

POR UM JUIZ DE GARANTIAS
BY A JUDGE OF GUARANTEES

Jader Marques¹

RESUMO

A Lei nº 13.964/19 trouxe inúmeras e significativas mudanças no Código Penal, Código de Processo Penal e Leis Penais Extravagantes, depois da inusitada apresentação do chamado Pacote Anticrime pelo então Ministro Sérgio Moro, antes mesmo da posse, passando por um ano de intensas e fervorosas discussões com a comunidade jurídica, para redundar na aprovação de um substitutivo que mesclou o trabalho desempenhado pelo Grupo do Ministro do STF Alexandre de Moraes com as negociações feitas por um bloco de deputados que se reuniu para reduzir danos. Em duas decisões, o STF suspendeu com prazo e, depois, sem prazo, a vigência das alíneas do art. 3º, que instituiu o sistema acusatório e o juiz de garantias. O presente ensaio propõe que os defensores se insurjam contra dispositivos do CPP que autorizariam o juiz a agir de ofício, mesmo com a decisão de suspensão proferida nas ADI em tramitação no Supremo.

PALAVRAS-CHAVE: Pacote anticrime. Juiz de garantias. Sistema acusatório. Devido processo legal. Paridade de armas. Imparcialidade.

ABSTRACT

Law No. 13.964/19 brought numerous and significant changes to the Penal Code, Code of Criminal Procedure and Extravagant Penal Laws, after the unusual presentation of the so-called Anti-Crime Package by the Minister Sérgio Moro, even before taking office, going through a year of intense and fervent discussions with the legal community, to result in the approval of a substitute that mixed the work performed by the group of the Minister of the Supreme Federal Court (STF in Portuguese), Alexandre de Moraes, with the negotiations made by a bloc of deputies that met to reduce damages. In two decisions, the STF suspended with a deadline, and then without a deadline, the validity of the paragraphs of art. 3rd, which instituted the adversarial system and the judge of guarantees. This essay proposes that defenders rise up against the provisions of the Criminal Procedure Code that would authorize the judge to act ex officio, even with the decision of suspension issued in the Direct Actions of Unconstitutionality in progress at the Supreme Court.

KEYWORDS: Anti-crime package. Judge of guarantees. Adversarial system . Due legal process. Equality of arms. Impartiality.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Fux versus Toffoli: o que está posto nas ADIs ajuizadas contra o Juiz de Garantias? 3 Como agir na defesa criminal enquanto tudo está como está? 4 Qual a conclusão possível? 5 Referências.

¹ Advogado criminalista; especialista, mestre e doutor em direito.

1 INTRODUÇÃO

Já de início, cabe perguntar: que Juiz de Garantias é esse da Lei nº 13.964/19?

Os brasileiros acordaram de ressaca naquele 25 de dezembro de 2019, como é natural acontecer depois das bebidas e comidas natalinas. O que ninguém esperava, já que, em sua maioria, as pessoas não acompanham a tramitação de projetos no Congresso Nacional – era ver que o presidente Jair Messias Bolsonaro assinaria e mandaria publicar a Lei nº 13.964, que ficou conhecida como Pacote Anticrime, pelo fato de ser originária do conjunto de medidas apresentadas pelo Ministro Sérgio Moro no final de 2018, levadas ao Congresso no início de 2019.

Já no primeiro contato com a lei nova foi possível perceber inúmeras e significativas mudanças no Código Penal, Código de Processo Penal e Leis Penais Extravagantes. Em meio a tantas novidades, apareceu de forma eloquente o trabalho desempenhado pelo Ministro do STF Alexandre de Moraes e pelo bloco de deputados que, percebendo a inevitável aprovação das medidas propostas pelo então ministro Moro, decidiu atuar para reduzir danos.²

E o trabalho deu certo.

Vários dispositivos trazidos originalmente no pacote foram excluídos ou alterados. De todas as novidades, entretanto, foi a admissão do Sistema Acusatório e a criação do Juiz de Garantias um dos pontos mais significativos de divergência entre o Ministro e o Congresso, com vitória deste e um vexatório desgaste daquele, sobretudo diante da posição final do Presidente da República.³

Realmente, ninguém esperava que pudesse ser implementado o sistema acusatório, com todas as suas profundas implicações, em pleno governo Bolsonaro, tendo o ex-juiz Sérgio Moro como Ministro da Justiça.

Mas, de fato, foi o que aconteceu.

No dia 25 de dezembro, a comunidade jurídico-penal foi acordada de sobressalto pela admissão, de uma só vez, em lei ordinária, do Sistema Acusatório e do Juiz de

2 Marcelo Freixo: “Só havia duas opções na votação do Pacote Moro: aprovar o texto alternativo, que derrubou as medidas mais desastrosas do ministro, como a excludente de ilicitude, ou aprovar o texto original, cheio de aberrações. Votamos para derrotar os abusos do ministro [Moro]”. In: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/12/05/freixo-e-criticado-por-sim-a-pacote-anticrime-mas-cita-abusos-de-moro.htm?cmpid=copiaecola> (Consulta em 10/07/20)

3 Sancionado pacote anticrime com derrotas para Moro: In: <https://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/2019/12/26/sancionado-pacote-anticrime-com-derrotas-para-moro-bolsonaro-muda-eleicao-de-reitores.ghtml> (Consulta em 10/07/20)

Garantias. A comemoração do avanço veio, entretanto, acompanhada de inúmeras preocupações.

Em primeiro lugar, com o apertadíssimo prazo para execução das mudanças necessárias à implementação do novo sistema, notadamente, em função da necessidade de alteração na sistemática de funcionamento das Comarcas, especialmente, naquelas dotadas de Vara Única. Impossível fazer a implantação do novo modelo em trinta dias, como previsto.

Em segundo lugar, vale dizer, não houve qualquer preocupação do Congresso e/ou da Presidência com uma visão global-sistêmica do Código de Processo Penal, ou seja, a nova lei apenas traz a previsão do Modelo Acusatório e cria o Juiz de Garantias, mas não altera e nem informa como ficam os dispositivos vinculados ao modelo anterior, no qual o juiz podia agir de ofício, por exemplo. A lei cria uma nova sistemática, mas não altera e silencia em relação aos dispositivos conflitantes, deixando em aberto a pergunta sobre como devem agir os operadores do direito.

Em terceiro lugar, com o ingresso das arguições de inconstitucionalidade, vieram as duas suspensões do novo art. 3º, com prazo determinado pelo Ministro Toffoli e, em seguida, com prazo indeterminado pelo Ministro Fux. Nos despachos desses dois Ministros pode-se ler duas correntes bem definidas dentro do Supremo Tribunal Federal.

Da surpresa à alegria e, no meio da comemoração, à frustração.

Desde a sanção da nova lei, uma questão ficou evidente: o desgaste do Ministro Sérgio Moro. Depois da votação do substitutivo, houve eloquente manifestação do ex-juiz pelo veto presidencial ao novo art. 3º, tendo, no entanto, sido terrivelmente derrotado no seu pleito.

Nesse particular, houve divergência clara entre o Presidente e seu Ministro da Justiça, com ênfase ao fato de ter prevalecido um suposto interesse do pai Jair Bolsonaro, em função dos problemas enfrentados pelo filho Flávio perante a Justiça do Rio de Janeiro, com recursos e medidas ao STF. Os comentaristas especializados repassaram, por meio da imprensa⁴, que Bolsonaro teria divergido de Moro,

⁴ Pacote anticrime sancionado por Bolsonaro limita atuação de juiz 'linha dura' no caso Flávio. In: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/12/26/pacote-anticrime-sancionado-por-bolsonaro-limita-atuao-de-juiz-linha-dura-no-caso-flvio.ghtml> (Acesso em 10/07/20). Ainda: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral/juiz-de-garantias-deve-afetar-caso-de-flavio-bolsonaro,70003136489> (Acesso em 10/07/20).

exatamente para afastar o Juiz Itabaiana da investigação contra o filho, na operação referente à divisão de vencimentos na Assembleia Legislativa do RJ (“Rachadinhas”).

Esta seria a explicação para o exíguo prazo de 30 dias, previsto no art. 20 da lei. Obviamente, não seria razoável que uma transformação desta monta, incluída no apagar das luzes da discussão feita no Congresso, fosse admitida pelo Presidente da República, o que aumentou a verossimilhança das notícias veiculadas pela mídia nacional.

Assim, ao invés de termos prazo e condições para a implementação das transformações há tanto tempo esperadas, aconteceu de termos no Brasil a previsão de míseros 30 dias para a passagem ao Juiz de Garantias, o que, evidentemente, levou a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) a ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de liminar de suspensão do disposto no art. 3º da Lei. E obteve a liminar.

Essa tese de que haveria interesse e pressa de Bolsonaro em relação à possibilidade de afastamento do juiz competente para as investigações no Rio de uma futura ação penal é o que justificaria a atuação do presidente contra o próprio Ministro. É também a explicação que se tem para um prazo tão apertado, diante de uma mudança tão brusca e significativa. Bolsonaro teria sancionado a lei para que o juiz da investigação contra seu filho, ficasse impedido, nos termos do art. 3º, D da Lei.

Na esmagadora maioria dos países, a transição para o modelo acusatório deu-se de forma lenta e gradual. E mais: de forma negociada. Como adverte Jacinto Coutinho há décadas em todas as suas obras, não adianta apenas mudar a lei. Há que se trabalhar a mudança da mentalidade inquisitória. E, para isso, é fundamental que se tenha tempo e diálogo.

No caso da Lei nº 13.964/19, não houve o tempo necessário para que pudesse haver diálogo, porque, possivelmente, havia interesse na pressa. Resultado: o Ministro foi contra, mas o Presidente sancionou. De Pacote Anticrime a Pacote Antimoro.

A partir daí, houve uma chuva de ações contra inúmeros dispositivos da nova lei, mas especialmente em relação ao Juiz de Garantias.

2 FUX VERSUS TOFFOLI: O QUE ESTÁ POSTO NAS ADIS AJUIZADAS CONTRA O JUIZ DE GARANTIAS?

A primeira decisão que suspendeu dispositivos da Lei nº 13.964/19 foi tomada em 15.01.2020, pelo Ministro Presidente Dias Toffoli, no exercício do plantão judicial, quando concedeu parcialmente as medidas cautelares pleiteadas nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300.

Inicialmente, foram ajuizadas essas três ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar contra dispositivos da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. O foco principal foi, realmente, a questão da instituição do “Juiz das Garantias”. Conforme relatório apresentado na decisão, as ações eram as seguintes, ao tempo da concessão parcial da cautela:

(1) ADI nº 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), na qual os autores impugnam os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, bem como o art. 20 dessa lei, que fixa o início da vigência do diploma;

(2) ADI nº 6.299, ajuizada pelo PODEMOS e pelo CIDADANIA, na qual os autores impugnam, além dos preceitos anteriormente mencionados, o § 5º do art. 157 do CPP, também inserido pela Lei nº 13.964/2019;

(3) e ADI nº 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), na qual também se impugnam os arts. 3º-A a 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019.

No conjunto de ações, alegam as partes interessadas, em síntese, a inconstitucionalidade formal da norma referente ao Juiz de Garantias. A alegação, basicamente, está presa ao fato de a lei dispor, não somente sobre normas gerais de processo penal, mas também sobre procedimento em matéria processual, que seria matéria de competência legislativa concorrente entre os Estados e a União, no contexto da qual cabe à União editar tão somente normas de caráter geral, nos termos do art. 24, XI e § 1º, da Constituição Federal. Ainda, inconstitucionalidade formal por ofensa à competência dos Tribunais para a criação de órgãos do Poder Judiciário, nos termos do art. 96, I, d; e II, b e “d”; e art. 110 da CF/88, assim como ofensa à competência dos Estados para organizarem sua própria justiça e à competência dos Tribunais de Justiça para tratarem da lei de sua organização judiciária, nos termos do art. 125, § 1º, da CF/88.

A AMB e a AJUFE, por sua parte, alegam inconstitucionalidade dos arts. 3º-A a 3º-F, por não tratarem “(...) de alteração de competência dos Juízos criminais existentes, mas de instituição de um novo Juízo (o das Garantias) de forma imediata, sem prever a efetiva criação e instituição por meio das leis de organização judiciária no âmbito da União e dos Estados” (ADI nº 6.298).

Alegam as partes, de um modo geral, ofensa ao pacto federativo, visto que as alterações introduzidas pela nova lei “promovem mudanças que não se enquadram propriamente como processuais, na medida em que revestida[s] de caráter eminentemente estrutural, comprometendo a organização judiciária em todos os entes federados”.

Ainda, que o Juiz de Garantias representaria ofensa ao princípio do juiz natural (art. 5º, inciso LIII), visto que a norma questionada “criou uma instância interna dentro do primeiro grau, um segundo juiz natural, por meio de lei ordinária” (ADI nº 6.298).

Da mesma forma, ofensa ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, da CF/88), decorrente do fato de que a figura do juiz de garantias foi criado apenas para a primeira instância, e não para os tribunais, diante da ausência de alteração da Lei nº 8.038/90.

Outrossim, aduzem haver violação dos princípios da razoável duração do processo e da segurança jurídica, pois “o juiz responsável pela instrução não acompanhará o desenvolvimento das investigações, ficando totalmente alheio aos acontecimentos empreendidos pela autoridade policial e pelo Ministério Público, o que poderá ocasionar um julgamento mais tardio, tendo em vista que o magistrado precisará de mais tempo para firmar sua convicção” (ADI nº 6.299);

Alegam, também, violação do art. 169, § 1º, da CF/88, porque a instituição do Juiz de Garantias implicaria aumento de despesas, sem correspondente previsão orçamentária, sem que haja, ainda, demonstração da estimativa do impacto financeiro e orçamentário da medida, em ofensa ao art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Outro ponto, um tanto surpreendente, seria o de que o Juiz de Garantias criaria um embaraço ao combate de ilícitos, pois a adaptação à lei “ensejará inúmeros habeas corpus, recursos e incidentes processuais nas ações criminais, que poderão significar, na prática, maior risco de impunidade, na contramão do espírito do ‘pacote anticrime’” (ADI nº 6.300).

Segundo trazem, deve haver interpretação conforme à Constituição do art. 3º D, no sentido de que o impedimento referido na norma seja aplicado ao Juiz de Garantias propriamente dito, não sendo aplicável aos casos em andamento, por implicar aplicação retroativa da lei de processo penal, que a jurisprudência dessa Corte recusa”, além de violar o princípio do juiz natural (art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal), “uma vez que o impedimento previsto para alcançar o novo 'juiz natural das garantias' -- se isso for possível -- passará a alcançar o Juiz Criminal que era o único 'juiz natural' da investigação havida” (ADI nº 6.298).

Finalmente, atacam a insuficiência do prazo de *vacatio legis* de 30 dias (art. 20), pois o Poder Judiciário brasileiro não possuiria estrutura suficiente para a implementação e o funcionamento regular do novo instituto.

Com esse último argumento, trabalham a argumentação em torno do *periculum in mora*, pela iminência do esgotamento do prazo fixado no art. 20 da Lei nº 13.964/2019, ou seja, usam a necessidade de mais tempo para que os órgãos se adaptem à nova disciplina legal.

Diante dessas alegações, em relação ao Juiz de Garantias, o Ministro Dias Toffoli deferiu o pedido formulado na ADI 6298 MC/DF, nos seguintes termos:

Conclusão

Pelo exposto, ante a urgência de análise liminar, tendo em vista a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 no dia 23 de janeiro de 2020 (art. 20 da lei), concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, para:

(i) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19;

(ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão;

(iii) conferir-se interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações:

(a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990;

(b) processos de competência do Tribunal do Júri;

(c) casos de violência doméstica e familiar; e

(d) processos criminais de competência da Justiça Eleitoral.

(iv) fixarem-se as seguintes regras de transição:

(a) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento;

(b) quanto às investigações que estiverem em curso no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico. Nessa hipótese, cessada a competência do juiz

das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa. ”

Pelo exposto, ante a urgência de análise liminar, tendo em vista a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 no dia 23 de janeiro de 2020 (art. 20 da lei), concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, para:

(i) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19;

(ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão;

Como é sabido, posteriormente, em 20.01.2020, foi distribuída a ADI n. 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, que impugna os artigos 3º-A; 3ºB, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único; 28, caput; 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, §4º, do Código de Processo Penal, todos introduzidos pela Lei n. 13.964/2019. Conclusa a ação para despacho da medida cautelar, o Ministro revogou o que estava decidido pelo Colega e proferiu decisão mais ampla, agora suspendendo sem dia certo a entrada em vigor do Juiz de Garantias previsto na nova lei.

O Ministro Fux, portanto, reapreciou a matéria e decidiu:

Conclusão:

Ex positis, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, com as vênias de praxe e pelos motivos expostos:

Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal);

(b) Concedo a medida cautelar requerida nos autos da ADI 6305, e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (b1) da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); (b2) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal);

Como antes referido, da surpresa à alegria e desta para a desesperança. As alíneas do novo art. 3º foram todas suspensas e não há data para que a matéria possa ser discutida pelo Plenário do STF.

Quando o Ministro Dias Toffoli deferiu a medida cautelar para suspender por 180 dias as alíneas do art. 3º do CPP, pareceu que venceria a tese da busca por mais tempo para adequação do judiciário ao novo modelo. Mais tarde, com a nova cautelar deferida pelo Ministro Luiz Fux, viu-se que a questão pode mesmo ser de afastamento completo do modelo acusatório apoiado num juiz para a investigação e outro para o julgamento.

Atualmente, há sérias razões para se pensar que não haverá Juiz de Garantias no Brasil. Pelo menos, não será da forma como o sistema acusatório veio previsto na Lei nº 13.964/19.

O Ministro Luiz Fux deferiu liminar em Medida Cautelar nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, no dia 22 de janeiro. Fux reformou a decisão proferida pelo seu colega e Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, notadamente no que diz respeito à Audiência de Custódia, Arquivamento do Inquérito e Juiz de Garantias.

Assumindo a posição de Presidente, pela licença do titular do cargo, o Ministro Fux atropelou o que havia decidido seu colega e tornou sem efeito a liminar há pouco concedida. De uma só vez, Luiz Fux: 1) passou por cima da decisão do Ministro Dias Toffoli; 2) agiu politicamente em relação ao Juiz de Garantias, atendendo aos anseios do Ministro Sérgio Moro e em afronta clara ao Poder Legislativo; 3) agiu corporativamente em relação à Audiência de Custódia, ao atender o pleito das Associações de Juízes; 4) agiu de forma contraditória, já que decidiu contra a sua posição, que foi acolhida pelo Plenário, conforme votação em plenário da ADI 5.240, quando defendeu a realização da audiência de custódia nos exatos termos do novo art. 310.

Discutir a liturgia do cargo, ética e etiqueta, para além dos bons modos. Discutir indignação, crítica e constrangimento epistemológico. Incumbe sim aos profissionais da defesa usarem da palavra para a busca de um processo penal pautado pela ética, pela divisão dos papéis, pela imparcialidade. É papel dos defensores exigir que as ADI sejam pautadas logo e que seja instituído o modelo acusatório com a separação necessária do papel de um Juiz de Garantias e de outro Juiz para o julgamento da causa.

De qualquer forma, fica pendente de resposta a pergunta: o que fazer, diante da suspensão dos arts 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal?

3 COMO AGIR NA DEFESA CRIMINAL, ENQUANTO TUDO ESTÁ COMO ESTÁ?

O art. 3ºA, agora suspenso, dispõe que: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Com efeito, a nova lei tornou expresso o dever de o juiz agir apenas quando provocado pelas partes, embora tenha silenciado em relação aos artigos do CPP que trazem a previsão da prática de ato de ofício. Repita-se: a lei não fez qualquer menção aos artigos do CPP com previsão de atuação de ofício pelo juiz.

Qual pode ser a postura da defesa em relação a esse silêncio?

Nesse ponto, resta à defesa a tese de que houve a revogação tácita desses dispositivos. Por essa linha de pensamento, incumbe à defesa insurgir-se contra a atuação do juiz, sem provocação das partes.

Essa postura aplica-se aos casos dos seguintes artigos do Código de Processo Penal:

- Art. 5º, inciso II: início do Inquérito
- Art. 94: questão prejudicial
- Art. 127: sequestro de bens
- Art. 147: incidente de falsidade
- Art. 149: incidente de insanidade
- Art. 168: exame complementar
- Art. 185, §2º: interrogatório por videoconferência (consulta)
- Art. 196: reinterrogatório
- Art. 225: antecipação prod. prova
- Art. 242: busca e apreensão
- Art. 282, §2º: medidas cautelares
- Art. 311: prisão preventiva
- Art. 378, I: medida de segurança.
- Art. 404: diligência imprescindível
- Art. 426, §1º: alteração da lista geral de jurados
- Art. 497, XI: diligências
- Art. 574: recurso de ofício

Os artigos acima indicados trazem hipóteses de atuação ex officio do juiz, ou seja, podem ser atacados por sua contrariedade ao Sistema Acusatório previsto no novel art. 3ºA do CPP e pelo que já trazia a Constituição Federal, antes da edição do Pacote Antimoro.

Da mesma forma, deve ser feita uma releitura dos seguintes dispositivos do CPP: art. 155 e 156; art. 383 e 384; Parágrafo Único do art. 212, já que possuem

termos incompatíveis com o modelo acusatório trazido pela nova lei, devendo, portanto, da mesma forma, serem rechaçados pela defesa técnica.

A defesa pode, evidentemente, trabalhar com a ideia de que qualquer atuação do juiz, sem provocação das partes, contraria a lógica do sistema acusatório e, com a vigência do art. 3ºA, constitui nulidade processual.

Mas e a suspensão da eficácia dos artigos determinada pelo Ministro Fux?

A posição aqui trazida, no sentido de a defesa insurgir-se contra a atuação de ofício do juiz, deve ser mantida, mesmo com essa suspensão determinada pelo Ministro, ou seja, os defensores devem fazer a arguição de nulidade processual pela quebra do sistema acusatório para que esse aspecto fique registrado nos autos, nos termos do art. 571 do CPP, evitando-se a convalidação prevista no art. 572, ambos do CPP.

Essa postura, embora possa parecer equivocada nesse momento, poderá manter viva a discussão ao longo da tramitação processual, o que pode ser muito importante no futuro, diante das inúmeras possibilidades de julgamento das ADI. Sem saber, agora, o que será decidido pelo STF, a melhor conduta é agir com cautela, protegendo a questão da convalidação e mantendo viva a discussão quanto ao cerceamento da garantia do acusado de ser julgado por uma autoridade judiciária imparcial.

Isso acontece, por certo, com o registro da violação da defesa no momento adequado (art. 571), com a narrativa em torno da atipicidade (art. 564), a demonstração do prejuízo (art. 563), da legitimidade (art. 565) e relevância (art. 566).

Essa postura cautelosa, diante do que será decidido pelo STF, é o que poderá permitir a incidência do art. 573 do CPP, com o refazimento do ato nulo. Essa é a grande sacada dessa postura, ou seja, manter viva a discussão sobre a postura indevida do magistrado, enquanto se aguarda o desdobramento das ADI no Supremo.

Mas o STF, certamente, não julgará essas ações com efeito retroativo. Será? Possivelmente. É muito difícil que sejam anulados todos os processos, em caso de improcedência das ADI e revogação da suspensão da eficácia dos dispositivos. Certamente.

De qualquer forma, a postura contra a atuação de ofício do juiz, não depende da vigência das novas alíneas do art. 3º.

Isso acontece, porque a doutrina e parte da jurisprudência reconhecem que a Constituição Federal de 1988 adotou (implicitamente) o sistema acusatório. Isso pode

ser comprovado pelo rol de garantias fundamentais previsto no art. 5º., tais como a imparcialidade do juiz, a publicidade dos atos processuais, a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, o juiz natural, a inadmissibilidade de provas ilícitas, dentre tantas outras.

De fato, o art. 3ºA apenas consagrou, modo expresso, aquilo que já deveria ter sido admitido pela comunidade jurídica brasileira, ou seja, a não-recepção dos dispositivos do CPP fascista da década de 40, desde o advento da Carta Política de 1988. Há muito tempo, bem antes de dezembro de 2019, que se busca a decretação de nulidade processual por perda da imparcialidade, toda a vez que o juiz abandona sua postura inerte e equidistante para tomar o lugar de uma das partes, seja em iniciativas relativas à condução da marcha processual, seja pela busca de provas para absolver ou condenar.

Juiz julga. Ministério Público acusa. Defesa defende. É fundamental a separação dos papéis de cada um dos operadores do sistema judicial para que não haja a quebra da paridade de armas ou igualdade (formal e material) das partes perante um juiz equidistante e imparcial.

É muito importante, pois, que os profissionais que atuam na defesa de acusados em processo criminal façam a consignação da nulidade a cada vez que verificarem qualquer forma de atuação do julgador com violação ao dever de inércia em matéria processual penal.

4 QUAL A CONCLUSÃO POSSÍVEL?

A Defensoria Pública no Brasil foi sempre, historicamente, relegada a um plano secundário no contexto da distribuição das verbas e da estrutura de atendimento das demandas. A comparação da destinação de recursos para o Ministério Público e para as Defensorias é o que comprova o desequilíbrio das forças em confronto no processo penal, especialmente quando um dos lados é uma força infinitamente maior do que a outra.

Por outro lado, o País tem experimentado uma série de discussões a respeito de teses jurídicas levantadas em casos importantes, todos com impacto na vida cotidiana das pessoas, como nos julgamentos feitos pelo STF na ADPF do Sistema Penitenciário, bem como no debate sobre descriminalização das drogas, dentre tantos outros.

A vitória obtida no julgamento das ADCs contra a prisão em Segunda Instância somente foi possível pela atuação de valorosos Defensores Públicos, mostrando que a repercussão daquela terrível mudança de postura do STF, capitaneada pelo Ministro Teori Zavascki, passou a atingir exatamente a clientela mais pobre do sistema penal. Nesse ponto, a Defensoria é uma das instituições da República com maior capacidade de provocar a mudança de postura dos órgãos do Poder Judiciário em relação a teses já consolidadas, inclusive nas Cortes Superiores.

No tocante ao Sistema Acusatório e ao Juiz de Garantias, é fundamental que a Defensoria Pública do País atue de forma coesa e organizada para que haja o devido registro das nulidades advindas da inobservância do devido processo, com ampla defesa e contraditório, mas, especialmente, com um juiz que seja imparcial.

Nesse plano, independente das motivações que levaram o Sr. Jair Bolsonaro a discordar do seu Ministro da Justiça, o certo é que o Brasil figura como o último e talvez o único país da América Latina a não adotar o sistema acusatório com a instituição do Juiz das Garantias. Inacreditavelmente, ainda ostentamos essa marca absurda, no tempo em que países como o Chile, por exemplo, discutem duas décadas de implementação do modelo acusatório-adversarial.

Diante dos rumores de que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) prepara o Poder Judiciário para a instituição do Juiz de Garantias em todas as Comarcas da República, resta a esperança de que a comunidade jurídica e a sociedade possam, enfim, comemorar esse avanço legislativo, estrutural, institucional e ético da Justiça Penal da nossa Pátria.

Enquanto as ações diretas não entram em pauta, resta aos aguerridos defensores desta terra de palmeiras onde canta o sabiá permanecerem vigilantes, firmes, fortes na busca da atuação das partes e inércia do juiz, como forma de garantir o devido, o certo, o justo, o constitucional.

Mais não digo.

5 REFERÊNCIAS

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: continuidades do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (Org.). Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre o processo penal entre Brasil e Itália: volumes 1 e 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MELCHIOR, Antonio Pedro. O projeto de Código de Processo Penal trinta anos após a Constituição da República: um novo entulho inquisitivo? In: SANTORO, Antonio E. R.; MALAN, Diogo R.; MADURO, Flávio M. (Orgs.). Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.