

PARECER FINAL DE TCC

ALUNOS: EMANUEL RAUL SILVA JACINTO, KEVIN FRANÇA DE CARVALHO,
LUCAS GUSTAVO SANTOS DO NASCIMENTO

TEMA: A PROBLEMÁTICA DA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DO
PROCESSO PENAL FRENTE À DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DO NOVO
ART. 3º - A E SEQUINTE DO CPP

O tema do artigo é suficientemente inovador e controvertido, sendo interdisciplinar vez que cuida de aspectos do Direito Constitucional, Direito Processual Penal e Hermenêutica.

Em relação ao aspecto metodológico (ABNT) o trabalho atende aos requisitos mínimos exigidos, bem como no concernente a análise ortográfica.

Os alunos foram assíduos, cumprindo a frequência exigida no regulamento da ASCES-UNITA, cumprindo em termos formais e de conteúdo os requisitos para aprovação do trabalho.

Por tudo isso, **autorizo** o seu depósito para avaliação do TCC perante a Banca Julgadora.

Caruaru, 18 de novembro de 2022.

PROF. DR. LUIZ GUSTAVO SIMÕES VALENÇA DE MELO

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR
CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

EMANUEL RAUL SILVA JACINTO

KEVIN FRANÇA DE CARVALHO

LUCAS GUSTAVO SANTOS DO NASCIMENTO

**A PROBLEMÁTICA DA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DO
PROCESSO PENAL FRENTE À SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DO
NOVO ART. 3º - A E SEQUINTE DO CPP**

CARUARU

2023

EMANUEL RAUL SILVA JACINTO

KEVIN FRANÇA DE CARVALHO

LUCAS GUSTAVO SANTOS DO NASCIMENTO

**A PROBLEMÁTICA DA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DO
PROCESSO PENAL FRENTE À SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DO
NOVO ART. 3º - A E SEQUINTE DO CPP**

Pesquisa apresentada ao Núcleo de Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário Tabosa de Almeida (Asces-Unita), como requisito à aprovação na disciplina TCC Final – Defesa em Banca.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Gustavo Simões de Valença Melo

CARUARU

2023

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. INCOMPATIBILIDADE SUPERVENIENTE: O DEBATE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO PENAL	7
1.1 Sistemas processuais penais: a iniciativa probatória como princípio informador	8
1.2 O instituto do juiz das garantias: preponderância do sistema acusatório 11	
2. DECISÃO MONOCRÁTICA DO STF: FUNDAMENTAÇÃO E IMPACTO NO SISTEMA DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	14
2.1 Compreensão da <i>ratio decidendi</i>	17
2.2 Análise em conjunto às disposições legais e doutrinárias anteriormente apresentadas	19
CONSIDERAÇÕES FINAIS	25
REFERÊNCIAS.....	26

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar – frente ao debate sobre a (in)constitucionalidade das normas – a decisão liminar do Supremo Tribunal Federal de autoria do Ministro Luiz Fux nas ações diretas de inconstitucionalidade nº 6.298, 6.289, 6.300 e 6.305, que suspenderam, *sine die*, a eficácia dos artigos 3º- A ao 3º- F do Código de Processo Penal, dentre outros, instituídos pela Lei nº 13.964/2019. Para tanto, o trabalho contextualiza, de forma breve, porém objetiva, discussões principiológicas acerca dos sistemas processuais penais, mormente a partir da problematização de alegadas incompatibilidades entre certas normativas dispostas no Código de Processo com as disposições constitucionais. Além disso, busca-se uma construção semântica do Juiz de Garantias – do modo como é defendido pelas correntes mais ligadas ao garantismo penal – utilizando-se de problemáticas advindas de estudos realizados pelas ciências comportamentais. Nesse diapasão, aspectos relevantes da lógica intrínseca ao surgimento do instituto são abordados, discorrendo-se sobre o conceito e importância da imparcialidade para o processo. Desenvolvidas estas questões, almeja-se, então, realizar uma compreensão e análise acerca da fundamentação utilizada pelo Ministro Luiz Fux, não simplesmente com o fim de apurar se foi correta ou errônea, mas com o objetivo de compreender se a referida decisão milita para a plena efetivação dos preceitos constitucionais relativos ao *ius puniendi*, em especial ao sistema processual penal acusatório. A metodologia utilizada é de caráter exclusivamente teórico, a partir de uma pesquisa bibliográfica informatizada na qual se busca, a todo tempo, colocar frente a frente opiniões e pontos de vista divergentes, para que se possa avaliar os argumentos não de forma isolada, mas sim contextualizada e com sensibilidade a fatores práticos e empíricos.

Palavras-chave: Sistema acusatório; Adequação Constitucional; Juiz das Garantias; Decisão Liminar; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present study aims to untangle – given the debate over the constitutional compatibility of the legal norms – the preliminary decision of the Federal Supreme Court, whose author is the Minister Luiz Fux, in the petitions for review numbered 6.298, 6.289, 6.300 and 6.305, that suspended, indefinitely, the effectiveness of the articles numbered from 3º - A to 3º - F of the Code of Criminal Procedure, amongst others, established by the Law No. 13.964/19. To achieve this, the study contextualizes, briefly but objectively, principiological discussions regarding the criminal procedure systems, beginning from the problematization of the alleged incompatibilities between certain legal norms, stated by the Code of Procedure, and the constitutional provisions. Furthermore, a semantic construction of the Guarantee Judge – from the way that it is defined by the currents linked with the idea of Criminal Guarantees – is sought by the usage of issues originated in the behavioral sciences. In this sense, relevant aspects of the logic essential to the emergence of the institute are addressed, and the importance of impartial judgment to the criminal procedure is discussed. Having developed these questions, the study then seeks to understand and analyze the reasoning used by Minister Luiz Fux, not simply to investigate if it was right or wrong, but also to fathom if the referenced decision advocates for the full effectiveness of the constitutional provisions regarding the power to punish, especially the accusatory (or adversarial) procedural system. The used methodology has an exclusively theoretical character, starting from a bibliographical and informative research that aims, at all times, to put divergent opinions and view-points face to face, so that it can be possible to evaluate the arguments not in an isolated way but in a contextualized way, sensible to practical and empirical factors.

Keywords: Adversarial system; Constitutional compatibility; Guarantee Judge; Preliminary decision; Federal Supreme Court

INTRODUÇÃO

Ao final do ano de 2019, quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) chegaram ao Supremo Tribunal Federal, ajuizadas por associações de classe e partidos políticos, questionando a constitucionalidade de algumas das medidas implementadas pela Lei 13.964/19, conhecida como Pacote Anticrime, no Código de Processo Penal vigente. Dentre estas, destacam-se os arts. 3º - A, 3º - B, 3º - C, 3º - D, 3º - E e 3º - F¹, que, em suma, instituíram normativas acerca da iniciativa

¹ 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;

[...]

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

§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.

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

probatória do julgador, bem como criaram a figura de um novo magistrado, nomeado “Juiz das Garantias” – instituto que já se faz presente em outros países.

Nesse ínterim, ocorreu a interrupção da vigência dos referidos dispositivos legais de maneira *sine die* (sem fixar uma data futura, indefinitivamente), por meio de decisão monocrática do então Ministro Presidente Luiz Fux. Mais de dois anos depois, a liminar ainda não foi discutida (e, conseqüentemente, não pôde ser referendada) de maneira colegiada pela Corte Maior, o que causou duras críticas, advindas, inclusive, de outros ministros.

É defendido por parte da doutrina especializada que a finalidade atribuída aos artigos em comento consiste na tentativa de transformar o Código de Processo Penal em um modelo mais acusatório que inquisitório, alinhando-se, assim, à sistemática cancelada pela Constituição Federal de 1988. Por outro lado, há quem argumente que o juiz das garantias é uma medida redundante, que trará mais dificuldades do que pontos positivos, levando até à impunidade; o instituto é visto, também, como um erro legístico, ao passo que o processo de criação da norma no Poder Legislativo Brasileiro foi feito sem maiores deliberações e ponderações sobre sua aplicação prática, o que teria solidificado sua inconstitucionalidade (formal e material).

Diante disso, o presente trabalho – teórico em seu inteiro teor e desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e investigativa – busca analisar a *ratio decidendi* da referida decisão a partir de contribuições de diferentes autores com perspectivas divergentes, com o intuito não só de construir uma opinião embasada teoricamente, como também de averiguar se, a partir da decisão, o diploma processual passou a se alinhar mais ou menos com os princípios constitucionais.

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, 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. (BRASIL, 2019)

Trata-se de uma questão de extrema relevância à ordem social, pois, remetendo ao princípio da unidade da Constituição e à necessidade de segurança jurídica, não se pode admitir que vigorem no ordenamento normas infraconstitucionais que não se adequem à Constituição Federal de 1988.

A decisão monocrática do ministro Luiz Fux, que, até a presente data, não foi encaminhada ao crivo do órgão competente (plenário) para que fosse referendada, traz à tona uma fundamentação que resultou não só em divergências entre diversos estudiosos e operadores do direito, como também entre os próprios ministros do Supremo. Portanto, a indubitável elucidação desta situação faz-se necessária devido à necessidade de plena efetivação dos preceitos constitucionais.

1. INCOMPATIBILIDADE SUPERVENIENTE: O DEBATE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal vigente, instituído pelo Decreto-Lei nº 3.689, publicado em 3 de outubro de 1941, adentrou o atual ordenamento jurídico com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo recepcionado por esta e se estabelecendo como a fonte primária de matéria processual penal.

Inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1930, posto em vigor sob a ditadura fascista de Mussolini, tal diploma foi promulgado no contexto do Estado Novo, marcado por um forte autoritarismo e supressão de liberdades individuais e coletivas, e trouxe consigo o propósito expresso de abolir “a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social” (BRASIL, 1941), como explica Francisco Campos, então Ministro da Justiça, na exposição de motivos do Código. Posteriormente, sua vigência também superou o regime militar e o período de redemocratização, e hoje passa pelas mudanças advindas das novas ferramentas tecnológicas.

Bem, como se sabe, o processo penal tem por finalidade a efetivação da tutela penal, garantida aos bens jurídicos de maior imprescindibilidade ao mínimo convívio harmônico da sociedade, por meio da administração do poder punitivo conferido ao Estado, também conhecido como *ius puniendi*. Nesse sentido, pode-se depreender que o processo, enquanto instrumento, necessita de normas que visem a garantir a efetividade da aplicação da pena, sob o risco de, não o fazendo, estimular a reincidência e futuras deturpações da ordem social. Com as conseqüentes

redemocratizações ocorridas em alguns países da Europa após a Segunda Guerra Mundial e na América Latina após o fim dos regimes militares, ganhou força a ideia do garantismo penal, vertente ideológica que atribui ao processo outra finalidade, além da supracitada: a de proporcionar garantias mínimas ao acusado, as quais lhe possibilitem exercer seu direito de defesa da forma mais ampla possível, já que, no momento de efetivação da tutela penal, ele é extremamente vulnerável em relação à figura do Estado. Este, querendo, poderia redigir normas que autorizassem a mitigação do direito de defesa, chegando, assim, à uma decisão injusta.

Por todo este contexto histórico, social e político, o Código de Processo Penal de 1941 vem sendo alvo de críticas, reformas e propostas de reformas desde sua inserção no ordenamento atual, já que, segundo grandes segmentos da doutrina processualista ligados ao garantismo penal, a filtragem constitucional, ao contrário do que se esperaria, não foi realizada de modo devido, gerando, em alguns dispositivos contidos no Código, uma incompatibilidade superveniente com os preceitos constitucionais. Tal incompatibilidade, argumenta a doutrina, resta evidenciada após a compreensão dos sistemas processuais penais, tipos históricos que serão explicitados na subseção seguinte.

Por outro lado, há os que defendam que tal incompatibilidade já foi mitigada ou até superada com as reformas ocorridas no diploma, se baseando, para tanto, no fato de que a própria jurisprudência dos tribunais superiores é ambígua em relação a qual sistemática é a adotada pela Constituição, na medida em que se proferem decisões que se alinham tanto a um modelo quanto ao outro.

Diante de todo o exposto, é evidente que a constitucionalidade do CPP/41 ainda é colocada em xeque no contexto jurídico atual, e que o debate na doutrina acerca de tal temática é complexo e acalorado, sem uma divisão distinta de lados completamente opostos. Como dito por Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2014, p. 222), “O Código de Processo Penal não é [apenas] um conjunto de normas técnicas, é antes de tudo um palco onde correntes ideológicas se digladiam.”

1.1 Sistemas processuais penais: a iniciativa probatória como princípio informador

Segundo o dicionário Aurélio (2010, p. 703), um “sistema” pode ser conceituado como um conjunto de elementos entre os quais haja uma relação. Com efeito, por “sistema processual penal” é possível depreender a ideia de um conjunto de normas e princípios, relacionados entre si, que conduzem a efetiva aplicação da tutela penal, conferida pelo ordenamento aos bens jurídicos de maior relevância, como já mencionado. Portanto, cumpre explicitar, ainda que de forma resumida, dada a complexidade do tema, as 03 (três) sistemáticas difundidas pela doutrina: o sistema inquisitório, o sistema acusatório e o sistema misto.

O primeiro consiste na acumulação das funções de acusar e julgar em um único agente: o magistrado; este, na função de juiz-ator processual, também tem a iniciativa probatória, podendo, de ofício, determinar a produção de provas para que, posteriormente, possa julgar baseado nelas. Historicamente, tal sistemática também é acompanhada da inexistência de contraditório pleno e de falta de publicidade dos atos processuais.

Já o segundo, por sua vez, chancela a radical separação das funções de acusar e julgar (essa ficando com o Ministério Público, titular da ação penal pública, ou com ofendido, nas hipóteses de ação penal privada e esta com o magistrado), bem como, por decorrência lógica, na iniciativa processual e probatória ficando exclusivamente com as partes (princípio da iniciativa das partes). Também se percebe, nesse sistema, a elevação da imparcialidade da pessoa do julgador a um patamar fundamental, o tratamento igualitário às partes, a garantia da ampla defesa e do contraditório pela possibilidade de se recorrer a um juízo hierarquicamente superior (princípio do duplo grau de jurisdição) e a publicidade dos atos processuais (com as exceções previstas em lei).

Quanto ao terceiro, este se materializa a partir de uma divisão em dois momentos distintos e autoexplicativos: o pré-processual e o processual. No primeiro, que serve como fase preparativa para a ação penal, incide o sistema inquisitório, pela falta de contraditório e de publicidade, enquanto no segundo incide o sistema acusatório, pela radical separação de funções, ampla defesa e publicidade.

A concepção clássica da doutrina entende que o sistema processual adotado pela Lei Maior é misto, “[...] não porque seja ao mesmo tempo inquisitório e acusatório, mas porque está dividido em duas partes: a primeira inquisitória, a outra acusatória”. (TORNAGHI, 1959, p. 20-21 *apud* SCHOLZ, 2010, p. 03). Por outro lado, há também os que, em maior número, argumentam que o sistema processual penal estabelecido

na Constituição Federal de 1988 é, ainda que de modo implícito, fundamentalmente acusatório. Para esta corrente, afirmar que no Brasil vigora o sistema misto é um grande reducionismo, já que, “não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é [...] identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório”. (LOPES JR, 2021, p. 15)

Desse modo, a partir de tal conceituação, grande parte da doutrina atualmente entende que a legislação processual penal infraconstitucional caminha, equivocadamente, desde a criação do Código de Processo de 1941 até os dias atuais, na direção do sistema inquisitório, quando, dentre outras determinações e apesar de reservar a propositura da ação penal às partes, possibilita que o juiz determine, de ofício, a produção de provas, a decretação de prisão preventiva, etc; comprometendo, pelo menos em tese, a imparcialidade. Neste sentido, argumenta Aury Lopes Jr (2021):

A noção de que a (mera) separação das funções de acusar e julgar seria suficiente e fundante do sistema acusatório é uma concepção reducionista, na medida em que de nada serve a separação inicial das funções se depois se permite que o juiz tenha iniciativa probatória, determine de ofício a coleta de provas (v.g. art. 156), decrete de ofício a prisão preventiva, ou mesmo condene diante do pedido de absolvição do Ministério Público (problemática do art. 385); (LOPES JR, 2021, p. 17).

Neste diapasão, é possível citar Guilherme de Souza Nucci, que tem um ponto em comum com a vertente acima explicitada, na medida em que argumenta que “não se atingiu um sistema puro, mas mitigado, pois continuam todos os poderes instrutórios do magistrado, durante o processo, agindo de ofício em variadas situações” (2021, p. 59) mas, ao comentar o artigo 385 do CPP, defende que “do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado.” (2021, p. 804), explicitando, assim sua visão contrária ao autor anteriormente citado, mesmo que partam de um ponto comum. O entendimento deste autor é reiterado pelo STJ, que estabeleceu precedente no sentido de que o referido artigo foi recepcionado pela Constituição Federal (AgRg no REsp 1612551/RJ).

Por todo o exposto, resta clara a complexidade do debate acerca de qual é o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988. Uma segura averiguação do conjunto de normas e princípios chancelados por ela se faz extremamente necessária para que seja possível constatar a constitucionalidade (ou compatibilidade ou até

convencionalidade, dependendo do caso) de um dispositivo legal já existente, bem como a inserção de um novel instituto no ordenamento, visto que, remetendo ao princípio da unidade da Constituição e à necessidade de segurança jurídica, não podem vigorar no ordenamento normas infraconstitucionais que não se adequam à Lei maior.

1.2 O instituto do juiz das garantias: preponderância do sistema acusatório

É inevitável reconhecer, diante da discussão apresentada, que a figura do juiz, sua atuação e os limites desta são fundantes da própria estrutura processual de um ordenamento jurídico. Não poderia ser diferente, já que é o magistrado que, seja qual for a sistemática, materializa o *ius puniendi* estatal pela aplicação da pena, chegando, assim, pelo menos em tese, ao fim principal almejado pelo direito penal, qual seja, a manutenção da paz social. Portanto, em nada surpreende o fato, descomplicado de se constatar, de que a figura do juiz é um dos pontos mais importantes (se não o mais importante) no debate acerca do processo penal hodierno.

Nesse diapasão, se observa também que, no pensamento garantista, defensor do sistema acusatório, toda a problemática se funda no objetivo de conceder um resultado justo e proporcional ao processo, considerando, para tanto, o *in dubio pro reu* uma máxima impassível de mitigações. Deste modo, a atenção é voltada para os fatores que possam assegurar tal finalidade; entre eles, o mais completo e que engloba todos os outros é a imparcialidade.

Ser imparcial significa, numa denominação moderna, considerando os fatores psicossociais do juiz, se abster dos vieses e preconceitos e não favorecer alguma das partes. O juiz imparcial se submete à lei (igual, em princípio, para todos) e se coloca em uma posição de distanciamento em relação ao interesse das partes; sua decisão, ainda que uma expressão da vontade humana, não é pautada de subjetividade, mas tem em vista um ideal de igualdade, tanto formal quanto material, em relação aos jurisdicionados. Com efeito, o magistrado é um terceiro chamado a decidir um conflito; seria inconcebível que esta não fosse sua postura, já que o próprio núcleo fundante e legitimador da função jurisdicional do Estado é justamente a igualdade em direitos (FERRAJOLI, 2010) ou igualdade de condições.

Contudo, uma atuação parcial pode se fazer presente mesmo que o magistrado não a intente ou mesmo a perceba. De fato, antes de tudo, o juiz é um ser

humano, assim como o acusado, e dotado de todos os aspectos subjetivos inerentes à tal: opiniões políticas, religiosas, costumeiras etc. Portanto, mesmo com a intenção de se afastar emocionalmente do interesse das partes, fatores inerentes à própria personalidade e experiência de vida do magistrado podem levar à quebra da imparcialidade, sem que este sequer se dê conta. Neste diapasão, explica Lorena Bachmaier Winter:

[...] para diferenciar una actuación parcial de una mera infracción procesal que favorece a una de las partes, ha de atenderse a la actitud interna del juez, proclive a un tal trato de favor. En la práctica, para evitar difíciles averiguaciones, y una prueba aún más difícil, sobre el motivo que fue causa de la actuación procesal, lo determinante será cómo se perciba externamente tal actuación del juez. (WINTER, 2018, p. 511)²

De fato, tal ideia significa dizer que o aspecto imparcial da atuação do julgador parte de um ânimo interno, impossível de ser medido em termos exatos e objetivos; é um fator de dentro para fora. Portanto, foi preciso, para a ciência jurídica, encontrar uma forma de avaliar esta atuação de forma prática, sob pena de tornar inócua a própria razão de ser da jurisdição. O olhar, a partir daí, voltou-se para o aspecto externo e tangível, centrando-se na aparência de imparcialidade, como demonstra a autora anteriormente citada:

A mi modo de ver, no cabe duda de que, para garantizar una decisión basada en justicia, lo que importa es la imparcialidad real y no su mera apariencia. Pero, como ya he señalado antes, normalmente esa garantía puede llevarse a cabo de manera preventiva sólo centrándose en las apariencias, es decir, mediante la presunción de que ciertos hechos pueden ser considerados a priori como factores de riesgo para la imparcialidad. (WINTER, 2018, p. 514)³

É justamente nesse contexto que surge o instituto do juiz das garantias. Chamado também de “juiz da investigação” em países como Alemanha e Portugal, este instituto consiste na criação de uma nova figura de magistrado, que seria

²Para diferenciar uma atuação parcial de uma mera infração processual que favorece a uma das partes, há de se atender à atitude interna do juiz, propenso a tal tratamento favorável. Na prática, para evitar difíceis averiguações, e uma prova ainda mais difícil, sobre o motivo que foi a causa da atuação processual, o determinante será como se perceba, externamente, a atuação do juiz. (WINTER, 2018, p. 51, tradução nossa)

³Ao meu modo de ver, não cabe dúvida de que, para garantir uma decisão baseada em justiça, o que importa é a imparcialidade real e não sua mera aparência. Porém, como foi assinalado antes, normalmente essa garantia pode-se levar à cabo de maneira preventiva, somente se concentrando nas aparências, quer dizer, mediante a presunção de que certos fatos podem ser objetivamente considerados a priori como fatores de risco para a imparcialidade. (WINTER, 2018, p. 514, tradução nossa)

responsável por atuar na fase pré-processual ou de investigação, analisando, em princípio, requerimentos destinados à produção de provas a serem utilizadas posteriormente, na fase processual. A sua competência encerraria com a denúncia; posteriormente, se iniciariam as atribuições do juiz da instrução. Portanto, com a instauração e eficácia desse instituto, o processo penal transcorreria agora com o auxílio de dois juízes: o das garantias na fase investigativa (pré-processual), responsável por fazer o controle de legalidade da investigação policial, deferindo ou indeferindo pedidos como quebra de sigilo bancário ou telefônico, e o da instrução na fase processual, responsável por efetivamente julgar o litígio.

Com efeito, a partir do reconhecimento de que o ânimo interno do julgador não pode ser medido com a exatidão desejável ao conhecimento empírico, critérios objetivos foram fixados, com o fim de rechaçar qualquer chance de ocorrência de parcialidade no gerenciamento da pretensão punitiva; no caso do instituto em destaque, isto se deu através do distanciamento (aqui tanto emocional quanto físico) não do interesse das partes, mas do objeto do processo (BADARÓ, 2011 *apud* CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Deste modo, pode-se perceber como o juiz das garantias adentra a controvérsia central ao presente trabalho, na medida em que surge com a finalidade de servir como a consolidação do sistema acusatório, salvaguardando o sistema de garantias do acusado na fase em que, até então, ele era mais vulnerável frente ao poder estatal, além de afastar qualquer possibilidade, ainda que remota, de “contaminação” ou, em outras palavras, de parcialidade, mesmo que não-intencional. Conforme descrito na exposição de motivos do Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, onde se discutia a possibilidade de implementação do instituto no ordenamento pátrio, o juiz das garantias:

[...] será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação. (BRASIL, 2009)

Por outro lado, opositores do referido instituto já argumentavam, na época, que existiam formas melhores de aproximar o Código de Processo Penal vigente aos preceitos constitucionais. Fernandes Gomes (2010, p.101), por exemplo, ao tratar ainda do Projeto de Lei supracitado, defendeu o seguinte:

Mas se garantir direitos aos que figuram na relação processual já é a própria função filosófica e histórico-jurídica do juiz, a denominação “juiz das garantias” perde o sentido, e somente na sua conjugação com a unilateralidade do objeto da responsabilidade que o Projeto parece reservar para esse juiz – a qual segundo a literalidade do art. 14 do texto do PLS n. 156/09 é a salvaguarda de direitos individuais do investigado – passa a ser compreendida, mas já agora apenas como uma ideologia: a de que o juiz deve sempre assegurar direitos individuais do réu, independentemente do que orienta a Constituição da República na sua compreensão garantista integral.

Diante do exposto, infere-se que o debate acerca do instituto é, antes de tudo, um debate ideológico acerca do papel do magistrado na estrutura processual. Contudo, até então, o juiz das garantias não havia sido introduzido no ordenamento brasileiro, o que mudou com a promulgação da Lei nº 13.964/19.

2. DECISÃO MONOCRÁTICA DO STF: FUNDAMENTAÇÃO E IMPACTO NO SISTEMA DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O “Pacote anticrime”, como ficou conhecida a Lei nº 13.964/2019, foi criado sobre o pretexto de aperfeiçoar a legislação processual penal infraconstitucional (BRASIL, 2019), possibilitando a adoção de medidas rígidas no combate aos crimes violentos e ao crime organizado. Suas maiores alterações ocorreram no âmbito do Código de Processo Penal, onde as redações de mais de 30 artigos foram alteradas, além da instituição de novos dispositivos normativos. Com previsão de vigorar passados 30 dias de sua publicação, conforme seu art. 20, a Lei nº 13.964/19 não chegou a produzir efeitos em sua totalidade, devido à uma liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux, então presidente do Supremo Tribunal Federal, no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, ajuizadas com o objetivo de impugnar os novos arts. 3º - A, 3º - B, 3º - C, 3º - D, 3º - E e 3º - F, dentre outros. Uma breve síntese se faz necessária para a compreensão da análise presente no tópico adiante.

Em suma, o art. 3º - A procurou dar fim ao debate acerca de qual é o sistema processual penal adotado pela CF/88, na medida em que estabeleceu,

expressamente, a incidência do sistema acusatório, “vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2019). Vale dizer que, com a eficácia deste dispositivo, triunfa o modelo garantista, com a radical separação de funções e o distanciamento do juiz da iniciativa probatória. Contudo, isto implicaria, também, na revogação tácita de diversos dispositivos contidos no Código, como o art. 156, onde há uma previsão de atuação probatória *ex officio* do julgador.

Quanto aos arts. 3º – B ao 3º – F, estes instituíram a figura do juiz das garantias, já analisado anteriormente de forma mais detalhada, no ordenamento pátrio, lhe atribuindo a missão de zelar pelas garantias mínimas do acusado durante a investigação, através de um controle de legalidade do inquérito. De forma inusitada, também atribuiu a ele a função de decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, efetivamente lhe dando o controle sobre a implantação da ação penal.

Isto posto, no dia 27 de dezembro de 2019, foi protocolada, pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), a ADI nº 6.298, contestando os artigos 3º – A ao 3º – F, já explicitados anteriormente, introduzidos ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/19; além do art. 20 desta última, que trata do prazo de vigência de *vacatio legis*.

A ADI nº 6.299, por sua vez, foi ajuizada por dois partidos políticos: PODEMOS e CIDADANIA, os quais pretendem impugnar os dispositivos acima citados, além do art. 157, §5º do CPP, que preconiza a proibição de prolatar sentença se o magistrado possuir acesso à uma prova inadmissível.

Já a ADI nº 6.300, proposta pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), também contesta os dispositivos 3º – A ao 3º – F do CPP, acrescidos do art. 28 do referido Código, o qual foi alterado no tocante ao arquivamento do inquérito policial, podendo o *parquet* comunicar à vítima, ao investigado e à autoridade policial; devendo, ainda, conduzir o procedimento para análise interna, com fins de homologação.

Por último, a ADI nº 6.305, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, contesta os dispositivos arts. 3º – A; 3º – B, incisos IV, VIII, IX, X e XI; art. 3º - D, parágrafo único; art. 28, caput; art. 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, §4º, do Código de Processo Penal, estes últimos referentes à audiência de custódia. A partir da mudança, se o imputado não for apresentado a um

magistrado no prazo de 24 horas, haveria a possibilidade de uma ilegalidade na prisão em flagrante e, conseqüentemente, do relaxamento da prisão.

A argumentação utilizada pelos propositores das ações consiste na alegação de inconstitucionalidade formal e material das normas, em virtude da Lei nº 13.964/19 preceituar sobre dispositivos processuais, assunto que é de competência legislativa concorrente entre os Estados e a União, conforme o art. 24, XI e §1º, da Constituição Federal de 1988. Além disso, se argumenta que a iniciativa para propor alteração na divisão e organização judiciária calha aos tribunais de forma privativa, consoante o disposto no artigo 96, I, “d”; e II, “b” e “d”, também da Carta Magna. Por fim, o último vício formal alegado foi a instituição do juiz das garantias por meio de lei ordinária, o que estaria contrariando o estabelecido no caput do art. 96 da Constituição, que estabelece a Lei Complementar por iniciativa do Supremo Tribunal Federal como a adequada para reger sobre a magistratura.

A inconstitucionalidade material, por sua vez, é trazida à baila pelos propositores das ADI's no sentido de que houve violação ao princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF/88); da igualdade (isonomia); da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e da autonomia financeira do judiciário (artigo 99, caput, Constituição). Além disso, não se realizou prévia dotação orçamentária para a implantação de tais modificações, o que seria, ainda segundo os propositores, imprescindível para que ocorram alterações organizacionais no judiciário, divergindo, assim, do art. 169, § 1º, da Constituição Federal. Neste diapasão, criticam, também, o prazo da *vacatio legis* de apenas 30 dias, pelo fato de que alterações deste tipo serem complexas e necessitem de mais tempo para a sua implementação. Ademais, é alegado que os acordos de não persecução penal serão atingidos, pois o controle de mérito do pacto será permitido; posto isto, há uma ameaça à titularidade exclusiva do Ministério Público para propositura da ação penal pública e a imparcialidade do magistrado.

No âmbito do pedido liminar, aduziram os autores a presença do *fumus boni iuris* pelas razões já citadas. Já quanto ao *periculum in mora*, este foi fundado no receio de que a demora da decisão judicial cause danos de difícil reparação à estrutura processual pátria, visto que o prazo de *vacatio legis* de 30 dias impossibilitaria o judiciário de realizar todas as transformações instituídas pelos artigos em comento, de tal forma que as novas condições não seriam satisfeitas.

2.1 Compreensão da *ratio decidendi*

Diante disto, o então Min. Presidente proferiu sua decisão, a qual tentaremos esmiuçar no presente tópico, seguido de uma análise na seção subsequente. Importante salientar que, dado ao amplo alcance das temáticas tratadas, o presente trabalho irá se ater apenas à discussão acerca do tópico 1 da referida decisão, intitulado “Instituição do juiz das garantias e normas correlatas (Artigos 3º - A a 3º - F do Código de Processo Penal)”. Pois bem, feita tal ressalva, iniciaremos a discussão.

Os argumentos utilizados pelo Ministro na fundamentação de sua decisão (ou seja, a *ratio decidendi*) foram organizados, no texto decisório, em dois grupos: quanto a inconstitucionalidade formal e quanto a inconstitucionalidade material. Dentro do primeiro, destaca-se o dissídio entre a natureza normativa dos dispositivos em comento, isto é, se tratam-se de normas processuais ou de organização/administração judiciária. Já o segundo é formado pela arguição de falta de prévia dotação orçamentária e pelos supostos impactos negativos no microsistema processual penal. Este último ponto, ainda, subdivide-se em dois: um que versa sobre a perspectiva do direito comparado e outro que decorre acerca da própria razão de ser do instituto.

Pois bem, quanto ao primeiro tópico, procurou, inicialmente, o Min. Relator destacar a distinção entre normas processuais e normas de organização judiciária, citando, inclusive, seu voto em uma decisão anterior, nos autos da ADI 4414. Para ele,

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. (STF, ADI 4414, 2012, p. 54)

Em sentido diverso, entende que as leis de organização judiciária cuidam apenas da administração dos órgãos jurisdicionais. Deste modo, há uma diferença ontológica entre estes tipos normativos, ensejando, portanto, na diferenciação conceitual.

Ao analisar o parágrafo único do art. 3º – D, que dispõe que “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” (BRASIL, 2019), entendeu o Ministro tratar-se, sem sombra de dúvidas, de uma norma de organização judiciária, na medida em que estabelece, expressamente, a forma pela qual os

tribunais estaduais solucionarão problemas acerca da implantação do instituto, violando, deste modo, o disposto no art. 96 da CF/88.

A todo momento destacando o caráter perfunctório de seu juízo, não identificou, pelo menos em uma visão formalista, a mesma violação constitucional que possui o art. 3º – D na análise dos demais dispositivos. Contudo, em uma interpretação acrescida da realidade fática, considerando não apenas o caráter abstrato e ideal da norma mas também fatores empíricos e de aplicação prática, entendeu que os arts. 3º – A, 3º – B, 3º – C, 3º – E e 3º – F são normativas de “natureza materialmente híbrida, sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária, a reclamar a restrição do artigo 96 da Constituição.” (STF, ADI nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, 2020, p. 19)

Isso se deve ao fato de que, na visão do relator, o juiz das garantias ensejaria, para a sua efetiva aplicação, numa completa reorganização e reestruturação da justiça criminal brasileira. Portanto, a sua implantação só seria possível, sob a égide constitucional, se a sua inserção no ordenamento fosse realizada por iniciativa do Poder Judiciário. Segundo ele:

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. (STF, ADI nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, 2020, p. 20)

Quanto ao primeiro ponto no escopo da argumentação de inconstitucionalidade material, o Ministro entendeu que houve violação ao art. 169 da CF/88, acrescido pela EC nº 19 de 1998, na medida em que, pelos motivos apresentados anteriormente, o juiz das garantias levaria à novos custos ao Estado, o que, conforme o artigo citado, não pode ocorrer sem a “prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes” (BRASIL, 1998). Além disto, cita a violação ao art. 99 da CF/88, que garante autonomia

administrativa e financeira ao Poder Judiciário; e ao Novo Regime Fiscal da União, preconizado no art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que 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.” (BRASIL, 2016)

Já quanto ao segundo ponto no âmbito da arguição de inconstitucionalidade material, demonstrou, primeiramente, certa cautela à “importação” acrítica de ideias do direito comparado para defender a constitucionalidade do instituto, citando o denominado *cherry-picking*, termo utilizado na cultura anglo-saxônica, que consiste em:

seleciona[r] 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. (STF, ADI nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, 2020, p. 26)

Segundamente, ao adentrar na própria razão de ser do juiz das garantias – isto é, a diminuição da margem de erro da quebra de imparcialidade pelo afastamento físico do julgador das provas produzidas no inquérito – o Ministro, apesar de se afirmar sensível aos estudos no campo da psicologia e das ciências comportamentais, não entende, pelo menos em sede de cognição sumária, que a melhor e mais eficiente atitude para minimizar os vieses desenvolvidos pelos julgadores seria a imediata implantação do instituto. Para ele:

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 país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. (STF, ADI nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, 2020, p. 28)

Com isso, por todo o exposto, entendeu o Min. Luiz Fux pela reforma da decisão monocrática proferida anteriormente pelo Min. Dias Toffoli, suspendendo, *sine die*, a eficácia dos dispositivos citados.

2.2 Análise em conjunto às disposições legais e doutrinárias anteriormente apresentadas

Com efeito, a decisão em comento provocou diversas reações, não só na comunidade jurídica (acadêmicos e operadores do direito), quanto na sociedade em geral. Para alguns, tratou-se de “um golpe poderosíssimo na reforma que se pretendia

levar a cabo”, que “sepultou décadas de luta, de pesquisa, de milhares de debates e de páginas escritas para modernizar e democratizar o processo penal brasileiro.” (LOPES JR, ROSA, 2020). Para outros, a medida “reestabelece a estabilidade do sistema de justiça criminal”, já que “as mudanças inseridas na lei geravam dúvidas na aplicação e risco de lentidão e impunidade, juntamente o oposto daquilo que o Brasil precisa”. (AGÊNCIA SENADO, 2020)

Não visa, de forma alguma, o presente trabalho esgotar a discussão em tela, percorrer todos os possíveis caminhos argumentativos e, assim, chegar à uma conclusão irrefutável. Visa, por outro lado, entender se a decisão em análise milita para a plena efetivação dos preceitos constitucionais relacionados ao *ius puniendi*, até porque uma crítica esmiuçada de cada um dos pontos da decisão ensejaria em inúmeras pesquisas e trabalhos diferentes. Dito isto, passemos ao primeiro ponto.

Inicialmente, cumpre salientar que a constatação da inconstitucionalidade formal de um dispositivo legal depende da averiguação de um contraste entre o ato impugnado e as regras relativas à sua formação, conforme previstas na Constituição Federal e nos regimentos internos das Casas Legislativas. Quando se diz, portanto, que uma resolução ou lei ordinária possui vícios de forma, significa que dizer que ela, na sua constituição ou formação, não seguiu o regramento reservado ao processo legislativo. Nesse diapasão, entendimentos doutrinários passaram a estender o conceito de vício formal às regras referentes à competência legislativa. Ou seja, a partir desta visão, um vício de forma não corresponderia apenas à formação da norma proposta, mas envolveria a matéria nela contida, conforme definida pela repartição constitucional de competências.

Ao considerar que as normas contidas nos arts. 3º – B ao 3º – F, que instituem e regulamentam o juiz das garantias, tem caráter híbrido de norma processual e norma de organização judiciária, o Relator utilizou-se do chamado método normativo estruturante, criado pelo jurista alemão Friedrich Müller. Nesse método, o intérprete não considera apenas o texto normativo, mas também uma série de fatores que vão além do caráter gramatical ou literal da norma. Entende-se que a norma é somente um detalhe, sendo que por trás dela existe todo um arcabouço jurídico, social, moral etc., que deve ser considerado na interpretação constitucional, não sendo possível, para alcançar o real significado da lei, interpretá-la considerando apenas seu texto. A interpretação, portanto, passa a dar lugar para a concretização da norma, já que “a normatividade [...] antes resulta de dados extralinguísticos de tipo estatal-social; do

funcionamento efetivo e da atualidade efetiva do ordenamento constitucional perante motivações empíricas...” (COELHO, 2011).

Tal método interpretativo, contudo, exige considerar fatores de aplicação prática, de caráter empírico e extranormativo, sem que se olvide dos próprios preceitos fundantes e legitimadores da ordem jurídica. Nas palavras de seu já citado idealizador:

Para tudo isto, não há reflexão possível sem uma reflexão completa da teoria da norma jurídica; sem outras questões fundamentais da teoria do direito (como “validade”, “ser e dever-ser”, “subsunção e concretização” e muitas outras); sem discutir a dogmática jurídica em sua posição e função; sem integrar os pressupostos normativos da constituição (**como divisão de poderes**, controle recíproco das funções do Estado, repartição de competências, exigência de transparência e clareza, direitos das pessoas no tocante a um procedimento correto [julgamento justo]); sem os direitos do homem e do cidadão e outros. (MULLER, 2005, p. 10)

Pois bem, na problemática em comento, é inevitável a percepção de que a instituição do juiz das garantias necessita de mudanças administrativas e organizacionais para o seu efetivo implemento. Com efeito, a regra de impedimento criada pela reforma repercute diretamente na divisão de trabalho no âmbito estadual, não só de juízes como também de servidores. Este é um ponto importante de ser observado, pois cada Estado da Federação possui peculiaridades pertinentes à sua atuação jurisdicional. Sem ânimo de exaustividade e de simplificação da temática, é possível citar: o déficit de magistrados em alguns locais, comarcas de vara única distantes uma das outras e/ou em locais de difícil acesso, (dificultando, portanto, a locomoção de outros magistrados que iriam atuar como juiz das garantias), a falta de plena conexão de internet, dentre outros. Isto sem levar a problemática para o âmbito de atuação das justiças federal e eleitoral, que também lidam com processo penal.

Portanto, é louvável a preocupação do Relator com os aspectos práticos e efetivos da implementação do instituto. Adequada também é a utilização do método interpretativo destacado anteriormente, na medida em que se exige, em uma sociedade complexa, pluralista e rapidamente cambiante, uma hermenêutica sensível às diversas camadas dos fenômenos em análise. Contudo, conforme o próprio método utilizado, é preciso realizar uma interpretação completa e considerar também os pressupostos normativos da Constituição. Não se pode olvidar que a Lei 13.964/19 passou pelo devido processo legislativo, sendo aprovada pela Câmara dos Deputados e enviada ao Presidente da República, que, no uso das atribuições do art. 66 da

CF/88, não vetou integral ou parcialmente a medida; pelo contrário, lhe sancionou. Ainda que considerada um “erro legístico” e uma “lei mal feita [...] que tramitou [no Congresso] de maneira inopinada e livre da necessária deliberação sobre seus relevantes impactos” (SUXBERGER, 2020, p. 108-109), não se pode admitir, sob o pretexto do vício de forma, que o Poder Judiciário atue com o fim de “desfazer” o que foi instituído legitimamente pelo Legislativo, sob pena de ferir a separação de poderes. Se assim fosse possível, toda e qualquer alteração legislativa que levasse à uma mudança de paradigmas deveria ser declarada inconstitucional, já que não seria possível efetivar completamente seus preceitos sem alterações na estrutura administrativa. (OLIVEIRA, 2020)

Além disso, afirmar, ainda que em um juízo perfunctório, que o juiz das garantias refunda profundamente o processo penal nos parece inadequado. Primeiro porque, em um aspecto técnico, o núcleo fundante do sistema processual penal brasileiro continua sendo o mesmo, isto é, o princípio acusatório, já explicitado em tópicos anteriores, que, inclusive, viria a ganhar uma disposição expressa, por meio do novo art. 3º – A, que – imprescindível salientar – sem qualquer fundamentação idônea para tanto, foi englobado junto aos arts. 3º – B ao 3º – F na decisão, sendo que seu texto se limita a estabelecer a radical separação de funções e a iniciativa probatória com titularidade exclusiva das partes (proibição de atuação *ex officio*) e nada dispõe acerca do juiz das garantias. Segundo, porque, como salienta posteriormente o Ministro, os impactos da implementação do instituto só podem ser efetivamente medidos após análise de dados empíricos e participações de diversas entidades, que podem atestar sobre as dificuldades que já enfrentam e que viriam a enfrentar.

Já quanto ao aspecto da inconstitucionalidade material, suscitada, primeiramente, com arrimo na violação ao art. 169 da CF/88, (mais especificadamente, nos parece, ao Inciso I do §1º do referido artigo) e ao Novo Regime Fiscal da União (art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), a discussão continua centrada nas mudanças necessárias para a implementação do instituto. Há quem defenda, como Rosa (2020), que os gastos podem ser contornados ou minimizados pela utilização de meios virtuais, como a pandemia demonstrou ser possível, sem necessidade de criação de cargos. Contudo, neste ponto, considerando que tal solução seria suficiente para atender as diversas realidades no âmbito nacional, cabe destaque ao exemplo utilizado por Freitas (2019):

Na Justiça Eleitoral não será diferente. Comarca de 1 juiz obrigará a designação de outro colega para atender os crimes eleitorais. Tudo se repetirá, mas tem mais. Este segundo juiz **receberá a gratificação eleitoral pelo exercício da função**, ou seja, R\$ 5.390,00 por mês. Fácil é perceber que a União — e não apenas os estados — sofrerá sério impacto financeiro ao pagar para mais centenas de magistrados exercerem tal função. (FREITAS, 2019, p.1)

Fato é que, pelo menos em uma análise carecida de elementos empírico-informativos, é extremamente complicado sustentar que pode existir uma solução simplista, capaz de abarcar todas as diferentes realidades presentes no território nacional. Portanto, impossível afirmar, com toda a certeza, que o juiz das garantias pode ser implementado sem novas despesas obrigatórias ao Estado. Com isso em mente e considerando o caráter sumário da medida liminar, que posteriormente deve ser levada ao plenário – e que até agora não foi, fato este que causou indignação do Ministro Gilmar Mendes, o qual afirmou tratar-se de “um escândalo” (CONJUR, 2021) – parece cabível afirmar que se fazem presentes os requisitos legais do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* em relação à inconstitucionalidade material do instituto, e que, portanto, a suspensão *sine die* dos artigos 3º – B ao 3º – F (não do 3º - A), ao menos neste momento, foi prudente.

Ainda que já presentes os indícios de inconstitucionalidade material, passaremos, *ad argumentandum tantum*, a uma análise sucinta dos argumentos acerca dos supostos impactos negativos no microssistema processual penal. Inicialmente, a cautela apresentada no tocante à “importação” acrítica de institutos advindos do direito comparado merece abono. Com efeito, vários dos ordenamentos que possuem figuras semelhantes ao instituto em destaque diferem significativamente do ordenamento brasileiro, sendo alguns mais pautados na oralidade, enquanto em outros os órgãos de acusação possuem diferentes funções e sistemáticas.

Contudo, seguindo a ordem argumentativa e sem ânimo de repetir tudo que foi explicitado quando tratou-se da lógica por trás do instituto, há de se fazer uma ressalva à afirmação (equivocada) do julgador de que o juiz das garantias surge a partir de uma generalizada suposição de que todo e qualquer juiz criminal no país tende a favorecer a acusação. Trata-se, pelo contrário, de uma medida civilizatória, que, diante de problemáticas advindas de estudos das ciências comportamentais, visa a reforçar a paridade de armas no processo e a função de garantidor de direitos do magistrado, pela tentativa de aumentar a certeza da imparcialidade e preservar a originalidade cognitiva do julgador; de forma alguma se pretende realizar um juízo moral implícito

sobre a pessoa do juiz, como bem pontua Winter (2018, p. 504), até porque entende-se que a quebra de imparcialidade pode ocorrer de forma inconsciente.

Nesse ponto, cabe pontuar a diferença entre imparcialidade objetiva e subjetiva. De acordo com a autora citada (p. 511-512), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TDEH), fomentou, desde o caso *Piersack v Bélgica*, a ideia de que a dimensão subjetiva da atuação imparcial consiste na própria conduta do juiz no caso concreto, enquanto a objetiva consiste nas circunstâncias externas ao controle do julgador. Para averiguar a presença da imparcialidade objetiva, seria necessário, portanto, determinar se, por conta de sua função e relação com as partes ou **com o objeto do processo**, poderia haver uma diminuição na certeza de imparcialidade do juiz. Deste modo:

[...] basta con que las circunstancias externas o la propia estructura del proceso generen un riesgo objetivo para cuestionar la existencia real de imparcialidad, pues no sólo es importante evitar que algún juez sea parcial, sino también que el ciudadano pueda confiar en que la justicia se aplicará en su caso de manera imparcial. (WINTER, 2018, p. 512)⁴

Considerando que a imparcialidade é um fator legitimador da atuação jurisdicional, deve o ordenamento implementar meios concretos para minimizar os riscos de sua quebra. Com efeito, pode ser considerado um princípio geral do direito que normas garantidoras de direitos fundamentais não podem ser interpretadas restritivamente, não havendo, portanto, que se falar em direito processual adquirido do Estado no tocante à manutenção de afrontas a estas normativas (LANFREDI *apud* LOPES JR, ROSA, 2020).

Por fim, em que pese a possibilidade de se realizar críticas ao modo pelo qual o instituto foi materializado pela Lei nº 13.964/19 – principalmente no tocante à disposição do Inciso XIV do art. 3º - B, que atribuiu ao juiz das garantias o juízo de admissibilidade da ação penal, indo de encontro, portanto, com a lógica do instituto, já que os elementos informativos fundantes para a instauração do processo-crime teriam sido colhidos sob sua supervisão (SUXBERGER, 2020) – a discussão meritória precisa partir do ponto principiológico, e entender que o processo penal acusatório e

⁴ *Basta que as circunstâncias externas ou a própria estrutura do processo gerem um risco objetivo para questionar a existência real de imparcialidade, pois não só é importante evitar que algum juiz seja parcial, se não também que o cidadão possa confiar que a justiça se aplicará em seu caso de maneira imparcial.* (WINTER, 2018, p. 512, tradução nossa)

constitucional, comprometido com as garantias fundamentais, necessita de um afastamento entre o julgador da lide e a atuação no inquérito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, no presente trabalho, com o auxílio de divergentes perspectivas, a realização de um estudo investigatório de caráter teórico para apurar se, após a decisão analisada, o processo penal se aproximou de seus preceitos primários, previstos constitucionalmente, ou se, pelo contrário, se afastou destes.

No caminho percorrido, analisou-se os modelos de diferentes sistemáticas processuais, centralizando a apresentação da problemática nas diferenças fundantes, ou, em outros termos, no denominado princípio informador, na medida em que há, aparentemente, um consenso na doutrina hodierna de que o sistema adotado pela CF/88 é o acusatório, sendo a grande polêmica apenas em entender o grau dessa adoção.

Além disto, procurou-se explicitar a figura do juiz das garantias enquanto a materialização da escolha constitucional pelo princípio acusatório, fundada justamente na garantia da imparcialidade objetiva, ou seja, focada nos aspectos tangíveis, visto que a atuação parcial, no tocante ao aspecto subjetivo, pode ser de difícil ou até impossível constatação.

Após todo o exposto, foi realizado um relato e, posteriormente, uma análise acerca da *ratio decidendi* da decisão do STF que suspendeu a eficácia dos dispositivos enumerados, de modo a concluir que existiram indícios suficientes de inconstitucionalidade material para justificar a suspensão da eficácia *sine die* do juiz das garantias (arts. 3º - B ao 3º - F). Mesmo assim, discorreu-se sobre a totalidade dos argumentos, realizando uma ressalva acerca da percepção equivocada de que o instituto parte de um juízo moral sobre o caráter ético de magistrados.

Análises preliminares demonstravam que a decisão militava em desfavor do sistema de garantias constitucionais do acusado. Conclui-se, pela presente pesquisa, que tal hipótese foi confirmada, na medida em que o art. 3º - A foi englobado junto aos demais dispositivos suspensos como se tratasse do mesmo instituto. Ainda que a sua vigência pudesse trazer reflexos práticos acerca do dia a dia dos operadores do direito, que podem e devem ser discutidos, tal suspensão ocorreu sem fundamentação idônea para tanto, causando um problema na adequação constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689>.

BRASIL. **Projeto de lei nº 156/2019**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para estabelecer a figura do Juiz das Garantias responsável pela supervisão da investigação criminal. Senado Federal, Brasília, DF, 23 dez. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 13.964/19, de 10 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, 10 dez. 2019.

CAMPOS, Francisco. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E NEGÓCIOS INTERIORES. **EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**, [s.d.]. Disponível em:
<https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 12 Set 2022

CAPELATO, Maria Helena Rolim. O Estado Novo: o que trouxe de novo? O Brasil Republicano: o tempo do nacional-estatismo - do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo. Tradução . Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. Acesso em: 15 Set 2022.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788502224308. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502224308/>. Acesso em: 21 Set 2022

DA ROSA, Alexandre Moraes. Resta algo do pacote anticrime? Mais punição e menos garantias. **Coluna Limite Penal**, 17 jan. 2020. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2020-nov-13/limite-penal-resta-algo-pacote-anticrime-punicao-garantias>. Acesso em: 12 set. 2022.

DE FREITAS, Vladimir Passos. Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias na Justiça. **Coluna Limite Penal**, 29 dez. 2019. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes-juiz-garantias-justica>. Acesso em: 12 set. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: La ley del más débil. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 17, p. 309-314, dic. 2007. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000200011&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 20 Set 2022.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Editora Positivo, 2010

GOMES, Abel Fernandes. "JUIZ DAS GARANTIAS": inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. Revista CEJ, v. 14, n. 51, 11. Disponível em: <https://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/5107064/juiz-garantias.pdf>. Acesso em: 20 Set 2022

JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. Editora Saraiva, 2021. 9786555590005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>. Acesso em: 21 Set 2022

JÚNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Morais. A liminar de Luiz Fux na ADI 6.299 revogou decisão do Plenário na ADI 5.240?. **Coluna Limite Penal**, 24 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-24/limite-penal-liminar-ministro-fux-revogou-decisao-plenario>. Acesso em: 12 set. 2022.

JÚNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Morais. Juiz das garantias e Direito intertemporal: onde a decisão do STF resvala. **Coluna Limite Penal**, 17 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-17/limite-penal-juiz-garantias-direito-intertemporal-onde-stf-resvala>. Acesso em: 12 set. 2022.

JÚNIOR, Aury Lopes; RITTER, Ruiz. Não basta desentranhar a prova; deve-se "desentranhar" o juiz. **Coluna Limite Penal**, 6 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-06/limite-penal-nao-basta-desentranhar-prova-desentranhar-juiz>. Acesso em: 12 set. 2022.

Liminar suspendendo juiz das garantias por um ano é ilegal, diz Gilmar Mendes. **Consultor Jurídico**, [S. l.], p. 1, 18 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-18/liminar-suspendendo-juiz-garantias-ilegal-gilmar-mendes>. Acesso em: 12 set. 2022.

MORAES, Guilherme de Peña. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788597025156. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025156/>. Acesso em: 20 Set 2022

MULLER, UNIVERSIDADE DE HEIDELBERG, ALEMANHA, F.; LIMA, UNIFOR, BRASIL, M. M. B.; BERCOVICI, USP, BRASIL, G. **ENTREVISTA COM FRIEDRICH MÜLLER**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], [S. l.], v. 13, n. 1, p. 13–30, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1711>. Acesso em: 15 nov. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. 9786559643691. 20ª edição

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9786559640119. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640119/>. Acesso em: 21 Set 2022

OLIVEIRA, Felipe Braga de. JUIZ DAS GARANTIAS: O NASCIMENTO LEGISLATIVO DO JUIZ DAS INVESTIGAÇÕES E SUA CONSTITUCIONALIDADE FORMAL. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 157-174, 22 jul. 2020. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d424/691a1845e923fe6e29d7d196cf5ded19733a.pdf>. Acesso em: 12 set. 2022.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. Sistemas processuais penais e processo penal brasileiro. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 88, n. 764, p. 459–468, 1999. Disponível em: <http://www.scholz.adv.br/images/documento/4be27e7890c348faa52d0440721321d5.pdf>. Acesso em: 21 set. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão Monocrática na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Publicação Dje: 31/01/2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão Monocrática na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Publicação Dje: 03/02/2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão Monocrática na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.300/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Publicação Dje: 31/01/2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão Monocrática na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.305/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Publicação Dje: 31/01/2020

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **O juiz das garantias como caso de erro legístico**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 228, p. 93-114, out./dez. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p93. Acesso em: 30 Set 2022

WINTER, Lorena Bachmaier. Editorial dossier “Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez”: Imparcialidad y prueba en el proceso penal – reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 501-532, mai./ago. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.169>>. Acesso em: 12 Set 2022