

# A (SUPOSTA) INCONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ DAS GARANTIAS: CRÍTICA À ADI 6.298 DF

Ana Luiza Brito Viana\*  
Gabriela Oliveira de Jesus\*\*  
Olga Valéria Martins Vilarim\*\*\*

Antes de ser reformulado pela Lei nº 13.964/2019, o Código de Processo Penal (CPP) garantia que o mesmo magistrado atuasse nas fases pré e pós-processual, permitindo ainda que sua participação fosse ativa, lhe facultando a intervenção na produção de provas e na oitiva de testemunhas. Desse modo, o juiz que tivesse acesso ao caso durante a fase de investigação seria prevento para conduzir e julgar o processo quando do oferecimento da denúncia. Entretanto, essa atuação do mesmo juiz em ambas as fases foi amplamente criticada, uma vez que poderia haver a contaminação do juiz que já formou um pré-julgamento do caso, antes mesmo de iniciado o processo. Como explicado por Eugenio Pacelli, a atuação do juiz é a última e mais importante garantia individual do jurisdicionado, de modo, que a criação do juiz de garantias:

[...] tem por objetivo reforçar, ainda mais, a tutela das garantias individuais, otimizando a dimensão normativa do princípio do juiz natural, imparcial e distante dos fatos, independentemente de qualquer debate acerca de eventuais comprometimentos pessoais que decisões na fase de inquérito podem causar no juiz do processo (PACELLI, 2020, p. 1291).

Foi com o objetivo de garantir o respeito e cumprimento dos princípios da imparcialidade do juiz, presunção de não culpabilidade e da contradição e ampla defesa, que a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, instituiu à figura do juiz das garantias no processo penal brasileiro. Essa alteração buscava desvincular a fase investigativa da processual e atribuir ao juiz das garantias às decisões que di-

\*Graduanda do 3º ano em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. *E-mail*: ana\_souza@usp.br

\*\*Graduanda do 3º ano em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisadora do grupo de pesquisa “Poder Judiciário e Teorias Contemporâneas” da Fadir-UFU. Estagiária no Fórum da Comarca de Araguari. Membro do Corpo Editorial da Revista Acadêmica Discente Círculo da Fadir-UFU. *E-mail*: isabelairacabal@gmail.com

\*\*\* Graduanda do Curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB) e integrante da Liga Acadêmica de Direito Constitucional Ruy Barbosa. *E-mail*: olgavilarim@gmail.com.

Lucas Gabriel Ladeia Cirne é o orientador dessa crítica. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário FG – UniFG, professor na Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR) e orientador da Liga Acadêmica de Direito Constitucional Ruy Barbosa.

zem respeito à primeira, como a interceptação telefônica e quebra de sigilo bancário, por exemplo. Enquanto que o juiz de instrução conduziria e julgaria o processo sem ter um pré-julgamento estabelecido.

Tendo isso em vista, a presente crítica à jurisprudência irá analisar a decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux na ADI 6.298 no que diz respeito à constitucionalidade da figura do juiz das garantias.

## 1. PRINCIPAIS PONTOS DA DECISÃO DA ADI 6.298 DISTRITO FEDERAL

Após a promulgação do “Pacote Anticrime” foram ajuizadas quatro ações diretas de inconstitucionalidade contra alguns dos seus dispositivos pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA, pelo diretório nacional do Partido Social Liberal (PSL) e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), tendo todas às ADIs impugnado o juiz das garantias.

Em seu relatório o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux, apresenta uma síntese dos argumentos apresentados para o pedido da medida cautelar pleiteada. São elas:

(i) Inconstitucionalidade formal da Lei n. 13.964/2019, em razão de dispor sobre procedimentos processuais (e.g. normas sobre a fase pré-processual do inquérito), matérias de competência legislativa concorrente entre os Estados e a União, nos termos do artigo 24, XI e §1º, da Constituição; (ii) Inconstitucionalidade formal em face de vício de iniciativa relativo à competência legislativa do Poder Judiciário para alterar a organização e a divisão judiciária, nos termos do artigo 96, I, “d”; e II, “b” e “d”, da Constituição; (iii) Inconstitucionalidade formal em razão da instituição do juiz das garantias por meio de lei ordinária, em violação ao artigo 93, *caput*, da Constituição; (iv) Inconstitucionalidade material em razão de violação ao princípio do juiz natural (art. 5º, LIII), da isonomia (art. 5º, *caput*), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e da regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário (artigo 99, *caput*, Constituição); (v) Inconstitucionalidade material em razão da ausência de prévia dotação orçamentária para a implementação das alterações organizacionais acarretadas pela lei, nos termos do artigo 169, §1º, da Constituição, bem como da violação do novo regime fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional nº 95 (art. 104, do ADCT), e do mandamento do art. 113, do ADCT; (vi) Desproporcionalidade da *vacatio legis* de apenas 30 (trinta) dias para implementação das alterações organizacionais requeridas pela lei; (vii) Inconstitucionalidade material em relação ao acordo de não persecução penal, por permitir o controle judicial do mérito da avença, desafiando a prerrogativa constitucional do Ministério Público, decorrente da sua titularidade exclusiva da ação penal pública, e a im-

Os autores das ações ainda justificaram o *periculum in mora* devido ao fim do prazo para a lei entrar em vigor, estando o Poder Judiciário e o Ministério Público sem condições de implementar as mudanças impugnadas nesse curto prazo, o que poderia suscitar uma instabilidade nessas instituições e no próprio sistema jurídico.

O Ministro Fux concluiu seu relatório citando a decisão do Ministro Dias Toffoli, que concedeu parcialmente as medidas cautelares pleiteadas nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, concedendo um prazo de 180 dias para que os artigos referentes ao juiz das garantias entrassem em vigor. Para o Ministro foi possível verificar o *fumus boni iuris* nas supostas evidências de que há vícios de inconstitucionalidade formal e material nos artigos impugnados. Enquanto o *periculum in mora* se constitui nos riscos ao funcionamento da justiça criminal, e possíveis efeitos irreversíveis que poderiam advir, de se permitir a entrada em vigor de uma norma que suscita tais questionamentos sobre sua constitucionalidade.

A discussão a respeito da inconstitucionalidade formal dos artigos *sub judice* existe devido à controversa natureza jurídica desses dispositivos. Isso porque, de acordo com a Constituição Federal da República Brasileira (CFRB/88), compete privativamente a União legislar sobre direito processual (art. 22), ao mesmo tempo em que autoriza a União, os Estados e o Distrito Federal legislarem concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual (art. 24). A alteração da organização e da divisão judiciárias, no entanto, deve ser proposto ao Poder Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal, pelos Tribunais Superiores e pelos Tribunais de Justiça (art. 96, II).

O Ministro então explica que não considera que os arts. 3º-A ao 3º-F tenham natureza processual, isso porque a figura do juiz das garantias não teria apenas incluído no sistema processual penal uma “mera regra de impedimento do juiz criminal, acrescida de repartição de competências entre magistrados para as fases de investigação e de instrução processual penal” (STF, 2020, p. 18), mas sim trazido uma grande mudança na estrutura e no funcionamento das unidades judiciárias criminais no Brasil. Desse modo, essas normas teriam natureza híbrida (processual e de organização judiciária), motivo pelo qual o art. 96, II da CFRB/88 deve ser observado.

Fux considera que o art. 3º-D, parágrafo único, do CPP, viola o art. 96 da CFRB/88 de forma mais explícita, pois determina que os tribunais criem um sistema de rodízio de magistrados nas comarcas com apenas um juiz para atender estas mudanças. No entanto, ressalta que os demais artigos que versam sobre o juiz de garantias também violam à Constituição, pois a implementação desses dispositivos “requer, em níveis poucas vezes visto na história judiciária recente, a reestruturação de unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos” (STF, 2020, p. 19).

O Relator conclui sua análise da inconstitucionalidade formal dos dispositivos impugnados dizendo que para implementar o juiz de garantia deverá ocorrer uma grande alteração da divisão e organização do sistema judiciário criminal brasileiro, salientando que “cada Tribunal tem a prerrogativa de decidir como essa reorganiza-

ção de funções será feita, se for o caso (especialização de varas, criação de núcleos de inquéritos etc.)” (STF, 2020, p. 21), de modo que os arts. 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária.

Já em relação à inconstitucionalidade material, o Ministro apresenta dois argumentos que a justificam: “a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade” (STF, 2020, p. 21). Em relação ao primeiro ponto, o Relator diz que o juiz das garantias viola os art. 99 e 169 da CFRB/88, pois os dispositivos asseguram autonomia orçamentária ao Poder Judiciário e “exige prévia dotação orçamentária para a realização de despesas por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal” (STF, 2020, p. 21), respectivamente. Fux também ressalta que quando há aumento de despesa na reorganização dos serviços judiciários, os tribunais devem recorrer a projetos de leis com rito próprio, tendo em vista que as modificações necessárias para a implementação do juiz de garantias necessitam de novas leis a serem aprovadas no Congresso Nacional e nas Assembleias Legislativas estaduais, não conseguiram fazer a transição no período de *vacatio legis*, que se extinguiu durante o recesso parlamentar. O Ministro também diz que o juiz das garantias viola o art. 113 do Novo Regime Fiscal da União, Emenda Constitucional nº. 95/2016, que estabelece à obrigatoriedade da estimativa de impacto orçamentário e financeiro da proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita, uma vez que não cumpriu com esse requisito constitucional.

Já em relação ao ponto do impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade, Fux diz que esses aspectos deverão ser analisados nas próximas etapas do processo, no entanto se reserva na posição de fazer duas considerações. A primeira é em relação a utilização de argumentos que se baseiam no Direito Comparado para demonstrar a eficiência do juiz de garantias, isso porque deve-se levar em conta as particularidades de cada país e de seus sistemas jurídicos para evitar que haja um mero transplante jurídico acrítico. A segunda consideração do Relator diz respeito à presunção de que um juiz que participe da fase de investigação terá sua imparcialidade afetada, explicando que:

A existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Mais ainda, também não se pode inferir, a partir desse dado científico geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juizes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução. Defensores desse argumento sequer ventilam eventuais efeitos colaterais que esse arranjo proposto pode produzir, inclusive em prejuízo da defesa (STF, 2020, p. 28)

O Ministro ainda cita o pesquisador na área da Análise Econômica do Direito Pery Francisco Assis Shikida, para explicar que a instituição do juiz das garantias no cenário de morosidade e assolamento de processos que vivemos poderia ter como con-

sequência o incentivo à impunidade ou o prejuízo da duração razoável do processo.

Diante de todo o exposto, o Ministro Relator Luiz Fux decidiu pela suspensão da eficácia dos artigos 3º-A a 3º-F, do Código de Processo Penal (CPP), na redação dada pela Lei nº. 13.964/2019.

## 2. CRÍTICAS À FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Ao analisar a decisão do Ministro Fux, percebe-se que os argumentos utilizados pelo Relator não se sustentam. Isso porque se tem como base da justificativa da inconstitucionalidade, tanto formal quanto material, os supostos gastos exacerbados que a implementação dessa figura custaria. Ora, à quantidade de processos continuará à mesma, o que será alterado é a competência do juiz em relação a um determinado processo, ocorrendo assim certa “rotação” dos processos entre os magistrados já existentes. Apesar de ser inegável a necessidade do aumento do quadro de juízes no Brasil, a alegação da obrigatoriedade de contratação de novos magistrados para conseguir implementar o juiz das garantias não é verdadeira.

Em relação ao art. 96, II da CFRB/88, nota-se que o juiz das garantias modificou a competência dos juízes em julgar um determinado processo, e não alterou a organização e divisão judiciárias, de modo que não se aplica ao caso em questão. Ressalta-se inclusive que o art. 3º-E da Lei nº 13.964/2019 diz que “o juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados, do Distrito Federal”, permitindo que cada Tribunal decida como essa reorganização de funções será feita, evidenciando assim o respeito ao estabelecido pela Constituição. Entretanto, se faz uma ressalva ao parágrafo único do art. 3º-D, em que se entende que o Ministro Fux teve correta decisão quanto à inconstitucionalidade do referido dispositivo, isso porque a norma prevê a implementação de “rodízio” nas comarcas com apenas um juiz, de modo que possa interferir na organização e divisão judiciária, que é competência constitucionalmente prevista dos Tribunais.

Quanto à inconstitucionalidade material, não houve violação aos arts. 99 e 169 da CFRB/88 e nem ao art. 113 do Novo Regime Fiscal da União, Emenda Constitucional nº. 95/2016, pois, a implementação do juiz das garantias não requer à obrigatoriedade do aumento de gastos com o sistema judiciário. Isso porque trata-se de uma modificação de competência, de modo que em vez de um mesmo magistrado se responsabilizar pela fase investigativa e instrutória de um único processo, ele será responsável pela primeira fase de um caso e pela instrução de outro.

O argumento de impacto do juiz de garantias na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade citada pelo Ministro também merece críticas. Porque o argumento de que se precisa ter cuidado com o Direito Comparado para evitar adotar um instituto jurídico de um país com características diferentes do Brasil, não possui fundamento jurídico para a suposta inconstitucionalidade do juiz de garantias, se mostrando dispensável.

Em relação à possível imparcialidade do juiz que atuar na investigação e na fase processual, é inegável que essa é uma preocupação de muitos advogados e defen-

sores públicos e que já se mostrou presente em alguns casos notórios. Salienta-se que o inquérito processual não permite a contradição e a ampla defesa, de modo que o juiz que atua na fase de investigação tem acesso a apenas um dos lados do que posteriormente poderá se tornar um processo. Negar a possibilidade de criação de pré-julgamentos que poderão afetar a imparcialidade do juiz nesse cenário é, no mínimo, ingenuidade. Isso não significa que todos os juízes são sempre parciais à acusação, mas sim, que existe à possibilidade de contaminação do magistrado e, por isso, o sistema processual deve criar soluções que busquem uma concretização dos princípios constitucionais, sendo esse o objetivo do juiz de garantias.

Como explicado por Aury Lopes Jr, o sistema democrático impõe que o juiz que irá valorar as provas esteja afastado da atividade probatória, sendo esse também o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal Constitucional Espanhol:

Enfrentando esses resquícios inquisitórios, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, especialmente nos casos Piersack, de 1º/10/1982, e De Cubber, de 26/10/1984, consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. É uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos “pré-juízos” conduzem à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. [...], entende-se que a subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de “pré-juízos”. Já a imparcialidade objetiva diz respeito a se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade.

[...] Destaca o Tribunal [Constitucional espanhol (STC 145/88)] uma fundada preocupação com a aparência de imparcialidade que o julgador deve transmitir para os submetidos à Administração da Justiça, pois, ainda que não se produza o “pré-juízo”, é difícil evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga com pleno alheamento. Isso afeta negativamente a confiança que os tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos justicáveis, especialmente na esfera penal. Dessa forma, há uma presunção de parcialidade do juiz-instrutor, que lhe impede julgar o processo que tenha instruído (LOPES JR., 2020, p 93-94).

Em relação ao suposto incentivo à impunidade ou o prejuízo da duração razoável do processo, são argumentos que também não se mantêm. Isso porque, novamente, não haverá um aumento no número de processos, mas uma rotação dos processos já existentes, e dos que vierem a ser propostos, entre os magistrados. Já em relação à aplicação do juiz de garantia nas comarcas com um único magistrado, o Ministro

Dias Toffoli já havia esclarecido essa situação:

Ademais, segundo consta do Relatório do Conselho Nacional de Justiça referido acima, 59% das comarcas e subseções judiciárias do país atuam como juízos únicos – ou seja, como varas com competência genérica, cabendo-lhes também julgar e processar feitos criminais. No entanto, em 2018, apenas 19% delas atuou com um único juiz durante todo o ano de 2018, sem qualquer sistema de substituição (foram descontados os períodos de atividade inferiores a 60 dias, a fim de evitar o cômputo das substituições automáticas que ocorrem em razão de férias). Ou seja, em 81% das unidades judiciárias, registrou-se a atuação, no decorrer de 2018, de dois ou mais juízes. Além disso, o relatório também demonstrou que essas comarcas de juízo único recebem 10% dos processos criminais e 13% dos procedimentos investigatórios de todo país. Esses dados demonstram que, diferentemente do que sugerem os autores das ações, o Poder Judiciário brasileiro dispõe sim de estrutura capaz de tornar efetivos os juízos de garantia. A questão, portanto, não é de reestruturação, e sim de reorganização da estrutura já existente. Não há órgão novo. Não há competência nova. O que há é divisão funcional de competência já existente. É disso que se trata (STF, 2020, p. 25).

Em relação ao *fumus boni iuris*, definido por Luiz Fux como evidências diretas ou indiretas que demonstram certa probabilidade de acolhimento futuro do direito alegado, é importante lembrar que o Ministro Dias Toffoli em sua decisão das ADIs 6.298, 6.299 e 6.300 não questionou a constitucionalidade do juiz de garantia, enquanto que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Alexandre de Moraes e Celso de Mello se mostraram favoráveis à essa nova figura quando questionados pelo jornal Estado de Minas, em matéria publicada em 31 de dezembro de 2019, vinte e dois dias antes da decisão do Ministro Fux. Desse modo, a probabilidade do acolhimento futuro do direito alegado em sede de decisão no plenário não é tão grande quanto sugerido pelo Relator.

Por fim, o *periculum in mora* também não se adequa ao caso em análise, pois, como já explicado extensivamente, a implementação do juiz de garantias não implica em grandes mudanças do sistema jurídico, de modo que ainda que o plenário declare essa figura como inconstitucional, o que é improvável como mostrado anteriormente, essa alteração de competência que os arts. 3º-A ao 3º-F estipulam, não trariam malefícios, nem se quer mudanças irremediáveis, ao sistema judiciário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 nov. 2020

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016*. Altera o Ato das

Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm). Acesso em: 03 dez. 2020

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [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: 24 nov. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal. 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. Artigo 96 da Constituição. Inconstitucionalidade material. Ausência de dotação orçamentária prévia. Artigo 169 da Constituição. Autonomia financeira do poder judiciário. Artigo 96 da Constituição. Impacto sistêmico. Artigo 28 do CPP. Alteração regra arquivamento. Artigo 28-a do CPP. Acordo de não persecução penal. Sistema de freios e contrapesos entre acusação, juiz e defesa. Artigo 310, §4º, do cpp. Relaxamento automático da prisão. Audiência de custódia. Proporcionalidade. *Fumus boni iuris*. *Periculum in mora*. Medidas cautelares parcialmente deferidas. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros e outro(a/s). Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros e outro(a/s). Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. Decisão: Min. Dias Toffoli, 15 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Juizdas-garantias.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.

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

MOURA, Rafael Moraes. Maioria do Supremo apoia criação de juiz de garantias. *O Estado de S. Paulo*. Disponível em: [www.politica.estadao.com.br/noticias/geral,maioria-do-supremo-apoia-criacao-de-juiz-de-garantias,70003139586.amp](http://www.politica.estadao.com.br/noticias/geral,maioria-do-supremo-apoia-criacao-de-juiz-de-garantias,70003139586.amp). Acesso em: 26 nov. 2020

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24ªed. São Paulo: Atlas, 2020.