

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX, RELATOR DAS AÇÕES  
DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.298, 6.299, 6.300 E 6.305**

*El buen inquisidor mata al buen juez o, por el  
contrario, el buen juez destierra al inquisidor<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO**

**INVASÃO DA COMPETÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO.  
LIMINARES QUE PROVOCAM INSEGURANÇA JURÍDICA.  
SEGUNDA LIMINAR QUE NÃO ATENDEU AO REQUISITO DA  
URGÊNCIA, AFASTADA PELA PRIMEIRA LIMINAR.**

**PREMISSA FÁTICA FALSA: A LEI Nº 13.963/2019 NÃO CRIA  
CARGOS OU ÓRGÃOS PÚBLICOS**

**PREMISSA TEÓRICA SUPERADA: A PERMANÊNCIA DA  
MENTALIDADE INQUISITÓRIA E DE DISPOSITIVOS  
INQUISITORIAIS NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO**

**A CONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ DE GARANTIAS, DE SUA  
FUNÇÃO GARANTIDORA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, DE SEU  
IMPEDIMENTO PARA ATUAR NA FASE DE CONHECIMENTO E  
DA EXCLUSÃO DO INQUÉRITO DA AÇÃO PENAL.**

**ARTIGO 3º DA LEI Nº 13.964/2019: NORMA PROCESSUAL DE  
EFICÁCIA PLENA.**

---

<sup>1</sup> Exposição de motivos do Código de Processo Penal Tipo para a América Latina.

***VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM RELAÇÃO À  
COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS: POSSIBILIDADE  
DE O STF AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO.***

***ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RESERVA DE  
JURISDIÇÃO.***

***EXISTÊNCIA DE PRÉVIO DEBATE COM O JUDICIÁRIO E COM O  
MINISTÉRIO PÚBLICO: CONTRIBUIÇÕES DA AMB PARA A  
CRIAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NO PL 156/2009.***

A **Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos – ANADEP** (estatuto social em anexo – doc. 1), associação sem finalidades econômicas e entidade de classe em âmbito nacional, inscrita no CNPJ/MF 03.763.804/0001-30, com sede estatutária em Brasília, Setor Bancário Sul, Quadra 02, Lote 10, Bloco J, Ed. Carlton Tower, Sobrelojas 1 e 2, Asa Sul, CEP: 70.070-120, Brasília (DF), Brasil, Telefone (61) 3963-1747, Fax (61) 3039-176, e-mail: [secretaria@anadep.org.br](mailto:secretaria@anadep.org.br), neste ato representado por seu Presidente Paulo Leitão de Souza Coelho, Defensor Público Estadual, solteiro, inscrito no CPF/MF nº 098.392.397-31 (atas de eleição e de posse em anexo – docs. 2 e 3), por seus advogados (instrumento de mandato em anexo – doc. 4), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 138 do Código de Processo Civil e no artigo 7º, § 2º, Lei Federal nº 9.868/1999, requerer sua habilitação como

#### **AMICUS CURIAE**

nos autos das **Ações Direta de Inconstitucionalidade nº 6.2988, 6.299, 6.300 e 6.305**, pelas razões de fato e de direito abaixo expostas.

**I. DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DOS DEFENSORES PÚBLICOS PARA ATUAR COMO *AMICUS CURIAE*.**

1. A Requerente é associação sem fins lucrativos e sem finalidades políticas que congrega Defensoras e Defensores Públicos, ativos e inativos, contando atualmente com cerca de 6.000 filiados. Por destinação estatutária, atua não só em defesa de prerrogativas de seus filiados, mas também na defesa dos objetivos da Defensoria Pública, enquanto instituição do Estado, bem como, especificamente, **na defesa de toda pessoa ou grupo que esteja em situação de vulnerabilidade**, nos termos 1º do seu Estatuto Social. Ainda, possui como finalidade atuar na proteção e na defesa de interesses e direitos coletivos, assim como promover as ações concentradas de constitucionalidade, segundo artigo 2º, VI e VIII, do seu Estatuto Social, *in verbis*:

Art. 1º - A Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – ANADEP, sucessora da Federação Nacional de Defensores Públicos – FENADEP, criada em 03 de julho de 1984, é sociedade civil, sem fins lucrativos e sem finalidades políticas, criada por tempo indeterminado, que congrega Defensores e Defensoras Públicas do País, da ativa e aposentados, para a defesa de suas prerrogativas, direitos, interesses e livre exercício, pugnando pela concretização dos objetivos da Defensoria Pública enquanto Instituição de Estado permanente, independente e autônoma, expressão e instrumento do regime democrático, a quem incumbe a promoção dos direitos humanos e a ampla defesa, individual e coletiva, integral e gratuita, dos direitos das pessoas em situações de vulnerabilidade.

Art. 2º - São finalidades da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – ANADEP:

(...)

VI – atuar, nacionalmente e internacionalmente, em proteção e defesa de toda a pessoa ou grupo que esteja em situação de

vulnerabilidade, bem como do meio ambiente, do patrimônio artístico, estático, histórico, turístico, paisagístico ou de qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

(...)

VIII – promover ações visando o controle de constitucionalidade, dentre elas a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o controle difuso e concentrado (mandado de segurança coletivo e habeas data) e as ações coletivas.

2. Tramita neste Excelso Supremo Tribunal Federal (STF) as Ações Direta de Inconstitucionalidade acima numeradas em face de supostas inconstitucionalidades no bojo da Lei nº 13.964/2019. A lei, dentre outras medidas, prevê a criação do instituto democrático do juiz de garantias, sendo este tópico, especificamente, impugnado pelos propositores das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade além de inúmeras outras disposições que afetam o estatuto da defesa.

3. A referida legislação possibilita maior garantia aos interesses das pessoas investigadas e dos réus em processos criminais, obrigando aos Estados e ao Distrito Federal a responsabilidade de tornar exequível preceito fundamental (o sistema acusatório com todos os seus corolários) que, até então, encontra-se maculado pela mentalidade inquisitorial, como veremos mais à frente.

4. A população que sofre investigação criminal e persecução penal é grupo vulnerável<sup>2</sup> que, em sua esmagadora maioria, é juridicamente

---

<sup>2</sup> De fato, como explicitado pelo Ministro Luiz Edson Fachin, em seu voto na ADPF nº 347, os estabelecimentos prisionais do país funcionam como “instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social.

necessitada e representada judicialmente pelos Defensores Públicos de todo o país, filiados da Requerente<sup>3</sup>. Nessa toada, considerando que a Defensoria Pública é instituição que tem, por destinação constitucional<sup>4</sup>, a função de orientação jurídica, de promoção dos direitos humanos e de defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXXIV, art. 5º, da Constituição<sup>5</sup>, como já reconhecido por este Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup>, em acórdão lavrado pelo Ministro Celso de Mello.

---

<sup>3</sup> Os dados do último INFOPEN, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, demonstram esta realidade ao revelar que o grau de escolaridade da população carcerária é extremamente baixo, bem menor que a média nacional, tais como negros, pessoas com deficiência e analfabetos – justamente as pessoas e grupos assistidos pela Defensoria Pública. Disponível em < <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>, acessado em 24 de fevereiro de 2020.

<sup>4</sup>Artigo 134. “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”

<sup>5</sup> Artigo 5º, LXXIV – “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

<sup>6</sup> DEFENSORIA PÚBLICA - RELEVÂNCIA - INSTITUIÇÃO PERMANENTE ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO - O DEFENSOR PÚBLICO COMO AGENTE DE CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO DOS NECESSITADOS À ORDEM JURÍDICA. - A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconseqüente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas - carentes e desassistidas -, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. - De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam - além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares - também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. DIREITO A TER DIREITOS: UMA PRERROGATIVA BÁSICA, QUE SE QUALIFICA COMO FATOR DE VIABILIZAÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS E LIBERDADES - DIREITO ESSENCIAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA, ESPECIALMENTE ÀQUELAS QUE NADA TÊM E DE QUE TUDO NECESSITAM. PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE PÕE EM EVIDÊNCIA - CUIDANDO-SE DE PESSOAS NECESSITADAS (CF, ART 5º, LXXIV) - A SIGNIFICATIVA IMPORTÂNCIA JURÍDICO-INSTITUCIONAL E POLÍTICO-SOCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA”. (...) (ADI 2903, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2005, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008).

Imperioso reconhecer que há legitimidade para que a Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos em atuar na presente demanda, tendo em vista que a atuação dos Defensores Públicos, filiados da Requerente, é atraída pela natureza da norma ora impugnada.

5. Portanto, o requisito da representatividade adequada está cumprido, nos termos do artigo 2º, inciso VI e VIII, do Estatuto Social da Requerente.

## **II. DOS DEMAIS REQUISITOS: RELEVÂNCIA, ESPECIFICIDADE E REPERCUSSÃO SOCIAL – ART. 138, CAPUT, CPC/2015**

1. Nos termos do art. 138, CPC/2015<sup>8</sup>, observam-se também relevância da matéria, especificidade do tema e repercussão social da demanda neste processo. A repercussão social do tema é latente, inclusive pela quantidade de Ações Direta de Inconstitucionalidade já propostas no curto espaço de tempo desde a promulgação da norma impugnada.

2. É importante consignar que a presente questão versará sobre a garantia de direitos fundamentais, tais como o devido processo legal, sendo sua relevância e repercussão social notórias.

3. Em verdade, a mudança legislativa promovida pela Lei impugnada pretende garantir a ordem constitucional brasileira, conferindo ainda mais exequibilidade aos princípios constitucionais que regulam o devido processo legal.

4. Como acentuado acima, a lei ora inquinada de inconstitucional afeta decisivamente o estatuto da defesa penal, objeto de trabalho dos Defensores Públicos em todo o país, em todas as instâncias, pelo que se justifica a admissão da requerente pela possibilidade concreta de contribuir para o debate que ora se trava neste Supremo Tribunal Federal.

**III - BREVE RECAPITULAÇÃO. LIMINARES QUE INVADEM A COMPETÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO. INEXISTÊNCIA DE URGÊNCIA**

1. Em meio a inúmeras inconstitucionalidades da Lei nº 13.964/2019, que violam flagrantemente garantias constitucionais e o estatuto da defesa, os autores somente questionaram a criação do instituto democrático do juiz de garantias, o seu impedimento para atuar na fase de conhecimento, a exclusão dos autos do inquérito, o impedimento para o juiz conhecer de prova inadmissível, a moderna sistemática para o arquivamento de inquérito, o razoável controle jurisdicional dos acordos de não persecução penal e a efetiva proteção da liberdade com o obrigatório relaxamento de prisão no caso de a audiência de custódia não se realizar em 24 horas. Os demais e inúmeros aspectos inconstitucionais não foram objeto de preocupação das instituições autoras, mas nada impede que este STF deles conheça.

2. Em síntese, os autores acima nomeados postulam a declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei nº 13.963/2019, por ter:

- a) Disposto sobre norma procedimental violando a competência concorrente dos Estados (CR 24, X I e § 1º);
- b) Disposto sobre norma de organização judiciária, violando a competência privativa do Poder Judiciário (CR 96, I, d; II, b e d);
- c) Criado a instituição do juiz de garantias, violando a iniciativa legislativa para edição de lei complementar, de iniciativa do STF (CR 93);
- d) Criado regra de impedimento do juiz violando os princípios do juiz natural, da isonomia e da duração razoável do processo (CR 5º, caput, LIII, LXXVIII) e a autonomia financeira do Poder Judiciário (CR 99);
- e) Criado despesa sem prévia dotação orçamentária violando o ajuste fiscal (CR 169, p. 1º e CR ADCT 104);
- f) Estabelecido prazo irrazoável de *vacatio legis*;
- g) Estabelecido controle judicial sobre o acordo de não persecução penal (CPP 28-A);
- h) Determinado o relaxamento de prisão automático em caso de não realização da audiência de custódia em 24 horas (CPP 310);
- i) Vedado que os autos do inquérito instruem a ação penal;
- j) Criado impedimento para o juiz que conheceu prova inadmissível continuar à frente do processo.

3. Em brevíssimo espaço temporal, duas liminares foram concedidas: a do Ministro Dias Toffoli, em 15/1/2020 e a do Ministro Luiz Fux, em 22/1/2020, que revogou a primeira para suspender os artigos 3º, 28-A, 157 § 3º e o 310 § 4º introduzidos no Código de Processo Penal pela nova legislação ora inquinada de inconstitucional.



4. De pronto, é preciso reconhecer que tanto a primeira liminar, quanto a segunda, invadem a competência constitucional do Poder Legislativo (CR artigo 44 e seguintes), sendo, ambas, flagrantemente inconstitucionais.

5. As duas liminares foram concedidas em recesso forense, período em que a Presidência do STF pode conhecer dos requerimentos urgentes e deferir as medidas cautelares necessárias (artigo 13, VIII, do Regimento Interno do STF, com redação da Emenda Regimental nº 26, de 22/10/2008).

6. Neste ponto, cumpre reconhecer, sem qualquer dúvida, que a primeira liminar, do Presidente Dias Toffoli, atendeu o requisito da urgência que autorizava a concessão da liminar, pois, caso contrário, as normas supostamente inconstitucionais entrariam em vigor poucos dias depois. No entanto, a segunda liminar, do Vice-Presidente Luiz Fux não encontrou mais o requisito da urgência, já que a vigência da lei supostamente inconstitucional fora afastada pela primeira liminar.

7. De modo que a segunda liminar extrapolou a autorização regimental, razão porque deve ser submetida ao Plenário como questão de ordem (artigo 13, VII, do Regimento Interno do STF).

8. Feita esta breve recapitulação, destaca-se que todas as postulações feitas nas iniciais padecem de dois graves equívocos em suas premissas, tópicos que serão examinados a seguir.

#### **IV. PREMISSA FÁTICA FALSA: A LEI Nº 13.963/2019 NÃO CRIA CARGOS OU ÓRGÃOS PÚBLICOS**

1. A singela leitura da lei acima referida permite concluir que ela não cria sequer um cargo de Juiz, um único órgão jurisdicional, tampouco cria cargos na estrutura do Ministério Público.

2. Em consequência, toda a argumentação teórica que os autores fizeram sobre a inconstitucionalidade por vício de iniciativa, ausência de dotação orçamentária e violação do ajuste fiscal desmorona abruptamente.

3. A Lei nº 13.963/2019 teve maior cuidado do que a Lei nº 11.340/2006 (lei de violência doméstica), cujo artigo 14 criou, efetivamente, órgão jurisdicional antes inexistente: os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, nominando-o expressamente como órgão da Justiça Ordinária e estabelecendo a sua competência.

4. Nem por isso a lei foi declarada inconstitucional. A inicial da AMB/AJUFE, inclusive, traz à colação (página 20), a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre este tema, transcrita abaixo na parte específica:

*Ementa: ...O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária<sup>7</sup>.*

---

<sup>7</sup> ADC 19, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 29-04-2014.

5. Pois bem: a Lei nº 13.963/2019 se houve com extremo cuidado para evitar a mesma arguição de inconstitucionalidade que sofreu a Lei nº 11.340/2006. Não cria órgão, não cria cargo, não cria despesa alguma.

6. O que faz a lei em comento, nas partes impugnadas, **é retirar, do Código de Processo Penal brasileiro, o título de diploma legal mais atrasado da América Latina**, adjetivo justamente conferido por quem estuda seriamente a disciplina Direito Processual Penal. As inovações trazidas e ora questionadas alçam a disciplina a outro patamar, o que será examinado a seguir.

#### **V. PREMISSA TEÓRICA SUPERADA: A PERMANÊNCIA DA MENTALIDADE INQUISITÓRIA E DE DISPOSITIVOS INQUISITORIAIS NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO**

1. Ao longo da leitura das fundamentações das iniciais revela-se, insuspeitamente, o apego a uma fórmula antiga – ainda que remodelada para arrefecer as críticas -, que já provou sua capacidade de produzir injustiças.

2. Embora as iniciais se omitam em descrever a qual construção teórica se vinculam, é inegável que a fundamentação esposada perfilha a manutenção do *status quo*, com a entrega de caríssimos direitos fundamentais do investigado aos órgãos persecutórios do Poder Executivo, mantendo-se, o Judiciário, afastado de sua função precípua de garantidor de direitos fundamentais. O que se quer manter a todo custo é a

mentalidade inquisitorial, que tão bem exerceu sua função injusta nos regimes autoritários e segue sendo um modelo autoritário de poder.

3. Ora, o modelo de conhecimento do caso penal, no Brasil atual, é o acumulativo, iniciado desde o início do famigerado inquérito policial – resquício do inquisitivismo – e que vai contaminando todos os que atuam daí para a frente, culminando com o julgador, cujo conhecimento do caso está comprometido, consciente ou inconscientemente, com a fase inquisitorial. Com poucas possibilidades de evitar a violação de seus direitos e correndo o inquérito alheado do controle jurisdicional, o investigado vai sendo compelido a ceder direitos e a perder oportunidades de impugnação.

4. A origem de tal modelo é, sem dúvida, o sistema inquisitorial, presidido por um juiz inquisidor, que investigava, acusava, colhia provas e julgava, sem possibilidade do exercício de defesa – porque absolutamente inútil, já que a consciência do julgador vinha de antes, desde a fase investigatória, secreta e escrita.

5. Tal modelo foi mantido – embora mitigado – com a Ordenança francesa de 1808, de Napoleão, que pretendeu implantar um modelo de processo penal público, acusatório, contraditório (influenciado pelo direito anglo-saxão), mas sob a inspiração de um princípio inquisitorial consubstanciado no velho inquérito inquisitorial. E foi seguido por muitos países da Europa. Até que a “novidade” aportou no Brasil e se mantém até hoje.

6. Alguns países da Europa, livrando-se dos escombros da Santa Inquisição e pretendendo redimir-se de tais erros, pensaram em outro modelo, entregando a instrução a um juiz instrutor, cuja confiabilidade estaria acima de qualquer suspeita (como a Espanha, por exemplo). Outros, criaram-nos com atributos teoricamente mais democráticos, mas, na prática, mantiveram vínculos estreitos entre as funções do Ministério Público e do Judiciário; ou com sobreposição de atos de investigação na fase de instrução (Portugal e Itália).

7. Foi por essas razões históricas, tão brevemente descritas nesta peça – que, afinal não pode ser um trabalho acadêmico – é que levou um grupo sério de renomados professores de Direito Processual Penal latino-americanos, de língua hispano-lusitana, a buscar um novo modelo de juiz, que controlasse os órgãos persecutórios e que zelasse pelos direitos fundamentais dos investigados.

8. Quem lançou a ideia foi o consagrado professor argentino Niceto Alcalá-Zamora y Castillho, na década de 60, primeiro presidente do Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IBDP). Sua proposta era reunir processualistas penais para a elaboração de um código tipo para a América Latina.

9. A ideia frutificou e, em congresso do Instituto, em Caracas, em 1967, constituiu-se uma comissão para executar os trabalhos iniciais, composta por Alfredo Vélez Mariconde e Clariá Olmedo. Com o falecimento

do primeiro, Clariá Olmedo concluiu uma primeira versão, publicada pela Universidade Nacional de Córdoba, com auxílio da OEA.

10. Em seguida, constituiu-se uma comissão revisora, cujo trabalho foi sendo aperfeiçoado ao longo de vários anos, em diversos congressos do Instituto. Outros professores renomados foram sendo agregados à comissão: Julio Maier, Frederico Marques, Gaitán Mahecha, Fernando de la Rúa, Jaime Bernal Cuéllar, Ada Pelegrini Grinover e Alberto Binder.

11. Em 1982, o trabalho foi considerado cientificamente amadurecido, mas ainda precisava ser modernizado em alguns pontos, para o que foram realizados encontros científicos em Buenos Aires, São Paulo e Rio de Janeiro.

12. Em 25/3/1988, o projeto de Código Procesal Penal Modelo para a Iberoamerica foi concluído e apresentado formalmente pelos professores Jaime Bernal Cuéllar, Ada Pelegrini Grinover, Fernando de la Rúa e Julio Maier, em congresso no Rio de Janeiro.

13. Dentre os vários institutos ali contidos, o código previa um juiz de instrução – diferente em suas funções daquele juiz de instrução europeu, que investigava – cujas funções eram a de controlar o poder investigativo do estado, deferir ou indeferir medidas potencialmente

lesivas a derechos fundamentales do investigado e deferir anticipación de  
provas nas hipóteses previstas em lei.

14. A exposição de motivos do Código Tipo esclarecia as funções  
do então juiz de instrução:

No es consecuente con esta idea la entrega de ambas funciones — la de reguerir y la de decidir , durante el procedimiento preparatorio, a un inquisidor, a un sólo órgano estatal encargado de cumplir las dos tareas, v. gr. , el juez de instrucción. Su existencia sólo se puede explicar como producto de las contradicciones y compromisos que todo movimiento histórico genera, esto es, de las marchas y contramarchas de un proceso cultural aún no terminado. En efecto, no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor. Esto es, precisamente, lo que ha sucedido al colocar la instrucción en manos de jueces inquisidores. El buen propósito de garantizar más al perseguido, colocando la investigación preparatoria en manos de un juez, sucumbió necesariamente ante la idea simple de que nadie es buen guardián de sus propios actos, esto es, quien está comprometido con la eficiencia de una investigación no puede ser, al mismo tiempo, quien controla el límite de sus poderes.

Precisamente, porque es necesario rescatar el espíritu republicano inicial, es que muchas legislaciones dividieron las funciones judiciales del Estado, aun durante la instrucción preliminar (y no sólo en el juicio), otorgando a un órgano estatal, el ministerio público, la investigación y el poder requirente, y a otro distinto, los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio de ese poder y, consecuentemente, el poder de decisión.

Así se ha resuelto el problema en el Código que se presenta. El ministerio público es el responsable de la investigación preliminar y los jueces quienes controlan el ejercicio de ese poder cuando interesa a las seguridades individuales básicas. Esta fórmula, por lo demás, no es desconocida para el Derecho universal, pues, limitadamente y a la manera del Derecho italiano, se introdujo y practica con éxito la llamada "citación directa", procedimiento preparatorio en manos del ministerio público, en casos de delitos leves o de investigación sencilla, o, a la manera del Derecho alemán o del anglosajón, se practica genéricamente, con exclusión del llamado "juez de instrucción". Se trata ahora de universalizar y mejorar esta forma de proceder.

Se ha colocado así, dentro de las atribuciones de los jueces, dos tipos de actividades de control. En primer lugar, los actos que implican una decisión y una autorización: entre ellos todas las decisiones acerca de las medidas de coerción, personales o referidas a la obtención de elementos de prueba (ej.: allanamiento de morada, interceptación y apertura de correspondencia o comunicaciones, etc.), los que habilitan la intervención de distintas personas en el procedimiento (actor civil, tercero civilmente demandado, querellante) y las decisiones que extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal o civil. Por otra parte, están también a su cargo los actos definitivos e irreproducibles, que, por su naturaleza, no implican una actividad decisoria, sino el mero resguardo de las condiciones necesarias para su eventual incorporación posterior al debate (anticipo de prueba)<sup>8</sup>.

15. E assim surgiu o artigo 258 do Código Tipo para a América Latina, além de outros dispositivos que o completam:

---

<sup>8</sup> Un Codice Tipo di Procedura Penale per la America Latina. Roma: Consiglio Nazionale delle Ricerche, 1990, p. 23.



258. Actos jurisdiccionales: anticipo de prueba: Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerlo durante el debate, el ministro público o cualquiera de los intervinientes requerirán al juez de la instrucción que lo realice.

16. Uma vez apresentado o resultado do labor de tantos notáveis processualistas penais desde a década de 60 até a década de 80, o trabalho de modernização prosseguiu, especialmente após o fim das ditaduras militares que assolaram as Américas do Centro e do Sul, com o decisivo apoio da OEA, por meio de seu órgão científico CEJA (*Centro de Estudios de Justicia de las Americas*), um organismo internacional autônomo criado em 1999 por resolução da OEA para dar cumprimento ao Plano de Ação da Segunda Cúpula das Américas, em 1998, bem como às recomendações das Reuniões de Ministros e Procuradores Gerais das Américas.

17. Ao longo de mais muitos anos de estudos, pesquisas científicas e encontros científicos, realizados por consagrados pesquisadores do Direito Processual Penal, chegou-se, então, a **adoção da terminologia de juiz de garantias**, porque mais consentânea com sua função fundamental de zelar por direitos humanos e para demarcar a ruptura com um modelo

de juiz instrutor que colhe diretamente os elementos de informação e os submete a um tribunal para que o Ministério Público formule a acusação.

18. A nova terminologia – juiz de garantias – vinculada à proteção de direitos humanos, tem uma profunda significação na América Latina diante do histórico de violações sistemáticas de direitos humanos, principalmente durante os longos períodos de sangrentas ditaduras militares.

19. Registre-se a notável contribuição da OEA na implementação deste modelo de juiz de garantias nas Américas. Basta dizer que, **de todos os países das América Central e do Sul, apenas o Brasil não o acolhia.**

20. Pois bem: é este labor dos processualistas penais das Américas, desde a década de 60 até a presente data, que os autores das ações querem enterrar, sob a insustentável tese da inconstitucionalidade.

21. Muito ao contrário, o juiz de garantias é inteiramente acorde e harmônico com a Constituição, a começar pelo princípio do respeito aos direitos humanos (CR 4º II), o princípio do devido processo legal (CR 5º, LIV), e do princípio da ampla defesa (CR 5º, LV), como se verá a seguir.

**VI. A CONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ DE GARANTIAS, DE SUA FUNÇÃO GARANTIDORA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEU IMPEDIMENTO PARA ATUAR NA FASE DE CONHECIMENTO, IMPEDIMENTO PARA O JUIZ CONHECER DE PROVA**

## **INADMISSÍVEL E A EXCLUSÃO DA AÇÃO PENAL DOS AUTOS DO INQUÉRITO**

1. O âmago das insurgências dos autores é a criação do juiz de garantias. Tudo o mais parece marginal. Então, convém desde logo enfrentar o tema.

2. A História do Direito Processual Penal merece ser respeitada e trazida à colação, em que pesem os silêncios das iniciais. O modelo inquisitorial, bem como o impossível modelo misto napoleônico (adotado no Brasil), revelaram, à saciedade, sua incapacidade de promover um juízo justo, tantas foram – e seguem sendo – as fontes de injustiça. Sua concepção de um princípio inquisitivo na fase de investigação, inteiramente sob a batuta dos órgãos de persecução penal, é potencialmente danosa a direitos fundamentais do investigado.

3. O rastro de mácula de um tal modelo levou a que a ciência processual penal procurasse caminhos alternativos e melhor inspirados, como se relatou no item anterior, chegando-se à concepção do sistema acusatório, integrado por um juiz de garantias.

4. O sistema acusatório é deduzido do artigo 129, I, da Constituição brasileira, mas carecia de ser desenvolvido, já que a mentalidade inquisitorial dos operadores e da jurisprudência brasileira majoritária – inclusive do Supremo Tribunal Federal – resistiam, embaraçando a sua implementação e desenvolvimento.

5. A Lei nº 13.964/2019, nas partes questionadas, veio dar um passo a frente, consolidando o que já se anunciava no artigo 129, I, da Constituição e agora ficou expresso no artigo 3-A na lei referida, que é, portanto, absolutamente constitucional. A criação do instituto do juiz de garantias ocorre nessa mesma linha de desenvolver o sistema acusatório.

6. A novidade – novidade apenas no Brasil, lembre-se – é inteiramente harmoniosa com o princípio da República brasileira de prevalência dos direitos humanos (CR 4º II), inclusive nas suas relações internacionais, tanto que integra o sistema de proteção de direitos humanos da OEA e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

7. É o juiz de garantias que o concretiza porque uma de suas funções é justamente controlar o poder investigativo do Estado para evitar-se violações aos direitos humanos. A matriz legislativa é a Convenção Americana de Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.

Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

9. Em cumprimento da convenção internacional, **a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem demarcado a função garantidora de direitos humanos por parte do juiz de garantias e tem sido severa no cumprimento de prazos para a apresentação de presos ao juiz:**

- CIDH, Bayarri vs Argentina, 2012<sup>9</sup>:

54. Como já se disse, o juiz é o garante dos direitos de toda pessoa sob a custódia do Estado, motivo pelo qual cabe a ele a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias e garantir um tratamento em conformidade com o princípio de presunção de inocência.

63. O artigo 7.5 da Convenção dispõe, em sua parte inicial, que a detenção de uma pessoa deve ser submetida sem demora a revisão judicial. A Corte determinou que o controle judicial sem demora é uma medida destinada a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, levando em conta que em um Estado de Direito cabe àquele que julga garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o acusado de maneira consequente com a presunção de inocência...

67. Para que constitua um verdadeiro mecanismo de controle frente a detenções ilegais ou arbitrárias, a revisão judicial deve realizar-se sem demora e de forma tal que garanta o cumprimento da lei e o gozo efetivo dos direitos do detido, levando em conta sua especial vulnerabilidade.

- CIDH, Tibi vs Equador, 2004<sup>10</sup>:

.. 118. Este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad

---

<sup>9</sup> Disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf)>, acessado em 24 de janeiro de 2020.

<sup>10</sup> Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf), acessado em 24 de janeiro de 2020.

judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente.

10. Estabelecer o prazo razoável em que essa apresentação deve ocorrer é tarefa reservada ao Poder Legislativo. O Congresso Nacional, no âmbito de suas atribuições constitucionais, estabeleceu-o em 24 horas, após o prazo de 24 horas previsto no caput do novo artigo 310, com redação da lei questionada. O prazo de, ao todo, 48 horas para a realização da audiência de custódia é razoável. Não caberia ao Judiciário invadir a competência legislativa do Congresso Nacional.

11. Há plena compatibilidade da norma que fixou o prazo de 24 horas (a partir das 24 horas para o prazo de remessa do auto de prisão em flagrante) com as normas internacionais e com a Constituição, sendo desarrazoado que o Judiciário decida que o prazo não é razoável. Ademais, trata-se de prazo tradicional no direito brasileiro: o prazo para comunicação da prisão é de 24 horas (CPP 306, § 1º); o prazo para a entrega de nota de culpa é de 24 horas (CPP 306, § 2º). O prazo para a realização da audiência será de mais 24 horas.

12. Além do princípio de respeito aos direitos humanos, a instituição do juiz de garantias é desdobramento do princípio do devido processo legal (CR 5º LIV).

13. O princípio tem assumido duas vertentes. A par de seu significado processual, como expressão de um processo estritamente legal em que se dão às partes as oportunidades amplas de alegar e de provar, desenvolveu, a jurisprudência americana, uma invejável teorização a respeito de um sentido substantivo do princípio – *substantive due process* –, que o retirou de suas amarras puramente processuais. Quanto ao aspecto substantivo do devido processo legal, é possível ao aplicador da lei aferir se a imposição de qualquer medida coativa processual penal atende ao que reclama a razoabilidade ou a racionalidade, ou, em outros termos, se a medida processual é proporcional, ou seja, se é legal, teleologicamente justificável, necessária, idônea e preencha os demais requisitos de motivação e judicialidade<sup>11</sup>.

14. A propósito, veja-se a definição de devido processo legal dada pela Suprema Corte americana e transcrita por J. J. Calmon de Passos:

*“a garantia positiva de um direito natural das pessoas a um processo judicial inspirado por princípio de justiça, ou garantia concreta de justiça substancial e não só formal”*

<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Processo Penal e Constituição. SP: Editora Saraiva, 2014, p. 168-169.

<sup>12</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Rio de Janeiro: Revista Forense nº 277/1982, p. 1-7, jan/março de 1982.

15. Hodiernamente, a expressão “*devido*” tem assumido, cada vez mais, na doutrina processual penal, o sentido de um julgamento justo, que, por sua vez, pressupõe um juiz imparcial.

16. Por isso, é plenamente consentâneo com a noção de imparcialidade, contida no princípio do devido processo legal, o impedimento do juiz que atuou na fase prévia para participar da fase de conhecimento.

17. Tal impedimento se apoia em estudos seríssimos de filosofia, de psicanálise e da doutrina processual penal mundial. Francis Bacon talvez tenha sido um dos primeiros. Ele cunhou a expressão *prejuízo* com o sentido de antecipação mental do resultado do pensamento. Com efeito, Bacon<sup>13</sup> afirmava que há preconceitos naturais aos quais os homens estão expostos e que dificultam o saber. Os preconceitos poderiam advir de erros, como a excessiva confiança nos sentidos, nos sentimentos ou nas crenças herdadas. Dizia que os todos os homens têm sua própria caverna que distorce a luz da natureza e disposições pessoais que geram visões distorcidas. Contra essa distorção é que ele concebeu o método científico da observação dos fenômenos<sup>14</sup>. Como sabemos, o festejado método, até hoje adotado nas ciências exatas e que influenciou e ainda influencia todas as demais ciências, foi insuficiente para a missão de revelar os preconceitos, ainda que tenha sido uma verdadeira revolução no conhecimento.

---

<sup>13</sup> HAMLIN, D. W. *Uma História da Filosofia Ocidental*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990, p. 150.

<sup>14</sup> Segundo POPPER, o novo método de Bacon propõe purgar da mente todos os prejuízos, as ideias preconcebidas, todas as teorias, todas as superstições, os ídolos das religiões, da filosofia, da educação e da tradição, para que se possa observar a natureza das coisas para atingir suas essências (POPPER, Karl. *El mito del marco común*. Tradução de Marco Aurelio Galmarini. 1 ed. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2005, p. 111.



18. Karl Popper afirma que enquanto o homem estiver comprometido com uma ideia, o homem não é racional e resistirá a qualquer correção até mesmo de crenças equivocadas. O trecho em que a afirmação foi feita é bastante incisivo:

*“Si esto es así, podemos decir que la mentalidade del hombre con puntos de vista fijados de manera definitiva, del hombre ‘comprometido’, es afín a la del loco. Es posible que sus opiniones fijas sean ‘adecuadas’ en el sentido de que coinciden con la mejor opinión disponible por el momento. Pero en la medida en que esta comprometido, el hombre no es racional: resistirá cualquier cambio, cualquier corrección. Y puesto que no puede estar en posesión de la verdad precisa (nadie lo está), resistirá la corrección racional incluso de creencias enormemente equivocadas. Resistirá aun cuando su corrección sea ampliamente aceptada en vida del sujeto”<sup>15</sup>.*

19. Paul Ricoeur<sup>16</sup> não se referiu especificamente ao aspecto do inconsciente no ato de julgar, mas chegou muito próximo. Depois de esmiuçar o significado do ato de julgar, concluiu que uma das funções seria alcançar a paz social. Para cumprir essa dimensão ética, o processo deve ser reconhecido como possibilidade de *“imbricação de histórias constitutivas”*<sup>17</sup>. As histórias constitutivas das partes remetem o intérprete-juíz à história constitutiva da sua sociedade, interligando subjetivamente partes e sociedade, bem como remete aos termos temporais: passado (tradição), presente (realidade) e futuro (a nova situação jurídica constituída pela sentença), recaindo na atualidade da vida. Assim, admitiu

---

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 224.

<sup>16</sup> O Justo. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 175-181.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 207.

uma imbricação entre as subjetividades das partes e do juiz, bem como inerente à sociedade.

20. Além dos filósofos, a psicanálise pode dar uma contribuição fundamental. Freud se referiu ao superego como um monarca constitucional, que reina, mas não governa, aludindo, assim, àquela parcela da consciência que supõe estar no controle das decisões, mas, na verdade, não está:

*“As nossas idéias sobre o ego estão começando a clarear e os seus diversos relacionamentos ganham nitidez. Vemos agora o ego em sua força e em suas fraquezas. Está encarregado de importantes funções. Em virtude de sua relação com o sistema perceptivo, ele dá aos processos mentais uma ordem temporal e submete-os ao teste da realidade. Interpondo os processos de pensamento, assegura um adiamento das descargas motoras e controla o acesso à motilidade. Este último poder, com efeito, é mais uma questão de forma do que de fato; no assunto da ação, a posição do ego é semelhante à de um monarca constitucional, sem cuja sanção nenhuma lei pode ser aprovada, mas que hesita longo tempo antes de impor seu veto a qualquer medida apresentada pelo parlamento”<sup>18</sup>.*

21. Na esteira dos filósofos e da psicanálise vieram alguns processualistas penais sérios. Talvez o mais remoto deles tenha sido Mario Pagano, quando advertiu, em 1787, que *“antecipatamente al fato fiscale si forma un giudizio contro del reo...portandosi i giudici nel tribunale coll’animo già prevenuto”<sup>19</sup>*. Ou seja, o preconceito contra a tese defensiva

---

<sup>18</sup> FREUD, Sigmund - O Ego e o Id e Outros Trabalhos, Edição Standard das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, volume XIX, 2006, Imago Editora: RJ, p. 67/68.

<sup>19</sup> PAGANO, Francesco Mario. *Considerazioni sul Processo Criminale*. Bolonha: Società Editrice Il Molino, 2010, p. 105.

já está formado, o que faz o juiz evitar, ainda que inconscientemente, enfrentar todos os aspectos que o coloquem numa situação desconfortável.

22. Se Pagano possa ter sido o mais remoto, Goldschmidt, em 1925, talvez tenha sido o mais incisivo e específico ao aludir aos influxos psíquicos sobre o juiz, o que está na base de sua grandiosa tese em que sustenta a teoria da situação jurídica para explicar a natureza jurídica do processo. Claro como o sol, ele disse que os atos de postulação em geral têm por fim, *“el conseguir una resolución judicial de determinado contenido, mediante influjos psicicos ejercidos sobre el juez”*<sup>20</sup>.

23. Calamandrei não ficou silente neste aspecto, talvez influenciado por Goldschmidt, cuja teoria, antes, houvera rechaçado: *“É noto che la motivazione della sentenza...molte volte è costituita dopo, come giustificazione a posteriori di una volontà già fissata in precedenza per motivi morali o sentimental”*<sup>21</sup>. Calamandrei evitou a palavra psíquico, mas ela está pressuposta nos *motivos morais ou sentimentais*.

24. Eberhard Schmidt também escreveu: *“solo um juez dotado de una capacidad sobrehumana podría substraerse en su actividad decisória a los influjos subjetivos de su própria actividad agresiva e investigativa”*<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> GOLDSCHMIDT, James. – *Derecho Procesal Civil*. Tradução de Leonardo Prieto Castro da 2ª edição alemã. Madri: Editorial Labor, 1936, p. 227.

<sup>21</sup> CALAMANDREI, Piero. *Il Processo come Giuoco*, Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti. Padova: CEDAM, 1950. v. 2, ps. 559/560.

<sup>22</sup> SCHMIDT, Eberhard - Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal, 1957, Ed. Lerner.

25. Liebman, reconheceu, no ato de julgar, um *“un certo rilievo psicologico”*<sup>23</sup>.

26. Orbaneja afirmou que, para o juiz que atua em fase prévia a do julgamento, é psicologicamente impossível não ter prejuízos<sup>24</sup>.

27. Também Cappelletti aduz que a ausência de um conhecimento prévio do processo livra o juiz de todo possível prejuízo<sup>25</sup>.

28. Franco Cordero<sup>26</sup> talvez tenha sido o mais metaforicamente criativo e igualmente incisivo ao aludir a um quadro mental paranóico, *“...chi indaga ne segue una (hipótese) tavola a occhi chiuse; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla sua ipotesi”*.

29. Entre nós, brasileiros, há muitos doutrinadores que seguem na mesma tese. Por todos, cita-se Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

*...Faz-se de conta que a subjetividade não existe, ou melhor, sua existência, quando admitida, encontra total controle no livre convencimento. O juiz, de regra, é apresentado como um robô, um ser transparente através do qual flui a ‘vontade’ da lei; e alguns, falando sério, acreditam realmente que ela a detém. Ignora-se, quase por completo, o homem, em um esforço incomum visando encalacrar nele – e em todos nós – a consciência de que sua função é espelhar uma vontade que não é sua.*

...

---

<sup>23</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *L’Opera Scientifica di James Goldschmidt e La Teoria del Rapporto Processuale*, in *Rivista di Diritto Processuale*. Pádua: CEDAM, 1950. v. 5, parte I, p.339.

<sup>24</sup> ORBANEJA, Emilio Gómez e QUEMADA, Vicente Herce. *Derecho Procesal Penal*. 10 ed. Madri: Artes Gráficas e Ediciones, p. 60.

<sup>25</sup> CAPPELLETTI, Mauro - *La Oralidad e Las Pruebas en el Proceso Civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1972, p. 15.

<sup>26</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Turim: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1986, p. 51.

*O normal, voltamos a repetir, é o juiz ter controle de todos os fatores que influenciam na decisão e, assim, sua postura é aquela exigível de um homem comum, que, por força das circunstâncias, encontra-se ali, naquela função.*

*Não poucas vezes, todavia, o controle daqueles fatores escapa ao seu querer involuntariamente – a inconsciência é quase a totalidade – e a decisão desponta, embora retoricamente motivada, sem dar margem para sequer ser entendida<sup>27</sup>.*

30. E para que não se incorra na acertada crítica de que juristas não fazem, nem citam, pesquisas empíricas, cite-se o trabalho de Ricardo Jacobsen Gloeckner<sup>28</sup>, que partindo de teoria e de pesquisas empíricas recentes nos Estados Unidos, demonstrou o condicionamento entre decisões anteriores e a sentença final. Seu trabalho foi específico sobre a decisão que decreta prisão cautelar e a sentença de mérito em 90 casos examinados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O resultado foi que há 100% de coincidência entre a decisão cautelar e a decisão condenatória de mérito. E, ainda, que em 100% dos casos, a decisão de mérito se fundara em elementos contidos no decreto de prisão. No que toca mais especificamente dos condicionamentos das sentenças de mérito no processo penal, o autor destaca:

*Evidentemente que o sistema acusatório possui a característica de reduzir ou minimizar este quadro de fissuras cognitivas. Hernandez e Preston sinalizam que a confirmation bias está relacionada com o que foi denominado por fluência. Isto é, um procedimento sem grandes sobressaltos, nos quais predomina a unidirecionalidade (verificação de testes sobre a hipótese*

---

<sup>27</sup> A Lide e o Conteúdo do Processo Penal. Curitiba: Ed Juruá. 1989, pgs. 136-137.

<sup>28</sup> Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal.

*acusatória). Determinadas experiências com a disfluência sinalizam que desta forma a informação é melhor analisada. Por exemplo, através de alguns testes, constatou-se que os alunos tiveram um resultado melhor em provas cujas questões foram redigidas em língua diversa, pois aí ingressava um elemento disfluente. A disfluência é uma interrupção do fluxo “normal”, do andamento paulatino e linear de um procedimento. Como seria possível se pensar em um processo penal disfluente? O sistema adversarial se constitui, ao menos teoricamente, como um processo disfluente por excelência. O primado do contraditório num cenário de agonismo processual permite a incessante permuta de versões e atos processuais. Um processo penal com fases bem determinadas (com a necessária existência de instrumentos de garantia da disfluência, como por exemplo, a impossibilidade de traslado dos elementos da investigação preliminar para o processo) e limitadas também pode contribuir para a diminuição da fluência processual.*

31. Daí que o afastamento do juiz de garantias na fase de conhecimento está inteiramente de acordo com a Constituição, com o princípio do devido processo legal e de estudos teóricos e empíricos da ciência processual de antes e de agora.

32. Por fim, está reforçado o princípio da ampla defesa. Só há ampla defesa **se o espaço do julgamento for original**<sup>29</sup>, isto é, inteiramente

---

<sup>29</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. O Processo como Ponto de Encontro Original. Tese não publicada, depositada como requisito para o concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal da UERJ. 2016, pgs. 142-153.

livre de prejuízos adquiridos na etapa da investigação.

33. O que talvez seja capaz de evitar o preconceito, no plano processual, é a originalidade desse contato entre o juiz e as partes em audiência, na qual a causa, - o caso penal, para usar expressão de Jacinto Coutinho<sup>30</sup> – lhe será apresentada. E é imperioso que a audiência de julgamento deva ser realizada por juízes que não tenham tido contato com a causa, preservando-se a originalidade de suas convicções<sup>31</sup>. Voltando a Bacon, citado por Popper, *“el hombre es impaciente. Le gustan los resultados rápidos. De modo que salta a las conclusiones”*<sup>32</sup>. O juiz que toma contato prévio com elementos de informação, tende a já antecipar a conclusão, qualquer que seja a prova, efetiva, que se lhe apresente posteriormente.

34. A originalidade, por outro lado, não convive com a intencionalidade que macula a noção corrente de processo. A intencionalidade vincula-se à utilização do processo, não para buscar justiça ou verdade, ou a reconstituição histórica do fato, ou a formar asserções sobre a prova, como sempre se proclamou, mas, ao contrário, manter os valores sociais, econômicos e políticos do poder. Não é por outro motivo que Binder afirma que o processo inquisitivo não foi inventado para perseguir bruxas, mas foi um mecanismo político-legal-organizacional e cultural a serviço da concentração de poder no marco das monarquias absolutas<sup>33</sup>. E é, também, por isso que Garapon proclamou que o processo atual ainda conserva vestígios do sistema de mácula, que continua latente

---

<sup>30</sup> *Op. cit.*

<sup>31</sup> CARVALHO, O Processo..., *op. cit.*

<sup>32</sup> POPPER, *op. cit.*, p. 111.

<sup>33</sup> *La Implementación de la Nueva Justicia Penal Adversarial*, 2002, Editora Ad Hoc: Buenos Aires, p. 218.

nos dias de hoje<sup>34</sup>.

35. A intencionalidade<sup>35</sup> está radicalmente presente na história do processo penal. Este sempre serviu ao poder, instrumentalizando o processo de marginalização social dos indesejados e a afirmação do autoritarismo judicial. Era essa – e continua sendo - a sua intenção prevalente e a História presta o seu retumbante testemunho.

36. Atentos a necessária reconstrução teórica democrática, os países da América Latina, todos, **com a única exceção do Brasil**, incorporaram a figura de um juiz que tenha a função de garantidor em seus códigos, prevendo-se o afastamento na etapa de conhecimento da causa:

Chile (2000):

*Artigo 70 - El juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que de lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitar el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución”*

*Artigo 277 – Al término de la audiencia, el juez de garantía dictará el auto de apertura del juicio oral. Esta resolución*

---

<sup>34</sup> GARAPON, Antoine – Bem Julgar – Ensaio sobre o Ritual Judiciário, Instituto Piaget, Lisboa, p. 191.

<sup>35</sup> CARVALHO, O Processo... *op. cit.*, pgs. 102-126. O termo intencionalidade está sendo tomado de Husserl e é um dos conceitos centrais do desenvolvimento de sua filosofia, denominada de fenomenologia. A fenomenologia surgiu após um período de crise da filosofia, nos anos 20 do século XX, para combater o cientificismo e a metafísica então imperantes, como justificação do conhecimento.



*deberá indicar:*

*b) el tribunal competente para conocer el juicio oral...*

Uruguay (2014):

*25.4. Los Jueces Letrados de Primera Instancia en lo Penal, los Jueces Letrados Penales Especializados en Crimen Organizado y los Jueces Letrados de Primera Instancia del Interior con competencia en materia penal, que hubieren intervenido en actuaciones previas a la audiencia de juicio quedarán automáticamente impedidos de celebrar la misma y dictar sentencia...*

*64. Todo imputado podrá haber valer hasta la terminación del proceso, los derechos, garantías que le confieren la Constitución de la Republica y las leyes. Entre otros, tendrá derecho a:*

*e) solicitar directamente al juez que cite a una audiencia...*

*221.1. El fiscal podrá solicitar al juez en cualquier estado del proceso ...la imposición de cualquiera las medidas que se indican a continuación...*

38. Argentina (1991):

*ART. 57- JUECES CON FUNCIONES DE GARANTÍAS. Los jueces con funciones de garantías serán competentes para conocer:*

*1) Del control de la investigación y de todas las decisiones jurisdiccionales que se deban tomar durante la etapa preparatoria, así como del control de la acusación;*

*2) Del procedimiento abreviado cuando se presenten acuerdos plenos; y*

*3) De la suspensión del proceso a prueba.*

*ART. 61- EXCUSACIÓN. MOTIVOS. El juez deberá apartarse del conocimiento del caso:*

*1) Si intervino en él como acusador, defensor, representante, perito o consultor técnico, si denunció el hecho o lo conoció como testigo, o si dio recomendaciones o emitió opinión sobre el caso fuera del procedimiento;*

*2) Si intervino durante la investigación preparatoria o en el procedimiento de control de la acusación, no podrá intervenir en el juicio; si pronunció la decisión impugnada no podrá intervenir en el procedimiento que sustancia la impugnación, ni en su decisión;*

#### 39. Paraguai (1998):

*Art. 363. La resolución por la cual el juez decide admitir la acusación del Ministerio Público y del querelante, en su caso, y abrir el procedimiento a juicio oral y publico, contendrá:*

*8) la orden de remitir las actuaciones al tribunal de sentencia competente.*

41. Seria cansativo transcrever todo o processo de reformas por que passaram os códigos processuais da América Latina, deixando o modelo inquisitorial e escrito, e rumando para o sistema acusatório, oral e contraditório, com previsão de um juiz garantidor de direitos fundamentais e protegido do conhecimento adquirido na fase de investigação ou por meio de prova inadmissível.

42. Vamos nos limitar a mencionar os países e as datas em que ocorreram as reformas: Argentina (1991), Guatemala (1992), Costa Rica (1996), El Salvador (1996), Venezuela (1998), Paraguai (1998), Bolívia (1999), Honduras (1999), Chile (2000), Equador (2000), Nicarágua (2001), República Dominicana (2002), Colômbia (2004), Perú (2004), Panamá (2008), México (2014)<sup>36</sup>.

43. Para além das dificuldades econômicas e sociais que estes países irmãos enfrentam, há de se reconhecer o esforço em implementar um modelo processual democrático e de proteção aos direitos fundamentais, acolhendo os estudos dos seus especialistas e de especialistas do Continente no tema, e com apoio decisivo da OEA/CEJA.

40. Todo este trabalho teórico continental, de décadas, também aponta para a necessidade de afastar os autos do inquérito dos autos da ação penal para evitar contaminação do julgador de mérito, com exceção das provas irrepetíveis e das antecipações de prova, conforme prevê o artigo 3-C, § 3º, da Lei nº 13.964/2019, que é perfeitamente constitucional.

41. E, com a mesma fundamentação, também aconselha que o juiz que conheceu de prova inadmissível deve ser impedido de atuar na fase de julgamento. A contaminação ocorre irrefutavelmente, sendo, portanto,

---

<sup>36</sup> POSTIGO, Leonel Gonzáles. Bases da Reforma Processual Penal no Brasil: Lições a Partir da Experiência na América Latina in *Desafiando a Inquisição: Ideias e Propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*, org. POSTIGO, Leonel Gonzáles. Santiago: CEJA. 2017, pgs. 15-35.

inteiramente constitucional o disposto no artigo 157 § 5º com a redação da Lei nº 13.964/2019.

44. Ao contrário da evolução do Direito Processual Penal no Continente, o Brasil, a manter-se a segunda decisão liminar, continuará no modelo do Código da Era Vargas, inspirado no Código Rocco, fascista, preso à escrituração do inquérito policial, que serve de base, quer se queira ou não, consciente ou inconscientemente, à formação do convencimento do julgador, ainda que não possa se referir exclusivamente aos elementos de informação constantes do inquérito. O Brasil, portanto, permanecerá de costas para a América Latina e sua rica doutrina processual penal e continuará afastado dos modelos processuais mais evoluídos da Europa.

45. O golpe desferido pela medida liminar no Direito Processual Penal brasileiro, é tão contundente como seria, no Processo Civil, a suspensão liminar da vigência do CPC de 2015 e o obrigatório retorno ao modelo formal do CPC de 1973.

46. Feitas estas considerações teóricas que se impõem para compreender a plena constitucionalidade da lei referida, passa-se a enfrentar os fundamentos das iniciais que ainda não foram expressamente mencionados.

## **VIII. NORMA DE APLICABILIDADE IMEDIATA**

1. A inicial da AMB/AJUFE sustenta tratar-se, o artigo 3º da Lei nº 13.964/2019, de norma de eficácia limitada. Nada mais destituído de razão, revelador da ausência de fundamentos sérios para atacar a sua constitucionalidade.

2. Na doutrina brasileira há uma obra clássica que convém ser lembrada, de José Afonso da Silva<sup>37</sup>. Para o autor, as normas constitucionais podem ser classificadas de três maneiras, segundo sua eficácia. A primeira classificação corresponderia às normas de eficácia plena; a segunda, às normas de eficácia contida; e a terceira, às normas de eficácia limitada, que se subdividiriam em normas de princípios programáticos e de princípios institutivos.

3. As normas de eficácia plena, como o nome está a indicar, têm possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais nela contidos e *“protegem diretamente as situações jurídicas subjetivas, configuradas como direito subjetivo”*<sup>38</sup>.

4. As normas de eficácia contida *“são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados”*<sup>39</sup>.

5. As normas de eficácia limitada definidoras de princípios institutivos são *“aquelas através das quais o legislador constituinte traça*

---

<sup>37</sup> Aplicabilidade das Normas Constitucionais. SP: Ed. Malheiros, 2000.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

*esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei*<sup>40</sup>. As normas de eficácia limitada de princípio programático são aquelas *“através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”*<sup>41</sup>. E conclui: *“Se não se tem o direito subjetivo no seu aspecto positivo, como poder de exigir uma prestação fundada numa norma constitucional programática, surge ele, porém, em seu aspecto negativo, como possibilidade de exigir que o Poder Público não pratique atos que a contravenham”*<sup>42</sup>.

6. Ora, a lição do Professor citado permanece atual: trata-se de norma de eficácia plena! Não há qualquer necessidade de recorrer-se ao legislador ordinário para colmatar o que o artigo 3º da Lei nº 13.964/2019 já edificou. A afirmação contida na inicial faz lembrar a postura da doutrina civilista quando entrou em vigor a Constituição de 1988, exigindo houvesse acolhida expressa desta no Código Civil...

## **IX. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL PENAL (CR 22). NORMA PROCESSUAL. VIGÊNCIA IMEDIATA E IRRETROATIVIDADE**

---

<sup>40</sup> *Ibidem.*

<sup>41</sup> *Ibidem.*

<sup>42</sup> *Ibidem.*

1. Novo lapso de alguns dos autores possa ter levado a erro o Ministro prolator da decisão liminar: a Lei nº 13.964/2019 contém normas processuais e, não, normas procedimentais ou normas de organização judiciária, nem mesmo normas mistas, para as quais a competência seria concorrente (CR 24, § 1º).

2. Romeu Pires de Campos Barros pode auxiliar para a compreensão da diferença. Diz ele:

*“O que se deve apreender, em face de cada caso concreto é a essência processual ou não processual da lei. Se esta, por seu conteúdo, inclina-se a observar esse tipo tão especial de relação contínua e dinâmica que chamamos de processo, revelado por uma noção de marcha que vai, desde a petição inicial até a execução; se encontramos essa marca; se acharmos nela a descrição de como se deve realizar ou ordenar o conjunto de atos tendentes a obter uma decisão judicial suscetível de ser executada, coativamente, pelos órgãos do Estado, essa lei é processual e como lei processual deverá ser tratada.”<sup>43</sup>.*

3. Tornando mais clara a lição, Campos Barros<sup>44</sup> conclui que a norma processual tem as seguintes finalidades: disciplinar os órgãos jurisdicionais, os sujeitos que neles atuam e a forma do ato processual.

4. Norma processual é aquela relativa aos institutos processuais, como ação, defesa, partes e litisconsórcio, competência, instrução e valoração da prova, sentença e seus efeitos, sistema recursal, etc. Norma procedimental é a que regula o modo de desenvolverem-se os atos processuais, os ritos procedimentais, os prazos e, para explicar como mais

---

<sup>43</sup> Processo Penal Cautelar. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982 p. 4.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, p. 6.

propriedade, citam-se os exemplos de Sérgio Bermudes:<sup>45</sup> *“modo de postular, como a estrutura da petição inicial e da contestação, a oportunidade das manifestações posteriores, a suscitação de incidentes, tal, por exemplo, a ação declaratória incidental na sua forma e a arguição de suspeição ou de incompetência relativa; à distribuição; ao modo de citar-se, aos meios de se praticarem atos em outras comarcas; ao lugar dos atos processuais e ao respectivo tempo, inclusive os prazos; à maneira de se efetivar o direito de recurso, nas modalidades previstas na norma de processo.”*

5. Ora, a lei enfocada versa sobre o direito processual penal: o instituto de um juiz de garantias, sua competência, seu impedimento para etapas futuras, relaxamento de prisão, estatuto da defesa, acordo de não persecução etc.

6. Não se trata de norma procedimental que regule prazos, modos e formas para a apresentação de petições e para a prática de atos processuais, a forma dos atos de comunicação etc.

7. A própria inicial da AMB/AJUFE traz à colação acórdão deste Supremo Tribunal Federal<sup>46</sup>, relatado pelo Ministro relator destas ADIs, que bem esclarecem a distinção entre uma norma e outra. Decidiu-se que o Estado-Membro não pode legislar sobre princípio da oralidade, regras de prevalência entre juízos, competência do Tribunal do Júri, delegação de atos de instrução e de execução a outro juízo sem justificativa calcada na competência territorial e funcional dos órgãos envolvidos, criação de órgão

---

<sup>45</sup> Procedimentos em Matéria Processual, in Revista de Direito da Defensoria Pública, nº 5, p. 160.

<sup>46</sup> STF, ADI 4414/Alagoas, Tribunal Pleno, julgamento em 31/5/2012, Min. Luiz Fux.



jugador no curso do processo e estabelecimento de hipóteses de sigilo do inquérito policial. A lista poderia ser acrescida exatamente com as hipóteses que ora estão em causa: o instituto de um juiz de garantias, sua competência, seu impedimento para etapas futuras, relaxamento de prisão, estatuto da defesa, acordo de não persecução etc.

8. As disposições da Lei nº 13.964/2019 não pretendem retroagir, mas, antes, tem vigência imediata, como normas de processo que são (CPP 2º). Os autores estão, mais uma vez, confundindo os conceitos. É regra geral que a norma processual tem vigência imediata, alcançando os processos pendentes na fase em que se encontrarem. Essa regra se fundamenta no pressuposto de que, se o Estado, que administra a justiça, edita lei nova, é porque esta última deve ser melhor que a anterior para o atingimento da finalidade desejada.

9. Assim, a lei prevê que, da sua vigência para a frente, há que funcionar um juiz de garantias e este ficará afastado da fase de julgamento, o arquivamento deve ser submetido ao procurador-geral, os inquéritos não acompanharão as denúncias, etc. Não há previsão retroativa.

10. Apenas quando a lei processual contiver elemento de direito material, sim, ela pode retroagir, se for mais favorável ao acusado/investigado<sup>47</sup>. Não é a hipótese da Lei nº 13.964/2019.

---

<sup>47</sup> Cfr SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuelar. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madri: Editorial Colex, 1990; BINDER, Alberto. *Introdução ao Direito Processual Penal*. RJ: Ed. Lumen Juris, 2003; TUCCI, Rogério Lauria. *Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal*. SP: José Bushatsky Editor, 1975.

11. A lei em exame está inteiramente de acordo com a tradição do direito brasileiro e não é inconstitucional. Os atos praticados sob a vigência da lei anterior continuam válidos.

## **X. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM RELAÇÃO À COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS**

1. As iniciais sustentam que, a prevalecer a criação do juiz de garantias, apenas para a primeira instância, estaria vulnerado o princípio da isonomia em relação aos direitos dos denunciados em procedimentos originários da competência dos tribunais, regulados pela Lei nº 8.038/1990.

2. Bem que as autoras poderiam ter completado o raciocínio e postulado, justamente, a extensão das disposições afetas ao juiz de garantias para os processos de competência originária dos tribunais, de modo a afastar o juiz relator da etapa de conhecimento.

3. Agiria, assim, o STF, como legislador positivo. Contra o entendimento de que as situações de vantagem conferidas em determinada situação concreta possam ser estendidas a outras, por força do princípio da isonomia, passou-se a citar um acórdão do Supremo Tribunal Federal (HC nº 76.543, DJU 17/04/98), relatado pelo Ministro Sydney Sanches, em que foi negado a um condenado por tráfico o regime de cumprimento de pena instituído na Lei nº 9.455/97, que define os crimes

de tortura. A argumentação do acórdão é de que, justamente, não houve ofensa ao princípio da isonomia quando o legislador quis tratar de modo diferente os condenados por tráfico e por tortura.<sup>48</sup> E, ainda, se a lei mais benigna fosse inconstitucional, não poderia o Judiciário estender os seus efeitos, pois, nesse caso, o juiz só age como legislador negativo e não como legislador positivo.

4. O argumento de quem adota o referido acórdão do Supremo não convence até porque não é possível afirmar com segurança qual a posição do Supremo quanto a caber ou não ao Judiciário agir como legislador positivo em caso de ofensa ao princípio da isonomia. Em dois acórdãos<sup>49</sup>, o Supremo agiu, sim, como legislador positivo, estendendo uma determinada situação de vantagem, conferida a uma categoria, à outra não contemplada na legislação, e o fez em estrito respeito ao princípio da isonomia.

5. A divergência tem raiz no controle da constitucionalidade, especificamente nas denominadas sentenças aditivas. Bem as explicou Jorge Miranda:

---

<sup>48</sup> Na parte em que aborda o princípio da isonomia, argumenta o acórdão: *“Ora, se a Lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o Juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas.”*

<sup>49</sup> O primeiro foi no ROMS nº 22.307-7-DF, julgado pelo plenário em 19/02/1997, sendo relator o Ministro Marco Aurélio Tratava-se de recurso ordinário em mandado de segurança que visava a estender aos servidores civis reajuste concedido a servidores militares. No corpo do acórdão colhe-se a seguinte referência ao princípio da isonomia: *“Senhor Presidente, sob pena de caminhar-se para verdadeiro paradoxo, fulminando-se princípio tão caro às sociedades que se dizem democráticas, como é o da isonomia, não vejo como adotar óptica diversa em relação ao pessoal civil do Executivo Federal, já que o militar foi contemplado.”* O segundo foi no RE 419075/PE, 1ª turma, jul. 24/5/2005, DJ 18/11/2005, Min. Marco Aurélio, com as mesmas hipótese e solução.

*“Nas decisões aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua; ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E, então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta.”<sup>50</sup>*

6. Mais adiante o autor se mostra defensor de tais adições: *“Há imperativos materiais que se sobrepõem a considerações orgânico-funcionais.”<sup>51</sup>*

7. De modo que, a prevalecer as sustentações dos autores, seria o caso de aplicar-se a nova sistemática do juiz de garantias nas ações penais originárias.

## **XI. CONTROLE JURISDICIONAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RESERVA DE JURISDIÇÃO**

1. A CONAMP pretende a declaração de inconstitucionalidade da disposição que prescreve o controle jurisdicional do acordo de não persecução penal.

2. Não há qualquer razão plausível para o inconformismo. O processo penal tem, quase sempre, a potencialidade de restringir a

---

<sup>50</sup> MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. RJ:Ed. Forense, 2002, 1ª edição, p. 514.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 515.

liberdade ambulatorial das pessoas, além de vulnerar caros direitos fundamentais.

3. No acordo de não persecução, é possível a imposição de prestação de serviços à comunidade e a de prestação pecuniária. Tudo isso em sede penal. Ainda que não se possa tratar, as duas prestações, como verdadeiras sanções penais, é inegável que se tratam de equivalentes funcionais à sanção penal. A cláusula do acordo, portanto, tem natureza penal.

4. Vem a calhar, portanto, o que a doutrina tem construído acerca da denominada **reserva de jurisdição**. A existência de determinados direitos fundamentais de superlativa importância tem levado a doutrina constitucional a admitir que alguns deles só podem ser limitados por decisão judicial. Não se trata da mera possibilidade de recorrer ao Judiciário quando de sua restrição por outra autoridade não-jurisdicional, mas do reconhecimento de que, diante de certos direitos fundamentais, o Judiciário tem sempre a primeira e a última palavra. Bem o explica José Joaquim Gomes Canotilho:

*“A idéia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra mas também a primeira palavra. É o que se passa, desde logo, no domínio tradicional das penas restritivas da liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade. Os tribunais são os guardiões da liberdade e das penas de natureza criminal e daí a consagração do princípio nulla poena sine iudicio...”<sup>52</sup>*

---

<sup>52</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Ed. Almedina, 2ª edição, 1998, p. 580.

5. Sobre o tema é imperiosa a citação de acórdão deste Supremo Tribunal Federal, relatado pelo ministro Celso de Mello, que, em linhas gerais, acolhe a lição acima exposta, embora sem que se possa extrair do acórdão qual a orientação do Pleno do referido Tribunal sobre o assunto:

*“...Postulado constitucional da reserva de jurisdição: um tema ainda pendente de definição pelo Supremo Tribunal Federal. O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado...”<sup>53</sup>*

---

<sup>53</sup> STF, MS 23.452-RJ, Tribunal Pleno, DJ 12/05/2000, Min. Celso de Mello. Consta do final da ementa que, apesar da tese da reserva de jurisdição ter sido prestigiada por cinco ministros, o tribunal não precisou enfrentar a questão no caso submetido a julgamento, porque sete ministros acolheram uma questão prévia, qual seja a falta de fundamentação de decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito que determinara a quebra de sigilo bancário do impetrante, concedendo, assim, a ordem. Em acórdãos mais recentes, porém, as duas turmas do STF ratificaram a tese da reserva de jurisdição: STF HC 107644/SP, Primeira Turma, julg. 08/09/2011, Min. Ricardo Lewandowski:...V - *A custódia do paciente ocorreu por decisão judicial fundamentada, depois de ele confessar o crime e de ser interrogado pela autoridade policial, não havendo, assim, qualquer ofensa à cláusula constitucional da reserva de jurisdição que deve estar presente nas hipóteses dos incisos LXI e LXII do art. 5º da Constituição Federal...*No mesmo sentido STF AI 560223 AgR/SP, Segunda Turma, julg. 12/04/2011, Min. Joaquim

## **XII. EXISTÊNCIA DE PRÉVIO DEBATE COM O JUDICIÁRIO E O MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTRIBUIÇÕES DA AMB**

1. Para justificar a fundamentação da segunda liminar, o Ministro relator aduziu que não houve debate prévio para as alterações provocadas pela lei supostamente inconstitucional.

2. Talvez também neste tópico Sua Excelência possa ter sido levado ao erro por alguns dos autores.

3. A primeira alusão que um texto legislativo brasileiro fez ao juiz de garantias foi no PL 156/2009, do qual se extraiu a previsão para a Lei nº 13.946/2019. Este PL foi elaborado por uma comissão de processualistas penais no âmbito do Ministério da Justiça e era presidida pelo Professor Eugenio Pacelli.

4. Houve um amplo debate nacional, seja nas universidades, sejam com os órgãos que operam o sistema criminal e também no Congresso Nacional, com a realização de inúmeras audiências. Muitas pesquisas foram realizadas e muitas propostas foram feitas.

---

Barbosa: ...1. *A gravação ambiental meramente clandestina, realizada por um dos interlocutores, não se confunde com a interceptação, objeto cláusula constitucional de reserva de jurisdição.*

5. **Dentre as instituições que ofereceram propostas ao PL 156/2009 estava a autora AMB**, por meio de comissão composta pelos magistrados Nereu Giacomolli (RS), Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (RJ), Daniel Avelar (PR) e Paulo Augusto Irion (RS), presidida pelo primeiro.

6. Uma das contribuições foi, justamente, afastar o juiz de garantias do controle do arquivamento, o que restou acolhido pelo PL 156/2009 e foi transplantado pela Lei nº 13.964/2019. Vejam-se as propostas da AMB:

Art. 14.

IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;

Justificativa: a investigação criminal pela sistemática existente não se restringe à investigação policial. As autoridades administrativas, as CPIs e o próprio Ministério Público investigam fatos criminais, justificando-se o acréscimo da expressão “investigação criminal à expressão restritiva “inquérito policial”. Ademais, há necessidade de harmonização técnica com a previsão do caput do art. 14.

**EMENTA SUPRESSIVA:** suprimir o inciso XIV do CPP, pois o arquivamento do inquérito policial, pelas propostas, é feito diretamente pelo Ministério Público.

**PROPOSTA MODIFICATIVA:**

Art. 14.

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada automaticamente.



Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Justificativa: a prisão processual poderá ser revogada ou relaxada. São situações distintas. A revogação ocorre quando não mais subsistem os requisitos e pressupostos da prisão preventiva e o relaxamento se dá quando a prisão é ilegal. Embora o efeito das duas situações seja idêntico, ou seja, a soltura do detido, a doutrina e a Constituição Federal estabelecem diferenças, podendo haver coerência com a linguagem constitucional que refere que a “prisão ilegal será imediatamente relaxada” (art. 5º, LXV, CF). Quando houver excesso de prazo a prisão se torna ilegal e será relaxada e não revogada.

Art. 38. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o Ministério Público comunicará a vítima, o investigado, a autoridade policial e a instância de revisão do próprio órgão ministerial, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, o seu representante legal, não concordarem com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância pelo Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

7. Como se vê, a proposta da AMB deixava intocado o juiz de garantias.

8. O Ministério Público e a AJUFE também apresentaram propostas. Não houve, portanto, déficite democrático na criação do juiz de garantias, nem nos consectários envolvidos.

### **XIII. DOS PEDIDOS**

Por tais razões, pede e espera a Requerente:

- a) sua admissão, na condição de *Amici Curiae* nos autos das Ações Direta de Inconstitucionalidade acima elencadas;
- b) a revisão da decisão liminar como questão de ordem;
- c) a fixação de seu espectro de atuação processual, que deve incluir a manifestação escrita e a sustentação oral nas sessões plenárias;
- d) **ao final, que as Ações Direta de Inconstitucionalidade sejam conhecidas, mas, no mérito, julgadas improcedentes, ante a constitucionalidade dos dispositivos impugnados.**

P. Deferimento,

Brasília, 28 de janeiro de 2020

**L.G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO**  
**OAB/RJ 38.607**

**ILTON NORBERTO ROBL FILHO**  
**OAB/DF 38.677**

**ISABELA MARRAFON**  
**OAB/DF 37.798**

**TATIANA ZENNI GUIMARÃES**  
**OAB/DF 24.751**

**THÁBATA SOUTO CASTANHO DE CARVALHO**  
**OAB/RJ 211.185**