos).

A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos influenciou uma série de reformas legislativas em países europeus, os quais incorporaram, em seus códigos de processo penal, a figura do juiz das garantias.

No Código de Processo Penal **português** (1987), prevê-se um “juiz de instrução”, que atua, na prática, como um verdadeiro juiz das garantias, controlando a legalidade da investigação e sem iniciativa para a produção de provas, conforme anota Larissa Marila Serrano da Silva (**A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012).

A autora esclarece que “o juiz da instrução criminal português é um juiz das liberdades, o juiz que, na fase preparatória, controla o respeito pelos direitos individuais do investigado” (p. 56). De acordo com o art. 40 do código português, **o juiz instrutor – assim como o juiz de garantias instituído pela Lei nº 13.964/2019 – está impedido de julgar a ação penal**.

A **Itália** segue modelo semelhante. A principal inovação implementada pelo Código de Processo Penal italiano (1989) foi a supressão da figura do juiz da instrução e a substituição pelo **giudice per le indagini preliminari**, que atua na fase preliminar ao processo.

Como observa Marzia Ferraioli, o juiz deve intervir, na denominada **fase delle indagini preliminari** italiana, apenas no exercício de uma função de garantia e de controle da legalidade da atividade investigativa (**Il ruolo di “garante” del giudice per le indagini preliminar**. 4. ed. Padova : CEDAM, 2014. p. 12).

Assim como no direito português, também no direito processual penal italiano o **juiz que atua na fase de investigação fica, em regra, impedido de atuar na fase processual** (art. 34 do Código de Processo

## ADI 6298 MC / DF

Penal italiano).

A previsão do juiz de garantias na fase da investigação, compreendido não como um juiz investigador, mas sim como um juiz suficientemente neutro para intermediar os interesses da acusação e da defesa, é tida como **uma das principais garantias judiciais contidas no projeto do Corpus Juris**, o qual foi elaborado por um grupo de especialistas de diversos estados-membros da União Europeia com a intenção de estabelecer normas penais e processuais penais de caráter comunitário (DELMAS-MARTY, Mireille. **Reflections on the 'Hybridisation' of Criminal Procedure**. In: Crime, procedure and evidence in a comparative and international context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaska. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. p. 254).

As reformas processuais ocorridas nos países europeus inspiraram uma série de reformas em países da **América Latina**, as quais se caracterizam pela instituição de “uma fase preliminar desformalizada, criativa, a cargo do Ministério Público e **sob o controle de um juiz de garantias**” (MACHADO, André Maya. **O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, v. 23, n. 1, p. 74, jan-abr 2018 - grifamos).

Segundo Marco Aurélio Nunes Silveira, as características fundamentais dos **novos de Códigos de Processo Penal ibero-americanos** são as seguintes:

“(...) um processo marcado pela publicidade, pelo contraditório e, principalmente, pela oralidade, centrado em um sistema de audiências, e **pela rigorosa separação das atividades de persecução e julgamento**, o que necessariamente inclui a vedação ao juiz de tomar iniciativas instrutórias” (**Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, pp. 354-355, grifo nosso).

## ADI 6298 MC / DF

Nesse sentido, o Código de Processo Penal do **Paraguai** prevê um juiz de garantias, o qual, esclarece Larissa Marila Serrano, “não tem intervenção direta na investigação, não possui iniciativa probatória e, consoante tendência europeia, controla a legalidade dessa investigação” (**A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012. p. 60). Também compete a ele realizar juízo acerca da justa causa para o início do processo penal ou do arquivamento da investigação. Ademais, **o juiz de garantias está, em regra, expressamente proibido de julgar o processo.**

O Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires, Argentina, instituiu também um juiz de garantias, ao qual compete atuar na fase de investigação e decidir acerca do recebimento/rejeição da acusação ou do pedido de arquivamento. Esse juiz também fica impedido de atuar no julgamento do processo. Mais recentemente, em 2019, essa novidade, que até então estava prevista apenas a nível provincial, passou a integrar o novo Código de Processo Penal da **Argentina**, o qual promoveu profundas alterações no sistema processual penal do país, seguindo a tendência observada na América Latina de adotar medidas de reforço à imparcialidade judicial.

O **Chile** pode ser considerado uma referência em matéria de reformas processuais penais na América Latina, tendo instituído um sistema estruturado nos princípios da oralidade e da publicidade, no qual o julgamento se dá perante um Tribunal composto por **três magistrados que não tenham participado da fase preliminar**. No sistema chileno, compete ao juiz das garantias

“tutelar os direitos dos envolvidos e a legalidade da investigação criminal, e também decidir sobre o encerramento das investigações e o início do processo, com o exame de admissibilidade das provas indicadas pelas partes, a definição do tribunal competente e do procedimento a ser seguido, e também dos limites da acusação” (MACHADO, André Maya. **O**

**juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal.** Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, v. 23, n. 1, p. 74, jan-abr 2018, p. 80).

A reforma processual penal da **Colômbia** de 1991 também instituiu o juiz de garantias. Como esclarece André Maya, o processo penal colombiano passou a prever “um procedimento em que a primeira fase se constitui em uma investigação prévia facultativa e por uma instrução obrigatória, ambas conduzidas pelo Ministério Público, **sob fiscalização do juez de control de garantias**” (p. 81). A atuação desse magistrado se restringe à fase preliminar, cabendo a ele autorizar qualquer medida potencialmente restritiva de direitos fundamentais.

Seguindo a tendência observada nos países latino-americanos, **a inserção do juiz das garantias no direito processual penal brasileiro tem sido discutida no Congresso Nacional há mais de uma década.** O **Projeto de Lei nº 156/2009** do Senado Federal (nº 8045/2010 na Câmara dos Deputados), que pretende instituir o novo Código de Processo Penal, ainda em tramitação, já continha a proposta do juiz das garantias, inclusive com a previsão do impedimento do magistrado para funcionar no processo.

**Ressalte-se, inclusive, que a figura de um juízo de garantias não é nova no sistema jurídico pátrio.** Na capital paulista, funciona, há décadas, o **Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO)**, o qual, nos termos do Provimento nº 167/1984, concentra “[t]odos os atos relativos aos inquéritos policiais e seus incidentes, bem como os pedidos de **habeas corpus**” (art. 2º). Portanto, em São Paulo já ocorre a cisão de competência determinada pela lei questionada, ficando a atividade de supervisão dos atos de investigação a cargo de juízes especialmente designados para tanto, atuantes no Departamento de Inquéritos Policiais. O fato de os juízes do DIPO não serem competentes para o recebimento da denúncia não desnatura sua função, na essência, de juiz das garantias.

Relatório do Conselho Nacional de Justiça acerca da estrutura e da localização das unidades judiciárias com competência criminal identificou **sete tribunais de justiça com centrais ou departamentos de**

## ADI 6298 MC / DF

**inquéritos policiais**, dentre os quais se inclui o do Estado de São Paulo:

- Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (capital + 22 no interior);
- Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (capital);
- Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (São Luís e Imperatriz);
- Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (capital);
- Tribunal de Justiça do Estado do Pará (capital);
- Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (capital);
- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (capital).

Trata-se, portanto, de um **modelo que vem se difundindo pelo país, notadamente porque aprimora a atividade judicial realizada na fase pré-processual, a qual se torna mais especializada e prestigia a imparcialidade judicial.**

O sistema instituído pela Lei nº 13.964/2019 avança em relação às centrais ou aos departamentos de inquérito, visto que, além de dispor sobre o recebimento da denúncia pelo juiz das garantias, determina o **impedimento** do magistrado que exercer essa função de participar da instrução e do julgamento da ação penal, **minimizando, de forma mais efetiva, os fatores de contaminação subjetiva do julgador do processo e reforçando sua imparcialidade.**

Em verdade, verifica-se que muitas das críticas formuladas ao juiz das garantias são relativas ao *plano prático*, e não propriamente aos planos legal e constitucional.

Todavia, diferentemente do que alegam os autores das ações diretas, a efetiva implementação do juiz das garantias não demanda necessariamente a criação de novos cargos, não incrementa o volume de trabalho do Judiciário, não gera nova demanda.

**Não se criou uma nova atividade dentro da estrutura do Poder Judiciário. A supervisão judicial da legalidade dos atos praticados nas investigações criminais e a proteção dos direitos fundamentais dos investigados são atividades já realizadas pelos juízes criminais do país.**

## ADI 6298 MC / DF

Faz-se necessário redistribuir o trabalho que antes competia ao mesmo juízo/juiz. Trata-se de questão que passa mais por gestão judiciária e menos por criação ou provimento de cargos.

O que ocorrerá, na prática, é uma adequação da estrutura já existente em todo o país para que as funções de juiz de garantias e de juiz responsável pela instrução e pelo julgamento não recaiam mais sobre a mesma pessoa, garantindo-se a efetividade da norma de impedimento contida no **caput** do art. 3º-D.

Ademais, segundo consta do Relatório do Conselho Nacional de Justiça referido acima, 59% das comarcas e subseções judiciárias do país atuam como juízos únicos – ou seja, como varas com competência genérica, cabendo-lhes também julgar e processar feitos criminais. No entanto, em 2018, apenas 19% delas atuou com um único juiz durante todo o ano de 2018, sem qualquer sistema de substituição (foram descontados os períodos de atividade inferiores a 60 dias, a fim de evitar o cômputo das substituições automáticas que ocorrem em razão de férias). Ou seja, em 81% das unidades judiciárias, registrou-se a atuação, no decorrer de 2018, de dois ou mais juízes. Além disso, o relatório também demonstrou que essas comarcas de juízo único recebem 10% dos processos criminais e 13% dos procedimentos investigatórios de todo país.

Esses dados demonstram que, **diferentemente do que sugerem os autores das ações, o Poder Judiciário brasileiro dispõe sim de estrutura capaz de tornar efetivos os juízos de garantia.**

**A questão, portanto, não é de reestruturação, e sim de reorganização da estrutura já existente. Não há órgão novo. Não há competência nova. O que há é divisão funcional de competência já existente. É disso que se trata.**

Como em diversos estados da federação há centrais ou departamentos de inquéritos policiais que podem ser adaptados à sistemática instituída pela Lei nº 13.964/2019 e como mais de 80% dos processos judiciais no país já tramitam em meio eletrônico, o Judiciário, com o tempo necessário, poderá se reorganizar e remanejar sua força de

## ADI 6298 MC / DF

trabalho, de acordo com as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 3º-E).

Com esses fundamentos, reputo **constitucionais** os arts. 3º-A; 3º-B; 3º-C; 3º-D, **caput**; 3º-E e 3º-F do CPP, introduzidos pelo art. 3º da Lei nº 13.964/2019, e, portanto, neste juízo, indefiro a cautelar.

### 3.2) Da inconstitucionalidade do art. 157, § 5º.

Na ADI nº 6.299, os autores, PODEMOS e CIDADANIA, impugnam o § 5º do art. 157 do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/2019. Eis o teor do dispositivo:

“Art.157. (...)

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.”

A norma em questão, que indubitavelmente se refere ao juiz do processo, determina que o magistrado que “conhecer do conteúdo de prova declarada inadmissível” não poderá proferir a sentença ou o acórdão – em outras palavras, não poderá julgar a ação penal.

De início, anoto que a norma em tela é extremamente vaga, gerando inúmeras dúvidas. O que significa “**conhecer** do conteúdo da prova **declarada** inadmissível”? Significa apenas travar contato com a prova ou pressupõe que o juiz necessariamente tenha emitido algum juízo de valor sobre o material probatório? Como se materializaria a demonstração desse “conhecimento”? O juiz, após “conhecer” do conteúdo da prova, ainda poderá proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para a sentença, ou ficará impedido desde logo?

A ausência de clareza do preceito é também capaz de gerar situações inusitadas. Imagine-se o juiz que, ao proferir a sentença, se depare com uma prova ilícita e a declare como tal. Nesse caso, ele interrompe a prolação da sentença e, em seguida, remete os autos ao juiz que o substituirá? Imagine-se, agora, que a câmara de um tribunal decida anular um processo por ilicitude da prova e determine o retorno dos autos à origem. Nesse caso, a câmara ficará impedida de julgar nova

## ADI 6298 MC / DF

apelação?

A vagueza do preceito e as inúmeras dúvidas que ele suscita, por si sós, colocam em dúvida sua constitucionalidade. Uma das facetas do **princípio da legalidade**, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, é que as leis sejam editadas, tanto quanto possível e adequado, com precisão, de modo que sejam aptas a efetivamente orientar a ação individual. Desse modo, promove-se previsibilidade e, conseqüentemente, segurança jurídica.

Assim, a utilização de fórmulas legislativas excessivamente vagas viola a segurança jurídica e o princípio da legalidade. É o que anota Humberto Theodoro Júnior, ao formular crítica às chamadas cláusulas gerais:

“(...) é indispensável que a norma não seja excessivamente em branco, nem seja imprevisível quanto ao modo e aos limites de preenchimento de sua previsão genérica. Pode-se legislar deixando margem de flexibilidade para adaptar-se às particularidades do caso concreto. **Mas, em nome da legalidade e da segurança jurídica com que a legalidade se acha visceralmente comprometida é imperioso que o legislador, ao empregar a flexibilidade da cláusula geral, indique de forma clara e precisa os padrões e os limites da atividade complementar do juiz.** Vale dizer, a cláusula geral só é legítima e democrática quando o legislador indica os parâmetros em que, na aplicação, terá de apoiar-se, e os limites dentro dos quais a norma admitirá flexibilização. **Em outros termos, a lei terá de proporcionar às pessoas destinatárias de seu preceito o conhecimento e a compreensão do seu teor e dos seus limites**” (A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 1, n. 1, abr. 2006 – grifos nossos).

O § 5º do art. 157 é também danoso ao princípio do juiz natural, por ser **norma de competência que não fornece critérios claros e objetivos**

## ADI 6298 MC / DF

### para sua aplicação.

Como redigido, o preceito pode resultar na criação de situações em que a produção de prova eventualmente nula sirva como instrumento deletério de interferência na definição do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), abrindo brecha para a escolha do magistrado que examinará o processo crime, vulnerando-se, por via transversa, o postulado constitucional em questão.

Com efeito, Gustavo Badaró anota que existe o **direito ao juiz certo**, determinado segundo os critérios legais de competência, “**que devem ser estabelecidos a partir de elementos claros e objetivos, que não permitam qualquer manipulação da individualização ou escolha do órgão que legitimamente irá julgar o processo**”. (Juiz natural no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 157).

Ademais, destaco que norma semelhante ao § 5º do art. 157 constou do Projeto de Lei nº 4.205/2001 (nº 37/2007 no Senado Federal), que deu origem à Lei nº 11.690/2008, a qual alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova.

A referida norma – que estaria situada no § 4º do art. 157 do CPP – foi **vetada pelo Presidente da República**, por contrariedade ao interesse público, ao fundamento de que ela poderia “causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso”, o que iria contra o objetivo primordial da reforma de imprimir celeridade e simplicidade ao processo penal.

De fato, diferentemente do que ocorre na cisão de competência funcional ocorrida com a figura do juiz de garantias, a norma em análise possibilita a **alteração do juiz competente no interior da fase processual**. Em síntese, muda-se o juiz da causa estando já em curso o processo.

Por essas razões, neste juízo preliminar, próprio das medidas liminares, entendo ser o caso de **suspensão do § 5º do art. 157 do CPP**, inserido pela Lei nº 13.964/2019.

#### 4) Parâmetros de aplicação da nova sistemática

##### 4.1) Situações de inaplicabilidade do juiz das garantias

**Conforme apontado pela AMB e pela AJUFE, o juiz das garantias, da forma como foi instituído pela Lei nº 13.964/2019, não se aplica aos tribunais.** O diploma legal não contém nenhuma referência nesse sentido.

Ademais, os processos nos tribunais superiores são regidos pela Lei nº 8.038/1990, a qual, no art. 2º, afirma expressamente que o relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução. Essa norma não foi alterada pela Lei nº 13.964/2019. Por sua vez, a Lei nº 8.658/93 estendeu as normas dos arts. 1º a 12, inclusive, da Lei nº 8.038/90 às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dos Tribunais Regionais Federais.

Além disso, conforme demonstrado anteriormente, o juiz das garantias tem como objetivo amenizar os riscos de contaminação subjetiva do julgador e reforçar a imparcialidade do juiz. Ocorre que, nos tribunais, as ações penais são julgadas por órgão colegiado, forma de julgamento que já garante um incremento de imparcialidade.

De fato, tal como consignado no julgamento da ADI nº 4.414/AL (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 17/6/13), **a colegialidade, por si só, é fator e reforço da independência e da imparcialidade judicial**.

Nesse sentido, vale mencionar a dissertação de mestrado de André Valadares Garcia Leão Reis, a qual enumera os quatro fundamentos da colegialidade. São eles: “(i) a despersonalização; (ii) a contenção do arbítrio individual; (iii) a abertura a várias vozes e ao desacordo; e (iv) o reforço das chances de acerto (**A deliberação nos tribunais: a formação da decisão judicial por órgãos colegiados**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017).

André Garcia Leão evidencia a íntima correlação entre colegialidade e imparcialidade, nos seguintes termos:

“(…) [E]m conjunto com a impessoalidade e com a independência, **a colegialidade fortifica, ao final, a**

**imparcialidade dos seus membros julgadores.** O julgador imparcial é aquele que se mantém desinteressado (no sentido puro) da pretensão em julgamento e quanto às partes da causa. É por essa razão que o Código de Processo Civil lista, nos artigos 144 e 145, as hipóteses de impedimento e de suspeição do juiz: manter íntegra a imparcialidade da jurisdição.

(...)

COHENDET, no cenário da tradição democrática francesa, defende que **a colegialidade é corolário necessário à independência e à imparcialidade da justiça, as quais são, a seu turno, princípios de valores constitucionais.** Isso porque, apenas com a independência e com a imparcialidade do Judiciário, concretiza-se a separação entre os poderes, a liberdade política e, conseqüentemente, o Estado de Direito.

(...)

Embora se perceba que a colegialidade está mais presente no Direito Francês do que no nosso, as razões sustentadas por COHENDET pela defesa da colegialidade podem ser todas defendidas no Direito Brasileiro. É que também aqui, como visto acima, há fundamento para se relacionar a colegialidade à independência e à imparcialidade do Poder Judiciário, uma vez previsto[s], na Constituição brasileira, a separação dos poderes, as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio aos magistrados e, como fundamento de ambos, o Estado Democrático de Direito” (p. 37).

A própria Lei nº 13.964/2019 reconhece a colegialidade como elemento de reforço à imparcialidade.

Com efeito, o art. 13 acrescentou à Lei nº 12.694/2012 (dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas) o **art. 1º-A**, que faculta aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais a instalação de **Varas Criminais Colegiadas** com competência para o processo e julgamento dos crimes relacionados a organizações criminosas armadas.

De acordo com o § 1º do art. 1º-A, **essas varas colegiadas são**

## ADI 6298 MC / DF

**competentes para atuar tanto na fase investigativa quanto na etapa processual (instrução e julgamento). Vide o interior teor do preceito:**

“Art. 1º-A. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais poderão instalar, nas comarcas sedes de Circunscrição ou Seção Judiciária, mediante resolução, Varas Criminais Colegiadas com competência para o processo e julgamento:

(...)

§ 1º As Varas Criminais Colegiadas terão competência para **todos os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal e da execução da pena**, inclusive a transferência do preso para estabelecimento prisional de segurança máxima ou para regime disciplinar diferenciado”.

Portanto, nessa hipótese específica, a Lei nº 13.964/2019 dispensou a cisão de competência entre as fases investigativa e processual. As duas etapas ficarão a cargo de um órgão colegiado, fator que, por si só, já reforça a imparcialidade.

Também é forçoso concluir que não procede a alegação dos requerentes de que a Lei nº 13.964/2019, ao prever o juiz de garantias para o juízo de primeiro grau e não o fazer para os tribunais e nem para as Varas Criminais Colegiadas, teria violado o princípio da isonomia, por gerar uma assimetria de tratamento legislativo.

Conforme demonstrado aqui, o tratamento assimétrico tem um fundamento claro: a colegialidade funciona como suficiente salvaguarda à imparcialidade. É esse o fator de *discrímen* que justifica a diferença de tratamento, evidenciando a compatibilidade das normas em análise com o princípio da igualdade.

Do mesmo modo, deve ser afastada a aplicação do juiz de garantias dos **processos de competência do Tribunal do Júri**, visto que, nesses casos, o **veredicto** fica a cargo de um órgão coletivo, o Conselho de Sentença. Portanto, opera-se uma lógica semelhante à dos Tribunais: o julgamento coletivo, por si só, é fator de reforço da imparcialidade.

Revela-se necessário, também, ressaltar os processos criminais

## ADI 6298 MC / DF

relativos aos casos de **violência doméstica e familiar**. De fato, a violência doméstica é um fenômeno dinâmico, caracterizado por uma linha temporal que inicia com a comunicação da agressão. Depois dessa comunicação, sucede-se, no decorrer do tempo, ou a minoração ou o agravamento do quadro. Uma cisão rígida entre as fases de investigação e de instrução/julgamento impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica do contexto de agressão.

Portanto, pela sua natureza, os casos de violência doméstica e familiar exigem disciplina processual penal específica, que traduza um procedimento mais dinâmico, apto a promover o pronto e efetivo amparo e proteção da vítima de violência doméstica.

Neste juízo precário da liminar, por ora, também entendo que o juiz das garantias não deve, ainda, ser aplicado aos processos criminais de competência da **Justiça Eleitoral**.

Não se pode ignorar que a Justiça Eleitoral brasileira, em sua arquitetura ímpar, estruturada para conduzir o processo democrático, dotada de competências administrativa e jurisdicional, não dispõe de quadro próprio de magistrados, sendo composta por membros oriundos de outros ramos da Justiça, situação que poderá dificultar a aplicação do juiz de garantias.

Com efeito, é possível que um magistrado que atue como juiz das garantias em uma investigação de competência estadual fique impedido, em seguida, de atuar no processo criminal, caso se entenda que há crime eleitoral no fato investigado, causando embaraços ao regular andamento do processo, em prejuízo dos princípios da celeridade e da preclusão, que regem o processo eleitoral.

Portanto, a aplicação do juiz das garantias ao Processo Eleitoral é tema que merece maior reflexão e, conforme o caso, regulamentação específica, fator que recomenda, em juízo liminar, a exclusão dos processos criminais de competência da Justiça Eleitoral do âmbito de incidência do juiz de garantias.

Ademais, a própria Lei nº 13.964/2019 exclui da sistemática do juiz das garantias algumas situações caracterizadas por possuírem rito e

## ADI 6298 MC / DF

dinâmica específicas.

De fato, além de excluir os casos conduzidos pelas Varas Criminais Colegiadas, a lei também ressalvou expressamente as infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 3º-C), tendo em vista, essencialmente, a simplicidade do rito dos juizados especiais criminais, incompatível com a rígida separação entre a fase investigativa e a fase processual pressuposta pela sistemática do juiz de garantias.

A propósito, as ressalvas aqui mencionadas foram objeto de recomendação do Procurador-Geral da República e da Nota encaminhada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), dentre uma série de propostas encaminhadas, no último dia 9 de janeiro, ao Grupo de Trabalho instituído no Conselho Nacional de Justiça (Portaria CNJ nº 214/2019) para a elaboração de estudo relativo à aplicação da Lei nº 13.964/2019.

Pelo exposto, neste juízo preliminar, confiro cautelarmente **interpretação conforme** às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes hipóteses:

- (i) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990;
- (ii) processos de competência do Tribunal do Júri;
- (iii) casos de violência doméstica e familiar; e
- (iv) processos de competência da Justiça Eleitoral.

### **4.2) Do prazo de início da eficácia do juiz das garantias**

Embora se reconheça a constitucionalidade do juiz das garantias na forma em que foi instituído pela Lei nº 13.964/2019, bem como que o Poder Judiciário dispõe de estrutura para concretizar essa previsão legal, fato é que o novo instituto demanda uma organização que deve ser implementada de maneira consciente em todo o território nacional, respeitando-se a autonomia e as especificidades de cada tribunal.

A Lei nº 13.964/2019 introduziu uma alteração de grande magnitude no processo penal, cuja implementação depende de um minucioso

## ADI 6298 MC / DF

trabalho de ajuste do Poder Judiciário brasileiro. Nesse cenário, o Conselho Nacional de Justiça e os tribunais desempenharão um papel de fundamental importância na efetivação do juiz das garantias.

Tendo isso em vista, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Portaria nº 214/2019, instituiu grupo de trabalho voltado à elaboração de estudo relativo aos efeitos da aplicação da Lei nº 13.964/2019 aos órgãos do Poder Judiciário Brasileiro.

Os tribunais – a partir das diretrizes de política judiciária que vierem a ser fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça – deverão trabalhar na reorganização e no rearranjo de suas estruturas, o que passará pela adaptação das normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, conforme determina o art. 3º-E da lei questionada.

Todavia, essas questões são plenamente solucionáveis em um período de transição adequado ao equacionamento das situações mais complexas.

**Em razão disso, é forçoso reconhecer que o prazo de 30 dias fixado no art. 20 da Lei nº 13.964/2019 é insuficiente para que os tribunais promovam essa adaptação. Impõe-se, portanto, a fixação de um regime de transição mais adequado e razoável, que viabilize, inclusive, sua adoção de forma progressiva e programada pelos tribunais.**

Conforme afirmam a AMB e a AJUFE, leis de menor impacto para o processo penal – como a Lei nº 11.690/2008, que alterou dispositivos do CPP relativos à produção da prova, e a Lei nº 12.403/2011, que alterou dispositivos do CPP relativos à prisão processual e a medidas cautelares – tiveram prazo de **vacatio** de 60 dias, o dobro do prazo fixado na lei questionada, a qual estabelece uma alteração muito mais profunda (paradigmática) no processo penal.

Instituir profundas modificações no direito processual penal, que traduzem não apenas uma reconfiguração do sistema jurídico, mas uma verdadeira transformação político-cultural, exige a concessão de prazo razoável para sua implementação. Mais do que a necessária adaptação das estruturas de organização judiciária, há que se fazer uma significativa modificação nas disposições internas dos próprios atores do sistema

## ADI 6298 MC / DF

jurídico.

A propósito, Máximo Langer pontua que os sistemas adversarial e inquisitorial “podem ser compreendidos como duas diferentes estruturas de interpretação e significado, por meio das quais os atores de um dado sistema de justiça criminal compreendem tanto o processo criminal quanto o seu papel dentro do sistema”. Os atores jurídicos, portanto, internalizam as estruturas de significado de um dado sistema, que os configura (**set them up**) para agir e reagir de determinada maneira (**From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure**. Harvard International Law Journal, v. 45, nº I, p. 3-5 e 9-10, Winter 2004,).

Nesse contexto, a não instalação do juiz das garantias, findo o prazo de **vacatio legis** de 30 (trinta) dias, poderá suscitar inúmeros questionamentos judiciais quanto ao juiz competente para o exercício dessa função.

**Urge, portanto, a imposição de prazo mais dilatado para que os tribunais - a partir das diretrizes de política judiciária que vierem a ser fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça - possam, no exercício de sua autonomia e de acordo com suas peculiaridades locais, estruturar e implementar a figura do juiz das garantias.**

Ressalte-se que o **parágrafo único do art. 3º-F** fixa o **prazo de 180 (cento e oitenta) dias** para que as autoridades disciplinem “o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no **caput** deste artigo, transmitidas à imprensa”. **Trata-se de uma norma de transição fornecida pelo próprio legislador,** em relação a ponto específico muito mais simples que a efetivação do juiz das garantias.

Portanto, a partir da interpretação sistemática do microsistema do juiz das garantias, entendo que **o prazo de 180 dias, previsto no parágrafo único do art. 3º-F, deve ser aplicado como regra geral de transição para a eficácia de todo o microsistema** (com exceção do art. 3º-A, que enuncia postulados básicos do sistema acusatório, devendo ter

## ADI 6298 MC / DF

eficácia na **vacatio** de 30 dias). Dentro desse prazo, os tribunais – a partir das diretrizes de política judiciária que vierem a ser fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça e sob sua supervisão – deverão se ajustar à nova sistemática legal.

É preciso ressaltar que essa transição de sistema deve ocorrer **resguardando-se as situações jurídicas já definidas à luz das normas processuais até então vigentes**. Isso significa dizer que as ações penais que estiverem em curso em primeiro grau ao fim do prazo máximo de 180 dias não serão alcançadas pela *novatio legis* processual.

Preserva-se, assim, a intangibilidade do princípio do juiz natural, a segurança jurídica e a confiança do cidadão no sistema de Justiça, como veremos a seguir.

Tendo em vista esses fundamentos, deve ser suspensa a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, **caput**, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, **o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão**.

### 4.3) Da disciplina do juiz das garantias quanto aos processos e às investigações em curso

Revela-se necessário, também, fixar norma de transição considerando os processos e as investigações que já estiverem em curso no momento da implementação pelos tribunais do juízo das garantias (que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 dias, conforme determinado no tópico anterior).

A adequada compreensão da natureza da mudança instituída a partir da inserção, nos termos da Lei nº 13.964/2019, do juiz das garantias no processo penal brasileiro, pressupõe a clássica distinção entre **competência funcional e competência material**, de que falava Francesco Carnelutti.

Na **competência funcional**, os limites da atuação jurisdicional dependem da **natureza dos atos** a serem praticados, ao passo que, na **competência material**, esses limites derivam da **natureza dos fatos** a

## ADI 6298 MC / DF

respeito dos quais os atos devam ser praticados (CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el processo penal**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2006. v. II, p. 283).

A competência funcional distribui as atribuições jurisdicionais **dentro de um mesmo processo**, determinando a função que o juiz nele pode exercer, de acordo com **i) a fase do processo** (v.g., juiz competente para a instrução, para o julgamento e para a execução); **ii) o objeto do juízo** (cujo caso mais típico é o tribunal do júri, onde há o juiz togado e os jurados ou juízes de fato) e **iii) o grau de jurisdição** (MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 227).

Ao instituir o juiz das garantias, a Lei nº 13.964/19 criou **nova regra de competência funcional, delimitando a atuação do juiz em função da fase da persecução criminal** e criando, a partir da rígida separação das fases de investigação e do processo, uma **regra de impedimento**, para a fase da ação penal, ao magistrado que houver atuado como juiz das garantias na fase da investigação (art. 3º-D do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 13.964/19).

Essa modificação de competência instituída pelo legislador ordinário, a depender do caso, pode ter repercussões sobre a **garantia constitucional do juiz natural** (art. 5º, inciso LIII, da Constituição).

De acordo com Gustavo Badaró, uma das emanações da garantia do juiz natural, a par da vedação de tribunais de exceção e de tribunais *ex post factum*, é o **direito do acusado de ser julgado pelo órgão jurisdicional competente**,

“segundo todos os critérios de determinação da competência incidentes no caso concreto, independentemente de serem fixados pela Constituição, pelo Código de Processo Penal ou pelas leis de organização judiciária. Ou seja, juiz natural é o juiz que seja territorial, objetiva e funcionalmente competente” (**Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 124-130 e 154-156).

## ADI 6298 MC / DF

Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 110.237/PA, Segunda Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 1º/3/13,

“[o] princípio da naturalidade do juízo, portanto, encerrando uma garantia constitucional, limita, de um lado, os poderes do Estado (impossibilitado, assim, de instituir juízos *'ad hoc'* ou de criar tribunais de exceção) e assegura ao acusado, de outro, o direito ao processo perante autoridade competente, **abstratamente designada na forma de lei anterior (vedados, em consequência, os juízos *'ex post facto'*)**” (grifos nossos).

Nesse contexto, em prestígio da garantia constitucional do juiz natural, há que se fazer a advertência de que deverão ser neutralizadas quaisquer modificações de competência que, **a pretexto** de aperfeiçoar o sistema acusatório, **dissimulem eventual intuito** de alterar, de forma artificial, o juiz natural para o julgamento de determinado caso.

Portanto, é fundamental que o Supremo Tribunal Federal determine os exatos termos em que deverá incidir a Lei nº 13.964/19 no que tange aos processos e às investigações que estiverem em curso quando do esgotamento do prazo de 180 dias, como forma de se resguardar o princípio do juiz natural.

Nesse sentido, entendo que a incidência da nova lei processual é prospectiva, e não retroativa, não se aplicando, portanto, a atos já praticados. Some-se a isso o disposto no art. 2º do Código de Processo Penal, segundo o qual “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, **sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior**”.

Por outro lado, uma adequada regra de transição também deve assegurar, na maior medida possível, a **segurança jurídica**, evitando o surgimento ou o prolongamento de discussões judiciais acerca do tema. Afinal, uma das funções precípua do STF é promover a segurança jurídica, possibilitando que as normas sejam interpretadas de maneira coerente e previsível.

Considerando essas premissas, entendo que:

## ADI 6298 MC / DF

(i) no tocante às **ações penais que já tiverem sido instauradas** no momento em que os tribunais efetivamente implementarem o juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias fixado por esta decisão), o início da eficácia da lei, ora protraído, **não acarretará qualquer modificação do juízo competente.**

O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento, porque, segundo o art. 2º do CPP, a lei processual penal não pode retroagir. Ademais, tratando-se de **impedimento superveniente**, esse não poderia atingir o juiz já legitimamente vinculado à ação penal, relacionando-se, portanto, com a garantia do juiz natural e o corolário da **perpetuatio jurisdictionis**. Ressalte-se, inclusive, que se assim não fosse, teríamos a necessidade de redistribuição de grande parte das ações penais em curso no país.

(ii) quanto às **investigações que já estiverem em andamento** no momento da efetiva implementação do juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), **o juiz da investigação continuará a conduzir a investigação do caso específico.** Portanto, não será necessário, a partir do início de eficácia da lei, designar novo juiz para officiar como juiz de garantias na respectiva investigação. Neste caso, uma vez recebida a denúncia ou queixa e instaurada a ação penal, o processo será enviado ao juiz da instrução e do julgamento. Nessa hipótese, do mesmo modo, evita-se a necessidade de redistribuição de inúmeras investigações já em curso no país.

**Vide** que ambas as regras de transição respeitam o disposto no art. 2º do CPP quanto à aplicação imediata da nova regra processual, que deverá produzir efeitos somente prospectivos. Em ambas as hipóteses mencionadas nos itens anteriores, mantém-se o juiz que já estava oficiando no caso (na fase em que se encontra) quando do início de eficácia da nova sistemática processual.

Portanto, tais soluções atendem, a um só tempo, as normas acerca da aplicação da lei processual no tempo e os princípios do juiz natural e da segurança jurídica.

**5) Conclusão**

Pelo exposto, **ante a urgência de análise liminar, tendo em vista a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 no dia 23 de janeiro de 2020 (art. 20 da lei)**, concedo **parcialmente** a medida cautelar pleiteada, **ad referendum** do Plenário, para:

(i) suspender-se a eficácia dos **arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º**, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19;

(ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, **caput**, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, **o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão;**

(iii) conferir-se interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações:

(a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990;

(b) processos de competência do Tribunal do Júri;

(c) casos de violência doméstica e familiar; e

(d) processos criminais de competência da Justiça Eleitoral.

(iv) fixarem-se as seguintes regras de transição:

(a) no tocante às **ações penais que já tiverem sido instauradas** no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento;

(b) quanto às **investigações que estiverem em curso** no momento da

## ADI 6298 MC / DF

efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), **o juiz da investigação tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico**. Nessa hipótese, cessada a competência do juiz das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa.

Por razões de celeridade processual e sem prejuízo de reanálise pelo eminente Relator, solicito, desde já, as informações aos requeridos, no prazo de 5 dias (art. 10 da Lei 9.868/99).

Após, abra-se vista, sucessivamente, no prazo de três dias, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 15 de janeiro de 2020.

**Ministro Dias Toffoli**

Presidente

(art. 13, inciso VIII, do RISTF)

*Documento assinado digitalmente*

**ANEXO B – Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.298 Distrito  
Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22/01/2020**

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
6.298 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. LUIZ FUX**  
**REQTE.(S)** : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS E  
OUTRO(A/S)  
**ADV.(A/S)** : ALBERTO PAVIE RIBEIRO  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**INTDO.(A/S)** : CONGRESSO NACIONAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO  
PROCESSUAL PENAL. ART. 3º-A, 3º-B, 3º-  
C, 3º-D, 3º-E e 3º-F DO CPP. JUIZ DAS  
GARANTIAS. REGRA DE  
ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA.  
INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL.  
ARTIGO 96 DA CONSTITUIÇÃO.  
INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL.  
AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO  
ORÇAMENTÁRIA PRÉVIA. ARTIGO 169  
DA CONSTITUIÇÃO. AUTONOMIA  
FINANCEIRA DO PODER JUDICIÁRIO.  
ARTIGO 96 DA CONSTITUIÇÃO.  
IMPACTO SISTÊMICO. ARTIGO 28 DO  
CPP. ALTERAÇÃO REGRA  
ARQUIVAMENTO. ARTIGO 28-A DO CPP.  
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO  
PENAL. SISTEMA DE FREIOS E  
CONTRAPESOS ENTRE ACUSAÇÃO,  
JUIZ E DEFESA. ARTIGO 310, §4º, DO CPP.  
RELAXAMENTO AUTOMÁTICO DA  
PRISÃO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.  
PROPORCIONALIDADE. FUMUS BONI  
IURIS. PERICULUM IN MORA. MEDIDAS

**ADI 6298 MC / DF**

CAUTELARES PARCIALMENTE  
DEFERIDAS.

1. A jurisdição constitucional, como atividade típica deste Supremo Tribunal Federal, diferencia-se sobremaneira das funções legislativa e executiva, especialmente em relação ao seu escopo e aos seus limites institucionais. Ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado. Ao revés, compete a este Tribunal afirmar o que é constitucional ou inconstitucional, invariavelmente sob a perspectiva da Carta da 1988.

2. A medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade tem escopo reduzido, sob pena de prejudicar a deliberação a ser realizada posteriormente pelo Plenário da corte. Consectariamente, salvo em hipóteses excepcionais, a medida cautelar deve ser reversível, não podendo produzir, ainda que despropositadamente, fato consumado que crie dificuldades de ordem prática para a implementação da futura decisão de mérito a ser adotada pelo Tribunal, qualquer que seja o teor.

3. Fixadas essas premissas, impende

**ADI 6298 MC / DF**

esclarecer que foram propostas as ADI 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, cujo objeto de impugnação são os seguintes dispositivos:

**(a) Artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, na redação concedida pela Lei n. 13.964/2019 (Juiz das garantias e normas correlatas):**

(a1) O juiz das garantias, embora formalmente concebido pela lei como norma processual geral, altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em nível tal que enseja completa reorganização da justiça criminal do país, de sorte que inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (Art. 96 da Constituição);

(a2) O juízo das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas;

(a3) A ausência de prévia dotação orçamentária para a instituição de gastos

**ADI 6298 MC / DF**

por parte da União e dos Estados viola diretamente o artigo 169 da Constituição e prejudica a autonomia financeira do Poder Judiciário, assegurada pelo artigo 99 da Constituição;

(a4) Deveras, o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 95/2016, determina que “[a] *proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro*”;

(a5) É cediço em abalizados estudos comportamentais que, mercê de os seres humanos desenvolverem vieses em seus processos decisórios, isso por si só não autoriza a aplicação automática dessa premissa ao sistema de justiça criminal brasileiro, criando-se uma presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências que favoreçam a acusação, nem permite inferir, a partir dessa ideia geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução;

(a6) A complexidade da matéria em análise reclama a reunião de melhores subsídios

**ADI 6298 MC / DF**

que indiquem, acima de qualquer dúvida razoável, os reais impactos do juízo das garantias para os diversos interesses tutelados pela Constituição Federal, incluídos o devido processo legal, a duração razoável do processo e a eficiência da justiça criminal;

*(a7) Medida cautelar concedida, para suspensão da eficácia dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal (Inconstitucionalidades formal e material);*

**(b) Artigo 157, §5º, CPP (Alteração do juiz natural que conheceu prova declarada inadmissível):**

(b1) Os princípios da legalidade, do juiz natural e da razoabilidade restam violados pela proibição de o juiz que conheceu a prova declarada inadmissível proferir sentença. A ausência de elementos claros e objetivos para a seleção do juiz sentenciante permite eventual manipulação da escolha do órgão julgador, conduzindo à inconstitucionalidade a técnica eleita legislativamente;

*(b2) Medida cautelar concedida, para suspensão da eficácia do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal (Inconstitucionalidade material);*

**(c) Artigo 28, caput, Código de Processo**

**ADI 6298 MC / DF**

**Penal (Alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial):**

(c1) Viola as cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas (Artigo 169, Constituição), além da autonomia financeira dos Ministérios Públicos (Artigo 127, Constituição), a alteração promovida no rito de arquivamento do inquérito policial, máxime quando desconsidera os impactos sistêmicos e financeiros ao funcionamento dos órgãos do *parquet*;

(c2) A previsão de o dispositivo ora impugnado entrar em vigor em 23.01.2020, sem que os Ministérios Públicos tivessem tido tempo hábil para se adaptar estruturalmente à nova competência estabelecida, revela a irrazoabilidade da regra, inquinando-a com o vício da inconstitucionalidade. A *vacatio legis* da Lei n. 13.964/2019 transcorreu integralmente durante o período de recesso parlamentar federal e estadual, o que impediu qualquer tipo de mobilização dos Ministérios Públicos para a propositura de eventuais projetos de lei que venham a possibilitar a implementação adequada dessa nova sistemática;

(c3) *Medida cautelar deferida, para suspensão da eficácia do artigo 28, caput, do Código de*

**ADI 6298 MC / DF**

*Processo Penal;*

**(d) Artigo 28-A, inciso III e IV, e §§§ 5º, 7º, 8º do Código de Processo Penal (Acordo de Não Persecução Penal):**

(d1) A possibilidade de o juiz controlar a legalidade do acordo de não persecução penal prestigia o sistema de “freios e contrapesos” no processo penal e não interfere na autonomia do membro do Ministério Público (órgão acusador, por essência);

(d2) O magistrado não pode intervir na redação final da proposta de acordo de não persecução penal de modo a estabelecer as suas cláusulas. Ao revés, o juiz poderá (a) não homologar o acordo ou (b) devolver os autos para que o *parquet* – de fato, o legitimado constitucional para a elaboração do acordo – apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia, se for o caso;

(d3) Medida cautelar indeferida;

**(e) Artigo 310, §4º, Código de Processo Penal (Ilegalidade da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas):**

(e1) A ilegalidade da prisão como

**ADI 6298 MC / DF**

consequência jurídica para a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas fere a razoabilidade, uma vez que desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte. A categoria aberta “motivação idônea”, que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura para aplicação do dispositivo;

*(e2) Medida cautelar concedida, para suspensão da eficácia do artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal (Inconstitucionalidade material).*

4. Medidas cautelares concedidas para suspender *sine die* a eficácia:

(a) Da implantação do juiz das garantias e seus conseqüentários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal);

(b) Da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal);

(c) Da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, *caput*, Código de Processo Penal); e

ADI 6298 MC / DF

(d) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal);

5. A concessão desta medida cautelar não interfere nem suspende os inquéritos e os processos em curso na presente data.

**Decisão:** Esta decisão cautelar contempla **quatro** ações diretas de inconstitucionalidade, ajuizadas em face de dispositivos da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, os quais alteraram dispositivos do Código de Processo Penal e do Código Penal, no bojo do que se denominou “Pacote Anticrime”.

A ADI n. 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), impugna *a)* o artigo 3º da Lei n. 13.964/2019, que acrescentou os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F ao Código de Processo Penal e institui a figura do juiz das garantias, e *b)* o artigo 20 da Lei n. 13.964/2019, que determina o prazo de *vacatio legis* para a vigência respectiva.

A ADI n. 6.299, ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA, impugna os mesmos dispositivos supracitados, além do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019.

A ADI n. 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), impugna os artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, na mesma linha das ações anteriores.

**ADI 6298 MC / DF**

Por fim, a ADI n. 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, impugna os artigos 3º-A; 3º-B, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único; 28, caput; 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, §4º, do Código de Processo Penal, todos introduzidos pela Lei n. 13.964/2019.

Em apertada síntese, os autores das ações apresentaram os seguintes argumentos para sustentar o *fumus boni iuris* da medida cautelar pleiteada:

(i) Inconstitucionalidade formal da Lei n. 13.964/2019, em razão de dispor sobre procedimentos processuais (e.g. normas sobre a fase pré-processual do inquérito), matérias de competência legislativa concorrente entre os Estados e a União, nos termos do artigo 24, XI e §1º, da Constituição;

(ii) Inconstitucionalidade formal em face de vício de iniciativa relativo à competência legislativa do Poder Judiciário para alterar a organização e a divisão judiciária, nos termos do artigo 96, I, “d”; e II, “b” e “d”, da Constituição;

(iii) Inconstitucionalidade formal em razão da instituição do juiz das garantias por meio de lei ordinária, em violação ao artigo 93, caput, da Constituição;

(iv) Inconstitucionalidade material em razão de violação ao princípio do juiz natural (art. 5º, LIII), da isonomia (art. 5º, caput), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e da regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário (artigo 99, caput, Constituição);

(v) Inconstitucionalidade material em razão da ausência de prévia dotação orçamentária para a implementação das alterações organizacionais acarretadas pela lei, nos termos do artigo 169, §1º, da

**ADI 6298 MC / DF**

Constituição, bem como da violação do novo regime fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional nº 95 (art. 104, do ADCT), e do mandamento do art. 113, do ADCT;

(vi) Desproporcionalidade da *vacatio legis* de apenas 30 (trinta) dias para implementação das alterações organizacionais requeridas pela lei;

(vii) Inconstitucionalidade material em relação ao acordo de não persecução penal, por permitir o controle judicial do mérito da avença, desafiando a prerrogativa constitucional do Ministério Público, decorrente da sua titularidade exclusiva da ação penal pública, e a imparcialidade do juiz.

No tocante ao *periculum in mora*, os autores das quatro ações sustentam que a lei entrará em vigor em prazo exíguo, de modo que o Poder Judiciário e o Ministério Público serão incapazes de promover, em tempo hábil, as necessárias reformas estruturais a fim de atender às novas exigências legais. Assim, ter-se-ia uma situação de completa insegurança jurídica e instabilidade institucional.

Em 15.01.2020, o Ministro Presidente Dias Toffoli, no exercício do plantão judicial, **concedeu parcialmente as medidas cautelares** pleiteadas nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300. Eis o teor da parte dispositiva da decisão, *in verbis*:

“[...]”

*Conclusão*

*Pelo exposto, ante a urgência de análise liminar, tendo em vista a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 no dia 23 de janeiro de 2020 (art. 20 da lei), concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, para:*

*(i) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19;*

**ADI 6298 MC / DF**

*(ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão:*

*(iii) conferir-se interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações:*

*(a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990;*

*(b) processos de competência do Tribunal do Júri;*

*(c) casos de violência doméstica e familiar; e*

*(d) processos criminais de competência da Justiça Eleitoral.*

*(iv) fixarem-se as seguintes regras de transição:*

*(a) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento;*

*(b) quanto às investigações que estiverem em curso no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico. Nessa hipótese, cessada a competência do juiz das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa.*  
”

Por sua vez, a ADI 6.305, ajuizada em 20.01.2020, foi distribuída a este relator por prevenção e restou conclusa para a Vice-Presidência na mesma data, nos termos do artigo 13, inciso VIII, e do artigo 14 do

**ADI 6298 MC / DF**

Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

Decido.

A jurisdição constitucional presta-se a analisar a compatibilidade das leis e dos atos normativos em relação à Constituição, com o objetivo precípua de resguardar a autoridade das normas constitucionais no âmbito da vida social. Como atividade típica deste Supremo Tribunal Federal, a jurisdição constitucional diferencia-se sobremaneira das funções legislativa e executiva, especialmente em relação ao seu escopo e aos seus limites institucionais.

Ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado. Ao revés, compete a este Tribunal afirmar o que é constitucional ou inconstitucional, invariavelmente sob a perspectiva da Carta de 1988. Trata-se de olhar objetivo, cirúrgico e institucional, que requer do juiz minimalismo interpretativo, não se admitindo inovações argumentativas que possam confundir as figuras do legislador e do julgador. Afinal, como afirma o professor Daryl Levinson, a legitimidade da jurisdição constitucional assenta-se, entre outros fatores, na capacidade de os juízes produzirem decisões qualitativamente diferentes daquelas produzidas pelos agentes políticos dos demais poderes (Vide *“Foreword: Looking for Power in Public Law”*, 130 Harvard Law Review, 31, 2016; *“Rights Essentialism and Remedial Equilibration”*, 99 Columbia Law Review 857, 1999). O pressuposto das cláusulas de independência e de harmonia entre os poderes consiste precisamente no fato de que cada um deles desenvolveu, ao longo do tempo, distintas capacidades institucionais. Não fossem distintas as habilidades de cada um dos poderes, não haveria necessidade prática de haver separação entre eles.

**ADI 6298 MC / DF**

Em termos concretos, não cabe ao Supremo Tribunal Federal, ainda que com as melhores intenções, aperfeiçoar, criar ou aditar políticas públicas, ou, ainda, inovar na regulamentação de dispositivos legais, sob pena de usurpar a linha tênue entre julgar, legislar e executar. No âmbito do controle de constitucionalidade, a competência deste Tribunal restringe-se a verificar a coexistência entre, de um lado, os valores morais e empíricos que sublinham a Constituição, e, de outro, o texto da legislação.

A partir dessas linhas gerais, **três pontos** ganham especial relevo para a análise aqui proposta, os quais adoto como premissas teóricas desta decisão.

**Primeiro**, o fato de a lei questionada ter sido aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República não funciona como argumento apto a minimizar a legitimidade do Poder Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade. Pelo contrário, a aprovação e a sanção do ato normativo questionado, ou qualquer procedimento correlato que o faça as vezes, constituem pressupostos para a sua própria existência no mundo jurídico e, portanto, constituem pressupostos indiretos para o exercício da jurisdição constitucional. Desde 1891, autorizado pelas sucessivas constituições brasileiras, este Supremo Tribunal Federal tem analisado a constitucionalidade de leis que, por óbvio, passaram pelos devidos ritos de formação e de vigência. Assim, argumentos que procuram eliminar a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para realizar controle de constitucionalidade de leis devem ceder à disposição do artigo 102 da Constituição, que institui a competência deste Tribunal para processar e julgar, originalmente, a ação direta de inconstitucionalidade.

**Segundo**, não desconheço que a Constituição e a jurisprudência autorizam, no exercício da jurisdição constitucional, a adoção de técnicas de interpretação e de decisão que funcionam, na prática, como

**ADI 6298 MC / DF**

incrementos ao conteúdo da legislação objeto do controle. A título de exemplo, cito a interpretação conforme à Constituição, a declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto, e o controle dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade. No entanto, entendo que, como regra geral, essas técnicas são próprias do exame do mérito do pedido e somente podem ser utilizadas em casos específicos, como para possibilitar uma leitura sistêmica das normas jurídicas, para sanar ambiguidades porventura existentes no texto legal, para preencher o conteúdo de cláusulas abertas ou, ainda, para calibrar dificuldades práticas relativas à implementação da declaração de inconstitucionalidade.

**Terceiro**, a decisão a ser proferida em sede de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade tem escopo reduzido, sob pena de prejudicar a deliberação a ser realizada posteriormente pelo Plenário da corte. Nesse ponto, salvo em hipóteses excepcionais, a medida cautelar deve ser faticamente reversível, não podendo produzir, ainda que despropositadamente, fato consumado que crie dificuldades de ordem prática para a implementação da futura decisão de mérito a ser adotada pelo Tribunal, qualquer que seja ela. A essência desta Corte repousa na colegialidade de seus julgamentos, na construção coletiva da decisão judicial e na interação entre as diversas perspectivas morais e empíricas oferecidas pelos juízes que tomam parte das deliberações. Por isso mesmo, entendo que a atuação monocrática do relator deve preservar e valorizar, tanto quanto possível, a atuação do órgão colegiado.

Balizado nessas três premissas teóricas, e imbuído de todas as vênias possíveis ao Presidente deste Tribunal, que louvadamente se dedicou a equacionar as complexas questões constitucionais destas ações durante o exercício do plantão judiciário, entendo, na qualidade de relator, que a decisão de Sua Excelência merece ser pontualmente ajustada, com vistas a resguardar a reversibilidade da medida cautelar e prestigiar a deliberação de mérito a ser realizada oportunamente pelo Plenário.

**ADI 6298 MC / DF**

A seguir, passo ao reexame dos pedidos cautelares formulados nas ações diretas de inconstitucionalidade nn. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Neste momento processual, não realizarei um juízo de mérito exaustivo e definitivo quanto ao tema. Em nível de cognição vertical, limitar-me-ei ao escopo do que recomenda a análise de uma medida cautelar, no sentido de demonstrar que os questionamentos apresentados pelas partes autoras militam pela imediata suspensão *ad cautelam* de várias das normas impugnadas, *ad referendum* do Plenário. Por questões didáticas, distribuirei os dispositivos questionados em grupos, os quais serão analisados em tópicos separados.

**1. Instituição do juiz das garantias e normas correlatas (Artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal)**

A processualística civil e a jurisprudência desta Corte impõem como requisitos de concessão de medida cautelar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro requisito exsurge a partir de evidências diretas ou indiretas que demonstrem a probabilidade de acolhimento futuro do direito alegado. Por sua vez, o segundo requisito consiste no perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (Vide FUX, Luiz. *Processo Civil Contemporâneo*. Editora Forense, 2019).

Quanto aos dispositivos analisados neste tópico, o *fumus boni iuris* encontra-se demonstrado pelas evidências de que há vícios de inconstitucionalidade formal e material na redação dos artigos impugnados.

Os artigos 3º-B a 3º-F, do Código de Processo Penal, incluídos pelo artigo 3º da Lei n. 13.964/2019, instituem a figura do juiz de garantias, “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (Art. 3º-B, *caput*). Nos termos do

**ADI 6298 MC / DF**

artigo 3º-F, do mesmo diploma legal, “a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa”. Por sua vez, o artigo 3º-D determina que o juiz de garantias “ficará impedido de funcionar” na ação penal posterior ao inquérito no âmbito do qual ele tomou deliberações. Os artigos 3º-D, parágrafo único, e 3º-E tratam da implantação do juiz de garantias pelos Tribunais. O primeiro afirma que, “nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados”; o segundo, “o juiz de garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando os critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal”. Por fim, o artigo 3º-F impõe deveres ao juiz de garantias quanto ao tratamento dos presos.

Segundo se depreende das petições iniciais, o ponto controverso consiste na natureza jurídica desses dispositivos, o que definiria a legitimidade para a respectiva iniciativa legislativa e, em consequência, a satisfação do requisito de constitucionalidade formal. Afinal, a Constituição Federal define regras específicas de competência e de iniciativa legislativa em relação a determinadas matérias, que devem ser observadas como condição *sine qua non* para a regularidade da norma a ser produzida. O artigo 22 da Constituição define que compete privativamente à União legislar sobre direito processual. Por sua vez, o artigo 24 autoriza a União, os Estados e o Distrito Federal a legislarem concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual, no âmbito do que a competência da União se restringirá ao estabelecimento de normas gerais. Por fim, o artigo 96, inciso II, determina que cabe ao “Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, [...]: [...] d) a alteração da organização e da divisão judiciárias”.

No caso em tela, o projeto que deu azo à Lei n. 13.964/2019 foi proposto pelo Poder Executivo, em nível federal. No entanto, os artigos

**ADI 6298 MC / DF**

relativos ao juiz de garantias foram acrescentados ao projeto de lei por meio de emenda de iniciativa parlamentar, no âmbito do Congresso Nacional, situação que desafia a análise acerca de possível violação dos artigos 24 e 96 da Constituição.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem realizado distinção entre normas processuais e normas de organização judiciária.

Como explicitarei no julgamento da ADI 3711, *“as normas de organização judiciária diferem ontologicamente daquelas de natureza processual”*. É que “[a] norma de Direito Processual se peculiariza por afetar aspectos umbilicalmente ligados à tríade jurisdição, ação e processo” (ADI 3711, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/08/2015, DJe 24/08/2015, p. 2 e 16).

Com esteio na lição de José Frederico Marques, as leis de organização judiciária *“cuidam da administração da justiça”*, já as leis de natureza processual dizem respeito à atuação da justiça. É dizer: *“as leis processuais, portanto, regulamentam a ‘tutela jurisdicional’, enquanto que as de organização judiciária disciplinam a administração dos órgãos investidos da função jurisdicional”* (MARQUES, José Frederico. *Organização Judiciária e Processo. Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo (Saraiva), vol. 1, ano 1, Jan/Jun. 1960, pp. 20-21).

Em igual sentido, no bojo da ADI 4414, esclareci que *“a lei processual é aquela que cuida da delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, da coordenação de sua atividade, da ordenação do procedimento e da organização do processo”*. Isto é: *“envolve, basicamente, a tríade jurisdição, ação e processo”*. (ADI 4.414, Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, j. 31/05/2012, DJe 17/6/2013, p. 54).

*In casu*, sob uma leitura formalista, poder-se-ia afirmar que, ao instituírem a função do juiz de garantias, os artigos 3º-A ao 3º-F teriam apenas acrescentado ao microssistema processual penal mera regra de

**ADI 6298 MC / DF**

impedimento do juiz criminal, acrescida de repartição de competências entre magistrados para as fases de investigação e de instrução processual penal. Nesse sentido, esses dispositivos teriam natureza de leis gerais processuais, definidoras de procedimentos e de competências em matéria processual penal, o que autorizaria a iniciativa legislativa por qualquer dos três poderes, nos termos do artigo 22 da Constituição.

Com a devida vênia aos que militam em favor desse raciocínio, entendo que essa visão desconsidera que **a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país. Nesse ponto, os dispositivos questionados têm natureza materialmente híbrida, sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária, a reclamar a restrição do artigo 96 da Constituição.**

De antemão, o artigo 3º-D, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ao determinar que, “[n]as comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo”, parece veicular a violação mais explícita ao artigo da 96 da Constituição.

No entanto, em um juízo perfunctório, entendo que os demais artigos que tratam do juiz de garantias também padecem da mesma violação constitucional direta. De fato, para além do artigo 3º-D, parágrafo único, nenhum dos demais dispositivos cria explicitamente novos cargos de juízes ou varas criminais. No entanto, a evidência que emerge acima de qualquer dúvida razoável é a de que a implantação dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal requer, em níveis poucas vezes visto na história judiciária recente, a reestruturação de unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos.

Nesse ponto, resalto que a atividade interpretativa não pode estar

**ADI 6298 MC / DF**

apartada de dados empíricos que sublinhem a materialização dos efeitos da norma jurídica no mundo fenomênico. Igualmente, a jurisdição constitucional não pode ser concebida como uma mera abstração idealista, em que a interpretação dos textos normativos ocorra apartada da realidade fática.

A título de exemplo, imagine-se, por hipótese, que esses dispositivos questionados efetivamente entrem em vigor *in totum*, após a *vacatio legis* de 30 dias determinada pelo artigo 30 da Lei n. 13.964/2019. Considerando que as leis processuais têm vigência imediata em relação aos atos processuais futuros, um juiz titular de vara criminal estaria impedido de atuar na quase totalidade do acervo de ações penais em trâmite naquela unidade judiciária, na medida em que muito provavelmente teria atuado na fase investigativa anterior a essas ações penais, no exercício de atribuições elencadas no art. 3º-B, como de competência do juiz de garantias. Em cumprimento ao novo regramento, esse mesmo acervo seria então atribuído a um segundo juiz, que certamente já dispõe de acervo próprio atribuído e se encontra em atuação em unidade judiciária diversa, causando distúrbio também no exercício de suas funções. Multiplicando esse mesmo exemplo às milhares de varas criminais do país, propagar-se-ia uma desorganização dos serviços judiciários em efeito cascata de caráter exponencial, gerando risco de a operação da justiça criminal brasileira entrar em colapso.

Essas questões práticas ganham outra dimensão quando se verificam realidades locais, relativamente à ausência de magistrados em diversas comarcas do país, o déficit de digitalização dos processos ou de conexão adequada de internet em vários Estados, as dificuldades de deslocamento de juízes e servidores entre comarcas que dispõem de apenas um único magistrado, entre outras inúmeras situações.

Não há solução simplista para a concretização desse conjunto de normas, e isso deve ser analisado nas searas adequadas, inclusive judicial,

**ADI 6298 MC / DF**

quando do julgamento de mérito. No entanto, em sede de medida cautelar, entendo que o pronunciamento judicial deve se limitar ao juízo de suspensão da norma impugnada.

**De qualquer modo, esses dados da vida real são essenciais para a análise da inconstitucionalidade formal dos dispositivos atacados, na medida em que conduzem a uma inescapável conclusão: a instituição do juiz de garantias altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em tal nível que demanda uma completa reorganização da justiça criminal do país.** Por óbvio, cada Tribunal tem a prerrogativa de decidir como essa reorganização de funções será feita, se for o caso (especialização de varas, criação de núcleos de inquéritos etc), de sorte que é inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária.

Por sua vez, em uma primeira análise, a **inconstitucionalidade material** dos dispositivos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal exsurge especialmente a partir de **dois grupos de argumentos**: a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade.

Quanto ao **primeiro grupo**, percebe-se que os dispositivos que instituíram o juiz de garantias violaram diretamente os artigos 169 e 99 da Constituição, na medida em que o primeiro dispositivo exige prévia dotação orçamentária para a realização de despesas por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, e o segundo garante autonomia orçamentária ao Poder Judiciário. Sem que seja necessário repetir os elementos fáticos aqui já mencionados, é inegável que a implementação do juízo das garantias causa impacto orçamentário de grande monta ao Poder Judiciário, especialmente com os deslocamentos funcionais de magistrados, os necessários incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas, as reestruturações e as

**ADI 6298 MC / DF**

redistribuições de recursos humanos e materiais, entre outras possibilidades. Todas essas mudanças implicam despesas que não se encontram especificadas nas leis orçamentárias anuais da União e dos Estados.

Acrescente-se a esse argumento que os tribunais não podem fazer uso de seu poder regulamentar para reorganizar serviços judiciários quando há incremento de despesa, devendo recorrer a projetos de leis com rito próprio. No entanto, as reestruturações a serem realizadas, em sua maioria, necessitariam de novas leis a serem aprovadas pelo Congresso Nacional e pelas Assembleias Legislativas estaduais, não havendo tempo hábil para o respectivo planejamento no período da *vacatio legis*, que transcorreu no prazo de recesso parlamentar.

Outrossim, a criação do juiz das garantias viola o Novo Regime Fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016. O artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado por essa emenda constitucional, determina que “[a] proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.” Não há notícia de que a discussão legislativa dessa nova política processual criminal que tanto impacta a estrutura do Poder Judiciário tenha observado esse requisito constitucional.

Em suma, concorde-se ou não com a adequação do juiz das garantias ao sistema processual brasileiro, o fato é que a criação de novos direitos e de novas políticas públicas gera custos ao Estado, os quais devem ser discutidos e sopesados pelo Poder Legislativo, considerados outros interesses e prioridades também salvaguardados pela Constituição. Nesse sentido, não cabe ao Poder Judiciário definir qual a prioridade deve ser mais bem contemplada com o uso do dinheiro arrecadado por meio dos tributos pagos pelos cidadãos – por exemplo, se a implantação do juiz das garantias ou a construção de mais escolas, hospitais, ou projetos de

**ADI 6298 MC / DF**

ressocialização para presos. Afinal, esse ônus recai sobre os poderes Legislativos e Executivo. No entanto, por estrita aplicação da regra constitucional do artigo 113 da ADCT – aprovada pelo próprio Poder Legislativo – compete ao Judiciário observar se os requisitos para concretização dos interesses que o legislador preferiu proteger obedeceram às formalidades exigidas, especialmente quanto ao estudo de impacto orçamentário.

Uma vez justapostos todos esses argumentos de natureza orçamentária, conclui-se que, houvesse o legislador tratado a criação do juiz de garantias em toda a sua complexidade, como política pública que é, delimitando e concedendo a devida deferência às matérias atinentes às competências legislativas estaduais e às iniciativas de lei dos Tribunais, analisando e calibrando os impactos orçamentários decorrentes, promovendo ampla discussão social e política, com a devida participação dos entes juridicamente interessados – inclusive do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, em todos os níveis federativos –, não teria a Lei n. 13964/2019 incorrido nesses vícios que inquinam a constitucionalidade de alguns dos seus dispositivos.

Outras experiências recentes podem ser exemplificativas de como é possível promover mudanças estruturais no microssistema processual e na organização do Poder Judiciário em total respeito às disposições constitucionais, às regras de iniciativa legislativa e a necessidade de observância dos impactos orçamentários. A instituição progressiva dos juizados especiais cíveis e criminais, a partir da Lei n. 9.099/95 e outras legislações subsequentes, demonstra outro comportamento legislativo, com o respeito às reservas de competência material dos entes federativos e dos Tribunais, previsão de prazos mais elásticos para a implantação progressiva das mudanças operadas pela lei, respeito à liturgia orçamentária, entre outros fatores.

**Diversamente, no presente caso, para a instituição do juiz das**

ADI 6298 MC / DF

garantias, em vez de se produzir uma política pública integrativa com a participação dos entes interessados, promove-se uma mudança estrutural no Poder Judiciário por meio da aprovação de uma regra de impedimento processual, a qual, embora de efeitos aparentemente sutis, encontra-se apta a gerar a completa desorganização do sistema de justiça criminal. Na prática, criaram-se dois novos órgãos – juízos das garantias e juízo da instrução – por meio de uma regra de impedimento processual, o que abreviou indevidamente uma discussão legislativa que deveria ter tomado amplitudes equivalentes aos seus impactos. Observo que se deixaram lacunas tão consideráveis na legislação, que o próprio Poder Judiciário sequer sabe como as novas medidas deverão ser adequadamente implementadas. O resultado prático dessas violações constitucionais é lamentável, mas clarividente: transfere-se indevidamente ao Poder Judiciário as tarefas que deveriam ter sido cumpridas na seara legislativa. Em outras palavras, tem-se cenário em que o Poder Legislativo induz indiretamente o Poder Judiciário a preencher lacunas legislativas e a construir soluções para a implementação das medidas trazidas pela Lei n. 13964/2019, tarefas que não são típicas às funções de um magistrado.

O **segundo grupo** de argumentos relativos à inconstitucionalidade material dos dispositivos analisa o impacto dessas novas funções aos valores constitucionais que militam pela eficiência do microssistema processual penal e, de modo mais abrangente, pela operação de mecanismos anti-criminalidade.

Neste estágio inicial, não realizarei análise exauriente sobre esse ponto, na medida em que diversos dados ainda deverão ser apresentados nos autos nas próximas etapas procedimentais, inclusive mediante realização de audiências públicas, o que permitirá uma visão sistêmica entre a compatibilidade do juiz das garantias e as normas constitucionais.

No entanto, essa cautela não impede que se explicitem, desde logo,

**ADI 6298 MC / DF**

algumas considerações breves sobre argumentos valorativos que têm sido utilizados para a defesa da constitucionalidade material do juiz das garantias, os quais, com a devida vênia, merecem uma reflexão mais aprofundada e, por isso mesmo, reforçam o *fumus boni iuris* da medida cautelar requerida. Concentrarei essa análise em **dois pontos**.

O **primeiro ponto** diz respeito aos argumentos de Direito Comparado, que preconizam experiências de outros países que adotam o sistema de juízo das garantias. Segundo essa perspectiva, a implantação do juiz das garantias, coloca o Brasil no mesmo patamar de outros países civilizados, no que tange ao sistema acusatório processual.

No entanto, penso que esse argumento merece uma maior cautela reflexiva.

No exercício da jurisdição constitucional, eu tenho sido sensível à utilização de argumentos do Direito comparado, sempre atento aos pronunciamentos de outras Cortes Constitucionais, às contribuições de doutrinadores estrangeiros, e até mesmo ao exame qualitativo de outras experiências constitucionais sobre temas comuns ou sobre arranjos institucionais (A título de exemplo, vide **MS 35.985/DF**, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19/11/2018, DJe 21/11/2018).

No entanto, ao balizar minhas decisões nesse tipo de argumento, uma de minhas preocupações centrais consiste em trazer rigor metodológico à comparação. É dizer: com força nos ensinamentos da professora Vicki Jackson, da Harvard Law School, procuro minimizar os *vieses metodológicos* que podem advir de uma análise comparada (Vide *Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law. Penn State International Law Review*, v. 28, n.3, p. 319-326, 2010).

Como exemplo, no exercício de comparação de experiências constitucionais, tem sido comum o que a doutrina convencionou chamar

**ADI 6298 MC / DF**

de “*cherry-picking*”, na qual se seleciona estrategicamente um país ou um caso estrangeiro que apresenta semelhanças pontuais com o caso paradigma, com vistas a meramente reforçar o argumento comparativo, sem se ter o cuidado de se justificarem os motivos pelos quais o caso em comparação realmente se adequa ao paradigma. Trata-se, assim, de um mero uso retórico do Direito comparado, que desconsidera particularidades dos arranjos institucionais e da cultura política de cada um dos países, divergências contextuais, dissidências doutrinárias e jurisprudenciais, entre outros pontos. (Vide FRIEDMAN, Andrew. *Beyond Cherry-Picking: Selection Criteria for the Use of Foreign Law in Domestic Constitutional Jurisprudence*. *Suffolk University Law Review*, v. XLIV, pp. 873-889, 2011).

*In casu*, com a devida vênia ao pensamento contrário, e ainda em sede perfunctória e não definitiva, o simples argumento do “sucesso” da implementação do “Juiz de Garantias” em outros países (*e.g.* Alemanha, Portugal e Itália) merece cautela, sob pena de se realizar um verdadeiro transplante acríptico de ideias e de instituições.

Conforme afirma Campos Dutra, “*sem essa atenção necessária, é perfeitamente possível que haja a escolha por parte do país receptor de um item jurídico estrangeiro idealizado, digamos, do direito penal ou civil, sem sequer ter a fundamental informação de que sua aplicação só foi bem-sucedida num determinado país*” em virtude de que o seu sistema judiciário e a sua sociedade detinham características determinantes para que a referida instituição fosse implementada com sucesso. Na realidade, por outro lado, não se pode olvidar que a mesma estrutura institucional transplantada de um país para outro pode gerar impactos totalmente diversos – inclusive efeitos colaterais negativos – em outros países que não dispunham das mesmas características do país paradigma (DUTRA, Deo Campos. *Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado*. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 39, p. 76-96, dez. 2018, p. 91).

**ADI 6298 MC / DF**

Nesse sentido, a análise comparada não pode ser pontual e descontextualizada. Além de rigor metodológico, ela necessita de uma perspectiva sistêmica, levando em conta aspectos institucionais do país analisado.

No caso em tela, a análise comparada do juiz das garantias demanda a observância de outras questões, como, por exemplo, *(i)* a capacidade que o sistema judiciário brasileiro possui para a recepcionar o “Juiz de Garantias” (e.g. contingente processual, bem como os recursos humanos e financeiros disponíveis); *(ii)* a proximidade e/ou vinculação institucional entre os órgãos de acusação e de julgamento nos países em análise; *(iii)* as regulamentações das competências do juiz das garantias nos países comparados. Em verdade, torna-se também imprescindível analisar justamente as experiências comparadas que foram infrutíferas, nas quais a instituição foi implementada, porém não obteve os resultados esperados e/ou foi posteriormente extinta.

Em uma análise comparada perfunctória, percebo que existe uma diversidade superlativa em relação a esse tópico. Em países que adotam o sistema acusatório no microssistema processual penal, há variações consideráveis em relação à distinção de competências entre os juízes que acompanham a investigação e os juízes que acompanham o julgamento. Há países, como a França, em que o juiz que acompanha as investigações tem competências investigativas que seriam inimagináveis no sistema brasileiro. Em outros sistemas europeus, o Ministério Público não se encontra em total independência do Poder Judiciário, podendo inclusive juízes pedirem remoções para cargos ministeriais, o que de certa forma justificaria melhor o arranjo do juiz de garantias. Outros países, como a Inglaterra, não fazem qualquer distinção entre as fases pré-processual e processual, podendo um mesmo juiz acompanhar o processo desde a investigação até a sentença, mesmo nos casos não abarcados por júri.

**ADI 6298 MC / DF**

Ademais, numa visão sistêmica, poucos países no mundo construíram uma jurisprudência de garantias ao devido processo legal na mesma extensão que o Brasil produziu. A título de exemplo, em nenhum dos países citados como *cases* preferidos quanto ao juiz das garantias existe a possibilidade de esgotamento de todas as instâncias recursais para o início do cumprimento da pena. Em suma, tentando-se evitar qualquer visão excepcionalista, a ponto de se concluir que nenhuma comparação pode ser feita entre sistemas, o fato é que a discussão comparada quanto ao tema objeto dessas ações assume complexidade acima da média, e deve ser tratada com cautela.

A fim de concretizar essas premissas, debruçar-me-ei com atenção às particularidades e aos pormenores dos países que costumam ser citados como modelos de sucesso do juiz das garantias **em sede meritória**. Porém, neste momento preliminar, o argumento comparado não me parece contundente e apropriado para diminuir a plausibilidade jurídica do pedido deduzido nesta cautelar.

O **segundo ponto** refere-se à alegada presunção de que os juízes que acompanham investigações tendem a produzir vieses que prejudicam o exercício imparcial da jurisdição, especialmente na fase processual penal.

Do mesmo modo, a minha trajetória revela que tenho sido atento às contribuições da Análise Econômica do Direito e das ciências comportamentais (*behavioral sciences*) à seara jurídica, mormente quanto aos possíveis vieses cognitivos gerados pela atuação do julgador. Por isso mesmo, observo que esse debate também inspira cautela, a fim de se evitarem generalizações inadequadas.

**A base das ciências comportamentais é o caráter empírico de seus argumentos. A existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do**

ADI 6298 MC / DF

país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Mais ainda, também não se pode inferir, a partir desse dado científico geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução. Defensores desse argumento sequer ventilam eventuais efeitos colaterais que esse arranjo proposto pode produzir, inclusive em prejuízo da defesa.

Nada obstante, conforme bem demonstra **Pery Francisco Assis Shikida**, pesquisador na área da Análise Econômica do Direito, a instituição do juiz das garantias, combinada com a morosidade atual de muitos juízos criminais do país em virtude do assolamento de processos, pode fornecer também incentivos à impunidade ou, ao menos, prejudicar a duração razoável do processo - aumentando o tempo necessário para que prestação jurisdicional final ocorra (SHIKIDA, Pery Francisco Assis. A economia e o juiz de “garantias”. Disponível em Portal Jota Info, 08.01.2020; (Vide também: SCHAEFER, Gilberto José; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. *Economia do Crime: elementos teóricos e evidências empíricas*. Revista Análise Econômica, Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS, Porto Alegre, v. 19, n. 36, 2001).

Em que pese a relevância desse debate empírico, igualmente não me parece apropriado adentrá-lo nesta análise primária e cautelar da questão, em face da ausência de dados firmes que permitam uma conclusão definitiva sobre o tema. O aprofundamento desse tópico, com o devido rigor metodológico e empírico, somente será possível em sede meritória. Nela, poderei me debruçar, com maior vagar, nas contribuições teóricas e, sobretudo, nos **dados empíricos disponíveis** (com especial atenção à solidez, tecnicidade e consistência desse dados) sobre os impactos que o juiz de garantias ensejará aos diversos interesses constitucionalmente tutelados, sob pena de se recair em uma análise baseada em meras especulações que carecem de consistência empírica.

**ADI 6298 MC / DF**

Por meio de audiências públicas e de *amici curiae*, por exemplo, entidades científicas e institutos de pesquisa poderão, ainda, melhor esclarecer esses (e outros) relevantes tópicos para o Supremo Tribunal Federal fomentando, por conseguinte, a concretização de **uma jurisdição constitucional empiricamente informada** (Sobre a importância desses instrumentos de “abertura” da Corte para a sociedade e para a academia e a consecução de uma jurisdição empiricamente informada e democrática, como já refleti em sede doutrinária: FUX, Luiz. Cortes Constitucionais e Democracia: o Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. TOFFOLI, José Antônio Dias (Org.). 30 anos da Constituição Brasileira: Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018).

Em suma, nesta análise preliminar, a justaposição desses argumentos demonstra a plausibilidade do direito invocado para se definir o *fumus boni iuris* da medida cautelar em relação aos artigos dos artigos 3<sup>a</sup>-A a 3<sup>o</sup>-F do Código de Processo Penal.

Em relação ao *periculum in mora*, retomo as premissas teóricas já aventadas na introdução desta decisão. Permitir a entrada em vigor, ainda que parcialmente, de legislação que suscita questões de inconstitucionalidade formal e material de alta complexidade ensejaria forte probabilidade de dano ao funcionamento da justiça criminal, com efeitos irreversíveis, especialmente se o julgamento de mérito redundar na declaração de inconstitucionalidade de alguns ou de todos os dispositivos. Como já mencionei anteriormente, entendo que, nesse momento preliminar, é prudente a suspensão *ad cautelam* dos dispositivos impugnados, permitindo-se o adequado colhimento de informações das autoridades interessadas, a ampla participação dos *amicus curiae*, e, oportunamente, a realização de audiências públicas para a democrática participação da sociedade civil nessa discussão sobre ponto que pode reestruturar por completo a justiça criminal do país, inclusive com a colheita de dados empíricos.

**ADI 6298 MC / DF**

Reitero, ainda, a impossibilidade de que a decisão em medida cautelar gere fato consumado que crie dificuldades práticas para a implementação de eventual decisão de mérito a ser construída pelo Plenário.

*Ex positis*, entendo satisfeitos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para determinar a suspensão da eficácia dos artigos 3º-A a 3º-F, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 13.964/2019.

**2. Alteração do juiz natural que conheceu de prova declarada inadmissível (Artigo 157, §5º, CPP)**

Além dos artigos 3ª-A a 3º-F, as partes impugnaram norma correlata, consistente no 175, §5º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 13964/2019. Esse dispositivo determina que “[o] juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão”. Nesse ponto, retomo e adoto como razão de decidir a bem lançada argumentação do Presidente desta Corte, que justificou o pedido de suspensão da norma nos seguintes termos:

*“De início, anoto que a norma em tela é extremamente vaga, gerando inúmeras dúvidas. O que significa “conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível”? Significa apenas travar contato com a prova ou pressupõe que o juiz necessariamente tenha emitido algum juízo de valor sobre o material probatório? Como se materializaria a demonstração desse “conhecimento”? O juiz, após “conhecer” do conteúdo da prova, ainda poderá proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para a sentença, ou ficará impedido desde logo? A ausência de clareza do preceito é também capaz de gerar situações inusitadas. Imagine-se o juiz que, ao proferir a sentença, se depare com uma prova ilícita e a declare como tal. Nesse caso, ele interrompe a prolação da sentença e, em seguida, remete os autos ao juiz que o substituirá? Imagine-se, agora, que a câmara de um tribunal decida anular um processo por ilicitude da*

**ADI 6298 MC / DF**

*prova e determine o retorno dos autos à origem. Nesse caso, a câmara ficará impedida de julgar nova apelação? A vagueza do preceito e as inúmeras dúvidas que ele suscita, por si sós, colocam em dúvida sua constitucionalidade. Uma das facetas do princípio da legalidade, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, é que as leis sejam editadas, tanto quanto possível e adequado, com precisão, de modo que sejam aptas a efetivamente orientar a ação individual. Desse modo, promove-se previsibilidade e, conseqüentemente, segurança jurídica. Assim, a utilização de fórmulas legislativas excessivamente vagas viola a segurança jurídica e o princípio da legalidade.*

[...]

*O § 5º do art. 157 é também danoso ao princípio do juiz natural, por ser norma de competência que não fornece critérios claros e objetivos para sua aplicação. Como redigido, o preceito pode resultar na criação de situações em que a produção de prova eventualmente nula sirva como instrumento deletério de interferência na definição do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), abrindo brecha para a escolha do magistrado que examinará o processo crime, vulnerando-se, por via transversa, o postulado constitucional em questão. Com efeito, Gustavo Badaró anota que existe o direito ao juiz certo, determinado segundo os critérios legais de competência, “que devem ser estabelecidos a partir de elementos claros e objetivos, que não permitam qualquer manipulação da individualização ou escolha do órgão que legitimamente irá julgar o processo”. (Juiz natural no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 157).*

[...]

*Por essas razões, neste juízo preliminar, próprio das medidas liminares, entendo ser o caso de suspensão do § 5º do art. 157 do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/2019”*

*Ex positis, neste tópico, acolhendo a argumentação proferida na análise cautelar preliminar, determino a suspensão da eficácia do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 13.964/2019.*

**3. Alteração do procedimento de arquivamento do inquérito**

ADI 6298 MC / DF

**policial (Artigo 28, caput, Código de Processo Penal):**

A Lei n. 13964/2019 alterou o rito de arquivamento do inquérito policial, ao modificar o artigo 28 do Código de Processo Penal, cuja nova redação dispõe que, “ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei”.

Em relação a esse dispositivo, impugnado exclusivamente nos autos da ADI 6305, a parte autora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público afirma, *in verbis*:

*“De fato, esta alteração é muito elogiável, tratando-se de medida que, há muito tempo, é aguardada pela comunidade jurídica brasileira, preservando a imparcialidade judicial e o protagonismo ministerial que são medidas estruturais do sistema acusatório. Ocorre que, ao estabelecer a vigência da alteração proposta no novo enunciado do art. 28 em prazo de 30 dias após a data de sua publicação, a lei desafiou normas constitucionais que dizem respeito à falta de razoabilidade e proporcionalidade da alteração para a sua vigência, na medida em que causará extremo impacto na autonomia e gestão administrativa e financeira do Ministério Público. O fato é que em todo o país, o elevado número de inquéritos policiais e outros elementos investigativos de mesma natureza é uma realidade incontestada, que não pode ser desconsiderada. O novo comando legislativo parece não ter somente desconsiderado esta realidade, mas também toda a problemática que a envolve, com a existência de inquéritos físicos e digitais, a necessidade de compartilhamento de sistemas de informática, a estruturação administrativa das instituições envolvidas, entre outras. Sobre a questão do volume de inquéritos, para se ter uma noção da situação real que se enfrenta, **o Ministério Público do Estado de São Paulo fez um levantamento de dados que apontou para um acervo de 829 inquéritos policiais objetos***

ADI 6298 MC / DF

de aplicação do art. 28 do CPP no ano de 2019, o que daria uma média mensal de 70 procedimentos investigatórios criminais para apreciação do Procurador-Geral de Justiça. A partir da ampliação feita pelo novo art. 28, o número apresentado pelo MPSP de arquivamentos no ano de 2019 seria de 174.822, o que daria uma média mensal de análise de 14.500 procedimentos. Esta situação, que se repete na medida das suas especificidades em outros Estados da Federação, não pode ser desprezada, sob pena de ser instituído o caos processual sistêmico.

[...]

*Criou-se, agora, nova competência institucional, em que o Ministério Público passa a revisar todos os arquivamentos de inquéritos policiais e procedimentos investigatórios criminais do país. Trata-se de regra que demanda reestruturação e não mera reorganização!"*

Em análise perfunctória, verifico satisfeito o requisito do *fumus boni iuris* para o deferimento do pedido cautelar de suspensão do artigo 28, *caput*, da Lei n. 13964/2019. Na esteira dos dados empíricos apresentados pela parte autora, verifica-se que o Congresso Nacional desconsiderou a dimensão superlativa dos impactos sistêmicos e financeiros que a nova regra de arquivamento do inquérito policial ensejará ao funcionamento dos órgãos ministeriais. Nesse sentido, a inovação legislativa viola as cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas, além da autonomia financeira dos Ministérios Públicos. Na esteira do que já argumentado no tópico anterior, vislumbro, em sede de análise de medida cautelar, violação aos artigos 169 e 127 da Constituição.

O *periculum in mora* também se encontra demonstrado na medida em que o dispositivo impugnado poderá entrar em vigor em 23.01.2020, sem que os Ministérios Públicos tenham tempo hábil para se adaptar estruturalmente à nova competência estabelecida. Não apenas há dificuldades operacionais relativas aos recursos materiais e humanos que precisarão ser deslocados para a implementação da medida. Anoto que questões operacionais simples deixaram de ser resolvidas pelo legislador,

**ADI 6298 MC / DF**

como, por exemplo, a cláusula aberta trazida no *caput* do artigo 28, ao determinar que o arquivamento do inquérito policial será homologado pela “*instância de revisão ministerial*”. A nova legislação sequer definiu qual o órgão competente para funcionar como instância de revisão.

Ressalto, ainda, a *vacatio legis* desse dispositivo transcorreu integralmente no período de recesso parlamentar federal e estadual, o que impediu qualquer tipo de mobilização dos Ministérios Públicos para a propositura de eventuais projetos de lei que venham a possibilitar a implementação adequada dessa nova sistemática.

Embora entenda que algumas dessas questões trazidas pela parte autora possam ser solucionadas em sede jurisdicional, por meio das técnicas de decisão e de interpretação que possam controlar o prazo da entrada em vigor da norma e definir eventuais ambiguidades legislativas, anoto que a solução jurídica adequada, por ora, é a suspensão do dispositivo impugnado, para posterior análise de mérito do Plenário deste Supremo Tribunal Federal.

*Ex positis*, suspendo *ad cautelam* a eficácia do artigo 28, *caput*, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 13.964/19. Nos termos do artigo 11, §2º, da Lei n. 9868/99, a redação revogada do artigo 28 do Código de Processo Penal permanece em vigor enquanto perdurar esta medida cautelar.

**4. Acordo de Não Persecução Penal (Artigo 28-A, inciso III e IV, e §§§ 5º, 7º, 8º do Código de Processo Penal)**

O art. 28-A, introduzido ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, estabelece uma relevante mudança, no sistema processual penal brasileiro, ao implementar o “*acordo de não persecução penal*”.

Eis o teor dos dispositivos impugnados:





**ADI 6298 MC / DF**

*Como se percebe do texto, o acordo de não persecução penal é proposta que cabe ao Ministério Público, tendo o magistrado o papel de seu homologador.*

*Assim, justamente por não se tratar de pena, tanto as condições quanto os detalhamentos do acordo devem ser confiados ao Ministério Público, o que inclui a definição dos locais de prestação de serviço e das entidades públicas e de interesse social para efetuação de pagamento de prestação pecuniária. Não possui, portanto, harmonia com a Constituição a escolha feita pelo legislador de confiar estas funções ao magistrado, especialmente ao juiz de execução penal, pois (a) não se trata de pena e (b) se revela uma atribuição confiada pelo texto constitucional ao Ministério Público.*

*A segunda, também por violar o sistema acusatório, a independência funcional do membro do Ministério Público e a própria imparcialidade objetiva do Magistrado, refere-se aos conteúdos normativos contidos nos parágrafos 5º, 7º e 8º, que estabelecem o controle inadequado e inconstitucional do acordo por parte do Magistrado. É que, conforme se depreende dos textos, a atuação da magistratura foge da dimensão homologatória e fiscalizatória no plano da legalidade formal, para invadir um patamar de mérito indevido, estabelecendo um controle que não encontra mais base no sistema constitucional brasileiro, por desafiar a ideia do sistema processual acusatório. Nesta concepção do sistema acusatório, as atividades dos sujeitos processuais são repensadas e ajustadas conforme a essência dos seus respectivos papéis constitucionais, alterando, progressivamente, a ordem jurídica vigente. Uma destas alterações é, justamente, a atuação do juiz na temática de arquivamento do inquérito policial, retirando, como já dito anteriormente, a iniciativa do magistrado para entregá-la à vítima (novo art. 28 do CPP).*

*Este regramento está devidamente estabelecido também no próprio art. 28-A, parágrafo 14, que estabelece: 'no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.' A solução harmoniosa do texto legislativo deveria ser a mesma estabelecida nas normas citadas nos parágrafos anteriores, que confiam a revisão da atividade*

**ADI 6298 MC / DF**

*ministerial ao órgão revisional do próprio Ministério Público, o que deve ser reconhecido e declarado por esta r. Corte Constitucional.*

*Por isto mesmo, a escolha do legislador de conferir ao magistrado esse papel de controlador do acordo de não persecução penal, da forma como foi posta, é medida flagrantemente inconstitucional, por violar o sistema acusatório, a autonomia do membro do Ministério Público e a imparcialidade objetiva do magistrado”.*

Em análise perfunctória, e sem prejuízo de posterior posicionamento em sede meritória, não antevejo o requisito do *fumus boni iuris* para o deferimento do pedido cautelar de suspensão dos dispositivos questionados.

Nesta análise preliminar, não observo incompatibilidade com os dispositivos e princípios constitucionais alegados, tais como “*a autonomia do Ministério Público e a imparcialidade objetiva do magistrado*”. Trata-se de medida que prestigia uma espécie de “freios e contrapesos” no processo penal (art. 28-A, §5º).

A despeito do que argumentado pela parte autora, a autonomia do membro do Ministério Público (órgão acusador, por essência) permanece plena, vez que ao magistrado cabe, no máximo, não homologar o acordo.

É dizer: o magistrado não pode intervir na redação final da proposta em si estabelecendo as cláusulas do acordo (o que, sem dúvidas, violaria o sistema acusatório e a imparcialidade objetiva do julgador). Ao revés, o juiz poderá somente (a) não homologar ou (b) devolver os autos para que o *parquet* – de fato, o legitimado constitucional para a elaboração do acordo – apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia, por exemplo (art. 28-A, §8º).

*Ex positis*, ausentes os requisitos legais, **indefiro** o pedido cautelar de

**ADI 6298 MC / DF**

suspensão do artigo 28-A, formulado exclusivamente no bojo da ADI n. 6.305.

**5. Ilegalidade da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, Código de Processo Penal)**

No tocante ao art. 310, §4º, igualmente introduzido ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, a sua redação determina que *“transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva”*.

Em relação a esse dispositivo, impugnado também exclusivamente nos autos da ADI nº 6305, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público afirma, *in verbis*:

*“O parágrafo 4º do artigo 310 do Código de Processo Penal, acima negrito e fruto da alteração legislativa feita pela Lei nº 13.964/2019, padece de inconstitucionalidade ao prever hipótese de soltura automática, leva em consideração prazo inflexível, e ao mesmo tempo permite o decreto de prisão preventiva sem a realização da própria audiência de custódia.*

*Conforme o artigo 13 da Resolução nº 213, de 2015 do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia é aplicável não só à prisão em flagrante, mas também às seguintes prisões: preventiva, temporária, decorrente da execução penal e civil. A prisão em flagrante tem por fundamento a proteção da ordem pública, a preventiva, o atendimento dos fundamentos do artigo 312 do Código de Processo Penal, a temporária quando imprescindível para as investigações de crimes graves, a decorrente da execução penal para assegurar cumprimento da pena, e por fim, a civil, para garantir o adimplemento de prestação alimentícia.*

**ADI 6298 MC / DF**

*A essência da audiência de custódia é possibilitar que o preso ou detido seja imediatamente levado à presença do juiz competente, da maneira mais rápida possível, que é normalmente de 24 (vinte e quatro) horas. Ocorre que, nem sempre esse período de tempo, rigidamente fixado, pode ser cumprido, não por vontade dos membros do Ministério Público ou dos magistrados, mas pela realidade existente no Brasil.*

*A dimensão territorial do Brasil e de seus Estados Federados muitas vezes impede o cumprimento exato do prazo de 24 (vinte e quatro) horas para apresentação do preso ou detido à realização da audiência de custódia. É comum nos Estados, no âmbito da Justiça Estadual, quando da realização do plantão judiciário, a divisão do território em regiões administrativas, o que pode abarcar mais de uma comarca, de modo que pode vir a ocorrer de o juiz designado para o plantão ser lotado na cidade A, o promotor de justiça na cidade B, e o defensor público, na cidade C, o que inviabiliza a realização do ato no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, de modo extemporâneo, não acarreta a nulidade do ato, e portanto, não há ilegalidade*

*(...)*

*Entendemos, por isso, que o dispositivo em comento, ao fixar o prazo de 24 horas como causa de ilegalidade de prisão, podendo sujeitar até mesmo os magistrados e membros do Ministério Público à imputação de abuso de autoridade, viola o artigo 5º, incisos LXI, LXV e LXVII*

*(...),”*

Em análise perfunctória, e sem prejuízo de posterior posicionamento em sede meritória, entendo presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada. Não se desconsidera a importância do instituto da audiência de custódia para o sistema acusatório penal. No entanto, o dispositivo impugnado fixa consequência jurídica desarrazoada para a não realização da audiência de custódia, consistente na ilegalidade da prisão. Esse ponto desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, especialmente na região Norte, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável

**ADI 6298 MC / DF**

porte, que muitas vezes incluem grande número de cidadãos residentes em diferentes estados do país. A categoria aberta “motivação idônea”, que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura aos magistrados para a aplicação do dispositivo.

Nesse ponto, entendo que, uma vez oportunamente instruído o processo quanto à realidade das audiências de custódia em todo o país, o Plenário poderá decidir o mérito, inclusive, sendo o caso, fornecendo balizas interpretativas mais objetivas para as categorias normativas nele incluídas. Por ora, a eficácia do dispositivo deve ser suspensa para se evitarem prejuízos irreversíveis à operação do sistema de justiça criminal, inclusive de direitos das defesas.

*Ex positis*, concedo a medida cautelar requerida para suspender a eficácia do artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal (CPP), na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019.

**Conclusão**

*Ex positis*, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, com as vênias de praxe e pelos motivos expostos:

**(a) Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário,**

(a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e

(a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova

**ADI 6298 MC / DF**

declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal);

**(b) Concedo a medida cautelar requerida nos autos da ADI 6305, e suspendo *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário,**

(b1) da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, *caput*, Código de Processo Penal);

(b2) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal);

Nos termos do artigo 10, §2º, da Lei n. 9868/95, a concessão desta medida cautelar não interfere nem suspende os inquéritos e os processos em curso na presente data.

Aguardem-se as informações já solicitadas aos requeridos, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República.

Após, retornem os autos para a análise dos pedidos de ingresso na lide dos *amici curae* e a designação oportuna de audiências públicas.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 22 de janeiro de 2020.

Ministro **LUIZ FUX**

*Documento assinado digitalmente*