



JUIZ DAS GARANTIAS: O NASCIMENTO LEGISLATIVO DO JUIZ DAS INVESTIGAÇÕES E SUA CONSTITUCIONALIDADE FORMAL

Felipe Braga de Oliveira¹

Resumo:

O presente artigo estuda a constitucionalidade formal da Lei nº 13.964/2019, cognominada de “pacote anticrime”, que previu o juiz das garantias, figura judicial responsável pelo controle da legalidade dos atos de investigação criminal. Com o advento da lei, surgiram ações constitucionais buscando o reconhecimento da incompatibilidade do instituto com a ordem jurídica brasileira. O estudo, portanto, debruça-se sobre os argumentos autorizadores da constitucionalidade do juiz das garantias, em consonância com o pacto federativo e a garantia do juiz natural e imparcial.

Palavras-chave: juiz das garantias; pacote anticrime; constitucionalidade; legalidade; processo penal

GUARANTEE JUDGE: THE LEGISLATIVE BIRTH OF THE INVESTIGATIONS JUDGE AND ITS FORMAL CONSTITUTIONALITY

Abstract:

This article deals with the formal constitutionality of Law 13.964 / 2019, known as the “anti-crime package”, which provided for the judge of guarantees, a judicial figure who will be responsible for controlling the legality of acts of criminal investigation. With the advent of the law, constitutional actions arose seeking to recognize the institute's incompatibility with the Brazilian legal order. The study focuses on the arguments authorizing the constitutionality of the judge of guarantees, in line with the federal pact and the guarantee of the natural and impartial judge.

Keywords: judge of guarantees; anti-crime package; constitutionality; legality; criminal proceedings

INTRODUÇÃO

Ao apagar das luzes de 2019, no dia 24 de dezembro, fora sancionada a Lei nº 13.964, cognominada de “Pacote Anticrime”. O projeto de lei teve como objetivo aprimorar a legislação penal e processual penal brasileira, trazendo em seu bojo, além de modificações no Código Penal

¹ Doutorando em Direito (FADISP). Mestre em Direito (UEA). Especialista em Ciências Criminais (PUCMINAS). Especialista em Direito Penal e Criminologia (PUCRS). Especialista em Direito Penal e Processual Penal (UCAM). Professor universitário (FMF e CEUNIFAMETRO). Diretor do Instituto Amazonense de Direito Aplicado (IDA). Advogado.



e na Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), alteração significativa no Código de Processo Penal, especialmente com a criação do “juiz das garantias”.

A figura do Juiz das Garantias fora estabelecida no art. 3º-B do Código de Processo Penal, prevendo: “Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário [...]”.

Em síntese, tal juízo seria responsável pela legalidade dos atos praticados na investigação criminal, como na deliberação sobre prisões cautelares, bem como, de modo mais elástico, teria a incumbência de proferir decisão de recebimento da denúncia ou queixa, em caso de seu oferecimento.

Entretanto, antes da vigência da referida lei, cuja *vacatio* era prevista para trinta dias, algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram propostas perante a Suprema Corte, alegando a existências de vícios formais e materiais a requerer tais declarações.

Tratam-se das Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 6.298, 6.299, 6.300, 6.305. Nestas, em suma, arguiu-se a inconstitucionalidade do juiz das garantias sob os seguintes fundamentos, primordialmente: (a) violação da CF por vícios de competência e iniciativa legislativa; (b) violação ao pacto federativo; (c) violação aos princípios do juiz natural, da isonomia e da segurança jurídica; e, (d) igual violação à determinação do art. 169, §1º, da CF/88, tendo em vista que a instituição do “juiz das garantias” implicaria, necessariamente, aumento de despesas, sem correspondente previsão orçamentária

Apresentada a devida contextualização, sob o prisma do processo penal contemporâneo, seus fundamentos em razão da Constituição Federal, tem-se a seguinte problemática: é o Juiz das Garantias constitucional sob o aspecto formal? São pertinentes, ao olhar do constituinte de 1988, as impugnações feitas à nova sistemática do Código de Processo Penal?

Embora se diga acerca da novidade do sistema do *double juez*, como define a doutrina chilena, tal desenho já é realidade em diversos países, inclusive sul-americanos, como o citado Chile e o Uruguai, além de ter-se, em maior abrangência, no direito italiano.

O tema está em voga nas principais doutrinas processuais penais recentes. O estudo, portanto, é carente, ainda, da análise de seu desenvolvimento, ou seja, a práxis, para verificar-se eficiente ou não. Entretanto, este diagnóstico deve ser objeto de estudo futuro.



Oportunamente, imperioso registrar que o instituto se encontra suspenso por decisão na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300, 6.305, cuja relatoria compete ao Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux. Frise-se que a primeira decisão cautelar, a suspender a eficácia do instituto foi exarada pelo Ministro Dias Toffoli, no exercício da presidência do STF, em vista do período de recesso.

Nesse sentido, almeja-se, com a pesquisa, estabelecer marcos teóricos plausíveis para a declaração de constitucionalidade, ou não, do instituto trazido ao processo penal pátrio, no concerne, especificamente à alegada inconstitucionalidade formal. Ressalta-se que a incompatibilidade material deverá ser objeto de estudo posteriormente.

A multidisciplinaridade do tema é razão de destaque nesta perspectiva. Ao observar-se, necessariamente, as determinações constitucionais, certo é que a doutrina jurídica constitucional e, ainda, a Teoria Geral do Processo Penal passarão ao estreito da celeuma. A atualidade do tema torna-o intrigante e fonte de estudos substanciosos acerca da natureza jurídica do instituto, seus limites e atribuições.

É neste aspecto que reside a relevância acadêmica da problemática trazida à discussão na pesquisa que se propõe. Diversos argumentos são impingidos para solapar a criação do juiz das garantias na ordem jurídica brasileira. Isto posto, necessário dispender argumentos jurídicos acerca da constitucionalidade da escolha legislativa a alterar o Código de Processo Penal, realizada após mais de 30 anos da Carta da República, levando-se em conta o Estado Democrático de Direito.

JUIZ DAS GARANTIAS: O NASCIMENTO LEGISLATIVO DO NOVO JUÍZO DAS INVESTIGAÇÕES E SUA CONSTITUCIONALIDADE FORMAL

Busca-se, desde 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a ascensão de um processo penal cujo sistema acusatório seja adotado em sua integralidade, deixando-se ao passado a sistemática inquisitorial de um código cujas determinações foram estabelecidas em pleno Estado Novo (1930-1945), com poderes instrutórios também nas mãos dos juízes, que assumem protagonismo.

Como salienta André Nicolitt (2019, p. 47):



o Código de Processo Penal, instituído pelo Dec.-Lei 3.689/1941 e inspirado na legislação italiana de 1930, com cariz autoritário em razão da influência do regime fascista que imperou no referido período. Essa cultura impregnou-se de tal forma que nem mesmo a recente reforma processual de 2008 foi capaz de purificar o Código de toda influência inquisitória e autoritária, incompatível com a ordem constitucional democrática.

Infelizmente, a construção legislativa italiana desde 1930 até o momento presente não fora acompanhada pelo Brasil, especificamente quanto à imparcialidade do juiz e a dissonância cognitiva necessária a formar o seu convencimento acerca do fato sob julgamento.

O Juiz das Garantias, previsto no art. 3º-B, a partir da Lei nº 13.964/2019, trata-se de juízo responsável pelo controle da legalidade de qualquer investigação criminal. Deve, nesse sentido, ser comunicado da totalidade de investigações iniciada, podendo decidir sobre matérias sujeitos à reserva de jurisdição, como determinação de prisão preventiva ou temporária, bem como quebra de sigilos bancário e fiscal, entre outras.

Segundo Renato de Lima (2020, p. 114):

Consiste, pois, na outorga exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, o qual ficará, na sequência, impedido de funcionar no processo judicial desse mesmo caso penal. Cuida-se de verdadeira espécie de **competência funcional por fase do processo** [...].

Aury Lopes Junior (2020, p. 188) ensina ser fundamental a sistemática do duplo juiz, porque a matriz acusatória constitucional depreende não haver imparcialidade do juiz, bem como estrutura dialética e tampouco contraditória em um sistema inquisitório cuja aglutinação de funções está na mão do juiz. Outrossim, baseia-se na garantia da originalidade cognitiva, a qual o juiz deve formar “sua convicção a partir da prova colhida originariamente no contraditório judicial”.

Logo, objetiva coadunar o princípio da imparcialidade do juiz, já que aquele responsável por exarar a sentença terá ineditismo quanto às provas, tendo em vista que estas devem ser produzidas na instrução criminal, salvo casos de provas antecipadas produzidas. Esquadrinha-se, assim, a não contaminação subjetiva do julgador.

Já cediço que princípio do juiz natural “decorre da necessidade de se assegurar um julgamento por um juiz independente e imparcial. Por tal razão, a Constituição procedeu à



vedação de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII) e à proibição de escolha de juízes (art. 5º, LIII)” (NICOLITT, 2019, p. 412).

O Projeto de Lei do Senado (PLS) 156/2009, que propõe a edição de um novo Código de Processo Penal prevê o “juiz das garantias”. Com certo grau de probabilidade, a reforma integral do Código ocasionaria maior reflexo na mudança de visão do Poder Judiciário e seus atores, migrando-se do autoritarismo e protagonismo judicial para a gestão da prova exclusivamente pelas partes.

Nesse sentido, expõe Fauzi Choukr (2011, p. 129) disserta que as opções por alterações pontuais na legislação processual penal, como a fundada pela Lei nº 11.690/2008, até então resultou em virtudes completamente esvaziadas por deficiências estruturais.

Entretanto, pertinente determinação, cujo seu conteúdo inicial já exhibe qual a perspectiva que se quer refletir no processo penal brasileiro: “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” (CPP), dispositivo incluído pela Lei nº 13.964, de 2019.

O problema ora apresentado, acerca da inconstitucionalidade formal da instituição do juiz das garantias, comporta algumas soluções jurídicas. Em análise sumária, os argumentos expendidos pelas associações e partidos políticos impugnantes, *prima facie*, estariam presentes, merecendo análise apurada.

Inicialmente, alega-se haver **duas inconstitucionalidades formais na Lei nº 13.964/2019**.

Em primeiro momento, tem-se que esta não dispõe somente sobre normas gerais de processo penal, mas adentra na matéria procedimental, cuja competência legislativa é concorrente entre a União e Estados da federação.

No mesmo sentido, haveria outra inconstitucionalidade formal, pois caberia aos Tribunais a competência para criação de órgãos do Poder Judiciário (art. 96, inciso I, alínea d, e inciso II, alíneas b e d). Desse modo, a vertente argumentativa seria no sentido de que a criação do juiz das garantias estaria na esfera de atribuição dos Tribunais, em suas respectivas leis de organização judiciária. Estes deveriam atribuir tal competência, criando, inclusive varas ou centrais destinadas, exclusivamente, à análise das investigações criminais.



Nos dois casos, a transgressão seria ao pacto federativo bem como à disposição expressa do art. 24, inciso XI e §1º, da Constituição Federal, que assevera:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
[...]
XI - procedimentos em matéria processual;
[...]
§1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Isto posto, quanto ao primeiro aspecto, o argumento central é de que caberia à União a edição somente de normas gerais e, aos Estados, estabelecerem, conforme suas leis de organizações judiciárias, o *modus operandi* do instituto, pois as mudanças promovidas “não se enquadram propriamente como processuais, na medida em que revestida de caráter eminentemente estrutural, comprometendo a organização judiciária em todos os entes federados” (ADI 6.299/DF).

Funda-se a inconstitucionalidade na tese de que a lei, ao passo que contempla normas gerais, ao criar o juiz das garantias também inova em normas de procedimento em matéria processual, ao dispor sobre a vedação de iniciativa do juiz na fase de investigação (art. 3º-A), sua competência e enumeração dos atos que deverá praticar (art. 3º-B), a extensão da competência (art. 3º-C), causas de impedimento do juiz (art. 3º-D), forma de designação para exercer a função (art. 3º-E) e acerca dos deveres dos juízes (art. 3º-F). Ao fim e ao cabo, tratou o legislador federal de fase pré-processual do inquérito, procedimentalizando-o, violando a competência legislativa concorrente da União e dos Estados.

A competência legislativa concorrente autoriza que mais de um ente sobre um mesmo domínio. No caso do juiz das garantias, nos moldes como estabelece Paulo Mohn (2008, p. 16), verifica-se a competência concorrente não-cumulativa (ou limitada), ou seja, aquela que

implica uma repartição vertical, em que se verifica uma correspondência entre o nível federativo e a abrangência da legislação, de modo que cabe à União dispor sobre normas gerais e aos Estados adotar normas suplementares, dirigidas para o seu âmbito e especificidade de atuação.

Todavia, não se desconhece a incerteza sobre a extensão da expressão “geral” em detrimento da competência estadual, podendo-se aquela invadir esta.



Com o fim de verificar se a União ultrapassou os limites impostos e usurpou a competência concorrente dos Estados, necessária a verificação das particularidades das normas gerais. São características de tais normas, de acordo com Moreira Neto (1988, p. 149):

- a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas;
- b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado;
- c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos;
- d) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas;
- e) só cabem quando preencham lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflito;
- f) devem se referir a questões fundamentais;
- g) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados;
- h) são normas de aplicação direta.

Dessa forma, os dispositivos relativos ao juiz das garantias, em suma, preenchem as características acima transcritas. Observe-se que, o art. 3º-A expõe diretriz e linha mestra do processo penal brasileiro, ao certificar a sua estrutura acusatória, a qual se almeja desde a CF de 1988 e as alterações substanciais posteriores, notadamente aquela que reformou, em 2008, a estrutura de produção de provas.

Conquanto preenchidas sete das oito características das normas gerais organizadas pelo magistério de Moreira Neto (1988), uma não se perfaz na Lei nº 13.964/2019, isto é, o parágrafo único do art. 3º-D, que impõe: “nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um *sistema de rodízio de magistrados*, a fim de atender às disposições deste Capítulo” (itálico nosso). Nesse aspecto, como afirmado alhures, deve ser declarada inconstitucional.

Isto porque, tal determinação legal extrapola diretrizes gerais, adentra pormenores, buscando esgotar o assunto ou propor solução jurídica uniforme aos entes federados, homogeneizando o modo como se será aplicada a regra, inoportunizando aos Estados o exercício de sua autonomia para estabelecer, de acordo com suas experiências, inclusive geográficas, o modo de cumprir a determinação universal, impondo aplicação direta do referido “rodízio de magistrados”.

Partindo-se da premissa exposta por Paulo Mohn (2008, p. 18), ao basear-se em Moreira Neto (1988) e Carlos Pinto (1949), não se consideram normas gerais:

- a) as que objetivem especialmente uma ou algumas dentre as várias pessoas congêneres de direito público, participantes de determinadas relações jurídicas;
- b) as que visem, particularizadamente, determinadas situações ou institutos jurídicos, com a exclusão de outros, da mesma condição ou espécie;



c) as que afastem dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores ou detalhes.

Busca-se, ainda mais na seara processual penal, a prescrição de normas nacionalmente uniformes, vez que é através destas regras que se instrumentaliza a pretensão punitiva estatal, sendo necessária padronização do essencial sem cercear as peculiaridades das unidades federadas.

Ou seja, embora tenha sido determinada a cisão funcional acerca da atuação dos juízes, certo é que “os Estados permanecem, então, com a competência complementar de pormenorizá-las, pela elaboração de suas normas específicas. Se as normas gerais fixam o que é uniforme a todos”, isto é, a existência de um juiz controlador da legalidade dos atos de investigação a qualquer cidadão, “as normas complementares virão dispor sobre as necessidades e especificidades de cada Estado” (MOHN, 2008, p. 20).

Rechaça-se a existência de incompatibilidade da novel lei à ordem jurídica constitucional é a de que o legislador federal ateuve à sua competência legislativa. Não se olvida, ademais, que, enquanto não existia determinação de âmbito federal, alguns Estados, como Amazonas e São Paulo, por sua natureza complementar, estabeleceram Centrais de Inquéritos, cuja competência era, em síntese, atribuir a juízes a responsabilidade pela investigação criminal em curso e deliberar sobre atos cuja reserva de jurisdição é cominada.

Norma processual pura (ou propriamente processual) pode ser compreendida como aquela:

norma jurídica que disciplina a atividade do juiz e das partes para a realização do direito objetivo e para a composição dos conflitos de interesses não regulados pela norma material; norma jurídica que atribui poderes e impõe deveres ao juiz e aos seus auxiliares, e às partes e aos auxiliares destas, para o acerto das normas jurídicas, para a execução dos comandos jurídicos e para a composição de conflitos de interesses ainda não compostos em relação jurídica (STF, ADI 4.414/AL, rel. Min. Luiz Fux, Dje de 17/06/2013)²

² Corresponde à tradução livre, realizada pelo Ministro Luiz Fux, do trecho: “norma giuridica che disciplina la attività del giudice e delle parti per la realizzazione del diritto obbiettivo e per la composizione di conflitti di interessi non regolati da norme giuridiche materiali; norma giuridica che attribuisce poteri e impone doveri al giudice e ai suoi ausiliari e alle parti e ai loro ausiliari per lo accertamento delle norme giuridiche per la esecuzione dei comandi giuridici e per la composizione di conflitti di interessi non ancora composti in rapporto giuridico”. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. V. Primo. Padova: CEDAM, 1986. p. 184).



Fala-se em matéria processual, como aquela prevista no art. 447 do CPP estabelecida de que “o Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento”.

Nesta hipótese, exemplificadamente, não há espaço para compreensões diversas por parte das leis de organizações judiciárias locais, posto que está no raio de incidência do art. 22, I, da CF no que pertence à competência da União. Neste ponto, independe se a lei de organização judiciária definirá varas especializadas, neste caso, varas do Tribunal do Júri.

De igual modo, previu o legislador acerca da competência dos juízes, independentemente se haverá, ou não, varas especializadas. Previu o legislador que os juízes, inclusive os mesmos em atuação nos Fóruns, deverão ser responsáveis pelo controle de legalidade da investigação e outros pela condução da instrução e por proferir a sentença.

É inequívoco que a Constituição não trouxe elementos para distinguir as duas espécies (normas de processo e de procedimento). Entretanto, consoante defende longinquamente, Machado Guimarães (1969, p. 68), “procedimento não é senão a maneira por que se exterioriza uma relação jurídica que se encontra essencialmente em via de gradual desenvolvimento”.

Normas de procedimento são os modos com os quais o legislador local poderá, dentro dos limites impostos pela Lei Federal, organizar a maneira de agir, os métodos para execução da lei, trazendo conjunto sequencial de ações, que permitem realizar um trabalho de forma mais eficaz dentro de um contexto mais reduzido.

Assim, é lícito aos Tribunais encaminharem projeto de lei à respectiva casa legislativa para definirem o melhor modelo que se adequa, se centrais de inquérito (mais elasticizadas na esfera de atuação, uma vez que a lei define o recebimento da denúncia por parte do juiz das garantias) ou, ainda, se desnecessária a criação de centrais, impondo que, por exemplo, todos os juízes sejam responsáveis por inquéritos e, após receber a denúncia, encaminhem os autos ao juízo de vara diversa, por distribuição ou determinação sequencial.

O Código de Processo Penal, lei de âmbito federal, estabelece normas processuais e procedimentais gerais, a concretizar a pretensão punitiva estatal. Esta, a bem da verdade, é a sua função precípua e instrumental, garantindo-se um processo justo e imparcial, em consonância com a Constituição Federal.

A lei adjetiva penal consagrou um capítulo para prever a figura do juiz (capítulo I do Título VIII). Explica o Ministro Luiz Fux (ADI 4.414/AL, p. 34) que isto, “entretanto, não é suficiente para cumprir, em sua inteireza, o mandamento constitucional do juiz natural, insculpido no art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição”, complementando com o magistério de Nelson Nery Junior: “o juiz natural tem de ser independente e imparcial”.

Ora, nessa esteira de pensamento, vem a lei coadunar com o ordenado pela Constituição Federal, a determinar, por lei federal e uniforme em todo o país, o sistema do duplo juiz.

Desse modo, conforme ressaltou o Ministro Dias Toffoli, em decisão monocrática na ADI 6.298 MC/DF, logo em suas linhas introdutórias quanto à suposta inconstitucionalidade formal dos dispositivos impugnados, “os preceitos mencionados foram editados no exercício legítimo da aludida competência constitucional pelo Congresso Nacional”.

Na mesma toada, Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 117) afiança que “com a devida vênia, não se sustenta a alegação de que, ao instituir o juiz das garantias, a Lei n. 13.964/2019 estaria violando o poder de auto-organização dos Tribunais e a sua prerrogativa de propor a alteração da organização e da divisão judiciárias”, continuando o autor demonstrando a existência de distinção entre normas de organização judiciária e normas de direito processual propriamente dito, concluindo, em suma, que:

a matéria versada em tais dispositivos – criação de uma nova causa de impedimento e repartição de competências entre magistrados para as fases de investigação e instrução processual penal (competência funcional por fase da persecução penal) – insere-se, portanto, no âmbito da competência legislativa privativa da União prevista no art. 22, inciso I, da Constituição Federal, porquanto versam sobre Direito Processual.

Não de outra forma, o relator das referidas ações constitucionais impugnadoras, também já compreendeu de igual forma na ADI nº 4.414 (STF, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2012, Dje 114 14/06/2019), já mencionada, ao expor que a cisão funcional de competência não se insere na esfera legislativa dos estados-membros, sendo matéria de direito processual penal, de competência privativa da União (art. 22, inciso I, da CF/88).

Analogicamente, enunciado da Súmula 722 do Supremo Tribunal Federal deve, também, ser utilizada como argumento autorizador de que é competência da União legislar sobre normas de processo penal puras, como o fez o Congresso Nacional na Lei nº 13.964/2019.



Expõe a Súmula que: “são da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento”, nesse espeque, embora a nova lei não tenha trazido qualquer norma incriminadora neste contexto, certo é que a jurisprudência reafirma e delimita o definido no art. 22, inciso I, da CF/88.

A definição de competência dos juízes, independentemente de como cada lei de organização judiciária definirá a sua execução, constitui-se de atividade legiferante do Congresso Nacional.

Portanto, quando a lei define que compete aos juízes o controle da legalidade da investigação criminal, não quis impor a criação de varas especializadas ou centrais de inquéritos (as quais, diga-se oportunamente, não se constituem no mesmo âmbito de atuação dos juízes de garantias). Ao revés. Ultrapassando os limites do pacto federativo em determinado ponto, impôs o rodízio de magistrados, a demonstrar que não desejava, prementemente, criar novos cargos ou varas específicas.

Necessário que haja vigilância quanto à injunção de inconstitucionalidade com perspectivas alargadas e sem estrita observância da melhor técnica jurídica, do mesmo modo como realizado por quatro ministros do STF no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, que discutia acerca da presunção de inocência, cujo elastecimento das interpretações calhou na “beira do precipício hermenêutico”, como disserta Maurício Dieter (2020, p. 3), que completa existir interpretações que reduzem

todo o debate jurídico a pó principiológico, triturando a realidade das regras à hipostasia de uma discussão axiológica, [...] o moralismo escatológico, que apela para o catastrofismo para justificar medidas urgentes, [...] [e] a falsificação estatística, que manipula os números para atender às convicções.

Vislumbre-se que, a Lei nº 9.099/1995, que funda os Juizados Especiais Criminais, prevê os delitos aos quais se impõe (art. 61) e prevê o procedimento sumaríssimo, a partir do seu art. 78, não estabelecendo, entretanto, varas e matérias atinentes à particularidade de cada Estado.

Precedentes da Suprema Corte demonstram que o substrato para declaração de inconstitucionalidade não se sustenta. Além do já citado, importante rememorar:

A definição de regras de competência, na medida em que estabelece limites e organiza a prestação da atividade jurisdicional pelo Estado, é um dos componentes básicos do ramo processual da ciência jurídica, cuja competência legislativa foi atribuída, pela CF de 1988, privativamente à União (Art. 22, I, CF/1988). (...) A fixação da



competência dos juizados especiais cíveis e criminais é matéria eminentemente processual, de competência privativa da União, não se confundindo com matéria procedimental em matéria processual, essa, sim, de competência concorrente dos Estados-membros (STF, ADI 1.807, rel. min. Dias Toffoli, j. 30-10-2014, P, DJE de 9-2-2015) (itálico nosso).

O ensinamento de Luís Roberto Barroso (2006, p. 177) é pertinente no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade de lei:

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes. A atribuição institucional de dizer a última palavra sobre a interpretação de uma norma não o dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação pelos outros Poderes. No tocante ao controle de constitucionalidade por ação direta, a atuação do Judiciário deverá ser ainda mais contida.

Inexiste ofensa ao pacto federativo na lei vergastada, posto que as alterações introduzidas por esta promovem mudanças que se enquadram propriamente processuais, embora com reflexos estruturais, cabendo aos Estado prevê-las.

Noutra linha de raciocínio, tal inconstitucionalidade não se demonstraria verdadeira ao confrontada com o art. 93, *caput*, da CF, porque tal instituto não cria uma classe própria de juiz, com competência definida e restrita à fase de investigação criminal. A atuação do mesmo magistrado embora necessite ocorrer em somente uma das duas fases de um processo (investigação ou ação penal), não precisa se dar exclusivamente na investigação ou na ação penal em todo e qualquer processo. Tal determinação deve ser realizada pelas respectivas Leis de Organização Judiciária locais.

Trata-se unicamente da “cisão funcional entre os momentos de investigação e julgamento da persecução penal” (LIMA, 2020, p. 115).

Objetiva-se, assim, minimizar ao máximo as chances de contaminação subjetiva do juiz da causa, potencializando, pois, a sua imparcialidade, seguindo na contramão da sistemática até então vigente, quando a prática de qualquer ato decisório pelo juiz na fase investigatória tornava-o prevento para prosseguir no feito até o julgamento final (CPP, art. 75, parágrafo único, e art. 83) (LIMA, 2020, p. 115)

O mencionado autor, acertadamente, indaga, retoricamente, que:

Enfim, se o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do art. 33 da Lei Maria da Penha, que determina expressamente que varas criminais poderão cumular



as competências cível e criminal para conhecer e julgar causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher enquanto não estruturadas as respectivas varas especializadas, algo que, a nosso juízo, claramente representa matéria relacionada à auto-organização do Poder Judiciário, seria ilógico apontar a existência de tal vício no caso do juiz das garantias (LIMA, 2020, p. 118).

Posta a celeuma, importante verificar os vetores autorizadores da consonância do art. 33 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) com a Constituição Federal e as similaridades em relação ao juiz das garantias. Dispõe o art. 33 do referido diploma:

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, *as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher*, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente. (grifo nosso)

No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 19/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (j. 09/02/2012, Dje 80 29/04/2014), a Suprema Corte, por unanimidade, entendeu que o art. 33 da Lei Maria da Penha - LMP era constitucional e não violava a competência normativa dos estados quanto à sua própria organização. Ementou-se o julgado do seguinte modo:

COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI Nº 11.340/06. JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. 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*. (STF - ADC: 19 DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 09/02/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-80 28-04-2014). (grifo nosso)

Os fundamentos de compatibilidade foram: i) a Lei Maria da Penha não implicou a obrigação, mas a faculdade de criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher; ii) o art. 14 da Lei Maria da Penha expõe que “poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo e julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher”; iii) não há ineditismo na sugestão, mediante lei federal, para criação de órgãos jurisdicionais especializados em âmbito estadual, a exemplo do art. 145 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do art. 70 do Estatuto do Idoso.

Conclui o Ministro Marco Aurélio Mello, no referido voto, que:



Nos termos do art. 22, I, da Constituição da República, incumbe privativamente à União a disciplina do direito processual, sendo o tema “competência” notadamente afeto à matéria. A atribuição dos Estados atinente à respectiva organização judiciária não afasta a prerrogativa da União de estabelecer regras sobre processo e, em consequência, editar normas que acabam por influenciar a atuação dos órgãos jurisdicionais locais.

De igual modo, vislumbra-se que o juiz das garantias possui matéria estritamente processual, influenciando, tanto quanto pode, a atuação dos órgãos jurisdicionais locais, os quais, repise-se, já era efetuado em Estados da federação, embora dissonantes, em partes, do projeto de lei aprovado.

Observa-se a existência de normas gerais relativas aos juízes que atuarão na fase investigativa do processo penal. Não fosse possível, a própria Lei de Falência, em outra seara, não poderia prever ser cabível ao juiz criminal do lugar onde decretada a falência o julgamento de crimes nela previstos.

De modo analógico ao que asseverou o relator da ADC 19/DF, a Lei 13.964/2019 não criou varas judiciais ou centrais de inquéritos, não definiu limites de comarcas e não estabelece número de magistrados (se necessário) a serem alocados para o controle da legalidade das investigações criminais.

Aliás, atualmente, os magistrados de comarcas, exceto Manaus e São Paulo, já desempenham a dupla função de controlar a legalidade dos atos reservados ao poder jurisdicional, bem como julgam a demanda criminal. A lei, muito embora tenha sido o nascedouro de uma nova sistemática processual, não impôs o modo de operação, o que está na esfera de competência das leis de organização judiciária.

Se o tema da violência doméstica e familiar contra a mulher é de caráter nacional, o que não se compreende de modo diverso, fatalmente está-se diante de lei que atende aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e coaduna-se aos valores instituídos há muito pela Constituição da República de 1988.

A Ministra Rosa Weber, em seu voto na supracitada ADC, comparou a determinação do art. 33 da LMP à regra que atribuiu ao juiz de direito competência trabalhista nas comarcas onde não há varas do trabalho. Nessa esteira, maior dilatação da interpretação finda na constitucionalidade da previsão do art. 3º-B do Código de Processo Penal.



Se determinação de lei federal mitra competência criminal e trabalhista ou criminal e cível, sem que isso possa desaguar em ofensa ao pacto federativo e a competência dos Estados para dispor sobre organização judiciária local, quiçá quando se está frente à dupla competência criminal, apenas determinando as divisões, em um processo, dos juízes que determinam possíveis busca e apreensões, quebras de sigilo etc. na fase de investigação, daquele que vai julgar a causa, olhando-se o melhor interesse do jurisdicionado e o máximo de proteção aos princípios do contraditório e da ampla defesa e do sistema acusatório.

Destarte, parece arrazoada a lição de Lênio Streck (2020, p.1), na qual se trata de equivocada interpretação aquela em que o juiz das garantias é um novo tipo de magistrado, e não apenas uma função a ser desempenhada por um que já pertence ao mesmo Poder Judiciário.

Luiz Fux, ao decidir nas ADIs impugnadoras do juiz das garantias e citando José Frederico Marques, asseverou que

as leis de organização judiciária “cuidam da administração da justiça”, já as leis de natureza processual dizem respeito à atuação da justiça. É dizer: “as leis processuais, portanto, regulamentam a ‘tutela jurisdicional’, enquanto que as de organização judiciária disciplinam a administração dos órgãos investidos da função jurisdicional” (MARQUES, José Frederico. Organização judiciária e processo. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo (Saraiva), vol. 1, ano 1, Jan/Jun. 1960, pp. 20-21).

Entretanto, embora realize bem a distinção entre os dois tipos de leis e acerte na análise de que a “criação juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país” (MC na ADI 6.298), não se justifica, sob nenhum fundamento a inconstitucionalidade da norma, seja porque refundar o processo penal e a estrutura geral, e não específica, de cada comarca não condiz com a atuação da Suprema Corte para declarar a lei incompatível com a CF ou seja porque se trata, como na primeira análise, de “causa de impedimento do juiz criminal, acrescida de repartição de competências entre magistrados para as fases de investigação e de instrução processual penal”.

A premissa utilizada na decisão cautelar coadunava-se com a Constituição, na medida em que assevera: “nesse sentido, esses dispositivos teriam natureza de leis gerais processuais, definidoras de procedimentos e de competências em matéria processual penal, o que autorizaria a iniciativa legislativa por qualquer dos três poderes, nos termos do artigo 22 da Constituição”, contudo, a conclusão fora diversa.



Alegações como questões práticas, realidades locais, ausência de magistrados, o déficit de digitalização dos processos ou de conexão adequada de internet em vários Estados não autorizam ao STF declarar incompatível com a Carta da República.

Fosse assim, ressalvadas as devidas proporções, todas as leis que demandassem mudança de paradigma, como a Lei de Acesso à Informação, deveria ser, antes ou no início de sua vigência, declarada inconstitucional, por ausência de efetivação completa das medidas lá impostas. Inconstitucionalidades circunstanciais não devem ser admitida na ordem jurídica brasileira, salvo em casos extremos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo, com os argumentos expedidos no bojo desta pesquisa, a compreensão deve ser no sentido da constitucionalidade do juiz das garantias. O advento da Lei nº 13964, de 23 de dezembro de 2019, não encontra embaraço plausível à ordem constitucional, a engendrar a sua incompatibilidade com esta.

Ao contrário. Tem-se que, no aspecto formal, ao qual cingiu-se este escrito, a novel legislação trouxe normas de direito processual, estabelecendo causa de impedimento dos juízes

Ressalva-se, como afirmado outrora, a determinação do art. 3º-D do Código de Processo Penal, uma vez que instituir rodízio de magistrados em comarcas com apenas um juiz, não se perfaz possível por lei federal, o que demandaria a realidade de cada Estado da federação, por meio de suas respectivas leis de organização judiciária.

Entretanto, realizada a restrição, não se encontra fundamento nas normas constitucionais. Isto porque, além de coadunar a vontade do constituinte de 1988 quanto à imparcialidade, a norma trata-se de caráter eminentemente processual, de competência legislativa da União, porquanto estabeleça competência funcional por fase do processo (LIMA, 2020) e causas de impedimento, inexistindo conflito com a competência concorrente dos Estados.

Muito embora a Constituição Federal estabeleça o regramento de que aos Estados é possível legislar em matéria procedimental, nada impede a União de, em sua atividade legiferante, estabeleça normas gerais.

Como dito, a Lei nº 13/964/2019, ao instituir o juiz de garantias, não adentrou, em regra, na seara que dependa da autonomia dos estados e suas leis de organização judiciária. Diversos julgados da Suprema Corte demonstram que a tese de constitucionalidade da União em legislar



sobre matéria processual penal e estabelecimento de sua sistemática encontra guarida na ordem vigente, notadamente quando assegurou a constitucionalidade do art. 33 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006).

Outrossim, conclui-se que as nuances estruturais locais, bem como outros fundamentos ligados à precária da justiça não podem ser vetor autorizador da inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais. Fosse assim, a escolha legislativa de alargar o período máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, de 30 para 40 anos (art. 2º da Lei nº 13.964/2019), esbarraria em inconstitucionalidade, eis que o mesmo Supremo Tribunal Federal já declarou o sistema penitenciário brasileiro como “estado de coisas inconstitucionais” (ADPF 347).

Na lição pertinente de Aury Lopes Junior (2019, p. 195), o “monstro de duas cabeças (inquérito policial totalmente inquisitório e fase processual com “ares” de acusatório é a nossa realidade diária, nos foros e tribunais do País inteiro” estava com data marcada para ser extirpado da ordem jurídica, embora, tem-se ciência, ao longo de um percurso. Entretanto, quis a Suprema Corte adiar o momento, tendo-se como horizonte a constitucionalidade formal do instituto recém criado no Brasil.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pela Emenda Constitucional nº 105/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6.298 MC/DF*. Autores: Associação dos Magistrados Brasileiros e Associação dos Juízes Federais do Brasil. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, dia da publicação.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6.299 MC/DF*. Autores: Podemos e Cidadania. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, dia da publicação.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6.300 MC/DF*. Autor: Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL). Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.305 MC/DF. Autor: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 13.964, 24 de dezembro de 2019. *Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 dez. 2019.

CHOUKR, Fauzi H. Reforma e continuísmos no processo penal brasileiro: breve contribuição à análise do itinerário reformista. In MALAN, Diogo. MIRZA, Flávio (Coord.). *70 anos do Código de Processo Penal brasileiro: balanço e perspectivas da reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIETER, Maurício S. Breve taxionomia da argumentação inconstitucional. In *Boletim IBCCrim*. São Paulo, n. 27, nº 326, jan. 2020.

GUIMARÃES, Machado. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro – São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOHN, Paulo. Competência legislativa concorrente no Brasil: uma aplicação do princípio da subsidiariedade?. In: Dantas, Bruno; Cruxên, Eliane; Santos, Fernando; Lago, Gustavo P. L. (Org.). *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, v. 2, p. 199-236.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 100, p. 127-162, abr.-dez. 1988.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 9º ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

STRECK, Lênio Luiz. Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo. *Revista Consultor Jurídico*. jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>. Acesso em: 02/05/2020.

