

Recebido em: 11/03/2024

Aceito em: 28/11/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v27i2.2024-11033



UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO STF E OS CONTORNOS DADOS À ADI 6298: UMA NOVA POLÍTICA CRIMINAL?

A BRIEF ANALYSIS OF THE STF'S INTERPRETATION AND THE CONTOURS GIVEN TO ADI 6298: A NEW CRIMINAL POLICY?

Ana Julia Pozzi Arruda

Doutoranda e mestre em Direito pela
Universidade Estadual Paulista,
Faculdade de Ciências Humanas e
Sociais (UNESP/F.C.H.S.), campus de
Franca. Bolsista CAPES
ana.arruda@unesp.br

<https://orcid.org/0000-0001-7021-7983>

*Mariana Delgado Britez
Rigacci*

Mestranda em Direito pela Universidade
Estadual Paulista, Faculdade de
Ciências Humanas e Sociais
(UNESP/F.C.H.S.), campus de Franca.
Bolsista CAPES.

m.rigacci@unesp.br

<https://orcid.org/0009-0009-0926-1550>

RESUMO: No presente trabalho, tem-se como paradigma a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298, que trata acerca do instituto do Juiz das Garantias. Tal instituto é um importante conquista para um Estado Democrático de Direito, já que confere visa aperfeiçoar o Sistema Acusatório, ao contribuir para que o haja uma separação entre aquele que irá julgar o processo e aquele que tomará decisões na fase do Inquérito. O presente trabalho visa discutir o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no caso a partir do que seria a política criminal. Assim, de forma bastante sintética, primeiro buscou-se esclarecer o que é a política criminal e como ela deve ser considerada no âmbito do Direito Processual Penal; a partir de tais marcos teóricos, confronta-se como o juiz de garantias foi concebido como medida de política criminal; e, por fim, contrastando a previsão legal do instituto com a interpretação dada pelo Supremo na referida ADI, buscou-se verificar se houve adequada observância aos valores constitucionais. A partir de tais objetivos buscou-se delinear se é possível verificar no posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente ao instituto do juiz de garantias, uma postura ativa na construção da política criminal, incumbência que, constitucionalmente, não lhe seria dada.

PALAVRAS-CHAVE: Juiz das Garantias; Política Criminal; Supremo Tribunal Federal; ADI 6298.

ABSTRACT: In the present work, the paradigm is the Direct Action of Unconstitutionality 6298, which deals with the institute of the Judge of Guarantees. Such institute is an important achievement for a Democratic State of Law, as it aims to improve the Accusatory System, by contributing to a separation between that who will judge the process and who will make decisions at the Inquiry stage. The present work aims to discuss the position of the Federal Supreme Court in the case based on what criminal policy would be. Thus, in a very synthetic way, we first sought to clarify what criminal policy is and how it should be considered within the scope of Criminal Procedural Law; from such theoretical frameworks, it is confronted how the judge of guarantees was conceived as a measure of criminal policy; and, finally, contrasting the legal provision of the institute with the interpretation given by the Supreme Court in the aforementioned ADI, we sought to verify whether there was adequate compliance with constitutional values. Based on these objectives, we sought to outline whether it is possible to verify in the position of the Federal Supreme Court in relation to the institute of the judge of guarantees, an active stance in the construction of criminal policy, a task that, constitutionally, would not be given to it.

KEYWORDS: Judge of Guarantees; Criminal Policy; Supreme Court; ADI 6298.

Como citar: ARRUDA, Ana Julia Pozzi; RIGACCI, Mariana Delgado Britez. Uma Breve Análise Sobre A Interpretação do STF e os Contornos Dados À Adi 6298: Uma Nova Política Criminal? *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v. 27, n. 2, p. 345-364, 2024.

INTRODUÇÃO

Em sociedades complexas, marcadas pelo pluralismo político, os conflitos constitucionais são elementos absolutamente normais para a construção e aperfeiçoamento da democracia. Nesse sentido, Paulo Bonavides (2004) aponta para a necessidade de diferenciar a legitimidade da jurisdição constitucional e a legitimidade de seu exercício. Para o autor, a primeira seria matéria de ordem institucional e, portanto, sempre legítima para defesa da ordem constitucional; a segunda, por sua vez, teria de ser construída pelo Tribunal responsável pela fiscalização da constitucionalidade, atentando-se aos fins desta atividade (Bonavides, 2004).

Entretanto, ressalta o professor que esta legitimidade é altamente comprometida quando a atividade é imiscuída de interesse político e manipulada pelo grupo governante, quando este busca que o controle de constitucionalidade seja feito em seu próprio interesse em detrimento do interesse da ordem constitucional. Seria o este cenário das “ditaduras constitucionais’ de algumas repúblicas latino-americanas, das quais o exemplo mais atual, frisante e ilustrativo é o Brasil na presente conjunção” (Bonavides, 2004, p. 128).

Quase 20 (vinte) anos após esta análise, em que pese o termo “ditadura constitucional” parecer um tanto excessivo, alguns pontos ainda subsistem, notadamente a dificuldade de se afirmar o interesse da ordem constitucional. Em matéria criminal, afirma-se que a política criminal deve ser inferida da ordem constitucional e, portanto, da carga axiológica que esta representa. Todavia, a efetiva compreensão deste entendimento pelos Tribunais Superiores parece esbarrar em alguns obstáculos adicionais, cuja origem está na má utilização deste conceito e de suas funcionalidades para a ordem jurídica, sobretudo jurídico-criminal.

No presente trabalho, tem-se como paradigma a ADI 6298, que diz respeito ao instituto do Juiz de Garantias, para discutir o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no caso a partir do que seria este “interesse da ordem constitucional” ou, melhor dizendo, do que seria a política criminal. Assim, de forma bastante sintética, primeiro buscou-se esclarecer o que é a política criminal e como ela deve ser considerada no âmbito do Direito

Processual Penal; a partir de tais marcos teóricos, confronta-se como o juiz de garantias foi concebido como medida de política criminal; e, por fim, contrastando a previsão legal do instituto com a interpretação dada pelo Supremo na referida ADI, buscou-se verificar se houve adequada observância aos valores constitucionais. A partir de tais objetivos buscou-se delinear se é possível verificar no posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente ao instituto do juiz de garantias, uma postura ativa na construção da política criminal, incumbência que, constitucionalmente, não lhe seria dada.

1 O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL

O título da seção não é por acaso, remete à obra de Fernando A. Fernandes (2001), que nos dá um importante aporte teórico, por vezes deixado em segundo plano, que é o de considerar a função da política criminal no Sistema Jurídico-Criminal, aqui especificamente, no âmbito do Direito Processual Penal. Não cabe deter-nos sobre o desenvolvimento histórico da aproximação entre política criminal e dogmática, bastando, para os fins do presente trabalho, destacar que teve início na obra do consagrado penalista alemão, Franz Von Liszt, e foi retomada pelas correntes funcionalistas, sobretudo aquela do funcionalismo racional-teleológico. Tal corrente teve início com Claus Roxin (2002), porém alcançou magnitude tamanha que parece ter se consagrado em própria escola de pensamento epistemológico do Direito Penal.

Dessa forma, torna-se possível, então, uma aproximação entre *ser* e *dever-ser* pela integração entre as finalidades do Direito Penal e a dogmática da teoria do delito, na medida em que se constitui um sistema aberto a valorações, mas, ao mesmo tempo, limitado quanto aos valores que busca concretizar. Ou, ainda, nos próprios termos de Roxin (2002, p. 20) “fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal”. Nesse sentido, a genialidade da proposta de Fernando A. Fernandes (2001) é justamente fazer esta aproximação no âmbito do Direito Processual Penal, garantindo que os

fins de política criminal também sejam aqui realizados, em verdadeira relação de complementaridade funcional.

O termo “política criminal”, muitas vezes, é empregado de modo impreciso e generalizante, sobretudo quando faz referência, simplesmente, a medidas mais repressivas em matéria criminal. Em realidade, esta definição amplamente marcada pelo senso comum carece de fundamentação científica, porque a política criminal vai além: “[...] a *Política Criminal* proporciona a necessária referência a fins e valores ao cumprir a «missão política» de orientar a evolução da legislação penal (perspectiva *de lege ferenda*) ou sua própria aplicação no presente (perspectiva *de lege lata*) às finalidades materiais do Direito Penal” (Silva Sánchez, 1992, p. 48, destaque original, tradução nossa).

De forma bastante sintética, portanto, a política criminal conforma a orientação teleológica do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Ou, ainda, “é a política jurídica no âmbito da justiça criminal”, que determina os limites dentro dos quais pode operar a punibilidade (Fernandes, 2001, p. 47). Dentro de um contexto do Estado Social e Democrático de Direito, esta política jurídica deve perseguir as finalidades identificadas nos valores do sistema jurídico-constitucional, como explica Jorge de Figueiredo Dias:

Exato é antes que as finalidades e as proposições político-criminais devem, elas também, ser procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores e de interesses que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição do Estado. Somente desta maneira poderá de resto a política criminal, como deve, conceder uma importância primária à proteção dos direitos, das liberdades das garantias da pessoa - de toda e qualquer pessoa, só por o ser (Dias, 1999, p. 43).

Isto porque parte-se da ideia de que a Constituição representa um consenso axiológico a ser efetivado, tanto na perspectiva *de lege ferenda* quanto na perspectiva *de lege lata*, de modo que vincula, então, o legislador, o aplicador e os demais operadores do Direito, em geral. Para ser bem elucidativo, Fernando A. Fernandes (2003) esclarece que os Estados Sociais e Democráticos de Direito, sobretudo aqueles fundados na dignidade humana, como forma de garantir o máximo desenvolvimento da pessoa em sociedade, possuem uma política criminal fundada na necessidade de intervenção, na mínima medida do necessário. Ao fim e ao cabo, isto significa um Direito

Penal mínimo, fundado nos princípios de *ultima ratio*, intervenção mínima e proporcionalidade (Fernandes, 2001).

No âmbito do processo penal, a política criminal certamente seria exteriorizada da norma que consagra o sistema acusatório, notadamente o artigo 3º-A do Código de Processo Penal, isto porque o sistema acusatório é a opção mais funcional para a garantia da dignidade humana e para a máxima realização da pessoa. Trata-se de uma orientação que, nas palavras de Aury Lopes Jr (2022, p. 227):

É um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto e passa a assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois evitam eventuais abusos de prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado do seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação (Lopes Jr, 2022, p. 227).

O sistema inquisitório, por sua vez - ou seus resquícios que ainda contaminam o ordenamento processual penal brasileiro -, não se coaduna com uma política criminal democrática, na medida em que constata-se a figura de um juiz inquisidor, que não só investiga, como é parcial, distanciando-se de qualquer princípio democrático, sobretudo, o do contraditório. Nesse sentido, estaria concentrada na mesma figura, a do juiz, os poderes de investigar, acusar, defender e julgar, como se fosse possível que partes tão antagônicas pudessem conviver juntas (Lopes Jr, 2022).

Por fim, importa reconhecer que o processo penal não é apenas um instrumento de aplicação do Direito Penal, mas deve atuar conjuntamente com tal disciplina para a “proteção da sociedade - de bens jurídicos essenciais, dizemos nós - a paz social, a defesa dos interesses jurídicos, a convivência harmônica das pessoas no território da nação” (Mirabete *apud* Fernandes, 2001, p. 75).

Nesse sentido, Fernando A. Fernandes (2001) inclusive reconhece que algumas garantias podem e devem ser limitadas ou reformuladas, quando não conflitarem com a dignidade humana. Todavia, como expõe também o autor, há um núcleo essencial que invariavelmente deve ser preservado, sendo

ilegítima qualquer proposta de relativização que implique um ataque à dignidade humana.

O referido autor destaca, inclusive, que o equilíbrio entre *funcionalidade e garantia no processo* deve ser cuidadosamente ponderado, sempre com a dignidade humana como limite intransponível. Ressalta que qualquer mitigação de garantias essenciais, como a presunção de inocência, somente pode ser admitida se não comprometer a dignidade do indivíduo. Assim, mesmo medidas que visem maior eficiência ou celeridade processual tornam-se absolutamente ilegítimas quando acarretam afronta a esse princípio fundamental. A dignidade humana deve ser o parâmetro central para decidir sobre a validade de eventuais flexibilizações no sistema jurídico.

2 JUIZ DE GARANTIAS NA LEI 13.964/2019: UM PROJETO DE POLÍTICA CRIMINAL

O Direito Penal e o Direito Processual Penal, em um Estado Democrático de Direito, devem seguir os princípios norteadores constitucionais, pois tratam dos Direitos e garantias fundamentais de um cidadão, principalmente, no que diz respeito à sua liberdade. Essa afirmação não se trata de mero preciosismo ou repetição teórica, mas, é sobretudo, a pedra de toque fundamental que possibilita classificar e referenciar o modelo de Estado eleito pela Constituição Federal de 1988. Afinal, o Direito Penal tem extrema relevância na configuração social, e vice-versa, trata-se de uma interferência recíproca (Fernandes, 2003).

Quando estamos diante da esfera processual, considerando o sistema elencado tanto pelo texto Constitucional, bem como pela inteligência do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, qual seja o sistema acusatório, como delineado no capítulo anterior, se faz necessário atenção às partes processuais. Sobretudo, é imprescindível que se faça uma análise atenta daquele que irá julgar. Seja porque se trata de um nobre dever concebido pela ideia contratualista de Estado - demais que a ideia pessoal de vingança foi substituída pela ordem jurisdicional - seja porque se estará tratando sobre a liberdade de um cidadão, e não há nada mais precioso em um Estado Liberal do que a própria ideia de liberdade. Ademais, deve ser garantido que haja uma

separação nas funções das partes: “em que as atividades de acusar e julgar estejam efetivamente distribuídas a diferentes personagens, estruturado sobre um procedimento em contraditório, cabendo às partes desenvolver a atividade probatória com o objetivo de convencer um julgador imparcial” (Lima, 2020, p.102).

Nesse sentido, cabe destacar dois princípios fundantes, de extrema relevância para esse estudo, o primeiro deles, o princípio do juiz natural. Previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXVII: “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”, além do inciso LII, que dispõe que “ninguém será sentenciado ou julgado, senão pela autoridade competente” (Brasil, 1988), é uma das bases para que se consagre um sistema acusatório:

O juiz natural é, portanto, uma garantia inscrita entre os direitos fundamentais na Constituição brasileira, que limita os poderes do Estado na persecução penal, impedindo que esta por ser exercida de forma arbitrária, como acontece geralmente nos Estados autoritários ou de exceção. Por isso que esse princípio integra o princípio *mater* do devido processo legal, logo, a sua inobservância acarreta a invalidade absoluta do processo em caso de condenação do réu. Trata-se de um princípio absoluto estabelecido em favor dos indivíduos diante do poder estatal de punir, isto é, qualquer desrespeito ao princípio do juiz natural implica mesmo a nulidade absoluta do processo (Machado, 2010, p. 32).

Em segundo, tão importante quanto o princípio do juiz natural, está o princípio da imparcialidade. Fundado na ideia de que o tratamento das partes deve ser igual, sem qualquer privilégio por parte do julgador à acusação ou à defesa. Merece destaque que um juiz imparcial não é um juiz neutro e assim sendo, o que se busca é compreender a dimensão da imparcialidade expressa em uma construção técnico artificial do processo. O juiz é a figura de um terceiro, de um outro, imparcial diante das partes processuais, que não deve escolher um lado, senão, o de julgar; o que se pretende é alcançar a figura de um juiz que tenha espaço para formar sua livre concepção, sendo um juiz independente das partes (Lopes Jr., 2022). Em suma, deve o julgador ser passivo, cabendo às partes, através do trabalho probatório de acusação e defesa, formar o convencimento do juiz. Inclusive, quando a acusação não conseguir provar a culpa do réu, não pode o juiz buscar ou solicitar novas provas, cabe a ele, tão somente, absolver o réu, em conformidade com o

magistral princípio *in dubio pro reo*. Portanto, o juiz deve ser parte isenta dentro da relação processual.

Não é incomum, principalmente em casos recentes, como o da Operação Lava Jato, a criação de imaginários, principalmente, através de intenso trabalho midiático, da figura do juiz como herói. A histórica capa da revista Istoé, em que o ex-juiz Sérgio Moro e o presidente Luiz Inácio Lula da Silva estavam dentro de um ringue de boxe, enquanto opositores e adversários em uma suposta luta, exemplifica essa ideia (ISTOÉ, 2017). Constata-se a criação reiterada de um herói e de um bandido, quais sejam, juiz e réu, criando-se narrativas como se fossem roteiros de filme ou de novela, em que o público, através dos canais midiáticos, aguarda para ver os desfechos desses personagens, o que causa muito mais interesse do que o próprio curso jurídico do processo (Fernandes, 2018). Ainda que, infelizmente, essa ideia tenha se naturalizado no país, principalmente nos últimos anos, nada mais perigoso ao sistema acusatório do que um juiz que é visto como herói e que cede aos apelos populares ou aos seus próprios princípios em detrimento aos princípios de um Estado Democrático de Direito.

A figura do juiz das garantias emerge justamente com o intuito de se opor a essa lógica e a fim de consagrar o princípio da imparcialidade e de um sistema acusatório. O próprio nome é sugestivo ao que se pretende: um juiz que possibilite trazer ao processo penal as garantias que dele são imprescindíveis quando se está diante de um modelo de Estado Democrático de Direito. O juiz das garantias é concebido para atuar na fase pré-processual, tomando decisões até o recebimento da denúncia, o que possibilita que não haja uma “contaminação” entre aquele que recebe a denúncia e por aquele que, de fato, irá julgar:

Porque o que se visa com essa figura jurídica não é apenas atender o cidadão na proteção de seus direitos na investigação e dos órgãos de persecução em ter um juiz mais afeitos à realidade de uma investigação criminal, mas a grande finalidade da sua inserção está em garantir que o juiz da causa não atue contaminado por sua atuação anterior (em fase investigativa). Com isso se evitam os inegáveis comprometimento de resultado e vinculação psicológica que o magistrado que atuou na investigação carrega para dentro da ação penal. Quem é capaz de negar que um magistrado atuante na fase de investigação já forme sua convicção desde esse primeiro instante, sendo, não raras vezes, irrelevante a fase judicial? Com a separação na atuação judicial, conforme projetado, garante-se de forma muito mais efetiva o devido processo legal, o contraditório, o direito à prova e a

presunção de inocência. Tudo porque se criou um novo sistema que assegura uma maior imparcialidade judicial e, com isso, uma maior isenção psicológica do magistrado no momento de julgar a causa. Por isso se diz que o juiz das garantias dá maior efetivação ao princípio acusatório determinado constitucionalmente (Moraes, 2010, p.22).

Há que se fazer uma importante ressalva nesse sentido, pois todo o inquérito policial e o processo em si já são estigmatizantes para o indiciado e suposto réu, portanto, são, sobretudo, nesses momentos que as garantias constitucionais devem ser chamadas a atuar em sua exaustão. Se concebermos a hipótese de que o Direito Penal deve realizar a contenção do poder de punir do Estado (Zaffaroni, 2021), o que também é feito pela estrita observância às regras processuais, a efetivação das garantias é justamente o que possibilita tal feito. Portanto, é ilusório imaginar que não haja uma “contaminação” quando o mesmo juiz é aquele que toma decisões pré-processuais, recebe a denúncia, e atua na fase processual. Como o juiz poderia “esquecer” os indícios apurados no Inquérito sem o contraditório e sem a ampla defesa, que, eventualmente, não adentrem como provas no processo?

Ademais, não poderia também ter uma visão completamente imparcial dos fatos ali apurados, sendo que a teoria da dissonância cognitiva atesta justamente esta dificuldade, porque o indivíduo teria a tendência a manter os mesmos valores e crenças. Conforme pesquisa empírica realizada por Bernd Schünemann (2012), o contato do juiz com as provas nas fase de investigação implicaria quase que em uma manipulação por suas próprias ideias prévias, repercutindo na formação de um juízo de acordo com o exposto nos autos da investigação. Paralelamente, implica em menor consideração dos fundamentos da defesa e em maior tendência a assimilar as informações conforme descritas no inquérito ou na denúncia do Ministério Público: “No geral, a assimilação das informações pelo juiz é distorcida e está voltada ao delineamento da ocorrência criminal exposto no inquérito policial e à apreciação que dele faz o Ministério Público. Com isso, resultados probatórios dissonantes são menos percebidos e retidos” (Schünemann, 2012, *online*).

Como ainda nos recorda Aury Lopes Junior (2023), o nome dado, juiz das garantias, não foi o melhor. Isso porque no Brasil, seja pela incisiva narrativa midiática de repressão penal e até por uma cultura repressiva,

confunde-se a ideia de garantias com impunidade, o que certamente não é cientificamente aceito. O juiz de garantias emerge para contrariar a estrutura inquisitória, na qual estão concentradas na mão do juiz diversas funções que não lhe cabem, e resguardar direitos e garantias fundamentais. Pode ser compreendido, conforme majoritariamente faz a doutrina, como:

O controlador da legalidade da investigação realizada pelo MP e/ou pela Polícia, na medida em que existem diversas medidas restritivas de direitos fundamentais que exigem uma decisão judicial fundamental como garantidor da eficiência de direitos fundamentais exercíveis nesta fase, como direito de acesso (contraditório, no seu primeiro momento), defesa (técnica e pessoal), direito a que a defesa produza provas e requeira diligências do seu interesse, enfim, guardião da legalidade e da eficácia das garantias constitucionais que são exigíveis já na fase pré-processual (Lopes Jr., 2023, p. 119).

A discussão da possibilidade de um juiz das garantias não é atual, e emergiu já no século passado no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que compreendeu ilegítimo o julgamento do caso *De Cubber x Bélgica*, em que dos 3 juízes, um deles havia proferido decisões na fase investigatória, e que, portanto, já havia formado sua convicção sobre a culpabilidade do réu, antes mesmo do julgamento. Tal episódio impulsionou, em muitos países, a discussão sobre a legitimidade de um juízo que atua na fase pré-processual. Portugal foi o pioneiro a adotar um “juiz de instrução”, em 1987. Já a Itália, logo em seguida, adotou a figura do *giudice per le indagini preliminari*. Na América Latina, o Paraguai foi o primeiro a adotar formalmente em seu Código Penal a ideia de um juiz de garantias (Lima, 2020).

No Brasil, não é errado afirmar que havia já um precioso debate acerca da necessidade da figura do juiz de garantias em nosso ordenamento, tendo sido a primeira proposta sobre o tema de 2009 através do Projeto de Lei 156/2009 do Senado Federal. Contudo, foi apenas em 2019, com a Lei 13.964/2019, conhecida por Pacote Anticrime, tendo votação expressiva no Senado Federal com a aprovação por parte de 256 senadores, que a discussão foi reacesa de forma contundente.

O Pacote Anticrime prevê em seu artigo 3º-B duas importantes funções ao juiz das garantias, ele é responsável pelo controle da investigação criminal e responsável por salvaguardar os direitos individuais daquele que está submetido ao inquérito. Para tanto lhe compete um extenso rol de deveres:

receber a comunicação imediata da prisão; receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão; zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar; prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial; determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; decidir sobre os requerimentos de interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação, afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico, busca e apreensão domiciliar, acesso a informações sigilosas, outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; julgar o *Habeas Corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; determinar a instauração de incidente de insanidade mental; decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa; assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal; deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia e decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação (Brasil, 2019).

Não nos caberia nesse estudo deslindar cada uma das atribuições previstas pelo legislador, contudo, diante desse extenso rol, fica demonstrado que o congressista quis conferir à figura do juiz das garantias as atribuições concernentes a toda fase investigatória, para que, posteriormente, fosse garantida a imparcialidade objetiva do juiz da causa. Dessa forma, seria possível garantir que o juiz da causa não tivesse contato com os elementos da

investigação, prevenindo, ao máximo, que formule juízos prévios acerca do fato sob julgamento. Por fim, destaca-se que a política criminal criada pelo legislador com o Pacote Anticrime, sobretudo na figura do juiz de garantias, buscou assegurar um sistema processual acusatório e efetivar, de fato, o princípio do juiz natural e da imparcialidade, reafirmando o compromisso legislativo com o Estado Democrático de Direito assegurado na Constituição.

3 A INTERPRETAÇÃO DO STF E OS CONTORNOS DADOS A ADI 6298: UMA NOVA POLÍTICA CRIMINAL?

Após a promulgação da Lei 13.964/19, o STF foi provocado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), por meio da ADI 6298, para se manifestar sobre a constitucionalidade das modificações introduzidas no Código de Processo Penal, para criação do Juiz das Garantias. Vale ressaltar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) deriva do modelo europeu de controle de constitucionalidade, o qual é caracterizado pelo controle concentrado, de modo que cabe apenas a um único órgão garantir que as normas editadas pelo Parlamento estejam em conformidade com a Constituição. Incluída desde a Emenda nº16/1965 na Constituição de 1946, tem como finalidade a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo ou de uma lei. Está prevista, atualmente, no artigo 102, I, a, da Constituição de 1988. Ressalta-se que o controle previsto é de competência apenas do Supremo Tribunal Federal, portanto, um controle concentrado (Ferreira Filho, 2020).

O julgamento da referida ADI estendeu-se por um longo período de tempo, especificamente 4 (quatro) anos, mas a última sessão do plenário ocorreu em 24 de agosto de 2023. Nesse sentido, há alguns marcos, no mínimo, curiosos, que permearam o julgamento e merecem aqui ser destacados. Primeiramente, junto com o pedido principal de declaração de inconstitucionalidade, pediam também o deferimento de medida cautelar para suspender a eficácia dos artigos 3-A, 3-B, 3-C, 3-D, 3-E e 3-F do Código de Processo Penal, bem como do artigo 20 da Lei 13.964/2019 até o julgamento do mérito da ação. Em termos meritórios, a declaração de

inconstitucionalidade poderia ser tanto através da proclamação da nulidade com redução de texto, por ser impossível admitir a validade do “Juiz de Garantias”, quanto para dar-lhes interpretação conforme a Constituição declarando que tais artigos são “normas de eficácia limitada que dependem da edição de outras leis ordinárias, de iniciativa dos tribunais” (ADI, *online*). Para os autores da ação, portanto, mediante lei de iniciativa própria dos Tribunais, seria a única forma possível para a efetiva criação do instituto.

É curioso notar que, em 15 de Janeiro de 2020 - portanto, durante o recesso do Supremo -, foi dada liminar pelo Ministro Dias Toffoli para suspender por 180 dias os dispositivos do Código de Processo Penal que versavam sobre o Juiz de Garantias, o que depois deveria ser apreciado em plenário. A medida visava impedir os efeitos da Lei 13.964/2019, cuja entrada em vigor dar-se-ia no dia 23 de Janeiro de 2020. Posteriormente, o Ministro Luiz Fux, em 22 de Janeiro de 2020 concedeu outra liminar, a qual suspendeu por tempo indeterminado a eficácia dos mesmos dispositivos até apreciação do Plenário, bem como suspendeu a decisão anterior do Ministro Dias Toffoli. Ainda que em sede de cognição sumária, o Ministro antecipou que, em primeira análise, os dispositivos padeceriam de inconstitucionalidade material por dois argumentos principais: “a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade” (ADI, 2020, *online*).

Sem ater-nos aos juízos de valor sobre os fundamentos da decisão, de toda forma, parece que representa uma excessiva concentração de poder admitir que a autoridade de um único Ministro possa sobrepor-se à vontade do Legislativo e, monocraticamente, suspender por 4 (quatro) anos medida de política criminal que tem por objetivo, ao fim e ao cabo, resguardar direitos fundamentais. Sabe-se que esta postura politicamente ativa dos ministros não é novidade nem particularidade do Min. Luiz Fux, cuja decisão está aqui sob escrutínio. No mesmo sentido, acerca da situação, Conrado Hübner Mendes afirma:

Liminar é decisão de urgência. Justifica-se à luz do risco de a demora judicial causar prejuízo irreversível. Num tribunal, liminar deve ser concedida pelo colegiado. Apenas por razão excepcional, pode ser tomada de forma monocrática. Em controle de constitucionalidade,

nem por razão excepcional (a lei 9.868 não autoriza, mas o STF a ignora). Apenas por razão excepcionalíssima, pode ser tomada dentro do recesso judicial. Liminar monocrática em recesso, portanto, é decisão triplamente qualificada. Fux rompeu a barreira. No glossário dos abusos judiciais, falta palavra para classificar liminar monocrática que passa por cima de outra liminar monocrática, ambas dentro do recesso (Mendes, 2020).

De toda forma, após questionáveis 4 (quatro) anos das liminares, em maio de 2023, a ADI 6298 foi incluída no calendário de julgamento pela então Presidente do Tribunal, Ministra Rosa Weber, sendo o julgamento concluído em agosto de 2023. Ainda que os votos dos Ministros não tenham sido divulgados, pela certidão de julgamento, bem como pelas sessões em plenários transmitidas pela TV Justiça e disponibilizadas no canal do YouTube, é possível analisar os contornos do posicionamento do Tribunal no presente caso, ressaltando os pontos de conflito com a vontade externada pelo Legislador na edição da norma.

Assim, destacamos a seguir os pontos mais controvertidos que podem ser identificados na decisão do Supremo Tribunal Federal e que acabaram por diminuir a importância que o instituto do juiz das garantias teria para um processo penal mais justo. Na inteligência do artigo 3º-A do Código de Processo Penal, a iniciativa probatória do magistrado foi expressamente vedada, já o STF admitiu esta iniciativa pontualmente e nos limites da lei. Apesar das críticas que podem ser feitas sobre a utilização de termos bastante abstratos para delimitação desta iniciativa probatória, o termo “nos limites da lei” faz intuir que deve ser interpretado conforme o artigo 156 do CPP. Por mais que este seja um parâmetro interpretativo concreto, os contributos da psicologia social também já demonstraram que as iniciativas probatórias adotadas pelo magistrado, via de regra, não são imparciais, em realidade, visam confirmar suas primeiras impressões:

Em virtude de o magistrado formar determinada concepção do crime pela leitura dos autos do inquérito, é de se supor que o juiz, em princípio, não divirja de seu conteúdo. Por esse motivo, é natural que o magistrado busque confirmar o inquérito na audiência de instrução e julgamento de acordo com as informações tendencialmente supervalorizadas e em desacordo com as tendencialmente subvalorizadas. [...] A possibilidade de o juiz formular suas próprias perguntas não melhora a assimilação das informações, mas se presta a que seja exercida uma autoconfirmação de seu ponto de partida (Schünemann, 2012).

Prevaleceu interpretação mais restritiva também no que tange ao artigo 3º-B, incisos VI e VII, porque inicialmente previam a obrigatoriedade da audiência pública e oral, entretanto, o Tribunal optou por relativizar esta obrigatoriedade e apenas firmar que as audiências devem ser *preferencialmente* públicas. Pode ser feita a análise em conjunto também do artigo 3º-B, §1º do CPP, o qual vedava o emprego da videoconferência para a realização da audiência de custódia, mas o STF também mitigou esta vedação e passou a admitir a utilização da videoconferência quando da impossibilidade fática de que a audiência ocorra de forma presencial.

Partindo-se da ideia de que o magistrado forma um conhecimento prévio do fato logo no momento em que entra em contato com os autos do inquérito (Schünemann, 2012), é inestimável o prejuízo para a defesa de ambas alterações interpretativas. Primeiro, aponta-se a afetação ao contraditório, na medida em que tais mudanças afastam o jurisdicionado de uma verdadeira justiça material. Ainda que o processo comunicativo possa ser efetivado tanto pela escrita quanto pela oralidade, a cultura de realização de audiências públicas e orais garante a instantaneidade da comunicação e aproxima o magistrado das informações e dos fatos que serão julgados. Ademais, garante que o próprio juiz irá conhecer do ato específico, evitando-se, ao máximo, a delegação de funções ou outras interferências que possam distorcer as informações.

Todos estes pontos são igualmente fundamentais para se compreender a importância da realização presencial da audiência de custódia. Da mesma forma, a realização da audiência na modalidade virtual também é de imenso prejuízo ao jurisdicionado. Se uma das finalidades da audiência de custódia é permitir que o magistrado possa controlar a legalidade da prisão, verificar se não houve tortura ou nenhum outro excesso no ato de constrangimento da liberdade, o distanciamento físico entre réu e magistrado prejudica que estes objetivos sejam efetivamente alcançadas: a título de exemplo, a própria limitação da imagem que é transmitida pelo vídeo ou as instabilidades de conexão podem dificultar que o magistrado constate possíveis hematomas ou lesões; ou, ainda, impedir que verifique se o preso, eventualmente, estaria sendo coagido em seu depoimento. Ainda que os atos processuais sejam

virtuais, a pena é executada sobre a pessoa do condenado, sendo, no mínimo, circunstância que impõe um tratamento digno e humano ao sujeito.

A previsão do artigo 3º-B, §2º, do CPP, dispõe que o excesso de prazo torna prisão ilegal, devendo ser relaxada imediatamente; contraditoriamente, o Supremo afastou a revogação automática, abrindo espaço para diversas renovações da prisão cautelar. Com relação ao artigo 3º-C, a lei estabeleceu que o juiz de garantias iria atuar até o recebimento da denúncia, contudo o STF compreendeu que a atuação deveria se limitar até o oferecimento. Substancialmente, o que se altera é que o juiz, que decidirá sobre o mérito atuando já a partir do oferecimento, terá contato com a denúncia e, portanto, com considerável parte do Inquérito policial que, necessariamente, é um fase pré-processual com fortes traços inquisitoriais. Em suma, corrobora para que o juiz da instrução tenha contato com os elementos de investigação colhidos na fase preliminar, que deveria ser evitado na lógica da instituição do juiz das garantias.

Nessa mesma lógica caminha o artigo 3º-C, §5º, em que a lei previa a exclusão do Inquérito dos autos, mas o STF optou por mantê-los. Ou seja, podendo mais uma vez obscurecer a imparcialidade necessária do juiz da instrução com relação ao julgamento já que terá acesso a tudo aquilo que foi coletado sem o contraditório e a ampla defesa, conforme pontuamos acima. Por fim, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal fez a opção, fundada em razões pragmáticas e de duvidosa constitucionalidade, de não admitir a instituição do juiz de garantias para os casos de Violência Doméstica e para os julgamentos no Tribunal do Júri. Parece que tal posicionamento também não se sustenta, especialmente porque não há fundamentação jurídica e, sobretudo, constitucional que suporte os afastamentos.

A partir destes elementos, parece ser bastante evidente o quanto as tentativas de se garantir maior imparcialidade cognitiva foram frustradas em diversas ocasiões, de modo que é correto afirmar serem grandes os impactos de tal decisão no conjunto da justiça material. Destaca-se, portanto, que não houve apenas a declaração de Constitucionalidade da Lei 13964/2019, mas substanciais modificações frente aquilo que propôs o Legislador, portanto, modificações contundentes acerca da política criminal veiculada. Passou-se de uma política criminal fundada na garantia do jurisdicionado para uma política

criminal de ampliação dos poderes do magistrado, que, conseqüentemente, culminou em um desequilíbrio na paridade de armas das relações processuais.

De fato, há que se reconhecer que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um desenho institucional que concentra poderes de forma significativa sob competência do STF, reunindo três tipos de funções: a) tribunal constitucional; b) tribunal recursal; c) tribunal de foro especial (Vieira, 2018). De acordo com Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 162), tal estrutura decorre da própria vontade do constituinte de fortalecer o Supremo na tutela do sistema político, conferindo-lhe poderes para “dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos morais e sociais [...]”. Inegavelmente, a situação conferiu ao STF considerável protagonismo político, como destaca o autor:

A politização do STF também é uma consequência direta da expansão do acesso ao Tribunal em relação ao período constitucional anterior. Ao autorizar novos atores políticos relevantes, como partidos e governadores, a propor diversas ações constitucionais - conforme disposto pelo artigo 103 da Constituição Federal -, o Supremo se transformou em muitas circunstâncias numa espécie de câmara de revisão de decisões majoritárias daqueles que foram derrotados na arena representativa (Vieira, 2018, p. 170).

Porém, não pode o Tribunal substituir a política criminal veiculada pelo Legislativo, pelo Parlamento, principalmente por uma interpretação mais gravosa da lei processual penal. Devemos reiterar mais uma vez que essa não é a função do Supremo Tribunal Federal, como nos recorda Lênio Streck (2023, p. 5): “Uma coisa é fazer jurisdição constitucional e outra é a de desconfigurar um texto legal votado legitimamente pelo parlamento, colocando no seu lugar outro texto.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A política criminal compreendida como o vetor que orienta teleologicamente o Direito Penal e o Direito Processual Penal, está orientada e limitada pelos valores elencados na Constituição Federal de 1988, e, portanto, pelos valores concernentes ao Estado Democrático de Direito. Ademais, ainda

que os operadores do Direito, como juízes, promotores, advogados e policiais operem a Política Criminal, quem tem a prerrogativa de fazê-la é tão somente o Legislativo.

É justamente de tal sorte que se opera a problemática deste trabalho. Ao analisar a Lei 13.964/2019, o Pacote Anticrime, é evidente o que o legislador quis transmitir e qual a Política Criminal veiculada. Se estabeleceu, dentre outras determinações, a criação da figura do Juiz das Garantias, o que evidencia a vontade do Legislador em empreender um Sistema Acusatório, deixando para trás os inegáveis resquícios Inquisitoriais que perpassam o Processo Penal Brasileiro.

Contudo, quando o STF se manifestou, após provocação através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6298, declarou a Lei 13.964/2019 constitucional, entretanto, impôs problemáticas mudanças a determinados artigos, sobretudo, os que tratavam acerca do Juiz das Garantias. Ao por exemplo, possibilitar a iniciativa probatório do magistrado, ou manter nos autos o Inquérito Policial, ou ainda, retirar a previsão explícita de que o Juiz de Garantias deveria atuar até o oferecimento e não até o recebimento da denúncia, o STF não apenas atuou na jurisdição constitucional, mas legislou e fez Política Criminal.

Inegável o importante papel do STF na construção e efetivação do Estado Democrático de Direito, mas não se pode omitir que no caso em tela houve uma criticável usurpação de competências que fere justamente a lógica constitucional e Democrática.

REFERÊNCIAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 6298. Relator Min. Luiz Fux. DJ: 24.08.2023. **Portal STF**, 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5840274>. Acesso em 19 set. 2023.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 22 set. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em 23 set. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 set. 2023.

BRASIL. Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em 20 set. 2023.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção Jurídico-Política e Jurídico Metodológica de Compreensão das Ciências Jurídico-Criminais. In: ANDRADE, Manuel da Costa (org.). **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

FERNANDES, Fernando Andrade. Corrupción y medios de comunicación en América Latina. In: Nicolás Rodríguez García; Adán Carrizo González Castell; Francisco J. Leturia Infante. (Org.). **Justicia Penal Pública y Medios de Comunicación**. 1ed. Valencia - Espanha: Tirant lo Blanch, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva. 23ª edição. 2020.

GLEZER, Rubens. **Catimba Constitucional: o STF, do antijogo à crise constitucional**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8ªed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Jur. 20 ed., 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal - introdução crítica**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. Barueri: Atlas. 3. ed., 2010.

MENDES, Conrado Hübner. O STF inventou o ministro contramajoritário, que joga contra a maioria da corte. **Folha de S. Paulo**, São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/01/o-stf-inventou-o-ministro-contramajoritario-que-joga-contra-a-maioria-da-corte.shtml>. Acesso em 23 de set. 2023.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do "juiz das garantias"? **Boletim do IBCCRIM**, v. 18, n. ed. esp. p. 21-23, 2010. Acesso em: 25 set. 2023.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, n. 11, set./dez. 2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/7330>. Acesso em 28 set. 2023.

STRECK, Lênio. O Juiz das Garantias e os Três Amores. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-22/lenio-streck-juiz-garantias-tres-amores>, acesso em 28/09/2023.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da Teoria do Delito**. 4. ed. Tirant lo Blanch. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Colonização punitiva e totalitarismo financeiro, a criminologia do ser-aqui**. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.