

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO JUIZ DE GARANTIAS

CONSTITUTIONALITY ANALYSIS OF GARANTEE JUDGES

Lucas Mangolin Alves*

Sergio Tibiriça Amaral**

Marcelo Agamenon Goes de Souza***

* Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários em associação com Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (2019).

** Graduação de bacharel em direito na Faculdade de Direito de Bauru - ITE (1981), mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília (1998); especialista em interesses difusos e coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (1999) e mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino (2003). Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE (2011). Professor titular de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito de Presidente Prudente da Toledo Prudente Centro Universitário (“Antônio Eufrásio de Toledo”) e de Direito Internacional Público e Direitos Humanos da mesma instituição; coordenador da graduação da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (Toledo de Presidente Prudente); Professor do Programa de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino (ITE) - Bauru Mestrado e Doutorado em Sistema Constitucional de Garantias; membro do conselho editorial da Revista Intertemas (Presidente Prudente) e da Revista Intertemas Eletrônica; membro não residente da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; membro-fundador da Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

*** Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Norte do Paraná - UENP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru - SP e Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade do Oeste Paulista - UNOESTE de Presidente Prudente - SP. Graduado em Ciências Jurídicas - Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” (ex-ITE) de Presidente Prudente – SP, onde atualmente é professor na disciplina de Direito Constitucional e Prática Jurídica Penal, professor Orientador de Monografia na Graduação e Pós-Graduação em Direito. É professor consultor AD HOC junto ao Conselho da Justiça Federal (Centro de Estudos Judiciários) em Brasília – DF para publicação de artigos na Revista CEJ. Professor avaliador de monografia no curso de Pós-Graduação no Curso do Professor Damásio de Jesus realizado via satélite. Foi Professor da Universidade do Oeste Paulista - UNOESTE e da Escola Superior de Advocacia - ESA de Presidente Prudente. Ex-Procurador e Ex-Assessor Especial Para Assuntos Jurídicos da Câmara Municipal de Presidente Prudente (2006/2010). Advogado da AGAMENON & CORREA ADVOGADOS ASSOCIADOS. Tem experiência na área de Direito Público com ênfase em Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, crimes tributários, defesa do consumidor e casos de Planos de Saúde.

Artigo recebido em 30/06/2020 e aceito em 22/10/2021.

Como citar: ALVES, Lucas Mangolin; AMARAL, Sergio Tibiriça; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de. Análise da Constitucionalidade do Juiz de Garantias. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 41, p. 13, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Juiz Natural. 2.1 Princípio da Imparcialidade. 2.2 Princípio da Indeclinabilidade da Jurisdição. 3 Juiz das Garantias, seus fundamentos. 3.1 Violações do juiz das garantias. 3.1.1 Ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e a interferência/ingerência na questão orçamentária dos estados federados. 3.1.2 Violação do pacto federativo. 4 Conclusão. Referências.

RESUMO: Pelo uso de metodologia racional-analítico estudou-se o juiz das garantias face aos princípios constitucionais, em principal o princípio do juiz natural, fazendo a análise das eventuais violações deste instituto jurídico, pontuando seus conceitos e fundamentos jurídicos, para que assim seja possível analisar a aplicabilidade constitucional do juiz das garantias no sistema jurídico brasileiro, para tanto a análise do princípio do juiz natural, como a ratio legis e aplicabilidade e implementação do instituto ao sistema jurídico vigente se faz imprescindível para a fixação de parâmetros da análise pretendida, sempre tendo em mente a observância aos dizeres constitucionais pátrios e aos preceitos jurídicos fundamentais.

Palavras-chave: constitucionalidade. juiz de garantias. juiz natural. juiz. princípios.

ABSTRACT: *By using the analytical-rational methodology studied the guarantee judges before the constitutional principles, in main the natural judge principle, doing the analysis of eventual breach of this legal institute, for that point your concept and legal elements, so that so by possible understand the constitutional application of the guarantee judges in the brasilian legal system, therefore are necessary understand the natural judge principle as ratio legis and applicability and implementation of the institute before the actual legal system, therefore indispensable to the setting of parameters for intended analysis, always looking to vernacular constitutional rule and to fundamental legal principles.*

Keywords: *constitutionality. guarantee judge. natural judge. judge. principles.*

INTRODUÇÃO

O Direito sendo uma ciência é mutável.

Suas mudanças são traduzidas em inovações jurídicas, as quais em muitas das ocasiões são frutos de intensos debates anteriores à alteração, resultantes da própria discussão jurídica do tema alterado, noutras situações dá-se pelo anseio social, político ou ainda econômico, nestes são mudanças sem paradigmas, alterações que trazem ou criam debates às ciências jurídicas, que pelo bem ou pelo mal acarretam profundas alterações em toda esta ciência, afetando a vida em sociedade, afinal o direito é a ciência responsável por cuidar e dizer as regras vigentes em determinado período de tempo numa específica sociedade.

E de tempos em tempos ocorre no ordenamento jurídico grandes mudanças que trazem grandes inovações, porém de igual modo apresentam problemáticas, as quais podem ser benéficas, mas dada às próprias características inovadoras das alterações compete ao jurista, o cientista do direito, entendê-las e bem aplicá-las.

Por esse fator é de bom tom compreender as alterações legislativas propostas, principalmente aquelas que inovam determinados ramos do

direito que relegadas aos obscurantismos da inércia analítica desembocam em grandessíssimas problemáticas, destaca-se como ramo de fundamental análise o Direito Penal, vez ser este o ramo do direito que tem por função principal trabalhar com a mitigação institucional do direito à liberdade de locomoção, direito fundamental de primeira dimensão.

Ao exposto, propôs-se por este artigo acadêmico debruçar sobre a discussão de alteração ao sistema jurídico apresentada por legislação recente, porém suspensa por decisão do Ministro Luiz Fux do STF, a inovação esta que propõe a criação da figura do Juiz de Garantias, Lei nº 13.964/2019, e acrescentou os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F ao Código de Processo Penal.

Seguindo a linha de mutabilidade do direito e de plena possibilidade de assim sê-lo e fazendo uso de metodologia racional-analítica este artigo debruçou-se sobre o Juiz de Garantias para entender alguns pontos, tais como, o que vem a ser o juiz de garantias? Qual seu conceito jurídico? Qual sua finalidade no sistema jurídico atual? Fere algum princípio ou regra constitucional ou infraconstitucional? Mais especificamente, são colidentes a figura do juiz de garantias com o princípio do juiz natural? E com o princípio da identidade física do juiz?

Também foi realizado por este artigo a análise da viabilidade da adoção prática deste instituto ao sistema jurídico pátrio, pois nada adiantará sê-lo constitucional e até mesmo, eventualmente benéfico caso sua aplicação possa se tornar tumultuosa ou impossível de concretizar, como é levantado por críticos, bem como, segundo entendimento analisado quanto a possibilidade de interferir no próprio julgamento e no sentido de punição dos criminosos, principalmente aos envolvidos por corrupção como ocorre no caso da Lava Jato, além do que, se é capaz essa alteração legislativa restringir e/ou afetar de maneira indevida a atuação do Ministério Público nos moldes do conferido pela Constituição Federal/88 quanto a atuação no processo penal.

Deste modo, pretende fazer análise do que vem a ser o juiz de garantias e entendê-lo face aos dizeres constitucionais e sua aplicabilidade no sistema jurídico pátrio, para tanto adota, como já mencionado, metodologia racional-analítica.

1 JUIZ NATURAL

Com a intenção de analisar ser constitucional ou não o Juiz das Garantias, adota como ponto de partida a análise do Juiz Natural, por

entender este trabalho ideal fazer a compreensão deste princípio por saber sê-lo o princípio pelo qual orienta todo o sistema jurisdicional pátrio.

Constitui o juiz natural um dos princípios jurídicos fundadores do conhecimento jurídico atual, por ser apontado por juristas, tais como Ada Pellegrini (2012, p. 61 *apud* FURTADO) e Eugênio Pacelli (2010, p. 39) como originário na Magna Carta de João-sem-terra de 15 de junho de 1215, Inglaterra.

Contudo a expressão atualmente utilizada (juiz natural) fora cunhada no art. 17 do título II da Lei Francesa de 24 de agosto de 1790, sendo consolidado pela Constituição Francesa de 1791.

Por nossa atual Constituição Federal (de 1988) este princípio está presente no art. 5º, inc. XXXVII (“não haverá juízo ou tribunal de exceção”) e inc. LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”).

A importância deste princípio é posta como mais do que direito subjetivo da parte, este princípio constitui em verdade a garantia *ex lege* do exercício da jurisdição, como postulado nas regras jurídicas, intrínseco à própria idealização de jurisdição, sem juiz natural a função jurisdicional torna-se impossível (PELLEGRINI, 2012, p. 61).

Jorge Figueiredo Dias fundamenta este princípio em três aspectos (2013, p. 41):

- a) Ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da fonte: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência.
- b) Em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de referência temporal, através deste afirmando um princípio de irretroactividade: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo.
- c) Em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente. Daqui a proibição de jurisdições de excepção, i.é., jurisdição *ad hoc* criadas para decidir um caso concreto ou um determinado grupo de casos, com quebra das regras gerais de competência; o que não se obstará à válida existência de tribunais especiais que a Constituição e as leis prevejam, mas proibirá terminantemente o desaforamento de qualquer causa criminal, bem como a sua suspensão discricionária por qualquer autoridade.

Estes três aspectos (apenas a lei poder instituir o juiz e fixar sua competência; a fixação do juiz e sua competência anteriormente ao fato

julgado; proibição de jurisdição de exceção) estão presentes em nosso sistema jurídico, por conseguinte está presente a figura do Juiz Natural.

Ao garantir-se, com o juiz natural a criação de cortes e a presença de magistrados antes de existente o fato a ser julgado, em sentido contrário, ao proibir-se a criação de cortes apenas após ocorrido o acontecimento juridicamente relevante, está-se a garantir a completa imparcialidade do magistrado, pois este já existe independentemente de precisar o Estado, por seu *ius puniendi* jurisdicioná-lo.

As Constituições dos Estados são as balizas pelas quais, do momento em que os Estados tomam o *ius puniendi* para si, determinam seu exercício, seus limites já estabelecidos, responsabilidades e capacidade de punir *ex lege*.

Maria Lúcia Karam (2005, p. 64-65) aborda esta temática:

O conteúdo básico do princípio do juiz natural, consistente no fato de que órgãos a quem se atribui o exercício de um poder do Estado só podem ser instituídos pela Lei Maior, determina a conclusão de que são as regras constitucionais sobre competência as que contêm valor de funcionar também com o escopo maior de, além de realizar a distribuição do exercício da jurisdição, legitimar este exercício, traduzindo e efetivando a garantia da presença no processo do juiz natural. Não sendo órgão pré-constituído, sem o que não estariam asseguradas suas indispensáveis imparcialidade e neutralidade, torna-se necessário que regras com sede constitucional determinem um âmbito para o exercício da função jurisdicional que são investidos aqueles órgãos.

O juiz natural é a instituição do poder de punir dos Estados por decorrência da lei e sua conseqüente delimitação em lei, sendo possível identificar seu agente aplicador, pessoa competente, para exercício da jurisdição, assim estabelecido pelas Constituições, pois em contrário foge-se do juiz natural.

Notório ao exposto é que o Juiz Natural influencia diversos outros princípios, em principal os que guardam relação com a jurisdição, isto por ser o princípio do Juiz Natural o que estabelece as balizas para o devido funcionamento da jurisdição, daí afirmar ser fonte de princípios vinculados a jurisdição, destaca-se o da Imparcialidade e o da Indeclinabilidade da Jurisdição, estes que serão abordados para a devida elucidação do problema proposto, Constitucionalidade do Juiz de Garantias.

1.1 Princípio da Imparcialidade

Este princípio também presente na Constituição Federal no art. 5º, XXXVII é garantidor do devido processo legal e do devido exercício da jurisdição exercida pelo juiz investido por lei, prescreve em alguma medida um dever negativo do juiz, ao propor que este deve não tomar parte, deve não ter pré-disposição à uma das partes da demanda.

Diz-se presente no inciso XXXVII do art. 5º da Constituição Federal que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (BRASIL, 1988), exatamente por o texto constitucional inadmitir tribunais constituídos após ocorridos os fatos julgados, no intuito de garantir a existência de juiz prévio (já concebido para análise daqueles casos dos quais seja competente) e que não esteja maculado com juízos prévios.

Nas palavras de Adelino Marcon a imparcialidade do juiz é entendida como o “equivalente a não tomar partido, não se posicionar o julgador nem a favor, nem contra o processado no feito criminal” (MARCON, 2004, p. 95).

Por outro lado, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, faz apontamento interessante quanto a não significar o dever de imparcialidade do juiz (de não tomar parte) ser/ter neutralidade, em seu entendimento imparcialidade e neutralidade são elementos distintos (COUTINHO, 2001, p. 31-33).

Para este autor o conhecimento é histórico e dialético estando desse modo o magistrado sujeito em assumir posicionamentos ideológicos inerentes ao desenvolvimento técnico que possui, uma vez ser seu conhecimento fruto de um resultado técnico da sociedade que o transmite e dialético por ser capaz de observar as condições materiais de seu tempo, não sendo o magistrado um indivíduo estranho ao convívio social e insuscetível à todas as informações e conhecimentos, como qualquer outro indivíduo é afetado por tais fatores.

Rui Portanova denota a importância da imparcialidade para a devida atuação jurisdicional, sendo aspecto “inseparável e inerente ao juiz não tomar partido, não favorecer qualquer parte, enfim, não ser a parte”. E continua, “quando o Estado tirou do cidadão o direito à justiça privada e ao desforço pessoal, deu-lhe um terceiro imparcial e independente para resolver seu conflito: o juiz. Assim, é direito fundamental do cidadão um juiz imparcial e independente” (2008, p. 79).

Sustenta-se que por não mais possuir o cidadão, em regra, o direito à autotutela¹, deve ter acesso à um terceiro indivíduo, capacitado pelo Estado

¹ Não se está aqui a discutir o direito a legítima defesa, do desforço imediato etc.

e que represente este, para decidir suas questões, sendo imprescindível que seja imparcial, impossibilitado de tonar o resultado do decidido em favor dum dos polos, prejudicando o direito à um processamento adequado do outro polo da ação.

Face aos dizeres da importância desse princípio e da sua não confusão com neutralidade, vem-se a entender como juiz imparcial aquele que não tem decisão previamente formulada, antes mesmo de inqueridas todas as partes, imparcialidade é ausência de um juízo decisório, porém não significa alheio de neutralidade, ou seja, de posicionamentos ideológicos advindos de seu desenvolvimento técnico-científico.

1.2 Princípio da Indeclinabilidade da Jurisdição

Previsto na Constituição Federal, artigo 5º, XXXV, prescreve que “a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988), traduz-se na impossibilidade do juiz investido em transferir sua capacidade de julgar outorgada pelo Estado para outro juiz, salvo as hipóteses de prevalência de regras de competência, ou ainda na impossibilidade do juiz investido em negar-se apreciar a lesão ou ameaça a direito, salvo hipótese prevista em lei.

Tourinho Filho, em mesma linha, prescreve “se a lei não pode impedir que o Judiciário aprecie qualquer lesão ou ameaça a direito, muito menos poderá o Juiz abster-se de apreciá-la, quando invocado” (TOURINHO FILHO, 2003, p.59).

Este princípio estabelece conduta negativa ao juiz de não se abster da função que lhe fora atribuída, mesmo que haja lacuna ou obscuridade na lei deverá apreciar a questão e proferir decisão.

Por ter o Estado extirpado o poder de autotutela e autocomposição do cidadão e outorgado a si (Estado) esta função, portanto, incongruente é abster-se de apreciar as questões que o cidadão necessite que sejam apreciadas, pois o contrário implica em violação a um dos mais fundamentais direitos, de ter dito seu direito.

2 JUIZ DAS GARANTIAS, SEUS FUNDAMENTOS

O Instituto jurídico Juiz das Garantias é criado no Brasil pela Lei nº 13.964/2019, a qual estabeleceu em seu artigo 3º a inclusão e alteração dos arts. 3-A ao 3-F; 14-A; 28; 28-A; 122; 124-A; 133; 133-A e §5º, art.

157, todos do Código de Processo Penal, não sendo todavia, algo inédito no ordenamento jurídico, pois, ao que se sabe, sua origem remonta da década de 70 na Alemanha, sendo também implantada posteriormente na França e Portugal. Na América do Sul a Argentina também implantou este sistema na década de 90, mas, até os dias atuais não possui funcionamento em todo aquele País.

No caso específico do Brasil, são os artigos 3-A e 3-B os que apresentam um entendimento inicial do que vem a ser este instituto jurídico inovador do sistema normativo, o primeiro que vem a prever ao processo penal a divisão em fase investigativa e processual, necessitando cada qual um juiz competente e o segundo que prevê as competências, gerais, do juiz das garantias, prescrevem:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

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

Os incisos do art. 3 – B passam a elencar as atribuições deste juiz das garantias, ao todo são dezoito incisos, alguns contendo alíneas.

Sustenta Aras que “sua previsão serve ao aprofundamento do princípio acusatório de justiça criminal à garantia da presunção de inocência a partir do direito a um julgamento objetivamente e subjetivamente imparcial” (ARAS, 2020).

Pelo entendimento postulado, ainda que suscintamente, e pelo *caput* do artigo 3 - A e 3 – B está que este instituto constitui um juiz específico para atuar na fase investigatória, pré-denúncia, com a finalidade de salvaguardar a legalidade da investigação criminal e dos direitos individuais do investigado, noutras palavras, o intuito é ter juiz específico para atuar apenas na análise ao respeito dos direitos do investigado, por entender que único juiz atuante nessa etapa e o mesmo magistrado atuando em etapa processual teria sua imparcialidade maculada.

Estabelece um juiz para antes de existir processo ou da análise de sua admissibilidade. Nesse aspecto alguma relação guarda com a audiência de custódia. O artigo 3º-C estabelece categoricamente os limites da atuação do juiz de garantias no tempo, findando ao recebimento da denúncia.

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

§1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

Está delimitado, ainda mais claramente, a existência de dois momentos de apuração da culpabilidade do fato crime, 1. Relativo a investigação do fato típico e 2. Ligado ao processamento jurisdicional desse mesmo fato.

Por meio do Juiz de Garantias afirma-se por lei que a atuação do Poder Judiciário possui distinções entre a fase processual e a investigativa, a tal ponto que deve o juiz, atuante da fase processual “mantém-se afastado da investigação preliminar – como autêntico garantidor –, limitando-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante e a autorizar aquelas medidas restritivas de direitos (cautelares, busca e apreensão, intervenções telefônicas etc.)” (LOPES, 2015, p. 119).

Ao passo o juiz investigador (inquisidor) é malucado com “prejulgamento quanto a provável autoria delitiva, sendo que esta ideia preestabelecida compromete sua imparcialidade para posterior julgamento da causa” (CFOAB, Requerimento de habilitação na condição de *Amicus Curiae*, na ADI nº 6.298/DF apud RISSATO, 2020).

Desse modo, está o Juiz de Garantias, ao menos em seu sentido de criação (*ratio legis*), revestido do intuito de proteger a imparcialidade do magistrado, garantindo-se a legalidade da investigação criminal ao mesmo passo que se respeita os princípios que norteiam o ordenamento jurídico (RISSATO, 2020).

Thamirys Costa Quemel Lima sustenta a importância de separar a atuação do magistrado em fase pré e processual (como entabula o art. 3-B) dá-se principalmente por “na fase de inquérito, durante a qual se tornam mais comum e, por vezes, mais graves as lesões aos direitos fundamentais das pessoas” (LIMA, 2017, p.15).

Defende Lima:

Destarte, a maior regulamentação legal da fase preliminar do processo torna-se imprescindível, tanto para garantir uma prova válida em julgamento, quanto, principalmente, para proteger os direitos e as garantias individuais das pessoas. O aumento da sofisticação criminosa também requer que os instrumentos que visam garantir os direitos

fundamentais sejam acurados, o que conduz a uma inevitável processualização do inquérito. Portanto, se torna indispensável que as decisões, nessa fase, sejam tomadas por um terceiro imparcial.

Argumenta, portanto, exatamente por ter a fase investigativa se aparelhado para enfrentar e investigar o crime organizado, faz essencial ter-se um processo o mais imparcial possível, para assim garantir o respeito aos direitos fundamentais do investigado e, talvez, futuro denunciado/processado.

Nota-se a flagrante defesa da imparcialidade do juiz na conceituação e criação do Juiz de Garantias, pois no entendimento postulado, o sistema atual gera a probabilidade maior de um juiz parcial (à acusar) ao decidir favoravelmente ou (à inocentar) desfavoravelmente medidas cerceadoras do direito à liberdade.

Sendo esta figura claramente inspirada na do juiz da instrução presente no sistema português (art. 17º do Código de Processo Penal [Português]) e no *giudice per le indagini preliminar* da Itália (art. 328 *del Codice di Procedura Penale*) (LIMA, 2017, p. 14/16).

Também, em alguma medida, tem respaldo nas Autoridades Judiciárias integrantes do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária da Capital de São Paulo, atuantes na fase de investigação criminal e persecução penal. Porém, não institucionalizada e estruturada *ex lege* como o é o Juiz das Garantias, nisso inova, e deve ser detalhadamente analisado.

Por mais que muito se diga garantir a imparcialidade dos magistrados, de fato o fará? Será que viola nalguma medida o princípio constitucional do juiz natural? Viola outro princípio? Qual?

Para tanto é necessário analisá-lo face ao estudado quanto aos princípios contidos na constituição para poder ter resposta.

2.1 Violações do juiz das garantias

Polêmico foi a criação e promulgação da Lei instituidora do Juiz das Garantias, tão logo fora aprovado tem-se já a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) (BRASIL, 2020b) ajuizando junto ao Supremo Tribunal Federal ação direta de inconstitucionalidade contrariamente a criação desta figura, ainda que o Ministro Dias Toffoli (GODOY, 2020; VIVAS; D'AGOSTINO, 2020) tenha suspenso liminarmente por 180 (cento e oitenta) dias² a implementação, portanto encontra-se com a aplicabilidade restringida.

² Há que destacar ter a decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli sofrido revogação

Segundo a entidade Conamp o juiz de garantias inviabiliza a atuação funcional, fere a autonomia do Ministério Público, como também contraria o sistema acusatório e os princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 6305 ajuizada pela Conamp sustenta-se que a lei em diversos dispositivos restringe e afeta de maneira indevida a atuação do Ministério Público conferido pela Constituição Federal/88 quanto a atuação no processo penal, e a lei, nos dizeres da entidade promotora da ADI, estabelece o instituto do juiz de garantias de forma contrária à própria essência deste.

Questiona-se a obrigação do Ministério Público ter que comunicar o juiz de garantias todo inquérito ou investigação instaurada, tal fato, autorizaria e conferiria ao juiz das garantias o poder de determinar *ex officio* o trancamento da investigação.

O estabelecimento pela lei de rodízios de juízes nas comarcas de vara única é também questionado, por ferir a autonomia das Justiças estaduais em definirem seu funcionamento.

Todos estes apontamentos da ADI mencionada não são, diretamente, alvo deste trabalho acadêmico, tais apontamentos deverão ser devidamente tratados pelo Supremo Tribunal Federal, a pretória corte quem proferirá ser ou não constitucional o instituo analisado face estes questionamentos válidos sob análise esmiuçada.

Embora o enfoque deste trabalho, fora o de analisar a constitucionalidade do instituto do juiz das garantias face ao juiz natural, nos limites abordados deste princípio, não esgotando o tema, muito mais deve ser abordado, vez que se propõe em analisar face aos princípios

quando da decisão, também monocrática, do Ministro Luiz Fux, quando este decidiu favoravelmente à concessão de medida liminar de suspensão dos efeitos de vigência da Lei questionada nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, tanto que o Min. Fux menciona o teor decisório da realizada pelo Min. Toffoli, *in verbis*: “Em 15.01.2020, o Ministro Presidente Dias Toffoli, no exercício do plantão judicial, concedeu parcialmente as medidas cautelares pleiteadas nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300. Eis o teor da parte dispositiva da decisão, *in verbis*: “[...] Conclusão: Pelo exposto, ante a urgência de análise liminar, tendo em vista a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 no dia 23 de janeiro de 2020 (art. 20 da lei), concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para: [...] (ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, *caput*, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão; [...]” Por sua vez, a ADI 6.305, ajuizada em 20.01.2020, foi distribuída a este relator por prevenção e restou conclusa para a Vice-Presidência na mesma data, nos termos do artigo 13, inciso VIII, e do artigo 14 do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal. (Grifo no original).” O inteiro teor da decisão pode ser encontrado no *site* do Supremo Tribunal Federal, identificado sob a ADI 6299.

constitucionais, porém ressalta-se que independente da conclusão analítica que se faça, restarão tantos outros questionamentos, todos válidos, principalmente por ser este instituto novo em nossa discussão acadêmica, principalmente sob a roupagem prática, ao que tudo indica demorará (se é que será posta) em prática, dada a decisão do Ministro Luiz Fux, conforme já dito em determinar por prazo indeterminado a suspensão da implementação deste instituto.

Face ao postulado como entendimento do que vem a ser o juiz natural, o juiz das garantias não o viola, diretamente, mas por consequência de má aplicação o poderá, não só este princípio amplamente tratado, como outros, mais suscintamente abordados neste tópico.

Impera, todavia, antes abordar quanto a razão matriz do intuito na criação do instituto. Entendido é por este artigo como *ratio legis* o de garantir a imparcialidade do magistrado julgador, princípio analisado neste trabalho acadêmico, porém passando adiante com a análise de outros princípios afetados por este instituto quanto a sua implementação prática.

2.1.1 Ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e a interferência/ingerência na questão orçamentária dos estados federados.

Como dito no tópico anterior houve por ocasião de duas decisões de dois Ministros do STF o adiamento da implementação do juiz das garantias.

A primeira decisão do Ministro Dias Toffoli adiou em 180 (cento e oitenta) dias a implementação do juiz das garantias, ao passo que a decisão do Ministro Luiz Fux adiou sem um prazo determinado a aplicabilidade, ou melhor, adiou até o julgamento final da ADI 6305.

Tais decisões ampliaram o prazo de 30 dias estabelecido pelo art. 20 da Lei 13.964/19, a contar da publicação oficial.

Assim se procedeu por reconhecimento de ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade da alteração legislativa, na medida em que causaria um impacto grandioso na autonomia e gestão administrativa e financeira do Poder Judiciário³.

³ Nesse sentido argumentaram aqueles que impetraram com as medidas jurisdicionais de declaração de inconstitucionalidade quanto a existência de *periculum in mora* como apresenta em sua decisão o Ministro Luiz Fux, cf. segue transcrito: “No tocante ao *periculum in mora*, os autores das quatro ações sustentam que a lei entrará em vigor em prazo exíguo, de modo que o Poder Judiciário e o Ministério Público serão incapazes de promover, em tempo hábil, as necessárias reformas estruturais a fim de atender às novas exigências legais. Assim, ter-se-ia uma situação de completa insegurança jurídica e instabilidade institucional. (Grifo no original).” O inteiro teor da decisão pode ser

Quanto a razoabilidade o art. 8º da Lei Complementar 95/1998 prescreve “art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão” (BRASIL, 1998).

Pondera-se não só o amplo conhecimento, mas pela também possibilidade em implementar tal instituto em país continental como o Brasil, trinta dias de vacância são insuficientes para a implementação adequada deste instituto jurídico.

Pode-se assim afirmar ao ter a informação de que aproximadamente 20% (vinte por cento) das comarcas do país são constituídas por varas únicas, assim aponta notícia veiculada pelo Conselho Nacional de Justiça, “com apenas um juiz, sem substituto por mais de 60 dias” (HERCULANO, 2020) evidente que a imprescindibilidade de dois juízes por vara exigida pelo juiz das garantias implica, em medidas que importarão em maiores gastos ao Judiciário e aos estados federados. O citado aponta:

Os dados apontam também que apenas 19% das unidades judiciárias estaduais funcionaram durante o ano de 2018 com apenas um juiz, sem substituto por mais de 60 dias; enquanto nas varas únicas da Justiça Federal essa situação ocorre em 18% dos casos. O cálculo foi feito levando em consideração o número de dias que cada magistrado trabalhou nas unidades judiciárias. Foram contabilizadas as audiências realizadas e as sentenças proferidas por eles, independentemente do período que os magistrados atuaram, sejam eles de forma simultânea ou não, dentro da mesma vara. Foram descontados os períodos de atividade inferiores a 60 dias a fim de evitar o cômputo das substituições automáticas que ocorrem em razão de férias.

O Conselho Nacional de Justiça, informa ainda mais detalhadamente esta questão no Relatório dos Dados Estatísticos de Estrutura e Localização das Unidades Judiciárias com Competência Criminal, (TOFFOLI, 2020, p. 8) ao apresentar a Tabela 1 – Número de unidades judiciárias, é possível ter uma noção mais detalhada sobre a questão, porém fica evidente, que cada esfera do judiciário e dos estados federados terão que dispender de seu orçamento no cumprimento desta lei. Cita-se tabela:

encontrado no *site* do Supremo Tribunal Federal sob a ADI 6299.

Tabela 1 - Número de unidades judiciárias

Segmento de Justiça	Juízo Único	Criminal Exclusiva	Criminal Cumulativa	Não Criminal	Total
Justiça Estadual	1.920 (19%)	1.360 (14%)	1.620 (16%)	5.146 (51%)	10.046
Justiça Federal	196 (20%)	33 (3%)	198 (20%)	566 (57%)	993
Total Geral	2.116 (19%)	1.393 (13%)	1.818 (16%)	5.712 (52%)	11.039

Fonte: CNJ / DPJ. Módulo de Produtividade Mensal. Elaboração própria.

Visível a afetação em alguma medida na gestão financeira do Poder Judiciário, causando, portanto, violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade da alteração legislativa, incumbindo a entes em prazo restrito a implementação de instituto em um país continental, pois, com a adoção do juiz de garantias passa a ser imprescindível a existência de no mínimo 02 (dois) magistrados por comarca, um para fase investigatória, outro para fase processual, porém dada a ausência de parâmetros e dados não é possível aferir valores na implementação deste instituto, onde, por lógica, a primeira medida seria a realização de novos concursos públicos para magistrados, fato que onerará ainda mais o orçamentos dos estados-membros, sendo que ao final, tudo recairá nas costas do contribuinte, algo inadmissível diante da recessão financeira que assola não somente o Brasil, mas o globo em geral.

2.1.2 Violação do pacto federativo

A Constituição Federal de 1988 outorga ao pacto federativo o *status* de *cláusula pétreia* ao dispô-lo no rol do §4º do art. 60 que:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Importa ainda destacar que o Pacto Federativo é princípio do Estado brasileiro, ou seja, fundamental para todo o sistema jurídico pátrio, por prescrever o art. 1º da Constituição Federal que o Brasil, enquanto país, é constituído por uma união “indissolúvel de Estados e Municípios e do Distrito Federal”. Esta previsão legal torna indispensável para a

continuidade do Estado e sua manutenção a federação, estabelece, portanto, o princípio da indissolubilidade da federação.

Pontua-se, para fins de elucidação, constituir pacto federativo a descentralização do poder do governo federal, erigindo *status* de igualdade entre todos os membros (União, estados e municípios e Distrito Federal), sendo todos autônomos entre si (art. 18, CF).

Há três níveis de poder, federal, estadual e municipal, todos autônomos e possuidores de capacidade de auto-organização e regramentos próprios, governo e administração também próprios. E, ao prescrever o art. 1º da Constituição Federal e estabelecer a Magna Carta tais disposições, implica que a interpretação das normas jurídicas deve ser feita em observância ao respeito da organização erigida, não colocando em hipótese alguma em risco a coexistência harmoniosa e solidária dos entes federados (AWAZU, 2012, p.79).

Há, desse modo, igualdade jurídica entre os membros da federação todos iguais e autônomos, sendo constitucionalmente capazes, na sua esfera de competência, escolher o destino de seus recursos financeiros, Roque Carrazza prescreve quanto a temática (CARRAZZA, 2019, p. 127):

Muitas vezes, norma federal contém mandamento “obrigando” os Estados a agirem de uma dada maneira, sobre determinado assunto. A ingerência, aí, é clara e configura, em nossa opinião, uma inconstitucionalidade irremissível. Os Estados, ainda que a Constituição lhes atribua uma tarefa, é que devem decidir quando e como desempenhá-la.

Ante este entendimento de ponto basilar para o sistema jurídico brasileiro, faz-se oportuno esclarecer constituir a legislação sobre a organização judiciária aos estados-membros elemento integrante da autonomia destes entes federados, isto dada a disposição legal do artigo 125, §1º da Constituição Federal:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§1º - A competência dos tribunais será definida da Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

O texto constitucional estabelece autonomia aos entes federados quanto a legislação de seus tribunais, compreendendo, portanto, aspecto da autonomia legislativa de cada ente da federação. Constituí elemento da

federação, logo acobertado pelo pacto federativo está, assim o sendo, as consequências jurídicas por sua violação são aplicáveis.

Quando a Lei nº 13.964/19 traz a previsão de que nas comarcas de vara única deverão os Tribunais instituir sistema de rodízio de magistrados, tudo para atender as disposições do juiz das garantias (art. 3º - D, parágrafo único da Lei nº 13.964/19) viola o pacto federativo, *cláusula pétrea* e fundamental para o Estado brasileiro e todos seus entes federados.

Cita-se o teor do dispositivo legal:

Art. 3º - D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo. Parágrafo único: Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

Este dispositivo é violador do pacto federativo, pois a disposição legal em comento estabelece determinação de como os tribunais estaduais e do Distrito Federal deverão se organizar, restringindo abertamente a capacidade e autonomia outorgada pela Constituição Federal para os entes estaduais da federação, sem autonomia não há que se falar em federação, desse modo viola *cláusula pétrea* o parágrafo único do art. 3º - D da Lei nº 13.964/19.

Pelo que se denota, colocar em prática o juiz de garantias é algo impraticável dentro da sistemática de funcionamento do Poder Judiciário em nosso País, dentro das limitações impostas pelo seu tamanho continental, pela criação de despesas aos entes federativos, sem descrever de onde sairá este custeio, além de outros acima mencionados.

CONCLUSÃO

Ao longo das páginas deste trabalho foi debatido o princípio do juiz natural e dois princípios dele decorrentes, foi feito também análise do juiz das garantias e as aplicações práticas deste instituto na forma que se apresenta, para desse modo ter uma análise constitucional de sua origem e implementação prática, tudo para saber se viola alguma diretriz constitucional analisada.

Diante do entendimento dos princípios trazidos à baila e tendo análise da *ratio legis* do instituto analisado fica evidente que o Juiz das Garantias visa à proteção da imparcialidade da pessoa julgadora face aos fatores externos que podem objetivamente afetar seu julgamento.

É a imparcialidade do magistrado elemento dos mais caros para o Direito, por sê-lo o fiel da balança julgadora, sem a presença de um terceiro pré-concebido para julgar que seja totalmente imparcial rompe-se não só com o princípio do juiz natural, como também com outro princípio do direito que é do devido processo legal.

Por desejar-se proteger a imparcialidade do magistrado que se criou a figura do juiz das garantias, pois parte-se do pressuposto de que a participação na tomada de decisões da fase investigativa corrompe o magistrado em seu juízo, tornando-o parcial (ainda que não em absoluto) para qualquer um dos polos (acusatório ou defensor), diante deste pressuposto, violador do princípio da imparcialidade, entende-se por bem a criação deste instituto, visando a garantia e da proteção da imparcialidade do magistrado.

Inegável haver razão na lógica argumentativa. Porém, há que se ponderar que talvez não afete a imparcialidade e sim a neutralidade do magistrado, todavia, não tendo este trabalho acadêmico se debruçado devidamente sobre esta questão não fará juízo sobre o tema, pondera, contudo, que o juiz das garantias não viola o juiz natural, apenas soma à imparcialidade do juiz e cria nova figura julgadora, em nada entende-se violar direitos e garantias fundamentais, ao contrário soma-se.

Deve-se, entretanto, admitir que viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, assim como o pacto federativo na forma analisada por este artigo científico.

A violação dos dois primeiros princípios dá-se pelo tempo inábil em implementar instituto que afeta direitos, reconhecidamente fundamentais, pois, em havendo vigência desse instituto sem a devida implementação ocorrerá de afetar-se em demasiado o direito em ter-se um juiz mais imparcial do que o anterior à nova legislação, violando-se desse modo o princípio do juiz natural e da imparcialidade.

Não se violaria apenas os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mas, por má aplicação, o próprio juiz natural. Por esse fator é louvável a medida do Ministro do STF, mediante o Ministro Luiz Fux, em adiar a vigência da Lei quanto ao juiz das garantias, ofertando tempo hábil para a estruturação do judiciário para que possa proceder com a devida implementação deste instituto jurídico.

Quanto ao pacto federativo o juiz das garantias, enquanto instituto, ao prescrever no parágrafo único do art. 3º-D da lei instituidora determinação aos demais entes da federação como devem organizar seus

tribunais, viola, como mencionado, o pacto federativo e a regra acobertada por ele, a da autonomia de organização judiciária estabelecida pelo §1º do art. 125 da Magna Carta brasileira.

O juiz das garantias viola preceitos, *ipso facto*, na forma de implementar, por ausência de estrutura do Poder Judiciário em aplicar devidamente este novo instituto, em interferência, ao juiz natural, ao orçamento dos estados federados, onde por essa razão viola os princípios evocados sendo desta forma acertada a decisão do Ministro Luiz Fux em postergar por tempo indeterminado a aplicabilidade deste instituto.

Diante destes aspectos, entende-se como inconstitucional a aplicação do juiz das garantias, face a sua aplicabilidade na forma prevista na lei, pelas violações analisadas, porém não diretamente face ao juiz natural, quanto a este é constitucional, na medida analisada.

REFERÊNCIAS

ARAS, V. **Os prós e contras do juiz de garantias**. JOTA, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-pros-e-contras-do-juiz-de-garantias-14022020>. Acesso em: 14 fev. 2020.

AWAZU, L. A. F. **A importância da sustentabilidade do pacto federativo no Brasil e sua relação com o desenvolvimento nacional**. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082013-133748/publico/dissertação_luisawazu_versaoparcial.pdf. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 de fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 de dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299 Distrito Federal.** Ministro Luiz Fux, publicação DJE 03 de fevereiro de 2020, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>. Acesso em: 4 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ajuíza ação contra juiz de garantias. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 21 jan. 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435151&ori=1>. Acesso em: 22 jan. 2020.

CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional Tributário, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 99/2017.** São Paulo: Malheiros, 32. ed., 2019.

COUTINHO, J. N. M. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro.** Revista de Estudos Criminais, São Paulo, v.1, p. 26-51, ago, 2001.

FURTADO, M. N. **O Julgamento Colegiado de Juízes Instituído pela Lei 12.694/12 e o Princípio do Juiz Natural.** Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-02-2014/4-Natalia-Moura-Furtado.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

GODOY, M. G. Solução ou confusão? A decisão de Toffoli sobre a lei do juiz das garantias. **JOTA**, 22 jan. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/solucao-ou-confusao-a-decisao-de-toffoli-sobre-a-lei-do-juiz-das-garantias-22012020>. Acesso em 22 jan. 2020.

HERCULANO, L. C. **Juiz das garantias não é juiz para proteger criminoso, diz Toffoli.** Agência CNJ de Notícias, 03 de janeiro de 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/juiz-das-garantias-nao-e-juiz-para-proteger-criminoso-diz-toffoli/>. Acesso em: 25 jan. 2020.

KARAM, M. L. **Competência no processo penal.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, T. C. Q. **O Juiz de Instrução e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Inquérito criminal.** Universidade de Coimbra, julho/2017.

LOPES JR, A. **Curso de Direito Processual Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCON, A. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2004.

PORTANOVA, R. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RISSATO, F. A. **Juiz de garantias e o devido processo penal**. JOTA, 2020. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/juiz-de-garantias-e-o-devido-processo-penal-17012020. Acesso em: 20 jan. 2020.

TOFFOLI, D. **Dados Estatísticos de Estrutura e Localização das Unidades Judiciárias com Competência Criminal**. Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciarias-com-competencia-criminal_2020_01-09.pdf. Acesso em: 25 jan. 2020.

TOURINHO FILHO, F. C. **Processo penal**. 25. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIVAS, F.; D'AGOSTINO, R. Toffoli adia aplicação do juiz de garantias por 180 dias. **G1**, Brasília, 15 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/15/toffoli-suspende-aplicacao-do-juiz-de-garantias-por-180-dias.ghtml>. Acesso em: 22 jan. 2020.