



**Leonardo Lima Botelho**

**A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS FRENTE À  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**IPATINGA**

**2021**

**LEONARDO LIMA BOTELHO**

**A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS FRENTE À  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Faculdade de Direito de Ipatinga como requisito  
parcial para obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Professor orientador: Prof. Daniel Lima Santos.

**FACULDADE DE IPATINGA**

**IPATINGA**

**2021**

## **AGRADECIMENTOS**

Primordialmente, agradeço a Deus pela saúde, pelas bênçãos e oportunidades, permitindo-me iniciar, e agora finalizar, um curso superior, que infelizmente não é a realidade da maioria dos jovens brasileiros.

À minha família, pelo apoio, incentivo, amor e paciência, sobretudo à minha mãe, que por vários momentos da minha vida fez o papel de pai e mãe, e em nenhum instante cogitou desistir de me apoiar.

Aos meus amigos, à minha namorada e a todos que contribuíram de alguma forma para o meu sucesso acadêmico e fizeram desta trajetória um caminho memorável, sem citar nomes sob pena de incorrer no erro de esquecer injustamente de alguém.

Ao meu orientador, amigo e primo, professor Daniel que, além de aceitar a difícil missão de orientar-me neste trabalho, desde os primeiros momentos da caminhada universitária me deu total suporte para que conseguisse atingir meus objetivos.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a figura do juiz das garantias, inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.964/2019, em face da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, visto que é alicerce de todos os ramos do direito e prevê diversas garantias de ordem processual. Não será feito nenhum juízo de valor concreto quanto ao benefício ou malefício do juiz das garantias, mas sim uma análise sobre como fora introduzido no direito pátrio. O estudo versa sobre algumas questões às quais o atual instituto não observou, tais como a ilegitimidade do Poder Legislativo para alterar a estrutura do Poder Judiciário, prévia dotação orçamentária e princípios constitucionais que seriam potencialmente feridos com sua adoção. Ademais, a pesquisa tem escopo de utilizar-se de possíveis fundamentações futuras sobre a inconstitucionalidade do juiz das garantias. A escolha do presente tema se deu pela constante e intensa aparição ao longo dos últimos tempos, grandes debates acerca das suas benesses e malefícios e várias ações ajuizadas no Supremo Tribunal Federal. Para tanto, fora realizada uma extensa pesquisa bibliográfica, porém apenas com uma decisão acerca da matéria, em que fora suspensa a eficácia da norma. Por conseguinte, a consequência disso é um grande rebuliço entre os juristas.

**Palavras-chaves:** Juiz das Garantias. Constituição Federal. Controle de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

*“O trabalho só assusta as almas fracas.”*  
**(Luís XIV)**

## LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS .....</b>	<b>9</b>
2.1 Conceito .....	9
2.2 Origem.....	10
2.2.1 <i>O juiz instrutor.....</i>	<i>10</i>
2.2.2 <i>O garantidor dos direitos individuais .....</i>	<i>10</i>
2.2.3 <i>Os primeiros sinais do juiz das garantias no direito brasileiro.....</i>	<i>11</i>
2.3 Fase probatória versus fase instrutória no processo penal.....	12
2.3.1 <i>O princípio da verdade real .....</i>	<i>14</i>
2.3.2 <i>Os poderes do julgador na fase pré processual.....</i>	<i>15</i>
<b>3 O ANTAGONISMO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....</b>	<b>16</b>
3.1 Do controle de constitucionalidade.....	17
3.2 Da inconstitucionalidade formal .....	22
3.3 Da inconstitucionalidade material .....	24
3.3.1 <i>Prévia dotação e autonomia orçamentária.....</i>	<i>25</i>
3.3.2 <i>Princípios constitucionais.....</i>	<i>28</i>
3.3.2.1 <i>Princípio do devido processo legal .....</i>	<i>29</i>
3.3.2.2 <i>Princípios do direito ao contraditório e à ampla defesa .....</i>	<i>32</i>
3.3.2.3 <i>Princípio do juiz natural.....</i>	<i>33</i>
3.3.2.4 <i>Princípio da celeridade processual .....</i>	<i>35</i>
3.3.2.5 <i>Princípio da eficiência da Administração Pública .....</i>	<i>36</i>
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>38</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>40</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/19, denominada de Pacote Anticrime, trouxe ao ordenamento jurídico pátrio a figura do juiz das garantias, disposto nos arts. 3.º-A a 3.º-F, que pode ser definido como aquele responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais.

Tal inovação, nem tão inédita, visto que já era previsto no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal de 2009, buscou, no direito comparado, alicerces para a sua atual conjuntura no Brasil. Não obstante, há quem diga que haverá mais benefícios do que prejuízos, mas, também, há quem diga o contrário.

Diferentemente do que acontece em outros países, onde há a presença, nas legislações processuais, do juiz instrutor em praticamente todo continente europeu, pode-se dizer que há, em países sul-americanos, uma figura parecida ao do juiz das garantias.

Dessarte, diversamente dos demais países, a legislação brasileira reservou a esta figura apenas o poder de decidir às hipóteses que se relacionam com os meios de provas e às hipóteses da prisão provisória da fase procedimental.

Com o advento do juiz das garantias, estranho ao projeto de lei inicialmente apresentado ao Congresso Nacional, instaurou-se, entretanto, uma grande discussão sobre a viabilidade de sua implementação em nosso país, e se sua adoção seria positiva e negativa, tendo em vista que, dentre outros prejuízos, tornar-se-á moroso – ainda mais – o judiciário brasileiro.

A título de ilustração, a Polícia Civil do Estado de São Paulo, um dos mais soberanos do país, quiçá o maior, no ano de 2018 fora esclarecido apenas 4% dos crimes. De 788.405 delitos penais praticados no Estado, apenas 32.150 foram apurados, em outras palavras, 3,6 a cada 100 crimes<sup>1</sup>.

Noutra pesquisa, esta realizada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), concluiu-se que, no ano de 2012, 79% dos casos de homicídio haviam sido arquivados, e em tão-somente em 19% houve o oferecimento da denúncia. Ainda, pela mesma instituição, no ano de 2007, fora feita uma pesquisa em que pode inferir-

---

<sup>1</sup> Polícia só esclareceu 4% dos crimes no estado de São Paulo em 2018. Disponível em: <https://jovempan.com.br/noticias/brasil/policia-so-esclareceu-4-dos-crimes-no-estado-de-sao-paulo-em-2018.html>. Acesso em: 24 dez. 2020



se que apenas 14% dos homicídios registrados entre 2000 e 2005 foram resolvidos. Nos Estados Unidos, essa média, entre 1965 e 2016, fora de 66%, enquanto no Canadá foi de 84%<sup>2</sup>.

Sem realizar juízo de valor, há de ser ressaltado as possíveis inconstitucionalidades presentes no instituto do modo como introduzido no ordenamento nacional, sejam materiais – ferindo o texto de princípios ou normas constitucionais – ou formais – tendo em vista a desobediência a aspectos procedimentais em questão de processo legislativo.

O trabalho em voga possui o objetivo principal de examinar a figura do juiz das garantias e o contexto em que foi inserido no direito positivo brasileiro, levando em consideração a Carta Magna, diretriz suprema para todo o ordenamento jurídico.

Inicialmente serão explanadas algumas questões históricas, legais e culturais como, por exemplo, o conceito do juiz das garantias e como sofrera influências do juiz instrutor, dos modelos acusatórios e instrutórios, até mesmo da Igreja Católica, nas épocas da Santa Inquisição, bem como sua funcionalidade em outros países.

Posteriormente, no terceiro capítulo haverá a abordagem cerne deste trabalho. Far-se-á análise do juiz das garantias, como atualmente se encontra, tendo como base a Constituição Federal.

Por conseguinte, analisar-se-á as fundamentações para os vários pedidos de declaração de inconstitucionalidade dos arts. 3.º-A e 3.º-F do Pacote Anticrime, nulificando, portanto, a norma. Trata-se de uma defesa em prol da Constituição, haja vista a não observância do legislador ao inserir tais artigos no texto da Lei 13.964/2019.

Não se pode olvidar de que esta pesquisa não tem a finalidade de exaurir o tema proposto, mesmo porque há muitas controvérsias sobre o assunto, sobretudo na Suprema Corte. Ressalta-se, ainda, que a única decisão quanto à inconstitucionalidade do juiz das garantias é a decisão monocrática proferida pelo Min. Rel. Luiz Fux, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300, 6305, na data de 10 de março de 2020.

---

<sup>2</sup> Por que homicídios ficam sem solução no Brasil. E a proposta para resolver o problema. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/11/30/Por-que-homic%C3%ADdios-ficam-sem-solu%C3%A7%C3%A3o-no-Brasil.-E-a-proposta-para-resolver-o-problema>. Acesso em: 24 dez. 2020.

## 2 A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS

### 2.1 Conceito

Primordialmente, é necessário a realização de uma breve síntese sobre a figura do juiz das garantias, para que, assim, possa-se compreender e analisar com profundidade este instituto em relação aos imbróglios aparentes frente à Constituição da República Federativa do Brasil.

Conforme os arts. 3º-B e 3º-C do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais (BRASIL, 1941). Sua competência abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e se encerra com o recebimento da denúncia ou queixa. As decisões do juiz das garantias não vinculam o juiz de instrução e julgamento.

No Brasil Colônia, o sistema jurídico adotado de investigação derivava-se das Ordenações Filipinas, que possui origens nos Tribunais da Santa Inquisição, no qual o juiz acumulava as funções de acusar, investigar e julgar.

Atualmente, o sistema utilizado pelo nosso país é o sistema acusatório. Utilizado nos países de matriz *common law*, este sistema consiste na separação necessária das funções, criando assim, o ato de três personagens, conforme Martina Rodrigues (2018) explica: o juiz, órgão imparcial de aplicação da lei a ser provocado; o autor, responsável pela acusação; e o réu, que não é visto como um mero objeto do processo, exercendo seus direitos e garantias.

Na prática, o juiz das garantias atuará na fase investigatória de crimes, quando forem necessárias decisões judiciais para procedimentos que corroborarão à Polícia Judiciária e com o Ministério Público, visando dar maior efetividade ao sistema acusatório puro, separando, ainda mais, a função de julgar com a de investigar.

A natureza jurídica do juiz das garantias é a de uma norma de competência funcional por fase do processo. Segundo Marcelo Miller (2019) “não se trata, ressalte-se, de um acréscimo institucional: a implementação do juiz das garantias não exige a criação de cargos de juiz, mas a adoção de formatos e critérios inovadores de fixação de competência”.

## 2.2 Origem

O instituto do juiz das garantias não é uma novidade no mundo jurídico, pelo contrário, é uma figura que já existe em vários países, tais como Alemanha, Espanha, Itália, Paraguai e Chile.

No Brasil, em consequência do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal em 2009, a figura do juiz das garantias passou a ser debatido com maior profundidade no plano institucional.

Não obstante, a origem do juiz das garantias é proveniente de outro instituto, que também fora criado, cuja finalidade é a limitação ao poder do julgador, fazendo com que este não seja competente para a investigação e ao mesmo tempo à formulação da acusação.

### 2.2.1 O juiz instrutor

Dá-se sua origem a partir da Revolução Francesa, no instante em que o sistema inquisitivo fora perdendo força, em razão da implementação do sistema misto.

Nesse sistema, permanece na fase primária do processo a supremacia de elementos e princípios encontrados no sistema inquisitivo. O juiz assume o papel de investigador, ao invés de garante, que atualmente denomina-se juiz das garantias (Andrade, 2008; 2011).

Por conseguinte, deu-se, em quase território europeu, a fixação do juiz instrutor, encarregado da investigação e conseqüentemente incompetente para formular a acusação. Figura esta que foi gradativamente sendo extinta em quase todos os ordenamentos jurídicos europeus, vindo a sobreviver apenas na norma francesa, regido pelo Código de Processo Penal francês e na norma espanhola na *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882*.

### 2.2.2 O garantidor dos direitos individuais

As legislações europeias, a partir da década de 70, tiveram uma tendência de repassar ao Ministério Público o controle da fase investigativa, afastando-se o juiz da fase probatória para a propositura da ação penal.

Tal tendência redefiniu as funções desempenhadas pelo juiz nessa fase e marcou a retomada do caminho rumo ao sistema acusatório.

Na Alemanha, o Código de Processo Penal alemão<sup>3</sup>, determina que o promotor averigue as circunstâncias de fato contidas na notícia-crime, decidindo se haverá a propositura da ação penal ou não. Para Aury Lopes Jr. (2001, p. 228) “o promotor deverá verificar não só as circunstâncias que sirvam para demonstrar a responsabilidade penal, mas também aquela que esculpe o sujeito passivo”. Ao magistrado, reservava-se a função de zelar pelos direitos individuais quando o promotor requeresse as medidas investigativas que reputava necessárias.

Na Itália, passou a vigorar no ano de 1989 o *Codice di Procedura Penal*, que inovou suprimindo a figura do juiz instrutor, e normatizou a figura do *giudice per le indagini preliminari*, que não praticava atos instrutórios, mas sim resguardava a legalidade da investigação, ficando o Ministério Público delimitado às margens desta.

Ainda no mesmo norte, o Paraguai, com a sanção do Novo Código de Processo Penal em 1997<sup>4</sup>, trouxe-se à luz do direito paraguaio a etapa preparatória como meio de investigação, como se vê:

Atribuição ao Ministério Público de importantes poderes na investigação do crime e na direção da polícia na fase preparatória; introdução de mecanismos processuais que garantam aos cidadãos o pleno direito a uma defesa efetiva; aplicação de mecanismos de controlo relativos à duração do processo, incorporação do processo oral como ato central do processo. (Tradução nossa)

Dessarte, conforme descrito acima, o *juez penal de garantías* não tem intervenção direta na investigação, é inerte, não possui iniciativa probatória, e consoante à norma europeia, controla a legalidade dessa fase.

### 2.2.3 Os primeiros sinais do juiz das garantías no direito brasileiro

No Brasil, com o anteprojeto da reforma do Código de Processo Penal, no ano de 2009, conforme exposto no início do capítulo, alguns autores já debatiam a figura

---

<sup>3</sup> *Strafprozeßordnung (StPO)*

<sup>4</sup> Asignación al Ministerio Público de importantes facultades en la investigación del delito y en la dirección de la policía durante la etapa preparatoria; introducción de mecanismos procesales que garanticen al ciudadano el pleno derecho a disfrutar de una defensa efectiva; aplicación de mecanismos de control relativos a la duración del proceso, incorporación del juicio oral como acto central del procedimiento.

do juiz de garantias. Como dispõe Mário Leite de Barros Filho (2009) o juiz das garantias extingiria o inquérito policial, presidido pelos delegados de polícia, na medida em que esse novo juiz controlaria as investigações realizadas pelos policiais civis e presidiria a instrução criminal.

Essa novidade surge, conforme previa o anteprojeto, como segurador do modelo acusatório, resguardando os direitos fundamentais do acusado na investigação criminal. Pretendia-se claramente afirmar o papel do juiz na fase investigativa, estabelecendo limites à sua atuação, impedindo-lhe que atue na fase processual, evitando, assim, quaisquer informações que possam interferir na imparcialidade, conforme a transcrição *ipsis litteris*:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: a) otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

Destacando-se os três principais argumentos para a implementação da figura do juiz das garantias no Brasil, quais sejam: a verdadeira adequação do magistrado ao sistema acusatório, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro; otimização da atuação jurisdicional criminal; e evitar a contaminação do julgador para que não haja uma possível parcialidade.

### **2.3 Fase probatória *versus* fase instrutória no processo penal**

Consoante ao que fora apresentado acima, o juiz das garantias é um instituto cuja finalidade é limitar a atuação do magistrado, não podendo este figurar na fase investigativa e na fase instrutória simultaneamente, a fim de evitar uma possível contaminação e parcialidade do juiz natural, vigorando a verdade processual. Para Paulo Rangel (2015, p. 334):

O sistema acusatório por nós adotado coloca o juiz na verdadeira função de órgão estatal equidistante do conflito de interesse de alta relevância social. O juiz julga e aplica a lei, porém quem assume o papel de manifestar a pretensão acusatória é o Ministério Público. Aliás, parece-nos óbvio que, dentro de um Estado Democrático de Direito, o órgão que acusa não pode ser o mesmo que julga e vice-versa. A imparcialidade do órgão julgador é imprescindível a um julgamento sereno e isento de qualquer paixão, sendo outra característica da jurisdição. O réu deve ter todos os direitos inerentes à sua defesa, montando-se, assim, o *actum trium personarum*.

É cediço que para o exercício do *ius puniendi* é necessário ter como norte, dentre outros, o princípio real dos fatos, que é bastante controvertido na doutrina, todavia pacífico na jurisprudência.

Nesse entendimento, abre-se um caminho ao julgador para que a iniciativa probatória busque a veracidade real dos fatos e não somente aqueles trazidos para o processo. Alguns doutrinadores defendem a verdade processual, pois entendem que o ímpeto por parte do juiz em buscar a verdade dos fatos estaria contaminando o devido processo legal, uma vez que colocaria o julgador em uma posição que não lhe pertence.

Nessa égide, ensina Aury Lopes Jr. (2016, p. 273):

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz ator (inquisidor) [...]

[...] Dessarte, há que se des-cobrir a origem e a finalidade do mito da verdade real: nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que “os fins justificam os meios”. Assim, no processo penal, só se legitimaria a verdade formal ou processual.

Ainda nessa perspectiva, a posição de Paulo Rangel (2015, p. 7):

Descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza (dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez. A verdade é dentro dos autos e pode, muito bem, não corresponder à verdade do mundo dos homens. Até porque o conceito de verdade é relativo, porém, nos autos do processo, o juiz tem que ter o mínimo de dados necessários (meios de provas) para julgar admissível ou não a pretensão acusatória. [...]

[...] A verdade é processual. São os elementos de prova que se encontram dentro dos autos que são levados em consideração pelo juiz em sua sentença. A valoração e a motivação recaem sobre tudo que se apurou nos autos do processo.

Apesar das posições a favor da verdade processual, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que o princípio da verdade real é norte para o processo penal.

### *2.3.1 O princípio da verdade real*

O princípio da verdade real ou da verdade material no processo penal busca a apuração de fatos, ainda que não estejam dentro do processo, mas que estejam correlacionados ao ocorrido. Traz aos juristas um norte quanto à aplicação da pena e da indagação fática, ou seja, deve haver uma investigação pelo julgador em prol da verdade, cabendo a este buscar outras fontes de prova para que a verdade real seja atingida em sua essência.

Consonante os ensinamentos de Fernando Tourinho (2008) o juiz, para construir suas convicções com uma maior eficácia, deve reproduzir por meio das provas a situação fática que mais se aproxima com a realidade, por conseguinte, o juiz deve saber quem cometeu a infração penal, onde cometeu, quem fora a vítima, a motivação do agente, de que forma ocorrera, para que, assim, quiçá descrever minuciosamente o ocorrido, garantindo um julgamento justo para as partes.

É necessário conciliar, não só o princípio supramencionado, mas também quaisquer princípios do direito brasileiro, à Constituição Federal, que a base de todos os outros ramos do direito. Os princípios traçam diretrizes para o sistema normativo, onde este e a norma se dialogam harmonicamente.

O princípio da verdade real está corroborado no princípio do devido processo legal, disposto no art. 5º, LIV, da Carta Magna, o qual descreve: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Ainda que não haja hierarquia entre os princípios constitucionais, devemos ressaltar a devida importância do princípio do devido processo legal, o qual busca a justa prestação jurisdicional, e não somente a simples prestação jurisdicional. Para Nelson Nery Jr. (2002, p.75) o devido processo legal “é o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais são espécies”.

Nessa égide, não há que se falar em devido processo legal sem a busca pela verdade real, sob pena de injusta decisão magistral, conforme demonstra Roberta Fussieger Brião (s.d., online):

O juiz que se conforma com a verdade meramente formal pode até prestar jurisdição, mas não contempla, na sua essência, o princípio do acesso à justiça, porquanto somente se alcançado ao cidadão a efetiva e justa jurisdição é que se estará consagrando as garantias constitucionais inerentes a todo o ser humano. E tal só se atingirá se consagrado o princípio da busca da verdade real, implicitamente inserto no texto constitucional.

### *2.3.2 Os poderes do julgador na fase pré processual*

Conforme descrito retro, o direito brasileiro adotou o sistema processual penal acusatório, caracterizando-se por uma separação entre as funções de acusar, defender e julgar.

Não obstante, o Código de Processo Penal elenca algumas exceções, onde o juiz poderá de ofício atuar, p. ex. art. 156, I, CPP que permite ao juiz, antes de iniciada a ação penal, ordenar a produção de provas consideradas urgentes. Ademais, o magistrado, durante a fase investigativa, poderá decretar a prisão preventiva do investigado, conforme dispõe o art. 311 do CPP, o que dependerá, como regra, de provocação do órgão de persecução penal respectivo.

Segundo os defensores do juiz das garantias, o julgador, na fase instrutória, poderá infectar-se de alguma prova ilícita, mesmo esta não podendo ser utilizada na fundamentação da decisão que condena ou absolve, mas poderá induzir o magistrado a alguma decisão que sem o conhecimento da prova produzida, de forma que não tomaria tal decisão na ausência dessa cognição, ou seja, haveria uma antecipação dos elementos meritórios a fim de utilizá-los para fundamentar-se.

Todavia, o que se percebe é que a implantação do juiz das garantias, ferirá, dentre outros, os princípios do devido processo legal, norte do direito substantivo, do juiz natural, e quiçá do contraditório e ampla defesa, como a seguir aludido.

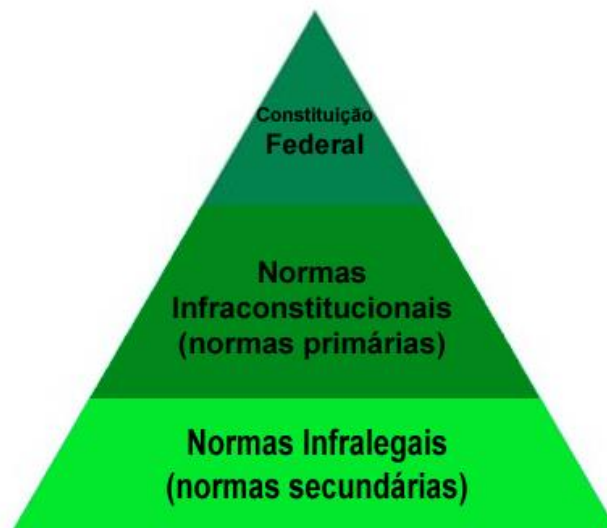


### 3 O ANTAGONISMO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal pode ser analisada como um sistema jurídico aberto de regras e princípios de diferentes níveis de densidade normativa. Conforme elucidada Hans Kelsen em sua obra Teoria Pura do Direito (1987), a Carta Maior está no topo da pirâmide do ordenamento jurídico, demonstrando assim, sua superioridade hierárquica em relação às demais normas do direito brasileiro.

Para melhor entendimento, a doutrina constitucionalista, baseando-se nos estudos de Kelsen, criou a pirâmide normativa, conforme ilustrado abaixo:

**Figura 1 - Pirâmide normativa**



Infere-se da pirâmide que todas as normas hierarquicamente inferiores deverão observar àquela superior, ou seja, as normas mais à base da pirâmide devem estar consonantes às do topo da pirâmide. Se a norma inferior não está em harmonia com a superior, não estará apta a produzir seus efeitos jurídicos, estando sujeita a controle de constitucionalidade ou de legalidade, conforme a situação jurídica, para que sua eficácia seja afastada.

Nesse diapasão, ensina Kelsen (1987, p. 240):

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas sim uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto de conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada

por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental-pressuposta. A norma fundamental-hipotética, nestes termos é portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Os princípios constitucionais representam os direitos do homem e os vastos princípios de justiça, utilizando-se de sua função axiológica – valores essenciais utilizados pela sociedade política. Possuem uma idiosincrasia imperativa em relação ao legislador, à jurisprudência, à administração e aos particulares, a interpretação do Direito de acordo com os valores por eles espelhados.

Explicita Jorge Miranda (1983 p. 197-206):

A indispensabilidade dos princípios constitucionais na sua função ordenadora deve ser ressaltada, não só porque harmonizam e unificam o sistema constitucional, como também porque revelam a nova ideia de Direito (noção do justo no plano de vida e no plano político), por expressarem o conjunto de valores que inspirou o constituinte na elaboração da Constituição, orientando ainda as suas decisões políticas fundamentais.

Por conseguinte, os princípios constitucionais funcionam como verdadeiros limites no direito brasileiro, revelando verdadeiros vetores interpretativos por orientarem a aplicação das demais normas que integram o ordenamento, na medida em que promovem a segurança do sistema jurídico a serem atualizadas pelos discursos práticos, argumentações morais, reinserindo no centro do direito as preocupações com a satisfação da justiça material.

Todo o ordenamento jurídico brasileiro é baseado nos preceitos, fundamentos e princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nenhuma norma poderá ir contra esta, sob pena de sofrer represálias do controle de constitucionalidade.

### **3.1 Do controle de constitucionalidade**

O controle de constitucionalidade é uma análise de compatibilidade e de adequação, seja ela formal ou material, entre leis ou atos normativos em relação à Constituição Federal. Marcelo Rebelo de Sousa (1979) entende que a inconstitucionalidade é um corolário do princípio da hierarquia das normas jurídicas e também da necessidade de garantia da própria Constituição.

Pode-se dizer que o controle de constitucionalidade é uma forma de garantismo, que pode ser definido como, segundo Ferrajoli (2006, p. 25), técnicas previstas no ordenamento para possibilitar máxima efetividade de todas as normas em plena coerência com os princípios constitucionais.

Segundo Alexandre de Moraes (2005, p. 627) “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.”

Portanto, o controle de constitucionalidade é uma garantia da cidadania, haja vista que é através deste que o Poder Judiciário, em última instância, dará a palavra final sobre as leis no Brasil, visando coibir normas que atentem contra os preceitos constitucionais.

Para a realização do controle constitucional são necessários pressupostos, que de acordo com Lenza (2020)<sup>5</sup> são: uma constituição rígida, aquela que possui um processo de alteração mais dificultoso, e a atribuição de competência a um órgão para resolver os problemas da constitucionalidade.

Trata-se do princípio da supremacia da Constituição, que, nos dizeres de José Afonso da Silva<sup>6</sup>, citado por Pinto Ferreira como “pedra angular em que assenta o edifício do moderno direito político”.

Sob este prisma, há existência do controle prévio de constitucionalidade, ou seja, aquele realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo, que pode ser feito tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Executivo, e.g. comissões temáticas e veto presidencial respectivamente. Poderá, ainda, ser realizado pelo Poder Judiciário, que é a possibilidade de o parlamentar impetrar mandado de segurança se houver desrespeito ao devido processo legislativo.

Após a aquisição de natureza jurídica de lei, que antes era projeto de lei (ou proposta de emenda), apenas restará o exercício do controle de constitucionalidade repressivo ou posterior.

---

<sup>5</sup> A ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema. (Direito constitucional esquematizado p. 255)

<sup>6</sup> (...) significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que se confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (Curso de direito constitucional positivo, p. 47 e 49).

O ordenamento jurídico brasileiro adotou, para o controle de constitucionalidade repressivo, o denominado jurisdicional misto, sendo o controle difuso e o controle concentrado, salvo algumas exceções, a ser realizado pelo Poder Judiciário.

Por conseguinte, pode-se dizer que o sistema jurídico pátrio acatou a teoria da nulidade, como afirma a maioria da doutrina, sobretudo por influência do direito norte-americano, contrário do defendido por Kelsen<sup>7</sup>, que influenciou a Corte Constitucional austríaca, a qual caracteriza-se como constitutiva a natureza jurídica da decisão que a reconhece<sup>8</sup>. Para essa teoria, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, afeta-se o plano da validade e não o da existência ou eficácia. Trata-se, portanto, de ato declaratório que reconhece uma situação pretérita, o vício congênito, de origem, do ato normativo.

Nesse diapasão, Pedro Lenza (2020, p. 256):

A ideia de a lei ter “nascido morta” (natimorta), já que existente enquanto ato estatal, mas em desconformidade (em razão do vício de inconstitucionalidade) em relação à noção de “bloco de constitucionalidade” (ou paradigma de controle), consagra a teoria da nulidade, afastando a incidência da teoria da anulabilidade.

Ainda na esteira da melhor doutrina, Lenza classifica o sistema e as vias de controle judicial pelo critério subjetivo ou orgânico, sendo o sistema difuso ou sistema concentrado, e pelo critério formal, segundo o qual o controle poderá ser realizado pela via incidental ou pela via principal.

Outrossim segundo o professor:

O sistema difuso de controle significa a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência, realizar o controle de constitucionalidade.

Por seu turno, no sistema concentrado, como o nome já diz, o controle “se concentra” em um ou mais de um (porém em número limitado) órgão. Trata-se de competência originária do referido órgão.

---

<sup>7</sup> Hans Kelsen, Teoria pura do direito, p. 374-376

<sup>8</sup> Nas palavras de Elival da Silva Ramos, “a dificuldade de Kelsen em admitir o ato legislativo inexistente, assim como o inválido sancionado com a nulidade *ab initio*, está ligada a seus pressupostos teóricos, segundo os quais o Direito é concebido como uma construção lógica impecável, em que os elementos inferiores não podem estar em contradição com os superiores, sob pena de serem proscritos do mundo jurídico, daí a pretensão de reduzir as categorias da inexistência e da nulidade à da anulabilidade, trabalhando com a ideia de uma validade transitória, até a desconstituição do ato por decisão judicial” (A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção, p.23). Cf. H. Kelsen, Teoria pura do direito, p. 292-300.

Sob outra perspectiva, do ponto de vista formal, o sistema poderá ser pela via incidental ou pela via principal.

No sistema de controle pela via incidental (também chamado pela via de exceção ou defesa), o controle será exercido como questão prejudicial e premissa lógica do pedido principal.

(...)

Já no sistema de controle pela via principal (abstrata ou pela vias de “ação”), a análise da constitucionalidade da lei será o objeto principal, autônomo e exclusivo da causa.

Por conseguinte, pode-se dizer que existem dois tipos de controle, quais sejam, o controle de constitucionalidade difuso e o controle de constitucionalidade concentrado. Com relação ao controle difuso, todo órgão judicial exerce, dentro de sua competência. Neste, o juiz deixa de aplicar a lei que, no caso concreto, revela conteúdo incompatível com a regra constitucional. É analisada de modo indireto a compatibilidade da norma à Constituição, em uma situação particular.

Lado outro, a competência para exercer o controle concentrado de lei ou ato normativo federal ou estadual em conflito com a Carta Maior limita-se ao Supremo Tribunal Federal (STF), pois este é o curador<sup>9</sup> da Constituição. Aqui, verifica-se a constitucionalidade da norma em abstrato. A análise independe de um caso concreto. O controle concentrado pode ser instaurado por quatro mecanismos, previstos pela Constituição Federal. São eles: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI/ADIn), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

Seguindo o princípio da inércia da jurisdição, aquele que julga a constitucionalidade da norma deve ser inerte e só agir quando fora acionado. Contudo, não é qualquer um que pode suscitar uma ação cujo objetivo final seja a declaração da nulidade da norma. Para tanto, a Constituição Federal trouxe, em seu art. 103, o rol dos legitimados para a propositura de tal ação.

---

<sup>9</sup> É a expressão utilizada por André Ramos Tavares em sua obra Teoria da justiça constitucional, p.71-72. Segundo ele “é a expressão designativa da entidade à qual se atribua a função de proteger a Constituição contra suas eventuais violações, aplicando-a. E a Constituição só pode ser violada por aqueles que têm a obrigação (espaço-temporal definida) de cumpri-la. O ‘ataque’ às normas constitucionais pode provir de diferentes pessoas. Tanto o particular quanto qualquer dos ‘poderes’ do Estado, ou mesmo qualquer cidadão pode se transformar em violador da Constituição. Considere-se ainda, na perspectiva oposta, que qualquer um é partícipe na vida constitucional de seu Estado, e, nessa medida, pode transformar-se em curador da Constituição. O que se pode concluir é que na defesa e aplicação da Constituição todos os órgãos são conclamados a assumir parcela dessa responsabilidade. Isso não impede nem desautoriza a atribuição dessa responsabilidade de defesa e cumprimento (curadoria) da Constituição a um órgão (já existente no modelo clássico ou a ser criado para desempenhar essa tarefa)”

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Na maioria dos dispositivos (ADIs, ADCs e ADPFs) seus efeitos anulam o ato desde a sua criação (*ex tunc*), valendo-se para todos (*erga omnes*), bem como vinculam o Poder Judiciário e Administração Pública. Ressalta-se que, conforme o 27 da Lei 9.868/99, há a possibilidade de modulação de tais efeitos, mediante dois terços dos votos dos membros da Suprema Corte, ou pela maioria absoluta do Senado Federal, aplicando-se, assim, o art. 52, X.

Não se pode olvidar das espécies de inconstitucionalidades que podem ser por ação (positiva), nos casos de vício formal, vício material ou vício de decoro parlamentar, ou por omissão (negativa). Ainda, o vício formal se ramifica em vício formal orgânico, formal propriamente dita e por violação a pressupostos objetivos do ato.

De forma rasa, diz-se que a inconstitucionalidade da norma pode ser material ou formal. Em suma, será formal quando a lei ou ato normativo não obedecer ao processo legislativo. Outrossim, será material quando o conteúdo da lei ou ato normativo confrontar a Constituição Federal, ainda que tenha obedecido o processo legislativo.

É imperioso salientar que eventuais vícios na norma impugnada podem não afetar a norma totalmente, fazendo com que somente a parte viciada torne-se inconstitucional.

Como trazido em questão, a Lei nº 13.964/2019 trouxe além do juiz das garantias, outras mudanças no ordenamento processual penal, portanto, quaisquer vícios presentes nos arts. 3-A ao 3-F, não acarretará em uma inconstitucionalidade total da Lei, mas tão somente do instituto, ora explanado.

### 3.2 Da inconstitucionalidade formal

Ocorrerá a inconstitucionalidade formal quando o vício presente na norma possuir relação quanto à sua formação, ou contrário à competência constitucional prevista para sua criação. Denominada também de nomodinâmica, a inconstitucionalidade formal abrange a inconstitucionalidade orgânica e a formal propriamente dita.

Nessa toada, elucida Kildare Gonçalves Carvalho (2013, p. 404):

A inconstitucionalidade orgânica decorre da inobservância da regra de competência para a edição do ato, ou do vício de competência do órgão que promana o ato normativo, como, por exemplo, a edição, pelo Estado-Membro, de lei em matéria penal, que viola a regra da competência privativa da União (art. 22, I, da Constituição Federal), ou a apresentação de projeto de lei de iniciativa reservada, por outro proponente, que acarreta a usurpação de iniciativa, no âmbito do processo legislativo.

A inconstitucionalidade formal propriamente dita decorre da inobservância do procedimento legislativo fixado na Constituição. Um dos exemplos de inconstitucionalidade formal, nesse caso, ocorre quando matérias que são reservadas pela Constituição para serem tratadas por via de uma espécie normativa, são veiculadas por outra.

A criação de leis é a função típica do Poder Legislativo e, precipuamente, exercido por este, denominado de processo legislativo. Pode ser compreendido por um conjunto de atos, todos realizados pelos órgãos legislativos objetivando a formação das leis constitucionais, das leis complementares, das leis ordinárias, das resoluções e dos decretos legislativos (SILVA, 2015).

Entretanto, a competência para a criação de normas não é exclusiva do Poder Legislativo, sendo funções atípicas do Poder Executivo e do Poder Judiciário, conforme dispõe os arts. 84, III e 96, ambos da Constituição Federal. As normas de tais poderes podem ser, por exemplo, medidas provisórias ou normas de regimento interno.

O art. 96 da CF dispõe:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;
  - c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
  - d) propor a criação de novas varas judiciárias;
  - e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
  - f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;
- II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:
- a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;
  - b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;
  - c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;
  - d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;
- III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Dessa forma, apreciando o artigo supramencionado, é cediço que a competência para realizar alterações na organização e na divisão judiciária, é de competência do próprio Poder Judiciário.

Nota-se que os arts. 3º-A a 3º-F da Lei nº 13.964/2019, parte que institui o juiz das garantias e normas correlatas, no atual ordenamento jurídico, estão contaminados com vício formal, tanto orgânica quanto formalmente dita, porquanto a competência do processo legislativo que altera a organização do Poder Judiciário é própria deste e não do Poder Legislativo.

Diante de tal inconstitucionalidade, fora proposta, dentre outras, a ADI 6298 pela Associação dos Magistrados Brasileiros, cujo uma das fundamentações se baseia na não observância do processo legislativo competente do Poder Judiciário:

ADI. 6298 MC/DF

(a1) O juiz das garantias, embora formalmente concebido pela lei como norma processual geral, altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em nível tal que enseja completa reorganização da justiça criminal do país, de sorte que inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (Art. 96 da Constituição);

Nessa égide, o Min. Rel. Luiz Fux, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 asseverou:



A instituição do juiz de garantias altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em tal nível que demanda uma completa reorganização da justiça criminal do país. Por óbvio, cada Tribunal tem a prerrogativa de decidir como essa reorganização de funções será feita, se for o caso (especialização de varas, criação de núcleos de inquéritos etc), de sorte que é inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária.

Ademais, o art. 3º-D, parágrafo único dispõe que “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”, violando claramente o art. 96 da Constituição Federal, tendo em vista que altera o funcionamento do Poder Judiciário.

Imperioso fazer menção de que a sanção presidencial de norma cuja iniciativa reservada não a convalida. A regra de reserva tem como fundamento pôr na dependência do titular da iniciativa a regulamentação dos interesses vinculados a certas matérias. Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p.172) ensina:

A validade de qualquer ato derivado da Constituição depende de sua concordância com a Constituição. Depende, mais precisamente, da observância dos requisitos formais e substanciais estabelecidos na Constituição. No plano estritamente jurídico, a tese da convalidação contradiz um dos postulados que a doutrina italiana aponta a respeito do ato complexo. De fato, segundo o ensinamento dessa doutrina, ‘não é válido um ato complexo se não são válidos todos os elementos que devem concorrer à sua formação’. Destarte, não sendo válida a iniciativa seria inválida a lei, apesar da sanção posterior. Portanto, admitir a convalidação do defeito de iniciativa é admitir a convalidação de ato nulo, é admitir que se distinga na Constituição entre o que é absolutamente cogente e o que não o é. Em realidade, o direito que o Executivo exerce ao propor leis é propriamente uma ‘função’ exercida em favor do Estado, representante do interesse geral. Em vista disso, é bem claro que não se pode ele concordar com a usurpação daquilo que rigorosamente não é seu. E sobretudo, como assinalou José Frederico Marques, a concordância do Executivo em que uma função a ele delegada seja exercida pelo Legislativo importa em delegação proibida pela lógica da Constituição, a menos que esta expressamente a permita.

Dessarte, é notório e inequívoco que o juiz das garantias possui, ao menos, vício formal, devendo ser considerada norma inconstitucional, conseqüentemente, sem eficácia.

### **3.3 Da inconstitucionalidade material**

Diz-se que a norma é materialmente inconstitucional quando não se encontra em consonância ao conteúdo constitucional, seja ele substancial ou doutrinário. Aqui, diferente da inconstitucionalidade formal, a lei ou ato normativo seguiu corretamente todo o rito para sua criação, porém padece de vício material que atinge sua matéria, seu conteúdo.

Deve ser pronunciada a inconstitucionalidade dos atos e normas que contenham limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais, tal procedimento empresta maior intensidade e rigor ao controle de constitucionalidade e preserva o próprio Estado Democrático de Direito (MENDES, 1990).

Salienta-se que a inconstitucionalidade nomodinâmica (formal) não interfere na nomoestática (material), podendo, o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ser formalmente constitucional, mas apresentar vício material, ou vice-versa.

No âmbito federal, o órgão do Poder Judiciário que é competente para dizer que uma norma é constitucional ou não é o Supremo Tribunal Federal, sempre respeitando o princípio da inércia da jurisdição.

Canotilho (1998, p. 1037) fundamenta que desde a criação da lei até sua aplicação e integração, deve-se observar o conteúdo dos princípios emanados da Constituição que condicionam e determinam o processo legislativo e aplicação da lei.

Dessa forma, o conteúdo de uma lei não poderá afrontar as normas e princípios constitucionais. Se a matéria contida nesta violar os direitos e garantias intrínsecos da Constituição, estará presente vício material, não atingindo o aperfeiçoamento, conseqüentemente não tendo sua eficácia concretizada no ordenamento jurídico, uma vez que a matéria viciada não deve prevalecer em razão da hierarquia das normas constitucionais.

É notório que os arts. 3-A a 3-F da Lei nº 13.964/2019, fere, dentre outros, os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e do juiz natural, além dos arts. 99 e 169 da Carta Magna, dos quais, respectivamente, tratam da autonomia orçamentária e da prévia dotação de orçamento dos entes federativos.

### *3.3.1 Prévia dotação e autonomia orçamentária.*

Dispõe o art. 99 da Carta Maior:

Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete:

I - no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais;

II - no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

§ 3º Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo.

§ 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 5º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

Com a instituição do juiz das garantias é indiscutível o aumento de despesas para o Poder Judiciário, ainda que não seja criado um cargo específico para tal, bem como a abertura de novos certames.

Observa-se que o art. 3º-D determina o rodízio de magistrados nas comarcas que possuem apenas um. Conforme demonstra a tabela abaixo do Conselho Nacional de Justiça, cerca de 20% (vinte por cento) das comarcas são de varas únicas.

**Tabela 1 - Número de unidades judiciárias**

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

Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Ora, a dimensão de estruturação em todo território nacional, bem como o gasto orçamentário é inenarrável, afetando em grande escala o Poder Judiciário. Vale lembrar que até o presente momento, não houve qualquer explicação sobre o possível funcionamento do rodízio.

Contudo, a título de ilustração, imaginemos o seguinte cenário: dois juízes, de diferentes comarcas de vara única, em que um é substituto automático do outro em eventual ausência do juiz titular.

Supõe-se da ideia de rodízio que, em observância da localidade e a fim de evitar aumento de gastos, estes dois serão juízes de garantias da comarca do outro. Enquanto juiz de garantia, o magistrado não poderá ser substituto automático, mas será o juiz fixo de tal competência naquela comarca. Ocorre que, em eventuais férias de um dos juízes, o outro – que antes era substituto automático – não poderá movimentar os processos criminais, uma vez que estará impedido de instruir e julgar estes, limitando-se àqueles que não possuem natureza criminal.

Para garantir a eficiência da Administração Pública e uma duração razoável do processo, é imprescindível o aumento do quadro de magistrados e servidores, o que geraria, conseqüentemente, um aviltamento nos cofres públicos.

Ressalta-se que não houve, também, a prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e acréscimos decorrentes do juiz das garantias, conforme consta no art. 169, §, II, CF:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

- I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;
- II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Na reflexão de Celso Bastos (1999, p. 130) ressalta-se os três elementos fundamentais do orçamento:

O elemento econômico traduz-se no fato de o orçamento assumir, inequivocamente, a forma de uma previsão da gestão orçamental do Estado, o que seria um autêntico plano financeiro. O elemento político consubstancia-se na autorização política para a efetivação desse plano ou projeto de gestão estadual. E, finalmente, o ingrediente jurídico traduzido nos efeitos próprios dos orçamentos e regulamentados pelos diversos sistemas jurídicos.

É possível analisar que a criação do instituto não observou o elemento econômico. Em consonância, a fundamentação do Min. Rel. Luiz Fux, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298:

(...) é inegável que a implementação do juízo das garantias causa impacto orçamentário de grande monta ao Poder Judiciário, especialmente com os deslocamentos funcionais de magistrados, os necessários incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas, as reestruturações e as redistribuições de recursos humanos e materiais, entre outras possibilidades. Todas essas mudanças implicam despesas que não se encontram especificadas nas leis orçamentárias anuais da União e dos Estados.

Por derradeiro, salienta-se que o juiz das garantias, entretentes, viola o Novo Regime da União Fiscal (Emenda Constitucional nº 95/2016), bem como viola o art. 113 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), que possui natureza jurídica de norma constitucional, conforme elucida o Min. Luiz Fux:

Outrossim, a criação do juiz das garantias viola o Novo Regime Fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016. O artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado por essa emenda constitucional, determina que “[a] proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.” Não há notícia de que a discussão legislativa dessa nova política processual criminal que tanto impacta a estrutura do Poder Judiciário tenha observado esse requisito constitucional.

A criação deste instituto não levou em consideração o impacto negativo que representará à sociedade, seja pela maior morosidade nos processos, seja pelo aumento da impunidade e o acréscimo de despesas para os contribuintes.

Demonstrado as violações explícitas aos artigos mencionados, far-se-á análise quanto à violação aos princípios intrínsecos na Constituição Federal.

### 3.3.2 *Princípios constitucionais*

Etimologicamente a palavra princípio vem do latim *principium* e possui o significado de começo, ponto de partida e início. Embora existam vários significados em outras áreas da ciência e filosofia, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 451) traduz princípio como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

No mesmo sentido, Guilherme Peña (2006, n.p.) ensina:

(...) princípios constitucionais são extraídos de enunciados normativos, com elevado grau de abstração e generalidade, que prevêm os valores que informam a ordem jurídica, com a finalidade de informar as atividades produtiva, interpretativa e aplicativa das regras, de sorte que eventual colisão é movida da dimensão do peso, ao teor do critério da ponderação, com a prevalência de algum princípio concorrente.

Pode-se dizer que os princípios não dão a plena liberdade àqueles concretizadores da Constituição, sempre se limitam por sua juridicidade objetiva, que segundo Bonavides (1994, p. 265) encabeçam o sistema, guiam e fundamentam as demais normas jurídicas.

Os princípios atuam como organizadores do sistema jurídico, responsáveis por demonstrar o cômputo escolhido pelos indivíduos, possuindo uma peculiaridade prevalentemente axiológico.

Lado outro, os princípios devem estar contidos, de alguma forma, em normas, porquanto se não estiverem positivados, ainda que implicitamente, não têm qualquer importância ou relevância para o direito.

Conclui-se que os princípios constitucionais são norte para todo o ordenamento jurídico, devendo ser seguidos, salvo situações excepcionalíssimas, com rigidez. O professor Paulo Henrique dos Santos Lucon (2006) diz que “os princípios são o ponto de partida ou a regra-mestra para a correta interpretação do sistema jurídico.”

### **3.3.2.1 Princípio do devido processo legal**

O princípio do devido processo legal, norte para todo o ordenamento jurídico brasileiro, está disposto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, com o seguinte texto: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Essa cláusula é mais do que um direito, é uma garantia conferida ao indivíduo pela Constituição Federal.

Advindo da Magna Carta da Inglaterra, em 1215, na qual o rei João - João Sem Terra - fora obrigado a garantir algumas imunidades processuais aos seus súditos, com a denominação de “juízo regular em harmonia com a lei do país”.

Posteriormente, tais medidas assecuratórias vieram a ser confirmadas pelos reis subsequentes. No Estatuto de Westminster, em 1354, a expressão anteriormente criada, fora substituída pela então locução “devido processo legal”.

Além de exigir um procedimento ordenado (*ordely process*), tal princípio, por evolução da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, após a década de 1930, compreendeu, a partir de então, aspectos materiais exigido pela Constituição quanto ao conteúdo das leis, abrangendo, portanto, o princípio da razoabilidade da decisão como seu fundamento.

Nessa perspectiva, o Min. Ricardo Lewandowski (2017) fundamenta que a partir de então os direitos das pessoas passaram a ser assegurados não mais pela mera aplicação da lei, mas por meio da instauração de um processo levado a efeito segundo a lei.

Como observa Humberto Theodoro Júnior (1987), o devido processo legal compreende três categorias: o juiz natural, o direito de defesa e a adequação das formalidades essenciais do procedimento, que devem estar presentes em qualquer espécie de demanda e não apenas nas demandas de natureza penal.

Contudo, em especial no processo penal, este princípio deve ser seguido com ainda mais cautela, uma vez que a sentença condenatória poderá abarcar, dentre outras penas, a restrição do direito à liberdade das pessoas, um dos direitos mais importantes, quiçá o mais importante após o direito à vida.

Não obstante, é necessário salientar que não basta que sejam observados todos os procedimentos e formalidades do processo, para que se atinja o devido processo legal. Esta expressão vai além do plano formal, necessitando que seja respeitado, de igual modo, os princípios que, juntamente, servem de base para tal, ou seja, é necessário observar o aspecto material.

O princípio da verdade real, por exemplo, é um dos princípios que regem o processo penal. Seguir este princípio é imprescindível para que seja eficaz o art. 5º, LIV, da Carta Maior brasileira, devendo observar as limitações impostas ao julgador.

É dever do Estado, constitucionalmente previsto, a proteção dos cidadãos, principalmente deles mesmos. Uma das formas de proteção é através do caráter

especial negativo da pena, ou seja, o recolhimento de indivíduos delinquentes, que não conseguem conviver em harmonia na sociedade.

O excelso professor Luiz Flávio Gomes (2010) descreve a importância de se observar o princípio da verdade real no processo penal:

Diferentemente do que pode acontecer em outros ramos do Direito, nos quais o Estado se satisfaz com os fatos trazidos nos autos pelas partes, no processo penal (que regula o andamento processual do Direito penal, orientado pelo princípio da intervenção mínima, cuidando dos bens jurídicos mais importantes), o Estado não pode se satisfazer com a realidade formal dos fatos, mas deve buscar que o *ius puniendi* seja concretizado com a maior eficácia possível.

Percebe-se que o juiz das garantias está inequivocamente contrário ao princípio da verdade real, uma vez que restringirá o julgador da obtenção da veracidade dos fatos. Apesar de que todas as decisões devem estar fundamentadas em provas consoante aos autos, a veracidade real avulta o processo, procurando, dentro do possível, como forma de realizar a melhor justiça, seja para condenar seja para absolver.

Por conseguinte, uma vez apresentado percalços à obtenção da veracidade dos fatos, estaria ferindo indiretamente o princípio do devido processo legal. Conforme demonstra Fábio Uchôa Montenegro (2020, online):

(...) em se tratando de matéria penal, especialmente na fase de instrução e julgamento, o juiz não pode e não deve ficar à mercê do conteúdo da prova trazido pelas partes, pois cabe a ele, dentro de sua evidente e necessária imparcialidade, esgotar todas as dúvidas existentes, de modo a propiciar a realização da verdadeira justiça, principalmente quando essa prova já foi produzida e consta dos autos do juiz das garantias.

Por fim, importante destacar que o princípio do devido processo legal é origem para a ramificação de tantos outros princípios, como do contraditório, ampla defesa, juiz natural, celeridade processual, dentre outros, que a seguir serão abordados.

### **3.3.2.2 Princípios do direito ao contraditório e à ampla defesa**

Possuindo *status* de princípios constitucionais, ambos estão correlacionados, sendo, em diversas ocasiões, tratados como sinônimos. Contudo, há uma diferenciação entre eles.



No escopo da melhor doutrina, ambos os princípios se encontram no conjunto das garantias que constituem o princípio do devido processo legal (Bonfim, 2009).

Pode-se dizer que o princípio do contraditório é uma garantia conferida às partes com a finalidade de que elas tenham, de forma efetiva, uma participação na formação da convicção do magistrado. Segundo Canuto Mendes de Almeida (1937, p.110), é “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”. Noutras palavras, o princípio do contraditório é que cada ato praticado no decorrer da fase processual seja resultado da participação ativa das partes.

Lado outro, enquanto o princípio do contraditório abarca ambas as partes, o princípio da ampla defesa possui apenas um alvo, o acusado. Percebe-se que há uma relação entre os dois princípios, porquanto o contraditório seria um limite para a ampla defesa.

O entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira (2013, p.29):

É que, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da garantia de participação, isto é, a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação.

Apesar de relacionados, não são sinônimos.

Para Roberto Lewandoski (2017) o direito ao contraditório e à ampla defesa fica completamente esvaído quando o processo judicial se aparta dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade ou do ideal de concretização do justo.

Não há um significado definido do que venha a ser “justo”, possuindo um critério subjetivo. Nesse sentido, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa Morais (2009) em sua dissertação descreve:

Considerando a dicotomia direito/justiça, tendo o direito como objetivo a concretização do justo (a despeito de poder se afirmar a dificuldade de definição a respeito do que seja o justo), ou seja, a concretização da justiça, é de se salientar que, ao contrário do direito, nem sempre houve uma preocupação ou até mesmo uma definição a respeito do valor “justiça”.

Todavia, via de regra, justo é fazer o correto, é cumprir a lei à risca, é condenar alguém que merece ser condenado por descumprir as normas, por não saber conviver em sociedade, é absolver um inocente de um crime, *et cetera*.

A busca pela verdade real, no processo penal, é norte para que se consiga chegar ao justo, a realização da justiça. De certa forma, a figura do juiz das garantias, colocará percalços ao julgador, prolator da sentença de mérito, de fazer o justo.

### **3.3.2.3 Princípio do juiz natural**

Constitucionalmente explícito no art. 5º, XXXVIII e LIII, não haverá juízo de exceção, bem como não poderá alguém ser processado senão pelo juiz ou tribunal competente.

Hodiernamente, no processo penal há previsão do princípio da identidade física do juiz, conforme disposto no art. 399, §2º do CPP. Trata-se de um direito não só da acusação, mas também da defesa.

De tal modo, infere-se do artigo mencionado que a presença de um único magistrado no caso concreto é a melhor hipótese para um julgamento com o resultado justo.

Ora, quem, senão o próprio magistrado que conhece profundamente o caso trazido no processo, seria competente para julgá-lo?

Nessa toada, a fundamentação trazida no abaixo-assinado por juízes e desembargadores contra o instituto destaca uma importante sobrecarga:

A situação é agravada pelo fato de que o denominado juiz de garantia ficará responsável não só pela prática de atos na fase investigatória, como também irá analisar, em determinados casos, o mérito das imputações contra o acusado, invadindo a esfera do juiz responsável constitucionalmente pelo processual. Como exemplo, está a previsão de que o juiz de garantias poderá absolver sumariamente o acusado ou receber a denúncia, bem como decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou de colaboração premiada.

Ainda, segundo o mesmo documento:

O juiz de garantias deprecia a figura do magistrado, pois já se parte da premissa genérica e indiscriminada de que o juiz natural seja presumidamente suspeito e não tenha condições de julgar um processo com imparcialidade, quando é o inverso. O juiz natural é quem mais conhece o caso concreto para fins de fazer o melhor julgamento, pois atua desde o início no processo tem acesso às partes e aos elementos de prova, e tem mais condições de julgar de forma justa o litígio, tanto é que o art. 399, § 2º do CPP prevê o “princípio da identidade física do juiz”. Direito não só da acusação, mas principalmente da defesa.

Observa-se, por conseguinte, que o instituto do juiz das garantias estaria criando uma maneira de sonegar, ao magistrado que proferirá a sentença de mérito, cognição de todos os indícios e demais elementos de provas que fazem parte integralmente do processo penal.

Como o magistrado buscará a realização do justo, sem o amplo conhecimento da veracidade dos fatos? Condenar alguém inocente é deveras um erro estatal que causará imensuráveis impactos na vida do condenado inocente. Contudo, permitir alguém que não saiba conviver em sociedade, infringindo as normas por ela imposta, viva sem punição na sociedade é sinônimo de justo?

A proteção dos demais membros da coletividade, não pode ser aviltada por uma limitação ao magistrado na busca pela verdade real dos fatos na tentativa da busca pelo justo, seja proferindo uma sentença condenatória ou absolutória.

Para Benigno Núñez (2020), a imparcialidade do juiz consiste na ausência de vínculos subjetivos com o processo, mantendo-se o julgador distante o necessário para conduzi-lo com isenção.

A busca pela verdade real dos fatos criar-se-á no julgador uma parcialidade subjetiva, exceptuando-se a busca pela justiça? A resposta para essa pergunta é trivialmente negativa. Não se cria alguma parcialidade, ou uma suposta contaminação do juiz na fase pré-processual.

O Código de Ética da Magistratura, em seu art. 8º define o que vem a ser o juiz imparcial:

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Percebe-se, portanto, que a atuação do julgador na fase do inquérito policial, determinando medidas invasivas, p. ex. quebra de sigilo telefônico, ou medidas de segregação da liberdade cautelar (prisão preventiva), não o torna parcial à condenação.

Por fim, observa-se que o instituto trazido pela Lei 13.964/19 está, também, em conflito com o princípio constitucional do juiz natural.

### **3.3.2.4 Princípio da celeridade processual**

Introduzido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o inciso LXXVIII do art. 5º dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Em que pese a grande demanda do Poder Judiciário, em especial nas varas criminais, o juiz das garantias está criando mais empecilhos à conclusão do processo.

Os §§ 3º e 4º da Lei 13.964/19, dispõe:

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.

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

Faz-se mister destacar que malgrado a tentativa de evitar que o juiz da instrução e julgamento tenha contato com todos os elementos de provas produzidos na fase do inquérito policial, a própria lei assegura às partes o “amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.”

Nesse sentido, critica Fábio Uchôa Montenegro (2020):

Ora, se as partes tem amplo acesso a integralidade do procedimento (com certeza farão uso deles na parte que lhes possa interessar), o que significa dizer que poderão extrair cópias e darem a elas o destino que entenderem devidos, inclusive, juntando aos autos que tramitam junto ao juiz da instrução e julgamento, com muito mais razão, o referido juiz, que vai proferir uma decisão de mérito condenando ou absolvendo o réu, deve ter irrestrito acesso a todo acervo probatório constante dos autos referentes ao Juiz da Instrução, pois é de capital importância, notadamente no que se refere a valoração da prova, se for o caso, cotejar os depoimentos prestados em ambas as fases processuais, entre si e com os demais meios de provas produzidos, a fim de emprestar maior ou menor credibilidade ao conteúdo da prova, buscando, dentro do possível a verdade real, como forma de uma melhor distribuição da justiça, seja para condenar seja para absolver.

Segundo o abaixo-assinado contra o juiz das garantias, advindo dos juízes e desembargadores:

(...) esta criação não estabelece garantia alguma, apenas exige a participação de mais um juiz para atuar no processo criminal, na fase de investigação, gerando, na prática, imenso tumulto processual. Macula o direito de defesa, já que o investigado terá que se reportar em cada fase a um juiz distinto, repetir toda a narrativa, o que vai de encontro à razoável duração do processo, direito fundamental, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

De modo inequívoco, a própria lei está se contradizendo. O juiz das garantias está, desse modo, criando mais dificuldades na persecução penal – como se não bastasse as que já existem –, conseqüentemente uma maior morosidade, infringindo, assim, o princípio da celeridade processual.

### **3.3.2.5 Princípio da eficiência da Administração Pública**

Por derradeiro, não se pode olvidar do princípio constitucional da eficiência da Administração Pública, disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, acrescido pela EC nº 19 de 4 de julho de 1998, o qual vem sendo chamado de eficácia administrativa.

Kildare Gonçalves Carvalho (2013, p.371) leciona:

Pode-se entender Administração Pública em sentido subjetivo (e aqui a palavra é grafada com maiúscula) como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado, e em sentido objetivo, ou seja, “conjunto de atividades preponderantemente executórias de pessoas jurídicas de Direito Público ou delas delegatárias, gerindo interesses coletivos, na prossecução dos fins desejados pelo Estado”<sup>10</sup>

Em complemento, faz-se mister ressaltar, como observa José Cretella Jr. (1988), que a Administração existe nos três Poderes.

É cediço que o termo “eficiência” é sobremaneira amplo, pressupondo-se a realização dos atos administrativos com máxima presteza (agilidade e prontidão), com uma boa qualidade e, ainda, proficiente.

Baseando-se nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004) o administrador público está compelido a agir tendo como parâmetro o melhor resultado

---

<sup>10</sup> Moreira Neto, 1976 p.88, apud Kildare Gonçalves Carvalho.

estando atrelado ao princípio da proporcionalidade, o qual estará sujeito à aferição do controle jurisdicional. A eficiência diz respeito tanto à otimização dos meios quanto a qualidade do agir final.

Infere-se, portanto, que a instalação do juiz das garantias no atual ordenamento jurídico pátrio não tornará mais célere a prestação jurisdicional, haja vista que uma grande parte das comarcas são de varas únicas, e, ainda, naquelas em que há mais de um magistrado, não há a possibilidade do rodízio entre os magistrados levar aos jurisdicionados uma prestação rápida e de boa qualidade.

Muito embora a prestação jurisdicional não esteja compreendida na definição de atividade administrativa propriamente dita, ainda que se considere que o Poder Judiciário também exerce função administrativa, é possível aplicar-se o princípio ao seu âmbito de atuação, fazendo-se, inclusive, um paralelo com os postulados da efetividade da jurisdição e do devido processo legal.

Nesse passo, é fundamentação do documento assinado pelos juízes contra a instalação do juiz das garantias:

O juiz das garantias fere o princípio constitucional da eficiência, art. 37 da CF. Citamos o caso das Varas Criminais Especializadas, com inquéritos de 50, 60 volumes. Adotar sistema de rodízio não só é contraproducente, como humanamente inviável. A uma, se terá um conhecimento por demais superficial da situação dos autos. A duas, o rodízio chamará a atuar no feito magistrados que muitas vezes estão há muitos anos atuando em outra seara (juizados especiais, execução fiscal, varas cíveis, etc). Se a ideia que permeia a especialização de Varas é de atuar com exclusividade em determinado ramo para, com a expertise gerada com a prática, melhorar a prestação jurisdicional em qualidade e quantidade, a adoção do rodízio irá na contramão de um judiciário comprometido com uma escorreita prestação jurisdicional.

Isto posto, conclui-se que a instalação do juiz das garantias diminuirá a qualidade do serviço da tutela jurisdicional, bem como a velocidade que se obtém uma resposta do Estado-juiz, por conseguinte, estará indo em direção contrária ao princípio da eficiência da Administração Pública.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese o juiz das garantias ter raízes em outras figuras, tais como o juiz instrutor nos países europeus, pouco se parece com estes. Aparentemente quase tudo que é extraído da legislação alienígena para introdução no ordenamento brasileiro é deturpado para se encaixar nos moldes do país, seja por ideologias, questões políticas, *et cetera*.

Como visto, o Brasil adota o sistema acusatório, onde há uma separação de quem julga, quem acusa e de quem defende, sendo o processo penal norteado pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e do *in dubio pro reo*. Contudo, esse sistema acusatório é misto, ou mitigado, e pode – e deve – julgador, em algumas situações, determinar a realização de certas provas, em consonância com o princípio da verdade real.

Percebe-se que há críticos quanto à possibilidade em que o magistrado tem a possibilidade de querer buscar a verdade real, seja para condenar ou absolver, e, portanto, criaram de maneira errônea essa nova figura para o processo penal, buscando a total imparcialidade do julgador (o que pode ser classificado como utopia).

Dessarte, como válvula de escape, estão tentando inserir no sistema normativo brasileiro essa figura, acrescentando um juiz estranho ao competente para o julgamento, com o intuito de cercear deste a possibilidade de conhecer a veracidade dos fatos.

Após intenso estudo sobre o juiz das garantias, sobretudo a maneira que fora inserido no ordenamento jurídico pátrio, bem como o embate aos princípios constitucionais, pode-se afirmar que a atual figura possui vício congênito, vício que desde o seu nascimento carrega consigo.

Como visto, em decorrência da teoria da nulidade adotada por maioria da doutrina, a atual figura do juiz das garantias não pode, ainda que posterior à extinção da suspensão dos arts. 3.º-A a 3.º-F da Lei 13.964/2019, ter validade e eficácia jurídica reconhecida.

A figura, que tantas divergências trouxe ao universo jurídico brasileiro, deve ser extirpada do ordenamento pátrio, não por ser ruim ou bom, mas para que seja preservada a integridade do sistema constitucional em face dos vícios formais e materiais que a contaminam, haja vista o vício de iniciativa vinculado à proposição normativa, lembrando que a Constituição Federal prevê iniciativa reservada ao Poder

Judiciário na hipótese; a ausência de prévia dotação orçamentária, relevando observar, inclusive, que em face da autonomia financeira reconhecida aos Poderes constituídos o Judiciário tem orçamento próprio e liberdade para aplicação de recursos públicos; o comprometimento das funções jurisdicionais em pequenas comarcas, dentre outros.

O presente trabalho não tem a pretensiosa ambição de exaurir o tema, tampouco propor um modelo ideal e escorreito, até porque trata-se de um instituto recente, inexistindo uma grande doutrina e jurisprudência acerca do tema, mas apenas demonstrar as possíveis inconstitucionalidades presentes na atual conjuntura do referido instituto.

Não obstante, por se tratar de uma questão subjetiva, não há como afirmar que será declarada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Em que pese as conclusões das pesquisas demonstrando os vícios, não seria surpreendente, haja vista os posicionamentos jurídicos e até políticos dos ministros que integram a Suprema Corte, que não seja declarada a inconstitucionalidade.



## REFERÊNCIAS

- ABAIXO-ASSINADO contra o juiz de garantias. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/abaixo-assinado-juiz-garantias.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2020.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A Contrariedade da Instrução Criminal**. Tese do concurso à Livre-Docência. São Paulo: USP, 1937.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2011.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo. Ed. Malheiros. 2004.
- BARROS FILHO, Mário Leite de. **Da inconstitucionalidade do juiz de garantias**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2049, 9 fev. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12302>. Acesso em: 7 jun. 2020.
- BASTOS, Celso ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. São Paulo. Ed. Saraiva. 1991.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo. Ed. Malheiros. 1994.
- BRASIL. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Brasília, DF. Conselho Nacional de Justiça. 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado Federal. 1988.
- BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298**. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 22/01/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em 25 de março de 2020.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4º ed. São Paulo. Saraiva, 2009.
- BRIÃO, Roberta Fussieger. **Os poderes instrutórios do juiz e a busca da verdade real no processo civil moderno**. s.d. Disponível em:

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PODERES%20INSTRUTORIOS%20DO%20JUI%20E%20A%20BUSCA%20DA%20VERDADE%20REAL%20-%20Roberta%20Fussieger%20Bri%C3%A3o.pdf>. Acesso em 25 de março de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra. Ed. Almedina. 1980.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. vol. 1. 20ª edição, Belo Horizonte. Del Rey editora, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. A administração pública. In: **A Constituição brasileira – 1988: interpretações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

DUARTE, Christian Bernal. **Reforma del Proceso Penal en Paraguay y el Juez de Garantías y sus funciones**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). o novo Processo Penal à luz da Constituição. Análise crítica do projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 131-143.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho como sistema de garantías**. 5ª edição. Madri. Ed. Trotta, 2006.

FERREIRA, Caroline Ceola *et al.* **Princípio da verdade real no âmbito processual penal**. Revista Direito e Sociedade. Mato Grosso do Sul, v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <http://www.aems.edu.br/publicacao/edicaoatual/sumario/2015/Artigo%2010%20-%20PRINC%C3%8DPIO%20DA%20VERDADE%20REAL%20NO%20%C3%82MBITO%20PROCESSUAL%20PENAL.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 31ª edição, São Paulo. Saraiva, 2005.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da verdade real**. JusBrasil. 2010. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real#:~:text=O%20primeiro%20deles%3A%20princ%C3%ADpio%20da,da%20verdadeira%20realidade%20dos%20fatos>. Acesso em: 19 set. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Martins Fontes, São Paulo, 1987.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 24ª edição, ed. Saraiva, 2020.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Conceito de devido processo legal anda esquecido nos últimos tempos**. Revista Consultor Jurídico. 27 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-27/lewandowski-conceito-devido-processo-legal-anda-esquecido>. Acesso em: 13 de jun. de 2020.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 273.

LOPES JR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 228.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Devido processo legal substancial**. s.d. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon%20-%20formatado.pdf>. Acesso em 19 de set. de 2020.

MILLER, Marcelo. **Juiz das garantias é avanço e pode fortalecer cultura de imparcialidade**. Revista Consultor Jurídico, 27 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/marcello-miller-juiz-garantias-fortalece-cultura-imparcialidade>. Acesso em: 29 fev. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra. Coimbra Editora. 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MONTENEGRO, Fábio Uchôa. Portal jurídico Migalhas. **Juiz das garantias - Um arremedo do juiz de instrução**, 8 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/317982/juiz-das-garantias-um-arremedo-do-juiz-de-instrucao>. Acesso em: 19 set. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Guilherme Peña de; **Direito constitucional: Teoria da Constituição**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2006.

MORAIS, Márcio. **O conceito de justiça distributiva no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_MoraisME\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MoraisME_1.pdf). Acesso em: 19 set. 2020

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7ª edição: São Paulo: RT, 2002.

NOVO, Benigno Núñez. **Juiz de garantias: qual o problema?** 02 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11454/Juiz-de-garantias-qual-o-problema>. Acesso em: 19 set. 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

Revista **Consultor Jurídico**, 5 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-05/cnj-mostra-20-varas-juiz-metade-disse-moro>. Acesso em: 13 jun. de 2020.

RODRIGUES, Martina Pimentel. **Os sistemas processuais penais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3833, 29 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26262>. Acesso em: 29 fev. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Malheiros editores, 2015.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Direito constitucional**. Braga: Livraria Cruz, 1979.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução da sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

TOURINHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.