

GARANTISMO PENAL E JUIZ DAS GARANTIAS: A CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO NO BRASIL

PENAL GUARANTISM AND THE GUARANTEE JUDGE: THE CONSOLIDATION OF THE ACCUSATORY SYSTEM IN BRAZIL

Antonio Luiz Milhazes Neto¹

Talyne Leite Pereira²

Manuela Rocha Lima³

RESUMO: A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, foi responsável por diversas mudanças nos âmbitos do direito penal e do processual penal. Dentre essas, destacou-se o juiz das garantias - visto como um instrumento de execução do garantismo penal - uma vez que tal instituto tenta fortalecer as garantias constitucionais no processo. Desse modo, esse artigo pretende mostrar como tal criação influencia o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência, criados para equilibrar o devido processo legal, e, ao mesmo tempo, assegura a aplicação mais justa dessas garantias. Ademais, o presente estudo debate acerca da (in)constitucionalidade e da suspensão do juiz das garantias.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo penal. Juiz das garantias. Sistema acusatório. Brasil.

ABSTRACT: The Law 13.964 of December 24th, 2019, was responsible for several changes in the fields of criminal law and criminal procedure. Among these changes, the guarantee judge gained a lot of attention – seen as an instrument of execution of the penal garantism – since this institute tries to fortify the constitutionals guarantees in the criminal procedure. Therefore, this article intends to show how this creation influences the contradictory, the right to broad defense and the presumption of innocence, created to balance the due process of law and, at the same time, reassure the fairer application of these guarantees. In addition, the present study debates about the (un)constitutionality and the suspension of the guarantee judge.

KEYWORDS: Penal garantism. Guarantee judge. Accusatory system. Brazil.

¹ Graduando em Direito (Universidade Federal de Alagoas – UFAL E-mail: antonio.neto@fda.ufal.br

² Graduanda em Direito (Universidade Federal de Alagoas – UFAL E-mail: talyne.leite@gmail.com

³ Graduanda em Direito (Universidade Federal de Alagoas – UFAL E-mail: manuela.lima@fda.ufal.br

INTRODUÇÃO

A evolução das sociedades em seu contexto social, econômico e político é algo inevitável com o passar dos anos. Destarte, o âmbito jurídico, ou seja, o direito – em especial nesse artigo, o direito penal – deve acompanhar as transformações para que esteja em consonância com a sociedade a qual regula. Nesse contexto, serão analisadas as novas atribuições do Poder Judiciário na salvaguarda dos direitos humanos fundamentais, um dos pilares da nossa Constituição, bem como a reação à nova Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, no âmbito do direito constitucional (processo legislativo e controle de constitucionalidade), diante de um olhar alicerçado no garantismo penal.

A construção desse artigo deu-se por meio do estudo das noções gerais do modelo penal garantista, seus conceitos e influências, a fim de compreender a sua presença no ordenamento jurídico brasileiro, relacionado às novidades da lei 13.964/19. Fazendo mão de metodologia descritiva-explicativa, para entender a teoria garantista, os argumentos de (in)constitucionalidade e os novos dispositivos incorporados no atual Código de Processo Penal, e do método indutivo, afim de apreciar a relação desse conteúdo com o estabelecimento de um processo penal acusatório mais preciso e coeso com as garantias individuais.

O presente artigo tem como objetivo entender como a figura do juiz das garantias, instituído pela Lei 13.964/19 – chamado de “pacote anticrime” –, diante dos ideais do garantismo penal, representado principalmente por Luigi Ferrajoli, atua como um fortalecedor do sistema acusatório no processo penal brasileiro. Faz-se imprescindível, também, analisar as influências no entendimento doutrinário e jurisprudencial, além da discussão sobre a constitucionalidade do instituto, o qual encontra-se atualmente suspenso.

1 MANIFESTAÇÃO DA DOUTRINA PENAL GARANTISTA NO BRASIL E INFLUÊNCIAS EXTERNAS

No contexto do surgimento de sociedades organizadas por regras, de conceitos como propriedade privada, pretensão punitiva e execução penal, tal como a conseqüente evolução histórica do direito penal, a aparição de diferentes correntes que procuravam propor o modelo mais adequado para a aplicação das penas era algo inevitável.

Inserido entre as teorias da pena mais modernas, o jurista italiano Luigi Ferrajoli foi responsável por impulsionar a vertente do garantismo penal. Por meio do seu livro “Direito e razão – teoria do garantismo penal”, publicado pela primeira vez em 1989, o autor reúne em

sua obra as suas observações e os princípios os quais considera ser alicerce para as suas ideias. Sob a influência dos ideais do Iluminismo e do Liberalismo, espalhados pelo mundo em movimentos como a Revolução Francesa, a Revolução Americana e a Inconfidência no Brasil, o autor solidificou o garantismo em sua obra, na qual considera imperiosa a existência do Estado Democrático de Direito e a salvaguarda das liberdades individuais.

Como tentativa de um conceito mais simplificado, pode-se falar na definição de Norberto Bobbio, responsável por compor o prefácio da obra em questão, no qual aponta que o garantismo, apesar de complexo, é um sistema que tem como finalidade a “tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso do direito penal” e que, ainda, representa uma meta apesar de entender ser de difícil alcance.⁴

Luigi Ferrajoli, inspirado no pensamento jusnaturalista e racionalista, utiliza de dez princípios fundamentais axiológicos (ou axiomas) que, conectados sistematicamente, são indispensáveis para o direito penal, sob sua óptica, para definir as diretrizes do seu modelo garantista – depois denominado de sistema SG – sendo eles: o princípio da retributividade, princípio da legalidade, princípio da necessidade, princípio da lesividade, princípio da materialidade, princípio da culpabilidade, princípio da jurisdicionariedade, princípio do acusatório, princípio do ônus da prova e o princípio do contraditório⁵.

O autor teoriza que o garantismo pode ser analisado sob três aspectos, *modelo normativo* de direito, *plano político* e *plano jurídico*, possui, portanto, três conceitos diversos. Nas palavras de Ferrajoli:

Segundo um primeiro significado, "garantismo" designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade" SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.⁶

As três acepções são aparentemente distintas, no entanto devem ser consideradas complementares. Logo, não condiz apenas aceitar o modelo normativo diante de um ponto de

⁴ BOBBIO, Norberto. Prefácio In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 7.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 74-75.

⁶ *Ibid.*, p. 684.

vista de legalismos, apesar da influência positivista, pois ele é intimamente dependente de um Estado social e democrático.

O garantismo penal de Ferrajoli aborda, em suas acepções, a questão entre efetividade e normatividade, dessa forma, Aury Lopes Jr. afirma que, com a constitucionalização dos direitos naturais, “o problema centra-se agora na divergência entre o que o direito é e o que o direito deve ser”⁷, já que o Estado não deve ser apenas formalmente democrático, mas também substancialmente. Assim, “o problema está entre efetividade e normatividade” que passa do plano da existência para o da efetividade do garantismo.

Na visão de Aury Lopes Jr, o modelo de Ferrajoli permite concluir que o direito existe para tutelar os direitos fundamentais, sendo função do juiz atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal⁸, entretanto a efetividade dessa proteção está em situação de pendência na atividade jurisdicional.⁹

Estimuladas pelo final da Segunda Guerra Mundial¹⁰ e as suas consequências, as sociedades passaram a adotar um tratamento de maior seriedade à doutrinas que favorecem a tutela dos direitos humanos, como o Decreto 19.841 de 1945 que promulga a Carta das Nações Unidas, que visa o respeito a paz e aos direitos humanos no Brasil¹¹. A recepção de tratados internacionais pelas constituições em vários países, com conteúdo voltado para a salvaguarda desses direitos, representa uma indispensabilidade de se obter uma limitação maior aos arbítrios do Estado, ou seja, enfatizar os direitos individuais de primeira geração, o que pode ser observado no Brasil com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a qual dispõe que os tratados e convenções sobre direitos humanos aprovados serão equiparados a emendas constitucionais¹². Durante o processo de redemocratização no Brasil, o ideal garantista pode ser observado, tendo em vista que este é baseado em um Estado Democrático de Direito, como aquele que a Constituição Cidadã instituiu em 1988. Além disso, em esfera internacional, o Pacto São José

⁷ LOPES Jr., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 43

⁸ Segundo o autor, a Constituição consagra ao Poder Judiciário essa função garantidora e encontra nela seu fundamento de legitimidade e independência.

⁹ LOPES Jr, Aury. *Op.cit.*, p. 43

¹⁰ LAFER, Celso. A ONU e os direitos humanos. **Estud. av.**, São Paulo, v. 9, n. 25, p. 169-185, dezembro 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000300014&lng=en&nrm=iso. Acesso em 09 out. 2020.

¹¹ BRASIL. **Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

¹² BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

da Costa Rica (1969), do qual o Brasil se tornou signatário em 1992, foi de contribuição para as mudanças.

A doutrina das garantias, com o advento da Constituição da República de 1988, não demora a se manifestar no Brasil, tendo em vista a incompatibilidade eventual do sistema jurídico e social anterior à redemocratização, seja na jurisprudência ou nos dispositivos legais, que precisa ser superada. Nesse sentido, o garantismo penal considera que o investigado não pode ser marginalizado das suas garantias e da participação no processo, ou seja, como afirma Douglas Fischer, “o réu não pode ser mais visto como *um objeto* na instrução processual, e sim como um *sujeito de direitos*”, pois é parte em posição de destaque, ao passo que “a submissão do juiz à lei¹³ não mais é [...] à letra da lei [...] de modo acríptico e incondicionado, senão uma sujeição à lei desde que coerente com a Constituição (validade) vista como um todo.”¹⁴

É indispensável, no entanto, mencionar o atual Código de Processo Penal brasileiro e sua grande inspiração no código processual penal italiano – o Código Rocco – estruturados em um cenário sociopolítico de autoritarismo: a ideologia ditatorial do Estado Novo no Brasil e o regime de Mussolini na Itália, ambos alheios a um estado Constitucional de direito. Logo, é evidente que, apesar da presença do garantismo na Constituição Federal, o CPP, que não foi reconstruído, é dotado de características inquisitoriais incompatíveis com os propósitos dos tratados recepcionados e da Carta atual.¹⁵

Sobre tal problema, afirma Lopes Jr.:

E mais, é imprescindível termos em mente que o processo penal deve ser lido à luz da constituição e não ao contrário. Os dispositivos do código de processo penal (de 1941) é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas da nossa atual carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritivas para se encaixar nos limites autoritários do código de processo penal.¹⁶

Dessa forma, faz-se essencial ressaltar a relevância de uma interpretação conforme a constituição. Essa conformidade deve fortalecer a posição de superioridade da Constituição no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, de alicerce para a legislação infraconstitucional, além do seu papel de reforçar os direitos fundamentais por ela resguardados.

¹³ Segundo a visão do positivismo tradicional, incluindo a interpretação literal.

¹⁴ FISCHER, Douglas. O que é o garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno, FISCHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo Penal Integral**: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2010.

¹⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>. Acesso em: 8 out. 2020.

¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. E-book.

2 O GARANTISMO PENAL E O JUIZ DAS GARANTIAS A PARTIR DA LEI 13.964/19

O juiz das 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 Judiciário¹⁷ – foi instituído, no Brasil, a partir da Lei 13.964/19 e está disposto em seu artigo 3º-B. Dessa forma, tornou-se necessária a intervenção de dois juízes no processo: um responsável pela fase processual e outro pelo julgamento em questão. Assim, há a maior observância das garantias processuais penais e, conseqüentemente, uma maior inserção do garantismo penal no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o juiz das garantias funciona, em parte, como uma ferramenta responsável pela reafirmação e segurança das garantias estabelecidas. Sobre o papel do juiz das garantias, o jurista Aury Lopes Jr. afirma que:

O juiz das garantias é o controlador da legalidade da investigação realizada pelo MP e/ou Polícia, na medida em que existem diversas medidas restritivas de direitos fundamentais que exigem uma decisão judicial fundamentada (reserva de jurisdição). Também é fundamental como garantidor da eficácia de direitos fundamentais exercíveis nesta fase, como direito de acesso (contraditório, no seu primeiro momento), defesa (técnica e pessoal), direito a que a defesa produza provas e requeira diligências do seu interesse, enfim, guardião da legalidade e da eficácia das garantias constitucionais que são exigíveis já na fase pré-processual.¹⁸

Além disso, Rubens Casara ainda afirma que tal juiz é “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” (apud Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro)¹⁹.

Esse novo instituto do Poder Judiciário teve sua área de competência delimitada para as questões iniciais do processo, especificamente para aquelas ligadas ao controle de legalidade, por exemplo: zelar pela observância dos direitos do preso; ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar; decidir sobre o requerimento dos meios de obtenção de provas que restrinjam os direitos fundamentais do advogado; decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa;

¹⁷ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 248-A, p. 1, 24 dez. 2019. Disponível em:

<https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-13.964-de-24-de-dezembro-de-2019-235278218>. Acesso em: 5 out. 2020.

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. E-book, p. 195

¹⁹ RIBEIRO, Jéssica Cavalcanti Barros. O papel do juiz das garantias na salvaguarda da imparcialidade do julgador no sistema acusatório brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 06 out. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54954/o-papel-do-juiz-das-garantias-na-salvaguarda-da-imparcialidade-do-julgador-no-sistema-acusatorio-brasileiro>. Acesso em: 06 out. 2020.

assegurar, 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; bem como outras questões presentes nos incisos ou que fazem referência às matérias presentes no artigo 3º-B da Lei 13.964/19.

Vale ressaltar que o juiz das garantias já existia em outros países como Itália, Chile e Alemanha, por exemplo. O modelo italiano, de 1988, serviu de inspiração para a elaboração do juiz das garantias no Brasil, haja vista que também dividiu o processo em duas fases: *indagine preliminari* (investigações preliminares) e *dibattimento* (fase instrutória)²⁰. Nesse contexto, a introdução do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro se deu a partir da necessidade de adequação do Código de Processo Penal de 1941 às mudanças ocorridas com o decorrer do tempo. Nas palavras de José Antonio Paganella Boschi:

Não há nada que sobreviva ao tempo. Os Códigos e as leis também ficam velhos, esclerosados, perdem sua autoridade e aptidão para assegurarem o alcance das finalidades a que se destinam, pois a realidade social, em qualquer lugar do mundo, é altamente instável e exige novas e contínuas regulações (apud Alessandra Dias Garcia).²¹

Sendo assim, como tudo no Direito, o Código de Processo Penal também necessitou de mudanças que se adequassem à realidade social brasileira e que fortalecesse o Estado Democrático de Direito. Com esse intuito, o juiz das garantias confere ao legislador maior isenção e reforça a imparcialidade do juiz natural.

2.1 O PACOTE ANTICRIME E A CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL

O sistema acusatório é caracterizado pela notória divisão entre o julgador e a acusação, sendo essa a maior característica que o difere do sistema inquisitório, bem como a imparcialidade do juiz e a publicidade do procedimento²². Nesse contexto, Renato Brasileiro afirma que “chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias”²³.

²⁰ GIMENES, Amanda Mendes. A função do Juiz das Garantias no Projeto de Lei 8.405/2010 frente aos semelhantes institutos previstos na Lei italiana e chilena. **Revista Jurídica da UniFil**, Londrina, ano 16, v. 16, p. 14-24, 18 out. 2019. Disponível em: <http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/index>. Acesso em: 6 out. 2020.

²¹ GARCIA, Alessandra Dias. **O Juiz das Garantias e a Investigação Criminal**. 2014. Dissertação de mestrado (Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

²² LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p. 57-58.

²³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 41.

Além disso, o sistema acusatório tem estrita ligação com os princípios constitucionais penais, os quais procuram estabelecer o devido processo legal no Brasil. Dessa forma, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência, por exemplo, ganham ainda mais destaque nesse sistema – haja vista que as garantias processuais estão mais demarcadas e o processo mais “equilibrado”, sem a ideologia punitivista presente no sistema inquisitório.

A partir disso, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º trouxe, implicitamente, o sistema acusatório ao ordenamento jurídico brasileiro ao citar suas características processuais, entre elas: não haverá juízo ou tribunal de exceção; ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória²⁴. Todavia, o Código de Processo Penal de 1941²⁵ traz forte essência inquisitiva, o que é confirmado pela presença do inquérito policial. Tal divergência foi suficiente para que houvesse a definição do sistema penal brasileiro como sistema misto, demarcado pela fase investigativa (inquisitorial) e pela fase processual, na qual são presentes as garantias constitucionais. Sobre isso, o processualista Renato Brasileiro comenta que:

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório.²⁶

Assim, haveria uma divergência implícita entre a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, o que gerou uma discussão acerca da real existência (ou não) do sistema misto, já que a Constituição possui força normativa. Entretanto, para sanar essa dúvida, a Lei 13.964/19 declarou expressamente, em seu artigo 3º-A, a vigência do sistema acusatório o Brasil.

Portanto, o papel do juiz das garantias torna ainda mais evidente a legitimação desse sistema, uma vez que está intimamente ligado às garantias processuais e visa protegê-las, de modo que o juiz da investigação não seja responsável pelo julgamento, evitando, assim, uma “contaminação” do julgador com as informações obtidas a partir do inquérito policial. É por

²⁴BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

²⁵BRASIL. **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

²⁶ LIMA, *op. cit.*, p. 43.

isso que Daniel Kessler²⁷ entende que o juiz das garantias funciona como uma espécie de “reductor de danos” da fase de investigação preliminar, na qual o juiz das garantias encerra a sua atividade com o recebimento da denúncia ou da queixa. Ademais, o artigo 3º-C da Lei 13.964/19, em seu §4º, afirma que os autos não serão apresentados ao juiz da instrução e julgamento, salvo os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Logo, conclui-se que tais medidas abarcadas por essa nova lei são capazes de consolidar e fortalecer o sistema acusatório no Brasil, já que o juiz das garantias, produto do garantismo penal, fortalece o contraditório, a ampla defesa do acusado e propaga a presunção de inocência- não apenas para os julgadores, mas para a visão da sociedade em geral. Além disso, reduz os danos da fase preliminar, o que torna o Código de Processo Penal brasileiro mais coerente com a Constituição Federal, fortificando, também, a segurança jurídica no país.

3 SUSPENSÃO E (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO

A ideia do juiz das garantias como guardião dos direitos fundamentais, assim como da legalidade — como abordado acima — não é ideia nova no país²⁸. No entanto, com a introdução do instituto através da Lei nº 13.964/19, surgiu intensa controvérsia jurídica doutrinária acerca de sua constitucionalidade formal e material.

Nesse contexto, cabe pontuar o posicionamento jurisdicional observado no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade n. 6.298, impetrada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE); n. 6.299, ajuizada pelos partidos políticos Podemos e Cidadania; n. 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal; e n. 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, ambas alegando a inconstitucionalidade do juiz das garantias, além de outros artigos da lei²⁹.

²⁷ OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional: o juiz de garantias como um reductor de danos da fase de investigação preliminar**. 2013. Dissertação de mestrado (Direito) - Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

²⁸ A ideia do juiz das garantias já havia sido tratada no projeto de lei 8.045/2010 que visa à introdução de um novo Código de Processo Penal. BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045, de 22 de dezembro de 2010**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 5 out. 2020.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298/DF**. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020.

Para isso, vale ressaltar que, em um primeiro momento, as três primeiras ações tiveram suas cautelares decididas pelo Ministro Dias Toffoli, o qual suspendeu a eficácia do instituto por 180 dias. Em um segundo momento, as medidas cautelares das quatro ações foram parcialmente deferidas monocraticamente pelo Ministro Luiz Fux — decisão a qual revogou a decisão anterior do Ministro Dias Toffoli — com eficácia *ad referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o que suspendeu a vigência do instituto por tempo indeterminado.

Em síntese, as medidas cautelares das referidas ações pleitearam inconstitucionalidade formal e material dos artigos com base no suposto vício de iniciativa para dispor sobre procedimentos processuais e organização do Poder Judiciário³⁰; na inadequação do veículo normativo utilizado³¹; na “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)”³²; na ausência de prévia dotação orçamentária para a implementação das mudanças³² e na *vacatio legis* desproporcional³³.

Ao decidir as impugnações referentes ao juiz das garantias e suas normas correlatas (arts. 3º-B a 3º-F, CPP), o Ministro Luiz Fux argumentou, em geral, que de fato a União não possuía competência para legislar sobre o tema, tendo em vista que os dispositivos impugnados possuem natureza mista, sendo processuais e de organização do Poder Judiciário. Assim, para o Ministro, seria de competência dos Tribunais (art. 96, CF), justificado pelo impacto organizacional. Além disso, dentro da inconstitucionalidade formal, o referido magistrado ainda aponta para a mudança substancial da estrutura do Judiciário, em especial de pequenas comarcas.

Nesse contexto, no que diz respeito à inconstitucionalidade material do instituto do juiz das garantias, concluiu o referido Ministro que há ofensa direta aos artigos 169 e 99 da Constituição Federal “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”³⁴. Tal argumento encontra

³⁰ Artigo 96, I, “d”; e II, “b” e “d”, da Constituição.

³¹ Artigo 93, caput, da Constituição.

³² Artigo 169, §1º, da 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.

³³ A *vacatio legis* era de apenas 30 dias para a implementação das diversas medidas introduzidas pelo instrumento normativo.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298/DF**. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020.

base no fato de que as mudanças introduzidas no Judiciário “implicam despesas que não se encontram especificadas nas leis orçamentárias anuais da União e dos Estados”³⁵.

Há, igualmente, falta de estimativa do impacto financeiro e orçamentário, o que, decidiu-se, viola a disposição do Novo Regime Fiscal da União (Emenda Constitucional n. 95/2016), já que o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê 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”.³⁶

Ademais, ainda na esteira da decisão, argumentou-se que a introdução do juiz das garantias, além de alterar consideravelmente o sistema, causaria impacto negativo frente aos valores constitucionais que primam pela eficiência (como a duração razoável do processo, art. 5º, LXXVIII, CF). Para isso, o Ministro Luiz Fux rechaçou a ideia do direito comparado — expondo uma série de fragilidades — e questionou o argumento da parcialidade dos magistrados, o qual afirmou necessitar de dados empíricos consistentes para opinar³⁷, tendo em vista tratar-se de uma medida cautelar.

3.1 A OPINIÃO DA DOUTRINA

Apesar do posicionamento acima explicitado do Supremo Tribunal Federal, a Doutrina consagrada diverge com o argumento da constitucionalidade do instituto.

Primeiramente, pode-se citar a discordância quanto à suposta inconstitucionalidade formal do instituto entre a decisão e a bibliografia. Para parte da Doutrina, não houve qualquer vício de iniciativa, tendo em vista que os artigos que introduzem o juiz das garantias são tratados como essencialmente normas processuais penais e não de organização do Poder Judiciário. Nesse sentido:

Ora, firmada a premissa de que a norma de direito processual é aquela que afeta aspectos umbilicalmente ligados à tríade jurisdição, ação e processo, não há por que se afirmar que teria havido qualquer inconstitucionalidade nesse ponto, visto que os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP estão diretamente relacionados a questões atinentes ao próprio exercício da jurisdição no processo penal brasileiro.³⁸

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298/DF**. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ LIMA, *op. cit.*, p. 117.

Por outro lado, quanto à possível inconstitucionalidade material, baseada na violação à regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário, parte da Doutrina tem se posicionado no sentido de que o veículo normativo não criou nada diferente do que já seja executado no que tange à garantia, pelos magistrados, dos direitos dos acusados, o que justificaria a constitucionalidade:

(...) a Lei n. 13.964/19 não criou nenhuma atividade nova dentro da estrutura do Poder Judiciário. Com efeito, o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Judiciário sempre foram atividades realizadas pelos juízes criminais Brasil afora.³⁹

Outros doutrinadores, como Rosmar Alencar e Nestor Távora, defendem veementemente a constitucionalidade do instituto, atribuindo ao juiz das garantias a defesa dos direitos fundamentais, os quais deveriam ser prioridade para o Estado⁴⁰.

CONCLUSÃO

Apesar de suspensão, a futura inserção do juiz das garantias no sistema processual penal brasileiro é inevitável. Com influência externa da ideologia garantista penal de Ferrajoli e adoção em diversos países, o maior controle e a maior proteção dos direitos humanos fundamentais são de suma importância para o desenvolvimento de uma posição de “garantidor” do juiz – o que falta no Brasil.

Nesse contexto é que surge a Lei nº 13.964, a qual estabelece uma série de competências de controle do juiz das garantias frente ao inquérito policial para combater a formação de vieses prévios dos juízes nos casos concretos. Ou seja, como dito *supra*, a lei separa o juiz do contexto da investigação para evitar que haja a “contaminação” dele com as provas produzidas na polícia.

Igualmente, com a futura adoção do juiz das garantias, é lógico observar, com o exposto acima, que haja consolidação e fortificação do sistema acusatório no processo penal, tendo em vista que tende a fortalecer diversos princípios constitucionais penais, como o contraditório.

Por fim, vale ressaltar, o determinado sistema encontra-se suspenso por tempo indeterminado, dada as supostas inconstitucionalidades materiais e formais alegadas pelo

³⁹ *Ibid.* p. 118.

⁴⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

Supremo Tribunal Federal. No entanto, tal opinião diverge da Doutrina garantista majoritária, a qual defende veementemente a adoção do instituto para a devida garantia dos direitos do acusado, encontrando respaldo na fragilidade da decisão monocrática do Ministro Luiz Fux.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Prefácio da 1ª edição italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 248-A, p. 1, 24 dez. 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-13.964-de-24-de-dezembro-de-2019-235278218>. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045, de 22 de dezembro de 2010**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filenam e=PL+8045/2010. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298/DF**. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. O que é o garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno, FISCHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo Penal Integral**: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2010.

GARCIA, Alessandra Dias. **O Juiz das Garantias e a Investigação Criminal**. 2014. Dissertação de mestrado (Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>. Acesso em: 8 out. 2020.

GIMENES, Amanda Mendes. A função do Juiz das Garantias no Projeto de Lei 8.405/2010 frente aos semelhantes institutos previstos na Lei italiana e chilena. **Revista Jurídica da Unifil**, Londrina, ano 16, v. 16, p. 14-24, 18 out. 2019. Disponível em: <http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/index>. Acesso em: 6 out. 2020.

LAFER, Celso. A ONU e os direitos humanos. **Estud. av.**, São Paulo, v. 9, n. 25, p. 169-185, dezembro 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000300014&lng=en&nrm=iso. Acesso em 09 out. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. E-book.

LOPES JUNIOR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional**: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar. Dissertação de mestrado (Direito) – Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

RIBEIRO, Jéssica Cavalcanti Barros. O papel do juiz das garantias na salvaguarda da imparcialidade do julgador no sistema acusatório brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 06 out. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54954/o-papel-do-juiz-das-garantias-na-salvaguarda-da-imparcialidade-do-julgador-no-sistema-acusatorio-brasileiro>. Acesso em: 06 out. 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.