



LUCAS TAVARES PEREIRA PÊGAS

**O JUÍZO DAS GARANTIAS NO SISTEMA ACUSATÓRIO: uma análise da
imparcialidade pretendida pela jurisdição a partir da Constituição Federal de
1988**

**GOVERNADOR VALADARES
2021**

LUCAS TAVARES PEREIRA PÊGAS

O JUÍZO DAS GARANTIAS NO SISTEMA ACUSATÓRIO: uma análise da imparcialidade pretendida pela jurisdição a partir da Constituição Federal de 1988

Trabalho apresentado para graduação no curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus Governador Valadares.

Orientadora: Prof. Nayara Rodrigues Medrado

GOVERNADOR VALADARES
2021

LUCAS TAVARES PEREIRA PÊGAS

O Juízo das Garantias no Sistema Acusatório: uma análise da imparcialidade pretendida pela jurisdição a partir da Constituição Federal de 1988

Trabalho apresentado para graduação no curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus Governador Valadares.

Orientadora: Prof. Nayara Rodrigues Medrado

Aprovado em ____ de _____ de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Me. Nayara Rodrigues Medrado

Prof. Me. João Guilherme Gualberto Torres

Prof. Dr. Bráulio de Magalhães Santos

RESUMO

O presente artigo busca entender a teleologia que fundamenta o instituto do júízo das garantias, sobretudo quanto a sua importância na concretização de um sistema processual genuinamente de estrutura acusatória, bem como demonstrar que a compreensão sobre o princípio da imparcialidade do magistrado, garantia fundamental do acusado, é inerente à própria atividade jurisdicional. Buscando refúgio na Teoria da Dissonância Cognitiva, bem como nos estudos desenvolvidos por Bernd Schunemman, o presente trabalho demonstrará como a figura do júízo das garantias visa preservar a imparcialidade e concretizar o sistema acusatório. Por fim, serão analisados os argumentos trazidos pela ADI 6.298, que sustentam o vício formal e material dos artigos 3º-A a 3º-F, a fim de atestar se estes se são capazes de sustentar a inconstitucionalidade da legislação impugnada.

Palavras-Chave: júízo das garantias; sistema acusatório; imparcialidade; ADI 6.298; teoria da dissonância cognitiva; lei anticrime; Lei nº 13.964/19;

ABSTRACT

This article seeks to understand the teleology that underlies the institute of the judgment of guarantees, especially in terms of its importance in the implementation of a procedural system genuinely with an accusatory structure, as well as to demonstrate that the understanding of the principle of impartiality of the magistrate, a fundamental guarantee of the accused, is inherent to the jurisdictional activity itself. Seeking refuge in the Cognitive Dissonance Theory, as well as in the studies developed by Bernd Schunemman, this work will demonstrate how the figure of the judge of guarantees aims to preserve impartiality and concretize the accusatory system. Finally, the arguments brought by the ADI 6.298, which support the formal and material defect of articles 3-A to 3-F, will be analyzed, in order to attest whether they are capable of sustaining the unconstitutionality of the contested legislation.

Keywords: judge of guarantees; accusatory system; impartiality; ADI. 6.298; theory of cognitive dissonance; anti-crime law; law 13.964/19.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO.....	7
2- OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	8
3- A IMPARCIALIDADE DO JUIZ.....	11
3.1. A Teoria da Dissonância Cognitiva e a sua influência na tomada de decisão pelo juiz.....	16
4- O JUÍZO DAS GARANTIAS.....	18
5- A AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.298.....	20
5.1. Inconstitucionalidade formal: violação da CFRB/88 por vícios de competência e iniciativa legislativa.....	21
5.2. Inconstitucionalidade material: 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.....	24
6- CONCLUSÃO.....	27
7- BIBLIOGRAFIA.....	28

1. INTRODUÇÃO

A reforma do Código Penal brasileiro, esboçada na chamada Lei Anticrime, entrou em vigor em janeiro de 2020 após um curtíssimo período de *vacatio legis* e trouxe significativas mudanças no processo penal. A mais importante delas, contudo, segue sem eficácia, ainda no ano de 2021, e ao que tudo indica, encontrará ainda mais barreiras frente ao Poder Judiciário, antes que possa produzir seus efeitos. Trata-se do chamado juízo das garantias, instituído nos artigos 3º-A ao 3º-F do Código de Processo Penal, os quais obtiveram sua eficácia suspensa em duas ocasiões diferentes, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.298, mediante decisões monocráticas, sendo a última do atual presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Luiz Fux.

Antes de passar ao debate travado na ação de controle concentrado, é preciso entender a teleologia que fundamenta o instituto do juízo das garantias, sobretudo quanto a sua importância na concretização de um sistema processual genuinamente de estrutura acusatória, uma vez que a opção por um ou outro sistema implica na adoção de princípios e garantias que lhes são inerentes. Nesse sentido, a contextualização histórica dos sistemas processuais nos ajuda a entender quais as características fundamentais ao sistema inquisitório e acusatório, bem como a delimitar as suas características. Ademais, é imprescindível a compreensão sobre o princípio da imparcialidade do magistrado enquanto garantia fundamental do acusado e inerente à própria atividade jurisdicional, afinal, a ausência de imparcialidade do juiz não pode coexistir sequer mesmo com a ideia de processo.

Utilizando como paradigma a Teoria da Dissonância Cognitiva, bem como os resultados de sua aplicação prática ao processo penal nos estudos desenvolvidos por Bernd Schunemman, o presente trabalho demonstrará como a figura do juízo das garantias visa preservar a imparcialidade e concretizar o sistema acusatório. Por fim, serão analisados os argumentos trazidos pela ADI em pauta, que sustentam o vício formal e material dos artigos 3º-A a 3º-F, a fim de atestar se estes se são capazes de sustentar a inconstitucionalidade da legislação impugnada, quando confrontados com a doutrina e a jurisprudência pátria.

2. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Ao longo da história, os sistemas processuais penais passaram por diversas modificações, subsistindo na doutrina duas classificações que buscavam diferenciá-los a partir de suas características principais: o sistema inquisitório e o sistema acusatório. A compreensão desses sistemas é fundamental para entendermos a estrutura do processo penal moderno, sobretudo daquele vigente em nosso país. Afinal, como veremos a seguir, a opção por um ou outro sistema implica na adoção de princípios e garantias que lhes são inerentes e, portanto, não podem ser afastadas. O que se pretende não é discorrer exaustivamente acerca da sua evolução histórica, mas sim contextualizá-los a ponto de identificar as origens de seus contornos nos dias atuais.

O sistema inquisitório, utilizado como paradigma, nasceu na Idade Média, durante a expansão da Igreja Católica, com o propósito de “conservar o poder da igreja perante as autoridades civis”, diante do “crescimento da crença judaica entre os povos cristãos”¹ e possuiu como ápice o Tribunal da Santa Inquisição. Nesse cenário, houve a expansão da jurisdição eclesiástica, que passou a ter competência para julgar todos os cidadãos que atentassem contra a fé cristã. Assim, o acusado era tido enquanto mero objeto processual, uma vez que “o réu vira um pecador, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída”², inexistindo quaisquer garantias ou direitos em seu favor, dando origem ao verbete *confessio est regina probationum* (a confissão é a rainha das provas), o que justificaria, inclusive, a utilização da tortura.

No sistema inquisitorial canônico, o juiz aglutinava as funções de acusar e julgar, tornando-se uma figura absoluta na condução processual, porquanto imputava a heresia ao acusado e, ao mesmo tempo, determinava a busca de provas para validar a ideia pré-concebida. É evidente que, nesse contexto, não existia qualquer imparcialidade do julgador, que poderia até mesmo iniciar

¹ CORRÊA, Jéssika de Souza Cabral. **O Tribunal da Santa Inquisição: uma Comparação entre os Processos De Cartagena e Salvador**. Associação Brasileira de Pesquisadores em História Econômica – ABPHE. Disponível em: <http://www.abphe.org.br/uploads/Textos%20Encontro%20P%C3%B3s%20ABPHE%202016/Jessika_Cabral_Correa.pdf>. Último acesso: 15/07/2021.

² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 46 n.183. jul/set. 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>. Último acesso: 15/07/2021, p. 105.

processos de ofício, e tampouco poderia se falar em garantias do acusado. Assim, entre as características atribuídas a esse modelo, podemos destacar a indistinção das funções processuais, a gestão da prova pelo juiz, bem como ausência de garantias ao acusado.

A origem do sistema acusatório, por sua vez, remonta à Grécia Antiga, já que é possível identificar no processo ateniense a estruturação de tal modelo, uma vez que estava atribuída às partes a busca de provas que atestariam a verdade de suas versões na audiência, permanecendo o acusado em liberdade até o julgamento³. Essa estrutura, que teve seu declínio na Roma Antiga e na Idade Média, voltou a erigir-se na Inglaterra, durante o reinado de Henrique II. Em sua busca de unificação da Grã-Bretanha, o rei estabeleceu um sistema processual dialético onde “o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa”, que indicava “uma paridade de condições entre os contendores”⁴.

Desde sua origem, podemos identificar enquanto pilares do sistema acusatório a postura passiva do julgador e a iminente valorização da pessoa do acusado ao posto de detentor de direitos. Nos tempos atuais, a forma acusatória é marcada, conforme aponta Aury Lopes Jr, dentre outras características, pela clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; pela iniciativa probatória restrita às partes; pela imparcialidade e inércia do julgador no que se refere à coleta de provas e pelo tratamento igualitário entre as partes⁵.

O caminho trilhado pelo modelo inglês, contudo, foi radicalmente diferente dos demais países da Europa continental que sofreram a influência do processo inquisitorial⁶. Nesses países, o que se teve, principalmente após a Revolução Francesa de 1789, foi uma “gradual *excomunicação* das características do modelo inquisitivo”, que não se consolidou necessariamente no “retorno ao

³ RITTER, Ruiz Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Rio Grande do Sul. 2016. Disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf>. Último acesso: 03/09/2021, p. 16.

⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 46 n.183. jul/set. 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>. Último acesso: 15/07/2021, p. 107.

⁵ LOPES JR., Aury, **Direito processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 57.

⁶ RITTER, Ruiz Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Rio Grande do Sul. 2016. Disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf>. Último acesso: 03/09/2021, p. 29.

modelo acusatório, como no passado ocorrera”, mas sim no “nascimento de um novo sistema”⁷. Isso porque, no Código de Instrução Criminal, na França, durante a ditadura napoleônica, houve a cisão do processo penal em duas fases, uma investigativa e outra em juízo. Isso possibilitou que um único sistema adotasse características tanto acusatórias, quanto inquisitórias, e por essa razão fora denominado sistema misto.

É importante ressaltar que a classificação de um sistema misto é criticada pela doutrina brasileira por se tratar de um reducionismo, posto que “todos os sistemas são mistos, sendo os modelos puros apenas uma referência histórica”⁸. Assim, em que pese os sistemas modernos possuírem dispositivos com características de ambos os sistemas, é preciso delimitar o seu núcleo para compreender o que significa intitulá-lo acusatório ou inquisitório.

Não obstante as profundas discussões existentes na doutrina sobre qual seria o princípio unificador, compartilho o entendimento de que é a gestão da prova o núcleo essencial, capaz de determinar se o sistema adotado se caracteriza enquanto inquisitório ou acusatório. Afinal, não parece correto afirmar que a mera distinção entre as funções de acusar e julgar é suficiente para garantir o princípio que sustenta o sistema acusatório, qual seja, a imparcialidade do juiz. Nesse sentido, argumenta Aury Lopes Jr: “somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória”⁹.

Portanto, podemos perceber a insuficiência conceitual que circunda o dito sistema misto, já que o que se faz é apenas “uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo, seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (eis porque todos os sistemas são mistos) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos sistemas puros”¹⁰.

No contexto nacional, o Código de Processo Penal Brasileiro (CPPB) de 1941 tem como alicerce o sistema inquisitorial, em razão de sua inspiração no *Codice Rocco* italiano. A separação do processo em duas fases, assim como no código francês, fez com que muitos autores

⁷ *Idem*, p. 34.

⁸ LOPES JR., Aury, **Direito processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 62.

⁹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo. Saraiva, 2015, p. 157.

¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa. Brasília**, a. 46 n.183. jul/set. 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>. Último acesso: 15/07/2021, p. 109.

caracterizassem o sistema pátrio enquanto misto o que, conforme demonstrado alhures, se trata de uma visão reducionista.

Com o advento da Lei 13.964/19 (Lei Anticrime), o sistema acusatório passou a ser expressamente previsto na ordem processual penal, consagrando, segundo o princípio unificador adotado, a exclusividade da gestão da prova pelas partes. Não por outra razão, os artigos subsequentes à adesão desse sistema instituíram a figura do juízo das garantias, afastando o juiz que irá julgar a causa da fase pré-processual. Parece correto afirmar que a intenção do legislador ao prever esse instituto foi garantir ao acusado a imparcialidade do magistrado, princípio indissociável ao sistema acusatório.

Assim, a análise sobre o juízo das garantias e sua constitucionalidade no sistema processual penal brasileiro, a partir da compreensão do sistema acusatório, objeto desse trabalho, depende também da delimitação dos contornos da imparcialidade do julgador. Afinal, a ausência de imparcialidade do juiz não pode coexistir sequer mesmo com a ideia de processo, uma vez que “está na essência da jurisdição, sendo princípio basilar da função jurisdicional”¹¹. Portanto, passa-se a desenvolver esse princípio.

3. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

A Constituição Federal, dentro do Estado Democrático de Direito, é o fundamento último de validade de todas as leis e atos normativos, por ser, no ordenamento jurídico a mais alta expressão da soberania popular. É por esse motivo que “[t]oda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a lei fundamental”¹².

Quando voltamos à legislação processual penal, contudo, podemos observar que a matriz inquisitorial na qual se edificou o CPPB acarretou o conflito direto desse diploma com os valores

¹¹ RITTER, Ruiz Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Rio Grande do Sul. 2016. Disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf>. Último acesso: 03/09/2021, p. 51

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva. 6ª ed. 2008, p. 161.

constitucionais de 1988, visto que, enquanto aquele “pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais”¹³. Dessa forma, a doutrina brasileira tem verbalizado “a necessidade urgente de adaptá-la ao projeto democrático inserido pelo sistema de garantias da Constituição”¹⁴.

Entre as garantias processuais do acusado, a de maior relevância dentro do sistema acusatório é a imparcialidade do juiz, considerada também o princípio supremo do processo penal¹⁵. Isso porque um processo julgado por juiz parcial é, por natureza, um processo fadado ao fracasso: não há como sobrevir decisão justa sobre causa que já se tenha concretizado opinião pretérita à exposição dos fatos e das provas. Assim, a imparcialidade é *conditio sine qua non* da própria prestação jurisdicional do Estado, que deve atuar como terceiro desinteressado na solução de conflitos entre as partes.

Apesar de não estar expressamente previsto na Constituição da República de 1988, é evidente que o texto constitucional está atento à necessidade de se ter num caso concreto um juiz absoluto e inquestionavelmente isento, na medida em que proscreve os tribunais de exceção e privilegia o juiz natural¹⁶, que decorre da interpretação dos art. 5º, incisos XXXVII e LIII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; (...)
LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente¹⁷;

Nesse mesmo sentido, a CF/88 prescreve aos magistrados, em seu art. 95, suas garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídios, bem como vedações à sua atuação,

¹³ PACHELLI, Eugênio **Curso de processo penal** / Eugênio Pachelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 18.

¹⁴ PINHO, Ana Cláudia Bastos de, SALES, José Edvaldo Pereira. “**Lei Anticrime**”: uma leitura possível a partir do **garantismo jurídico-penal**. Boletim IBCCRIM - ano 28 - n.º 331 – jun/2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/440>>. Último acesso em: 03/09/2021, p.4.

¹⁵ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal (introduccion)**. 2ª ed. Madrid: Edersa, 1997, p. 127.

¹⁶ MARTINS, José Renato Silva. **O Dogma Da Neutralidade Judicial: Sua contextualização no Estado brasileiro contemporâneo**. 2001. Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/81424/181912.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Último acesso: 03/09/2021, p. 10.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pela Emenda Constitucional nº 107/2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Último acesso: 03/09/2021.

a fim de preservar a imparcialidade e a independência do julgador. E, embora esteja apenas implícito na ordem constitucional, o princípio está consagrado no art. 8.1 do Pacto São Jose da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, enquanto garantia judicial do acusado, bem como no artigo 1º do Código de Ética da Magistratura enquanto princípio norteador da conduta do magistrado.

Ademais, esse princípio está previsto em inúmeros diplomas internacionais, tais como na Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, em seu art. 6.1¹⁸; na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 10¹⁹; na Declaração Americana dos Direitos Humanos, em seu art. 26.2²⁰; e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14.1²¹.

Diante de sua relevância, a doutrina tem buscado delimitar os contornos desse princípio a fim de produzir meios pelos quais se possa atestá-lo no agir do magistrado. Ferrajoli destaca que a atuação do juiz imparcial “não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver” e que também “não deve ser um sujeito "representativo", em virtude de não estar condicionado, como os demais poderes (executivo e legislativo), à vontade “da maioria ou da totalidade dos cidadãos”, mas tão somente comprometido com “a tutela dos direitos subjetivos lesados”²².

Goldschmidt, por sua vez, evidencia que a imparcialidade abarca também o axioma “*audiatur et altera pars*”, que pode ser traduzido como “ouvir também a outra parte”. Isso porque todo processo judicial tem por objeto uma controvérsia, sendo pressuposto da imparcialidade que o juiz aprecie a versão apresentada por ambas as partes, sob pena de ter investigado apenas a metade do que lhe incumbia indagar²³.

¹⁸ Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Último acesso: 03/09/2021.

¹⁹ Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Último acesso: 03/09/2021.

²⁰ Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Último acesso: 03/09/2021.

²¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Último acesso: 03/09/2021.

²² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.** 2002. Disponível em: <<https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>>. Último acesso: 15/07/2021, p. 464.

²³ GOLDSCHIMDT, Werner. **La imparcialidad como principio basico del proceso: la parcialidad y la parcialidad.** In: Monografias de Derecho Español. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal, Série 2ª, n. 1., Madrid: Gráfica Clemares, 1950. Disponível em: <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf>. Último acesso: 03/09/2021, p. 6.

Por sua vez, Aury Lopes Jr retrata que a imparcialidade aspirada pela jurisdição somente pode ser garantida no sistema acusatório, na medida em que “fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória”²⁴. Afinal, se entre os aspectos característicos da imparcialidade está a adoção de uma postura passiva, distante e desinteressada, há flagrante ofensa a esse princípio quando se atribui ao magistrado a atividade de buscar provas.

Levando em consideração todos esses conceitos, Ruiz Ritter, em sua notável dissertação de mestrado, conclui que a imparcialidade é a essência da jurisdição, capaz de delimitar o agir dos magistrados, de modo que se preserve a sua cognição, para que nenhuma parte seja beneficiada em detrimento da outra, mesmo involuntariamente. Ainda segundo o autor, o magistrado somente atuará de forma imparcial se conduzir o processo como terceiros desinteressados em relação às partes, comprometendo-se, contudo, em apreciar na totalidade ambas as versões apresentadas²⁵.

Voltando ao panorama internacional, a imparcialidade do julgador fora enfrentada em casos paradigmáticos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Desde o caso Piersack vs Bélgica, de 1982, o princípio ganhou um duplo aspecto: o objetivo e o subjetivo. Enquanto aquele se consubstancia no oferecimento, pelo juiz, de “*garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre la imparcialidad de su actuación*”, este diz respeito à “*convicción personal de un juez concreto en un caso concreto*”²⁶. Em outras palavras, o juiz imparcial seria aquele que, sob o aspecto objetivo, não viole quaisquer outras garantias do acusado em sua atuação defensiva e, sob o aspecto subjetivo, não possua vínculo com as partes envolvidas ou interesse na causa julgada.

Outro ponto importante do referido julgado foi consolidar que “[n]o basta que el juez actúe imparcialmente, sino que es preciso que no exista apariencia de imparcialidad”, uma vez que “*lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una*

²⁴ LOPES JR., Aury, **Direito processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 91

²⁵ RITTER, Ruiz Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Rio Grande do Sul. 2016. Disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf>. Último acesso: 03/09/2021, p. 61.

²⁶ Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). **Caso Piersack V. Bélgica**, out. 1984. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-165173>>. Último acesso: 14/07/2021. “O Tribunal especifica, em primeiro lugar, o duplo aspecto subjetivo e objetivo com que deve ser analisada a imparcialidade dos Tribunais. Subjetiva em termos de convicção pessoal de determinado juiz em determinado caso. Objetivo na medida em que um juiz oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima sobre a imparcialidade de seu desempenho.” (tradução livre).

sociedad democrática”²⁷. Esse entendimento foi posteriormente aplicado no caso *De Cubber vs. Bélgica*²⁸, de 1984, quando a Corte Europeia de Direito Humanos (CEDH) declarou que a intervenção prévia do julgador na fase investigativa comprometia sua aparência de imparcialidade, ensejando, portanto, a nulidade do processo. Vale ressaltar que, mais tarde, no caso *Hauschildt vs Dinamarca*²⁹, de 1989, a CEDH passou a relativizar a posição de que a atuação do juiz na fase pré-processual comprometeria automaticamente sua imparcialidade, devendo a análise ser realizada no caso a caso sobre a natureza dos atos praticados pelo magistrado.

Todavia, não é por outra razão, se não para manter a aparência de imparcialidade fundamental à jurisdição, que o CPPB prevê, em seus arts. 252 a 254, as causas de impedimento e suspeição, que ensejam a mudança de competência do juízo. Afinal, é perfeitamente possível que um juiz venha a decidir com imparcialidade sobre causa em que figure parente ou amigo íntimo no processo, porém essa decisão dificilmente seria vista pelas partes envolvidas e pela sociedade enquanto uma decisão imparcial e, portanto, enquanto uma decisão justa. Nesse sentido, afirma Badaró: “tão importante quanto o juiz ser imparcial, é o juiz parecer ser imparcial. Se a sociedade não acredita que a justiça foi feita, porque ao acusado não foi assegurado um julgamento imparcial, o resultado de tal processo será ilegítimo e prejudicial ao Poder Judiciário. A sociedade não verá em tal sentença, pouco importando se absolutória ou condenatória, uma decisão justa”³⁰.

Deve-se evidenciar, contudo, que imparcialidade não se confunde com neutralidade. Afinal, não se pode negar que o magistrado, assim como qualquer ser humano, possui um conjunto de valores, uma ideologia e um modo próprio de perceber as relações sociais que o circundam e que inevitavelmente irá influenciar sua valoração sobre as questões que lhe são apresentadas no decorrer da causa. Daí a importância da imparcialidade, que atuará “como limite aos prejuízos que a subjetividade individual pode trazer para o processo”³¹.

²⁷ Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). **Caso Piersack V. Bélgica**, out. 1984. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-165173>>. Último acesso: 14/07/2021. “Não é suficiente para o juiz agir imparcialmente, senão que é preciso que não exista aparência de imparcialidade; ‘nesse quesito até as aparências são importantes’, pois “o que está em jogo é a confiança que os Tribunais devem inspirar aos cidadãos em uma sociedade democrática”.” (tradução livre)

²⁸ Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). **Caso De Cubber V. Bélgica**, out. 1984. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465>>. Último acesso: 14/07/2021.

²⁹ Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). **Caso Hauschildt V. Dinamarca**, mai. 1989. Último acesso: 14/07/2021. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57500>>.

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. **Garantias Processuais e o Sistema Acusatório**. In: *Processo Penal*. 2018.

³¹ RITTER, Ruiz Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Rio Grande

O que se pode absorver desses ensinamentos, é que há uma preocupação fundamentada, na doutrina e na jurisprudência, sobre o prejuízo de confiabilidade causado às decisões judiciais e ao próprio Poder Judiciário diante da ausência de certeza sobre a imparcialidade do julgador. Essa certeza, como retratado, pode ser facilmente abalada quando há postura ativa do julgador na busca de provas, ou sua participação na fase investigativa. Isso porque, ainda que se mantenha inerte, nesta última hipótese, estará o magistrado contaminado, na medida em que terá o conhecimento da “matéria a partir da versão unilateral do acusador”, formando uma “pré-compreensão que o condiciona”³² e é justamente nesse ponto que se encontra a figura do juízo das garantias.

Assim, antes de avançarmos ao instituto do juízo das garantias, é preciso elucidar os motivos pelos quais se pode considerar comprometida a compreensão do magistrado que teve contato com os autos do inquérito, a fim de entender a importância da preservação da cognição originária do julgador, recorrendo à Teoria da Dissonância Cognitiva, desenvolvida por Leon Festinger.

Tal teoria foi posteriormente aplicada ao processo penal por Bernd Schunemann, com o objetivo de destrinchar o processo de resolução de conflitos de conhecimentos incoerentes entre si, em nosso subconsciente. No contexto nacional, essa teoria foi discorrida principalmente por Aury Lopes Jr e Ruiz Ritter, que buscavam esclarecer a importância do juízo das garantias para a concretização de uma jurisdição imparcial³³.

3.1. A Teoria da Dissonância Cognitiva e a sua influência na tomada de decisão pelo juiz

Desenvolvida em 1957 por Leon Festinger, a Teoria da Dissonância Cognitiva preceitua que o ser humano experimenta um sentimento de desconforto quando há falta de harmonia (“dissonância”) entre duas ou mais crenças simultaneamente acessíveis (cognições) que são, por

do Sul. 2016. Disponível em
<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf>. Último acesso: 03/09/2021, p. 57.

³² LOPES JR., Aury. RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a Partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. **Duc In Altum - Cadernos de Direito**, [S. l.], v. 8, n. 16, 2016. Disponível em:
<https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11252/2/A_Imprescindibilidade_do_Juiz_das_Garantias_para_uma_jurisdicao_penal_imparcial_Reflexoes_a_partir_da_teorias_da.pdf>. Último acesso: 03/09/2021, p. 63.

³³ *Idem*.

natureza, psicologicamente incompatíveis³⁴. Segundo o autor, a existência da dissonância é uma condição cotidiana, pois poucas coisas são totalmente pretas ou totalmente brancas, o que acarreta o enfrentamento constante, no processo de formação de uma opinião, entre as nossas cognições e o conhecimento que tende a apontar para uma ação diferente³⁵. Conseqüentemente, nosso inconsciente busca eliminar esse desconforto, a fim de retomar o estado de coerência, através de processos involuntários. Assim, diante de uma situação de dissonância, “a pessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância”³⁶, sendo estas as duas premissas que fundamentam a teoria em pauta.

Aplicando a teoria de Festinger ao processo penal, Bernd Schunemman realizou pesquisas de campo na Alemanha, que consistiam na apresentação de um caso penal dúbio, que comportava, sem qualquer erro técnico, tanto a condenação, quanto a absolvição do acusado, no qual as duas únicas variáveis eram o conhecimento prévio do juiz sobre os autos do inquérito e a sua faculdade de inquirição do acusado na hipotética audiência de instrução e julgamento. Dessa pesquisa, participaram juízes criminais, bem como membros do Ministério Público.

Os resultados apresentados por Schunemman acabaram por confirmar a “vinculação psicológica do juiz ao inquérito e à apreciação fática do conjunto probatório feita pelo Ministério Público”, na medida em que todos os juízes que tiveram acesso ao inquérito criminal condenaram o acusado, enquanto no universo daqueles que não tiveram prévio contato com essas informações, os magistrados demonstraram “maior nível de ambivalência, tanto que, neste subgrupo, 8 condenaram e 10 absolveram o acusado”³⁷. As conclusões do autor são fundamentais para entendermos a importância do juízo das garantias para a almejada jurisdição imparcial, na medida em que comprovam que “o juiz tem a tendência de perseverar na descrição do crime, relatada no inquérito policial”³⁸ bem como “menospreza informações dissonantes” e frequentemente “não as aceita nem uma só vez como verdadeiras”.

³⁴ MYERS, David G. **Psicología social**. Trad. Daniel Bueno. 10ª ed. AMGH Editora Ltda. 2014, p.126.

³⁵ FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p. 14.

³⁶ FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p. 12.

³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental (Tradução por José Danilo Tavares Lobato). Revista *Liberdades*, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012, p. 38.

³⁸ *Idem*, p. 44.

Na análise de Aury Lopes Júnior e Ruiz Ritter, a primeira impressão que se tem sobre o caso está “intimamente vinculada ao estado soberano de consonância cognitiva, que se rompe quando novas cognições a colocam em xeque” que acarreta, segundo a teoria de Festinger, a tendência “de procurar elementos coerentes com a categorização feita e rechaçar os que a ela se opõem”³⁹. Assim, o juiz ao construir uma opinião prévia sobre o acusado, formulada a partir dos autos do inquérito, encontra barreiras psicológicas em aceitar como verdadeiro os elementos que apresentem dissonância com a cognição inicialmente concebida, ou seja, com aqueles que possivelmente possam atestar a inocência do acusado. É por essa razão que os autores concluem pela urgência da aplicação do instituto, na medida em que o contrário colocaria em xeque a imparcialidade judicial.

4. O JUÍZO DAS GARANTIAS

Antes de passar ao debate estruturado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298, a fim de destrinchar os argumentos utilizados para conceder a medida liminar que afastou a incidência dos arts. 3º-A a 3º-F do CPP, precisamos entender o contexto em que se insere o chamado juízo das garantias, a fim de delimitar qual a sua competência dentro do processo penal.

O processo penal é marcado por duas fases bem definidas: a fase pré-processual, na qual são realizadas as investigações preliminares; e a fase processual, onde há o início da ação penal propriamente dita em juízo, sendo o recebimento da denúncia o marco de transição. É predominantemente na primeira fase do processo que está inserida a atuação do juízo das garantias, visto que, apesar de não tramitar em juízo, alguns atos de investigação preliminar dependem de provimento jurisdicional, porque restringem direitos fundamentais, tais como a prisão provisória, a quebra de sigilos, a busca e apreensão, entre outras. É indispensável, nesse contexto, a atuação do magistrado no controle de legalidade das medidas levadas a cabo pelo Ministério Público ou pela Polícia, no intuito de resguardar os direitos individuais. É nesse sentido que o art. 3º-B do CPP introduz o instituto:

³⁹ LOPES JR., Aury. RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a Partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. **Duc In Altum - Cadernos de Direito**, [S. l.], v. 8, n. 16, 2016. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11252/2/A_Imprescindibilidade_do_Juiz_das_Garantias_para_uma_jurisducao_penal_imparcial_Reflexoes_a_partir_da_teorica_da.pdf>. Último acesso: 03/09/2021, p. 72.

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...) ⁴⁰

A partir dessa previsão, todos os atos da fase pré-processual que carecem de decisão judicial devidamente fundamentada devem passar pelo crivo do juízo das garantias, para que este decida sobre sua legalidade ou ilegalidade. Os dispositivos que tratam do juízo das garantias, assim, podem ser considerados regras tanto de competência, na medida em que atribuem a um determinado juiz, um determinado papel, quanto de impedimento, uma vez que impedem que o juiz que acompanhou o inquérito seja o mesmo que proferirá a sentença. Vale ressaltar que o desempenho dessa função não é novidade no processo penal, uma vez que atualmente é praticado pelo próprio juiz da causa, sendo a inovação apenas quanto ao impedimento deste para realizar o referido controle. Portanto, a mudança legislativa não visa “ênfatar o caráter de ‘garante’ do juiz, uma vez que todos os magistrados o são, e sim ressaltar a reserva de jurisdição na adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais na fase da investigação, bem como preservar a imparcialidade”⁴¹.

Coadunando com o exposto, evidencia-se que os Tribunais de Justiça dos Estados do Amazonas, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Piauí e São Paulo, já dispõem de centrais ou de departamentos de inquérito que, “apesar de não haver propriamente ‘juízes das garantias’, já contam ‘com estruturas em que já há alguma separação de competência entre as fases investigativas’⁴².

Com a alteração legislativa, necessariamente todo processo penal passará a ser acompanhado por dois magistrados: o juízo das garantias, que atuará da instauração do inquérito até a fase do art. 399 do CPP, podendo inclusive absolver sumariamente o réu; e o juiz da causa, que atuara deste momento até a prolação da sentença. O que se pretende, e deve-se ter enquanto contribuição da aplicação do juízo das garantias, é a preservação da originalidade cognitiva que irá

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 13.964, 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 dez. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Último acesso: 03/09/2021.

⁴¹ STF, **ADI 6.298 MC/DF**. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF.

⁴² Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **A implantação do juiz das garantias no poder judiciário brasileiro**. Jun/2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>. Último acesso: 14/07/2021, p. 27.

assegurar a imparcialidade do julgador, na medida em que este não tomará conhecimento dos atos praticados no inquérito, tampouco terá decidido previamente sobre qualquer diligência necessária.

Dessa forma, a figura do juízo das garantias é essencial para garantir que o magistrado irá “formar sua convicção pela prova colhida originariamente no contraditório judicial, sem pré-juízos e pré-cognições acerca do objeto do processo”⁴³ evitando os efeitos negativos atestados por Schunemman, principalmente quanto à formação prévia “de um juízo desfavorável ao acusado a respeito dos indícios de autoria e materialidade do crime”⁴⁴.

Contudo, o instituto, por se tratar de uma alteração substancial no modelo processual penal pátrio, sofreu diversas críticas, sendo alvo de ações do controle concentrado de constitucionalidade que buscavam debater a sua coerência com a Constituição Federal de 1988. Assim, nos voltaremos à análise dos principais fundamentos que motivaram a decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, a fim de suspender a aplicação do juízo das garantias.

5. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.298

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.298 reuniu em um só processo as ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, ajuizadas em face dos arts. 3º-A a 3º-F; do art. 20; do art. 28, caput; do art. 28-A, inciso III e IV, e parágrafos 5º, 7º, 8º; do art. 157, §5º; bem como do art. 310, §4º, todos da Lei 13.964/2019. Inicialmente importa destacar que, em que pese a ação possuir como objeto diversos artigos da chamada Lei Anticrime, para os fins do presente trabalho apenas se voltará à análise daqueles versam sobre o juízo das garantias.

Outro ponto a ser destacado é que a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal tem o escopo apenas de declarar a compatibilidade ou incompatibilidade do ato normativo impugnado com a Constituição Federal. Isso quer dizer que não cabe, dentro da análise de constitucionalidade, juízos sobre a qualidade ou viabilidade da medida, mas tão somente verificar se determinada lei pode existir em harmonia com a ordem constitucional.

Segundo o ministro Luiz Fux, a dúvida quanto à constitucionalidade formal dos artigos 3º-A a 3º-F tem como principal ponto controverso a “natureza jurídica desses dispositivos, o que

⁴³ LOPES JR., Aury, **Direito processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 190.

⁴⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental (Tradução por José Danilo Tavares Lobato). Revista Liberdades, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012, p.43.

definiria a legitimidade para a respectiva iniciativa legislativa”, enquanto a inconstitucionalidade material dos mesmos “exsurge especialmente a partir de dois grupos de argumentos: 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”⁴⁵. Feitas essas considerações, passamos a debater os principais argumentos que sustentariam a inconstitucionalidade do instituto, tanto do ponto de vista formal, quando do ponto de vista material, segundo a divisão feita pelo relator.

5.1. Inconstitucionalidade formal: violação da CFRB/88 por vícios de competência e iniciativa legislativa.

São duas as inconstitucionalidades formais atribuídas à Lei 13.964 de 2019, sendo a primeira delas quanto à violação do art. 24, inciso XI, da CFRB/88, que trata da competência concorrente entre a União e os Estados para legislar sobre procedimentos em matéria processual. Alega-se, nesse sentido, que as normas editadas pela União não possuem apenas caráter geral, por disciplinarem o próprio procedimento em matéria processual de forma pormenorizada, usurpando, assim, a competência dos Estados.

O principal argumento encontra-se ancorado no entendimento firmado pelo próprio STF na ADI 2886, na qual se estabeleceu que “a legislação que disciplina o inquérito policial não se inclui no âmbito estrito do processo penal, cuja competência é privativa da União (art. 22, I, CF), pois o inquérito é procedimento subsumido nos limites da competência legislativa concorrente, a teor do art. 24, X”⁴⁶.

Assim, no intuito de identificar se as normas editadas pela União extrapolam os limites que lhe foram atribuídos e levando em conta as dificuldades em se identificar os limites exatos da competência do ente federado ao dispor sobre normas gerais, nos orientaremos pelos ensinamentos de Moreira Neto⁴⁷, que confere às tais normas as seguintes características:

⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.298 MC/DF**. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF.

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2.886/RJ**. Relator: Min. Eros Grau, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Diário de Justiça Eletrônico de 04/08/2014. Brasília, DF.

⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais**. Brasília, ano 25, n. 100, p. 149, abr.-dez. 1988.

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

Quando analisamos os artigos que dão origem ao instituto, percebemos que o legislador ao prever o juízo das garantias editou normas que são diretrizes de âmbito orientadas a concretizar a estrutura acusatória do processo penal brasileiro, que visa solucionar um conflito acerca da imparcialidade, como explicado alhures, preservando ao acusado sua garantia fundamental. Portanto, observamos que, com exceção do parágrafo único do artigo 3º-D, que disciplina procedimentos de maneira pormenorizada, incorrendo em grave vício de forma, as demais previsões legislativas estão em conformidade com as características apresentadas.

Nesse sentido, “embora tenha sido determinada a cisão funcional acerca da atuação dos juízes, certo é que ‘os Estados permanecem, então, com a competência complementar de pormenorizá-las, pela elaboração de suas normas específicas. Se as normas gerais fixam o que é uniforme a todos’, isto é, a existência de um juiz controlador da legalidade dos atos de investigação a qualquer cidadão, “as normas complementares virão dispor sobre as necessidades e especificidades de cada Estado”⁴⁸.

Basta pensar que, se a criação do juízo das garantias estivesse na esfera da competência estadual, cada estado poderia implementar o modelo institucional que lhe fosse conveniente, gerando uma significativa ruptura com a uniformidade processual penal que se espera no contexto nacional, transgredindo, assim, o devido processo legal.

O segundo vício formal está fundado na afirmação de que o juízo das garantias se trata de uma norma de organização judiciária, de competência exclusiva do Poder Judiciário, por força do artigo 96, e não de norma processual geral de competência da União, nos termos do art. 22, I, da

⁴⁸ OLIVEIRA, Felipe Braga de. **Juiz das garantias: o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal**. Rev. de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, v. 6, n. 1, p. 157-174, Jan/Jun. 2020. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/6672/pdf>>. Último acesso em: 03/09/2021, p. 164.

CFRB/88, ambos da Constituição Federal. Assim, cumpre esclarecer a diferença entre as normas processuais e as normas de organização judiciária.

A norma processual fora conceituada pelo próprio ministro Luiz Fux na ADI 4.414, que lhe atribuiu a seguinte definição:

Norma jurídica que disciplina a atividade do juiz e das partes para a realização do direito objetivo e para a composição dos conflitos de interesses não regulados pela norma material; norma jurídica que atribui poderes e impõe deveres ao juiz e aos seus auxiliares, e às partes e aos auxiliares destas, para o accertamento das normas jurídicas, para a execução dos comandos jurídicos e para a composição de conflitos de interesses ainda não compostos em relação jurídica⁴⁹.

Ainda de acordo com o ministro, as normas jurídicas processuais cuidam “da delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, da coordenação de sua atividade, da ordenação do procedimento e da organização do processo”⁵⁰.

Por outro lado, as normas de organização judiciária são aquelas que “regulam o funcionamento da estrutura do Poder Judiciário, mediante a atribuição de funções e divisão da competência de seus órgãos, singulares ou colegiados, e por meio do regramento de seus serviços auxiliares”⁵¹. Assim, as normas de organização judiciária definem o procedimento, ou seja, o modo pelo qual será aplicada a lei processual.

Ora, é evidente que as normas que fundam o instituto do juízo das garantias, com exceção da previsão dada pelo parágrafo único do art. 3º-D da Lei 13.964/19, dizem respeito a um dever negativo do magistrado e disciplinam diretamente a atividade do juiz, e não sobre o procedimento pelo qual os Tribunais se organizarão para exercer sua função jurisdicional. Nesse sentido, a lei não altera a “divisão e organização judiciária”, que será disciplinada pelo próprio Poder Judiciário determinando como se dará, dentro dos limites legais, a aplicação da lei federal, utilizando de sua competência constitucional para tanto.

⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal TF, **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.414/AL**, rel. Min. Luiz Fux, Diário de Justiça Eletrônico de 17/06/2013. Brasília, DF. Corresponde à tradução livre, realizada pelo Ministro Luiz Fux, do trecho: “*norma giuridica che disciplina la attività del giudice e delle parti per la realizzazione del diritto obbiettivo e per la composizione di conflitti di interessi non regolati da norme giuridiche materiali; norma giuridica che attribuisce poteri e impone doveri al giudice e ai suoi ausiliari e alle parti e ai loro ausiliari per lo accertamento delle norme giuridiche per la esecuzione dei comandi giuridici e per la composizione di conflitti di interessi non ancora composti in rapporto giuridico*”. Lezioni di Diritto Processuale Civile. V. Primo. Padova: CEDAM, 1986.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ WAMBIER, L. R., **Curso avançado de processo civil**, vol. 1, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 81.

É preciso entender que a alteração, assim como qualquer outra modificação da legislação processual produz efeitos na dinâmica processual, o que exigem adaptações dos órgãos judiciais a fim de aplicar tais mudanças. Contudo, não se pode considerar que toda mudança processual seja de competência do Poder Judiciário pelo simples fato de demandar ajustes no procedimento, uma vez que aos Tribunais compete apenas delimitar os contornos de seu funcionamento, e não as normas que regem o processo em si, afinal isso representaria uma grave ofensa ao princípio da separação dos poderes. Destarte, podemos concluir que a “definição de competência dos juízes, independentemente de como cada lei de organização judiciária definirá a sua execução, constitui-se de atividade legiferante do Congresso Nacional”⁵².

Porém, não se pode olvidar que a mudança legislativa proposta pelo parágrafo único do art. 3º-D da lei em questão está evidentemente maculada, na medida que prevê a obrigatoriedade dos tribunais em criar um sistema de rodízio de magistrados, o que naturalmente viola a competência determinada no art. 96 da CFRB/88. Assim, superadas as alegações quando ao vício de forma, passamos às violações materiais atribuídas às normas regulamentadoras do juízo das garantias.

5.2. Inconstitucionalidade material: 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

A inconstitucionalidade material atribuída ao juízo das garantias pode ser subdividida em dois pontos. O primeiro diz respeito à suposta afronta ao art. 196 da CRFB/88, bem como ao art. 113 do Ato das Disposições Transitórias, que preveem, respectivamente, a proibição de se exceder os limites de despesa com pessoal ativo e inativo estabelecido em lei complementar em todas as esferas federativas, e a necessidade de estimativa de impacto orçamentário para proposições que alterem despesas obrigatórias. Já o segundo ponto, se refere aos “impactos dessas novas funções

⁵² OLIVEIRA, Felipe Braga de. **Juiz das garantias: o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal**. Rev. de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, v. 6, n. 1, p. 157-174, jan/jun. 2020. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/6672/pdf>>. Último acesso em: 03/09/2021, p. 167.

aos valores constitucionais que militam pela eficiência do microsistema processual penal e, de modo mais abrangente, pela operação de mecanismos anti-criminalidade”⁵³.

No que tange ao impacto financeiro do juízo das garantias ao Poder Judiciário, o estudo de viabilidade elaborado pela Conselho Nacional de Justiça (CNJ) afirma, em sentido contrário ao argumentado, que as “peculiaridades demográficas, geográficas, administrativas e financeiras de cada localidade [...] não compromete a viabilidade da implementação do instituto do ‘juiz das garantias’, desde que feita de forma planejada e particularizada”, uma vez que “requer-se apenas medidas que promovam uma adequada gestão das atribuições judiciárias e reorganização administrativa dos territórios, para que se garanta o adequado provimento da prestação jurisdicional”⁵⁴.

Também conforme o estudo desenvolvido pelo referido conselho, frisa-se que “o novo instituto não implica, propriamente, a criação de nova atividade, demandando a concepção de uma nova estrutura no âmbito do Poder Judiciário, eis que reclama, tão somente, a redistribuição de competências, acompanhada da transmutação do paradigma que norteia a atuação pré-processual, adequação essa que pode ser alcançada com a reorganização da estrutura já existente”⁵⁵. Desse modo, sua aplicação não enseja a criação de novos cargos – e, portanto, de novos gastos – que justificariam demasiado encargo financeiro à autonomia Judiciária.

Nesse mesmo sentido, esclarece Lênio Streck, é um equívoco entender a figura do juízo de garantias como “um novo tipo de juiz e não apenas uma função a ser desempenhada por um magistrado que pertence ao mesmo Poder Judiciário”⁵⁶. Também é esse o entendimento partilhado pelo ministro Dias Toffoli, ao argumentar que a logística por trás da implementação do juízo das garantias “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”⁵⁷.

⁵³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.298 MC/DF**. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF.

⁵⁴ Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **A implantação do juiz das garantias no poder judiciário brasileiro**. Jun/2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>. Último acesso: 14/07/2021, p. 28.

⁵⁵ *Idem*, p. 21.

⁵⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo**. Revista Consultor Jurídico. jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>>. Acesso em: 02/09/2021.

⁵⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.298 MC/DF**. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF.

Assim, apesar de a aplicação do juízo das garantias representar gastos quanto à reorganização estrutural não previstos para o Poder Judiciário, não há que se falar na criação de despesas obrigatórias e, portanto, na ofensa ao art. 113 do ADCT. Até porque outras leis federais de mesmo caráter foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, ainda que desacompanhadas da estimativa de impacto orçamentário, tais como a Lei 9.099/95¹⁴, que instituiu os juizados especiais, e a Lei 11.340/06¹⁶, que prevê a criação de juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ademais, é entendimento consolidado na jurisprudência da Corte Suprema através da ADI 3.599, que a mera ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, por afronta ao art. 169 da CFRB/88, mas tão somente impede que sua aplicação se dê naquele exercício financeiro. Afinal, caso contrário, qualquer mudança processual que implicasse também a readequação ou reorganização de procedimentos estaria eivada de vício de inconstitucionalidade formal, notadamente por não estar alocada na previsão orçamentária que lhe antecedeu.

No que toca ao segundo ponto, parece equivocado que o juízo sobre a eficiência da norma processual penal oriunda de um processo legislativo legítimo seja capaz de afastar a sua validade em sede judicial. Afinal, cabe ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição Federal, nas palavras do próprio ministro relator, dizer apenas “o que é constitucional ou inconstitucional, invariavelmente sob a perspectiva da Carta de 1988” sob um “olhar objetivo, cirúrgico e institucional, que requer do juiz minimalismo interpretativo”⁵⁸.

Em sentido diametralmente oposto, a fim de sustentar a concessão da medida cautelar, o ministro Luís Fux afirma que não seria possível “inferir, a partir dessa ideia geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução”⁵⁹. Ora, trata-se de uma aberração jurídica aceitar que a constitucionalidade de uma norma no ordenamento brasileiro esteja condicionada à projeção de sua eficiência, como faz supor o argumento apresentado por Fux, pois, como bem apontado pelo próprio ministro, “não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou

⁵⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.298 MC/DF**. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF.

⁵⁹ *Idem*.

inapropriado”. Frisa-se: a luta contra a impunidade não é argumento para que se declare a inconstitucionalidade da lei, notadamente por não ser esse o escopo da ação do controle concentrado.

À guisa de conclusão, pode-se observar que os principais argumentos utilizados para evocar a inconstitucionalidade do juízo das garantias, com exceção daqueles opostos ao parágrafo único do artigo 3º-D, são frágeis e carecem de fundamento jurídico ou estão fundados em questões de ordem prática ou de opinião política (como o combate à impunidade) que, por si só, não justificam a declaração de nulidade do instituto.

6. CONCLUSÃO

Dentre os sistemas processuais penais modernos, é incontroverso que o modelo acusatório se apresenta enquanto único capaz de adequar-se às diretrizes constitucionais brasileiras. A opção do legislador ao prever expressamente no art. 3º-A da Lei 13.964/19 que o sistema brasileiro é regido pela estrutura acusatória reafirma, segundo o princípio unificador adotado, a sua preocupação em atribuir exclusividade às partes a gestão da prova. Não por outra razão, os artigos subsequentes à adesão desse sistema instituíram a figura do juízo das garantias, afastando o juiz que irá julgar a causa da fase pré-processual. Assim, o legislador ao disciplinar o instituto, busca garantir ao acusado a imparcialidade do magistrado, princípio indissociável ao sistema acusatório.

É preciso entender que o contato do juiz que sentenciará a causa com o inquérito policial, gera dúvidas contundentes e fundamentadas quanto à imparcialidade do magistrado. Nesse sentido, é inquestionável que a aplicação do juízo das garantias tem o escopo de sanar o impasse ao atuar exclusivamente na fase investigativa. Afinal, conforme bem retratado por Badaró, “tão importante quanto o juiz ser imparcial, é o juiz parecer ser imparcial”⁶⁰, uma vez que a ausência da aparência de imparcialidade ameaça a própria confiabilidade que se espera das decisões judiciais.

A Teoria da Dissonância Cognitiva, quando aplicada ao processo penal nos ajuda a compreender como se dá o processo de resolução de conflitos de conhecimentos incoerentes entre si, em nosso subconsciente e, assim, a importância da figura do juízo das garantias. Parece correto afirmar que o instituto, introduzido pela Lei nº 13.964/19, não apenas restaura a

⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. *Garantias Processuais e o Sistema Acusatório*. In: *Processo Penal*. 2018

imparcialidade, em sentido amplo, pretendida pela jurisdição, como consagra um processo penal coerente com o sistema acusatório pretendido pelo Estado Democrático de Direito. O que se pode esperar, assim, é que as decisões sobrevindas a essa mudança legislativa estejam cada vez mais em conformidade com o texto constitucional e revestidas de confiabilidade que se espera na atuação do Poder Judiciário.

Apesar de sua importância, o referido instituto encontra-se com eficácia suspensa, devido à decisão monocrática do ministro Luís Fux, por quase dois anos, aguardando julgamento pelo órgão pleno do Supremo Tribunal Federal. Como vimos, os argumentos que sustentam a inconstitucionalidade do instituto são, em sua maioria, frágeis, e por vezes encontram-se ancorados em fundamentos alheios à ação direta de inconstitucionalidade. Afinal, a análise sobre a constitucionalidade da lei em nada se relaciona com sua eficiência, com os impactos causados na sociedade ou sua capacidade de combater a impunidade.

Ao revés do argumentado na ADI, resta evidente que a maior afronta ao texto constitucional é manter a suspensão da inovação legislativa que, como demonstrado no presente trabalho, é fundamental para a consagração do sistema acusatório e do princípio da imparcialidade judicial que lhe é inerte. É evidente que a análise de constitucionalidade da lei se perfaz enquanto um importante instrumento de tutela democrática da constituição, porém não se pode tolerar que a própria Carta de Constitucional de 1988 continue a ser utilizada como instrumento para a restrição de direitos e garantias fundamentais.

7. BIBLIOGRAFIA

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal (introduccion)**. 2ª ed. Madrid: Edersa, 1997.

BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. **Garantias Processuais e o Sistema Acusatório**. In: *Processe Penal*. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva. 6ª ed. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pela Emenda Constitucional n° 107/2020. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Último acesso: 03/09/2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 dez. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Último acesso: 03/09/2021.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **A implantação do juiz das garantias no poder judiciário brasileiro.** Jun/2020. Disponível em: <www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>. Último acesso: 14/07/2021

Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). **Caso Piersack V. Bélgica**, out. 1984. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-165173>>. Último acesso: 14/07/2021.

Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). **Caso De Cubber V. Bélgica**, out. 1984. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465>>. Último acesso: 14/07/2021.

Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). **Caso Hauschildt V. Dinamarca**, mai. 1989. Último acesso: 14/07/2021. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57500>>.

CORREIA, Jéssika de Souza Cabral. **O Tribunal da Santa Inquisição: uma Comparação entre os Processos De Cartagena e Salvador.** Associação Brasileira de Pesquisadores em História Econômica – ABPHE. Disponível em: <http://www.abphe.org.br/uploads/Textos%20Encontro%20P%C3%B3s%20ABPHE%202016/Jessika_Cabral_Correa.pdf>. Último acesso: 15/07/2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa. Brasília**, a. 46 n.183. jul/set. 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>. Último acesso: 15/07/2021

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.** 2002. Disponível em: <<https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/03/luigi-ferrajoli-direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal.pdf>>. Último acesso: 15/07/2021, p. 464.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva.** Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

GOLDSCHIMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio basico del proceso: la parcialidad y la parcialidad.** In: Monografias de Derecho Español. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal, Série 2ª, n. 1., Madrid: Gráfica Clemares, 1950. Disponível em:

<http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf>. Último acesso: 03/09/2021.

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

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo. Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a Partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. **Duc In Altum - Cadernos de Direito**, [S. l.], v. 8, n. 16, 2016. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11252/2/A_Imprescindibilidade_do_Juiz_das_Garantias_para_uma_jurisdicao_penal_imparcial_Reflexoes_a_partir_da_teor%C3%ADa_da.pdf>. Último acesso: 03/09/2021.

MARTINS, José Renato Silva. **O Dogma Da Neutralidade Judicial: Sua contextualização no Estado brasileiro contemporâneo**. 2001. Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/81424/181912.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Último acesso: 03/09/2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais**. Brasília, ano 25, n. 100, p. 149, abr.-dez. 1988.

MYERS, David G. **Psicologia social**. Trad. Daniel Bueno. 10ª ed. AMGH Editora Ltda. 2014.

OLIVEIRA, Felipe Braga de. Juiz das garantias: o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal. **Rev. de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 6, n. 1, p. 157-174, Jan/Jun. 2020. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/6672/pdf>>. Último acesso em: 03/09/2021

PACELLI, Eugênio **Curso de processo penal** / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de, SALES, José Edvaldo Pereira. “Lei Anticrime”: uma leitura possível a partir do garantismo jurídico-penal. **Boletim IBCCRIM** - ano 28 - n.º 331 – jun/2020. Disponível em: < <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/440>>. Último acesso em: 03/09/2021.

RITTER, Ruiz Daniel Herlin. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 195 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. Rio Grande do Sul. 2016. Disponível em< http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7262/2/DIS_RUIZ_RITTER_COMPLETO.pdf>. Último acesso: 03/09/2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental (Tradução por José Danilo Tavares Lobato). Revista Liberdades, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2.886/RJ**, Relator: Min. Eros Grau, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Diário de Justiça Eletrônico de 04/08/2014. Brasília, DF.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal TF, **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.414/AL**, rel. Min. Luiz Fux, Diário de Justiça Eletrônico de 17/06/2013. Brasília, DF.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.298 MC/DF**. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF.

STRECK, Lênio Luiz. **Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo**. Revista Consultor Jurídico. jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>>. Último acesso: 02/09/2021.

WAMBIER, L. R., **Curso avançado de processo civil**, vol. 1, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.