

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX, RELATOR DA AÇÃO  
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 6.298/DF<sup>1</sup>**

*“Em tempos em que a América Latina é cobiçada por facções autoritárias, levar a sério a imparcialidade judicial se torna uma das mais ingentes tarefas em prol de nossa (já combatida) Democracia. Afinal de contas, a imparcialidade é a garantia fundamental de que os juízes não deturparão o conteúdo impessoal da lei – aprovada em assembleia por representantes eleitos democraticamente pelo povo – para beneficiarem a si, a uma causa político-social ou à parte no processo que tenha merecido o seu abjeto apadrinhamento (ainda que ajam aqui com propósitos altruísticos). Logo, a imparcialidade não é tão apenas um prius necessário a que as partes sejam tratadas equitativamente [escopo micro-processual; imparcialidade como direito das partes e dever do juiz]; tampouco se limita a ser o halo de proteção do juiz contra pressões externas [escopo médio-institucional; imparcialidade como prerrogativa do juiz]; é também o freio inibitório a que o Judiciário não invada atribuições legislativas e administrativas [escopo macro-constitucional; imparcialidade como pressuposto institucional da separação de poderes]. Não por outro motivo, a primeira vítima de todo ativismo judicial é a salutar equidistância, detratada com adjetivos como “anêmica”, “omissa”, “inerte” e “socialmente indiferente”. Daí por que a elaboração de projetos de melhoria dos sistemas de resguardo de imparcialidade do julgador – respaldados nas mais atuais conquistas científicas – deve ser uma das preocupações fulcrais de todo e qualquer designer jurídico-institucional comprometido com os valores democráticos. Deve ser, enfim, uma engenharia de manutenção e constante aperfeiçoamento.” (Eduardo José da Fonseca Costa)<sup>2</sup>*

**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL – ABDPro**, associação civil de direito privado, com duração indeterminada, sem fins lucrativos e de âmbito nacional, inscrita no CNPJ sob o nº 24.833.489/0001-40, com sede na Rua Maestro Ignácio Stabile, nº 699, Alto da Boa Vista, Ribeirão Preto, SP, CEP nº 14025-640, neste ato representado por seu Presidente, vem, respeitosamente, nos autos da AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI n. 6.298/DF, promovida pela **ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB** e **ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL – AJUFE**, ambas devidamente qualificadas, apresentar sua **MANIFESTAÇÃO NA CONDIÇÃO DE AMICUS CURIAE** (CPC/2015, arts. 138 e 1.038, I c/c RISTJ, 256-J), anteriormente já autorizada no feito, articulando, para tanto, os fundamentos que se seguem.

<sup>1</sup> A presente peça foi elaborada por um grupo instituído pela Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro, integrado pelos seguintes processualistas: Diego Crevelin de Sousa, Júlio Cesar Rossi, Lúcio Delfino e William Gale Dietrich.

<sup>2</sup> FONSECA COSTA, Eduardo Jose da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018. pp. 23-24.

## **1. SÍNTESE DA ADI 6.298 E A POSIÇÃO DA ABDPRO**

1.1 As autoras suscitam a inconstitucionalidade da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, cujo objetivo foi *aperfeiçoar a legislação penal e processual penal*.

1.2 Basicamente a ADI traz *oito* teses principais (encadeadas na *petição inicial* e no *aditivo*, este último protocolizado quase na sequência do primeiro), as quais se entrelaçam e conferem ao todo a ideia de homogeneidade. São elas, ponto por ponto:

- O legislador federal “criou a figura” do “Juiz das Garantias” mediante alteração no art. 3º do Código de Processo Penal (acresceram-no os arts. 3-A a 3-F), o que foi feito a partir da instituição de *normas gerais* e *normas de procedimento* em matéria processual, em desatenção ao que prevê o §1º do art. 24 da Constituição de 1988. Ou seja, há inconstitucionalidade formal porque a lei impugnada dispôs sobre regras de procedimento processual (“normas da fase pré-processual do inquérito”), não obstante a competência da União, em tal circunstância, limite-se ao estabelecimento de normas gerais (*competência concorrente* entre União, Estados e Distrito Federal);
- A criação legislativa da “figura” do “Juiz das Garantias” exige *iniciativa privativa* dos tribunais, pois é indispensável a alteração das leis de organização judiciária (CF/88, art. 96, I, “a” e “d” e III, “d”);
- Por ser impossível “dar execução à Lei do Juiz das Garantias sem provocar aumento de despesas”, a lei atacada é afrontosa ao §1º do art. 169 da Constituição Federal, bem assim à Resolução 184 do Conselho Nacional de Justiça (= exigência de submissão ao CNJ de anteprojeto de lei destinados a criar cargos ou órgãos do Poder Judiciário);
- A criação do “Juiz das Garantias” atenta contra o *princípio do juízo natural* (CF/88, art. 5º, LIII), que impõe seja a jurisdição una e indivisível. Afinal, “em primeiro grau, há apenas um juiz natural criminal (estadual ou federal)”;
- A lei atacada restringe-se à criação do “Juiz das Garantias” em primeira instância, sendo omissa naquilo que respeita aos inquéritos e às ações penais que devem tramitar nos tribunais, o que ofende o princípio da igualdade (CF/88, art. 5º);
- A *interpretação conforme* à Constituição é necessária para impedir a aplicação retroativa da lei atacada;
- Uma vez que a eficácia da lei atacada depende da edição de “normas suplementares” (“norma geral de eficácia contida”), são inconstitucionais quaisquer interpretações que se deem aos arts. 3-A a 3-F para lhes conferir eficácia imediata; e

- O exíguo prazo de *vacatio legis* da lei impugnada é desproporcional.

1.3 A Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro sustenta a *constitucionalidade* da lei atacada no que se refere à instituição do modelo do “Juiz das Garantias”, ainda que seja necessário algum esforço interpretativo direcionado ao esclarecimento de inconsistências redacionais.

1.3.1 Mais importante: defende a posição de que o novo arranjo conferido à persecução penal é imprescindível (e já vem com bastante atraso!) para aproximar o Código de Processo Penal ao modelo acusatório consagrado pela Constituição de 1988,<sup>3</sup> sem contar que valoriza e robustece a *imparcialidade judicial*, assegurada implícita e explicitamente em muitos diplomais nacionais e internacionais, a exemplo da própria Carta Constitucional, da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.<sup>4</sup>

1.4 O alarde que tem surgido, *sobretudo nas redes sociais*, não se revela factível na medida em que é desprovido de qualquer comprovação técnico-científica, coadjuvado por um trabalho midiático pouco ou quase nada comprometido com a substância do tema, que somente fez acender manifestações rasas, intuitivas e até mal-intencionadas, fruto de uma mentalidade incivilizada até hoje radicada na realidade cultural da sociedade brasileira.

---

<sup>3</sup> Segundo Marcello Miller, o “juiz das garantias, instituído pela Lei 13.964/2019 (...), representa enorme e evidente avanço civilizatório no processo penal brasileiro. Com efeito, a cisão da competência funcional para a etapa pré-processual e de admissibilidade da acusação e para a fase de instrução e julgamento vigora (...) na vasta maioria dos países ocidentais. Com arranjos procedimentais e institucionais variados, tanto países mais desenvolvidos, como França, Itália e Alemanha, quanto países de menor desenvolvimento, como Colômbia e Chile, adotam essa cisão.” (MILLER, Marcello. Juiz das garantias é avanço e pode fortalecer cultura de imparcialidade. *Revista Consultor Jurídico*. 27/12/2019. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/marcello-miller-juiz-garantias-fortalece-cultura-imparcialidade>>. Acessado: 29/01/2020).

<sup>4</sup> Como mostra Eduardo José da Fonseca Costa, “a imparcialidade do juiz tem sido alçada por diversos textos constitucionais à categoria de direito fundamental [plano interno] e garantida por tratados de direitos humanos [plano internacional]: Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LIV); Código de Ética da Magistratura Nacional (arts. 1º e 8º); Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (art. 8º, 1); Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (mais conhecida como “Convenção Europeia dos Direitos Humanos”) (art. 6.1); Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. X); Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 14); Princípios de Bangalore de Conduta Judicial (Valor 2).” (FONSECA COSTA, Eduardo Jose da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 22).

1.5 Toda a narrativa trazida pela petição inicial será enfrentada em *seis* subtópicos, para se arrematar, ao final, com *dois* itens endereçados (i) à justificação do novo modelo procedimental penal e (ii) à defesa do §5º do art. 157 do Código de Processo Penal (impossibilidade de o juiz que teve contato com a prova ilícita participar do julgamento), ambos oriundos da Lei 13.964/99.

## **2. AUSÊNCIA DE NOVO ÓRGÃO, CLASSE, VARA E OU INSTÂNCIA**

2.1 Ao longo de toda a petição inicial lê-se que a Lei 13.964/2019 teria *criado* uma *classe* própria de juiz, ou ainda um novo *cargo* da magistratura, uma nova *vara* e até mesmo uma nova *instância interna* “dentro do primeiro grau”. Aí está, sem dúvida, a *viga mestra* que sustenta praticamente todas as teses desenvolvidas pelas autoras.

2.2 Acontece, porém, que a premissa é falsa! Não se criou novo órgão, classe, cargo e ou vara judiciais. Tampouco uma nova “instância interna foi instituída dentro do primeiro grau”, ou seja, não se tem espécie de segundo órgão judicial hierarquicamente competente para reexaminar os atos decisórios até então prolatados.

2.2.1 O ponto central aqui é compreender analiticamente o que faz com que algo seja novo. O novo, por definição, requer a constituição de elementos que antes não existiam. Para que a lei tivesse de fato criado um *novo* cargo da magistratura, ou uma *nova* instancia, necessariamente teria que ter trazido uma função e um cargo absolutamente novos. O juiz de garantias, para ser novo, deveria ter como atribuição àquilo que nenhum outro juiz já o tivesse. **Pelo contrário: a figura do juiz de garantias apenas segrega atividades já existentes** (nada inovadoras, portanto). *Mutatis mutandis*, a função do juiz de garantias não diverge em nada, na *sua natureza*, com aquela do juiz que substitui o magistrado impedido ou suspeito durante o processo. Em ambos os casos – atuação do juiz de garantias e do juiz que substitui o impedido ou suspeito – não há um *novo* juiz, mas, sim, uma função

segregada que tem como única e suficiente justificativa aquilo que é mais caro a qualquer jurisdicionado: a imparcialidade do órgão julgante.<sup>5</sup>

2.2.2 Realmente, a lei impugnada prevê que as decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, este último que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar, no prazo de dez dias, a necessidade das medidas cautelares em curso (art. 3º-C, §2º). *Entretanto, não se pode enxergar nessa previsão a instituição de uma nova instância revisional superior.* Aliás, essa regra era dispensável, pois o Código de Processo Penal autoriza expressamente o juiz, *ex officio* ou a pedido das partes, a revogar medida cautelar ou substituí-la quando verificar falta de motivo que justifique a sua subsistência (CPP, art. 282, §5º). A bússola é sempre a *utilidade*: desaparecendo ou transformando-se o *estado de fato* que embasou o deferimento da cautela, a lei impõe, *independentemente de provocação*, a revisão do decidido, seja pelo juiz de garantias, seja pelo juiz da instrução.<sup>6</sup>

2.3 Que fique claro: com o propósito de preservar a garantia da imparcialidade judicial, a lei impugnada segregou (= desvinculou, separou, repartiu, desassociou, dissociou) as atribuições dos juízes atuantes nas fases da persecução penal, sobretudo trazendo à baila regra que *impede* o julgador atuante no

---

<sup>5</sup> A doutrina mais atenta tem seguido nessa direção: AGNELO, Tiago; CREPALDI, Thiago. Com juiz das garantias, Brasil se aproxima dos países mais desenvolvidos. Entrevista: Paulo Gustavo Guedes Fontes. *Consultor Jurídico*. 19/01/2020. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-19/entrevista-paulo-fontes-desembargador-trf>>. Acessado: 21/01/2020; MOREIRA, Rômulo de Andrade. Quem tem medo do juiz das garantias. *Empório do Direito*. 31/12/2019. Disponível: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/quem-tem-medo-do-juiz-das-garantias>>. Acessado: 04/12/2019; COSTA, Marcos da. Juiz das Garantias: um grande avanço civilizatório. *Consultor Jurídico*. 27/12/2019. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/opiniao-juiz-garantias-grande-avanco-civilizatorio?imprimir=1>>. Acessado: 03/01/2020.

<sup>6</sup> É análogo o entendimento de Eugênio Pacelli: “É claro que o juiz do processo não poderia ficar adstrito às decisões do juiz da investigação. Não porque sejam pessoas diferentes, mas porque são fases absolutamente distintas e o mesmo juiz sempre pôde, desde muito tempo, rever seus atos, quanto à necessidade da respetiva manutenção ou mesmo de sua invalidação.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Juiz das garantias: muito barulho por nem tanto. *Revista Consultor Jurídico*. 28/12/2019. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-28/eugenio-pacelli-juiz-garantias-barulho-nem-tanto>>. Acessado: 30/01/2020).

procedimento investigativo de exercer jurisdição depois de recebida a queixa ou denúncia.<sup>7</sup>

2.3.1 Aqui não se pode concordar – diga-se desde já – com a r. decisão proferida pelo ilustre relator, Min. Luiz Fux, em sede de cognição sumária. O que fez foi subestimar as contribuições oriundas das ciências comportamentais (*behavioral sciences*) para deduzir, *de modo equivocado*, que o novo arranjo procedimental pode implicar acirramento da morosidade do Judiciário e incentivo à impunidade<sup>8</sup>. É

---

<sup>7</sup> “Art. 3º-B. 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.”

<sup>8</sup> Aqui pedimos *vênia* para discordar profundamente da assunção do voto deste Relator, de que “a instituição do juiz das garantias, combinada com a morosidade atual de muitos juízos criminais do país em virtude do assolamento de processos, pode fornecer também incentivos à impunidade ou, ao menos, prejudicar a duração razoável do processo”. A assunção é pautada em um estudo de Pery Francisco Assis Shikida, que apresenta alguns pontos bastantes obscuros e controversos. O texto destaca que “em pesquisa feita por Nickel (2019), tivemos a oportunidade de perguntar a equação de Becker para uma amostra representativa de apenados (por crimes econômicos) para uma determinada Vara Federal” para sustentar que criminosos “de crimes lucrativos são racionais e sua utilidade pode ser expressa como payoff esperado pela realização de uma atividade ilícita vezes a probabilidade de não ser preso, menos o custo de execução e planejamento do crime, custo de oportunidade, valor esperado da punição no caso de ser preso e a perda moral proveniente da execução do crime. Se o benefício líquido for positivo, o crime será cometido”. Embora o texto não informe algumas questões elementares – fonte da pesquisa (indicou apenas o sobrenome do autor); qual a vara federal? quais os crimes analisados? O que é “quantidade representativa”? –, é até intuitivo que criminosos de crimes lucrativos são racionais. O que não aparenta ser racional, por outro lado, é fazer uma ligação de causa e efeito desse fato (criminosos de crimes lucrativos são racionais) com a instituição do juiz de garantias sem nenhuma informação de fato e uma avalanche de assunções sem nenhum apoio empírico. Peguemos apenas um parágrafo para exemplificar. Diz o autor que: “[...] com o custo de transação que Juiz de ‘Garantias’ incentiva, além de gerar desconfiança institucional, vai afetar, para pior, sobretudo uma variável que deveria figurar entre os maiores temores quando um delinquente realiza uma atividade ilegal, qual seja, a intensidade da pena”. Ora, com base em qual dado de fato o autor assume o custo de transação? E o que significa “desconfiança institucional”, como ela foi medida e prevista (veja-se que aqui não é nem caso de um fato sendo observado; é um vaticínio sobre algo que acontecerá, ou seja, o juiz de garantias vai gerar, porque é certo, “desconfiança institucional”)? Com base em qual dado concreto se inferiu que o juiz de garantias impactará significativamente na intensidade da pena? Veja-se, assim, que o autor pega uma pesquisa concreta que destaca a racionalidade de criminosos que atuam em áreas lucrativas e deduz uma série de proposições e vaticínios (!), sem dados de fato específicos do ponto abordado, para a questão do juiz de garantias. Na verdade, a conclusão do autor sobre o juiz de garantias apela ao mais puro *wishful thinking* e, das premissas extraídas do estudo sobre “crimes lucrativos e racionalidade”, simplesmente não se seguem logicamente as conclusões propostas. Trata-se de um compilado de *non sequiturs*. A validade científica do texto é próxima de zero.

a fórmula de sempre, cujos resultados transfiguram a imparcialidade num “cordeiro no altar sacrificial do gerencialismo processual, que faz do juiz um manager, do procedimento um lego, da informalidade um método, da rapidez um lema, da produtividade uma meta, da causa um número e da parte um CPF”.<sup>9</sup> Com a devida vênia, o raciocínio correto segue rumo inverso pelo simples motivo de que sem imparcialidade não é sequer possível falar em prestação de serviço jurisdicional legítimo e adequado.

2.3.2 Mais: a r. decisão contradiz uma de suas premissas ao ressaltar que “não se pode inferir (...) que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução”. Ora, para o relator, no pórtico de sua r. decisão, “não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado”, e sim apenas e tão-somente “afirmar o que é constitucional ou inconstitucional, invariavelmente sob a perspectiva da Carta de 1988”, assim fazendo a partir de um “olhar objetivo, cirúrgico e institucional, que requer do juiz minimalismo interpretativo, não se admitindo inovações argumentativas que possam confundir as figuras do legislador e do julgador”. Indo ao ponto: não compete ao Supremo Tribunal Federal, e *muito menos a um ministro isoladamente*, especular sobre o acerto ou não da opção política do legislador, devendo restringir sua análise aquilo que realmente importa, sob pena de contrariar o princípio da separação de poderes.

2.4 Prossiga-se para afirmar o seguinte: o *nomen iuris* que se queira dar pouco importa. É puro preciosismo, sendo até ingenuidade enxergar o gravíssimo vício da inconstitucionalidade com base em algo tão pueril. Aliás, nem a própria Lei 13.964/2019 apegou-se a isso, tanto que ora se refere ao “juiz da fase de investigação”, ora ao “juiz das garantias”, assim querendo aludir àquele “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal”. O fundamental é que a lei atacada essencialmente obsta que o juiz atuante em dado procedimento investigatório funcione nas ações penais dele oriundas. Em linguagem simples, trata-

---

<sup>9</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. Contaminação psicológica por prova inadmissível (CPP, art. 157, §5º). *Empório do Direito*. 03/02/2020. Disponível: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/47-contaminacao-psicologica-por-prova-inadmissivel-cpp-art-157-5>>. Acessado: 04/02/2020.

se de mera “redistribuição de serviço”.<sup>10</sup> Isso permite perceber, inclusive, que tudo pode ser processado perante a mesma unidade judiciária, isto é, tanto a fase de investigação quanto a fase processual *stricto sensu* podem ser realizadas numa mesma vara, apenas o juiz que atuar naquela fica impedido de atuar nesta. Nada mais.

2.5 *Um parêntese necessário.* As autoras questionam, em sua *petição aditiva*, a *regra de impedimento* (art. 3º-D) prescrita pela lei impugnada. Seu ponto de vista: i) embora vetada pelo Presidente da República a norma que proibia a realização da *audiência de custódia* por vídeo conferência, não se pode esquecer que o Conselho Nacional de Justiça determina que toda pessoa presa em flagrante delito seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente (Resolução n. 213/2005); ii) em comarcas onde funcionam um único juiz, o magistrado que realizar as audiências de custódia estará, por consequência, se fazendo impedido para o julgamento de futuras ações penais.<sup>11</sup>

2.5.1 Em primeiro lugar, não se tem nisso qualquer vício de inconstitucionalidade, de modo que o argumento é descabido em uma ação

---

<sup>10</sup> Assim se posicionou Paulo Gustavo Guedes Fontes: “Quanto ao argumento dos gastos, que tem sido muito ventilado, também entendo que não procede. Não precisa contratar novos juizes, essa é uma mera especialização das funções, uma questão de distribuição de competência. Pode ser feito com juizes que já existem. Então, por exemplo, em uma cidade como São Paulo, podemos pensar que basta um juiz das garantias para todos os juizes federais criminais que atuam no primeiro grau. Como? Se especializa por um ato do tribunal. Por exemplo, tal vara vai exercer as funções de juiz das garantias do art. 3º-B do Código de Processo Penal. Então, o Ministério Público vai se dirigir àquele juiz, que irá adquirir uma expertise no contato com esses órgãos, Coaf, Receita, MP, Banco Central. Ele se tornará um juiz mais especializado nisso. Ao final da investigação, se ele receber a denúncia, encaminha para distribuição entre as demais varas. Podem dizer que com a medida teremos menos juizes julgando. Mas, por outro lado, os que não estão sendo juizes da instrução vão ter menos trabalho, porque não vão estudar pedido de interceptação telefônica, de sigilo, de prisão, não irão receber as denúncias, etc. É uma redistribuição do serviço.” (AGNELO, Tiago; CREPALDI, Thiago. Com juiz das garantias, Brasil se aproxima dos países mais desenvolvidos. Entrevista: Paulo Gustavo Guedes Fontes. *Consultor Jurídico*. 19/01/2020. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-19/entrevista-paulo-fontes-desembargador-trf>>. Acessado: 21/01/2020).

<sup>11</sup> É atribuição do juiz das garantias “receber o auto de prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão” (CPP, art. 3º-B, II). Após recebê-lo, deverá promover, no prazo máximo de até 24 horas depois de realizada a prisão, a *audiência de custódia*, cabendo-lhe então: i) relaxar a prisão ilegal; ou ii) converter a prisão em preventiva, se presentes os requisitos e se acaso revelarem-se inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou iii) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (CPP, art. 310, I, II e III).



declaratória de inconstitucionalidade.<sup>12</sup> Além disso, afirme-se o óbvio: os modelos legais criados por alguns estados, que também distinguem os juízes atuantes na fase do inquérito e no *processo-crime* (a exemplo de São Paulo), serão obrigatoriamente submetidos, por iniciativa legislativa dos tribunais respectivos, a ajustes capazes de aproximá-los da Lei 13.964/2019 – de igual modo, cumprirá ao Conselho Nacional de Justiça rever a sua anacrônica resolução. E se os ajustes não forem possíveis, os modelos pretéritos cederão lugar ao arranjo novidadeiro.

2.6 Para fechar o tópico: diante do *equivoco de base* demonstrado, simplesmente caem por terra as demais teses que as autoras desenvolveram a fim de transformar a lei atacada em letra morta por *supostas* inconstitucionalidades. É o que se verificará adiante.

### **3. COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS PRIVATIVA E CONCORRENTE**

3.1 Reza a Constituição de 1988 que compete *privativamente* à União legislar, entre outros temas, sobre direitos civil, comercial, penal, *processual*, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (CF/88, art. 22, I). Mais adiante, estabelece que União, Estados e Distrito Federal têm competência *concorrente* para legislar sobre *procedimentos em matéria processual* (CF/88, art. 24, XI). O constituinte, por fim, prescreve que a competência da União, *no âmbito da legislação concorrente*, se limitará a estabelecer *normas gerais* (CF/88, art. 24, §1º).

3.2 Com assento nos dispositivos acima, as autoras alavancaram uma de suas teses:

---

<sup>12</sup> Nesse rumo, Eugênio Pacelli de Oliveira esclarece que “a regra de impedimento, que constitui uma ampliação das garantias processuais individuais, ainda que sejam indemonstráveis os receios quanto à perda de imparcialidade, pode ser criticada unicamente quanto à sua pertinência, mas jamais quanto à respetiva validade. É válida a opção legislativa. Pode-se não concordar com ela e até julgá-la contraproducente aos interesses da persecução, a despeito de que uma tal argumentação dependerá de uma série de circunstâncias estranhas à norma. Mas é norma válida e deve ser cumprida, ainda que com os ajustes hermenêuticos dogmáticamente possíveis e justificados.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Juiz das garantias: muito barulho por nem tanto. *Revista Consultor Jurídico*. 28/12/2019. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-28/eugenio-pacelli-juiz-garantias-barulho-nem-tanto>>. Acessado: 30/01/2020).

“Importa dizer (...) a patente inconstitucionalidade formal da lei impugnada, porque ela contempla ao mesmo tempo “normas gerais”, ao criar o “Juiz das Garantias”, e normas de “procedimento em matéria processual”, ao dispor sobre a vedação de iniciativa do juiz na fase de investigação (3-A), sua competência (3-B), enumerando os atos que deverá praticar, sobre a extensão da competência (3-C), sobre o impedimento do juiz que participar da investigação para funcionar no processo (3-D), sobre a forma de designação para exercer a função (3-E) e sobre seus deveres (3-F). Não observou o legislador a regra do §1º do art. 24 da CF, no sentido de que no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. Tratou, também, da matéria que não de processo penal, mas sim de procedimento processual, uma vez que dispôs de normas da fase pré-processual do inquérito, cuja competência legislativa é concorrente da União com os Estados (CF, art. 24, XI).”

3.3 Confira-se, em primeiro lugar, um esboço da destacada lição de **Marcelo Pichioli da Silveira** e **Diego Crevelin de Sousa**, que ajuda a compreender o tormentoso tema das *competências legislativas*:

**i)** *processo* não é (= ontologia) nem tem por fim (= teleologia) ser ferramenta ou instrumento da jurisdição – é, isto sim, instituição garantística contrajurisdicional de liberdade das partes;

**ii)** há *jurisdição* (= instituição constitucional de poder), há *processo* (= instituição constitucional de garantia contrapoder) e há *procedimento* (= corporificação prática do processo);

**iii)** de um lado, o fim da *jurisdição* (= atividade ou poder estatal) é a solução imparcial dos casos conflituosos, ao passo que, de outro, o *processo* (= devido processo legal ou conjunto de garantias contra poder instituído em favor do cidadão contra eventuais abusos e desvios praticados pela autoridade judicial) tem por escopo *garantir* que tal desiderato ocorra sem ilicitudes, excessos ou abusos do Estado-juiz (= contenção do poder para a tutela das liberdades, dado invariável do constitucionalismo);

**iv)** têm-se duas disciplinas distintas, vale dizer, a chamada *processualística*, dedicada ao estudo do programa normativo constitucional (CF/88 e diplomas que compõem o bloco de constitucionalidade), e a *procedimentalística*, cujo objeto de estudo é o programa normativo infraconstitucional (Código de Processo Civil, Código de Processo Penal, etc.);

v) a *processualística* interfere na *procedimentalística*, pois esta última somente pode desenvolver-se em atenção à primeira, ou seja, é por ela influenciada e condicionada (= relação “corpo-alma”);

vi) se o processo representa um *conjunto de garantias contrapoder* (expressas e implícitas; CF/88, art. 5º, §2º), ele é também um direito de defesa/resistência (*Abwehrrecht*) do indivíduo frente ao Estado<sup>13</sup> e apenas o *constituente derivado* tem competência para legislar sobre ele, criando e ou impondo modificações nos limites previstos constitucionalmente;

vii) a competência para legislar sobre determinadas matérias, *que se revestem também de natureza procedimental*, são na verdade *privativas* da União, isto é, no fundo impõem espécies de microgarantias cuja finalidade é *conter* excessos e abusos que podem, em tese, ser perpetrados pela autoridade judiciária (exemplos: a *petição inicial* é microgarantia por impedir o juiz de satisfazer direito litigioso sem provocação formal pelo titular; a *contestação* é microgarantia por impedir o juiz de satisfazer direito litigioso sem antes ouvir e ser influenciado pelo réu; o *recurso* é microgarantia por viabilizar a correção de decisões equivocadas) – por isso não pode um Estado federado legislar, de maneira inédita, sobre petição inicial, contestação e ou recursos (criação de novo recurso, por exemplo), pois embora sejam matérias revestidas de uma *capa de procedimentalidade*, o que fazem é impor microgarantias cujo fito é concretizar a garantia contrajurisdicional do processo (= devido processo legal);

viii) *apesar do linguajar utilizado pelo constituinte*, o inciso XI do art. 24 não institui competência para União, Estados e Distrito Federal legislarem *concorrentemente* sobre procedimento – procedimentos *corporificam* o conjunto de garantias contrajurisdicionais que conferem substância ao processo, sendo impensável que cidadãos tenham mais ou menos microgarantias processuais apenas porque residentes em tal ou qual Estado;

---

<sup>13</sup> DALLA BARBA, Rafael Giorgio. Se o processo é uma garantia de liberdade, ele é um direito de defesa. *Empório do Direito*. 02/01/2019. Disponível: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/46-se-o-processo-e-uma-garantia-de-liberdade-ele-e-um-direito-de-defesa>>. Acessado: 06/02/2020.

**ix)** a única explicação para a coexistência lógica entre arts. 22, I, e 24, XI, ambos da CF/88, é terem por objeto normas de natureza distinta;

**x)** a União tem competência *privativa* para legislar sobre direito procedimental (= procedimento), enquanto União, Estados e Distrito Federal possuem competência *concorrente* para legislar sobre regras que *corporificam* a atividade jurisdicional, isto é, sobre o modo de se manifestar da burocracia judiciária (= definição das rotinas cartorárias, local de paginação de folhas, quantidade de páginas de cada volume, etc.).<sup>14</sup>

3.4 Como já anotado, a lei impugnada não criou novo *cargo* (*figura, instância* ou seja lá o que for) de juiz. Ateve-se, sobretudo, a *distinguir* as funções dos juízes atuantes na investigação criminal (em atendimento a pedidos da Polícia e do Ministério Público) e no processo-crime (a partir do recebimento da denúncia ou queixa), criando, na verdade, uma regra com natureza de impedimento. Metodologia procedimental simples, *que somada a essa regra de impedimento*, tem por finalidade *higienizar* a persecução penal brasileira de resquícios inquisitoriais que nela insistem em permanecer desde tempos idos.<sup>15</sup>

3.5 Trata-se, enfim, de uma normatividade destinada a *corporificar* o devido processo legal (= alma), com isso fazendo eco ao mandamento da Constituição que claramente instituiu no Brasil um sistema procedimental-jurisdicional de molde acusatório.

3.5.1 Mais especificamente, o desígnio foi a suplementação da *imparcialidade judicial*, que assegura a todo e qualquer cidadão o direito a julgamentos por juízes e tribunais equidistantes em relação às partes e desinteressados psicologicamente da causa, e que atuem em deferência à cláusula da separação dos poderes. Trocando

---

<sup>14</sup> SILVEIRA, Marcelo Pichioli; SOUSA, Diego Crevelin de. Entre alma e corpo: o que diz o garantismo processual sobre as competências legislativas dos arts. 22, I, e 24, XI, CRFB. *Empório do Direito*. 02/01/2019. Disponível: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-65-entre-alma-e-corpo-o-que-diz-o-garantismo-processual-sobre-as-competencias-legislativas-dos-arts-22-i-e-24-xi-crfb>>. Acessado: 06/01/2020.

<sup>15</sup> *Sobre os riscos de quebra da imparcialidade judicial acarretados pela regra da identidade física do juiz, consultar:* CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. O “princípio” da identidade física do juiz e a garantia arquifundamental da imparcialidade. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 27, n. 107, pp. 227-240, jul./set. 2019.

em miúdos: embora procedimental em sua roupagem, a lei impugnada positivou microgarantias processuais-constitucionais cujos escopos direcionam-se a sanear detritos autoritários da persecução penal.

3.6 Cabia mesmo à União legislar sobre essas matérias porque atinentes a temas *substancialmente* processuais, a exemplo do que fez em relação ao ainda recente Código de Processo Civil de 2015, um corpo de normas procedimentais que tem por mira, à *míngua de uma e outra inconstitucionalidade*, justamente concretizar as garantias fundamentais que dão contorno e conteúdo ao devido processo legal. E, até onde se sabe, ninguém até hoje se dignou a lançar semelhantes argumentos para defender a inconstitucionalidade formal do referido diploma legal.

3.7 Por fim, nem se queira negar a legitimidade de reformas legais que avalizam o impacto das garantias fundamentais processuais em ambas as fases da persecução penal. Seria no mínimo anacrônico – *para não dizer absurdo* – insistir em encarar o *procedimento investigatório* como se fosse “terra de ninguém”, impermeabilizado às conquistas civilizatórias de *contenção do poder estatal*, ou seja, um resquício de rusticidade brutal onde ao acusado nega-se o *status* de sujeito de direitos. Não à toa funcionará ali, *como bem explicitado na lei atacada*, uma autoridade judicial cujo papel é sobretudo controlar a legalidade da investigação criminal e salvaguardar direitos individuais do investigado.

#### **4. SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE POR DESRESPEITO A INICIATIVA PRIVATIVA DOS TRIBUNAIS**

4.1 As associações autoras afirmam que a “criação e instituição do Juiz das Garantias” pressuporia “lei de iniciativa dos tribunais (CF/88, art. 96, I, “a” e “d”, e II, “d”) para promover a alteração das leis de organização judiciária respectivas e a criação de cargos.”

4.2 *As autoras têm razão em um único e específico aspecto.* Veja-se, nesse rumo, o que reza a lei impugnada: “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” (art. 3º-D, parágrafo único).

4.3 O tom impositivo da regra impede que se lhe atribua sentido de mera *recomendação legislativa*. Não podia o Congresso Nacional *exigir* a criação de um “sistema de rodízios de magistrados”, pois compete *privativamente* ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça a iniciativa de lei sobre **(i)** a alteração do número de membros dos tribunais inferiores, **(ii)** a criação e extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhe forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, **(iii)** a criação ou extinção dos tribunais inferiores, **(iv)** a *alteração da organização e da divisão judiciárias* (CF/88, art. 96, II c/c art. 125, §1º).<sup>16</sup>

4.4 Excetuado isso, não há atentado contra a Constituição. Afinal – recapitule-se -, a lei impugnada não criou um novo órgão, classe, cargo, vara ou instância, isso sim matéria de competência privativa dos respectivos tribunais, mas apenas uma *regra de impedimento*, matéria de competência legislativa da União. Na verdade, o dispositivo cria uma hipótese de *incompatibilidade de funções*, tal qual aquela vertida no art. 144, II, CPC, segundo a qual é impedido o juiz “que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão”. Ora, assim como está impedido de julgar em segunda instância o julgador que prolatou a decisão em primeira instância, doravante está impedido de atuar na fase processual o juiz que atuou na fase de inquérito. E tanto quanto aquele dispositivo do CPC é constitucional – e não se tem notícia de que alguém defenda o contrário –, o que instituiu o juiz de garantias também o é.

4.5 Havendo a necessidade de regras mais específicas (e elas de fato serão necessárias!) para ditar o funcionamento de órgãos jurisdicionais (= burocracia judiciária), e até dedicadas à criação de varas judiciárias especializadas, cada qual dos tribunais locais deverá empreender esforços próprios para alterar suas respectivas *leis de organização e divisão judiciárias*. E se daí originar aumento de despesas,

---

<sup>16</sup> Ao tratar sobre a previsão de substituição por rodízio, Eugênio Pacelli ensina: [À] Lei cabe apenas fixar a regra do impedimento e não a forma pela qual se dará a substituição do juiz impedido. Nesse ponto, parece-nos presente invasão de matéria reservada à organização judiciária de cada Poder Judiciário. Estamos no campo da invalidade, pois.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Juiz das garantias: muito barulho por nem tanto. Revista Consultor Jurídico. 28/12/2019. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-28/eugenio-pacelli-juiz-garantias-barulho-nem-tanto>>. Acessado: 31/01/2020).

certamente que os anteprojatos de lei serão antes submetidos ao Conselho Nacional de Justiça, em atenção à Resolução 184.<sup>17</sup>

4.6 Por fim, o que foi aqui trabalhado demonstra a inconsistência de outra preocupação apontada na petição inicial: o risco de uma interpretação que atribua à lei atacada eficácia imediata. Ainda que o prazo de *vacatio legis* seja mesmo exíguo, a verdade é que a implementação da lei impugnada dependerá de alterações legislativas a serem empreendidas, conforme o caso, pela União, Estados e Distrito Federal. Aliás, é o que ela própria indica ao impor que o juiz das garantias “será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando-se critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal” (Lei 13.964/2019, art. 3º-E).

4.6.1 Como se vê, enquanto as normas de organização judiciária não definirem os critérios objetivos que governarão a implementação do juiz de garantias, não haverá *incompatibilidade de funções* entre a atuação na fase de inquérito e na fase processual. Ao fim e ao cabo, o juiz de garantias só será exigível a partir do momento em que devidamente regulamentado no âmbito de cada tribunal, sendo manifesta a falta de interesse-necessidade do pedido liminar e, *data maxima*

---

<sup>17</sup> Para Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter “não podem ser mais desprezíveis as críticas a sua implementação [a implementação do sistema do “Juiz das Garantias”] fundadas em demandas estruturais-orçamentárias, como se pudesse se tolerar uma prestação jurisdicional deficiente por falta de recursos do Estado. Ora, ter uma jurisdição imparcial (por mais redundante que seja a expressão) é pressuposto para se ter Estado de Direito. E no Brasil, aliás, é estrito cumprimento da ordem constitucional, que já vigora há mais de 20 anos. Sem falar que a “falta”, sendo constitutiva, sempre existirá, não podendo servir de fundamento para se justificar a omissão do Estado no seu *dever* de estruturar-se para atender à realidade posta. Ademais, não se pode mais tolerar como “normal” ou “anormal” o funcionamento do sistema de administração de justiça. E, os próprios argumentos de insuficiência estrutural também são frágeis, pois existem formas de contornar-se o problema. Há diversas sugestões para a implantação do novo instituto sem maiores investimentos, do que são exemplos a regionalização do juiz das garantias (de modo que um único juiz garante atenda um grupo de comarcas próximas); a implantação do inquérito online ou pelo sistema de processo eletrônico; a distribuição cruzada quando houver um juiz criminal e um cível; sua concretização progressiva, no sentido capital-interior (iniciando nas entrâncias finais até se chegar às iniciais, que contam com um só juiz), de forma semelhante ao que foi feito no Chile, quando implementado o novo CPP chileno (lá na direção inversa, interior-capital); enfim, soluções existem, basta um mínimo de vontade para levá-las adiante.” (JR., Aury Lopes; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Duc In Actum Cadernos de Direito*, Recife, v. 8, n. 16, pp. 55-91, set.-dez. 2016).

venia, das decisões dos Ministros Dias Tóffoli e Luiz Fux, que prorrogaram a *vacatio legis* e suspenderam *sine die* a entrada em vigor da lei em tema, respectivamente.

## **5. RESPEITO AO PRINCÍPIO DO JUÍZO NATURAL**

5.1 Não faz sentido, ademais, a afirmativa de que a Lei 13.964/2019 violaria o *princípio do juízo natural*.<sup>18</sup> Absolutamente nenhuma norma constitucional permite atingir a conclusão pretendida pelas autoras.

5.3 Ora, é de se perquirir em que aspecto a lei impugnada malferiu o princípio do juízo natural, albergado nos incisos XXXVII (“não haverá juízo ou tribunal de exceção”) e LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”) do art. 5º da Constituição Federal. É inegável que até hoje, *em primeira instância de jurisdição*, ambas as fases da persecução criminal seguem perante um único órgão judicial, mas não há nisso qualquer entrave para o legislador.

5.4 Em outros termos: o ordenamento constitucional não impõe a concentração de atos decisórios em *um* único e específico *juízo* (= varas) na instância primária (nem a performance de um único e específico *juiz*), e mesmo se assim fosse, a verdade é que a lei impugnada – insista-se no ponto – não chegou sequer a criar duas varas ou órgãos (e tampouco uma nova figura de *juiz*), e sim apenas instituiu regra que *impede* o magistrado atuante na fase pré-processual de praticar a jurisdição após o recebimento da denúncia ou queixa.

---

<sup>18</sup> Confira-se a lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias: “A doutrina concebe o princípio do juízo natural (ou juiz natural, como alguns preferem) com o significado de órgão jurisdicional competente predeterminado ou preestabelecido em lei, contrapondo-se ao juízo de exceção, este expressamente proibido no texto constitucional. Logo, o princípio do juízo natural é a antítese do juízo pós-constituído ou juízo de exceção, porque, em face de seu enunciado, o órgão estatal competente para o exercício da jurisdição tem de ser instituído, determinado e delimitado sob critérios gerais fixados previamente no ordenamento jurídico e jamais posteriormente a certas contingências ou a casos particulares ou a situações específicas que despertem a atenção do Estado. Entende-se por juízo e tribunal de exceção aqueles órgãos jurisdicionais criados ou designados, sob deliberação legislativa ou por ato arbitrário do governante, pouco importa, com o objetivo de julgarem casos específicos, tenham ou não ocorrido, segundo critérios subliminares convenientes ao Estado ou aos seus governantes.” (CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 159).



5.5 A Constituição nem mesmo foi arranhada, pois competem ainda aos juízes federais (CF/88, art. 109) e estaduais (CF/88, art. 125 e 126) o processamento e julgamento dos crimes que ela e outras legislações preveem. É irrelevante se funcionarão ali, na persecução penal, um, dois ou três juízes (ou se haverá especialização de juízos) pelo simples fato de inexistir regra constitucional que imponha limite de tal natureza.

5.6 E, por certo, *até por imposição do princípio do juízo natural*, o novo modelo implantado pela Lei 13.964/2019, *que depende ainda de reforço legislativo (leis de organização judiciária da União, Estados e Distrito Federal)*, somente terá aplicação a casos e situações surgidas após a sua perfeita estruturação.

## **6. A SUPOSTA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

6.1 Lê-se na petição inicial que a Lei 13.964/2019 não teria previsto a criação do Juiz das Garantias no âmbito dos tribunais, uma vez que o rito dos inquéritos e das ações penais está disciplinado, para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, nos arts. 1º a 5º da Lei 8.038/90, cuja eficácia foi estendida, por força da Lei 8.038/90, aos tribunais de justiça e tribunais regionais federais. Ou seja, em dadas situações se aplicará o novo modelo, em outras o modelo pretérito, o que ofenderia o princípio da igualdade.

6.2 Nada há, porém, na lei impugnada permitindo a ilação de que a sua eficácia não atingirá o âmbito dos tribunais. Reitere-se: o que fez o legislador foi tão-somente segregar as funções dos juízes da persecução penal, impedindo o julgador que funcionou no procedimento investigatório de exercer jurisdição no processo-crime dele decorrente.

6.3 Caberá agora a cada qual dos tribunais adotar a iniciativa de alterar suas leis de organização judiciária a fim de adaptá-las aos novos ditames do Código de Processo Penal, estruturando o sistema jurisdicional criminal quer na seara da primeira instância, quer em âmbito superior.<sup>19</sup> Tudo em perfeita e acabada harmonia

---

<sup>19</sup> Conquanto não veja ofensa da lei impugnada ao princípio da igualdade, Marcello Miller adota posicionamento diverso acerca do ponto: “Questão relevante é a relativa ao funcionamento do juiz

com o previsto no art. 96, II, “d”, da Constituição de 1988 (“*Compete privativamente ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo (...) a alteração da organização e da divisão judiciárias*”). E, vale lembrar: em atenção ao que também dispõe a própria Lei 13.964/2019 (“*Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal*”).

## **7. RECEIO DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA NOVA LEI**

7.1 Entendem as autoras que o 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*”) da lei impugnada, por permitir sentidos variados, exige *interpretação conforme à Constituição* a fim de evitar lesão à regra da irretroatividade da lei.

7.2 Também aqui o alarde não encontra sustentação na ordem jurídica objetiva. Não se pode duvidar que a opção do constituinte, como regra geral do sistema normativo, foi pela garantia fundamental da não-retroatividade da lei. Veja-se, nesse rumo, que a Constituição de 1988 prescreve, de modo expreso, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (CF/88, art. 5º, XXXVI) – em idêntica linha, o art. 6º da Lei de Introdução das Normas do

---

das garantias nos tribunais. O vetor de desate dessa questão pode estar no art. 13 da Lei 13.694/2019, que, ao possibilitar a criação de varas criminais colegiadas para processo e julgamento de certos crimes, confere a elas competência para todos os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal e da execução da pena. Há, aí, exceção legal à competência do juiz das garantias. O motivo dessa exceção é o escopo de proteção dos magistrados contra ameaças e retaliações por meio da coletivização da responsabilidade decisória. Mas o que possibilita, sem problemas de coerência, excepcionalizar o juiz das garantias nas varas criminais colegiadas é, justamente, a própria colegialidade, que constitui, ela própria, mecanismo de reforço da imparcialidade, uma vez que propicia o escrutínio recíproco dos membros do colegiado e torna menos provável o comprometimento psicológico e intelectual de todos eles ao mesmo tempo com teses que tenham prevalecido na fase pré-processual.” (MILLER, Marcello. Juiz das garantias é avanço e pode fortalecer cultura de imparcialidade. *Revista Consultor Jurídico*. 27/12/2019. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/marcello-miller-juiz-garantias-fortalece-cultura-imparcialidade>>. Acessado: 29/01/2020).

Direito Brasileiro (“A lei terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”).

7.3 Por se tratar de regramento de ordem constitucional, é aplicável *imperativamente* a todos os ramos do direito, a todas as espécies de enunciados normativos (leis, decretos, resoluções, portarias, etc.), e a todas as esferas do poder público (federal, estadual e municipal).<sup>20</sup> A retroatividade da lei está proibida quando implicar prejuízo ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, *sendo admitida unicamente nas hipóteses previstas no texto constitucional*. Trata-se, sem dúvida, de uma conquista do mundo moderno contra a tirania de outrora.

7.4 De modo específico, a irretroatividade implica o seguinte: i) os fatos jurídicos ocorridos e já consumados no passado não se regem pela lei nova que entra em vigor, mas continuam valorados segundo a lei do seu tempo, *sempre respeitados e preservados os efeitos deles já produzidos e aqueles ainda a serem produzidos*; ii) a lei nova se aplicará aos fatos jurídicos presentes e aos efeitos deles provenientes (*tempus regit actum*); iii) a lei nova se aplicará aos fatos jurídicos pretéritos (e aos seus efeitos futuros), originados sob a égide e o império da lei precedente por ela revogada *mas ainda não consumados*, isto é, *que se encontrarem em estado de transição*; iv) a retroatividade da lei nova somente é permitida nas hipóteses expressamente autorizadas pela Constituição de 1988.

7.5 A lição de **Caio Mario Pereira** é insuperável:

“Costuma-se dizer que as leis de ordem pública são retroativas. Há uma distorção de princípio nesta afirmativa. Quando a regra da não-retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, o legislador, que tem o poder de votar leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação, e, portanto, tem a liberdade de estatuir o efeito retro-operante para a norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual. Mas, quando o princípio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da Constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública. A tese contrária encontra-se defendida por

---

<sup>20</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins, 1973. v. 2. p. 155.

escritores franceses ou italianos, precisamente porque, naqueles sistemas jurídicos, o princípio da irretroatividade é dirigido ao juiz e não ao legislador.”<sup>21</sup>

7.6 Como se vê, o citado inciso XXXVI do art. 5º atua em *mão dupla de direção*, de um lado protegendo o indivíduo contra o *poder estatal legislativo*, de outro protegendo-o contra o *poder estatal jurisdicional*. Por isso traduz-se também em *garantia contrajurisdicional* – afinal de contas, ampara o cidadão-jurisdicionado contra anormalidades de quando em vez perpetradas por autoridades judiciais.

7.7 Para concluir, a parcela da lei impugnada que instituiu o sistema do “Juiz das Garantias” não traz qualquer risco de atentado à regra da irretroatividade por duas razões: i) a sua eficácia depende de regulamentação posterior cuja iniciativa cabe aos estados, ao Distrito Federal e à União; e ii) não possui natureza de direito penal – é lei de cunho *procedimental*.<sup>22</sup>

## **8. O BENFAZEJO MODELO “JUIZ DE GARANTIAS” – APORTE TEÓRICO EM DEFESA DA GARANTIA DA IMPARCIALIDADE JUDICIAL**

8.1 Conquanto historicamente a estrutura legislativa *procedimental penal* esteja marcada por movimentos pendulares, isto é, tem vacilado entre *eficiência repressiva* e *proteção do acusado*, hoje já se atingiu o consenso de que os dois aspectos não se contrapõem, um não subsistindo em face do outro, mas, sim possuindo natureza complementar.<sup>23</sup>

8.2 Não é mesmo aceitável que se estabeleçam mecanismos estatais de atuação do poder punitivo em desdém às técnicas dedicadas à tutela do indivíduo contra excessos e abusividades praticados pela autoridade judicial. É uma conclusão, de resto, nada menos que inequívoca quando se busca encarar o *processo* em sua

---

<sup>21</sup> PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 155.

<sup>22</sup> É bem verdade que a Constituição admite a retro-operância da lei *penal* nova quando benéfica ao réu (= exceção ao princípio da irretroatividade; CF/88, art. XL). Mas isso em nada se relaciona com a lei impugnada por uma singela e óbvia razão: detém ela natureza de direito *procedimental* e não de direito *penal*.

<sup>23</sup> SCARANCA, Antonio Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. 6a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 19.

*substantividade garantística*,<sup>24</sup> a partir dos contornos e conteúdos ditados pela Constituição de 1988, à qual inequivocamente optou pelo *sistema acusatório*, ainda não implantado em sua plenitude no Brasil.

8.5 Pois não obstante a *mensagem normativa* ressoada da Constituição, o que se tem no país, em termos de *pauta normativa procedimental imposta pelo Código de Processo Penal*, é um *sistema misto*, mais adequadamente denominado – *até para que não se oculte seu motor vital* – de *sistema inquisitório reformado*.<sup>25</sup>

8.6 Como é sabido, a *fase pré-processual* da persecução penal, de *natureza investigatória*, detém outrossim uma *função garantística*, justamente por prevenir a deflagração de ações penais sem o mínimo de embasamento em relação à *materialidade e autoria* do crime. Mas isso desde que essa etapa procedimental esteja alinhada aos influxos das garantias processuais contrajurisdicionais, que ali devem atuar com alguma intensidade, haja vista que medidas investigativas têm potencial para impingir sofrimento ao acusado, prejudicando-o em sua dignidade e flexibilizando seus direitos fundamentais, não raro até privando-o da liberdade. E, dentre as aludidas garantias, já era mesmo hora de o legislador mirar os olhos para a *imparcialidade judicial*, cuja relevância contrasta-se com o estado de debilidade legislativa que a caracteriza em terras brasileiras.

8.7 Aliás, não é exagero afirmar que o mau trato legislativo dispensado à garantia da imparcialidade judicial, *que por conseguinte faz naturalizar uma prática judiciária permeada de detritos inquisitoriais*, sempre foi o *calcanhar de Aquiles* da persecução penal. E, em especial, quando da passagem do procedimento investigativo para o processo-crime, este instaurado a partir do recebimento da denúncia ou queixa, o modelo até aqui em vigor, *a despeito do alerta incisivo feito*

---

<sup>24</sup> NAVARRETE, Antonio María Lorca. El derecho procesal como sistema de garantías. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XXXVI, n. 107, mayo-agosto de 2003, pp. 531-557.

<sup>25</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37. Ary Lopes Jr. segue idêntico entendimento, de modo que para “fugir da maquiagem conceitual” e “não induzir ninguém a erro”, prefere afirmar que “o modelo misto brasileiro é (neo)inquisitório”. (JR., Ary Lopes. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.104). De sua vez, Ferrajoli, ainda mais penetrante, refere-se ao sistema misto como “um monstro nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitivo”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 521-522).

por setores da doutrina, não demonstra preocupações em manter incólume a equidistância entre julgador e partes, tampouco em assegurar ao primeiro algum anteparo contra as ilusões cognitivas que têm a propensão de distorcer a tomada de decisões dos indivíduos em geral.

8.8 Mais que garantia fundamental das partes, a imparcialidade é *caráter essencial* da função jurisdicional,<sup>26</sup> sua *característica marcante*, qualidade que aparece inseparável da própria ideia de juiz;<sup>27</sup> sem ela, aliás, não há sequer como se falar em jurisdição.<sup>28</sup> E, naturalmente, estar-se-á a se referir ao conceito em seu sentido amplíssimo, a significar, num primeiro momento, “imparcialidade” (= imparcialidade psicológica, imparcialidade subjetiva ou anímica, imparcialidade propriamente dita, “não se interessar pela causa”, “não tomar partido por quem quer que seja”) e, em outro, “terceiridade” (imparcialidade funcional, imparcialidade objetiva, *imparcialidade*, alienidade, alteridade, alheação, “não atuar como parte”, “manter-se equidistante”), sem esquecer que é também anteparo a inibir julgadores para que não invadam atribuições legislativas e administrativas (“escopo macro-constitucional”; imparcialidade como pressuposto institucional da separação de poderes”).<sup>29</sup>

8.9 Em estudo seminal, intitulado **“Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia”**, inspirado em estratégias algorítmicas fundadas nas mais recentes descobertas obtidas pela *Behavioral Law & Economics* (nova disciplina resultante da fusão entre Direito, Psicologia Cognitiva e Economia Comportamental), o jurista e

---

<sup>26</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juízo natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo – RePro*, 29. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. p. 11-33.

<sup>27</sup> CALDERÓN, Gonzalo M. Armienta. *Teoría general del proceso: principios, instituciones y categorías procesales*. 2ª. ed. México: Editorail Porrúa, 2006. p. 142.

<sup>28</sup> Nas palavras de Fábio Agne Fayet e Roberta Eggert, a estrita observância à imparcialidade judicial é o “princípio basilar da função jurisdicional” (FAYET, Fábio Agne; POLL, Roberta Eggert. Ânimo persecutório do magistrado: a quebra do dever de imparcialidade e sucessivas decisões contrárias ao direito à prova defensiva. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, pp. 645-667, mai./ago. 2018). Sobre o tema, sugere, ainda, a consulta do excelente artigo de Rosemiro Pereira Leal: LEAL, Rosemiro Pereira. Fundamentos democráticos da imparcialidade judicial no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, pp. 271-274, jan./mar. 2016.

<sup>29</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 21 a 24.

juiz federal, **Eduardo José da Fonseca Costa**, constatou que, no país, “os sistemas vigentes de processo civil, penal e administrativo não têm conseguido impedir quebras de imparcialidade subjetiva”; aliás, bem diferentemente, “as têm alimentado *à tort et à droit*”, ou seja, “fomentam-nas ao invés de evitá-las”, “[f]azem com que o juiz se torne tendencioso, inclinado e enviesado”, tudo se passando “como se o valor a ser protegido fosse a *parcialidade*, não o contrário”.<sup>30</sup> Trata-se de estudo profundo, que leva em conta aquilo que Andreas Heinemann chama de “virada comportamental”, cujo início se deu a partir das pesquisas empreendidas pelos psicólogos israelenses Daniel Kahneman e Amos Tversky.<sup>31</sup>

8.10 Segue-se um bosquejo das linhas mestras e propósitos atingidos por **Fonseca Costa**:

- i) adotou por premissa que “todo e qualquer tomador de decisão é provido de uma *racionalidade limitada* (que não se confunde propriamente com irracionalidade)”;
- ii) catalogou as principais *ilusões cognitivas* que acometem os julgadores – hoje são estudadas *dezenas delas*, entre as quais os vieses de representatividade, de ancoragem e ajustamento, de confirmação e de grupo – e as normas processuais mais adequadas à sua neutralização, mitigação ou eliminação;
- iii) ofereceu *de lege ferenda* um “modelo normativo algorítmico de reengenharia precaucional anti-enviesante” – inspirado precisamente nas recentes descobertas da *Behavioral Law & Economics*, “cada vez mais pujante em países anglo-saxões, Israel e Europa Ocidental” –, isto é, dedicou-se a um “trabalho de engenharia jurídica” pautado em técnicas capazes de “desfazer ou isolar os efeitos dos chamados vieses cognitivos, que nada mais são do que atalhos simplificadores – previsíveis e, portanto, evitáveis – que a mente humana desenvolve para tomar decisões a partir de informações complexas sob situação de incerteza”;

<sup>30</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018. pp. 15-30.

<sup>31</sup> FONSECA COSTA, Eduardo Jose da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018. pp. 15-30.

iv) o modelo ofertado é “aberto às novas descobertas que vierem porventura a ocorrer nessa matéria”, e ainda que se trate “de modelo *de lege ferenda*”, “a partir dele se podem tecer críticas de *lege lata* ao direito positivo brasileiro e demonstrar que muitas das práticas enviesantes corriqueiras no dia a dia forense já poderiam estar sendo combatidas”.<sup>32</sup>

8.11 No que importa aqui, *dois pontos* merecem especial destaque. Primeiramente, **Fonseca Costa** deixa evidenciado o quão frágil é a imparcialidade judicial, sempre sujeita a quebras porque alvo constante de propensões cognitivas às quais os juízes não estão sequer preparados para antever, perceber e imunizar-se. Como aponta o autor, é indispensável um trabalho devotado de reengenharia legislativa em socorro à proteção concentrada dessa garantia, com o oferecimento de receitas capazes de mostrar “*pari passu* o procedimento necessário a neutralização, à eliminação ou à mitigação de adulterações ou vieses cognitivos que podem comprometer a imparcialidade dos julgadores”.<sup>33</sup>

8.12 Em segundo lugar, a Lei do “Juiz das Garantias” representa apenas um passo entre tantos outros necessários para se atingir um sistema de justiça verdadeiramente acusatório, com enfoque no resguardo da imparcialidade judicial e, por consequência, apto para a tutela do acusado, tratando-o não como mero objeto de investigação, e sim como *sujeito de direitos*. Embora salutar a separação entre os juízes atuantes em ambas as fases da persecução penal, há muito mais a ser feito no plano legislativo (e não apenas nele, pois se exige também “estratégias de reforço extralegais”).

8.12.1 É o que se constata, enfim, pela leitura da magnífica tese, cujo esquema proposto, *que leva em consideração as leis procedimentais penal e civil*, traz como sugestões as seguintes prescrições legais (*de lege ferenda*):

i) “o juiz da instrução deve ser impedido de sentenciar”;

---

<sup>32</sup> FONSECA COSTA, Eduardo Jose da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018. pp. 15-30.

<sup>33</sup> FONSECA COSTA, Eduardo Jose da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 52.



- ii) “as regras que concretizam o princípio da identidade física devem ser revogadas”;
- iii) “o juiz que teve contato com a prova ilícita deve ser impedido de prosseguir no feito”;
- iv) “o juiz que apreciou o pedido de tutela sumária deve ser impedido de sentenciar”;
- v) “o juiz que proferiu a sentença de mérito nulificada deve ser impedido de rejulgar”;
- vi) “os juízes da decisão rescindenda/nulificanda devem ser impedidos de julgar a ação rescisória/nulificatória”;
- vii) “os juízes vencedores do acórdão unânime devem ser impedidos de participar do julgamento da revisão oficiosa a que alude o art. 942 do CPC-2015”;
- viii) “o relator que proferiu a decisão agravada deve ser impedido de participar do julgamento do agravo interno”;
- ix) “os juízes que proferiram o acórdão embargado devem ser impedidos de participar do julgamento dos embargos de divergência”;
- x) “a prova pericial deve ser a *ultima ratio*, devendo o juiz escorar-se preferencialmente em pareceres técnicos trazidos pelas próprias partes”.<sup>34</sup>
- xi) e, em complementação a tudo isso, não é descomedido ambicionar a instituição de um “Ministério Público de garantias”.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> FONSECA COSTA, Eduardo Jose da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018. pp. 199-204.

<sup>35</sup> É esse o pensamento de Fonseca Costa, que a partir da defesa de uma “teoria das garantias implícitas”, bem assim do dever do Ministério Público de zelar por sua imparcialidade, afirma a existência, entre outras, de uma “garantia do promotor natural” – “(...) para se interromper ou diminuir

8.13. Ainda que muito precise ser feito, a lei impugnada merece ser louvada porque aprimora o modelo de justiça criminal brasileira, e até aproxima-o do ideal propugnado por organismos internacionais – como a Corte Europeia de Direitos Humanos. Sem dúvida, a prática de determinados atos judiciais na fase investigatória da persecução penal, que sujeitam o julgador a uma análise atenta do material indiciário (por exemplo: decisões sobre requerimentos que coloquem em xeque a liberdade do acusado, ou atinentes a interceptação telefônica e quebras de sigilo bancário e fiscal, ou ainda sobre o deferimento ou não de medidas cautelares), faz surgir forte suspeita de que tenha ele formado prejuízos acerca da autoria e materialidade do crime, assim comprometendo a imparcialidade exigida para o legítimo desenrolar da atividade jurisdicional na fase vindoura.<sup>36</sup>

---

essa contaminação psíquico-cognitiva, recomenda-se, por exemplo, que o promotor pré-acionante não seja o promotor acionante, que entre eles haja uma divisão funcional de tarefas”: FONSECA COSTA, Eduardo José da. O fundamento do Ministério Público. *Empório do Direito*. 18/03/2019. Disponível: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/4-o-fundamento-do-ministerio-publico>>. Acessado: 21/01/2010. Em semelhante rumo, a lição de Paulo Gustavo Guedes Fontes: “Tem uma questão interessante embutida aí, que é a seguinte: o Ministério Público vai espelhar a mudança do juiz das garantias? O procurador ou promotor que atua na fase de investigação vai ser o mesmo do processo? É algo que envolve uma questão jurídica, principiológica. A mesma inspiração do juiz das garantias se aplica ao Ministério Público ou não? Se existem duas comarcas, e o procurador do local dos fatos vai atuar na fase judicial e de inquérito, então, sim, ele teria que deduzir pedidos perante a outra comarca. Mas o MP pode também instituir um “promotor de garantias”, que vai funcionar junto ao juiz de garantias. Se isso vai ser feito ou não, eu não sei dizer.” (AGNELO, Tiago; CREPALDI, Thiago. Com juiz das garantias, Brasil se aproxima dos países mais desenvolvidos. Entrevista: Paulo Gustavo Guedes Fontes. *Consultor Jurídico*. 19/01/2020. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-19/entrevista-paulo-fontes-desembargador-trf>>. Acessado: 21/01/2020).

<sup>36</sup> Assim se posiciona Alessandra Dias Garcia: “Justamente porque considerada uma função de salvaguarda dos direitos fundamentais do indivíduo, essa atividade desempenhada pelo juiz no curso da investigação preliminar requer dele precisão na análise dos elementos que justificam e autorizam a adoção de medidas restritivas desses direitos – que, de modo geral, consistem na verificação do *fumus comissi delicti*, que se caracteriza no processo penal pela verificação da presença de elementos indicadores de existência do crime e da autoria, bem como, em algumas hipóteses, do *periculum libertatis*. O exame do material colhido na investigação preliminar não pode, portanto limitar-se a uma mera formalidade. Cabe ao magistrado, no propósito de máximo resguardo dos direitos suscetíveis a eventual violação, a análise substancial e detida do material indiciário colhido na investigação, demandando verdadeira incursão nos seus autos e acarretando indiscutível envolvimento com os atos ali documentados. Considerada a imparcialidade do órgão julgador no seu aspecto objeto, (...) verificou-se o elevado risco de seu comprometimento quando do julgamento de mérito, exatamente em razão de sua anterior participação em atos da investigação criminal, por ocasião do exame da legitimidade da adoção de medidas que representam violação aos direitos fundamentais do investigado. Tal atuação, sem margens a dúvidas, cria no subjetivo do magistrado impressões preconcebidas incompatíveis com o distanciamento que deve orientar a sua atuação

## **9. PRESERVAÇÃO DA REGRA TRATADA NO ART. 157, §5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

9.1 A r. decisão, proferida em sede de cognição sumária pelo Min. Luiz Fux, suspendeu a eficácia da regra cujo teor determina que “[o] juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão” (CPP, art. 157, §5º). O fundamento utilizado: “a vagueza do preceito e as inúmeras dúvidas que ele suscita (...) colocam em dúvida sua constitucionalidade”, pois “uma das facetas do princípio da legalidade (...) é que as leis sejam editadas, tanto quanto possível e adequado, com precisão, de modo que sejam aptas a efetivamente orientar a ação individual.”

9.2 Primeiro, tal regra não padece de “ausência de clareza”, sendo apenas *generalizante*. Mais: se levada a ferro e fogo a conclusão decisória, parcela considerável do ordenamento jurídico brasileiro, *diante da vagueza dos muitos artigos de suas inúmeras leis*, pode sucumbir pelo vício da inconstitucionalidade. Ora, a decisão subestimou o papel da comunidade de intérpretes (doutrinadores e profissionais do direito) no esclarecimento dos sentidos possíveis das leis em vigor, sempre em respeito às particularidades que decorrem dos casos concretos, preferindo lançar sobre as costas do legislador a responsabilidade por um trabalho hercúleo de explicitação linguística nem sempre possível.

9.3 Não bastasse, o raciocínio empreendido desconsiderou uma garantia fundamental umbilicalmente conectada ao §5º do art. 157 do CPP, a saber: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos” (CF/88, art. 5º, LVI). Optou-se por escorar a resposta decisória na *duração razoável do processo*, tratando-a partir de um viés exclusivamente *gerencial* (o que é rotineiro, porém equivocado e pernicioso); e ainda pior: deixou-se de lado regra constitucional de igual índole, a qual repele, de modo explícito, o manejo de provas inadmissíveis na seara

---

durante toda a instrução criminal e a imparcialidade exigida na prestação da atividade jurisdicional penal. Além disso, essa atuação dual do juiz, invariavelmente, determina verdadeira presunção de culpa, transferindo à defesa o ônus de provar a inocência do acusado, em clara afronta ao princípio da presunção de inocência, que, por determinação constitucional, deveria orientar o juiz no curso de toda a causa. A participação na investigação, desse modo, vicia o juiz, tornando muito mais custosa a missão da defesa (...) no processo.” (GARCIA, Alessandra Dias. *O Juiz das Garantias e a Investigação Criminal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. p. 196).

procedimental-jurisdicional. Interpretou-se “por tiras”, isto é, desdenhou-se a sistematicidade do ordenamento jurídico para se atingir solução inaceitável sob o ponto de vista do devido processo legal.

9.4 Entretanto, o relevante neste momento é sublimar a importância da regra cuja eficácia foi objeto de suspensão cautelar, sobretudo porque direcionada ao reforço da imparcialidade judicial. Sobre a temática, o já citado **Eduardo José da Fonseca Costa** publicou, em data recente, estudo específico do qual alguns trechos merecem destaque:

“[A] exigência de imparcialidade judicial recebeu um reforço importantíssimo, embora tardio: a adição, pela Lei 13.964/2019, do inusitado § 5º ao artigo 157 do Código de Processo Penal. De acordo com o novo dispositivo legal, «o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão». É preciso dissecar com cautela a anatomia desse dispositivo, já que ele deflagra uma discreta revolução no modelo brasileiro de proteção à imparcialidade.”

“Há tempos se reclama no Brasil a edição dessa norma jurídica. Afinal de contas, não raro, o juiz que tem contato com uma prova inadmissível elucidativa a eficaciza discricionariamente ou, ainda que a defenestre dos autos, passa a perseguir o mesmo resultado prático da reinclusão mediante supervalorização das provas sub-incriminatórias remanescentes. Assim, deve-se excluir do processo o magistrado que se contaminou, visto que é sobre-humano exigir que ignore uma prova esclarecedora, posto que inadmissível. Trocando em miúdos, o juiz enviesado é isolado e substituído por outro não enviesado. Vários estudos empíricos mostram que: a) os juízes e os jurados têm dificuldade de ignorar a prova inadmissível, conquanto saibam que devam fazê-lo (GUTHRIE, Chris, RACHLINSKI, Jeffrey J. e WISTRICH, Andrew J. Inside the judicial mind. *Behavioral law and economics*. v. III. Coord. Jeffrey J. Rachlinski. Edward Edgar: Northampton, MA, 2009, p. 26 e ss.); b) ignorar confissão obtida ilicitamente é impossível (idem. Altering attention in adjudication. *UCLA Law Review*. v. 60. n. 1586, 2013, p. 1610); c) os jurados pouco se deixam influir pelas instruções para que ignorem provas inadmissíveis; na realidade, não raro, ocorre o chamado *backfire effect* [«efeito de tiro pela culatra»]: eles tendem ainda mais a se apoiar na informação inadmissível tão logo instruídos a ignorá-la (LIEBERMAN, Joel D. e ARNDT, Jamie. Understanding the limits of limiting instructions... *Psychology, Public Policy, and Law*. v. 6. n. 3, 2000, p. 677-711); d) a reação dos juízes profissionais experientes à prova inadmissível não difere da reação dos jurados leigos e inexperientes (LANDSMAN, Stephan e RAKOS, Richard F. A preliminary inquiry into the effect of potentially biasing information... *Behavioral Sciences & Law*. v. 12. n. 2, p. 113-126). Para um aprofundamento do tema, v., por exemplo: PEER, Eyal e GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review: The Journal of the American Judges Association*. v. 29. Issue 2.2019, p. 114-118; TEICHMAN, Doron e ZAMIR, Eyal. Judicial decision-making: a

behavioral perspective. *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. Coord. Elyal Zamir et al. New York, NY: Oxford University Press, 2014, p. 664-702.”

“Não sem embasamento científico-comportamental já se havia tentado no Brasil impedir a prolação de sentença por juiz que tenha tido contato com prova inadmissível. Idêntica norma jurídica já havia sido adicionada pela Lei 11.690/2008 como § 4º ao artigo 157 do Código de Processo Penal. Entretanto, o dispositivo legal foi vetado pelo então Presidente da República LUÍS INÁCIO LULA DA SILVA. (...).”

9.5 A regra está longe de ser perfeita. Veja-se, por exemplo, que se limita apenas a excluir o juiz *no momento da sentença*, esquecendo-se que ele, mesmo assim, poderá conduzir o procedimento *in favor accusationis*, vale dizer, “a força protetiva da norma é insuficiente”, já que “combate a contaminação do *modus iudicandi*, mas não a contaminação do *modus procedendi*”.<sup>37</sup> Entretanto, não se pode negar que a tal regra representa mais um rebento de luminosidade a trazer alguma esperança de sucesso no projeto de superação das bases inquisitórias que assentam a procedimentalidade penal brasileira.

## **10. FECHO**

10.1 Por tudo isso, o novo arranjo implementado pela Lei 13.964/99 é superior porque não se contenta com a mera separação procedimental entre *investigação* e *processo-crime*, indo além: **(i)** impede que o juiz atuante no primeiro módulo exerça atividade judicante também no segundo; **(ii)** veda a prolação de sentença por magistrado que conheceu do conteúdo da prova declarada inadmissível; e, finalmente, **(iii)** proíbe a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

10.2 São *técnicas de precaução*, dedicadas a evitar desordem entre as atividades de *acusar* e *decidir*, sem esquecer seu escopo fulcral de debelar o *ânimo persecutório* que pode embrenhar-se, *até de modo involuntário*, na mente do ser humano investido do poder de julgar, intencionadas sobretudo em tutelar a

---

<sup>37</sup> FONSECA COSTA, Eduardo José da. Contaminação psicológica por prova inadmissível (CPP, art. 157, §5º). *Empório do Direito*. 03/02/2020. Disponível: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/47-contaminacao-psicologica-por-prova-inadmissivel-cpp-art-157-5>>. Acessado: 04/02/2020.

*imparcialidade judicial* e a qualificar a *cláusula da presunção de inocência*,<sup>38</sup> em prol de uma jurisdição legítima e do respeito à dignidade do acusado.<sup>39</sup>

## **11 DOS PEDIDOS**

11.1 Posto isso, requer seja reconhecida e declarada a inconstitucionalidade do art. 3º-D (= invasão de matéria legislativa reservada a iniciativa dos órgãos do Poder Judiciário) da Lei 13.964/2019, julgando-se totalmente improcedentes os pedidos formulados pelas autoras em relação a todos os demais dispositivos da referida espécie normativa.

11.2 Requer, por fim, seja assegurada à ABDPro a possibilidade de manifestações oportunas, *inclusive (i) participação na audiência pública a ser designada e (ii) sustentação oral*, nos termos a que se refere o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 131, §3º).

Pede deferimento,  
Ribeirão Preto, 05 de março de 2020

**Marcos de Araújo Cavalcanti**  
OAB/DF 28.560

**Lúcio Delfino**  
OAB/MG 73.074

---

<sup>38</sup> Mostra Marcello Miller que “a função constitucional do juiz das garantias é muito clara”, isto é, “constitui, a um só tempo, mecanismo de reforço da imparcialidade dos julgamentos (...) e de qualificação da presunção de inocência.” Aliás, é interessante lembrar, a respeito disso, “que a Lei 2000-516, de 15 de junho de 2000, que institui, na França, a figura do *juge des libertés et de la détention*, análoga ao juiz das garantias, é conhecida como “lei sobre a presunção de inocência” (MILLER, Marcello. Juiz das garantias é avanço e pode fortalecer cultura de imparcialidade. *Revista Consultor Jurídico*. 27/12/2019. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/marcello-miller-juiz-garantias-fortalece-cultura-imparcialidade>>. Acessado: 29/01/2020).

<sup>39</sup> Conforme ensinam Fábio Agne Fayet e Roberta Eggert, “(...) a imparcialidade está umbilicalmente relacionada com a ideia de jurisdição. O monopólio do estado-juiz sobre a jurisdição e a vedação à autotutela impõe que o magistrado atue de forma absolutamente imparcial. Não há como conciliar o ânimo persecutório do magistrado com a garantia da imparcialidade.” (FAYET, Fábio Agne; POLL, Roberta Eggert. Ânimo persecutório do magistrado: a quebra do dever de imparcialidade e sucessivas decisões contrárias ao direito à prova defensiva. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, pp. 645-667, mai./ago. 2018).