

FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ – FAACZ
CURSO EM DIREITO

**A CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO EM
FACE A RESISTÊNCIA DA CULTURA INQUISITIVA: IMPLICAÇÕES E DESAFIOS**

FRANCIELI GONÇALVES DOS SANTOS

ARACRUZ-ES

2022

FRANCIELI GONÇALVES DOS SANTOS

**O descompasso entre o modelo constitucional acusatório e a cultura
inquisitiva**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na
Faculdades Integradas de Aracruz - FAACZ como requisito
básico para a conclusão do Curso de Direito. Orientador (a):
Wellington Borghi**

ARACRUZ-ES

2022

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
JUSTIFICATIVA.....	5
OBJETIVOS GERAIS	6
OBJETIVO ESPECÍFICO.....	6
CAPÍTULO I: DA LIMITAÇÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL PENAL E SEUS SISTEMAS	7
1. A TEORIA GERAL DO PROCESSO E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	7
1.1. Teoria Geral do Processo e sua relevância para dogmática penal	7
2. A DEFINIÇÃO DO PROCESSO PENAL A PARTIR DE SUA NATUREZA ...	10
2.1. Teoria do processo como relação jurídica	10
2.2. Teoria do processo como situação jurídica.....	12
2.3. Teoria do processo como procedimento em contraditório	13
3. SISTEMAS PROCESSUAIS	13
3.1. O sistema penal inquisitório	14
3.2. O sistema penal acusatório.....	16
3.3. O sistema penal misto.....	18
CAPÍTULO II: SISTEM ACUSATÓRIO E AS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURIDICO ATUAL	21
1. DAS CARACTERÍSTICAS E A OPÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941.....	21
2. A OPÇÃO CONSTITUCIONAL	23
2.1. A relevância constitucional quanto movimento jurídico.....	23
2.2. Da escolha Constitucional pelo sistema acusatório	24
3. DAS TENTATIVAS DE ADEQUAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	26
3.1. Projeto de Lei 8045	26
3.2. Lei Federal 13.965/19 – Pacote anticrime.....	27
CAPÍTULO III: O RECONHECIMENTO DO JUIZ DE GARANTIAS E SISTEMA ACUSATÓRIO	30
1. DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE	30
1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298	30

1.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299	34
1.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.300	38
1.4. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.305	40
2. DAS MEDIDAS CAUTELARES CONCEDIDAS MONOCRATICAMENTE AS	
AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE	41
2.1. Liminar concedida em 15 de janeiro de 2020	41
2.2. Liminar concedida em 22 de janeiro de 2020	44
2.3. Análise sob o aspecto formal das duas liminares	48
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

No processo penal, em razão da própria complexidade da sociedade, a definição de qual é o sistema processual adotado é fator primordial para definir se a postura estatal será de maior repressão ou proteção aos sujeitos envolvidos no processo, bem como suas consequências e viabilidade. Definir qual sistema processual será aplicado, implica em determinar qual será o comportamento de um país frente ao processo penal, como serão tratadas as pessoas que cometerem um ato criminoso e qual será a resposta estatal decorrente daquela prática delitiva.

A definição de um sistema processual penal não pode ser banalizada, pois reconhecer o direito penal como “última *ratio*” em alusão ao Direito Penal mínimo, e ter mecanismos que possibilitem a aplicação de um Direito Penal seletivo, resulta em insegurança jurídica e uma retroalimentação da violência.

O autoritarismo, associado ao afastamento dos parâmetros constitucionais, em processos penais pode contribuir para o caos do sistema penitenciário, que apesar de aparentemente afetarem a liberdade de alguns indivíduos, a longo prazo representa um prejuízo a toda sociedade, bem como contribuem para o fortalecimento de facções e geram outros prejuízos a sociedade.

No ordenamento Brasileiro, aparentemente há uma indeterminação de sistema a ser seguido, uma vez que a Constituição Federal de 1988 indica sinais de que é o sistema acusatório e o Código de Processo Penal de 1941 aponta sinais de que o sistema é misto.

Então, afinal, quais são as dificuldades encontradas para implementação do sistema acusatório e o instituto do juiz de garantias e porque ela é tão relevante para o fortalecimento de um Estado Democrático?

Visando responder a esta pergunta, no capítulo 01 serão apresentados os sistemas processuais penais, bem como a limitação da própria ciência processual penal, especialmente quanto ao aspecto epistemológico; no capítulo 02 será analisado o Código de Processo Penal vigente, e o modelo de sistema processual proposto, comparando com as indicações de sistema que a Constituição elegeu; no capítulo 03 será realizada uma análise da proposta legislativa que mais avançou na tentativa de implementar o juiz das garantias e sistema acusatório. Nesse capítulo argumentos a favor e contra as inovações serão analisados e aprofundados em pesquisa doutrinária.

JUSTIFICATIVA

Em momentos anteriores a Constituição de 1988, o sistema inquisitório era marca clara no sistema processual brasileiro. Sempre marcado por um viés seletivo-discriminatório, ora perseguindo indivíduos de classes menos favorecidas, ora perseguindo inimigos do governo, ora perseguindo comunistas.

A partir da promulgação da Constituição, verifica-se que diferente de Portugal que cravou em sua constituição claramente que o sistema de seu país seria o acusatório, no Brasil isso ficou implícito em normas que limitam o poder. Sendo essa característica, a limitação do poder, uma marca clara do sistema acusatório.

Apesar de neste ano ter sido comemorado o 34º ano da Constituição Federativa do Brasil, a implantação de um sistema acusatório ainda causa estranheza, e por vezes é violado por órgãos representantes do Estado por associar uma conduta punitiva a função do direito penal, característica do deletério sistema inquisitório.

Estudos sobre o tema são relevantes, porque a parcela da população que mais é impactada pela justiça criminal é justamente a população pobre e negra. Em outras palavras, com um sistema processual que tenha como premissa a imparcialidade, é possível que a seletividade do direito penal seja limitada por afastar o juiz que julgará o mérito de preconceções, ou vieses cognitivos, adquiridas na fase inquisitiva.

Dessa forma, buscar alternativas e argumentos que afastem a dúvida da validade de normas democráticas, como os artigos 3º-A a 3ºF da Lei 13964, que formaliza o sistema processual penal acusatório e cria o instituto do juiz das garantias, são formas de afastar a cultura inquisitiva tão presente. Aproximando dessa forma, o processo penal da igualdade, dignidades, e demais direitos fundamentais abarcados pela constituição.

OBJETIVOS GERAIS

Analisar a compatibilidade do sistema acusatório e juiz das garantias propostos pelos artigos 3º-A a 3º-F da Lei 13.964 com a Constituição Federal de 1988 e implicações da sua implementação. Considerando que sua aplicabilidade se encontra suspensa por força de duas liminares do Supremo Tribunal Federal, concedidas no ano de 2020 e sem julgamento de mérito até o ano vigente.

Pretende-se alcançar uma conclusão a respeito da constitucionalidade das inovações propostas pela Lei 13.964, referentes ao tema deste trabalho, bem como alcançar o entendimento a respeito dos motivos de resistência as mudanças.

Para alcançar tal objetivo serão adotados os seguintes passos, a partir de pesquisas bibliográficas:

- 1- Identificar os principais sistemas processuais descritos pela doutrina e o sistema processual do Código de Processo Penal vigente; bem como se a escolha de um sistema específico pode contribuir para um Estado Democrático.
- 2- Investigar qual sistema processual penal é compatível com o sistema constitucional Brasil; e o aparente conflito entre o modelo de sistema processual vigente e as alterações propostas pela Lei 13.964/19.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Os objetivos específicos a serem apresentados, compreendem:

- 1- Apresentar os três modelos de sistema processual penal; comparando o sistema proposto pela Lei 13.964/19 com características conceituais propostas pela doutrina.
- 2- Demonstrar porque o modelo de sistema processual acusatório é o que garante maior efetividade aos direitos fundamentais, e representa um avanço rumo a um Estado constitucional de Direito, e socialmente mais igualitário.

CAPÍTULO I: DA LIMITAÇÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL PENAL E SEUS SISTEMAS

1. A TEORIA GERAL DO PROCESSO E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A definição das influências, significado de termos e a que serve o processo penal é imprescindível para definir porque um sistema processual deve ser defendido em detrimento do outro.

Analisar a diferenciação entre as ciências processuais, reconhecer as limitações da ciência processual penal e formas de diminuí-la pode auxiliar a compreender qual o papel deste ramo do direito, bem como o melhor sistema processual para o ordenamento jurídico brasileiro.

É importante esclarecer que, como o poder e o direito são unos e indivisíveis, mesmo que a ciência processual possua diversas ramificações não há como considerá-lo isoladamente, de modo que ganha centralidade o tema a Teoria Geral do Processo, como ramo da epistemologia.

1.1. Teoria Geral do Processo e sua relevância para dogmática penal

Tratando sobre os ramos da ciência processual, Francisco Carnelutti faz uma relevante diferenciação entre jurisdição penal e jurisdição Civil. Para ele a ciência processual penal, mesmo sendo uma ciência ligada ao “ser”, é pobre por depender de muitos conceitos construídos e evoluídos a partir da ciência do processo civil, esta última uma ciência ligada ao “ter”.

Para ilustrar a ideia acima, Carnelutti utiliza a fábula da Cinderela, em que eram irmãs a ciência penal, processual penal e processual civil, sendo o processo penal a mais pobre, a que se contentava com os “farrapos” das outras irmãs, ainda que pudesse ter um futuro tão grandioso quanto na fábula. E conclui seus estudos, afirmando que o processo penal não deve se conformar em utilizar em demasia esquemas e teorias, nomenclaturas do processo civil, e para isso precisa explicar, como objeto central, o que é liberdade. Aquela, que alguns tem mais chance de perder do que outros.¹

¹ CARNELUTTI, Francesco, livro “**Cuestiones sobre el proceso penal**”, págs. 18, 19 e seguintes, 1961.

Anos mais tarde, Francisco Carnelutti, em nova contribuição ao direito processual penal, definiu processo como instituto com o qual se revelam todas as deficiências e impotências do direito, e afirmou que o processo penal é o que melhor revela as deficiências.²

Sob os ensinamentos de Carnelutti é possível extrair duas verdades: A primeira é que de fato compreender o significado de liberdade em muito significaria o marco inicial para diversos aspectos que contribuiriam para confecção de suas próprias roupagens, e a segunda é que de fato o processo penal ainda é muito ligado a outras ciências processuais, sobretudo a ciência processual civil.

Quanto ao aspecto polissêmico da palavra liberdade, de fato não é uma tarefa fácil defini-la. Entretanto, uma notável definição de liberdade, datada do século XVIII, berço da democracia moderna, merece ser analisada. Trata-se da definição proposta por Charles Louis de Secondant, o BARÃO DE MONTESTESQUIEU. Preceitua Montesquieu que a “liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer”. Em uma linguagem mais direta liberdade é o direito de poder fazer o que as leis permitem, já que se um cidadão pudesse fazer o que as leis proíbem, não haveria liberdade porque todos teriam esse poder. Ainda seguindo o raciocínio de MONTESQUIEU tomar poder dado a tirano não é liberdade, eleger a quem deve obedecer não é, viver conformes inclinações ou costumes não é. Eis o ponto chave: Liberdade pressupõe limites em um Estado democrático.³

Quanto a dependência da ciência processual de outras ciências, a Teoria Geral do Processo pode auxiliar nessa tarefa.

Sustenta MARCOS VINICIUS RIOS GONÇALVES que a teoria geral do processo estuda os princípios e institutos fundamentais da ciência processual. Esses institutos fundamentais envolvem a jurisdição, a ação, a defesa e o processo; já os princípios estruturais são o devido processo legal, isonomia e contraditório. E o que diferencia os subgrupos dentro da teoria geral do processo é a pretensão posta em

² CARNELUTTI, Francesco, livro **“Misérias do processo penal”**, capítulo XIII, pág. , ano,

³ Montesquieu, Livro **“Do Espírito das Leis”**, 11ª Ed., capítulo II, pág. 166, ano.

juízo. Por outro lado, na jurisdição penal, a pretensão seria a aplicação da sanção penal àquele a quem se acusa de ter perpetrado um crime ou contravenção penal.⁴

Com intuito de explicar o que é Teoria Geral do Processo, FREDIE DIDDIER explica que no Direito há pressupostos teóricos e planos de análise do fenômeno jurídico.

Quanto aos pressupostos teóricos, seriam divididos em conceitos jurídicos fundamentais e conceito jurídico-positivo. Conceitos jurídicos fundamentais são ferramentas para compreender o fenômeno jurídico independente do conteúdo das normas de um ordenamento, como por exemplo a definição de direito, princípio, regra jurídica, prova etc. Já conceito jurídico-positivo são conceitos criados a partir da análise jurídica de conteúdo, que só serão compreendidos a partir da observação desse direito. Trata-se um reflexo da dogmática jurídica.

Quanto aos planos de análise dos fenômenos jurídicos, que também recebem o nome de planos de linguagem, são divididos em 4 planos. O primeiro é o plano dos fatos, que nada mais são que eventos que acontecem na vida, no mundo real e interessam ao direito. O segundo é o plano do direito, que remete a fontes normativas, o direito positivo, sua atribuição é dar os fatos da vida uma linguagem jurídica. O terceiro plano é a ciência do Direito, um ramo do pensamento humano que tem por objetivo entender o que é o direito, mas não se confunde com linguagem do direito. O quarto plano é o da epistemologia, que tem por objeto o próprio direito oferecendo pressupostos necessários para a ciência do direito.

Relacionando os pressupostos teóricos com os planos de análise do fenômeno jurídico, temos que:

O conceito jurídico positivo são conceitos elaborados pela ciência do direito, portanto o terceiro plano, para compreender o direito positivo, que remete ao segundo plano.

Os conceitos fundamentais são produzidos pela epistemologia, ou seja, pelo quarto plano, para auxiliar a ciência do direito. Este por sua vez, remete ao terceiro plano, para examinar o direito positivo, que é o segundo plano.

A partir das ideias expostas acima Fredie Diddier define Teoria Geral do processo como a epistemologia da ciência do direito processual, ou seja, o quarto plano da linguagem e, portanto, não deve ser confundida com dogmática ou axiologia.

⁴ GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios, Livro “**Direito Processual Civil**”, página 41.

A Teoria Geral do Processo é dedicada a construção dos conceitos jurídicos processuais fundamentais e é responsável por articular, e sistematizar conceitos como prova, competência, jurisdição, e capacidade processual. Atuando como verdadeiras ferramentas para construção dogmática.⁵

Assim, para prosseguimento são necessárias algumas observações relacionadas as limitações da ciência processual penal:

A primeira observação é que considerando as limitações da ciência processual penal, que ainda se encontra muito dependente da ciência processual civil quanto a suas metodologias, teorias e nomenclaturas, definir o que termos essenciais como o que é prova, jurisdição e competência é de suma importância para se aprofundar nos estudos dos sistemas processuais. E esta tarefa, a de definição de conceitos remete a Teoria geral do processo.

A segunda observação é que, associando liberdade a limites impostos pelas leis em um Estado Democrático, o texto constitucional como base de todas as leis do ordenamento jurídico merece devida atenção, pois pode representar o caminho que deve ser trilhado para alcançar a pena dentro das regras que compõe o devido processo penal.⁶

2. A DEFINIÇÃO DO PROCESSO PENAL A PARTIR DE SUA NATUREZA

Distinguir a natureza do processo penal implica em identificar o vínculo que une os sujeitos do processo, quais sejam, juiz, acusador e réu. Dada a complexidade do tema, serão tratadas apenas 03 das principais teorias: Processo como relação jurídica, processo como situação jurídica, e processo como procedimento em contraditório.

2.1. Teoria do processo como relação jurídica

A teoria do processo como relação jurídica guarda relação com a escola dos Glosadores, da Itália, que representa um marco no surgimento específico do Direito. Dentre as contribuições da citada escola, encontra a fórmula de Búlgaro descrita em latim *Judicium est actus trium personarum: actoris, judicis et rei*. Esta fórmula remete

⁵ DIDDIER, Fredie, Livro: **“Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida”**, 3ª Ed., pág. 74 e seguintes.

⁶ LOPES, Aury Jr., Livro “Direito Processual Penal”, pág. 35, 16ª Ed., 2019.

a ideia de que processo é um ato que envolve três personagens, sendo o juiz protagonista na condução da relação entre autor e réu.

A partir da fórmula de Búlgaro, alguns autores alemães passaram a desenvolver teorias voltadas a relação jurídica. Por exemplo: JOSEF KOHLER desenvolveu a ideia de que havia uma relação linear em que apenas o réu e o autor se relacionavam e o juiz permanecia inerte; KONRAD HELLWICK desenvolveu a ideia de que as partes não se relacionavam entre si, mas sim com o juiz por meio de uma relação angular; e por fim OSKAR VON BULLOW, desenvolveu a ideia de que juiz se relacionam entre as partes, e as partes entre si, formando uma espécie de tripé com bases interligadas, em uma relação processual triangular.

Porquanto a teoria do processo como relação jurídica ser amplamente aceita pela doutrina brasileira, será mais aprofundada a seguir.

Para OSKAR VON BULLOW, o processo era composto por quatro características. Senão vejamos:

A primeira delas é autonomia, que não deve ser confundida com direito material. A autonomia descrita por BULLOW é unitária e trata-se de uma relação que se desenvolve durante a sucessão de atos previstos.

A segunda característica era a complexidade. Pois, se inicialmente há apenas uma relação principal estabelecida entre juiz e as partes, durante o processo relações secundárias seriam construídas, por exemplo a relação criada ao questionar uma testemunha.

A terceira característica é ser dinâmico, e não estático. Uma vez que a partir do comportamento das partes o final do processo poderia sofrer alterações.

A quarta característica é ser público, pois está submetido ao Estado, representado pelo juiz.

Sobre as mencionadas características, é preciso recordar que são construções destinadas ao processo civil e que foram emprestadas a ciência processual penal. Nesse aspecto, cabe especial atenção a característica da autonomia, pois, diferente do processo civil, no processo penal para exercitar o direito a ação é necessário não apenas interesse, mas sim analisar a materialidade, e indícios de autoria para exercê-lo.

De modo aplicável ao processo penal, é possível definir processo na visão de BULLOW da seguinte maneira: Processo é uma relação jurídica de natureza pública que se estabelece entre o juiz e as partes, que geram reciprocidade de direitos e

obrigações processuais. Em outras palavras, o processo é, além de uma relação jurídica de direito público, autônomo e independente da relação jurídica de direito material. O réu é visto como sujeito de direitos e deveres, assim como o juiz e a outra parte, qual seja, a acusação.

Essa teoria, apesar de criticada tanto na esfera processual civil quanto na esfera penal, foi adotada pela maior parte da doutrina processualista. No processo penal, por exemplo, a relação triangular é um problema, pois diferente do processo civil, não existe qualquer relação prévia antecedente entre o órgão de acusação e o acusado, ou seja, a base não está conectada.

Um dos críticos dessa teoria tratava-se de JAMES GOLDSCHIMIDT, autor da Teoria do processo como situação jurídica, que será o próximo a ser analisado.⁷

2.2. Teoria do processo como situação jurídica

Como já mencionado JAMES GOLDSCHIMIDT, era crítico da Teoria do processo como relação jurídica desenvolvida por BULLOW, apresentando falhas e novas formas de justificar a fenomenologia do processo.

Segundo GOLDSCHIMIDT, a visão estática do processo defendida na Teoria do processo como relação jurídica, está equivocada, pois o processo é dinâmico e pautado pelo risco e incerteza, uma vez que a cada ato processual surgem novas chances, que se aproveitadas podem conduzir a uma sentença favorável e liberação da carga da prova. Em outras palavras processo é um jogo em que há um conjunto complexo de expectativas de uma sentença favorável, que se alteram a medida que ocorrem os atos processuais, no qual as partes são protagonistas e o juiz uma espécie de árbitro que indica o vencedor.

Esse conceito, “carga da prova”, em processo penal está inteiramente nas mãos do acusador, a quem compete a oferta da denúncia. Já a defesa, não possui “carga de prova”, mas pode assumir os riscos de perder uma chance probatória, por exemplo quando o acusado exerce o direito ao silêncio.

Na visão de GOLDSCHIMIDT, processo pode ser definido como um complexo de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma ideia comum objetiva, conectada as diversas vontades das partes que se propõe aquela atividade, ainda que esta seja

⁷ LOPES, Aury Jr., Livro “Direito Processual Penal”, pag. 37 a 38, 16ª Ed., 2019.

ou não a finalidade específica. Essa visão permite vislumbrar o valor e a eficácia das regras do devido processo legal, uma vez que ele não é estático e imprevisível.⁸

2.3. Teoria do processo como procedimento em contraditório

Esta teoria pertence ao processualista civil italiano Elio Fazzalari, e também é uma crítica a Teoria do processo como relação jurídica. Nela a principal característica é a valorização do contraditório, visto como um núcleo imantado e legitimador do poder jurisdicional, que deve estar presente em todos os atos do procedimento até a sentença.

Para Fazzalari o tripé do direito processual tem como centro o processo, em torno do qual gravitam a jurisdição e a ação. E ainda define processo como um tipo de procedimento.

Procedimento é uma sequência de atos organizados para alcançar um fim, e não será estático uma vez que se fará presente o contraditório. Somente com a presença deste é que o procedimento se desenvolverá da maneira adequada.

Nesta Teoria, a essência do processo está na simétrica participação das partes, por meio de atos, visando o provimento final. Esses atos estão interrelacionados, uma vez que a validade do antecedente permite a realização e validade do subsequente. E cabe ao juiz atuar como garantidor do contraditório e não como contraditor.

Aparentemente, a Teoria do processo como procedimento em contraditório complementa a Teoria do processo como relação jurídica e se mostra uma importante contribuição para um processo penal democrático e constitucional, que promove o contraditório e o devido processo. Mas, para considerar como válida essa teoria, é necessário ter em mente que aplicando-a a realidade processual penal brasileira, ela não explica a investigação preliminar, que não é célere e muitas vezes é responsável por limitar a expectativa de resultado durante a fase processual, pois teoricamente tudo já teria sido descoberto sem qualquer oposição em contraditório.⁹

3. SISTEMAS PROCESSUAIS

⁸ LOPES, Aury Jr., Livro “Direito Processual Penal”, pag. 39 a 40, 16ª Ed., 2019.

⁹ LOPES, Aury Jr., Livro “Direito Processual Penal”, pag. 41 a 42, 16ª Ed., 2019.

O código de processo penal deve ser guiado por valores que conduzam a aplicação de uma sentença válida, uma vez que é responsável por proteger o acusado de qualquer pré-julgamento, da vingança privada da sociedade e será responsável por garantir a aplicação da punição de forma célere e sem vícios. Representando os valores de cada período histórico e social, há 03 sistemas processuais penais que representam uma proposta de como e quais características o Estado apresentará ao propor a punição de indivíduos. Trata-se dos sistemas penais inquisitório, acusatório e misto.

Para fins de melhor compreensão do objetivo deste trabalho, é necessário definir o significado de alguns termos. Será utilizada a definição de natureza processual proposta pela Teoria do Processo como procedimento em contraditório, a definição de jurisdição como poder que o Estado tem de aplicar a lei de forma impositiva, mas também como direito fundamental de ser julgado por um juiz cuja competência está fixada em lei, que seja imparcial e razoável, a definição de ação como mecanismo de invocação da tutela jurisdicional. Definido os sentidos em que as palavras serão utilizadas, a seguir serão analisados os principais sistemas processuais penais com intuito de avançar na definição de qual seria o modelo mais compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

3.1. O sistema penal inquisitório

O sistema inquisitório surgiu no processo canônico da idade média, como reflexo da supremacia da Igreja Católica e do Direito Romano tardio. Predominou absoluto na Europa até o século XII, período em que começou a ser questionado e paulatinamente substituído pelo sistema acusatório.¹⁰

No século XIII, foi criado o Tribunal da Inquisição ou Tribunal do Santo Ofício, cuja finalidade era reprimir a heresia e tudo que criasse dúvidas a respeito dos dogmas da Igreja Católica. Para compor esse órgão eram recrutados fiéis que juravam comunicar desordens ou qualquer tipo de manifestação que fosse contra as regras eclesiásticas. Mais tarde, a Igreja instituiu as comissões mistas, para pudessem investigar fatos e conduzir procedimentos.¹¹

¹⁰ MADEIRA, Guilherme Dezen, Livro “**Curso de Processo Penal**”, pág. 98, 6ª ed, 2020.

¹¹ LOPES, Aury Jr., Livro “**Direito Processual Penal**”, pag. 43, 16ª Ed., 2019.

Embora tenha sido questionado a partir do século XII, o sistema inquisitório vigorou na Europa até o final do século XVIII e início do século XIX. O ponto de rompimento histórico trata-se da Revolução Francesa, que através de seu lema “liberdade, igualdade e fraternidade” inseriu postulados de valorização do homem e ideias filosóficas que geraram impacto no Direito e consequentemente no processo penal.¹²

O sistema inquisitório exerceu grande influência sobre a Europa e países colonizados especialmente por Portugal e Espanha. O Brasil, ex-colônia de Portugal, carregou até a Constituição de 1988 as características desse sistema.

Quanto as características desse sistema, GUILHERME MADEIRA aponta que a característica especial do sistema inquisitório é a ausência de separação da função dos sujeitos do processo. Em que não há distinção entre as funções de perseguir, acusar e julgar. Todas pertencem a um único ator.¹³

Na mesma linha de GUILHERME MADEIRA, e AURY LOPES JUNIOR definem que a essência do sistema acusatório é a aglutinação de funções na mão de um único indivíduo representado pelo juiz, ao que chamou de senhor soberano do processo. A este indivíduo incumbiria o poder instrutório ao julgar, afastando uma estrutura dialética e pautada no contraditório. Nesse sistema não haveria imparcialidade, pois o juiz teria iniciativa de gestão, ao ele próprio buscar a prova e decidir a partir dela.

Em contrapartida, GERALDO PRADO caracteriza o sistema inquisitório como aquele em que um comandante, na busca da verdade, exerce várias funções. Este ator define o tema e o suspeito, e busca as provas para ao final decidir se o indivíduo alvo é culpado ou inocente. Este sistema prioriza a repressão das infrações penais, e para isso o poder é acumulado na mão de poucos atores, o que culmina no desequilíbrio no processo.

Para AURY LOPES JUNIOR, o sistema inquisitório une nas mãos do juiz funções e poderes instrutórios de julgador, é soberano, não há imparcialidade e após pessoalmente buscar as provas, dá um veredicto. Nesse sistema não há espaço para dialética ou contraditório.¹⁴

¹² LOPES, Aury Jr., Livro “**Direito Processual Penal**”, pag. 44, 16ª Ed., 2019.

¹³ MADEIRA, Guilherme Dezen, Livro “**Curso de Processo Penal**”, pag. 99, 6ª ed, 2020.

¹⁴ LOPES, Aury Jr., Livro “**Direito Processual Penal**”, pag. 44, 4º parágrafo, 16ª Ed., 2019.

A partir das duas visões apresentadas é possível inferir que o sistema em análise carrega o árduo e alcançável dever de uma mesma pessoa exercer as diferentes funções de investigar, acusar, defender e julgar sem errar.

Diante do exposto, é possível definir em síntese o sistema inquisitorial com as seguintes características: concentração de poder na figura de um ator, a caça a verdade real, réu despersonalizado, gestão de prova concentrada na mão de um ator (juiz como protagonista), e a ausência de contraditório.

3.2. O sistema penal acusatório

O sistema acusatório, surge em Roma e na Grécia antiga. Porém quando se ao surgimento na Grécia é importante relatar que se refere especificamente ao processo penal ateniense, uma vez que cada cidade grega possuía um sistema jurídico próprio.

O processo penal em Atenas possuía figuras distintas para cada parte do processo, senão vejamos.

Os crimes eram divididos em privados quando atingiam a interesses individuais e públicos quando atingiam bens de interesse da sociedade em geral. Os legitimados para acusar nos crimes privados eram o ofendido, seus pais ou seu tutor; já os legitimados para promover ação quando se tratava de crimes públicos, era qualquer cidadão.

Uma vez que a denúncia fosse oferecida, ela seria submetida a um juízo de deliberação. Se fosse aceita, seria remetida a um juízo competente, designado os acusadores, e informado ao acusado para que comparecesse no dia marcado para o julgamento. As partes eram responsáveis pela obtenção de provas. Nesse sistema o juiz tem a função de árbitro que analisa as provas apresentadas pelas partes de maneira inerte. Não realizavam qualquer atividade de acusação.

Já quanto ao sistema Romano, diferente de Atenas, não houve apenas um único modelo. Porém todos apresentavam uma característica em comum: a separação das funções de perseguir, acusar e julgar.

Percorrendo a análise da evolução dos sistemas, GUILHERME MADEIRA e AURY LOPES JUNIOR afirmam que o sistema acusatório representou um avanço no sistema processual, uma vez que a mistura das funções julgar e acusar impede um

julgamento justo e imparcial, e por isso esse sistema é o que mais é compatível com o sistema penal moderno.¹⁵

O sistema penal acusatório caracteriza-se pela clara separação entre juiz e partes, com a finalidade de garantir a imparcialidade e a efetivação do contraditório. Ao juiz é inadmissível a prática de atos de caráter probatório e executório, e as partes cabem a iniciativa inicial e ao longo de toda produção da prova. Em outras palavras, pode ser caracterizado da seguinte forma: Separação das funções com equilíbrio de poderes, a verdade é buscada através do contraditório e ampla defesa, o réu é sujeito de direitos, a gestão da prova está a cargo das partes que atuam em paridade, equidistância do juiz em relação aos demais atores do processo penal.

Essa separação de funções é apontada por AURY LOPES JUNIOR como essencial para existência da imparcialidade, sendo primordial para que ela exista que o juiz seja afastado da atividade investigatória ou acusatória.

Sob esta ótica, da incompatibilidade de um juiz com poderes investigatórios, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) ao julgar o caso Piersack, em 01/10/1982, firmou entendimento de que se um juiz utilizou poder investigatório na fase pré-processual não pode ser o mesmo a julgar na fase processual.

Da distinção de atividades desenvolvidas, uma fase pré-processual e uma processual, nasceu um instituto cuja finalidade é maximizar a imparcialidade subjetiva ou objetiva do juiz, trata-se do instituto juiz das garantias. Imparcialidade subjetiva remete a convicção pessoal do juiz que conhece determinado assunto; já imparcialidade objetiva no sentido de que é necessária criar um sistema de atuação que afaste qualquer dúvida sobre sua imparcialidade.

Aplicando uma outra leitura sobre a imparcialidade, não proposital de magistrados, AURY LOPES JUNIOR, cita a Teoria da Dissonância Cognitiva, uma teoria do campo da psicologia social desenvolvida pelo alemão BERNARD SCHUMANN e adaptada ao campo do processo penal. Esta teoria sustenta, com experiências empíricas que tendencialmente um juiz se apegará ao que teve contato antes da audiência, ou seja, criará um quadro mental e passará a tentar confirmá-la durante a audiência de instrução.

¹⁵ MADEIRA, Guilherme Dezen, Livro “**Curso de Processo Penal**”, pág. 10, 6ª ed, 2020 e LOPES, Aury Jr., Livro “**Direito Processual Penal**”, pag. 43, 15ª Ed., 2019.

É importante considerar que não há qualquer relação entre juiz das garantias e impunidade. Na verdade, o instituto pretende maximizar a qualidade jurisdicional ampliando a certeza da imparcialidade, por afastar no que for possível a condição humana de subjetividade e sua influência em questões cognoscitivas que envolvem o processo de julgamento.¹⁶

Na Constituição Federal de 1988, é possível antecipar que de maneira indireta a Constituição elegeu o sistema acusatório como o adequado, e isto implica em uma série de incompatibilidades quando se tem em mente que o Código Processual vigente, reflexo da Ditadura Vargas.

Já na legislação infraconstitucional, a Lei 13.964/19, em seu artigo 3-A propõe o sistema acusatório, e nos artigos 3-B a 3-F cria e delimita a atuação do juiz das garantias. Tais temas serão mais bem explorados, em capítulos seguintes.

3.3. O sistema penal misto

O sistema misto, também conhecido como sistema inquisitório reformado, nasceu com a legislação *Code d' Instruction Criminelle* de 1808, instituída por Napoleão Bonaparte. A referida legislação trata-se de uma representação dos pilares do sistema misto, que tenta unir as melhores características do sistema acusatório e inquisitório. Esta legislação previa um modelo bifásico, com as seguintes características:

A primeira fase é a inquisitorial. Refere-se a fase de investigação e tem atuação forte do juiz na busca da verdade e ausência de direitos para o réu, sobretudo a garantia da ampla defesa e contraditório. Ou seja, era uma fase voltada para investigação criminal em que as provas eram produzidas perante o juiz instrutor, período de formação da culpa. Após a produção das provas, o artigo 127, do *Code d' Instruction Criminelle* previa que o juiz da instrução devia apresentar um relatório a Câmara do Conselho. Este conselho era composto por três juízes. E em seu artigo 241 previa que caso a acusação fosse admitida, a competência para julgar deveria

¹⁶ PINHÃO, Marina C. Araújo, às 2h20min, na Audiência Pública do Juiz das garantias:

https://www.youtube.com/watch?v=kNHduNhmbRc&list=PLippyY19Z47tK8N_nacw8HRSqskvcRQ92

ser determinada e a figura do procurador imperial deveria, conforme as regras previstas, realizar o ato de acusação.

A segunda fase é a acusatória. Nela é iniciada a fase de julgamento, em que o processo assume a natureza acusatória, refere-se a fase processual, em que a figura do órgão acusatório definido se torna imprescindível, há um juiz equidistante e réu é sujeito de direito. Ou seja, a segunda fase era voltada para o julgamento, na qual havia a provação pelo órgão acusatório.

Naquela época o modelo misto foi propagado amplamente no mundo, e foi adotado por exemplo, por Itália, Espanha e Brasil.

No Brasil, a manifestação do sistema misto aparece inicialmente no final do século XIX, com o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, do ano de 1832, sob o Império de D. Pedro II. Nele, em seu artigo 155, §3º, prevê conselhos de investigação nos crimes de responsabilidade dos empregados militares, antes do processo. Já em 1871, por meio do Decreto nº4.82 foi criada a figura do inquérito policial, como uma tentativa oficial de implantar o modelo misto, por se tratar de um instrumento oficial de *persecutio criminis-extrajudicio*, ou seja, ação extrajudicial do crime.¹⁷

Ainda sobre a manifestação do sistema misto no Brasil, o Código de Processo Penal de 1941, vigente na atualidade, tem como ponto de partida o modelo misto, no qual afastamos o juiz da instrução e criamos a figura do delegado para presidir as investigações da primeira fase. Este Código foi inspirado no Código Processual Italiano de 1830, conhecido como *Codice de Rocco*, em homenagem ao seu criador Alfredo Rocco, Ministro da Justiça do governo fascista de Benito Mussoline.¹⁸

Partindo do fato de que o Código Processual vigente foi criando antes da Constituição de 1988, vejamos alguns posicionamentos atuais sobre o sistema misto.

Para GUILHERME MADEIRA, o sistema penal misto apresenta as seguintes características: persecução penal exercida por órgãos públicos em sua maioria, o acusado é sujeito de direitos, as decisões são recorreréis. E tem sentido a medida a separação entre o que é acusatório e o que é inquisitório, por vezes são complexas. Por exemplo, o sistema acusatório ambiciona submeter o juiz a árbitro das vontades

¹⁷ https://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes2/2016-2018/advogado-vitimas-homicidio/artigos/inquerito_policial.pdf

¹⁸ <https://iuscommune.paginas.ufsc.br/files/2020/07/Arno-Dal-Ri-Jr.pdf>

das partes, mas até que ponto a imparcialidade é possível um ser humano, pode ser completo delimitar.

Ainda há que se mencionar que próprio STJ entende como aceitável que o magistrado tenha poderes inquisitórios, ou seja, que possa produzir provas de ofício, característica do sistema inquisitório. Senão, vejamos:

6. Em obediência ao princípio da busca da verdade real e pela adoção do sistema de persuasão racional do juiz, é possível que o magistrado, na fase processual, determine a produção de provas ex officio, desde que de forma complementar à atividade probatória das partes. No caso, o juiz, conhecedor de elementos probatórios constantes de outras ações penais conexas à presente, e que poderiam suprir dúvidas existentes nos autos sobre pontos relevantes para o julgamento da causa, determinou a sua juntada ao procedimento criminal, com a reabertura de prazo às partes para manifestação. Inteligência dos arts. 156, II e 502 da Lei Adjetiva Penal.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 221.231/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 29/03/2017).

Dentro desse contexto de dificuldade de delimitação, sustenta parte da doutrina, e aqui se inclui GUILHERME NUCCI, que modelos puros são inviáveis na atualidade. Sustenta o referido autor que o sistema adotado no Brasil é misto, uma vez que se fosse puramente acusatória não seria possível ao juiz considerar as provas colhidas na fase inquisitiva, ou seja na fase do inquérito policial, como se extrai da leitura do artigo 155, do Código de Processo Penal.

Sobre esse ponto, caber observar que a produção probatória durante investigação, já que por vezes são provas produzidas uma única vez, limitam o exercício constitucional da garantia do contraditório e ampla defesa do réu. E por isso favorecem a concentração de poder na mão de um único ator, contribuindo para manifestações de autoritarismo.

Corroborando esse entendimento, AURY LOPES JUNIOR posiciona-se pela separação absoluta entre juiz e partes durante todo o processo, para que seja possível a efetivação das garantias da ampla defesa e do contraditório, bem como da imparcialidade. Pois uma vez que se afasta o juiz da produção probatória, a estrutura dialética é fortalecida. Citando JACINTO COUTINHO, na essência os sistemas inquisitoriais e acusatórios são formados cada um, por um diferente princípio unificador. Portanto ao dizer que um sistema é misto esse princípio unificador não está

sendo observado, na verdade o que está sendo observado são elementos secundários que são emprestados de um sistema a outro.¹⁹

CAPÍTULO II: SISTEM ACUSATÓRIO E AS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURIDICO ATUAL

Partindo das premissas de que processo também é um instrumento da realização do Estado Democrático, e que a Constituição Federativa do Brasil de 1988 não cravou o sistema acusatório como o recepcionado de forma direta, faz-se necessário uma análise a respeito do que a Constituição, o Código de Processo Penal e as possíveis inovações da Lei 13964/19, que podem impactar diametralmente o tema.²⁰

1. DAS CARACTERÍSTICAS E A OPÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

No Brasil, até a atualidade discute-se qual seria o sistema penal adotado, muito dessa discussão em razão das origens, características e fundamentos do Código de Processo Penal, que por vezes parecem ser incompatíveis com a ordem constitucional vigente. Vejamos:

O Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, foi criado em pleno período do Estado Novo, ditadura de Getúlio Vargas, e sofreu notável influência do código italiano conhecido como Código de Rocco, em homenagem ao legislador Alfredo Rocco, um ministro do regime fascista de Benito Mussoline.

O Código de Rocco, apresentava um modelo processual misto, aquele que inicialmente nasceu com boas intenções, porém possui um grande espaço de maleabilidade. Razão pela qual parece ser o eleito por regimes autoritários, uma vez que não exige uma legislação antidemocrática para ser exercido poder sobre ele, pois mesmo com uma legislação democrática, a margem de maleabilidade continua a existir. Some-se isso a ingrata função do processo penal de garantir o poder do

¹⁹ LOPES, Aury Jr., Livro “**Direito Processual Penal**”, pag. 49, 15ª Ed., 2019

²⁰ Palestrante GERALDO, Prado, vídeo: “**A Presunção de Inocência e o Sistema Acusatório**” <https://www.youtube.com/watch?v=nNDgzZVpA4A>

Estado, ou talvez fosse melhor dizer garantir o poder das pessoas que ocupam cargos de poder.

Dada as semelhanças com o Código de Rocco, doutrinadores como GUILHERME NUCCI e GUSTAVO BADARÓ, definem o sistema processual como misto em razão da divisão em duas etapas: A primeira investigativa, e a segunda processual. Como mencionado, o sistema processual misto apresenta uma margem maior de possibilidade de manipulação do poder por quem está no comando político e no Código de Processo Penal de 1941, logo na Exposição de Motivos é possível identificar marcas claras desse desequilíbrio de poder na atuação processual.²¹

No inciso II da Exposição de Motivos, indica que o princípio *in dubio pro reo* será restringido. A etimologia da palavra restringir, do latim *restringere*, remete a tornar menor, mais curto, portanto uma desconformidade com o ordenamento moderno, isso porque o princípio *in dubio pro reo* é derivado do princípio da presunção de inocência, este uma cláusula pétrea prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição de 1988 e no Pacto internacional de San Jose da Costa Rica em seu artigo 8º.²²

O inciso V e VII aparenta uma incoerência entre si. Isto pois, o inciso V determina a completa separação da atuação processual do juiz e do órgão de acusação e o inciso VII confere ao juiz a capacidade de deixar de ser expectador na produção de prova, podendo atuar de ofício.

Ainda sobre a atuação de ofício, o inciso X confere ao juiz o poder de realizar perguntas diretamente as testemunhas, e ainda poder censurar as perguntas feitas pelas partes. Posturas que não contribuem para a imparcialidade, tampouco dialética e retórica de forma livre.

Saindo da Exposição de motivos, e analisado os artigos do Código de Processo Penal, o artigo 385 referindo-se à ação penal pública apresenta outra aparente dissonância com a Constituição. Este dispositivo permite ao magistrado decidir de forma divergente do órgão oficial imbuído de acusar, pois permite que tenha proferido sentença condenatória, ainda que o ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como permite reconhecer agravantes mesmo que não tenham sido alegadas. Esta prerrogativa, vai de encontro ao disposto no artigo 129, inciso I, da Constituição

²¹ MADEIRA, Guilherme Dezen, Livro “**Curso de Processo Penal**”, pág. 107, 6ª ed, 2020

²² ALBUQUERQUE, Aurelio H. Ferreira, Livro “**Dicionário Aurélio**”, 8ª Ed., pág. 664.

que é clara em definir que compete ao Ministério Público promover privativamente a ação penal pública, bem como vai de encontro ao artigo 5º, inciso LV da Constituição, pois, prezar pela estrutura dialética, gera inobservância do princípio do contraditório, tão essencial para legitimar provas que irão embasar decisões.²³

Assim, com esta breve análise do Código de Processo Penal de 1941, verifica-se que o sistema processual defendido é o sistema misto, porquanto permite identificar características inquisitoriais como duas fases, uma inquisitorial e outra processual, sendo que nesta última estará garantido o contraditório, característica do sistema acusatório. Também é possível concluir que em uma leitura do Código de Processo Penal a luz da Constituição há pontos que parecem incongruentes entre o que o primeiro definiu como elementar ao sistema, em detrimento aos direitos defendidos pelo segundo.

2. A OPÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1. A relevância constitucional quanto movimento jurídico

A etimologia da palavra constituição remete ao termo *constitute* que dentre os significados possíveis significa delimitar, estabelecer. E apesar das diferenças entre as leis contidas em uma constituição e as demais serem reconhecidas desde a Grécia antiga, com destaque para a obra “A política” de Aristóteles, foi apenas a partir do século XVIII que nasce o constitucionalismo moderno com a finalidade de limitar o poder do Estado e reconhecimento de direitos fundamentais.²⁴

Define Flavio Martins que constitucionalismo é um movimento jurídico, uma vez que desenvolve teorias que buscam legitimar a força normativa da Constituição como capaz de promover alterações no mundo do “ser” e limitar o poder estatal. Uma dessas teorias, seria a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, que aponta a Constituição como o mais elevado escalão do Direito Positivo.²⁵

²³ PRADO, Geraldo, Livro “**Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**”, 3ª Ed., pág. 115 e 117.

²⁴ MARTINS, Flavio, Livro “**Curso de Direito Constitucional**”, 2ª, pág. 127.

²⁵ HANS KELSEN, Livro “**Teoria Pura do Direito**”, pág. 247

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, o constitucionalismo ganha uma nova roupagem, intitulada de neoconstitucionalismo. No neoconstitucionalismo os princípios constitucionais que, antes dele eram vistos como meras recomendações sem carga normativa, passam a ser de observância obrigatória. Um exemplo de princípio constitucional, intimamente ligado ao sistema processual penal, é o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição.

Assim, a partir da concepção de que a constituição tem por finalidade limitar poder do Estado e uma das bases do processo é justamente o exercício desse poder através da jurisdição, está criado um vínculo de observação necessária para definir o sistema processual adequado.

2.2. Da escolha Constitucional pelo sistema acusatório

Aprofundada a importância da Constituição como limitadora do poder estatal e garantidora da observância de direitos fundamentais, se torna evidente concluir que as regras que definirão sistema processual penal competem a ela, uma vez que o processo penal impacta amplamente a liberdade, um direito de primeira geração defendido amplamente em seu texto.

Uma constituição pode definir o sistema processual penal de um ordenamento de forma clara, como é na Constituição Portuguesa, ou através de um conjunto de comandos estruturados, que permitem o reconhecimento do sistema escolhido. Nas constituições estão os direitos e garantias individuais característicos de um Estado Democrático, por isso compete a elas orientar a instrumentalidade do processo, ou seja, determinar finalidades e limites. Exatamente nesse sentido, GERALDO PRADO define processo como instrumento da realização do Estado Democrático.

A Constituição Federal de 1988, é um documento republicano democrático e se traduz em um sistema de processo penal que busca ser controlador de poderes. Essa opção pelo controle de poderes na constituição é característica de um modelo de sistema acusatório. Como por exemplo, ao analisar artigo 129, I, da CF/88 verifica-se que a titularidade da ação penal é do Ministério Público. Isso quer dizer que a Constituição, não sendo apenas uma carta de direitos mínimos, ao separar a função de acusar, definiu o sistema processual do Brasil como sendo o acusatório. Essa definição também pode ser constatada no extenso artigo 5º, em que é mencionado o

devido processo legal, com destaque para a figura do juiz natural, ampla defesa e contraditório, que remetem a imparcialidade.

De forma sintetizada, GERALDO PRADO delimita que a opção constitucional pelo sistema acusatório é uma opção voltada ao controle de poder, e essa construção do controle mútuo do exercício do poder exercido pela acusação defesa e juiz está estruturado em três eixos:²⁶

- 1- Reconhecimento do monopólio do exercício da acusação pública pelo MP, bem como sua independência (artigo 129, inciso I, CF/88).
- 2- Alteração no conceito do juiz natural (inciso LIII, artigo 5º, da CF/88) que não tem precedente na história constitucional brasileira. Durante muito tempo a ideia de juiz natural era a ideia da proibição de juiz de tribunal de exceção. Na CF, passa-se a exigir que a competência para processo e julgamento seja requisito de validade.
- 3- Reforço a posição defensiva, com a garantia da ampla defesa e contraditório. Ex.: proibição da prova ilícita, imediata comunicação da prisão, motivação das decisões, afastamento de sigilos de reserva jurisdicional de função. Um conjunto defensivo que não tinha antes.

O STF por sua vez, ao analisar a AP 883, DF, cujo ministro relator tratava-se de Alexandre de Moraes declarou que o sistema adotado no Brasil é o acusatório. Senão vejamos:

“A presunção de inocência exige, para ser afastada, um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal. No sistema acusatório brasileiro, o ônus da prova é do Ministério Público, sendo imprescindível provas efetivas do alegado, produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, para a atribuição definitiva ao réu, de qualquer prática de conduta delitiva, sob pena de simulada e inconstitucional inversão do ônus da prova.

Inexistência de provas produzidas pelo Ministério Público na instrução processual ou de confirmação em juízo de elemento seguro obtido na fase inquisitorial e apto a afastar dúvida razoável no tocante à culpabilidade do réu. 3 Improcedência da ação penal“. (STF, AP 883/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Dle 14.05 2018)

Dessa forma, apesar dos parâmetros constitucionais identificados e do reconhecimento da Suprema Corte, o sistema acusatório não é amplamente entendido e aplicado. Também não é raro que magistrados se sintam ou sejam

²⁶ Palestrante PRADO, Geraldo, vídeo “**A Presunção de Inocência e o Sistema Acusatório**” <https://www.youtube.com/watch?v=nNDgzZVpA4A>

incitados a se sentir parte do sistema de segurança pública, como se sua função no processo fosse combater a criminalidade ou reconstruir fatos pretéritos em uma caça, e não busca, da verdade.

Associar o Poder Judiciário ao sistema repressivo penal significa afastar a atividade do magistrado da imparcialidade que deve ter. Isso demonstra que há um descompasso entre o modelo constitucional acusatório e o modelo do Código de Processo Penal e a cultura inquisitiva, herança do Código de Processo Penal de 1941. E demonstra também que essa cultura aquisitiva prevalece entre diversos ramos de operadores do direito e não apenas na magistratura.

3. DAS TENTATIVAS DE ADEQUAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

3.1. Projeto de Lei 8.045

Após 22 anos da promulgação da Constituição de 1988, especificamente no ano de 2010, foi iniciada uma tentativa de reforma do Código de Processo Penal. Esta tentativa se baseou em dois projetos: O primeiro trata-se a proposta de um novo código de Processo Penal, sob o Projeto de Lei 8045/10, elaborado por juristas e aprovado em 2010 pelo Senado; já o segundo, sob o Projeto de Lei 7987/10, é uma proposta do então deputado Miro Teixeira e Instituto dos Advogados do Brasil.

Ambos os projetos têm a finalidade extinguir o Código de Processo Penal, criado na época da Ditadura de Getúlio Vargas, porque apesar de ter sofrido diversas alterações ao longo das décadas, se mostra anacrônico por não estar adaptado a princípios típicos de um Estado democrático, como por exemplo o princípio do Contraditório e da ampla defesa; bem como não está adaptado aos tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo país.

Uma figura essencial para preservar o sistema acusatório, aparece nos dois projetos, trata-se do juiz das garantias, porém divergem quanto ao papel deste. Enquanto o Projeto de Lei 8045/10 prevê um juiz especial, que não julgará o mérito, mas será responsável por atuar durante a investigação zelando pela legalidade e garantia de direitos individuais submetidos a tutela de jurisdição; o Projeto de Lei 7987/10 não pretende conferir poderes especiais durante a investigação, pretende

apenas que o juiz das garantias, o responsável por decisões no curso da investigação, não seja o mesmo que julgará o mérito.

Sobre a criação do juiz das garantias a magistratura se posicionou contrária, alegando que a criação de uma nova categoria não seria possível, uma vez que a quantidade de juízes no país era insuficiente. Argumento que sustenta até hoje.

Um outro ponto relevante é que o Projeto de Lei 8045/10 em seu artigo 4º define a estrutura do processo penal como acusatório, de forma clara. Na sua proposta de processo acusatório o juiz manteria o poder de atuação caso esta se voltasse a favor da defesa, e a justificativa apresentada foi a de que ele possui função de garante da ordem constitucional, portanto das garantias do próprio cidadão na figura do réu. Aparentemente um equívoco interpretativo do que seja o sistema acusatório, uma vez que o instituto remete a imparcialidade do juiz, valorização da dialética e contraditório entre as partes, em outras palavras remete a equilíbrio de poder.

Essas foram as observações referentes aos Projetos de Lei 8045/10 e 7987/10. Tais projetos registram como última data de tramitação, na Câmara dos Deputados, o dia 26.04.2021, data em que foram encaminhados a Comissão especial para proferir parecer.²⁷

3.2. Lei Federal 13.965/19 – Pacote anticrime

Assim como os Projetos de Lei 8045/10 e 7987/10, a Lei Federal 13.965/19 também propôs o sistema acusatório e o instituto juiz das garantias, com uma exceção: Diferentes dos Projetos de Lei que estão parados até a atualidade, ela foi promulgada no ano de 2019.

A Lei Federal 13.965/19, ficou conhecida no cenário nacional como Pacote anticrime, e nasceu sob a promessa de auxiliar no combate a crimes de natureza grave. Trouxe diversas inovações que impactaram diretamente os sistemas penal, processual penal, e a própria execução da pena.

Dentre as inovações propostas no Pacote anticrime, dos artigos 3-A a 3-F. Nesses artigos e incisos e parágrafos que os acompanham, há uma nova tentativa de reconhecer formalmente o sistema acusatório como o sistema processual penal

²⁷ **PL 8045/2010**,
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>

compatível com a Constituição e a instituição do juiz de garantias para auxiliar nessa proposta.

No artigo 3-A, afastou qualquer dúvida o definir que ao sistema processual penal como sendo o sistema acusatório. Ou seja, haveria duas fases no sistema processual penal: A primeira fase, conduzida por um delegado de polícia, que deve buscar indícios de autoria e materialidade para formação da *opinio delicti* do Ministério Público, quanto a produção de provas nessa fase seria admitida apenas as irrepetíveis, cautelares e antecipadas; a segunda fase seria a fase processual marcada pela dialética entre as partes e contraditório.

Dentro da perspectiva de um sistema acusatório, na forma como proposta pelo artigo 3-A, da Lei Federal 13.965/19 nascem duas vedações.

A primeira é a vedação da iniciativa do juiz na investigação, investigação no sentido de toda e qualquer medida tendente a descoberta de autoria e materialidade, bem como atos de natureza cautelar ligadas ao fato criminoso a qualquer tempo e iniciativa de que o juiz deve permanecer inerte durante a audiência aguardando a manifestação da acusação e defesa.

A segunda vedação refere-se à vedação da substituição da atuação probatória do órgão de acusação, isso quer dizer que o juiz não pode determinar produção de provas em favor da acusação, uma vez que o hipossuficiente na fase processual penal é o réu, por disposição constitucional. Em outras palavras, implica dizer que o juiz poderá atuar de ofício apenas a favor da defesa o que remete a dois problemas: O primeiro é que ao assumir o papel de produzir, o juiz não tem condição de antemão saber se uma prova será ou não em benefício do réu; o segundo é que, sendo a tendência natural humana agir sob as próprias convicções, o que se pode esperar é um magistrado parcial, característica do sistema inquisitivo.

Observa-se também que, caso ocorra reconhecimento da constitucionalidade do artigo 3-A do CPP, como consequência haverá a revogação parcial do artigo 156 do CPP e o magistrado não poderá mais determinar diligências de ofício.

Assim a constitucionalidade do artigo 3-A, pode representar uma mudança de paradigma da política criminal do Brasil, que por vezes reflete desconexões e contradições por ser mal definida, mas também apresenta incongruências que precisam ser sanadas para atingir o fim ao qual se propôs.

Finalizada nesse momento as observações acerca do artigo 3-A, a sequência de artigos da Lei Federal 13.965/19 prevê a figura do juiz das garantias e seu âmbito

de atuação. Nesse sentido, algumas considerações merecem atenção. O juiz das garantias, segundo a proposta apresentada pela Lei em análise, prevê um magistrado com a função de atuar na primeira fase do processo, controlando a legalidade dos atos de investigação, ou seja, o juiz das garantias desempenharia o papel de responsável pela tutela imediata de direitos e garantias abarcados pela reserva de jurisdição na fase de investigação. Esta proposta guarda semelhança com a proposta de juiz das garantias apresentadas no Projeto de Lei 8.045, proposto em 2010.

Caso ocorra reconhecimento da constitucionalidade dos artigos 3-B, que institui a criação do juiz das garantias, o artigo 83 do Código Processual Penal vigente será tacitamente revogado, uma vez que este artigo prevê que o juiz que atua na fase de investigação, também atuará na fase processual.

O momento em que deverá cessar as funções atribuídas ao juiz das garantias é tratado no artigo 3-C, §2º, da Lei Federal 13.965/19. Sobre esse tema parte da doutrina, como por exemplo AURY LOPES JUNIOR, defende que deveria cessar com o oferecimento da denúncia, sendo esta denúncia deveria ser endereçada ao juiz que julgará o mérito. Entretanto, o citado artigo define que o próprio juiz das garantias deverá realizar o juízo de admissibilidade da acusação.

A explicação possível para o modelo adotado pela lei em análise, é que o juiz das garantias teria maior conhecimento sobre os elementos de convicção produzidos na fase administrativa do inquérito, isto com o intuito de afastar o juiz que julgaria o mérito da fase administrativa do inquérito. Ocorre, porém, que a decisão de receber a denúncia, no modelo proposto não vincularia o juiz do processo a prosseguir com o feito. Seria possível por exemplo, o juiz das garantias receber a denúncia, mas o juiz do procedimento não concordar. Nesse cenário, uma pergunta válida é se não estaria sendo criada uma nova instância, porém aparentemente não houve deliberação sobre esse aspecto antes da promulgação da Lei em análise.

Como reflexo do que o modelo de juiz das garantias e o sistema acusatório proposto poderia causar ao sistema processual penal, quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram impetradas no Supremo Tribunal Federal. Tratam-se das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, que em caráter liminar, e monocraticamente, o Ministro Luiz Fux proferiu a Medida Cautelar de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF, na qual suspendeu a eficácia tanto da instituição do sistema acusatório, quanto do juiz das garantias até que seja julgado o mérito, sem data marcada.

Para compreender toda a argumentação construída até o momento, é necessário analisar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e o posicionamento do STF como guardião da Constituição. Este será o tema do próximo capítulo.

CAPÍTULO III: O RECONHECIMENTO DO JUIZ DE GARANTIAS E SISTEMA ACUSATÓRIO

Em 24 de Dezembro de 2019, a Lei 13.964 foi publicada com previsão para que entrasse em vigor em 30 dias, ou seja 23.01.2021. Imediatamente propostas questionando a constitucionalidade da implementação do juiz das garantias e do sistema acusatório, compreendidos entre os artigos 3-A a 3-F, foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal.

As ações diretas de Inconstitucionalidade impetradas no STF, representando os interesses de segmentos diversos foram: ADI 6298 ajuizada pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) e Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE); ADI 6.299 ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL); ADI 6.300 ajuizada pelos Partidos PODEMOS e Cidadania; e a ADI 6.305 ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP).

Em resposta aos questionamentos das ações diretas de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal suspendeu o reconhecimento do sistema acusatório e da implantação do juiz de garantias. Até o momento foram duas suspensões, a primeira proferida pelo Ministro Dias Toffoli suspendeu a implementação das inovações legislativas por 180 dias, e a segunda, uma semana após a primeira, pelo Ministro Luiz Fux suspendeu a implementação por tempo indeterminado.

Para fins de melhor compreensão será realizada uma análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, para posteriormente avaliar as medias que a Suprema Corte adotou até o momento.

1. DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

1.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298

Em 27/12/2020, a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE ajuizaram a Ação direta de inconstitucionalidade 6.298 perante o Supremo Tribunal Federal defendendo a inconstitucionalidade dos artigos 3-A ao 3-F da Lei 13.964/19.

O primeiro argumento apresentado na ADI 6.298 está relacionado a existência de vício formal. Foi sustentado que o tema juiz das garantias e a forma como deveria atuar o magistrado, trata-se de atribuições que devem ser instituídas por meio legislação específica dos estados membros, portanto, a União não deveria legislar sobre o tema, apenas sobre normas gerais. Nesse mesmo sentido, de vício formal, foi afirmado que a Constituição não poderia legislar sobre mudanças pré- processuais, ou seja, relacionadas a fase investigatória, conforme o artigo 24, inciso XI, §1º e artigo 22, inciso I, ambos da Constituição Federal de 1988. Vejamos:²⁸

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

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

XI - procedimentos em matéria processual;

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

Sobre este argumento, convém reconhecer que de fato a União deve fixar normas gerais que deverão ser aplicadas em todo o território cabendo aos Estados delimitar como será a organização para garantir a efetividade, de acordo com suas peculiaridades. Ocorre que a figura do juiz das garantias é de fato uma norma geral, na medida em que da leitura dos dispositivos, ora atacados, extrai-se que caberá aos Estados definir a organização dos órgãos do judiciário, a partir de suas peculiaridades. Um outro argumento é que, em que pese o artigo 22, inciso I, da CF/88 estipular que é competência privativa da União, as normas processuais, as leis Lei 12. 830, Lei 12.850, Lei 8.863 e Lei 13.344/16, devidamente sancionadas, tratam de normas relacionadas a investigação e não sofreram tamanha rejeição.

O segundo argumento trata-se da afirmação de que houve vício na Lei 13.964, baseada na afirmação de que compete a Lei Orgânica da Magistratura a responsabilidade de regular a estrutura da hierárquica e administrativa do poder judiciário, bem como sua organização.

²⁸ PDF da “Ação direta de inconstitucionalidade - ADI 6298”, pág. 28.

Ocorre que a instituição do juiz das garantias e sistema acusatório não implica necessariamente em uma nova categoria de juiz. Uma alternativa seria que a função pudesse ser desempenhada por juízes que já pertencem ao Poder Judiciário. Assim, não haveria que se falar em ônus ou ataque a estrutura.²⁹

Em defesa a este entendimento, ao proferir liminar sobre o tema, o próprio Ministro Dias Toffoli afirmou que “ O que há é a divisão funcional de competência já existente”. Afirmação esta corroborada pelo disposto no artigo 3-E, que assegura que o juiz das garantias deverá ser designado conforme as normas de organização judiciária dos Estados, Distrito federal e União.

Há necessidade de cautela em relação ao artigo 3-D. Isto porque de fato há uma determinação de funcionamento de órgãos do judiciário a medida que propõe rodízio de magistrados em comarcas com apenas um juiz. Nele sim, há uma aparente intervenção na organização judiciária, e, portanto, seria razoável reconhecer inconstitucionalidade neste dispositivo.

O terceiro ponto trata das inconstitucionalidades materiais. Vejamos:

As inovações legislativas remetem a impossibilidade de coexistência do juiz das garantias com a figura do juiz natural, prevista no artigo 5º, LIII, da CF/88.

De acordo com o princípio do juiz natural, quando iniciada a ação penal caberá ao magistrado promover seu desenvolvimento até o provimento final. E além da previsão constitucional, também tem previsão no artigo 251, do Código de Processo Penal, quando designa ao juiz a responsabilidade de prover à regularidade do processo e manter a ordem do curso dos atos. Ocorre que a lei é a responsável por estabelecer regras de competências, como por exemplo a prevenção, e atuação dos magistrados, podendo sofrer alterações com o tempo, uma vez que o ordenamento não é estático.³⁰

Outro argumento relacionado a inconstitucionalidade material é o de que haveria violação ao princípio da igualdade caso o juiz das garantias fosse aplicado apenas na primeira instância.

²⁹ SCHREIBER, Simone, “**Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias**” <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf>

³⁰ MADEIRA, Guilherme Dezen, Livro “**Curso de Processo Penal**”, pág. 145, 6ª ed, 2020.

Quanto a este ponto, ao proferir liminar o Ministro Dias Toffoli defendeu que a figura do juiz das garantias era desnecessária nos processos de competência originária, por considerar que o número considerável de juízes em um Tribunal, tornava insignificante um deles estar contaminado. Entretanto, este não é o espírito do instituto, pois está intrinsecamente associado ao sistema processual acusatório, que é focado na imparcialidade, só ela permite que o processo não seja comprometido.

O quarto ponto afirmado é que a inovação legislativa geraria impacto orçamentário relevante.

Sobre este ponto, em que pese não ser necessariamente uma ponderação jurídica, a resposta para ele vem do próprio artigo 3-E, que deixa claro que os órgãos do Poder Judiciário possuem liberdade de escolha para alcançar a melhor forma de implementar as inovações. Assim, uma possibilidade seria não a criação de novas vagas, mas o remanejamento ou organização estratégica do capital humano.

Um exemplo real de que é possível realizar as inovações propostas trata-se do Departamento de Inquérito Policial do Estado de São Paulo (DIPO), que surgiu em 2005 com a proposta de unir juízes, promotores e policiais em um órgão, cuja finalidade é conferir mais agilidade a pedidos judiciais de urgência e aumentar o rigor de investigações. O referido órgão está em funcionamento há 36 anos, e atualmente conta com 13 magistrados atuando apenas na fase de investigação. Após a fase de investigação, o Ministério Público oferece a denúncia, e um juiz que não teve contato com a parte investigativa passa a presidir o processo. Sua estrutura em muito se assemelha a figura do juiz das garantias, mas se difere em um ponto: Enquanto a proposta da Lei 13.964/19 permite que o juiz de garantias atue até o disposto no artigo 399 do Código de Processo Penal, ou seja até o recebimento da denúncia, já a proposta da DIPO em São Paulo remete os autos da investigação a uma Vara Criminal, sem que o juiz que acompanhou a investigação faça juízo de admissibilidade da denúncia.³¹

³¹ VIAPIANA, Tabata, “**Juiz das garantias pode incentivar ampliação do Dipo ao interior paulista**”, link de acesso: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-08/juiz-garantias-incentivar-ampliacao-dipo-sp> e “**Justiça mais perto da polícia**”, por ALMEIDA, Gustavo, fonte: Jornal do Brasil, 17/04/2005, Rio, p. A25, link de acesso: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/60897/noticia.htm?sequence=1>

O quinto ponto apontado como contrário as inovações processuais, refere-se ao período de *vacatio legis*, ser de apenas 30 dias, conforme o artigo 20, da Lei 13.964/19, o que seria insuficiente para implementação do sistema acusatório e juiz das garantias.

De fato, 30 dias não parece compatível com a necessidades para implementação da lei. Por esse motivo, em sua liminar o Ministro Dias Toffoli suspendeu a eficácia dos artigos 3-A a 3-F por 180 dias, com intuito de que nesse prazo fossem realizadas as mudanças e estipuladas as regras de transição para adoção do sistema acusatório e juiz das garantias de forma progressiva.³²

Com a finalidade de verificar a viabilidade de implementação das inovações legislativas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou em junho de 2020 um estudo que apontava que as Comarcas de Justiça Estadual com Vara Única representavam 59% do total, mas eram responsáveis apenas por 17% dos novos casos; enquanto na Justiça Federal, seções judiciárias com varas únicas representavam 56% do total, mas são responsáveis apenas por 26% dos casos novos. O referido estudo também traz a informação de que 16,2% do total de processos novos ingressou fisicamente no ano de 2018, ou seja, 83,8% dos processos foram eletrônicos.

Dentre outros dados interessantes, o estudo afirma que as peculiaridades do Poder Judiciário não inviabilizam a implementação do instituto do juiz das garantias.³³

1.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299

A ação direta de inconstitucionalidade 6.299 foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal em 28.12.2019 pelo partido PODEMOS e partido CIDADANIA questionando a constitucionalidade dos artigos 3-A a 3-F, e §5º do artigo 157, todos

³² SANTOS, Rafa e VALENTE, Fernanda **“Toffoli suspende implantação do juiz das garantias por seis meses”** link de acesso: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-15/toffoli-suspende-implementacao-juiz-garantias>

³³ CNJ, **“A Implantação Do Juiz Das Garantias No Poder Judiciário Brasileiro”**, link de acesso do PDF: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>

da Lei 13.964/19, com base em estudos realizados pela Advocacia-Geral da União e Ministério da Justiça e segurança Pública.

O primeiro ponto questionado trata-se da existência de vício de iniciativa, pois apenas o Poder judiciário pode alterar sua organização e divisão, sendo esta uma cláusula de reserva nos termos do artigo 96, II, “d”, da CF/88 e segundo o posicionamento do STF ao julgar a ADI 4138, Ministro Relator Celso de Mello, julgado em 17.10.20:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – TRIBUNAL DE JUSTIÇA – INSTAURAÇÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO VERSANDO TEMA PERTINENTE À ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO – INICIATIVA DO RESPECTIVO PROJETO DE LEI SUJEITA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE RESERVA (CF, ART. 96, II, “D”, E ART. 125, § 1º, “in fine”) – OFERECIMENTO E APROVAÇÃO, NO CURSO DO PROCESSO LEGISLATIVO, DE EMENDAS PARLAMENTARES – AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA MATERIAL COM O OBJETO DA PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA – DESCARACTERIZAÇÃO DE REFERIDO PROJETO DE LEI MOTIVADA PELA ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DA COMPETÊNCIA MATERIAL E DOS LIMITES TERRITORIAIS DE DIVERSAS VARAS JUDICIAIS – A QUESTÃO DAS EMENDAS PARLAMENTARES A PROJETOS DE INICIATIVA RESERVADA A OUTROS PODERES DO ESTADO – POSSIBILIDADE – LIMITAÇÕES QUE INCIDEM SOBRE O PODER DE EMENDAR PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS – DOCTRINA – PRECEDENTES – REAFIRMAÇÃO DE CONSOLIDADA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI COMPLEMENTAR MATO-GROSSENSE Nº 313/2008 – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO EXERCÍCIO DO PODER DE EMENDA PELOS MEMBROS DO LEGISLATIVO – O poder de emendar projetos de lei – que se reveste de natureza eminentemente constitucional – qualifica-se como prerrogativa de ordem político-jurídica inerente ao exercício da atividade legislativa. Essa prerrogativa institucional, precisamente por não traduzir corolário do poder de iniciar o processo de formação das leis (RTJ 36/382, 385 – RTJ 37/113 – RDA 102/261), pode ser legitimamente exercida pelos membros do Legislativo, ainda que se cuide de proposições constitucionalmente sujeitas à cláusula de reserva de iniciativa, desde que – respeitadas as limitações estabelecidas na Constituição da República – as emendas parlamentares (a) não importem em aumento da despesa prevista no projeto de lei e (b) guardem afinidade lógica com a proposição original (vínculo de pertinência). Doutrina. Jurisprudência. – Inobservância, no caso, pelos Deputados Estaduais, no oferecimento das emendas parlamentares, de tais restrições. Consequente declaração de inconstitucionalidade formal do diploma legislativo impugnado nesta sede de fiscalização normativa abstrata. A SANÇÃO DO PROJETO DE LEI NÃO CONVALIDA O VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE RESULTANTE DO DESRESPEITO, PELOS PARLAMENTARES, DOS LIMITES QUE INCIDEM SOBRE O PODER DE EMENDA QUE LHES É INERENTE – A aquiescência do Chefe do Poder Executivo mediante sanção, expressa ou tácita, do projeto de lei, sendo dele, ou não, a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade que afeta, juridicamente, a proposição legislativa aprovada. Insubsistência da Súmula nº 5/STF (formulada sob a égide da Constituição de 1946), em virtude da superveniente promulgação da Constituição Federal de 1988. Doutrina. Precedentes. ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – O Advogado-Geral da União – que, em princípio, atua como curador da presunção de constitucionalidade do ato impugnado (RTJ 131/470 – RTJ 131/958 – RTJ 170/801-802, v.g.) – não está obrigado a defender o diploma estatal, se este veicular conteúdo normativo já declarado incompatível com a Constituição da República pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos proferidos no exercício de sua jurisdição

constitucional. Precedentes. (STF, ADI 4138, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2018.)³⁴

Em audiência pública, realizada em 26 de outubro de 2021, o Juiz Antônio Edilberto Oliveira Lima, do Tribunal de Justiça do Ceará, defendeu que realmente há inconstitucionalidade formal do artigo 3-D, § único, e que este também está aparentemente em conflito com o artigo 3-E, que estipula que as normas relacionadas ao juiz das garantias respeitarão as normas da organização judiciária da União, Estados e Distrito Federal. Observação que certamente tem coerência.

O segundo ponto questionado foi o de que a falta de orçamento inviabilizaria a instituição das mudanças e violaria o “novo regime fiscal”. Entende-se por novo regime fiscal, o termo pelo qual ficou conhecida a Emenda Constitucional nº 95, que trata do teto dos gastos públicos. A emenda inseriu no artigo 113 do Ato de Disposições Constitucionais transitórias obrigação de que proposições legislativas que impliquem em criação despesas ou renúncia de receitas devem ser acompanhadas de estimativa de impacto orçamentário.

Em audiência pública, realizada em 26 de outubro de 2021, GUSTAVO BADARÓ, representando a Ordem dos Advogados do Brasil, esclarece que não se trata da criação de novos cargos. Sugere que ocorra uma realocação de cargos, citando como exemplo de viabilidade que nas Comarcas com dois juízes, o juiz que cumprir a função de juiz das garantias em um processo, será o juiz do processo em outro, e assim sucessivamente.

O terceiro ponto questionado é o de que há violação dos princípios informadores do sistema jurídico. Três subprincípios da proporcionalidade teriam sido violados: adequação, necessidade e proporcionalidade.

O subprincípio da adequação teria sido violado porque as inovações não são capazes de garantir um juiz isento e imparcial; bem como não atende à necessidade porque o aparato da legislação atual é suficiente para afastar a imparcialidade do juiz, e também não atende a proporcionalidade porque gerará custos ao Estado que não se justificam, uma vez que se faz presente a ausência de estudos científicos que apontem a efetividade do juiz das garantias.

O quarto ponto questionado é o de que a aplicação da norma irá dificultar ainda mais a persecução penal representando um decréscimo de 40% na produtividade dos

³⁴ PDF da “**Ação direta de inconstitucionalidade - ADI 6299**”

magistrados. Para dar embasamento ao questionamento, utilizaram dados do estudo “Justiça em Números”, do ano 2019, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, que aponta que 69,2% das comarcas são providas por vara única e que há uma comarca estadual para cada dois municípios, perfazendo um total de 2.700 comarcas.

Em audiência pública, realizada em 26 de outubro, de 2021, MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO, presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, sustentou um argumento contrário, afirmando que as dificuldades encontradas devem ser vencidas pelo debate e propostas de forma democrática e que a competência do STF se limitava apenas a avaliar a constitucionalidade da lei. Ainda destacou que o juiz das garantias, não implica em impunidade, o intuito na verdade representaria um incremento na qualidade da justiça distribuída, garantindo assim a legitimidade do Estado no exercício no dever de punir.

O quinto ponto questionado é a ofensa ao §5º, artigo 157, do Código de Processo penal por inovar trazendo uma hipótese de impedimento judicial, pois afasta o juiz da investigação do juiz do processo; e também ofensa ao artigo 399, §2º do CPP por violação ao princípio da identidade física do juiz. Como resultado dessas mudanças, o próprio réu poderia ser prejudicado, por dificultar a formação do quadro probatório harmônico, gerado pelo afastamento do magistrado que acompanhou a fase investigativa. Haveria um distanciamento do julgador da concretude dos fatos, e da verdade material dos fatos em favor apenas das regras processuais.

O sexto ponto remete a afirmação de houve violação ao pacto federativo. O argumento apresentado foi que as alterações trazidas pelo instituto juiz de garantias e sistema acusatório não se ‘enquadram propriamente como processuais, por ter caráter estrutural e por isso representação uma violação ao pacto federativo na medida em que a União impõe ao Poder Judiciário obrigações com grave impacto financeiro.

Em audiência pública, realizada em 26 de outubro de 2021, GUSTAVO BADARÓ defendeu que as alterações são normas de direito processual de competência da União, uma vez que estabelece apenas um critério de competência funcional. Da mesma forma que não é matéria de organização judiciária estabelecer hipóteses de impedimento e suspeição de julgadores, caberá a organização judiciária a partir da hipótese proposta definir quem será o juiz substituto.

Após apresentar as críticas acima descritas, a Ação Direta de Inconstitucionalidade propõe a aplicação de interpretação conforme a constituição da seguinte maneira:

Propõe que o artigo 3-A, seja interpretado com sentido limitado, e não como princípio geral para evitar suprimir a atuação do magistrado.

Propõe que o §2º do artigo 3-B, que determina o imediato relaxamento da prisão se o inquérito não for concluído no prazo, só seja aplicado em casos que não haja justificativa para o atraso ou manutenção da prisão.

Propõe que o §3º do artigo 3-C, que cria a obrigação de acautelamento dos autos das matérias de competência do juiz das garantias, não implique proibição ou dificultação de acesso aos autos.

Propõe a declaração da inconstitucionalidade do artigo 3-D, pois considera uma violação ao juiz natural por permitir a nomeação de juízes sentenciantes ad hoc, ferindo assim a impessoalidade. Defendem assim, a criação de um sistema, “sistema orgânico e natural de rodízio”.

Com relação ao inciso XIV, do artigo 3-B e artigo 3-C, aponta a necessidade de estabelecer um parâmetro de funcionamento para processos com competência originária em tribunais e como funcionariam os colegiados, visando estabelecer uma limitação em relação a denúncia. Consideram absurdo interpretar os dispositivos de tal forma que a distribuição da ação fosse delegada a outro relator após o órgão colegiado receber a denúncia.

1.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.300

Social Liberal – PSL no Supremo Tribunal Federal em 31 de dezembro de 2019. Tal ação tem como objetivo o reconhecimento da inconstitucionalidade com redução de texto dos artigos 3-A, 3-B, 3-C, 3-D e 3-F, da Lei 13.964.

Os pontos principais da petição inicial:

O primeiro ponto questionado é de que a instituição do sistema acusatório e criação da figura do juiz das garantias representa a criação de um novo órgão jurisdicional que atuaria apenas na fase inquisitorial, ou seja, pré-processual. E que não houve estudo prévio de impacto econômico, orçamentário e organizacional para instituir esse novo órgão, sendo não razoável o tempo de 30 dias para adaptação dos Tribunais.

Conforme já defendido anteriormente, a proposta não cria uma nova categoria, pois a função desempenhada pelo instituto juiz das garantias pode ser perfeitamente realizada por um magistrado que já pertença aos quadros do poder judiciário.

O segundo ponto questionado é o de que a figura do juiz das garantias, representaria uma violação a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, e também do próprio pacto federativo. Com base no artigo 99, §1º, §2º inciso I, e II, e § 5º, da Constituição Federal de 1988. Vejamos:

Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.
 §1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.
 § 2º O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete:
 I - No âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais;
 II - No âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.
 §3º Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
 §4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do §1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
 §5º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).³⁵

Tais dispositivos preveem que os Tribunais precisam elaborar as propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais poderes e estão proibidos de assumir obrigações que que extrapolem os limites das leis de diretrizes orçamentárias.

O terceiro ponto questionado é o de que houve ofensa ao princípio da isonomia e à simetria constitucional em relação as autoridades públicas que possuem foro de prerrogativa de função. Isso porque, segundo a petição inicial, as autoridades públicas que possuem essa prerrogativa teriam o mesmo relator na fase inquisitorial e na ação penal, e isso representa uma discriminação injusta, pois fere a simetria constitucional entre ações penais originárias nos Tribunais e demais ações penais, em desconformidade com o artigo 5º da CF/88.

³⁵ PDF da “**Ação direta de inconstitucionalidade - ADI 6300**”

1.4. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.305

A ação direta de inconstitucionalidade 6.305 foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal em 20.01.2020 pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP questionando a constitucionalidade dos dispositivos 3-A, 3-B (incisos IV, VIII, IX, XI, alíneas ‘d’ e ‘e’), parágrafo único do artigo 3-D, da Lei 13.964/19, dentre outros dispositivos que por não serem relacionados ao sistema acusatório e juiz de garantias não serão analisados neste trabalho.

A petição inicial da ADI 6.305, de forma geral sustenta que a Lei 13.964/19 reconheceu o constitucional modelo acusatório, mas de forma contraditória também teria mitigado a atuação do Ministério Público, ferindo os incisos I, VI e VIII da Constituição Federal de 1988. Para embasar a crítica, é indicado o Recurso Ordinário Constitucional, RCH 120379, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que o Supremo não apenas reconhece o sistema acusatório como o sistema constitucionalmente compatível com o sistema processual penal brasileiro, como enfatiza que ao Ministério Público cabe a formação da *opinio delicti*, afastando dessa forma as funções de acusar da função de julgar.

Um outro ponto defendido é o de que controle do exercício externo da atividade policial e dever de fiscal da ordem jurídica, também é atribuição do Ministério Público, cabendo ao juiz inércia e imparcialidade, exceto nos casos em que houver mitigação das liberdades individuais e direitos fundamentais, já regulamentos por tutela de jurisdição.

Após apresentar os pontos gerais, a Ação Direta de Inconstitucionalidade passou a questionar artigos especificamente. Vejamos:

O primeiro questionamento remete ao artigo 3-A. Foi sustentado que em sua primeira parte prevê o não questionado sistema acusatório, porém na segunda parte, a que fala em substituição da atuação probatória do órgão de acusação, é questionada pelo fato de supostamente ferir o sentido do sistema acusatório. Isto porque, este sistema tem como premissa a imparcialidade, impedindo que o juiz atue na função acusatória e também na função defensiva, de modo que a segunda parte do artigo 3-A permitiria a atuação de um juiz-defensor.

O segundo ponto questionado remete ao artigo 3-B, caput, e incisos IV, VIII, IX, X e XI (alíneas ‘d’ e ‘e’). Tal artigo trata das competências do juiz das garantias, que o aproximariam de um, criticado, um juiz instrutor. Por exemplo, o artigo 3-B, inciso IV

dispõe que o juiz deverá ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal, ferindo o protagonismo no exercício do poder investigatório do Ministério Público e propositura da ação penal respectiva, em uma aparente usurpação de função; o inciso VIII é criticado por conferir ao juiz das garantias a prerrogativa de estipular prazo para investigação ser concluída, o que fere a autonomia do Ministério Público; o inciso IX é criticado por permitir ao juiz a possibilidade de trancar o inquérito policial de ofício sem qualquer manifestação do Ministério Público, ferindo a atuação deste quanto análise de conveniência e necessidade da investigação; o inciso X permite ao magistrado requisitar documentos, laudos e informações a autoridade policial sobre o andamento da investigação, e isto representaria novo ataque ao pilar da imparcialidade e equidistância do magistrado; o inciso XI permite ao juiz das garantias decidir sobre acesso às informações sigilosas e meios de obtenção de provas que limitem direitos fundamentais, e isto representa uma inconstitucionalidade na medida em que uma lei infraconstitucional estaria ampliando a exigência de reserva de jurisdição, para além do texto constitucional.

O terceiro ponto questionado remete ao artigo 3-D, que é considerado inconstitucional por interferir na autonomia dos Estados para legislar sobre organização judiciária, ferindo supostamente o artigo 125, §1º da CF/88.³⁶

2. DAS MEDIDAS CAUTELARES CONCEDIDAS MONOCRATICAMENTE AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Até 15 de janeiro de 2020, três ações diretas de inconstitucionalidade haviam sido ajuizadas no Supremo Tribunal Federal questionando o sistema acusatório e intuito juiz das garantias proposto pela Lei 13.964, trata-se da ADI 6.298, ADI 2.99 e ADI 2.300. Já em 22 de janeiro de 2020, além das três mencionadas, havia ainda a ADI 2.305, que teceu críticas semelhantes as inovações legislativas. Segue a exposição dos argumentos apresentados pelos Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux, respectivamente.

2.1. Liminar concedida em 15 de janeiro de 2020

³⁶ PDF da “**Ação direta de inconstitucionalidade - ADI 6305**”

Após análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 2.99 e 2.300, em 15 de janeiro de 2020 o Ministro Dias Toffoli proferi uma medida cautelar, sintetizando o conjunto de ações em 12 alegações:

Inconstitucionalidade formal, por dispor de matéria de competência legislativa concorrente conforme artigo 24, XI, e §1º, da CF/88.

Inconstitucionalidade formal por ofensa a competência dos tribunais para criar órgãos no Poder judiciário, conforme artigo 96, I, d e II, b e d, e artigo 110 da CF/88.

Ofensa ao Pacto federativo por promover mudanças de caráter estrutural que comprometem a estrutura do Poder Judiciário.

Ofensa ao princípio do juiz natural previsto no artigo 5º, inciso LIII, da CF/88 por criar uma instância nova no primeiro grau.

Ofensa ao princípio da isonomia previsto no artigo 5º, caput, da CF/88, pelo fato da figura do juiz das garantias ter sido criada apenas para 1ª instância.

Violação do razoável processo e segurança jurídica, gerada pela aplicação da norma que teoricamente duplicaria o tempo da persecução penal.

Violação ao artigo 169, §1º da CF/88, por aumento de despesas na organização no judiciário sem previsão orçamentária.

Ausência de estudo de impacto financeiro, em ofensa ao artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais transitórias.

Dificuldade no combate a ilícitos, por proporcionar margem para inúmeros habeas corpus, recursos e incidentes processuais em ações criminais.

Pedido de interpretação conforme a Constituição, relacionado ao artigo 3-D, com aplicação do princípio do juiz natural.

Afastamento da aplicação do dispositivo artigo 157, §5º, pois afastar o juiz da instrução do processo, prejudica a ampla defesa por violar o princípio da identidade física do juiz.

Insuficiência do prazo de vacatio legis de 30 dias para aplicação da norma, por ausência de estrutura suficiente do Poder Judiciário.

Após delimitar os argumentos o Ministro Dias Toffoli passou a definir as mudanças propostas pelos artigos 3-A a 3-F como paradigmáticas, que tratam de processo penal material de competência legislativa privativa da União e foram editados de forma legítima pelo Congresso Nacional.

Partindo da premissa que persecução criminal, composta por investigação e ação penal, integra o direito processual penal é legítimo afirmar que se trata de

domínio legislativo privativo da União, conforme o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal. Isto quer dizer que compete a ela instituir o sistema processual penal, e a figura do juiz das garantias, sem assim prejudicar o combate à criminalidade.

Para o Ministro Dias Toffoli, apenas o artigo 3-D, parágrafo único interfere na organização do judiciário, pois determina a forma como as comarcas deverão funcionar, e assim criam obrigações aos tribunais. Viola portanto o poder de auto-organização desses órgãos, instituída no artigo 96 da Constituição Federal e usurpa iniciativa do próprio poder judiciário, ferindo o artigo 125, §1º da Constituição Federal.³⁷

Citando EUGÊNIO PACELLI, o Ministro Dias Toffoli ressalta que a partir da nova ordem constitucional, o processo não é mais mero veículo para aplicação da sanção penal, trata-se também de instrumento de garantias do indivíduo em face do estado.³⁸

Nesse mesmo sentido, o artigo 129, I, da CF/88 atribuiu ao Ministério Público a titularidade da ação penal, dividindo assim as funções de acusar e de julgar, como forma de promoção da imparcialidade e a visão do réu como sujeito de direitos. Assim, a declaração de que o sistema acusatório é o sistema processual penal do Brasil e a instituição do “juiz das garantias” proposto pela Lei 13.964/2019 apenas reforça o modelo de processo penal, já definido pela Constituição em 1988.

Para o Ministro as inovações trazidas pelos artigos ora atacados, representam um avanço minimizar os fatores de contaminação subjetiva do julgador e não predispões a exigência da criação de novos cargos ou a geração de novas demandas. Sendo necessário para viabilidade apenas a redistribuição do trabalho, com adequação da estrutura já existente.

Quanto aos parâmetros de aplicação da nova sistemática, o Ministro Toffoli rebate o argumento de que o juiz das garantias não se aplica ao Tribunal, relatando que no diploma legal não há qualquer determinação nesse sentido, mas por força do artigo 1º-A, §1º da própria Lei 13.964/2019, nesse caso específico, foi dispensada a cisão de competência entre a fase investigativa e a fase processual. Isto porque órgãos colegiados, por si só, reforçam a imparcialidade, que é parâmetro de assimetria.

³⁷ PDF liminar Dias Toffoli

³⁸ PACELLI, Eugênio, Livro “**Curso de Processo Penal**”, 17ª Ed., págs. 8 e 9, rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

Por fim, pelas profundas modificações no processo penal, o Ministro reconheceu como insuficiente o período de *vacatio legis*, de 30 dias. Mas, considerando o disposto no artigo 3-F, parágrafo único, da Lei 13.964/2019, que trata de regra de transição relacionada a forma como prisão e identidade de presos serão comunicados a imprensa, algo mais simples que a instituição do sistema acusatório e juiz das garantias, entendeu pertinente aplicar o mesmo prazo, de 180 dias, para implementação de “todo o microssistema”. Entretanto, manteve como exceção o artigo 3-A, mantendo a instituição do sistema acusatório em 30 dias.

Antes de explicitar uma regra de transição para os processos e investigações em andamento, o Ministro definiu os conceitos de competência funcional e competência material. Competência funcional trata dos limites da atuação jurisdicional a partir da natureza dos atos a serem praticados e competência material trata dos limites derivados da natureza dos fatos.

Segundo o ministro, o juiz das garantias proposto pela Lei 13.964/19 criou uma competência funcional, por delimitar a atuação do juiz ainda na fase de persecução criminal e instituir uma regra de impedimento para que o juiz que atuasse na fase de investigação não presidisse a ação penal.

A partir dessas observações, o Ministro estipula que devem ser neutralizadas modificações de competência que tenham por intenção alterar o juiz natural de um determinado caso. Por isso complementa afirmando que o Supremo Tribunal Federal deveria estipular os termos de transição dentro do prazo de 180 dias, como intuito de prezar pelo princípio do juiz natural e a segurança jurídica, mantendo-se os efeitos prospectivos da nova norma, conforme o artigo 2º do Código de Processo Penal.

2.2. Liminar concedida em 22 de janeiro de 2020

Após análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 2.99 e 2.300, e 6.305 em 22 de janeiro de 2020 o Ministro Luiz Fux proferiu uma medida cautelar, em que fixou duas premissas: a primeira é que compete ao Tribunal apenas afirmar o que é ou não constitucional a partir da Constituição Federal de 1988, a segunda que a medida cautelar não poderá criar fato que dificulte a futura decisão de mérito.

Em seguida passou a analisar os argumentos apresentados, que aqui serão expostos apenas no que for diferente do observado na primeira liminar, a proferida pelo Ministro Toffoli.

Quanto a artigo 3º-A a 3º-F, introduzido no Código de Processo Penal pela Lei 13.964, institui o sistema acusatório e cria a figura do juiz das garantias, o Ministro ressaltou os seguintes pontos levantados nas ADI's:

O primeiro ponto é que, embora formalmente a lei tenha sido criada como norma processual geral, altera materialmente a divisão dos órgãos judiciários e quanto a este tema o Poder Judiciário tem autonomia legislativa própria, segundo artigo 96, da Constituição de 1988.

O segundo ponto, remete aos perigos do impacto financeiro, redistribuição de recursos humanos e materiais, bem como as possíveis soluções de tecnologia da informação. Todos esses desafios clamariam atenção a ausência de previsão orçamentária, o que viola o artigo 169, da Constituição e ainda prejudica a autonomia do Poder Judiciário, segundo artigo 99, da CF/88. Nessa esteira, o argumento é corroborado pelo artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 95/2016, determina que “[a] proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”.

O Ministro destacou que considera relevantes os estudos comportamentais a respeito de seres humanos serem propensos a desenvolver vieses em processos decisório, mas refutou de generalização e a ideia de que dividir as funções entre juiz das garantias e juiz da instrução seja a melhor estratégia para evitar a contaminação cognitiva.

Em síntese apontou os argumentos apresentados pelas ADI's, quais sejam:

A inconstitucionalidade formal da Lei nº 13964/19 por dispor de matéria processual, em desconformidade com artigo 24, XI, e §1º da Constituição.

A inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, uma vez que competiria ao Poder Judiciário promover alterações na organização e divisão judiciária, conforme artigo 96, I, d, e II, d, da Constituição.

Inconstitucionalidade pela instituição do juiz das garantias por lei ordinária, violando o artigo 93, caput, da Constituição.

Inconstitucionalidade material em razão de violação do princípio do juiz natural, isonomia, duração razoável do processo, e a regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário, este previsto no artigo 99, *caput*, da Constituição. E inconstitucionalidade material em razão de ausência de previsão orçamentária prévia para implantação da lei, conforme artigo 169, §1º, da Constituição; e também

violação do novo regime fiscal da União, previsto da Emenda Constitucional nº 95 e artigo 113, do ADCT. E por fim se posicionou do sentido de considerar desproporcional o período de *vacatio legis* de 30 dias para implementação das modificações propostas pela Lei 13.964.

Para o ministro Luiz Fux há evidências que demonstram a probabilidade de que as ADI's terem o mérito reconhecido em plenário, um *fumus boni iuris*. Vejamos:

Quanto aos artigos 3-B a 3-F que delimita a atuação do juiz das garantias, a Constituição Federal em seu artigo 22 define como competência de a União legislar sobre direito processual, e o artigo 24 autoriza União, Estado e Distrito Federal legislarem concorrentemente com a União, apenas estabelecendo normas gerais.

Ressalta a necessidade de atenção, sob o aspecto formal, de que a Lei 13.964/19 de fato foi proposta pelo Poder Executivo em nível federal, porém, o questionamento envolve artigos que foram acrescidos ao projeto de lei por meio de emenda de iniciativa parlamentar, no âmbito do Congresso Nacional, o que torna possível uma violação ao artigo 24 e 96 da Constituição Federal.

Citando JOSE FREDERICO MARQUES, definiu normas de organização do judiciário como aquelas que se destinam a cuidar da administração da justiça e declarou que considera as normas questionadas de natureza materialmente híbrida, pois, alteram a estrutura e funcionamento das unidades judiciárias criminais do país, ao mesmo tempo que refunda o processo penal brasileira.

Enfaticamente criticou o artigo 3-D, que propõe o rodízio de magistrados em comarcas com apenas um juiz, justificando que se trata de uma violação ao artigo 96, da Constituição Federal. Quanto aos demais dispositivos (3-A, 3-B, 3-C, 3-E, e 3-F) não adentram diretamente na estrutura dos órgãos judiciários, mas remetem a uma reestruturação das unidades e redistribuição de recursos e materiais humanos, situação está que poderia colocar a justiça criminal em colapso.

Referente a análise de inconstitucionalidade material dos dispositivos 3-B a 3-F destacou dois argumentos: o primeiro refere-se à ausência de orçamento e estudos de impacto prévios e da própria eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade.

Quanto a ausência de orçamento para implementação, o Ministro aplicou entendimento de que violam o artigo 169 e 99 da Constituição. Tal dispositivo prevê a exigência prévia de dotação orçamentária para despesas de entes federados, e garante autonomia orçamentária ao Poder Judiciário. Também, para reorganizar os

serviços judiciários que geram despesas são necessários projetos de leis com rito próprio, o que não seria possível com um período de *vacatio legis* de 30 dias.

Assim, se posicionou o Ministro no sentido de que, para que atendam as disposições constitucionais, mudanças estruturais no microsistema processual e na organização do Poder Judiciário necessitam ser realizadas de forma progressiva, tal como foi a implantação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, criados pela Lei 9.099/95. Isto porque há lacunas que considera que deveriam ser preenchidas pelo poder legislativo, para a partir disto induzir o Poder Judiciário a construir soluções para implementar as inovações da Lei 13.964/19.

Em relação a eficiência quanto mecanismo anticriminalidade, o Ministro limitou-se a de manifestar no sentido de que aguardaria as próximas etapas procedimentais, bem como a realização de uma audiência pública a fim de alcançar “uma visão sistêmica entre a compatibilidade do juiz das garantias e as normas constitucionais”.³⁹

Quanto aos argumentos de Direito Comparado em defesa do instituto juiz das garantias, o Ministro entende que deve ser aplicado rigor metodológico e cautela para evitar o que a doutrina convencionou denominar de ‘*cherry-picking*’. Tal terminologia refere-se a metodologia em que um país estrangeiro é escolhido para ser comparado, porém suas particularidades, cultura política, divergências contextuais e demais características são desconsideradas. Isso torna a comparação descontextualizada e pontual.

Para considera válidos os argumentos de Direito Comparado relacionado ao juiz das garantias, o Ministro propõe que sejam verificados três critérios. São eles: Capacidade do sistema judiciário para implementação; proximidade ou vinculação entre os órgãos de acusação e julgamento nos países que forem comparados; e a regulamentação das competências do juiz das garantias.

Segundo o Ministro, não há provas produzidas por métodos científicos comportamentais que comprovem que instituto do juiz das garantias é a melhor estratégia para afastar esses vieses cognitivos. Muito pelo contrário, ao invés de contribuir para um processo mais democrático, acredita que poderá contribuir na verdade para morosidade dos juízos criminais, e impunidade.

³⁹ “**Medida Cautelar Na Ação Direta De Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal**”, Liminar, Relator Min. Luiz Fux, pág. 24, penúltimo parágrafo.

Dos argumentos a favor do instituto juiz das garantias, originados do Direito Comparado, como o caso *Piersak vs Bélgica*, destacou a necessidade de cautela e aprofundamento no tema uma vez que uma comparação superficial poderia esconder diferenças entre os países sob análise, e levar a uma conclusão inaplicável a realidade brasileira.

Sobre a difícil tarefa de encontrar soluções, propôs o Ministro a realização uma audiência pública e *amicus curiae*, o que veio a ocorrer em 25 e 26 de outubro de 2021. Nela, entidades de elevada representatividade colaboraram com ideias, argumentos contra liminares ajuizadas e propostas para resolver conflitos de viabilidade de direitos constitucionais.

No que tange a interpretação constitucional aplicada pelo Ministro, é perceptível que optou pela classificação quanto ao sujeito, na modalidade aberta, de decorrente da teoria de Peter Haberle intitulada de “Sociedade Aberta dos intérpretes”. Mas mesmo um ano após essa valiosa contribuição ofertada na figura do *amicus curiae*, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade não tiveram o mérito julgado em plenário.

2.3. Análise sob o aspecto formal das duas liminares

As liminares concedidas pelo Ministro Dias Toffoli e Ministro Luiz Fux, demonstram uma divergência de raciocínio entre os ministros. Vejamos.

Em síntese o Ministro Dias Toffoli, presidente do Supremo Tribunal Federal à época, suspendeu a eficácia dos dispositivos compreendidos do artigo 3º-B ao 3-F, com prazo de 180 dias para implementação das modificações legislativa, mas considerou totalmente legítima e constitucional a implementação do sistema acusatório, previsto no artigo 3º-A. Em contrapartida, o Ministro Luiz Fux entendeu que deveria ajustar a liminar do Ministro Toffoli, sustentando que as diversas técnicas interpretativas possíveis da constituição exigiam uma medida que não prejudicasse o julgamento colegiado de mérito, por isso concedeu a liminar com prazo indeterminado com eficácia suspensiva aos artigos 3-A ao 3-F, da Lei 13.964/19, e propôs que fosse o tema debatido em audiência pública.

Além da clara divergência, a decisão do Ministro Luiz Fux, também foi alvo de críticas do Ministro Gilmar Mendes. Para o Ministro Gilmar Mendes a liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux foi ilegal, pois se tratando de ação direta de inconstitucionalidade, a liminar deveria ser submetida ao Plenário do Supremo

Federal, uma vez que a lei foi aprovada pelo Congresso Nacional. Dentre os motivos que levaram ao posicionamento do Ministro Gilmar Mendes está a Lei 9868/99, que não deixa espaço para atuação individual de ministros, e o artigo 97, da Constituição Federal.⁴⁰

A lei 9868/99, em seu artigo 10, *caput*, permite ao presidente do tribunal decidir cautelarmente apenas, nos períodos de recesso e férias, pela urgência e dificuldade em se reunir todos os membros do colegiado. Vejamos:

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

Ressalta-se que o Ministro Luiz Fux assumiu a presidência do Supremo Tribunal Federal em 10 de setembro de 2020, e proferiu a liminar em análise no dia 22 de janeiro de 2020.

Portanto, tecnicamente a interpretação do Ministro Gilmar Mendes está correta, ao defender que a liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux não respeitou as formalidades necessárias.⁴¹

CONCLUSÃO

Nos últimos anos, a proteção dos direitos fundamentais tem sofrido um alargamento dos mecanismos voltados a sua proteção. A própria Constituição Federal de 1988 é permeada pela proteção aos direitos fundamentais. Nesse sentido, conforme o objetivo geral 01, a identificação dos sistemas processuais penais misto,

⁴⁰ **"Liminar suspendendo juiz das garantias por um ano é ilegal, diz Gilmar Mendes"**, link de acesso <https://www.conjur.com.br/2021-mar-18/liminar-suspendendo-juiz-garantias-ilegal-gilmar-mendes>

⁴¹ **"Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição"** por André Rufino do Vale, link de acesso: https://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao#_ftn2

inquisitório e principalmente o sistema acusatório, bem como o instituto do juiz das garantias contribuem para esse alargamento. Essa relevância por si só, afasta qualquer necessidade de estudos voltados ao Direito Comparado, ou casos externos a realidade brasileira.

Conforme concluído, a partir da investigação do objetivo geral 02, o sistema acusatório não se trata de uma inovação promovida pela Lei 13. 964, trata-se de uma determinação da própria Constituição de 1988, ainda que implícita. Por exemplo, em seu artigo 129, inciso I, ela separa as funções de acusar e julgar, cabendo o primeiro ao Ministério Público e não ao magistrado. Essa separação de funções é uma das características primordiais do sistema acusatório, ao lado da imparcialidade.

Após, análise comparativa descrita no objetivo específico 01, é possível concluir que a Lei 13.964, na verdade, propôs uma reforma para o processo penal baseada em um tripé constitucional, como forma de manter o juiz que julgará na fase do processo o mais imparcial possível em favor da dialética processual. Esse tripé é composto por: Sistema acusatório, juiz das garantias, e exclusão física dos autos da investigação.

Em relação aos artigos 3-A, 3-B, 3-C, 3-E e 3-F não há qualquer irregularidade quando ao aspecto formal ou material, sendo perfeitamente compatível com a Constituição por se tratar de norma processual, e por não criar necessariamente gastos para a organização judiciária. Porém é extremamente necessário reconhecer que mudanças dessa magnitude exigem uma implementação de forma mais gradativa possível, prezando-se o diálogo para assegurar resultados mais eficientes e legítimos.

Quanto ao 3-D, § único, este parece sim extrapolar os limites do legislador ao designar como deveriam funcionar comarcas de vara única. Isso porque estaria violando o poder de auto-organização desses órgãos, ou seja, o disposto no artigo 96 e 125, § único, ambos da Constituição Federal de 1988.

Respeitadas as devidas críticas e questionamentos presentes nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade estudadas, o tema sistema processual penal brasileiro não é novo. Vem sido debatido há décadas, devido a clara divergência entre o disposto no Código Processual Penal de 1941 e a Constituição de 1988. Devendo ser reconhecido a supremacia da Constituição sobre o tema, em detrimento de uma cultura inquisitiva que insiste em lugar pela manutenção um sistema processual que em verdade pode ser mais facilmente manipulado, ainda que em um Estado Democrático.

Um exemplo dessa anacrônica cultura punitivista e inquisitiva, está presente Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Ministério da Justiça, válido dos anos de 2020 até 2023, portanto vigente, que define o papel do Poder Judiciário da seguinte maneira:

“Conclui-se que grande parte do insucesso da repressão aos crimes no Brasil decorre da baixa interação entre os órgãos que integram o tripé do sistema repressivo: a Polícia Judiciária, o Ministério Público e o Poder Judiciário.”⁴²

Após, devida averiguação proposta no objetivo específico 02, é possível concluir que o Poder Judiciário não deve compor o sistema repressivo penal, tão pouco deve atuar ao lado da acusação. Trata-se de funções diferentes por determinação constitucional, prevista no já mencionado artigo 129, I CF/88 que confere ao Ministério Público a função de acusar.⁴³

Decorrente dessa falta de imparcialidade, defendida pelo próprio Ministério da Justiça, convém mencionar que o prejuízo disto é essencialmente maior aos que mais se submetem ao sistema penal. Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, do ano de 2022, nos últimos anos o perfil de pessoas submetidas ao encarceramento não mudou, houve na verdade uma intensificação do encarceramento de negros. Por exemplo se em 2011 a taxa de negros encarcerados em de 60,3%, em 2021 ela saltou para 67,5%.

Associando a determinação do Ministério da Justiça, e o acréscimo das taxas de presos de um grupo específico é possível concluir que o sistema penal é seletivo e discriminatório e que a cultura punitivista representa um perigo aos mais vulneráveis economicamente ou em razão da sua cor.

De certo que normas penais não tem função protetiva, apenas função limitativa, conforme bem define JUAREZ TAVARES. Porém, a implementação de um sistema processual acusatório e do instituto do juiz das garantias, além de serem

⁴² **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023)**, pag.19, 2019, https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcc/plano_nacional/PNPCP-2020-2023.pdf

⁴³ “**Anuário de Segurança pública Brasileiro 2022**”, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 16 – 2022, link de acesso: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>

constitucionais, possuem uma relevância também na esfera penal que impacta diametralmente o âmbito social. Isto pois, ao mesmo tempo que reflete o disposto na Constituição, limita a atuação do sistema penal quanto técnica de imposição de poder. Em outras palavras, dividir o sistema processual penal em duas fases, afastando o juiz que julgará o mérito da fase investigativa, significa contribuir para afastar um viés contaminado de que aquele réu pré-selecionado pelo sistema penal é culpado. E sob esta ótica, tende a contribuir como método contra-seletivo e forma de diminuir a carga de injusto.⁴⁴

Assim, a maior dificuldade encontrada para implementação do sistema acusatório e o instituto do juiz de garantias é a resistência a mudança para um paradigma mais alinhado a um modelo de processo mais garantista, como reflexo de uma cultura inquisitiva presente não apenas em órgãos do judiciário, mas em setores atrelados a segurança pública, que associam as inovações a infundada ideia de impunidade. Porém essas mudanças são essenciais, pois representam um marco civilizatório na promoção de direitos fundamentais rumo a um Estado de Direito igualitário e democrático, sobretudo para aqueles que são alvos do sistema penal.

⁴⁴ TAVARES, Juarez, Livro “Teoria do Injusto Penal”, pág. 10.

REFERÊNCIAS

- CARNELUTTI, Francesco, livro **“Cuestiones sobre el proceso penal”**, págs. 18, 19 e seguintes, 1961.
[https://www.derechopenalened.com/libros/carnelutti_cuestiones_sobre_el_proceso_penal.pdf]
- CARNELUTTI, Francesco, livro **“Misérias do processo penal”**, capítulo XIII, pág. 79 e seguintes
- Montesquieu, Livro **“Do Espírito das Leis”**, Ed. 11^o, capítulo II, pág. 166, 2000.
- GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios, Livro **“Direito Processual Civil”**, página 41, ano.
- DIDIER, Fredie, Livro: **“Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida”**, 3^a Ed., pág. 74 e seguintes.
- LOPES, Aury Jr., Livro **“Direito Processual Penal”**, pág. 35, 16^a Ed., 2019.
- LOPES, Aury Jr., Livro **“Direito Processual Penal”**, pag. 37 a 38, 16^a Ed., 2019.
- LOPES, Aury Jr., Livro **“Direito Processual Penal”**, pag. 39 a 40, 16^a Ed., 2019
- LOPES, Aury Jr., Livro **“Direito Processual Penal”**, pag. 41 a 42, 16^a Ed., 2019
- MADEIRA, Guilherme Dezen, Livro **“Curso de Processo Penal”**, pág. 98, 6^a ed, 2020.
- LOPES, Aury Jr., Livro **“Direito Processual Penal”**, pag. 43, 16^a Ed., 2019.
- LOPES, Aury Jr., Livro **“Direito Processual Penal”**, pag. 44, 16^a Ed., 2019.
- MADEIRA, Guilherme Dezen, Livro **“Curso de Processo Penal”**, pág. 99, 6^a ed, 2020.
- MADEIRA, Guilherme Dezen, Livro **“Curso de Processo Penal”**, pág. 10, 6^a ed, 2020 e LOPES, Aury Jr., Livro **“Direito Processual Penal”**, pag. 43, 15^a Ed., 2019.
- PINHÃO, Marina C. Araújo, às 2h20min, na **“Audiência Pública do Juiz das garantias”**, link de acesso: https://www.youtube.com/watch?v=kNHduNhmbRc&list=PLippyY19Z47tK8N_nacw8HRSqskvcRQ92
- https://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes2/2016-2018/advogado-vitimas-homicidio/artigos/inquerito_policial.pdf
- <https://iuscommune.paginas.ufsc.br/files/2020/07/Arno-Dal-Ri-Jr.pdf>
- Palestrante GERALDO, Prado, vídeo: **“A Presunção de Inocência e o Sistema Acusatório”** <https://www.youtube.com/watch?v=nNDgzZVpA4A>
- ALBUQUERQUE, Aurelio H. Ferreira, Livro **“Dicionário Aurélio”**, 8^a Ed., pág. 664.
- PRADO, Geraldo, Livro **“Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais”**, 3^a Ed., pág. 115 e 117.

MARTINS, Flavio, Livro **“Curso de Direito Constitucional”**, 2ª, pág. 127.

MARTINS, Flavio, Livro **“Curso de Direito Constitucional”**, 2ª, pág. 44.

HANS Kelsen, Livro **“Teoria Pura do Direito”**, pág. 247

“Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023)”, pag.19, 6º parágrafo, 2019, https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/plano_nacional/PNPCP-2020-2023.pdf

“PL 8045/2010”, <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>
SCHREIBER, Simone, **“Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias”**
<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf>

MADEIRA, Guilherme Dezen, Livro **“Curso de Processo Penal”**, pág. 145, 6ª ed, 2020.

VIAPIANA, Tabata, **“Juiz das garantias pode incentivar ampliação do Dipo ao interior paulista”**, link de acesso: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-08/juiz-garantias-incentivar-ampliacao-dipo-sp> e **“Justiça mais perto da polícia”**, por ALMEIDA, Gustavo, fonte: Jornal do Brasil, 17/04/2005, Rio, p. A25, link de acesso: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/60897/noticia.htm?sequence=1>
SANTOS, Rafael e VALENTE, Fernanda **“Toffoli suspende implantação do juiz das garantias por seis meses”** link de acesso: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-15/toffoli-suspende-implementacao-juiz-garantias>

CNJ, **“A Implantação Do Juiz Das Garantias No Poder Judiciário Brasileiro”**, link de acesso do PDF: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>

PDF da **“Ação direta de inconstitucionalidade - ADI 6299”**

PDF da **“Ação direta de inconstitucionalidade - ADI 6300”**

PDF da **“Ação direta de inconstitucionalidade - ADI 6305”**

PDF liminar Dias Toffoli

PACELLI, Eugênio, Livro **“Curso de Processo Penal”**, 17ª Ed., págs. 8 e 9, rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

“Medida Cautelar Na Ação Direta De Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal”, Liminar, Relator Min. Luiz Fux, pág. 24, penúltimo parágrafo.

“Liminar suspendendo juiz das garantias por um ano é ilegal, diz Gilmar Mendes”, link de acesso <https://www.conjur.com.br/2021-mar-18/liminar-suspendendo-juiz-garantias-ilegal-gilmar-mendes>

"Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição" por André Rufino do Vale, link de acesso: https://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao#_ftn2

Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023), pag.19, 2019, https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnppcp/plano_nacional/PNPPCP-2020-2023.pdf

"Anuário de Segurança pública Brasileiro 2022", Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Ano 16 – 2022, link de acesso: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>

TAVARES, Juarez, Livro **"Teoria do Injusto Penal"**, pág. 10.