

**A CONSTITUCIONALIDADE DA CRIAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS PELA  
LEI N.º 13.964/19 EM FACE DA ADI N.º 6.298**

THE CONSTITUTIONALITY OF THE CREATION OF THE GUARANTEE JUDGE BY  
THE 13.964/19 LAW IN FACE OF ADI N.º 6.298

Vinícius Wildner Zambiasi<sup>1</sup>

Mateus Florencio<sup>2</sup>

<https://doi.org/10.55839/2358-7008RCDv12n1pa42-62>

**RESUMO**

A presente investigação teórica, com método de abordagem hipotético-dedutivo, analisa a constitucionalidade e os impactos das alterações da Lei n.º. 13.964/19 no Código de Processo Penal causados pela criação do Juiz das Garantias. A partir disso, investiga-se como essa alteração processual penal pode influenciar na construção de um modelo processual efetivamente acusatório no Brasil, já que a referida figura visa criar condições que possibilitam ao magistrado responsável pelo julgamento um maior distanciamento do caso, afastando-o da investigação preliminar e preservando sua imparcialidade. Assim, pela análise bibliográfica e dos entendimentos conflitantes, explora-se a (in)constitucionalidade da medida, bem como seu efeito na construção do modelo acusatório.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal. Juiz das Garantias. Lei n.º. 13.964/19. Modelo acusatório. Processo Penal.

**ABSTRACT**

This article analyzes the constitutionality and the impacts of changes in Law no. 13,964 / 19 in the Criminal Procedure Code caused by the creation of the Guarantee Judge. Based on this, it is

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Linha de Pesquisa: Políticas de cidadania e resolução de conflitos (Bolsista CAPES PROSUC-Taxa). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo CERS. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Membro da Linha de Pesquisa "A efetivação dos direitos fundamentais nas sociedades complexas e multiculturais". Advogado e Professor Universitário. E-mail: [viniciuszambiasi@gmail.com](mailto:viniciuszambiasi@gmail.com)

<sup>2</sup> Pós-graduado em História, Arqueologia e Patrimônio Cultural pela Universidade Paranaense - Unipar. Graduado em História pela Universidade Paranaense - Unipar. Graduado em Direito pela Univel. Advogado. E-mail: [mflorencio711@gmail.com](mailto:mflorencio711@gmail.com)

investigated how this criminal procedural alteration can influence the construction of an effectively accusatory procedural model in Brazil, since the aforementioned figure aims to create conditions that allow the magistrate responsible for the judgment to move further away from the case, preliminary investigation and preserving the impartiality. Thus, through the bibliographic analysis and the conflicting understandings, the (un) constitutionality of the measure is explored, as well as its effect on the construction of the accusatory model.

**KEYWORDS:** Federal Constitution. Guarantee Judge. Law nº. 13.964/19. Accusatory model. Criminal proceedings.

## INTRODUÇÃO

A Lei nº. 13.964/19, também conhecida como “Pacote Anticrime” e objeto do presente estudo, não obstante alguns vetos sofridos, foi sancionada pelo Presidente da República no dia 24 de dezembro de 2019, bem como entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020<sup>3</sup>.

Nessa senda, a supracitada lei introduziu no Código de Processo Penal a figura do “Juiz das Garantias”. Tal figura foi criada para, dentre outras questões, realizar o controle da legalidade das investigações pré-processuais e assegurar a observância das garantias individuais, especialmente na apreciação de pedidos de medidas restritivas necessárias à investigação<sup>4</sup> que possam interferir nos direitos individuais do investigado, tais como busca e apreensão, quebras de sigilo, decretação de prisão preventiva, etc.<sup>5</sup>.

Com isso, pretende-se afastar o magistrado criminal do momento da investigação preliminar, separando-o cada vez mais das funções típicas de investigação, sendo essa obrigação exclusivamente da acusação. Dessa forma, tornando mais rígida a separação entre a acusação e o juiz, inclusive com efeitos relativos à produção de provas, possibilita-se o aperfeiçoamento de um modelo processual penal verdadeiramente acusatório no Brasil<sup>6</sup>.

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 adota, inequivocamente, um modelo processual penal acusatório fundado na separação entre as funções de acusar e de julgar<sup>7</sup>. Entretanto, o Código de Processo Penal, datado de 1941, ainda que com diversas reformas através de sua história, possui uma formatação nitidamente inquisitória (muito em razão do período autoritário que o Brasil

<sup>3</sup> BRASIL. **Lei n.º 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Art. 20. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20)>. Acesso em: 08 jan. 2021.

<sup>4</sup> AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12ª ed. São Paulo: Editora Gen. 2020, p. 230.

<sup>5</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 188.

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 186.

<sup>7</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 129, inciso I. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 jan. 2021.

vivenciava quando da sua elaboração<sup>8</sup>), uma vez que permite ao magistrado a atuação na busca das provas necessárias para a formação de seu convencimento sobre o feito, assim como outras medidas tomadas de ofício e incompatíveis com um processo que se apresente acusatório. Exemplos disso são, dentre outros, os artigos 156, 385, 209 e 242 do Código de Processo Penal<sup>9</sup>, já muito explanados pelo segmento doutrinário crítico.

Não obstante a isso, com a recente e supracitada reforma legislativa, o artigo 3º-A do Código de Processo Penal passou a consagrar expressamente a adoção um modelo processual acusatório<sup>10</sup>. A partir disso, portanto, a criação do modelo de “duplo-juíz” possui o objetivo de funcionar como um garantidor desse modelo acusatório, afastando da investigação (e da acusação, por consequência) o magistrado responsável por realizar o julgamento.

Contudo, especificamente em relação ao juiz das garantias, incluído no artigo 3.º (B a F) do Código de Processo Penal, tal figura ainda não está vigente, pois ainda no mês de janeiro de 2020, o ministro Luiz Fux suspendeu por tempo indeterminado a eficácia de tal medida, de modo que ainda se aguarda um posicionamento final do Supremo Tribunal Federal acerca da sua constitucionalidade<sup>11</sup>.

Tal óbice decorreu do fato que os efeitos da medida enquanto forma de materializar o modelo acusatório não são unanimidade, especialmente devido à complexidade de sua efetivação, e dos efeitos que essa mudança pode ocasionar no andamento da Justiça no país. Sendo assim, foram ajuizadas, perante o Supremo Tribunal Federal, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade de n.º 6298, 6299, 6300 e 6305, as quais contestam a implementação prática do juiz das garantias, ante supostas inconstitucionalidades.

Dito isso, insta salientar que o presente artigo visa inicialmente analisar quais são os modelos processuais penais existentes, bem como as consequências técnicas e práticas que podem advir da criação e efetiva implementação do juiz das garantias. Em sequência, buscar-se-á analisar especificamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.298, examinando os argumentos por ela utilizados, e contrapondo-os com os entendimentos favoráveis à alteração aprovada.

<sup>8</sup> Para maiores informações, consultar GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018.

<sup>9</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020. O autor refere, com o brilhantismo que lhe é característico, que a definição do modelo processual do Brasil como um “sistema misto”, ainda que insuficiente para caracterizá-lo, é um lugar-comum na doutrina brasileira. Entretanto, o que mais corretamente define um modelo processual é a separação entre as funções de acusar e de julgar, sendo que esta só pode se realizar plenamente no modelo acusatório.

<sup>10</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 08 jan. 2021.

<sup>11</sup> STF. **Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

Ao final, tenciona-se projetar quais são os possíveis efeitos dessa mudança na sistemática processual penal brasileira, pois, caso efetivamente entre em vigor, esta poderá representar uma alteração do paradigma processual do país.

Por fim, salienta-se que em relação à metodologia, o presente trabalho é essencialmente teórico. Assim, realizou-se a pesquisa pela consulta de bibliografias doutrinárias, artigos científicos, jurisprudências e legislações. Outrossim, o método de abordagem é o hipotético-dedutivo.

## 1 – SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LIII, dispõe que: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, de onde é possível extrair que, para que alguém seja julgado (e eventualmente condenado), faz-se necessário que a autoridade envolvida seja competente – competência esta que é determinada legalmente.

Assim, inicialmente, deve-se analisar como as alterações trazidas pela Lei n.º 13.964/19, com o advento do “juiz das garantias” e a adoção expressa de um modelo acusatório de Processo Penal, irão afetar as regras relativas à competência no Processo Penal brasileiro.

Como afirmado por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>12</sup> (em obra coletiva com Marinoni e Mitidiero), as legislações infraconstitucionais, tal como a que será analisada no presente estudo, devem dar concretude aos princípios previstos no texto constitucional, de modo a torná-los mais efetivos na prática jurisdicional (nesse caso, alterando as regras relativas à competência no Processo Penal).

Por sua vez, a Constituição, segundo Lenio Luiz Streck<sup>13</sup>, materializa a ordem jurídica do contrato social, sendo um meio para a realização da ordem política e social de uma comunidade. Dessa forma, ela é responsável por colocar à disposição os mecanismos para se concretizar os objetivos traçados em seu texto deontológico.

Ainda de acordo com Sarlet<sup>14</sup>, o sentido da legislação infraconstitucional, quando esta trata de matéria processual, é densificar o direito ao processo justo, sendo essa a forma pela qual se organiza um processo idôneo para garantir a tutela dos seus direitos aos cidadãos. Assim, a tarefa do legislador, em matéria processual, é a de garantir a materialização das previsões constitucionais através da legislação infraconstitucional, tal como a analisada no caso em tela.

Faz-se necessário, portanto, ao analisar as mudanças legislativas trazidas pela Lei n.º 13.964/19, especialmente quanto ao modelo de Juiz das Garantias adotado, perceber como este está

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 738.

<sup>13</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 346.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 738.

ligado à previsão constitucional do processo e a forma que seu texto prescreve para o exercício da jurisdição no país, especialmente aquela relativa ao Processo Penal, uma vez que essa legislação assume explicitamente seu caráter acusatório<sup>15</sup>.

Sabe-se que o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro consagrou, em regra, o Ministério Público como titular da *persecutio criminis*<sup>16</sup>, o que é excepcionado pelas regras previstas nos artigos 29 e 30 do Código de Processo Penal, os quais versam, respectivamente, sobre a ação penal privada subsidiária da pública, e a ação penal de iniciativa privada.

Nesse sentido, para melhor se compreender tal questão, faz-se necessário analisar como operam os diferentes modelos de processo penal existentes, assim como suas características distintivas, e que possibilitam sua classificação (muito mais para fins pedagógicos do que efetivamente práticos, diga-se).

Assim, de acordo com Aury Lopes Jr.<sup>17</sup>, os dois grandes modelos processuais existentes são o acusatório e o inquisitório, os quais se diferenciam, essencialmente, pelo posicionamento assumido pelo magistrado encarregado de realizar o julgamento do processo.

Não obstante a isso, além do posicionamento do magistrado perante a acusação e a defesa, para que se possa, com maior precisão, identificar qual modelo processual está sendo analisado em determinada situação, faz-se necessário verificar qual o papel do juiz na atividade probatória – isto é, a forma com que é conduzida e realizada a gestão da prova.

### a) O modelo inquisitorial

No que diz respeito ao histórico e medieval modelo inquisitório<sup>18</sup>, suas distintivas características são fundadas, principalmente, na atuação do magistrado, o qual busca, de ofício, provar as imputações apresentadas, havendo grande confusão entre o sujeito “acusador” e o sujeito “julgador”.

Em relação a isso, Paganella Boschi<sup>19</sup> afirma que o magistrado, no sistema processual inquisitorial, comumente estimula acusações anônimas, atua em processos secretos e admite a confissão (ainda que sob tortura e conivência do advogado de defesa) como rainha das provas, etc.

<sup>15</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 08 jan. 2021.

<sup>16</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 129, inciso I. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 jan. 2021.

<sup>17</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 54.

<sup>18</sup> Para maiores informações, consultar KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **Malleus Maleficarum**. 1ª ed. Dover: Dover Publications. 1971.

<sup>19</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014, p. 78.

Em outros termos, o referido modelo processual penal visa(va), acima de tudo, a confissão (independentemente de culpa). Por sua vez, como resultado da sua aplicação integral – e não poderia ser de forma diferente, houve a disseminação do horror em um modelo de administração de “justiça” penal pautado pela crueldade e injustiça<sup>20</sup>.

Outrossim, faz parte da essência do modelo inquisitorial a aglutinação das funções de acusador e julgador nas mãos do magistrado, não existindo nele uma estrutura dialética (e que permita o contraditório). Por isso, uma vez que o magistrado decide a partir da prova que ele mesmo produziu, não é possível que haja imparcialidade do julgador<sup>21</sup>.

É necessário notar, ainda, que o modelo inquisitório possui outras características que o distinguem. Quanto a esse modelo processual penal em sua modalidade “histórica” (ou seja, que melhor descreve o modelo), deve-se destacar as características descritas por Michel Foucault<sup>22</sup>:

(...) todo o processo criminal, até à sentença, permanecia secreto: ou seja opaco não só para o público mas para o próprio acusado. O processo se desenrolava sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação.

Em resumo, é possível descrever o modelo inquisitório, de forma sucinta e em linhas gerais, como aquele em que o juiz atua ativamente na produção das provas necessárias, sendo a instrução realizada, em regra, de maneira escrita e secreta, sendo excluídos ou limitados os direitos de defesa e ao contraditório. Não existe, por óbvio, nesses casos, paridade de armas entre a defesa e a acusação<sup>23</sup>.

## **b) O modelo acusatório e o processo penal brasileiro**

No modelo acusatório, por outro lado, o magistrado deve ser claramente separado da acusação, devendo se manter equidistante das partes litigantes e não participar de maneira ativa na produção das provas necessárias (proibindo-se, geralmente, que o magistrado possa agir de ofício na produção das provas, mesmo que estas sejam indispensáveis). Assim, o início do processo e a prova, segundo esse modelo, ficam a cargo da acusação, sendo o magistrado apenas um sujeito passivo que deve

<sup>20</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014, p. 78. O autor vai além ao afirmar que a missão dos Inquisidores consistia em disseminar o horror, “mandando para as fogueiras centenas de inocentes, aproveitando-se do analfabetismo, da ignorância, das superstições grosseiras de um povo que vivia em habitações precárias, sem um mínimo de higiene, com a morte sempre ao lado, pelas guerras, pela fome e pelas pestes”.

<sup>21</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 45.

<sup>22</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 11. ed. Petrópolis: Vozes. 1994, p. 35.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 520.

receber tudo o que foi produzido pelas partes mediante contraditório, para que possa realizar um julgamento imparcial dos fatos ali discutidos<sup>24</sup>.

O modelo acusatório, então, pode ser descrito como aquele em que o juiz assume uma posição passiva rigidamente determinada, totalmente separada das partes e, assim, o julgamento se desenrola como um debate paritário, iniciado sempre pela acusação, a qual tem o ônus probatório, sendo essas provas produzidas mediante contraditório público e oral da defesa. Nesse cenário, o juiz é somente o solucionador do impasse<sup>25</sup>.

Desta feita, ao classificar o modelo processual penal brasileiro, Guilherme de Souza Nucci<sup>26</sup> argumenta no sentido de que, embora não seja algo oficial, o sistema processual adotado no Brasil é o “misto”.

Para o referido doutrinador existe, portanto, dois enfoques para esta análise: o constitucional e o processual – isto é, analisando-se apenas a Constituição Federal, seria possível afirmar que o modelo brasileiro é o acusatório, haja vista os princípios presentes em seu texto, marcado por uma clara ótica acusatória. Entretanto, o processo penal brasileiro é regido por um Código específico, datado de 1941, com uma clara visão inquisitiva e autoritária do processo. Desta forma, seria um híbrido de ambas as configurações processuais, podendo, por este motivo, ser considerado um modelo “misto”.

### c) E afinal, qual modelo processual?

Não obstante as definições apresentadas, quando analisada a legislação processual penal pátria, bem como a prática forense e de atuação das instâncias formais de controle, verifica-se uma espécie de fusão desses protótipos, com suas características fundidas em um só.

Não obstante a isso, ao tratar sobre a definição do modelo processual penal brasileiro, verificam-se importantes divergências, pois a classificação desse sistema como “misto” pode ser insuficiente.

É justamente nesta senda que Aury Lopes Junior afirma ser ilusório classificar o sistema como misto, uma vez que todos os sistemas possuem (em maior ou menor grau) alguma influência de outros modelos e, por conseguinte, a melhor forma de classificá-los seria a partir do princípio informador de cada um dos sistemas, especialmente quando relacionado à gestão da prova<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 47.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 517.

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 126.

<sup>27</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 69.

Portanto, o que deve ser analisado para definir em qual categoria se encaixa um determinado modelo processual, quando supostamente “misto”, é o da gestão da prova, de modo que se possa identificar seu núcleo. No caso brasileiro, existem alguns exemplos de como a gestão da prova se dá de maneira contrária ao que determinaria um modelo que se pretende acusatório.

Para tanto, faz-se imperioso analisar o artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal pátrio<sup>28</sup>, no qual há a facultativa permissão legal para que o magistrado, de ofício, ordene a produção de provas antecipadas e determine, no curso da instrução processual, diligências objetivando dirimir dúvidas relevantes.

Aqui, verificam-se dois problemas. Em primeiro lugar, essa postura claramente proativa do julgador em busca da produção probatória é totalmente incompatível com um modelo verdadeiramente acusatório, onde como já exaustivamente referido, o magistrado deve manter o distanciamento das partes (acusação e defesa), e apenas receber as provas por elas produzidas.

Em segundo lugar, se as provas produzidas no processo penal não forem suficientes para a formação da convicção condenatória do magistrado, este não deverá, de forma proativa e de ofício, buscar novas provas. Pelo contrário, pois de acordo com o ordenamento jurídico-penal brasileiro, há a consagração do princípio do *in dubio pro reo*. Ou seja, havendo dúvida, o magistrado não deve romper com o sistema acusatório, mas sim absolver o arguido<sup>29</sup>.

Não obstante a isso, o supracitado artigo 156 e seus incisos possibilitam uma clara postura proativa do julgador em busca da produção das provas necessárias, o que é, como visto, totalmente incompatível com a adoção de um modelo verdadeiramente acusatório, uma vez que, para que assim o fosse, o magistrado deveria assumir um papel de distanciamento das partes, apenas recebendo as provas regularmente produzidas por estas<sup>30-31</sup>.

Assim, como afirma Aury Lopes Junior<sup>32</sup>, não há nenhum problema na produção de provas antecipadas (durante a fase pré-processual). Entretanto, para que esta seja legítima, o magistrado deve

<sup>28</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 08 jan. 2021.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;  
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

<sup>29</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 08 jan. 2021.

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

<sup>30</sup> A título complementar, veja-se que o artigo 209 do CPP, em mais um flerte ao sistema inquisitorial, permite que o magistrado, independentemente de requisição das partes, poderá ouvir testemunhas que não foram por elas arroladas.

<sup>31</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 54.

<sup>32</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 71.

restringir sua atuação a mero expectador da prova, julgando apenas após prévio e fundamentado requerimento da acusação (via de regra, o Ministério Público). Por sua vez, ao não agir dessa forma, e conseqüentemente atuando ativamente na produção das provas, o juiz aproxima-se do modelo inquisitório de processo penal, incompatível com a Constituição Federal.

Dito isso, verifica-se que o modelo de processo penal brasileiro pode ser classificado como inquisitório (ou neoinquisitório, como forma de não o confundir com seu modelo histórico “puro”), uma vez que a gestão da prova ainda se encontra, primordialmente, nas mãos do juiz<sup>33</sup> – situação a qual não resiste à necessária filtragem constitucional, em que pese as mudanças recentemente aprovadas pela Lei n.º 13.964/19 possam representar importante ponto de inflexão.

## 2 – A CRIAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS PELA LEI N.º 13.964/19

A Lei n.º 13.964/19, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, dentre diversas alterações elaboradas, através da adição dos artigos 3-A, 3-B, 3-C, 3-D, 3-E e 3-F ao Código de Processo Penal, foi responsável por concretizar uma discussão não somente acadêmica, como também uma realidade processual penal existente em diversos países que adotam o chamado “modelo europeu continental” de processo penal<sup>34</sup>: a figura do Juiz das Garantias.

Nesta senda, o Juiz de Garantias é o magistrado que ficará responsável pela garantia da legalidade durante a investigação criminal, sendo de sua responsabilidade a salvaguarda dos direitos fundamentais e as garantias processuais das partes envolvidas – em especial do acusado.

Assim, além de atuar somente a partir de provocação, será responsável por analisar e (eventualmente) conceder as medidas cautelares necessárias à investigação do caso. De outro lado, sua competência, então, cessaria no momento do recebimento da denúncia ou queixa – oportunidade em que se inicia a fase processual, conduzida e julgada por outro magistrado<sup>35</sup>.

Ademais, além da criação da figura do juiz das garantias, importante salientar novamente que através do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, fruto da alteração legislativa em comento, a estrutura processual penal adotada de forma expressa, formal e oficial no Brasil passou a ser o modelo acusatório. Em decorrência disso, entende-se pela vedação do magistrado, por iniciativa própria e durante a investigação, tentar produzir provas eventualmente necessárias ou agir, de qualquer forma

<sup>33</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.77.

<sup>34</sup> A figura do juiz de garantias (ou equivalente) já está implementada nos sistemas processuais penais de países como Portugal, Alemanha e Itália, além de quase toda a América Latina.

<sup>35</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 08 jan. 2021. Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

que enseje na substituição das funções específicas do órgão acusador, por todos os motivos já aqui explanados.

Levando esse entendimento adiante, Aury Lopes Junior<sup>36</sup> é categórico ao afirmar que restam tacitamente revogados, dentre outros, os artigos 156, 385, 209 e 242 do Código de Processo Penal, ante sua frontal incompatibilidade com o agora expressamente adotado sistema acusatório<sup>37</sup>.

Portanto, para que exista um modelo de processo penal verdadeiramente acusatório no Brasil, seria necessário, então, que ator ocupe seu lugar constitucionalmente demarcado: ao Ministério Público cabe a acusação e a produção da prova (ou seja, é seu o ônus probatório); à defesa cabe, por outro lado, trazer seus argumentos e livremente se defender dos fatos imputados ao acusado (exercício do contraditório e da ampla defesa); e, por fim, ao magistrado cabe apenas e tão somente a atividade de julgar de acordo com as provas produzidas pelas partes (em especial, o acusador), exercendo o papel de mero espectador dessa produção probatória<sup>38</sup>.

Assim, em válida tentativa de se aplicar a construção de um processo penal efetivamente acusatório (e conseqüentemente mais democrático), surge a criação da figura do “juiz das garantias”, como maneira de materializar o necessário distanciamento entre o magistrado (que realizará o julgamento do processo) e as partes (especialmente a acusação), impedindo que aquele forme seu convencimento ainda no momento da investigação (onde o contraditório e a ampla defesa não são amplamente garantidos)<sup>39</sup>.

Ao tratar da necessidade desse modelo (Duplo Juiz), Lopes Junior (2020)<sup>40</sup> traz à tona a importância da existência da “originalidade cognitiva” do julgador, ou seja, que o primeiro contato do magistrado com os fatos narrados no processo se dê após o recebimento da denúncia, de modo que o juiz que irá realizar o julgamento não entre com a sua “imagem mental” previamente formada durante a fase da investigação, momento em que atuou concedendo as medidas cautelares necessárias. Faz-se imperioso, portanto, que para a efetiva existência do contraditório, o juiz chegue ao processo sem os pré-juízos e as pré-cognições que invariavelmente vão decorrer de sua atuação na fase da investigação.

Inclusive, imperioso destacar que inexistindo o modelo de “duplo juiz”, não é possível que o magistrado chegue ao processo com a mesma abertura para ouvir uma versão divergente (apresentada

---

<sup>36</sup> LOPES JUNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 56

<sup>37</sup> O art. 385 do CPP, por exemplo, permite que o magistrado condene o réu independentemente da posição adotada pelo Ministério Público, ou seja, mesmo que este pugne pela absolvição do acusado. Nesse caso, há evidente violação ao modelo acusatório, pois o julgador deixa de agir como mero terceiro imparcial, passando por cima do pedido da própria parte acusatória.

<sup>38</sup> LOPES JUNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 47.

<sup>39</sup> Para maiores informações, consultar ROVÉGNO, André. *O Inquérito Policial e os Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa*. 1ª. ed. São Paulo: Bookseller, 2015.

<sup>40</sup> LOPES JUNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 143.

pela defesa) dos mesmos fatos, ante a prévia contaminação. Como resultado, resta prejudicada a igualdade de condições cognitivas, de modo que em tais casos, a fase processual corre sério risco de ser mera formalidade de repetição (e confirmação, ainda que não conscientemente) do que previamente foi compreendido pelo magistrado durante as investigações, tornando o contraditório representado pela defesa claramente ineficiente<sup>41</sup>, além de macular o âmago democrático do processo penal.

Como forma de suprir essas lacunas, o juiz das garantias, a partir da promulgação integral da Lei n.º 13.964/19, atuará durante a fase de investigação, apreciando a (i)legalidade das medidas requeridas no curso da investigação criminal que possam intervir na esfera particular (e nos direitos fundamentais) do indivíduo, tal como é o caso da busca e apreensão, da prisão cautelar, da quebra de sigilo telefônico e/ou fiscal, entre outras.

Outrossim, sua competência cessará, então, após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, caso esta seja recebida, cedendo espaço para o magistrado que efetivamente irá realizar a instrução e o julgamento do processo.

Por fim, em perspectiva europeia, pode-se citar que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador, entendimento este que foi consolidado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos a partir dos casos Piersack (01/10/1982)<sup>42</sup> e De Cubber (26/10/1984)<sup>43</sup>.

Ou seja, em que pese a sistemática adotada dos países do continente europeu seja distinta daquela presente no Brasil, pertinente mencionar que de acordo com o TEDH, se o magistrado lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador, sob pena de violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> LOPES JUNIOR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 143.

<sup>42</sup> TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Piersack v. Bélgica**. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557>. Acesso em: 20 jan. 2021.

<sup>43</sup> TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Caso De Cubber v. Bélgica**. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465>. Acesso em: 20 jan. 2021.

<sup>44</sup> TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021. Art. 6.º Direito a um processo equitativo. I. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Assim, conforme decidido pelo TEDH no caso *Piersack vs. Bélgica*, a contaminação resultante dos “pré-juízos” conduz à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva<sup>45</sup>.

Dito isso, passa-se agora à análise das alterações legislativas apresentadas, bem como sua (in)adequação ao modelo processual acusatório constitucionalmente previsto e possíveis dificuldades existentes para a sua aplicação. Além, é claro, de verificar se a formatação e aplicação desses dispositivos legais não fere, material ou formalmente, as previsões constitucionais<sup>46</sup>.

### 3 – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n.º 6.298

No dia 27 de dezembro de 2019, a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, em conjunto com a Associação dos Juízes Federais – Ajufe, protocolou a Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 6.298 perante o Supremo Tribunal Federal, requerendo o reconhecimento de que foram promovidas, pela Lei 13.964/19, alterações inconstitucionais no Código de Processo Penal<sup>47</sup>.

Mais especificamente, a ADI se exsurge contra a criação da figura do “Juiz das Garantias”, tal como previsto nos artigos 3-A, 3-B, 3-C, 3-D, 3-E e 3-F do Código de Processo Penal, após as alterações trazidas pela Lei supracitada.

Para tanto, foram atacados diversos pontos específicos da alteração legislativa do Código de Processo Penal, os quais serão destacados de forma individualizada e pormenorizada abaixo.

#### a) Prazo para implementação

Conforme se denota pelo artigo 30 da Lei n.º 13.964/19, foi determinada a entrada em vigor do juiz das garantias (e demais alterações lá constantes) após a *vacatio legis* de apenas 30 dias.

<sup>45</sup> TRIBUNAL EUROPEU DE DIRETOS HUMANOS. *Caso Piersack v. Bélgica*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557>. Acesso em: 20 jan. 2021.

<sup>46</sup> Importa salientar que alguns aperfeiçoamentos na área processual penal podem ser realizados sem a necessidade da alteração dos dispositivos legais correspondentes. Exemplo maior disso é o caso da realização das audiências de custódia, prevista no Pacto de São José da Costa Rica e que, segundo o STJ (2020), foram implementadas nacionalmente a partir do ano de 2015 após Acórdão do Supremo Tribunal Federal, na ADI n.º 5240. Posteriormente, porém, houve a positividade dessa mudança por meio da alteração do artigo 310 do CPP, através da mesma lei aqui tratada (Lei n.º 13.964/19).

Entretanto, no caso apresentado, na tentativa de aperfeiçoamento do modelo acusatório, para que as mudanças fossem realizadas, fez-se necessária a alteração legislativa. Nesta, tenta-se aperfeiçoar o modelo processual penal brasileiro, tornando-o mais compatível com as exigências constitucionais de um modelo justo (acusatório) de processo penal, objetivando uma maior proteção aos direitos fundamentais e às garantias individuais dos cidadãos, uma vez que afasta o magistrado que irá julgar o processo da investigação e do inquérito policial para tentar garantir, com o distanciamento desse magistrado, um processo penal mais justo e eficiente.

<sup>47</sup> Sobre os fundamentos acrescentados à Petição Inicial, no dia 2 de janeiro de 2020, pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais (Ajufe), destaca-se a falta de Alberto Pavie Ribeiro, o qual afirma que a oposição apresentada na ADI n.º 6.298 não se dá à implantação de um juízo das garantias em si (ou seja, um modelo de duplo-juiz, como garantia da originalidade cognitiva do magistrado e do sistema acusatório), mas ao modelo que efetivamente foi criado pela Lei n.º 13.964/19. Ou seja, não é uma simples oposição à função processual proposta pela referida Lei, mas à forma como esta foi consolidada na legislação analisada.

Diante disso, os peticionantes na referida ADI entendem que a exequibilidade do juiz de garantias estaria em dúvida, uma vez que as mudanças necessárias para sua aplicabilidade seriam demasiadamente profundas. Ainda, afirmam que a estrutura atual dos Tribunais estaduais não comporta uma mudança estrutural tão grande e em tão pouco tempo, sendo necessário um prazo maior para a sua aplicabilidade.

Devido a essa argumentação, dentre outras, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, conforme já mencionado, suspendeu indefinidamente (revogando decisão anterior, concedida pelo ministro Dias Toffoli, que suspendia pelo prazo de cento e oitenta dias) a eficácia do juiz de garantias.

Não obstante a isso, entende-se que a suposta insuficiência do prazo não pode ser considerado um obstáculo à criação da figura do juiz das garantias, pois este apenas deverá entrar em vigor após o julgamento da ADI de nº 6.298 – o que, diga-se de passagem, ainda não possui prazo para ocorrer<sup>48</sup>.

Outrossim, fato é que a (in)suficiência do prazo concedido de *vacatio legis* não versa sobre questão de ordem constitucional. Ou seja, não se pode tratar como “inconstitucionalidade” a eventual dificuldade de aplicação do juiz de garantias, com base na exiguidade do prazo concedido para tanto. Isto porque essa questão trata de uma dificuldade técnica (ainda que bastante relevante), a qual deverá ser solucionada de maneira individualizada pelos Estados e Tribunais respectivos, de acordo com as especificidades e realidades de cada qual.

## **b) Competência Legislativa**

Outro argumento afirmando pelos peticionantes da ADI nº 6.298 foi que, com base no artigo 24 da Constituição Federal<sup>49</sup>, a competência legislativa do caso em tela seria concorrente entre a União e os Estados, e que por isso, a União possuiria apenas competência para determinar normas de caráter geral.

A referida argumentação não está incorreta. Contudo, faz-se necessário compreender de forma mais pormenorizada o que efetivamente compreende as “normas de caráter geral” citadas no supracitado artigo constitucional – isto é, diferenciar normas gerais e normas específicas, a fim de esclarecer qual o limite existente entre uma e outra.

<sup>48</sup> LOPES JUNIOR. Aury. Direito Processual Penal. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 49.

<sup>49</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 jan. 2021.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Nesta senda, Sarlet (2016)<sup>50</sup> indica que são gerais aquelas normas que apenas estabelecem os princípios e diretrizes de natureza geral e aberta, sendo mais abstratas, e não adentrando nos pormenores do assunto legislado. Assim, essas legislações possuem caráter nacional e são destinadas à aplicação uniforme em todos os Estados, reservando-lhes o espaço adequado para sua competência suplementar, a qual efetivamente colocará em prática as determinações da norma de caráter nacional, o que deve ocorrer no caso em tela.

Especificamente sobre a designação do juiz das garantias, entende-se que sua implementação será realizada conforme as normas organizacionais da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando as regras específicas de cada um dos Tribunais, conforme previsão ao artigo 3º-E do Código de Processo Penal. Isso deixa espaço, portanto, para que a competência concorrente atue de maneira regular, determinando as normas específicas para a aplicação da norma geral no contexto específico de cada um dos Estados.

Com essa compreensão, então, percebe-se que a alteração trazida pela Lei n.º 13.964/19 não cria determinações específicas acerca das divisões internas a serem realizadas por cada um dos tribunais estaduais, não determinando como esta deverá ocorrer em cada um dos casos.

Como versa o supracitado artigo, a Lei instituiu apenas a regra geral pela qual deverá ser realizada a distribuição das competências, incluindo agora a do juiz das garantias durante a fase pré-processual, o que deverá posteriormente ser regulado por cada um dos Estados.

Ainda, imperioso destacar que a eventual dificuldade para executar as determinações da Lei n.º 13.964/19, haja vista as especificidades de cada uma das regiões do país, não a torna necessariamente inconstitucional. Faz-se necessário, a partir disso, realizar uma melhor análise acerca da possibilidade e viabilidade de sua aplicação (o que deverá ser feito pelos Tribunais de cada um dos Estados), respeitando-se as contingências e necessidades específicas de cada um dos locais.

### **c) A questão do Juiz Natural**

Outro argumento trazido no corpo da ADI em comento diz respeito ao fato de que a criação da figura do juiz das garantias violaria a previsão constitucional do juiz natural, uma vez que o inciso LIII do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Nesse sentido, a AMB afirmou que a criação do juiz das garantias não observaria a regra constitucional que determina a unidade da jurisdição e sua indivisibilidade.

---

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 870.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes<sup>51</sup>, o juiz natural é aquele que legitimamente possui os poderes da jurisdição, possuindo todas as garantias necessárias e inerentes a esse cargo (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, nos termos do artigo 95, incisos I, II e III da Constituição Federal), sendo sua competência para julgar o fato fixada com base em critérios gerais, e devendo estes serem anteriores ao acontecimento que deu origem à lide.

Expandindo esse raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero<sup>52</sup> referem que o juiz natural é aquele cuja competência foi estabelecida aleatoriamente, não podendo ele ser escolhido pela parte. Para tanto, a técnica processual visa assegurar a aleatoriedade da distribuição das causas e dos recursos.

Assim, compreende-se que o juiz natural deve ser aquele previsto constitucionalmente para julgar aquela determinada causa, sendo uma de suas exigências a aleatoriedade e o distanciamento em relação às partes. Deste modo, percebe-se que no projeto de criação do Juiz de Garantias, não há interferência nessa aleatoriedade no momento da distribuição das competências.

Portanto, sendo respeitadas as já citadas regras inerentes ao papel de cada uma das partes no processo penal do sistema acusatório, não assiste razão à argumentação segundo a qual o juiz das garantias, mesmo que escolhido de maneira aleatória e regular, deveria ser considerado como uma violação ao princípio do juiz natural, uma vez que não se trata de um juízo *ad hoc*, sendo a sua competência determinada previamente através da alteração legislativa objeto deste estudo.

Essa mudança tem por objetivo, na realidade e como já exaustivamente abordado no presente texto, propiciar um maior distanciamento do magistrado que julgará os fatos narrados denunciados, a fim de melhor preservar o sistema acusatório do processo penal. Assim, o supracitado distanciamento não consiste em violação à naturalidade do juízo.

Nesse sentido, portanto, a criação da figura de um juiz das garantias alteraria a escolha dos magistrados, uma vez que as tarefas seriam divididas entre a fase do inquérito e a fase da instrução processual propriamente dita. Porém, como a escolha desses magistrados seria realizada de maneira aleatória, seguindo todas as determinações legais e constitucionais, não é possível atestar a inconstitucionalidade dessa mudança, uma vez que esta não altera a fixação de um juiz natural para o processamento do feito. Ao contrário, ela pretende ampliar o distanciamento entre o magistrado e as partes, possibilitando, na prática, sua maior imparcialidade.

---

<sup>51</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 487.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 764.

Assim, na realidade, a criação da figura do juiz das garantias possibilitaria ao magistrado, através de sua “originalidade cognitiva”<sup>53</sup>, melhores condições materiais para o exercício da jurisdição, fazendo com que a garantia do juiz natural alcançasse mais plenamente seus objetivos (dentre eles, um julgamento livre concepções preestabelecidas, nesse caso muitas delas advindas do momento das investigações preliminares).

#### **d) Irretroatividade da Lei Processual Penal**

O Código de Processo Penal, ao abordar o momento de entrada em vigência das novas legislações que tratam da sistemática processual penal, dispõe em seu artigo 2º que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Do supracitado artigo, depreende-se que a aplicação da nova legislação processual penal se dará logo após o fim da respectiva *vacatio legis*. Entretanto, previne o mesmo dispositivo legal, que isso não prejudicará a validade dos atos previamente realizados sob a égide da lei anterior, de modo que estes permanecem válidos, não deixando espaço para dúvidas acerca da validade das normas em uso durante o processo penal.

Assim, seguindo esse raciocínio, será necessário que o Supremo Tribunal Federal, analisando essa ADI, module os efeitos dessa alteração legislativa, determinando como será desenhada a entrada em vigor da lei nesse caso – isto é, se ela atingirá os processos em curso, ou se afetará apenas os processos que se iniciarem a partir do momento de vigência da lei.

Importa frisar, neste ponto, que os atos previamente praticados permanecem válidos (medidas cautelares e outras medidas durante a fase do inquérito policial). Porém, a partir desse momento já existe a possibilidade de aplicação das alterações trazidas pela Lei n.º 13.964/19, podendo a fase instrutória ser realizada por outro magistrado sem ferir, com isso, a regra de irretroatividade prevista no supracitado art. 2º do CPP, uma vez que a alteração legislativa não poderá ser invocada para se pleitear a nulidade dos atos processuais previamente praticados.

#### **e) Das comarcas de juízo único**

Embora não direcionado especificamente com a (in)constitucionalidade da medida, um dos maiores desafios na aplicação do juiz de garantias, é a questão relacionada às comarcas de juízo único.

Para tanto, faz-se importante analisar pormenorizadamente os argumentos apresentados, uma vez que estes tratam da concretude e dos efeitos da lei aqui tratada.

---

<sup>53</sup> LOPES JUNIOR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020, p. 144.

Nesta senda, veja-se o art. 1º da Resolução n. 213/2005 do CNJ, que posteriormente inspirou o art. 310 do Código de Processo Penal:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

O supracitado artigo descreve a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia, nos casos em que houver a prisão em flagrante delito de alguém.

A situação narrada criaria, em teoria, uma dificuldade na colocação em prática do juiz das garantias nas comarcas de vara única, uma vez que o juiz que realizasse a audiência de custódia consequentemente impossibilitado de atuar na posterior fase instrutória do processo, de modo que sua participação no processo penal ficaria restrita ao papel de juiz de garantias, e não haveria outro magistrado para desempenhar a função de julgador após a apresentação da denúncia.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça<sup>54</sup>, em análise ao panorama geral do Poder Judiciário brasileiro, 20% das comarcas do país são formadas por juízo único, ou seja, possuem apenas um magistrado, que é responsável pelos julgamentos nas mais diversas áreas do Direito. Essa quinta parte, portanto, consiste em locais onde haveria maior dificuldade prática para a implementação do juiz de garantias, ante a exigência da realização de audiências de custódia.

Nesses casos, portanto, faz-se necessário compreender como será o prosseguimento desses processos, uma vez que ao realizar a audiência de custódia (atuando, posteriormente, na fase anterior à denúncia, decretando as medidas cabíveis), a instrução e o julgamento do processo não poderão ser realizados por esse mesmo magistrado, o que tornaria difícil (e, talvez, excessivamente onerosa) a aplicação do juiz das garantias nesses processos. Essa é uma das dificuldades técnicas relevantes para a efetivação do modelo proposto pela Lei 13.964/19.

Aqui, várias alternativas podem ser citadas. Em primeiro lugar, pode-se trabalhar com uma espécie de “revezamento” de julgamento entre os magistrados de comarcas vizinhas, onde cada um deles realizaria as funções que estariam vedadas aos magistrados da cidade onde está tramitando o processo.

Por outro lado, poder-se-ia também criar varas regionais especializadas no exercício da função do juiz de garantias, tal qual ocorre na Central de Inquéritos em São Paulo<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> CONJUR. **CNJ mostra que 20% das varas têm só um juiz, metade do que disse Moro**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-05/cnj-mostra-20-varas-juiz-metade-disse-moro>>. Acesso em 19 jan. 2021.

<sup>55</sup> CONJUR. **Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>>. Acesso em 19 jan. 2021.

Não obstante a isso, importa frisar que as eventuais dificuldades técnicas e operacionais (tal como de orçamento e de falta de pessoal) não tornam a lei incompatível com o modelo processual previsto na Constituição Federal. Desse modo, as dificuldades para sua implementação (que de fato são existentes e naturais em qualquer mudança dessa magnitude), não podem se configurar como fundamento único para ser declarada a sua inconstitucionalidade, ainda mais quando essa alteração possui, em seu cerne, o objetivo de concretizar um modelo acusatório de Processo Penal no país.

## CONCLUSÃO

A Lei n.º 13.964/19 foi sancionada pelo Presidente da República, embora com alguns vetos, no dia 24 de dezembro de 2019. Por sua vez, em boa parte, entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020. Quanto ao juiz das garantias, porém, essa eficácia ainda não ocorreu, aguardando-se, ainda, decisão do Supremo Tribunal Federal.

Como foi concedida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux a decisão liminar na Medida Cautelar das ADIs n.º 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, a eficácia do juiz das garantias permanece suspensa de maneira indeterminada.

Em análise aos fundamentos que embasam a elaboração da ADI n.º 6.298, resta claro que ainda existem alguns ajustes necessários para que o juiz de garantias seja, de maneira eficaz e conforme previsto em lei, efetivamente colocado em prática (tal como a dificuldade para se realizar o rodízio dos magistrados nas comarcas de júízo único).

Por outro lado, em que pese seja necessário aguardar a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADIs n.º 6.298, 2.299, 6.300 e 6.305, fica demonstrado que o juiz das garantias, nos moldes apresentados pela Lei n.º 13.964/19, não possui aparentes inconstitucionalidades capazes de afastar a sua aplicação.

Partindo da compreensão de que o modelo de processo penal adotado no Brasil traz profundas raízes autoritárias e inquisitoriais, herança do seu período de criação, a lei em comento tem o poder de representar uma mudança de paradigma para o Direito brasileiro.

Isto porque, ao adotar expressamente um modelo acusatório, abriu-se espaço para que sejam posteriormente declarados inconstitucionais diversos artigos ainda presentes no Código de Processo Penal e que possuem clara matriz inquisitorial.

Soma-se a essa alteração processual em direção a um modelo acusatório, como forma de materializá-la, a criação da figura do juiz das garantias, abrindo-se a possibilidade para que seja possível, materialmente (e não apenas de maneira formal) imaginar um processo em que o magistrado responsável por julgar o caso se encontre em uma posição de terceiro desinteressado.

Assim, conforme Aury Lopes Junior<sup>56</sup> há muito apregoa, faz-se necessária a existência da “originalidade cognitiva” do juiz criminal (agora, possibilitada pela criação do juiz das garantias) para que se garanta a igualdade de condições cognitivas no exercício do contraditório processual, não sendo possível essa garantia quando o magistrado chega ao processo com sua “imagem mental” previamente formada por sua atuação no momento da investigação (momento em que, é importante frisar, não existe o contraditório de maneira devida), pois isso acarretaria uma posição do magistrado que busca apenas concretizar o seu entendimento previamente formado (sendo isso inconsciente e, portanto, incontrolável).

Por este motivo, a criação do juiz das garantias, assim como a adoção expressa de um modelo acusatório, realizadas pela n.º Lei 13.964/19, podem significar uma mudança paradigmática no Processo Penal brasileiro, aprofundando cada vez mais o modelo acusatório no país e criando, materialmente, as condições para que possa ser exercida a imparcialidade do magistrado no momento de tomada de decisões, conforme a previsão constitucional.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12ª ed. São Paulo: Editora Gen. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 08 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20)>. Acesso em: 08 jan. 2021.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.

CNJ. **Resolução n.º 213 de 15/12/2015**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2234#:~:text=RESOLVE%3A,realizou%20sua%20pris%C3%A3o%20ou%20apreens%C3%A3o>> Acesso em: 19 jan. 2021.

---

<sup>56</sup> LOPES JUNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2020, P. 143.

CONJUR. **CNJ mostra que 20% das varas têm só um juiz, metade do que disse Moro.**

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-05/cnj-mostra-20-varas-juiz-metade-disse-moro>>. Acesso em 19 jan. 2021.

CONJUR. **Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo.**

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>>. Acesso em 19 jan. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão.** 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro.** 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **Malleus Maleficarum.** 1ª ed. Dover: Dover Publications, 1971.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROVÉGNO, André. **O Inquérito Policial e os Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa.** 1ª. ed. São Paulo: Bookseller, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

STF. **Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado.**

Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIRETOS HUMANOS. **Caso De Cubber v. Bélgica**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIRETOS HUMANOS. **Caso Piersack v. Bélgica**. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2021

Submetido em 18.04.2023

Aceito em 11.03.2024