

## Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias

Simone Schreiber<sup>1</sup>

### **1. introdução**

A figura do juiz de garantias, introduzida no Código de Processo Penal pela lei 13964, de 24.12.19, provocou acirradas disputas a respeito de sua virtude e de sua constitucionalidade. Registre-se que o artigo primeiro da referida lei anuncia que a mesma destina-se a “aperfeiçoar” a legislação penal e processual penal. Muito se pode discutir sobre se as novas regras de fato aperfeiçoam a legislação, mas não se pode confundir esse debate com a análise da constitucionalidade dos novos institutos.

Apenas três dias após a promulgação da lei 13964, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) ajuizaram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal impugnando o instituto do juiz de garantias. Arguiram a inconstitucionalidade do art. 3º da lei 13964, que acrescentou os artigos 3º-A a 3º-F ao Código de Processo Penal, bem como de seu art. 20, que fixava o prazo de 30 dias de *vacatio legis*.<sup>2</sup> Em 03.2.20, o Ministro Luiz Fux deferiu monocraticamente a suspensão liminar das regras relacionadas com o juiz de garantias, adiando sua implementação.

O presente artigo, inicialmente, apresenta o juiz de garantias, tal como instituído pela lei 13964/19, explicitando os motivos pelos quais, na concepção da autora, o instituto de fato aperfeiçoa o sistema processual penal brasileiro, na medida em que concretiza o princípio acusatório e reforça a regra de que a prova relevante na formação da convicção do juiz deve ser produzida em contraditório judicial.

Na segunda parte, analisa as razões invocadas pelas entidades que arguem a inconstitucionalidade do instituto e os motivos explicitados na decisão monocrática do Ministro Fux para suspender sua implantação. Pretende-se distinguir os argumentos relacionados com a

---

<sup>1</sup> Desembargadora Federal do TRF2; Membro da Associação Juízes para a Democracia; Professora de Direito Processual Penal da UNIRIO.

<sup>2</sup> ADI 6298. Essa ADI foi apensada a outras ajuizadas pelos partidos políticos PODEMOS, CIDADANIA (6299), PSL (6300) e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP (6305). Todas essas ADIs arguem a inconstitucionalidade do juiz de garantias e de outros dispositivos da lei 13964.

alegada inconstitucionalidade dos argumentos morais relacionados com o suposto prejuízo que o juiz de garantias traria para a eficiência do sistema penal, e se estes podem justificar que escolhas políticas feitas pelo parlamento sejam substituídas por outras feitas pelo judiciário, ainda que no exercício de jurisdição constitucional.

## **2. o juiz de garantias no Código de Processo Penal.**

O artigo 3º da lei 13964/19 introduziu no Código de Processo Penal a figura do juiz de garantias. Atribui-se ao juiz que atua na fase da investigação criminal, antes do ajuizamento da ação penal portanto, a função de tutelar os direitos fundamentais das pessoas investigadas e de zelar pela legalidade da investigação. Não se está criando a figura do juiz instrutor, que preside a investigação. O juiz de garantias, é preciso que se diga, tem praticamente as mesmas funções hoje cometidas ao juiz que julga a ação penal proposta com base nos elementos colhidos naquela investigação<sup>3</sup>.

Nesse sentido, não se está atribuindo ao judiciário mais tarefas, que poderiam trazer-lhe sobrecarga do trabalho que desempenha hoje. Por outro lado, também não se está diminuindo o espaço de atuação do juiz na fase investigatória nem se alterando o papel que já exerce nessa fase.

No direito brasileiro, a investigação criminal é conduzida pela autoridade policial, que preside o inquérito policial (art.144, §1º, I e § 4º da CF e art. 4º e s. do CPP) ou pelo ministério público, nos procedimentos de investigação instaurados no âmbito da instituição (STF. Rext. 593727, j. em 14.5.15). O juiz atua na fase investigatória exclusivamente para tutelar os direitos fundamentais das pessoas investigadas, garantindo que não sejam violados pelos órgãos de persecução penal.

Sempre que, no curso da investigação, a autoridade policial ou o ministério público considerem necessária a adoção de medida que implique em cerceamento de direito fundamental da pessoa investigada, devem requerer tal providência a um juiz. A lei 13964

---

<sup>3</sup> Dentre as atribuições cometidas ao juiz de garantias no art. 3º - B, apenas algumas não eram explicitamente previstas no CPP. São funções que ampliam o controle pelo juiz da legalidade da própria investigação. Destaco: (IV) o juiz deve ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; (IX) determinar o trancamento de inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento (controle pelo juiz de garantias da justa causa para a investigação, que antes se fazia apenas através de HC); (X) requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento de investigação; (XV) Assegurar o acesso do investigado e de seu defensor aos elementos informativos e provas produzidas no âmbito da investigação, salvo diligências em andamento (embora o CPP não previsse tal direito expressamente, ele decorria da súmula vinculante 14 do STF) .

instituiu uma divisão de atribuições: o juiz que atua na investigação (chamado de juiz de garantias, nomenclatura que ressalta a natureza de sua função) não é o mesmo que julgará a causa. Até então, o juiz que deferia medidas em detrimento do investigado (como prisão preventiva, sequestro de bens, quebra de sigilo bancário, interceptação telefônica, busca domiciliar, etc) tinha sua competência fixada para julgar a ação penal (regra de prevenção)<sup>4</sup>. A partir de agora, o juiz que atua na investigação está impedido de atuar no processo criminal<sup>5</sup>.

Os debates que vêm sendo travados sobre o juiz de garantias referem-se justamente às vantagens ou desvantagens dessa nova distribuição de competências, ou mais precisamente ao acerto da premissa de que o juiz que participa da fase de investigação – ainda que o faça como garantidor - tem sua imparcialidade comprometida para atuar no processo.

Inicialmente é preciso assentar que o que confere ao juiz a qualidade de imparcial é a adoção de um modelo de garantias que o coloque em situação de equidistância das partes, de árbitro mediador da atividade postulatória e instrutória desempenhada pelas partes, que exija desse juiz que motive racionalmente suas decisões no curso do processo e especialmente a sentença, de modo que tais decisões inequivocamente tenham considerado com a mesma atenção as teses apresentadas pelas partes, seja para acolhe-las ou refuta-las. E que também tenha efetivamente considerado e valorado as provas produzidas por ambas as partes para decidir a lide.

A atuação do juiz na fase de investigação pode prejudicar sua imparcialidade porque, em primeiro lugar, exige que o juiz mantenha um contato próximo com os atores incumbidos da persecução penal, em que é constantemente inteirado das etapas e rumos da investigação. O propósito da investigação é desvendar a prática do crime e apontar seu autor. Nesse ambiente o juiz acaba se engajando num esforço conjunto para que a apuração chegue a bom termo. Aí está a semente da ideia de que o juiz criminal se une aos órgãos de persecução no combate à criminalidade.

Em segundo lugar, quando o juiz defere a adoção de medidas investigatórias ou assecuratórias em detrimento do investigado, ele explicita um júízo (ainda que provisório, perfunctório) sobre a ocorrência do crime e sua autoria. Está claro que a avaliação do que se pede obriga o juiz a formular uma opinião, ainda que não definitiva, sobre a linha investigatória adotada e sobre os fatos e pessoas envolvidas na investigação. Esse papel que o juiz é chamado a exercer demanda redobrada cautela, pois, por um lado, o mesmo não pode substituir os órgãos

---

<sup>4</sup> Artigos 75, parágrafo único e 83 do Código de Processo Penal.

<sup>5</sup> Art. 3º - D do Código de Processo Penal, introduzido pela lei 13964/19.

de persecução penal na condução da investigação e também não deve cercear indevidamente sua ação. Por outro lado, ele não pode se demitir do seu dever de tutelar os direitos das pessoas investigadas, impedindo que sofram restrições injustificadas ou desarrazoadas, o que exige que fundamente adequadamente o deferimento de medidas invasivas. E, principalmente, ele deve procurar não se contaminar pelas versões dos fatos que lhes são trazidas pela autoridade policial e pelo ministério público no curso da investigação. Não é uma tarefa simples. Pelo contrário, é extremamente difícil, quase impossível, que o juiz se mantenha alheio às versões dos fatos que vão sendo reveladas no decorrer da investigação e que lhe são narradas pela autoridade policial a cada nova representação.

Sobre o tema, vale a leitura de trabalho apresentado por Denise Luz e Leon Murelli Silveira, no XX Congresso Nacional do CONPEDI, intitulado ‘A angústia de decidir e a irrenunciabilidade do juiz das garantias para um processo justo: o Brasil no rastro do Tribunal Europeu de Direitos Humanos’<sup>6</sup>. Os autores abordaram o tema utilizando algumas categorias da psicanálise.

Em primeiro lugar, registram que a questão da imparcialidade do juiz sempre foi tratada no Brasil como algo relacionado à falta de probidade do julgador, o que é um equívoco. A imparcialidade revelaria um interesse no processo e, por conseguinte, revelaria má-conduta do juiz. Por isso os juízes têm muita resistência a admitir que sua participação na fase investigatória os torna impedidos – por quebra de imparcialidade – a atuar no processo criminal. Outro ponto a ser destacado é a introjeção pelo juiz dos argumentos da acusação no curso da investigação. Ou seja, o juiz internaliza, mesmo que de forma inconsciente, a prévia hipótese da acusação.

Ao deferir uma medida cautelar em desfavor do investigado, ainda que afirme e acredite que a análise que faz do caso seja meramente perfunctória, o juiz “desloca a importância que ele mesmo deu para tal informação na fase inquisitória”. “Segundo a teoria psicanalítica o ego adota os mecanismos de defesa, como é o deslocamento, para que o sujeito possa suportar afetivamente, no plano consciente, as consequências dos atos por ele praticados ou sentimentos experimentados. Seria muito angustiante para um juiz devotado ao seu trabalho e com desejo genuíno de fazer justiça, conscientizar, por exemplo, que, por decisão sua, um (possível) inocente foi mantido preso preventivamente”. Se o réu contra o qual o juiz havia decretado medidas cautelares, probatórias, pessoais ou assecuratórias, é condenado, revelando que as decisões anteriores foram acertadas e justas, esse juiz experimentará uma sensação prazerosa

---

<sup>6</sup> O texto pode ser encontrado nos Anais do XX CONPEDI. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/XXcongresso/Integra.pdf>. Acesso em 28.2.20.

de dever cumprido (de gozo no sentido psicanalítico). Ao passo que o oposto poderia lhe causar angústia e sofrimento psíquico.

Parece-nos assim evidente que os juízes que atuam na fase investigatória tendem a produzir vieses que prejudicam sua imparcialidade na condução do processo. O fato de não se poder afirmar que tal comportamento será sempre adotado por todos os juízes criminais não impede a adoção de um modelo que minimize o problema posto, conferindo ao juiz da causa maior independência e segurança no exercício da jurisdição.

Some-se a isso o fato de que os elementos probatórios produzidos com a participação do juiz na fase de investigação possuem extrema relevância. Apesar de o art. 155 do CPP distinguir os elementos informativos produzidos na investigação das provas produzidas em contraditório no processo, o fato é que na prática judiciária, ao menos na justiça federal, as provas mais relevantes sobre os fatos apurados, aquelas que são determinantes para embasar a sentença condenatória, são produzidas na fase de investigação. Tanto a prova pericial que atesta a materialidade delitiva (exame de corpo de delito) quanto as chamadas provas cautelares (quebra de sigilo de informações privadas, interceptação telefônica, busca e apreensão) são produzidas na fase investigatória. E em regra elas se inserem nas exceções legais do atual artigo 155 do CPP (provas cautelares, não repetíveis e antecipadas), se submetendo apenas ao contraditório diferido no processo. Ou seja, não são produzidas em contraditório judicial, estando sujeitas a debate contraditório e à produção de contraprova pela defesa no processo.

Registre-se que o novo art. 3º - C, § 3º, do CPP, procura impedir que o juiz da causa tenha acesso a elementos informativos produzidos no inquérito policial, reforçando a regra de que a convicção do juiz deve ser formada com base na livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial (art. 155). Contudo, e como não poderia deixar de ser, o juiz da causa terá acesso às provas não repetíveis. Nesse contexto a figura do juiz de garantias reforça o princípio do contraditório (ainda que diferido). Pois, estando afastado da investigação, o juiz da causa terá mais condições de decidir com isenção (atento ao debate dialético estabelecido no processo) a respeito da legalidade/validade dessas provas que, embora não produzidas no curso do processo, serão consideradas na prolação da sentença.

Dito de outra forma, se o juiz da causa é o mesmo que avaliou a pertinência e a legalidade das medidas probatórias realizadas na fase investigatória, é bastante improvável que venha posteriormente a desqualificar a prova que foi produzida, reconhecendo por exemplo a ocorrência de vício que a torne ilícita.

### **3. Sobre a suposta inconstitucionalidade do juiz de garantias.**

As ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas perante o STF para impugnar o juiz de garantias aduzem duas ordens de argumentos:

1. os artigos 3º-A a 3º-F introduzidos no CPP pela lei 13964 possuem vício de inconstitucionalidade formal.

Tal inconstitucionalidade formal decorreria de a nova lei contemplar “ao mesmo tempo ‘normas gerais’ e ‘normas de procedimento em matéria processual’”. Teria havido violação ao art. 24, § 1º, da CF, já que, no âmbito da legislação concorrente (ou seja, quando estabeleceu normas de procedimento em matéria processual), a União deveria ter se limitado a estabelecer normas gerais. Segundo essa premissa, o regramento da “fase pré-processual”, pertinente ao inquérito policial, não se consubstancia em matéria processual penal, mas em matéria procedimental.

Além disso, sustenta-se que a instituição do juiz de garantias pressupõe lei de iniciativa dos tribunais (CF art. 96, I, ‘a’, ‘d’ e II, ‘d’), pois exige a alteração das leis de organização judiciária e a criação de cargos. Trata-se assim de lei de eficácia contida, pois depende da edição de normas suplementares para se tornar eficaz, em razão do que o art. 20 (que prevê a *vacatio legis* de 30 dias) seria inconstitucional.

Para corroborar a alegação de que o regramento da investigação criminal não se consubstancia em matéria processual, as associações autoras da ADI 6298 trazem alguns julgados do STF nos quais restou assentado que a legislação que disciplina o inquérito policial se insere no âmbito da competência legislativa concorrente, a teor do art. 24, XI, da CF. Nos precedentes citados, o Supremo analisou a constitucionalidade de leis estaduais que regravam as atividades das polícias judiciárias dos estados-membros.

Por exemplo, na ADI 4618, relatada pela Ministra Carmen Lúcia, j. em 19.2.19, foi analisada a constitucionalidade de lei complementar de Santa Catarina que instituía o plano de carreira dos servidores de segurança pública do Estado. Nesse julgamento, o Supremo considerou que as normas estaduais que fixam atribuições de agentes de segurança pública e da polícia judiciária, relacionadas portanto à apuração de infrações penais, possuem natureza administrativa e não processual penal. A matéria de fundo dizia respeito a dispositivo da legislação estadual que atribuía com exclusividade função investigatória aos delegados da polícia civil, tendo a Suprema Corte afirmado que tal “exclusividade” não retirava o poder de investigação de outros órgãos, dentre eles o ministério público.

Em outro precedente colacionado pelas associações autoras, a ADI 2886, em que o STF examinou a constitucionalidade da lei orgânica do Ministério Público do Rio de Janeiro, foi

declarada a inconstitucionalidade de dispositivo que previa a remessa dos autos do inquérito policial diretamente ao Ministério Público. Na ocasião, a Suprema Corte afirmou que tal regra estadual violava o art.10, § 1º, do CPP, que prevê a remessa dos autos do inquérito policial, após relatado pela autoridade policial, ao juiz. Extrai-se do voto condutor, da lavra do Ministro Joaquim Barbosa que, no exercício da competência legislativa concorrente, os estados-membros não podem legislar contrariamente ao disposto na lei federal, mas apenas suprir lacunas das mesmas, considerando especificidades regionais<sup>7</sup>.

Vê-se que a jurisprudência assentada no Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a competência legislativa dos estados-membros para reger aspectos administrativos dos trabalhos de suas polícias judiciárias, desde que não contrarie a legislação federal sobre investigação criminal. Não há nos precedentes trazidos pelas associações autoras nenhum caso de glosa de legislação federal por invadir competência legislativa estadual em matéria de investigação criminal.

A alegação não merece acolhida ademais pois o Código de Processo Penal sempre regeu a instauração e processamento do inquérito policial. Alterações no CPP pertinentes à investigação criminal foram aprovadas após a promulgação da CF88 sem que fosse arguida sua inconstitucionalidade, por supostamente violar competência concorrente dos estados. Por exemplo, a lei 8862/94 alterou os incisos I e II do art. 6º do CPP, e os artigos 159, 160, 164 e 181, todos pertinentes à elaboração do exame pericial na fase investigatória. O inciso X do art. 6º foi introduzido pela lei 13257/16. E os artigos 13-A e 13-B, que dizem respeito a atribuições investigatórias do Ministério Público e da Autoridade Policial em crimes ali enumerados, foram introduzidos também por lei federal (lei 13344/16).

Além disso, outras leis federais pertinentes à investigação criminal foram aprovadas após a promulgação da CF88, como a lei 9034/95, que dispunha sobre meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, a lei 12830/13 (lei da investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia) e a própria lei 12850/13, que, dentre outros temas, dispõe sobre investigação criminal de organizações criminosas.

---

<sup>7</sup> Veja-se o seguinte trecho do voto condutor: “As premissas extraídas desses julgados indicam que, assente a constitucionalidade da legislação federal fixadora de normas gerais, o exercício de competência suplementar pelos estados não poderá gerar resultado que se contraponha à disciplina uniforme para todo o território nacional. Portanto, ainda que a opção adotada pelo legislador federal – no espaço constitucionalmente fixado para a sua livre conformação - não seja aquela preferida pelo seu homólogo estadual, este não poderá promulgar legislação que veicule norma de conteúdo divergente (ADI 2886)”.

Conclui-se que o fato de a investigação criminal ocorrer antes da instauração do processo judicial não significa dizer que não deva ser regida, como de fato o é, por lei federal. Leis estaduais podem tratar de aspectos da investigação criminal, afetos ao funcionamento de seus órgãos de segurança pública, de forma suplementar à legislação federal e considerando as especificidades regionais.

E ainda que assim não fosse, os artigos incluídos no Código de Processo Penal pertinentes ao juiz de garantias dizem respeito precipuamente à competência judicial. Tais artigos fixam atribuições do juiz na fase investigatória, estabelecem regras de competência e de impedimento. Tais regras têm evidente natureza processual. Vê-se assim que não procede a alegação de inconstitucionalidade formal dos artigos 3º-A a 3º-F do CPP, por veicularem normas de procedimento em matéria penal.

O segundo argumento de inconstitucionalidade formal, este acolhido pelo Ministro Luiz Fux na decisão que suspendeu a eficácia dos artigos em questão<sup>8</sup>, é o de que as regras veiculadas seriam pertinentes à organização judiciária. A instituição do juiz de garantias exigiria uma completa reestruturação do funcionamento das unidades judiciárias, a criação de cargos e a previsão de fontes de custeio. Nesse sentido, a lei 13964 teria violado os artigos 96, I, 'd' (que atribui aos tribunais a propositura de criação de novas varas), II, 'b', que confere aos tribunais iniciativa legislativa para a criação e extinção de cargos no âmbito do judiciário, e 'd', que confere iniciativa legislativa para a alteração de leis de organização judiciária.

Contudo, embora a figura do juiz de garantias provoque uma alteração extremamente relevante no sistema processual penal brasileiro, essa mudança é muito mais ideológica ou principiológica do que propriamente estrutural. A mudança de paradigma está no fato de que, como sustentado acima, a instituição do juiz de garantias significa um importante passo na consolidação do sistema acusatório, na medida em que retira o juiz que vai atuar no processo da fase investigatória, preservando sua imparcialidade<sup>9</sup>. Mas apesar de tal aspecto inovador, os dispositivos legais impugnados, ao contrário do que se alega, não criam cargos públicos, não

---

<sup>8</sup> <https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-aterferendo.pdf>, acesso em 16.4.20

<sup>9</sup> Esse aspecto inovador foi muito bem abordado pelo Ministro Tóffoli na decisão monocrática proferida nas ADIs em exame, em 15.1.20, destacando-se o seguinte trecho: “Tendo isso em vista, conclui-se que a instituição do “juiz das garantias” pela Lei nº 13.964/2019 veio a reforçar o modelo de processo penal preconizado pela Constituição de 1988. Tal medida constitui um avanço sem precedentes em nosso processo penal, o qual tem, paulatinamente, caminhado para um reforço do modelo acusatório. Portanto, do ponto de vista material, a instituição do juiz das garantias buscou densificar a exigência de imparcialidade do julgador”. <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-suspende-implantacao-juiz.pdf>, acesso em 16.4.20



invadem a autonomia organizacional dos tribunais, e não geram imediatamente aumento de despesas.

Não foram atribuídas, como já registrado, novas funções aos juízes na fase do inquérito policial que imponham aumento significativo da estrutura hoje existente. Não será necessário dobrar o número de juízes e de varas. É intuitivo que o juiz criminal que hoje deve se dividir entre as decisões pertinentes à fase de investigação e à condução dos processos criminais vai reduzir sua carga de trabalho, aplicando-se o mesmo raciocínio à secretaria da vara. Tal redistribuição de funções permite que se convertam varas criminais em varas de garantia nas comarcas maiores.

É interessante que as próprias associações autoras da ADI 6298 citam precedentes sobre a possibilidade de os Tribunais alterarem competência de órgãos jurisdicionais existentes, promovendo a especialização de varas, inclusive por atos administrativos, desde que tal não acarrete impacto no orçamento<sup>10</sup>. Ora, o próprio art. 3º-E ora impugnado prevê a necessidade de leis de organização judiciária para a designação dos juízes de garantia, mas nada impede que, até que sejam editadas tais leis, os tribunais, no exercício de sua competência administrativa, instituem varas com tal especialização, desde que não haja aumento de despesas. Ou sejam, o façam através de especialização de varas já instaladas.

Registre-se ainda a existência de ação estratégica do Conselho Nacional de Justiça para a implantação do processo judicial eletrônico em todos os tribunais do país<sup>11</sup>, não se fazendo necessário o deslocamento de magistrados das comarcas em que estão lotados para outras em que devam atuar como juízes de garantias. Além disso, apesar das inúmeras atribuições cometidas ao juiz de garantias nos incisos do art. 3º-B, em investigações mais singelas, a atuação dos juízes tende a ocorrer de forma menos intensa, sendo perfeitamente possível a atuação do juiz tabelar sem causar um colapso no sistema criminal.

O art. 3º-D veicula importantíssima regra processual de impedimento, consolidando a ideia de que o juiz que atua na investigação não conduzirá o processo. Seu parágrafo único

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, destaco trecho da ementa de um dos julgados trazidos à colação pelas peticionantes: “O tema referente à organização judiciária não se encontra restrito ao campo de incidência exclusiva da lei, eis que depende da integração dos critérios preestabelecidos na Constituição, nas leis e nos regimentos internos dos tribunais. A leitura interpretativa do disposto nos arts. 96, I, a e d, II, d, da Constituição Federal, admite que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário, por deliberação do tribunal de justiça, desde que não haja impacto orçamentário, eis que houve simples alteração promovida administrativamente, constitucionalmente admitida, visando a uma melhor prestação da tutela jurisdicional, de natureza especializada” HC 91024, 2ª Turma, Rel. Ellen Gracie, 2008.

<sup>11</sup> <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/processo-judicial-eletronico-pje/diretrizes-estrategicas/>, acesso em 16.4.20

prevê que os tribunais criem um sistema de rodízio para tornar efetiva a regra de impedimento nas comarcas em que funcione apenas um juiz. O Ministro Dias Tóffoli identificou inconstitucionalidade nesse dispositivo, por entender que a lei não poderia violar o poder de auto-organização dos Tribunais.

Sobre esse tema, considero que teria sido mais técnico que o legislador ordinário estabelecesse o critério de tabelaridade e não de rodízio para viabilizar a efetivação da regra de impedimento nas comarcas com um único juiz. Por outro lado, é de se destacar que a lei não estabeleceu nenhum critério rígido para a implementação do rodízio de magistrados referido. E não o tendo feito, conferiu aos tribunais autonomia para estabelecerem seus próprios critérios. Essa leitura da norma legal permite que a mesma se concilie com a autonomia organizacional dos tribunais<sup>12</sup>.

## 2. As supostas inconstitucionalidades materiais do juiz de garantias.

Os argumentos aduzidos nas ADIs em análise, pertinentes à inconstitucionalidade material do juiz de garantias, são extremamente frágeis. O Ministro Luiz Fux os resumiu em dois grupos: a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para a implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade. As associações autoras da ADI 6298 alegam ainda violação do juiz natural, em razão da previsão legal de atuarem dois juízes diferentes no mesmo grau de jurisdição.

Quanto à ausência de dotação orçamentária, repita-se que a lei 13964/19 não cria cargos no âmbito do Poder Judiciário. Como ponderou o Ministro Tóffoli na decisão monocrática já referida, a questão “não é de reestruturação, e sim de reorganização da estrutura já existente. Não há órgão novo. Não há competência nova. O que há é divisão funcional de competência já existente. É disso que se trata”<sup>13</sup>.

Pode-se citar outros exemplos de leis federais que instituíram novos órgãos judiciários, aprovadas a partir de projetos de lei que não foram de iniciativa do judiciário e que igualmente

---

<sup>12</sup> Registre-se que o critério de rodízio é adotado por diversos tribunais no âmbito da realização das audiências de custódia e de plantões judiciários. Não há inconstitucionalidade no rodízio em si, desde que os critérios de implementação sejam gerais e objetivos, de modo a não violar o princípio do juiz natural e a vedação constitucional do juízo de exceção. A respeito, veja-se, por exemplo, o art. 8º da Resolução TRF2-RSP-2015/00031-2015, que institui rodízio de juízes para realização de audiências de custódia no âmbito da Justiça Federal da Segunda Região.

<sup>13</sup> <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-suspende-implantacao-juiz.pdf>. Acesso em 16.4.20.

não previram impacto orçamentário ou fontes de custeio, como a lei 9099/95<sup>14</sup> (juizados especiais), a lei 10259/01<sup>15</sup> (juizados especiais federais) e a lei 11340/06<sup>16</sup> (lei Maria da Penha).

Argumentam ainda as associações autoras na ADI 6298 que a criação do juiz de garantias violaria o princípio do juiz natural. Tendo em vista que a jurisdição é una e indivisível, seria inconstitucional a previsão de dois juízes de primeiro grau atuando num mesmo processo. O argumento é pueril, pois a previsão legal de juízes diferentes atuando em fases distintas do mesmo processo adequa-se ao conceito de competência funcional, há muito incorporado ao direito processual pátrio.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira o conceito de competência funcional foi forjado pela doutrina alemã sendo assim definido: “a limitação funcional da competência consiste em atribuir determinadas funções distintas numa mesma causa a órgãos competentes para conhecer dela em razão da matéria e do lugar”, visando “a cooperação de diferentes órgãos numa mesma causa”<sup>17</sup>. Um exemplo dado por Barbosa Moreira no direito brasileiro, citando João Mendes de Almeida Junior, refere-se justamente ao processo penal e à possibilidade de atribuição de funções a juízes diferentes no mesmo feito e no mesmo grau de jurisdição, como ocorre no tribunal de júri, em que o júri julga a causa e o juiz togado conduz o processo, profere as decisões pertinentes à fase da pronúncia, preside o julgamento e, em caso de condenação, aplica a pena. Outro exemplo citado é o da realização de atos processuais por meio de carta precatória.

Poderíamos citar ainda a produção antecipada de provas no direito processual civil. O art. 381, § 3º, do CPC dispõe que o juiz competente para tal incidente processual não fica prevento para julgar a ação que vier a ser proposta. Daí decorre que dois juízes atuarão em feitos interligados, não havendo quem enxergue nessa regra qualquer violação ao princípio do juiz natural. Vê-se que embora não seja comum o critério funcional de divisão de competência na primeira instância, ele não é uma novidade e pode ser estabelecido em lei. Desde que os critérios de distribuição dos procedimentos investigatórios sejam objetivos e respeitem as normas constitucionais e legais de fixação e competência, não há que se falar em violação do princípio do juiz natural.

Finalmente, devem ser refutadas as alegações pertinentes à ineficiência do novo sistema no esforço de combate à impunidade. Inicialmente porque o combate à impunidade não é

---

<sup>14</sup> <https://legis.senado.leg.br/norma/550975> (iniciativa do Poder Legislativo)

<sup>15</sup> <https://legis.senado.leg.br/norma/552135> (iniciativa do Poder Executivo)

<sup>16</sup> <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11340-7-agosto-2006-545133-norma-pl.html> (iniciativa do Poder Legislativo)

<sup>17</sup> Moreira. José Carlos Barbosa. A expressão ‘competência funcional’ no art. 2º da lei da ação civil pública. Temas de Direito Processual. Nona Série. São Paulo. Saraiva, 2007.

parâmetro de aferição da constitucionalidade de uma norma. A jurisdição constitucional não se presta à eleição de modelos mais ou menos eficientes de justiça penal, pois tal matéria insere-se no exercício de liberdade de conformação do legislador<sup>18</sup>.

Em segundo lugar, a alegação de que o juiz de garantias aumentará a morosidade da justiça penal é meramente especulativa. Não há nenhuma evidência concreta que ampare tal afirmação. Como já dito, não se atribuiu ao judiciário novas funções. As atribuições do juiz de garantias serão retiradas dos juízes das varas criminais, o que levará à maior eficiência. O fato de o juiz do processo não haver participado da investigação não é um entrave à boa condução do processo, ele terá acesso a todos os elementos informativos não repetíveis, e poderá valorá-los à luz do contraditório judicial. Não se trata evidentemente de uma nova instância de julgamento, mas sim, repita-se, de distribuição funcional de competência no primeiro grau de jurisdição.

A alegação de que a nova lei “ensejará inúmeros habeas corpus, recursos e incidentes processuais nas ações criminais, que poderão significar, na prática, maior risco de impunidade, na contramão do espírito do ‘pacote anticrime’” (ADI nº 6.300, ajuizada pelo PSL) não se apoia em qualquer fundamento plausível. Há previsão de que o juiz da causa, após o recebimento da denúncia, deverá reexaminar as medidas cautelares em curso (art. 3º-C, § 2º). Contudo, não há aí nenhuma novidade. As medidas cautelares investigatórias de regra já estarão encerradas no recebimento da denúncia. E quanto às patrimoniais e pessoais, é absolutamente corriqueiro que o juiz as reexamine após o ajuizamento da ação, geralmente por provocação das defesas recém constituídas no processo.

Para concluir, a *vacatio legis* da lei 13964/19 pode ter sido exígua. Contudo, não se pode deixar ao total arbítrio dos estados-membros a implementação de normas processuais, sob pena de convivermos com diferentes sistemas processuais penais no país. A federação brasileira não se concilia com essa hipótese, sendo certo que a Constituição Federal instituiu um órgão judicial justamente para garantir que as leis federais sejam interpretadas e aplicadas de maneira uniforme em todo o território nacional, o Superior Tribunal de Justiça. Cabe assim ao Conselho Nacional de Justiça zelar para que o juiz de garantias seja implementado nos tribunais do país,

---

<sup>18</sup> Tal ponto é destacado na decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, *verbis*: A jurisdição constitucional, como atividade típica deste Supremo Tribunal Federal, diferencia-se sobremaneira das funções legislativa e executiva, especialmente em relação ao seu escopo e aos seus limites institucionais. Ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado. Ao revés, compete a este Tribunal afirmar o que é constitucional ou inconstitucional, invariavelmente sob a perspectiva da Carta da 1988.

fixando diretrizes e disponibilizando o apoio material necessário, tal como fez com as audiências de custódia.

#### **4. Conclusão.**

Em entrevista à Folha de São Paulo, a juíza presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) se manifesta contra o juiz de garantias. Ela refuta o argumento de que o juiz de garantias possa garantir a imparcialidade, pois tal significaria que “há parcialidade todos esses anos” o que seria a mesma coisa “que dizer que todos esses anos nós erramos, fomos contaminados pelas provas”<sup>19</sup>.

Mudanças legislativas devem ser acatadas pelo judiciário, não se trata de os juízes terem errado até aqui, mas de cumprirem a lei, gostem dela ou não. Apesar de a Constituição já possuir quase 32 anos de vigência, identifica-se enorme dificuldade de que os juízes criminais se adequem ao processo acusatório. Os argumentos aduzidos pelas associações de magistrados autoras da ADI 6298 não se sustentam, o que se identifica é uma clara resistência ao um modelo que coloca em xeque o juiz combatente do crime.

Como defende Ney Bello, “novos fora a conta das compreensões e satisfações pessoais, que não produzem boa dogmática, a razão da grita está na paixão da magistratura por um modelo de concentração de poder. Também está no temor que parte dela possui da perda de importância da função do magistrado criminal punitivista”<sup>20</sup>.

E encerrando com Marcelo Semer, quando “juízes que resistem a ser garantidores de direito querem evitar que parlamentares possam legislar, alguma coisa está fora da ordem”<sup>21</sup>. De fato, é incompreensível que juízes sejam avessos a garantias, já que é um sistema de garantias que justifica a própria existência do juiz criminal em um Estado democrático.

---

<sup>19</sup> <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/juiz-das-gantias-e-como-dizer-que-erramos-todos-esses-anos-diz-presidente-da-amb.shtml>, acesso em 22.4.20

<sup>20</sup> <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/ney-bello-juiz-gantias-avanco-necessario>, acesso em 22.4.20

<sup>21</sup> <https://revistacult.uol.com.br/home/alem-da-lei-juiz-de-gantias/>, acesso em 22.3.20.