

# O Juiz das Garantias na Lei nº 13.964/2019: a Imparcialidade do Julgador e as Indevidas Críticas contra Sua Constitucionalidade

## *Guarantee Judge in Law n. 13.964/2019: the Impartiality of Judges and the Improper Criticism against Its Constitutionality*

**LENIO LUIZ STRECK<sup>1</sup>**

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos/RS). São Leopoldo (RS). Brasil.

**GUILHERME DE OLIVEIRA ZANCHET<sup>2</sup>**

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos/RS). São Leopoldo (RS). Brasil.

**RESUMO:** O texto pretende abordar a introdução do juiz das garantias no cenário processual penal brasileiro a partir dos dispositivos da Lei nº 13.964/2019. Após explorar os artigos de lei pertinentes, a pesquisa reforça a importância do instituto para uma maior efetividade da garantia da imparcialidade do juiz e analisa os problemas que alegações de caráter político, moral e pragmático, vertidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6.298, 6.299 e 6.300 e 6.305, representam em um Estado Democrático de Direito com ampla litigiosidade. O artigo, assim, objetiva demonstrar que o juiz das garantias proporciona uma aproximação do processo penal ao modelo acusatório previsto constitucionalmente e rechaçar a possibilidade de questionamento da constitucionalidade da nova lei a partir de argumentos de conveniência política.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juiz das garantias; sistema acusatório; imparcialidade; Constituição.

**ABSTRACT:** The text aims to examine the insertion of the guarantee judge in the Brazilian criminal procedure legislation by Law n. 13.964/2019. After exploring the relevant articles in the law, the research reinforces the importance of the concept to a greater effectiveness of the guarantee of impartiality of judges and analyzes the problems that political, moral and pragmatic arguments, presented in Direct Actions of Unconstitutionality n. 6.298, 6.299 e 6.300 e 6.305, represent to a democratic state based on the rule of law. The article, in this sense, seeks to demonstrate that the guarantee judge brings the Brazilian criminal procedure system closer to the accusatorial system, established by the Constitution, and intends to refuse the possibility of questioning the constitutionality of the new law by reasonings of political convenience.

**KEYWORDS:** Guarantee judge; accusatorial system; impartiality; Constitution.

---

1 Orcid: <<https://orcid.org/0000-0001-8267-7514>>.

2 Orcid: <<https://orcid.org/0000-0001-6169-6636>>.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Prolegômenos sobre a implantação do juiz das garantias no Brasil; 2 A importância do juiz das garantias para a imparcialidade do juiz; 3 O descabimento de alegações de caráter político, moral e pragmático contra a constitucionalidade do juiz das garantias; Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

A inclusão do denominado juiz das garantias no Código de Processo Penal (arts. 3º-A ao 3º-F), a partir da promulgação da Lei nº 13.964, em 24 de dezembro de 2019, foi recebida com diferentes reações pela comunidade jurídica. De um lado, o instituto foi celebrado, atendendo a uma antiga reivindicação de parcela da doutrina, baseada, inclusive, em estudos de direito comparado, de convencionalidade e de tratados, e, por outro, foi rechaçado, com clamores de inconstitucionalidade e de dificuldades na sua implementação.

Em tempos de questionamento acerca da imparcialidade dos juízes na condução de processos criminais, principalmente após o vazamento de informações relacionadas à Operação Lava Jato pelo “*The Intercept Brasil*”, é necessário debater a importância da implementação do juiz das garantias no País. Não é novidade que a Constituição Federal tenha institucionalizado o sistema acusatório, mas a quantidade significativa de juristas e de profissionais do Direito que rejeitam as exigências de evolução democrática do processo penal demonstra a relevância de se trazer o tema para debate. Afinal, após mais de 30 anos da promulgação da Carta Magna, apenas agora foi tomada uma iniciativa significativa no campo legislativo para contornar-se o problema de comprometimento da imparcialidade do juiz criminal.

O maior controle dos atos pré-processuais e a menor contaminação dos aspectos probatórios proporcionados pelo juiz das garantias apontam para uma maior maturidade do processo penal brasileiro, carente de mecanismos mais eficazes contra arbitrariedades e abusos das autoridades. Ainda que seja cedo para se verificarem as verdadeiras consequências que o instituto promoverá no sistema pátrio, é possível esboçar os rumos que a novidade poderá fomentar para o aperfeiçoamento da justiça penal, principalmente no que se refere à garantia dos direitos fundamentais.

No caminho para a compreensão do progresso jurídico que o juiz das garantias representa para o ordenamento jurídico brasileiro, deve-se examinar em que medida o instituto se relaciona com os ideais constitucionais e de como ele assegura uma maior imparcialidade na persecução

penal, baseando-se em leituras prévias na doutrina. Compreendidos esses tópicos, é relevante que se apresentem as objeções que têm sido suscitadas contrariamente à constitucionalidade do arquétipo de juiz das garantias estabelecido pela nova lei, de modo que se possa examinar o seu cabimento e a sua utilidade na investigação dos impactos da novidade legislativa no Direito brasileiro. Para tanto, serão apresentados argumentos de autoridades e discussões em âmbito judicial que ilustram a atual conjuntura da questão no Brasil.

## **1 PROLEGÔMENOS SOBRE A IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL**

A necessidade de reforma da estrutura processual penal no Brasil não é novidade. O Código de Processo Penal vigente foi decretado em 1941 por Getúlio Vargas, durante a ditadura do Estado Novo, e, não obstante os sucessivos remendos por que passou, continua carregado do autoritarismo daquele contexto, com grande concentração de gestão e iniciativa probatória nas mãos do Magistrado. Passados mais de 30 anos desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, já era tempo de os representantes do povo apresentarem respostas legislativas para conformação do modelo legal em relação à sistemática constitucional.

O denominado “Pacote Anticrime” não foi a primeira tentativa legislativa de se introduzir a figura do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro. O Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal, elaborado por uma comissão de juristas com a finalidade de reformar o Código de Processo Penal na sua integralidade, já apresentava um capítulo destinado ao instituto. Sob coordenação do Ministro Hamilton Carvalhido e relatoria de Eugênio Pacelli de Oliveira, a exposição de motivos do anteprojeto é contundente em afirmar a necessidade de um novo Código a partir de uma perspectiva garantista, em consonância com a Carta Magna brasileira.

Para a Comissão, conforme a mesma exposição de motivos, a decisão judicial, dotada de uma “dimensão transindividual”, repercutindo para além dos litigantes, exige que se preserve ao máximo o distanciamento do julgador, não havendo justificativa para a manutenção da atividade instrutória do juiz na fase de investigação. A instituição de um juiz das garantias, nesse sentido, dizia respeito à consolidação do modelo acusatório de processo penal: o julgador da fase do inquérito seria responsável pela “tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais”. Sem poderes para a produção probatória, tal órgão jurisdicional promoveria a “otimização da atuação ju-

risdicional criminal”, ante a especialização na matéria e o distanciamento do juiz do processo quanto aos elementos investigativos.

Apesar de datado de 2009, o Projeto de Lei nº 156 não chegou ao fim de seu trâmite nas Casas Legislativas, mesmo porque conta com escopo mais amplo do que a Lei Anticrime. Aprovado pelo Senado Federal, o projeto seguiu para a Câmara dos Deputados, onde recebeu o número PL 8.045/2010, encontrando-se atualmente pronto para pauta em Comissão Especial destinada a proferir parecer.

O “Pacote Anticrime”, que tramitou na Câmara dos Deputados sob o nº 10.372/2018 e no Senado Federal sob o nº 6.341/2019, não pretendeu fazer uma reforma completa do Código de Processo Penal, promovendo modificações diversas tanto no âmbito processual penal quanto no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal, na Lei de Crimes Hediondos e no Código Eleitoral. Entre as alterações existentes na lei resultante dos projetos – Lei nº 13.964/2019 –, está o juiz das garantias, que passou a ocupar os arts. 3º-A ao 3º-F do CPP.

O art. 3º-A dá o tom da mudança, sinalizando que o processo penal observará a estrutura acusatória – em contraposição à inquisitória –, ficando vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição do órgão de acusação na produção de provas. O art. 3º-B apresenta em que medidas investigativas será necessária a atuação do juiz das garantias para salvaguarda dos direitos individuais, observada a reserva de jurisdição. Ademais, o juiz das garantias não poderá atuar no processo penal para julgamento do mérito da acusação (art. 3º-D).

A novidade legislativa tem redação bastante semelhante ao capítulo dedicado ao juiz das garantias no Projeto de Lei nº 156/2009. No entanto, além da inclusão do art. 3º-F, concernente ao cumprimento de regras para o tratamento dos presos, sobretudo no que toca à exploração da imagem da pessoa submetida à prisão, a nova lei tem duas diferenças fundamentais em relação ao projeto de reforma do CPP: o juiz das garantias é quem recebe a denúncia, examinando a absolvição sumária, e, além disso, os autos relativos aos elementos que se inserem na competência do juiz das garantias – à exceção de provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas – não serão apensados aos autos remetidos ao juiz de julgamento (art. 3º-C e seu § 3º). Esse maior afastamento do juiz da fase processual dos atos pré-processuais é medida que aumenta o grau de garantismo do sistema processual penal, como se verá adiante.

O instituto em tela encontra eco na legislação de outros países ocidentais. Na legislação portuguesa, o denominado juiz de instrução – que atua em fase facultativa intermediária entre a investigação preliminar e o processo – funciona como um juiz garantidor de direitos fundamentais, apurando a viabilidade da acusação em uma “posição de alheamento”, conforme se depreende do art. 17 do Código de Processo Penal português (Portugal, 2007). Na Itália, a partir do *Codice di Procedura Penale* em 1989, o Ministério Público passou a ser o titular da investigação criminal, incumbindo ao *giudice per le indagini preliminari* exercer controle sobre a atividade do órgão acusador para garantir os direitos do investigado, como um juiz garante, afastada sua possibilidade de prolatar o decreto condenatório, consoante arts. 34 e 50 do CPP italiano (Itália, 1989).

Na própria América do Sul, existem cada vez mais ordenamentos que têm acolhido a figura do juiz das garantias, com algumas alterações. No Chile (2005) e na Argentina (2019), por exemplo, promoveram-se recentemente reformas processuais com o objetivo de se ajustar a investigação preliminar ao modelo acusatório. Seguindo a tendência penal europeia, esses Estados atribuíram a titularidade da investigação criminal ao Ministério Público e passaram aos Magistrados o poder de controlar os limites dessa fase pré-processual, reduzindo sua iniciativa probatória.

A implementação do instituto no Brasil, no entanto, sequer chegou a ter efeito até o momento: por enquanto, por força de medida cautelar concedida pelo Ministro Luiz Fux em quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305), está suspensa a eficácia da implantação do juiz das garantias e seus consectários, por prazo indeterminado, *ad referendum* do Plenário. Entendendo que os dispositivos legais sobre o juiz das garantias consistem em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa própria, assim como que o instituto causa impacto financeiro importante, sem dotação orçamentária prévia, o relator decidiu pelo deferimento da liminar.

Em 23 de junho deste ano, o corregedor geral de Justiça, Ministro Humberto Martins, integrante do grupo de trabalho instituído pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para tratar sobre a implantação do juiz das garantias nos tribunais brasileiros, entregou ao Ministro Dias Toffoli (presidente do CNJ) proposta de resolução. O estudo indica que a implementação do juiz das garantias não implica necessariamente aumento de gastos. Eis o cenário do instituto.

## 2 A IMPORTÂNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS PARA A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

O processo penal está fundamentalmente vinculado à pena, imposta por um poder estatal organizado, que impõe sua autoridade a partir de um juiz imparcial e de uma série de regras que estruturam o devido processo penal. É a estrita observância dos dispositivos jurídicos que regulam o poder de punir do Estado que assegura a legitimidade dos julgamentos criminais e, em decorrência disso, das sanções por ele impostas. A premissa básica por trás disso é a necessidade de se assegurarem as garantias fundamentais de todos contra quem o Estado dirija seu *jus puniendi*.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve grande fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais individuais em relação ao período de regime militar. A “Constituição Cidadã”, que consagrou um processo penal acusatório, baseado no contraditório, na ampla defesa e na imparcialidade do juiz, entrou em colisão com o Código de Processo Penal de 1941, dotado de inúmeros traços de um sistema inquisitório, exigindo-se, até hoje, esforço dos juristas para a realização de uma filtragem dos dispositivos legais para compatibilização com o modelo estabelecido constitucionalmente.

A Carta Magna, alinhando-se ao modelo acusatório, assentada em uma opção política democrática de afirmação dos direitos fundamentais, estabeleceu a necessidade de observância do devido processo legal, assegurando um amplo leque de princípios e garantias aos acusados. A aglutinação de funções no juiz – entendido como protagonista do processo no sistema inquisitório –, presente no CPP brasileiro com a autorização para agir *ex officio* na requisição de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), na determinação da produção de provas (art. 156 do CPP), na inquirição de testemunhas (art. 209 do CPP) e até mesmo na possibilidade de recorrer de ofício (arts. 574 e 746 do CPP), denota um caráter eminentemente autoritário do processo penal. Afinal, é duvidosa a imparcialidade de alguém que concentre os poderes de investigar, acusar e julgar.

Nesse contexto de desarmonia entre a previsão constitucional e a estrutura legal existente no Brasil, o juiz das garantias representa avanço democrático para a Justiça criminal. No sistema acusatório, o papel da acusação guarda estreita relação com o princípio dispositivo. Com destaque à *gestão da prova*, o processo penal somente será acusatório se ela não couber, em hipótese alguma, ao julgador. Conforme exposto acima, foi exatamente isso que pretendeu a redação legislativa, ao menos no que se refere à

fase investigatória, proibindo-se a iniciativa do juiz na fase pré-processual e a substituição da atuação probatória do órgão acusador. O novo regramento limita a tarefa do juiz àquela conferida pela Constituição e reforça a atribuição constitucional do Ministério Público<sup>3</sup>.

Para além disso, com diferentes Magistrados para a fase investigativa e para a fase processual, diminuem-se os “prejuízos cognitivos” enfrentados pela defesa durante o processo judicial, pois o juiz que julgará o caso não estará “contaminado” pela versão unilateral do inquérito (aliás, a lei prevê que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias sequer serão apensados ao processo). Isso não quer dizer que não existirá subjetividade: ela sempre estará presente no momento da decisão em virtude da própria condição de ser-no-mundo do julgador, mas a alteração de Magistrados é bem-vinda para fortalecimento da imparcialidade no momento da decisão – afasta-se o juiz que deferiu medidas cautelares e fiscalizou a produção de elementos probatórios, antes da formalização da acusação, em favor de outro juiz alheio ao caso.

Não há como imaginar jurisdição em um Estado Democrático de Direito que preze pelo devido processo legal sem imparcialidade. Ainda que a Constituição Federal brasileira não tenha positivado de modo expreso o direito a um juiz imparcial, isso sequer é necessário. O Estado Democrático de Direito por ela estruturado, produto de conquistas históricas que aliaram o controle do poder estatal ao pluralismo que a vida em sociedade exige, conjuga as garantias do contraditório e da ampla defesa, da vedação aos tribunais de exceção, do devido processo legal, dentre outras, conduzindo à interpretação de que não há jurisdição sem imparcialidade.

Ainda que se pudesse argumentar que a Constituição não assegura o direito a um juiz imparcial, a incorporação do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) ao ordenamento jurídico nacional, por força dos Decretos nºs 592 e 678, respectivamente, é suficiente para afastar

---

3 Nesse contexto, faz-se ainda mais necessário enfatizar a função constitucional do Ministério Público. Se ele é dotado das mesmas garantias da magistratura, o que foi conquistado a partir de uma luta intensa no processo constituinte, deve-se compreender que ele tem as mesmas obrigações daquela. A principal delas é a isenção e o dever de não se comportar como a defesa – esta, sim, autorizada a agir estrategicamente. De modo a reforçar essa ideia, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 5.282/2019 – chamado de PL Streck-Anastasia –, que visa obrigar o MP a buscar a verdade do processo para a acusação e, também, a favor do indiciado ou acusado. Como agente público, o MP deve ser equidistante, buscando a equanimidade (*fairness*). Na verdade, o projeto nada cria de novo, apenas oficializando o que já está no Estatuto de Roma, mas é de grande valor em um CPP datado de 1941.

as dúvidas sobre o assunto. Sem adentrar o debate doutrinário acerca do *status* normativo desses diplomas, ambos preveem a garantia de um juiz ou tribunal imparcial (art. 14.1 do Pacto Internacional e art. 8.1 da Convenção Americana).

De qualquer modo, a atuação do juiz como garantidor dos direitos fundamentais do acusado no processo penal, mantendo-se afastado da investigação preliminar, é corolário da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário. A equidistância do juiz é importante elemento da imparcialidade, sendo possível dizer que a separação entre os juízes das garantias e os juízes de julgamento promove a ampliação do distanciamento subjetivo do julgador no processo penal propriamente dito. Na atual conformação do processo penal brasileiro, tem-se muitas vezes um juiz que, por ter atuado na fase investigatória, e com poderes para tomar iniciativa probatória, já concebeu uma imagem firme do caso, antecipadamente ao processo, ingressando na instrução apenas para confirmar suas suposições. No ponto, a prevenção como causa de fixação da competência traz consigo a contaminação decorrente da prática de atos na fase pré-processual, e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) há tempos já afirma que juiz preventivo é juiz contaminado.

Nessa linha de raciocínio, deve ser ressaltado que a discussão sobre os impactos que a separação entre o juiz da fase de investigação e o juiz de julgamento acarretam para a garantia da imparcialidade não constitui inovação nem excepcionalidade proporcionada pelo legislador brasileiro. Na verdade, ela encontra esteio tanto em jurisprudência de tribunais internacionais quanto no ordenamento jurídico de outros países ocidentais – como Portugal, Itália, Argentina, Chile, entre outros, como já mencionado na seção anterior.

No caso *Piersack v. Bélgica*, emblemático para que a doutrina passasse a distinguir entre imparcialidade objetiva e subjetiva, o mencionado Tribunal Europeu de Direitos Humanos asseverou que a imparcialidade pode ser examinada sob diferentes ângulos, sendo possível extrair uma dimensão subjetiva, atinente à convicção pessoal de determinado juiz em um dado caso, e uma dimensão objetiva, concernente ao fato de o juiz oferecer garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima a respeito da sua imparcialidade. Essa diretriz foi adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos de modo similar no julgamento do caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*.

Sem adentrar a discussão sobre os vieses que levam um juiz a ser parcial do ponto de vista subjetivo – o que abrange aspectos pessoais do julgador que não podem ser suprimidos, ante a própria condição existencial do ser humano, sempre intimamente conectado a uma totalidade de significados –, a imparcialidade objetiva, independentemente das características do juiz em um caso, relaciona-se com fatos concretos que suscitem dúvidas sobre a sua parcialidade. É nesse sentido que a imparcialidade objetiva do juiz é comprometida quando ele realiza pré-juízos sobre os fatos em julgamento: a sua prévia relação com o objeto processual naturalmente produziu determinada convicção prévia, deixando o Magistrado propenso a decidir dessa ou daquela maneira.

Aliás, foi nessa linha o entendimento do TEDH tanto no citado caso *Piersack v. Bélgica* quanto no caso *Cubber v. Bélgica*. Para o Tribunal, o exercício prévio de funções processuais pode provocar dúvidas de parcialidade, sendo legítimo temer que um juiz que tenha atuado na fase investigatória, por já ter uma ideia de culpabilidade do acusado, não disponha de uma inteira liberdade de julgamento. Veja-se que, para o TEDH, a garantia da imparcialidade objetiva também é uma questão de aparência de justiça (*justice must not only be done; it must also be seen to be done*). É importante que a Justiça inspire confiança nos cidadãos.

Em linha semelhante, o Tribunal Constitucional da Espanha<sup>4</sup> e a Corte Constitucional da Itália<sup>5</sup> têm jurisprudência importante no sentido de ser incompatível o sucessivo exercício de funções – na fase da investigação e na fase processual – por um mesmo juiz em um mesmo caso. A partir de decisões desses tribunais, a prevenção passou a ser entendida como regra de exclusão da competência, ao contrário do que sucede no Brasil, ante a previsão do art. 83 do Código de Processo Penal brasileiro.

---

4 A *Sentencia 145/1988* foi importante marco para discussão sobre a imparcialidade do juiz na Espanha, chamando a atenção para os vieses que as atividades investigativas podem imprimir nos juízes: daí, inclusive, a figura do *juiz não prevenido*. A decisão desembocou na edição da *Ley Orgánica 7/1988*, que fortaleceu o papel do Ministério Público na investigação preliminar, apesar da manutenção do juiz-instrutor.

5 É verdade que, no caso italiano, a Corte Constitucional já tomou posições divergentes com relação a que atos o juiz da investigação pode realizar sem ter sua imparcialidade posta em xeque – a título de exemplo, já foi decidido que a decisão que confirma a prisão em flagrante não impede o juiz de atuar no *giudizio immediato* (*Ordinanza 238/2008*), mas torna-se incompatível um juiz que determina a readequação da capitulação penal na audiência preliminar (*Ordinanza 400/2008*). Mas, em linhas gerais, é possível dizer que se tende a evitar que um Magistrado profira duas decisões conclusivas, ou seja, que avaliem, em algum grau, o mérito, em um mesmo procedimento.

Essas Cortes Europeias, entretanto, ainda que tenham desenvolvido entendimento importante para a garantia de uma maior imparcialidade do juiz ao longo do trâmite processual, flexibilizaram sua compreensão e passaram a afirmar que o tipo de contato do juiz na investigação importa para afastar sua imparcialidade objetiva. Desde o caso *Hauschild vs. Dinamarca*, predomina no TEDH a visão de que o juiz deve ter formulado juízo sobre a culpabilidade do imputado em suas decisões, o que só pode ser averiguado casuisticamente. A ausência de parametricidade nesse cenário pode conduzir a toda sorte de decisões *ad hoc*, principalmente em casos em que a ausência de imparcialidade objetiva possa significar a nulidade de atos processuais em processos de grande repercussão ou que venham há longos anos.

A previsão legal instituída pela nova lei brasileira, à vista disso, foi além: o juiz das garantias em determinada investigação não é o juiz que atuará na fase de julgamento, e não há espaço para “ponderar” (com toda a carga subjetiva que o termo representa no imaginário jurídico brasileiro) acerca do envolvimento do Magistrado na fase pré-processual. Em outras palavras, uma vez que determinado juiz tenha praticado qualquer dos atos descritos no art. 3º-B da Lei nº 13.964/2019, ou seja, tenha ele atuado como juiz das garantias, ele não poderá instruir o processo e julgá-lo. A minimização desse espaço de discricionariedade do órgão jurisdicional, em relação aos tribunais europeus mencionados, deve ser interpretada como uma evolução do “grau de garantismo” do sistema penal. A dicção da lei tupiniquim, aliás, é bem-vinda em um país cuja comunidade jurídica até hoje não compreendeu os problemas causados por um Judiciário ativista: afinal, no Brasil nunca se sabe se o juiz invocará a interpretação “literal” de um dispositivo normativo ou se decidirá de modo voluntarista; não se tem noção da orientação das decisões.

Aliás, evitar-se a contaminação com os atos pré-processuais do juiz que preside a instrução e profere o julgamento é impedir que julgadores que já tenham aderido a uma das teses de antemão tornem prescindível o processo, como se ele fosse um mero caminho para confirmação daquilo que havia sido decidido previamente. Destaca-se que, com a Lei Anticrime, conforme exposto no item anterior, o juiz de julgamento sequer recebe o que foi produzido na fase anterior, salvo provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas e antecipação de provas (art. 3º-C, § 3º, da Lei nº 13.964/2019), proporcionando mais imparcialidade. Em sentido análogo, o acréscimo do § 5º ao art. 157 do CPP, com a vedação da prolação de sentença ou acór-

dão por juiz que conheceu de prova declarada inadmissível, corrobora a importância que o legislador atribuiu à possibilidade de contaminação do julgador.

O modelo do juiz das garantias brasileiro também foi atento a preocupação de relevante parcela da doutrina. Conforme já esboçado acima, a *gestão da prova* na fase de investigação ficou a cargo do órgão de acusação, sistemática alinhada ao princípio acusatório. *Par excellence*, é o Ministério Público, totalmente separado do Poder Judiciário e quase completamente desvinculado do Poder Executivo, que tem a função constitucional de fazer a prova da acusação, e não de permanecer confinado como um coadjuvante do julgador, tal como acontece no sistema inquisitorial.

No Estado Democrático de Direito, não há espaço para o protagonismo da figura do juiz, caudatário da noção de Estado-juiz em uma perspectiva solipsista (contaminada pelo esquema sujeito-objeto). O arquétipo de juiz das garantias positivado reforçou essa ideia: com um julgador equidistante para a fase pré-processual, a quem é reservada a missão de controlar a legalidade do andamento do inquérito, salvaguardando os direitos individuais, a legislação brasileira é, inclusive, superior àquelas que ainda veem no juiz do inquérito um instrutor, como a da Espanha. A imparcialidade exigida do Judiciário está intimamente ligada a uma atuação que, com efeito, não tome parte nos casos que são submetidos a sua apreciação. Toda vez que o juiz determina a produção de prova de ofício, ele não está *julgando*, mas invadindo o espaço de atuação constitucional atribuído ao órgão acusador.

É claro que uma alteração como essa não pode vir desacompanhada de um debate doutrinário que leve a sério os problemas causados pela resistência das velhas práticas institucionalizadas na e pela dogmática jurídica. Enquanto a concepção de Direito no Brasil continuar vinculada aos paradigmas aristotélico-tomistas (ou sua vulgata) e da filosofia da consciência (ou sua vulgata), continuar-se-á com a velha conjuntura autoritária: o interesse estatal na punição do acusado invariavelmente se sobreporá às garantias e aos direitos constitucionalmente estabelecidos. A “mixagem teórica” existente no Brasil, com a sobreposição de paradigmas filosóficos mal compreendidos, prejudica até mesmo a correta aplicação de dispositivos legais sobre os quais não deveriam existir grandes perquirições<sup>6</sup>.

---

6 Sobre o (velho) problema da defasagem hermenêutico-constitucional do processo penal no Brasil, vale citar os artigos “Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas”

O exemplo do art. 212 do CPP é ilustrativo do pensamento jurídico dominante: não obstante o dispositivo – vigente há mais de 10 anos – diga que são as partes do processo penal que formulam as perguntas diretamente à testemunha, cabendo ao juiz complementar a inquirição somente sobre pontos não esclarecidos, até hoje o STF lhe nega validade (não cumpre um texto claro e não o declara inconstitucional), argumentando que não há proibição à inquirição prévia pelo juízo ou que não há prejuízo. É como se o respectivo artigo nem existisse. É mais fácil manter o sistema como era antes.

Nesse ambiente aclimatado ao sistema inquisitivo que há muito polui o processo penal, é perigoso, portanto, que o inegável avanço democrático oportunizado pelo juiz das garantias reduza-se a um texto convenientemente ignorado pelos tribunais. É nesse panorama que os *constrangimentos epistemológicos* se mostram sempre necessários. A doutrina deve enfatizar a razão de ser das novas disposições legais. As referências à “estrutura acusatória” e à “vedação à iniciativa probatória do juiz” não são mera retórica. Essas expressões têm um significado fundamental para a compatibilização do sistema processual penal brasileiro à principiologia constitucional.

O sistema inquisitório, centralizado na figura do juiz, que se apresenta todo poderoso diante do réu, é apenas um consectário da filosofia da consciência, como se o sujeito fosse senhor do sentido; a verdade pertence ao sujeito enquanto sujeito e apenas a ele. Por sua vez, a busca da “verdade real”, tão propagada na doutrina processual penal, está assentada na filosofia clássica, objetivista. Conjugam-se essas duas ideias de projetos filosóficos diversos e chega-se ao protagonismo judicial, com a relativização de direitos individuais em prol de um interesse nebuloso, que, por vezes, se denomina de público.

É por isso que o juiz das garantias, ainda que não reformule a totalidade do processo penal brasileiro, pode ser considerado como um movimento inicial de *ruptura paradigmática*. Com o enaltecimento da atuação do Ministério Público e da polícia judiciária em detrimento do juiz, que passa a efetivamente controlar a legalidade do procedimento, sem atrair para si a iniciativa da produção probatória, traz-se uma conotação de acusatoriedade à investigação preliminar: os sentidos não se dão na consciência do sujeito,

---

(Streck, 2011a) e “O ‘novo’ código de processo penal e as ameaças do velho inquisitorialismo: nas so(m)bras da filosofia da consciência” (Streck, 2011b).

mas na *intersubjetividade* que ocorre na linguagem – é a aproximação ao paradigma do giro ontológico-linguístico.

É claro que não há como superar o inquisitorialismo sem derrotar o “livre convencimento do juiz”, sem confundir motivação com fundamentação, ou escolha com decisão, noções que continuam a povoar o ideário jurídico, mas os dispositivos concernentes ao juiz das garantias indicam um norte que fornece esperança para a democratização do processo penal. Resta agora concretizar os ideais previstos já desde a Constituição de 1988.

Por tudo o que foi exposto, é possível afirmar que o juiz das garantias, implementado pela Lei nº 13.964/2019, proporciona maior efetividade à garantia da imparcialidade no sistema processual penal, atribuindo a competência para as fases investigatória e processual a Magistrados diferentes e proibindo a iniciativa probatória do juiz que controla a legalidade da investigação. Ao se aproximar da experiência positiva de outros ordenamentos jurídicos ocidentais e da jurisprudência de tribunais internacionais, o processo penal brasileiro dá passos em direção ao modelo acusatório previsto constitucionalmente.

### **3 O DESCABIMENTO DE ALEGAÇÕES DE CARÁTER POLÍTICO, MORAL E PRAGMÁTICO CONTRA A CONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS**

A introdução da figura do juiz das garantias na legislação brasileira não veio desacompanhada de críticas, como não poderia deixar de ser em uma sociedade democrática. É certo que o instituto, do modo como posto na Lei nº 13.964/2019, traz inconsistências estruturais que não podem ser negadas. A título de exemplo, é possível afirmar que há incoerência na lei quando se excepciona a competência do juiz das garantias nas infrações penais de menor potencial ofensivo – como se fosse possível transigir com a imparcialidade judicial em razão da potencialidade ofensiva do ilícito – e quando não se estende a incompatibilidade de atuação na fase processual aos juízes de instâncias superiores que tenham atuado na investigação.

No entanto, ainda que tais críticas devam ser consideradas para uma análise aprofundada das consequências que a aplicação do instituto acarretará para o ordenamento jurídico brasileiro, este trabalho tem o intuito de explorar propriamente as dúvidas sobre a constitucionalidade dos dispositivos legais, representadas principalmente pelas alegações veiculadas nas ADIns 6.298, 6.299 e 6.300 e 6.305. Não se deve admitir que dificuldades em relação aos aspectos estruturais e operacionais do Poder Judiciário se-

jam levantadas como objeção à constitucionalidade da lei, tratando-se de divergências sobre política judiciária, cujo campo de discussão refoge ao jurisdicional.

Nessa linha de raciocínio, serão explorados os argumentos apresentados nas mencionadas ADIns considerados como de caráter político, ante a inadequação da via escolhida para sua apreciação. A delimitação do escopo desta pesquisa se justifica em virtude da ampla judicialização da política que se observa no Brasil nos últimos tempos – o que não é, por si, um problema, como logo se esclarecerá; os distúrbios democráticos surgem quando entram em cena decisões *ativistas*.

A *judicialização* nada mais é do que a tendência de se submeterem aos tribunais – sobretudo os superiores – um número crescente de temas de grande relevância nacional, como no Brasil, que passou por uma transformação constitucional importante há pouco mais de 30 anos. Em um país em que as promessas do *welfare state* até hoje não foram materializadas, uma vez promulgada uma carta constitucional com um amplo catálogo de direitos e garantias, não é surpresa a crescente judicialização da política.

Nesse sentido, a judicialização da política não é um fenômeno ruim em si, porquanto apenas reflete o funcionamento (in)adequado das instituições políticas. O problema ocorre quando o Judiciário oferece respostas a essa judicialização que desbordam do seu papel constitucionalmente estabelecido, como se a vontade dos juízes pudesse substituir o debate político. Em outras palavras: enquanto a judicialização é inexorável e contingencial, devido à inoperância dos demais poderes, o ativismo judicial traduz-se como um ato de vontade daquele que julga, ocorrendo no próprio interior da estrutura judiciária a partir do rompimento da relação constitucional entre os poderes (Streck, 2017b). Vale dizer, um juiz é *ativista* quando decide com base em critérios não jurídicos – como política, economia, moral –, satisfazendo um anseio pessoal em detrimento do elemento jurídico. Esse pragmatismo/consequencialismo/behaviorismo ataca a autonomia do Direito e o condena a uma inescapável discricionariedade<sup>7</sup>.

O dever de fundamentação das decisões judiciais, derivado da responsabilidade política dos Magistrados para com a comunidade de princí-

---

7 Nesse sentido, ver, principalmente, os livros *Verdade e consenso*, *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica* e *O que é isto – decido conforme minha consciência?*.

pios que constitui a sociedade, além da própria dogmática constitucional brasileira, não pode depender da vontade pessoal dos julgadores, o que fragiliza sobremaneira a força normativa do texto constitucional. Um juiz que usurpa a atividade legislativa ao proferir uma decisão menospreza a própria Constituição e a democracia.

À luz dessas constatações, observa-se que foram apresentados argumentos nas ADIns 6.298, 6.299 e 6.300 e 6.305 que demonstram que seus requerentes pretendem que o STF atue como verdadeiro legislador caso os acolha. Ainda que o Ministro Luiz Fux tenha ressaltado, quando da concessão da medida cautelar, que “não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado”, é necessário que a comunidade jurídica esteja atenta para a possibilidade de práticas ativistas na análise da constitucionalidade do juiz das garantias.

Das diversas alegações trazidas nas ADIns, sobretudo na ADIn 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), chama a atenção o fato de os requerentes entenderem que há inconstitucionalidade em razão de que (i) a lei não previu regra de transição, tornando-se eficaz após o decurso da *vacatio legis* de 30 dias, o que não considera os importantes impactos que a medida acarretará no âmbito processual penal; (ii) os inquéritos policiais não serão concluídos em prazo razoável, ante o baixo número de magistrados que existem para tantas funções, o que, inclusive, poderá acarretar maior risco de prescrição; (iii) a lei contempla tanto “normas processuais” quanto “normas de procedimento em matéria processual” ao dispor sobre a vedação de iniciativa do juiz na fase investigatória, suas competências, funções e impedimentos, em desacordo com o art. 24, § 1º, da Constituição Federal; (iv) o juiz das garantias exige lei de iniciativa dos Tribunais, tendo em vista a necessidade de alteração das leis de organização judiciária; (v) o juiz das garantias fere o princípio do juiz natural, porquanto estabelece diferentes juízes para as fases pré-processual e processual (Brasil, 2020).

Não se nega que a instituição do juiz das garantias exige mudanças, seja no modo de pensar a estrutura processual penal, seja na organização do trabalho dos juízes. A alteração atinge a tradicional atuação do juiz no processo penal, desde muito acostumado a conduzir todos os atos desde o início da investigação. Isso causa, em um primeiro momento, desconforto, até que os atores do processo penal se adaptem à nova situação. Essas

dificuldades são refletidas nos argumentos pragmático-consequencialistas acima expostos.

Com relação ao primeiro ponto suscitado, embora a lei efetivamente não preveja regra de transição – passando a ter eficácia o regramento do juiz das garantias após o decurso da *vacatio legis* –, não há nenhuma previsão constitucional que reclame um prazo maior de adaptação para as mudanças em tela. Do que se extrai do argumento, há uma discordância quanto à opção política do legislador de não fornecer prazo maior para a implementação do juiz das garantias. A decisão do Ministro Luiz Fux, inclusive, quanto a esse ponto, limita-se a antever que haveria uma propagação exponencial de desorganização dos serviços judiciários no País, ou seja, não foi embasada em regra constitucional, tendo apontado apenas a inconveniência que a situação poderia causar.

A “ideologia” das práticas puramente consequencialistas e/ou teleológicas, características do ativismo judicial, está caracterizada quando o juiz se sobrepõe à vontade do legislador e utiliza o Direito como instrumento para impor visões políticas, morais ou econômicas na decisão (Streck, 2017a). No caso do juiz das garantias, entendeu o relator que não era apropriado nem mesmo justo que os dispositivos legais surtisseram efeitos diante das adversidades que surgiriam, substituindo o legislador ordinário e decidindo pela suspensão dos dispositivos legais questionados.

Seguindo essa linha de raciocínio, a constatação de que a investigação preliminar não poderá ser concluída em prazo razoável, em virtude do número insuficiente de Magistrados no Brasil, e que isso poderá conduzir à prescrição também é uma justificativa de cunho pragmático, pois tenta vincular a suposta inconstitucionalidade do juiz das garantias à situação estrutural do Poder Judiciário. Questões como “vai trazer dificuldades” e “o tempo é curto”, análogas àquelas empregadas, não têm o condão de contestar a constitucionalidade do instituto.

Em síntese, argumentos congêneres não dizem respeito ao plano constitucional<sup>8</sup>. Não se duvida de que a inserção da função de juiz de garantias na investigação possa acrescentar novos desafios às mazelas estru-

---

8 Aliás, no Brasil, cada vez mais se invoca a inconstitucionalidade como superargumento para atacar qualquer coisa de que não se goste, como se fosse possível dizer que tudo agora é inconstitucional, formal e materialmente. A partir desse imaginário, põe-se em xeque tanto a “constitucionalidade” de um telefone celular que veio com vício quanto a “constitucionalidade” da luz ofuscante de um letreiro luminoso encontrado em uma rua residencial.

turais já enfrentadas pelo Poder Judiciário atualmente. No entanto, análises como essas trazem à tona exatamente a discussão que o Ministro Luiz Fux anunciou que se deveria evitar quando da concessão da medida cautelar: o STF realizando juízo político daquilo que é conveniente ou inconveniente para a sociedade.

Outrossim, não é possível concordar com a afirmação de que as disposições sobre a impossibilidade de iniciativa probatória do juiz na fase pré-processual, suas funções, competências e impedimentos se enquadrem como “normas de procedimento em matéria processual” em vez de “normas processuais” propriamente ditas, conforme preconiza o art. 22, I, da Constituição Federal. Ao contrário do que fazem entender os requerentes das ADIns, o juiz das garantias não constitui uma nova categoria de juiz, com regramento e concurso públicos diferenciados em relação aos outros magistrados (Streck, 2020).

Não é necessária a criação de novos órgãos jurisdicionais para o cumprimento das disposições sobre o juiz das garantias. Do que se infere do texto da lei, a previsão é de que haverá apenas a distribuição de funções entre os juízes já existentes acerca da sua forma de atuação em determinados casos – enquanto alguns atuarão como juiz das garantias nas fases pré-processuais de certos casos, outros funcionarão como juiz de julgamento nesses mesmos casos. Aliás, o CNJ já trabalha com a ideia de que Magistrados substitutos desempenhem a função de juiz das garantias, com o objetivo de evitar aumento das despesas; a OAB sugeriu a atuação de juízes de comarcas vizinhas como juízes das garantias em locais com vara única.

Em princípio, diferentemente do que aduziu Fux na sua decisão, a lei regulamentou a tutela processual propriamente dita – não haveria como a lei ter instituído o juiz das garantias sem ter indicado suas funções, competências e impedimentos; aliás, o Código de Processo Penal é uma lei com vários dispositivos sobre tais tópicos –, e não a administração dos órgãos jurisdicionais. Em sentido oposto ao de Fux, que pontuou que a reforma “refunda o processo penal brasileiro”, essas dificuldades logísticas que supostamente advirão pela necessidade de remanejamento de processos entre os juízes não se sustentam, principalmente porque cada vez mais é possível o funcionamento da Justiça em autos virtuais, com processos e inquéritos eletrônicos.

Não há dúvidas de que o juiz das garantias demanda a atuação dos Tribunais para que seja devidamente implementado. Daí não decorre, no

entanto, que as normas processuais gerais estabelecidas para seu adequado funcionamento adentrem e estabeleçam normas de organização judiciária: essas deverão advir dos próprios Tribunais para que se adéquem à nova moldura legislativa. A alteração da estrutura funcional das unidades judiciárias criminais é somente uma consequência lógica da instituição do juiz das garantias, já que a Lei Anticrime, do modo como está, não estabeleceu, por si só, como será efetivamente a organização dos órgãos jurisdicionais. Aliás, o próprio art. 3º-E da Lei Anticrime assinalou que a designação do juiz das garantias ficará a cargo das respectivas normas de organização judiciária dos entes políticos, não tendo a norma se ocupado de tais disposições.

No que concerne ao ferimento do princípio do juiz natural, a argumentação se assemelha a uma confusão dogmática com intuito de incentivar a manutenção do *status quo* no processo penal brasileiro. O princípio do juiz natural pode ser entendido sob o enfoque de duas exigências: a (i) proibição dos juízos de exceção e a (ii) garantia de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (Gomes, 1994). Nesse sentido, o princípio, em essência, visa proteger os jurisdicionados de julgamentos extraordinários proferidos por autoridades convenientemente designadas, o que em nada se relaciona com o juiz das garantias – em suma, ele pode ser considerado como verdadeira “trava” democrática contra o julgamento por juízes parciais.

O princípio do juiz natural, aliás, não é avesso à instituição de juízos especializados, altamente disseminados pelo Brasil, principalmente em comarcas de grande porte. Os juízos extraordinários, *ex post facto*, contra os quais o princípio se insurge são aqueles que funcionam *ad hoc*, transitórios e arbitrários, e não os juízos especiais pré-constituídos, integrantes do Poder Judiciário e atinentes à prévia distribuição de competências. Note-se que aqueles funcionam para cada caso individualmente, enquanto estes aplicam a lei a todos os casos abrangidos por sua competência previamente estabelecida (Grinover, 1983).

A modificação provocada pela introdução do juiz das garantias, como se viu, promove maior proteção da imparcialidade do Magistrado de julgamento e auxilia no restabelecimento do equilíbrio entre defesa e acusação no processo penal, ao menos no que toca à investigação. A possibilidade de o juiz promover a produção de provas de ofício nada mais significa que o

acusado terá contra si tanto o órgão acusador quanto o julgador, tornando a disputa em uma situação de “dois contra um”<sup>9</sup>.

Deve ser compreendido que o juiz natural é um princípio protetor e está intimamente relacionado com outras noções básicas para condução e julgamento de processos: (i) reforça a igualdade de tratamento; (ii) recupera a imparcialidade objetiva; (iii) preserva o acusado contra juízo nomeado *ad hoc*; e (iv) corrobora a legalidade do procedimento. O juiz das garantias, nesse sentido, é um avanço em favor do juiz natural, pois nada mais faz do que assegurar mais garantias ao indiciado.

A divisão de tarefas entre juízes ao longo de diferentes fases processuais também não é novidade no processo penal. No ponto, o fato de a execução criminal ser conduzida por Magistrado específico, observadas as normas de organização judiciária, conforme art. 65 da Lei de Execução Penal, não sofre de nenhum vício de constitucionalidade por introduzir magistrado diverso após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nesse contexto, a invocação de ofensa ao juiz natural é verdadeira distorção política do instituto como modo de repelir importante novidade no âmbito processual penal. Ao que parece, a partir dos argumentos postos nas ADIn's, é que não haveria nenhum parâmetro para se dizer por que algo é inconstitucional – a vontade do intérprete se sobrepõe à análise jurídica propriamente dita para que se possa dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, como se o princípio do juiz natural não fosse constituído de uma história de fortalecimento das garantias do acusado em face de um poder punitivo estatal que deve ser controlado.

Em sua decisão, o Ministro Luiz Fux chega a combater o argumento de que o “sucesso” da implantação do juiz das garantias – ou um instituto

---

9 Quanto a esse elemento punitivista, é interessante destacar que a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em documento com sugestões encaminhado ao grupo de trabalho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pontuou que 79,1% dos seus associados são contrários à criação do instituto na forma como posta na Lei Anticrime. (Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/B06313D32A1CC7\\_ambdocumento.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/B06313D32A1CC7_ambdocumento.pdf)>). A AMB reforça que não há uma única afirmação na ADIn contrária à criação em tese do juiz das garantias, desde que observadas as competências legislativas adequadas. No entanto, é verdade que Magistrados da Justiça Federal já manifestaram seu descontentamento com o instituto do juiz das garantias em si por meio de abaixo-assinado, pois, segundo os signatários, “o juiz das garantias deprecia a figura do Magistrado, pois já se parte da premissa genérica e indiscriminada de que o juiz natural seja presumidamente suspeito e não tenha condições de julgar um processo com imparcialidade” (Conjur, [2020?]). Assim, não é fantasioso imaginar que uma parcela razoável dos juizes no Brasil sejam, do ponto de vista moral e político, avessos à implementação do instituto no ordenamento jurídico pátrio.

semelhante – em outros países possa significar uma melhoria instituição e uma aproximação do sistema acusatório. Não obstante tenha mérito o ministro em afirmar que a introdução dessa figura não pode ocorrer sem o devido debate sobre seus impactos e consequências, a arena correta para essa discussão é o próprio Poder Legislativo, no qual representantes eleitos pela sociedade podem propor soluções legislativas a partir de um debate democrático. Em suma, ao trazer a discussão sobre a capacidade contingencial do Judiciário brasileiro para recepcionar o juiz das garantias e a qualidade da experiência jurídica estrangeira com o instituto, o ministro retoma debate próprio das casas legislativas quando da edição da lei.

Com base nas críticas e na argumentação apresentada, é possível esboçar uma ideia da já apontada judicialização da política – neste caso, políticas públicas de justiça criminal – que tem tomado vasto espaço no âmbito de atuação dos tribunais. Em um cenário constitucional de amplo acesso ao Judiciário, essa situação é consequência natural e apenas evidencia a necessidade de aprimoramento da funcionalidade das instituições. Não é novidade que, em uma democracia, não é permitido aos poderes políticos atuar de modo desvinculado da Constituição, componente fundante do sistema. Caso isso ocorra, a possibilidade de judicialização é garantia fundamental dos cidadãos.

O perigo que decorre dessa conjuntura de grande litigiosidade é a amplificação das possibilidades de práticas ativistas pelos juízes. No caso em comento do juiz das garantias, observou-se que os requerentes das ADIns apostaram em argumentos pragmático-consequencialistas para tentar demonstrar a inconstitucionalidade do instituto. Veja-se que, a partir das alegações apresentadas, pretendem os requerentes, ao fim e ao cabo, que o STF, ao aderir às teses vertidas em suas petições, substitua o próprio debate político e decida que o juiz das garantias não é conveniente/bom/apropriado para o ordenamento jurídico brasileiro por uma questão essencialmente política ou até mesmo moral.

Não se está aqui a dizer que o STF acolherá teses que caracterizem uma postura ativista do Tribunal, mesmo porque há outros argumentos a serem enfrentados nas ADIns. No entanto, a comunidade jurídica deve estar alerta para tais posicionamentos que possam ser adotados pela Corte. Uma resposta dessa natureza é ruim e censurável em uma conjuntura democrática normativa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A introdução do juiz das garantias no ordenamento jurídico pátrio deve ser compreendida como uma aproximação do sistema processual penal brasileiro ao modelo acusatório preconizado pela Constituição Brasileira de 1988. O novo Código de Processo Penal é discutido há mais de dez anos no Congresso Nacional sem sair do papel, e é cada vez mais necessária uma modernização da legislação nesse sentido. Assim, nesses já mais de 30 anos desde a promulgação da denominada “Constituição Cidadã”, é dever da comunidade jurídica apoiar iniciativas que revigoram os ideais inscritos na Carta Magna brasileira.

A novidade legislativa tem redação semelhante ao Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal, mas estabelece um distanciamento ainda maior do juiz da fase processual dos atos pré-processuais: conforme exposto, o juiz das garantias atuará até o recebimento da denúncia, e os autos relativos aos elementos que se inserem na competência do juiz das garantias não serão remetidos ao juiz de julgamento. A Lei Anticrime, na parte dispensada ao juiz das garantias, ainda determinou que o processo penal observará a estrutura acusatória e proibiu a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição do órgão de acusação na produção de provas.

As modificações provocadas pelo juiz das garantias tocam em um ponto de vital importância para a jurisdição: a imparcialidade do juiz. Com um julgador diferente do Magistrado da fase processual zelando pelas liberdades individuais no curso das investigações preliminares, eleva-se o grau de garantismo da legislação processual penal, pois fortalece-se a imparcialidade objetiva do juiz de julgamento e, além disso, reforça-se a própria autoridade da Justiça, inspirando confiança nos cidadãos. Ao se aproximar da experiência de outros ordenamentos jurídicos ocidentais e da jurisprudência de tribunais estrangeiros, o processo penal brasileiro dá passos em direção ao modelo acusatório previsto constitucionalmente.

Toda alteração de relevo nas regras do jogo suscita dúvidas, elogios e críticas, e com o juiz das garantias não poderia ser diferente. O debate sobre as consequências da implantação do instituto no Brasil é válido e saudável, ainda mais quando se trata de figura que contraria práticas processuais já enraizadas no ideário jurídico brasileiro. O modelo representado pelas novas disposições legais tem defeitos – ele excepciona a competência do juiz das garantias nas infrações penais de menor potencial ofensivo e não cuidou dos problemas de contaminação dos juízes de instâncias superiores.

Postas essas considerações, buscou-se detalhar os problemas da transposição da benéfica discussão política nos campos social e legislativo para a arena judiciária. Diversas alegações apresentadas nas ADIns 6.298, 6.299 e 6.300 e 6.305 tentam minar o mérito do juiz das garantias a partir de noções políticas e morais sobre a conveniência do instituto. Questões pragmático-consequencialistas não devem ser levantadas como objeção à constitucionalidade da lei, sob pena de se banalizar a jurisdição constitucional, promovendo-se a ideia de que inconstitucionalidade se confunde com desejo pessoal do intérprete.

O legislador apenas realizou uma opção política ao não fornecer prazo de transição para a implementação do juiz das garantias. Não houve afronta a dispositivo constitucional. O suposto ferimento ao juiz natural, na verdade, revela-se um reforço à proteção à imparcialidade que existe no cerne desse princípio. Ao que parece, muitos argumentos empregados nas ADIns guardam íntima relação com o que cada um dos requerentes entende por justo ou pertinente no âmbito processual penal. Entretanto, não pode a vontade servir de embasamento para a distorção de previsões constitucionais e da principiologia correlata, de modo a combater a constitucionalidade de importante novidade no âmbito processual penal.

É perigoso o ativismo praticado por certos juízes e, inclusive, desejado por parcela da comunidade jurídica como meio para alcançar seus objetivos pessoais. A democracia brasileira sofre quando a discussão política passa do Poder Legislativo para o Poder Judiciário: se os juízes ditam o que consideram melhor para a sociedade a partir de sua discricionariedade, o Direito perde sua autonomia. No fim, o jurídico se confunde com o político, e não existe controle sobre o que se pode dizer sobre determinada situação. O intérprete está livre para decidir como quiser.

Buscou-se demonstrar que o juiz das garantias é um avanço muito importante para o processo penal ao dar mais efetividade à imparcialidade objetiva do julgador. À luz desse contexto de maior garantismo, apresentaram-se problemas ao se analisar a constitucionalidade do instituto sob o prisma de desejos políticos e morais. O que se pode extrair da análise conjunta dessas premissas é que, ainda que certamente haja espaço para críticas quanto ao modelo adotado na Lei Anticrime, o juiz das garantias em si – ou seja, a ideia de um juiz das garantias – é compatível com a Constituição Federal brasileira e deve ser enaltecida pelos juristas e profissionais do Direito.

Destaca-se, todavia, que há outros pontos levantados nas ADIns que não foram explorados neste trabalho e exigem análise mais minuciosa acerca do seu cabimento. Aqui, dados o espaço e o escopo da discussão, foram investigados apenas alguns pontos que evidenciam o risco de favorecer posições ativistas dos Magistrados<sup>10</sup>.

## REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Decreto nº 118, de 7 de fevereiro de 2019. Código Procesal Penal Federal. Buenos Aires: Poder Ejecutivo Nacional. Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-118-2019-319681/texto>>. Acesso em: 11 maio 2020.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). [Manifestação a respeito do juiz das garantias]. Brasília, DF, 10 jan. 2020. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/B06313D32A1CC7\\_ambdocumento.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/B06313D32A1CC7_ambdocumento.pdf)>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Projeto de Lei nº 5.282, de 2019. Altera o art. 156 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para estabelecer a obrigatoriedade de o Ministério Público buscar a verdade dos fatos também a favor do indiciado ou acusado. Autoria: Senador Antonio Anastasia. Brasília, DF: Senado Federal, 2019a. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139043>>. Acesso em: 12 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara nº 8.045, de 2010. Revoga o Decreto-Lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-Leis nºs 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nºs 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Autoria: Senador José Sarney. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Coordenador: Hamilton Carvalhido. Relator: Eugênio Pacelli de Oliveira. Brasília, DF: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2966191&disposition=inline>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF:

---

10 Financiamento: O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001.

Presidência da República, 1992a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299/DF. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Art. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP. Juiz das Garantias. Regra de organização judiciária. Inconstitucionalidade formal. Art. 96 da Constituição. Inconstitucionalidade material. Ausência de dotação orçamentária prévia. Art. 169 da Constituição. Autonomia financeira do Poder Judiciário. Art. 96 da Constituição. [...] Requerente: Partido Trabalhista Nacional e Outro. Relator: Ministro Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-aterferendo.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

CHILE. Ley nº 19.696, de 12 de outubro de 2000. Estabelece o Código de Processo Penal. Santiago: Ministerio de Justicia, 2000. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: 11 maio 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença do caso de Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. 5 ago. 2008. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_182\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2020.

CONJUR. Abaixo-assinado contra o juiz de garantias. [s.l.], [2020?]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/abaixo-assinado-juiz-garantioias.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Julgamento do caso de Cubber vs. Bélgica. Aplicação nº 9186/80. 26 out. 1984. Disponível em: <<https://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsource/de%20Cubber%20v.%20Belgium%20%5b26%20Oct%201984%5d%20%5bEN%5d.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Plenário). Julgamento do caso de Hauschildt vs. Dinamarca. Aplicação nº 10486/83. 24 maio 1989. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/ee1c41/pdf/>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Julgamento do caso de Piersack vs. Bélgica. Aplicação nº 8692/79. 1º out. 1982. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57557%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57557%22]})>. Acesso em: 24 mar. 2020.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 145/1988, de 12 de julio. En relación con determinados preceptos de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. Pleno. Disponível em: <[http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1086#complete\\_resolucion](http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1086#complete_resolucion)>. Acesso em: 13 maio 2020.

GOMES, Luiz Flávio. Apontamentos sobre o princípio do juiz natural. *Revista dos Tribunais*, [s.l.], v. 703, p. 417-422, maio 1994. Disponível em: <[https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001712f11d01beb7c1973&docguid=I432e2f90f25011dfab6f010000000000&hitguid=I432e2f90f25011dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=4000&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001712f11d01beb7c1973&docguid=I432e2f90f25011dfab6f01000000000&hitguid=I432e2f90f25011dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=4000&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 31 mar. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*, [s.l.], v. 29, p. 11-33, jan./mar. 1983. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001712f1df7f782ffca54&docguid=I10005ce0f25711dfab6f010000000000&hitguid=I10005ce0f25711dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=1193&context=62&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

ITÁLIA. Codice di Procedura Penale. Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447. Roma: 2020. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>>. Acesso em: 11 maio 2020.

JUIZ DAS GARANTIAS: AMB acrescenta fundamentos à inicial da ADIn 6298. Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Brasília, DF, 3 jan. 2020. Disponível em: <[https://www.amb.com.br/juiz-das-garantias-amb-acrescenta-fundamentos-inicial-da-adi-6298/?doing\\_wp\\_cron=1585622204.9668281078338623046875](https://www.amb.com.br/juiz-das-garantias-amb-acrescenta-fundamentos-inicial-da-adi-6298/?doing_wp_cron=1585622204.9668281078338623046875)>. Acesso em: 31 mar. 2020.

PORTUGAL. Lei nº 48, de 29 de agosto de 2007. 15ª alteração ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 78/1987, de 17 de fevereiro. Lisboa: Assembleia da República, 2007. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/641082/details/maximized>>. Acesso em: 11 maio 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

\_\_\_\_\_. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez.

2011a. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2165/1766>>. Acesso em: 15 maio 2020.

\_\_\_\_\_. O “novo” Código de Processo Penal e as ameaças do velho inquisitorialismo: nas so(m)bras da filosofia da consciência. In: BONATO, Gilson. *Processo penal, constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 445-476, 2011b.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017a.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b.

#### Sobre os autores:

**Lenio Luiz Streck** | *E-mail*: lenios@globomail.com

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos/RS) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Professor Visitante da Universidade Javeriana de Bogotá, da Universidade de Málaga e da Universidade de Lisboa.

**Guilherme de Oliveira Zanchet** | *E-mail*: guilhermeozanchet@gmail.com

Mestrando em Direito Público, como bolsista da Capes/PROEX, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos/RS). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Data de submissão: 5 de agosto de 2020.

Data do aceite: 30 de junho de 2021.