



EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.298, MINISTRO LUIZ FUX, EM TRÂMITE NO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD), organização da sociedade civil de interesse público, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.983.611-0001-95, com sede na Capital do Estado de São Paulo, na Av. Liberdade nº 65, 11º andar, cj. 1101, neste ato representado pelos Presidentes de seu Conselho Deliberativo e Diretoria (docs. 1), por seu diretor de litigância estratégica e por associados membros do grupo de litigância estratégica (doc. 2), todos advogados inscritos na OAB/SP, MG e BA, com fundamento nos arts. 138 e 950, § 3º, do CPC, vem requerer sua admissão na presente ação direta de inconstitucionalidade como *amicus curiae*, expondo adiante as razões pelas quais entende que o pedido deve ser deferido.



2.

1. O TEMA DA PRESENTE ADI, O IDDD E A ADMISSÃO DO INSTITUTO COMO *AMICUS CURIAE*

A Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) provocam essa C. Suprema Corte em face do art. 3º da Lei nº 13.964/2019, que introduziu a figura do *juiz das garantias* no Código de Processo Penal.

A Lei nº 13.964/2019, muito anunciada no calor dos debates eleitorais e discutida por quase um ano no Congresso Nacional, trouxe amplas e igualmente importantes alterações ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.

De um lado, a Lei Anticrime – como demonstra o apelido – prometia (e promete) medidas que combinam com o discurso do “fim da impunidade”. De outro, porque estamos ainda sob a égide de uma Constituição **garantista** e **democrática**, tal endurecimento não pode vir desacompanhado de medidas que também tornem, de fato, efetivas as garantias de proteção individual.

Se ao mesmo tempo em que se agravam punições também se restringem proteções, cria-se verdadeiro e inconstitucional desequilíbrio.

Daí que, dentre as mudanças do pacote, o Legislador buscou solucionar quiçá uma das mais notórias falhas na efetivação do sistema acusatório – garantido, ainda que implicitamente, na Constituição Federal e exaltado nos Pactos Internacionais: a quebra da imparcialidade do Magistrado.

Alterou-se o Código de Processo Penal para separar de forma clara, lógica e eficaz as diferentes tarefas do Magistrado: aquele que julga deve, obrigatoriamente,



3.

afastar-se da tarefa de prezar pela legalidade das investigações e, com isso, garante-se sua imparcialidade e independência.

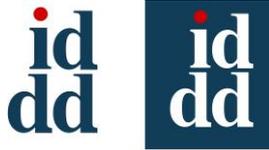
A mudança, há tantos anos estudada e almejada finalmente saiu do papel. Afinal, como ser contrário à *estrutura acusatória*, à criação de um juiz que zele *pelo controle da legalidade, pela salvaguarda dos direitos individuais*, que garanta a imparcialidade do julgador?

Quando se trata de garantir e alavancar a imparcialidade dos Magistrados o problema deixa de ser singular e adquire ainda mais valor e importância para os demais sujeitos processuais, especialmente por constituir ponto primordial – para dizer o mínimo e muito pouco – do ideal de justo processo penal e do próprio Estado Democrático de Direito.

Não há garantia à defesa – de qualquer tipo ou amplitude – **sem que essa imparcialidade esteja presente e seja concreta no cotidiano da Justiça Penal**. Presente e concreta, E. Tribunal, tal garantia não deveria ser temida, pois é pressuposto da existência de um processo penal justo.

Nesse contexto, causam espanto os questionamentos das Associações de Magistrados – elaborados de forma quase imediata – com alvo apenas na separação das tarefas de fiscalizar a investigação, com o fim de garantir direitos e de presidir a ação penal.

As afirmações postas na ADI surpreendem na exata medida em que não houve qualquer crítica ou questionamento sobre as diversas (e majoritárias) medidas restritivas de direito e, ainda mais grave, de **liberdade**.

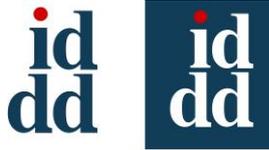


Garantir o direito de defesa, com a amplitude que lhe deveria ser inerente, e a real efetivação da justiça são as razões de existir do IDDD.

O Instituto se apresenta a esse E. Tribunal, requerendo sua admissão como *amicus curiæ*, com vistas à contribuir para o debate da questão em julgamento, dada sua identificação com a finalidade social do Instituto: a figura do *juiz das garantias* representa relevante avanço para o controle da legalidade, garantia da imparcialidade, efetivação da cláusula do devido processo e regular funcionamento do Estado de Direito.

A possibilidade jurídica de atuação de *amicus curiæ* sai diretamente do disposto no art. 138 do CPC: “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”. E, mais especificamente, do art. 950, § 3º, do mesmo Diploma, inserido no capítulo intitulado “Do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade”: “Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

Como se sabe, a redação destes dispositivos tem origem na Lei nº 9.868/1999, que disciplina a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Tal diploma introduziu entre nós a figura do “*amigo da Corte*”, outorgando-lhe os contornos do art. 7º, § 2º, com o objetivo de propiciar maior participação da sociedade na definição do alcance das normas constitucionais e da



declaração de (in)constitucionalidade de Leis. Nas palavras do eminente Ministro CELSO DE MELLO:

“A admissão de terceiro, na condição de amicus curiæ, no processo objetivo do controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.”¹

Mais não é preciso dizer para demonstrar que, com fundamento no art. 138 do CPC, é absolutamente cabível a atuação de *amicus curiæ* na presente ADI. Mesmo assim, consigna-se que todos os demais requisitos para se aceitar o IDDD como “*amigo da Corte*” nestes autos estão presentes.

O Requerente é organização não governamental cujo objetivo institucional é a “*defesa do direito de defesa, em sua dimensão mais ampla*” (art. 3º de seu Estatuto, doc. 3). Para consecução da citada finalidade social, por meio também de atuação em processos de controle concentrado de constitucionalidade como o presente, envida esforços no sentido de, por si ou por terceiros, “*difundir e fortalecer, por todos os meios ao seu alcance, a noção de que a defesa constitui um direito do cidadão, contribuindo para a conscientização da população quanto ao significado prático das garantias penais e processuais esculpidas no art. 5º da Constituição Federal, tais como presunção de inocência, o contraditório e o devido processo legal*” (doc. 3).

¹ ADI nº 2.130, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 21.12.2000.



6.

Eis demonstrada a indubitável relação entre a experiência social do IDDD e o tema aqui versado, habilitando-o a participar do debate como amigo da Corte.

Já a representatividade do Requerente está clara nas diversas oportunidades em que essa C. Corte Suprema já o admitiu como *amicus curiae*².

Por fim, não custa anotar que o critério adotado quanto ao momento da apresentação do requerimento da intervenção do *amicus curiae*, se antes teve por parâmetro um dispositivo vetado que o limitava (art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999), hoje deve levar em conta a nova disciplina do instituto trazida pelo art. 138 do CPC, que alarga as hipóteses de cabimento³.

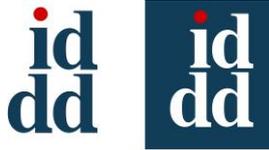
Assim, uma vez preenchidos os requisitos legais de relevância da matéria e representatividade adequada e sendo essa intervenção “*um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema*”⁴, ela há de ser admitida a qualquer momento, tomando o interveniente o processo no estado em que se encontra.

Pelo exposto, ausentes óbices que vedem a habilitação requerida e satisfeitos os requisitos para a admissão do IDDD como *amicus curiae*, deferimento do presente pedido é o que se aguarda.

² Cf. julgamentos da Proposta de Súmula Vinculante nº 1 (Pleno, Rel. Min. MENEZES DIREITO, j. em 2.2.2009, cf. voto Min. MARCO AURÉLIO, p. 37, DJe 6.6.2007), do HC nº 85.969 (1ª T., Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. em 4.9.2007, p. 384, DJe 14.9.2007) e, na ADI nº 4.163, às vésperas do julgamento da referida ação direta, em 24.2.2012, o E. Min. CEZAR PELUSO, ainda que rejeitando a admissão do Instituto como “*amigo da Corte*” por entender ter sido o pedido formulado a destempo, ressaltou estar “*demonstrada a capacidade [do IDDD] de contribuir para o debate da matéria*” (DJe 29.2.2012).

³ Nesse sentido, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, em *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, pp. 576-577.

⁴ Decisão proferida na ADPF nº 97, em 1º de fevereiro de 2007.



2. GARANTIR IMPARCILIADE É DEVER IMPOSTO PELA CARTA DA REPÚBLICA

“Não é falta de recursos, problemas de instalação ou mudança de rotina.

A perturbação que mais causa dificuldade para a aceitação do Juiz de Garantias é conceitual. Que a rejeição se desse entre leigos, na opinião pública pouco ou mal informada pela mídia, seria até justificável. Mas que a concepção do juiz como garantia tenha incomodado parcelas da magistratura é, no mínimo, preocupante. Talvez se ele fosse chamado de Juiz dos Inquéritos Policiais, como se dá no Tribunal de Justiça de São Paulo há algumas décadas, a resistência fosse menor. Mas o fato é que foi preciso inserir na lei dispositivos expressos de que o juiz é responsável pela ‘salvaguarda dos direitos individuais’, por ‘zelar pelos direitos do preso’ e ‘assegurar o direito de acesso [do investigado] a todos os elementos informativos’ para que a noção de garantidor se fizesse mais palpável, e assim, inusitadamente assustadora”⁵.

Para o aqui importa, os autores da presente ADI questionam se as alterações nos arts. 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal ultrapassam a estruturação do processo e adentram em questões de *organização judiciária*, além de apontar ausência de *previsão orçamentária*. Dentre os princípios e garantias constitucionais citados, estão o do juiz natural, da isonomia e da duração razoável do processo.

De início, deve-se pontuar que as discussões atinentes à iniciativa legislativa, à natureza jurídica da norma implementada e à previsão orçamentária – questões de centralidade neste debate – devem, no entender do IDDD, ser analisadas à luz dos princípios norteadores do sistema processual vigente, do princípio da proporcionalidade e das garantias afetas ao sistema acusatório, que tem em seu núcleo fundante a preocupação com a garantia da imparcialidade nos julgamentos.

Mas nada, ou muito pouco, tem sido dito sobre o assunto.

⁵ MARCELO SEMER, em *O medo do juiz diante da garantia*, Revista Cult: <https://revistacult.uol.com.br/home/alem-da-lei-juiz-de-garantias/#.XijjNiacCwc.whatsapp>, destacamos.



Com o devido respeito a quem entende o contrário, é impossível discutir a figura do juiz das garantias (juízo cuja função é sopesar o relaxamento das garantias de proteção ao cidadão) sem que o real escopo da alteração legislativa esteja presente e seja marcante.

2.1. Juiz de garantias: uma necessidade inafastável

O ponto fulcral é a garantia da imparcialidade do Magistrado. E esta deveria ser a busca de todos e especialmente daqueles que têm como função julgar e restringir a liberdade do cidadão, afinal, como bem leciona JULIO MAIER, a palavra “juiz” não pode ser compreendida, ao menos em seu sentido moderno, sem o qualificativo de “imparcial”⁶. De fato, conforme explica o emérito professor da UBA, “o adjetivo ‘imparcial’ integra hoje, desde o ponto de vista material, o conceito de ‘juiz’, quando se refere à descrição da atividade concreta que é encomendada a quem julga e não apenas às condições formais que, para cumprir essa função pública, o cargo – permanente ou acidentalmente – requer”⁷.

O juiz das garantias pode ter sido implementado apenas agora, mas a discussão está *longe de ser nova*. Inclusive, os principais argumentos contrários à sua implementação são debatidos há mais de década.

Sobre o assunto, ainda em 2010, já alertava MAURÍCIO ZANOIDE ser “[n]ecessário pararmos com uma clara violação da presunção de inocência, que, por determinação constitucional, deveria orientar o juiz no curso de toda a causa. Ao se

⁶ MAIER, JULIO B. J. *Derecho procesal penal*. T. I: Fundamentos. 2ª ed. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2004, p. 739.

⁷ *Idem*, p. 739. No original: “el adjetivo ‘imparcial’ integra hoy, desde un punto de vista material, el concepto “juez”, cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que les es encomendada a quien juzga y no tan sólo a las condiciones formales que, para cumplir esa función pública, el cargo – permanente o accidental – requiere”.



*impor, nessa nossa atual legislação, que ele atue tanto em fase investigativa quanto judicial, exige-se do magistrado um comportamento inumano*⁸.

Afinal, “[e]xige-se que possua uma capacidade de abstrair suas experiências anteriores com a causa (fase de investigação) para analisar se aquilo que ele “ajudou” a produzir é idôneo para acusar e, em momento apenas cronologicamente posterior, é suficiente para condenar. **Ao se determinar essa atuação dúplice ao juiz, estamos empurrando-o para uma (imperceptível e psicologicamente) inexorável presunção de culpa...**”⁹.

Resguardar a imparcialidade do magistrado é o primeiro passo para garantir que a prestação jurisdicional se dê com rigorosa e efetiva observância ao devido processo legal.

Trata-se de sistema que melhor se adequa à Constituição Federal. De um lado, a Carta Magna fez uma clara escolha pelo sistema acusatório. De outro, “é evidente a **incompatibilidade do contraditório e do sistema acusatório com o ativismo judicial**, ou seja, com o juiz agindo de ofício nessa modificação da pretensão acusatória”¹⁰.

A criação do juiz das garantias representa relevante avanço no sistema processual penal, pois preserva o distanciamento do magistrado quanto aos elementos colhidos na etapa inquisitorial e, assim, permite maior imparcialidade no olhar do julgador da ação penal.

⁸ MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES, em *Quem tem medo do “juiz das garantias”?*, Boletim IBCCRIM, Ano 18 – Edição Especial – Agosto/2010, p. 22, destacamos.

⁹ *Idem*, destacamos.

¹⁰ AURY LOPES JR., em *Direito Processual Penal*. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1090, destacamos.

Aliás, merece destaque o parecer apresentado pelo I. Dr. André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União, pelo desprovimento da ADI, no qual argumenta que o “modelo de juiz das garantias instituído no Brasil, de modo sucinto, visa a estabelecer uma nítida separação entre a fase investigativa e a fase efetivamente processual do processo penal, distinguindo os magistrados que atuarão em cada uma delas, de modo a assegurar que o juiz encarregado do julgamento do acusado não tenha previamente participado da fase de produção de provas. **Trata-se de uma garantia institucional em prol de maior isenção e imparcialidade nas decisões proferidas na fase processual, a ser obtida pela preservação de um maior patamar de neutralidade cognitiva do juiz sentenciante**”¹¹ (destacamos).

Não por outra razão é instituto conhecido e há muito implementado em diversos países. Apenas exemplificativamente, cabe o registro de que a figura do juiz das garantias¹² está presente nos Códigos de Processo Penal do Chile (artigo 70, Ley 19.696 de 2000), do México (artigo 133, I, do *Código Nacional de Procedimientos Penales*, de 2016), da Colômbia (artigo 39, *caput* e parágrafos 1º e 2º, do *Código de Procedimiento Penal*, de 2004), da Venezuela (conforme previa, já no *Código Orgánico Procesal Penal* de 2001, o artigo 532, e ainda preveem os artigos 505 e 506 do Código de 2012) e Peru (artigo 323 do Código Procesal Penal de 2004).

Mudanças legislativas, sobretudo aquelas ligadas às estruturas do processo – não só do procedimento – demandam esforço de adequação por parte não somente dos sujeitos processuais como da própria Administração da Justiça. Não se pode inferir disso qualquer inconstitucionalidade da inovação, tampouco que ela implique completa reorganização do Poder Judiciário.

¹¹ Parecer proferido nos autos da ADI nº 6300, de Relatoria do I. Min. Luiz Fux, na qual é Requerente o Partido Social Liberal.

¹² Algumas vezes denominado de *juex de garantía* e outras de *juex de control*, ou ainda como *juex de control de garantías*, ou mesmo *juex de la investigación preparatória*.

Como alertado pelo eminente Ministro DIAS TOFFOLI, em medida cautelar parcialmente concedida no presente feito: ***“Seguindo a tendência observada nos países latino-americanos, a inserção do juiz das garantias no direito processual brasileiro tem sido discutida no Congresso Nacional há mais de uma década. O Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal (nº 8045/2010 na Câmara dos Deputados), que pretende instituir o novo Código de Processo Penal, ainda em tramitação, já continha a proposta do juiz das garantias, inclusive com a previsão do impedimento do magistrado para funcionar no processo”*** (destaques do original):

“Ressalte-se, inclusive, que a figura de um juízo de garantias não é nova no sistema jurídico pátrio. Na capital paulista, funciona, há décadas, o Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO), o qual, nos termos do Provimento nº 167/1984, concentra “[t]odos os atos relativos aos inquéritos policiais e seus incidentes, bem como os pedidos de habeas corpus” (art. 2º). Portanto, em São Paulo já ocorre a cisão de competência determinada pela lei questionada, ficando a atividade de supervisão dos atos de investigação a cargo de juízes especialmente designados para tanto, atuantes no Departamento de Inquéritos Policiais. O fato de os juízes do DIPO não serem competentes para o recebimento da denúncia não desnatura sua função, na essência, de juiz das garantias.

(...)

Trata-se, portanto, de um modelo que vem se difundindo pelo país, notadamente porque aprimora a atividade judicial realizada na fase pré-processual, a qual se torna mais especializada e prestigia a imparcialidade judicial” (destaques do original).

Em inúmeras oportunidades essa C. Suprema Corte advertiu que as funções de investigação são de responsabilidade do Ministério Público e das Polícias Federal e Civil. O envolvimento de qualquer magistrado durante essa fase – é inafastável! – prejudica sua imparcialidade:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. ‘JUIZ DE INSTRUÇÃO’. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE.



COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL¹³ (grifamos)

De fato, como observou o eminente Ministro EROS GRAU, tal atividade, *“inevitavelmente entra em testilhas, em certos momentos, com pretensões, legítimas ou não, de direito individual. Eis porque nos Estados de direito há, à disposição dos cidadãos, um Poder Judiciário independente, com a função de arbitrar esses conflitos, declarando ao indivíduo quais constrangimentos o ordenamento jurídico o obriga a suportar, quais os que se não lhe pode impor”*¹⁴.

Para *“arbitrar esses conflitos”* o Magistrado não pode deles fazer parte. A conclusão é lógica:

“2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes (...)”¹⁵.

“INQUÉRITO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PARLAMENTAR. NOMEAÇÃO DE FUNCIONÁRIO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES INCOMPATÍVEIS COM O CARGO EM COMISSÃO OCUPADO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE PECULATO DESVIO (ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO DE OFÍCIO, SEM OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. DOCTRINA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um ‘magistrado de

¹³ STF, Pleno, ADI nº 1570, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 12.02.2004, DJ 20.10.2004.

¹⁴ STF, Pleno, HC n.º 95009, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 18.12.08.

¹⁵ STF, Pleno, ADI nº 5.104 MC/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, j. 21.05.14, grifamos.

garantias’, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a opinio delicti do Ministério Público.

*2. A doutrina do tema é uníssona no sentido de que, verbis: ‘Um processo penal justo (ou seja, um **due process of law processual penal**), **instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microsistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais.**’ (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. Revista eletrônica de direito processual, v. 3, p. 125-136, 2009).”¹⁶ (grifamos)*

Na verdade, cogitar o reconhecimento da inconstitucionalidade dos arts. 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal é que se mostra absolutamente ilegal, contrário à Constituição e às inúmeras manifestações dessa C. Suprema Corte. A bem da verdade, implementar o juiz de garantias é justamente uma maneira de efetivar direitos fundamentais e garantias consagradas na Constituição.

2.2. A experiência internacional: a resistência era esperada e foi vencida

Se o juiz de garantias é assim tão obviamente constitucional, é de se indagar qual teria sido a genuína razão subjacente a essa arguição de inconstitucionalidade que as Associações de juízes estão a deduzir perante essa C. Suprema Corte. A resposta que parece ao peticionário mais acertada é no sentido de que esta ADI traduz, em verdade, resistência subjetiva e cultural à implementação do juiz das garantias, não muito diferente daquela manifestada, a seu tempo, em outros países que passaram por reformas semelhantes – e até mais profundas – em seus sistemas de justiça penal.

¹⁶ STF, Pleno, Inq. nº 2.913 AgR/MT, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 01.03.13.

Como relata MAURICIO DUCE¹⁷, no Chile também houve muita resistência ao projeto de reforma do sistema de justiça penal – levado a cabo naquele país no final da década de 1990 – e essa oposição, em boa medida, adveio da própria comunidade jurídica e de alguns setores do Poder Judiciário. Segundo DUCE, as causas de resistência à reforma foram variadas e de difícil explicação, mas podem ser destacadas a desconfiança quanto ao conteúdo da reforma, a ideia que alguns opositores tinham de que fazer mudanças tão significativas importaria no reconhecimento de que estavam procedendo de forma errada até então, além dos temores que mudanças assim geram a respeito da possibilidade de perda de certos “direitos adquiridos” por parte de distintos operadores do sistema, além da ideia de que operar de uma forma nova e tão distinta da já conhecida importaria a necessidade de se partir do zero¹⁸.

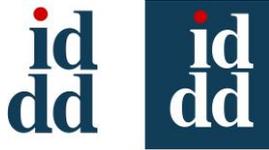
O mais importante é que – ainda segundo o reconhecido processualista chileno – “com o passar do tempo, essas primeiras resistências se foram apaziguando e uma boa parte dos antigos opositores hoje em dia dão apoio à reforma”, o que é algo que se espera ocorrerá também aqui no Brasil.

De mais a mais, a incorporação do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro não apenas assegura o sistema acusatório acolhido em nossa Constituição Federal, como também – e finalmente – permite ao Brasil deixar a posição retardatária que ocupa em relação aos demais países da América Latina¹⁹. Além disso, permite saldar compromissos internacionais há muito assumidos, já que o país é um dos

¹⁷ DUCE, Mauricio. *La reforma procesal penal chilena: gestación y estado de avance de un proceso de transformación en marcha*. In En Busca de Una Justicia Distinta: Experiencias de Reforma en América Latina Consorcio Justicia Viva, Lima 2004, págs. 195 a 248.

¹⁸ DUCE, *Ob. cit.*

¹⁹ Cf. a este respeito GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. **Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina**. In GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel (ed.), *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil* (P. 15-35). Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas/CEJA, 2017, p. 16.



signatários do Pacto de San José da Costa Rica, que prevê a garantia judicial de imparcialidade do juiz.

Rememore-se que o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada por meio do Decreto nº 678 de 1992, estabelece que “*toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela [...]*”.

A noção de imparcialidade judicial incorporada pela Convenção Americana de Direitos Humanos está intrinsecamente ligada à separação de funções entre o juiz da fase de investigação e o da fase de julgamento. Sem a separação, viola-se tal princípio.

Nesse exato sentido há muitos anos a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem se manifestando. Destaque-se trecho de Sentença proferida em 20 de dezembro de 2005, no Caso *Jasinski*:

“É verdade que as situações em que um juiz, ao presidir um julgamento, já se tenha envolvido com o caso em um estágio anterior dos procedimentos e tenha proferido diversas decisões a respeito do solicitante em um estágio prévio ao julgamento – incluindo as decisões e ordens de detenção – podem ocasionar dúvidas por parte do acusado”(tradução nossa)²⁰.

²⁰ No original: “It is true that situations where a judge presiding over the trial has already dealt with the case at an earlier stage of the proceedings and has given various decisions in respect of the applicant at the pre-trial stage – including decisions and continued detention – may occasion misgivings on the part of the accused.”



Em 26 de fevereiro de 1993, no Caso *Padovani*, o mesmo Tribunal estabeleceu que “as funções de investigação e julgamento são fundamentalmente incompatíveis” (tradução nossa)²¹.

Toda essa discussão, evidentemente, tem relação com a necessidade de se assegurar aquilo que se convencionou chamar de imparcialidade objetiva, termo que teve origem na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), notadamente a partir do julgamento do Caso *Piersack vs. Bélgica*, em 1982, quando a Corte de Estrasburgo decidiu que “todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de julgar o processo”, concluindo que “o exercício prévio no processo de determinadas funções processuais pode provocar dúvidas de parcialidade”²².

Nesse mesmo sentido, cabe referir, ainda, a STEDH de 24 de maio de 1989, Caso *Hauschildt*:

*“49. No caso concreto, o temor da falta de imparcialidade está fundamentado no fato de que o juiz da Corte Municipal, que presidiu o julgamento, e os juízes da lata Corte, que eventualmente, tomaram parte na decisão do caso em fase de apelação já tiveram que lidar com o caso do solicitante na fase de pré-julgamento (veja parágrafo 20-22 e 26 acima). Esse tipo de situação pode ocasionar dúvidas quanto à parte acusada diante da imparcialidade do juiz...” (tradução nossa)*²³.

²¹ No original: “the functions of investigations and judgment were fundamentally incompatible”.

²² TEDH, Caso *Piersack vs. Bélgica*, Sentença de 01/10/1982. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 41/42.

²³ No original: “49. In the instant case the fear of lack of impartiality was based on the fact that the City Court judge who presided over the trial and the High Court judges who eventually took part in deciding over the case on appeal had already had to deal with the case at applicant at the pre-trial stage (see paragraph 20-22 and 26 above). This kind of situation may occasion misgivings on the part of the accused as to the impartiality of the judge...”

Em relatório do Caso *Castillo Petruzzi*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu pela ocorrência de violação à garantia judicial de imparcialidade prevista no artigo 8.1 do Pacto e dispôs que “a atuação do juiz de instrução militar, por meio da qual se detiveram os imputados, embargado seus bens e tomado declaração das testemunhas e pessoas sujeitas à investigação, viola o direito a um juiz imparcial, pois as funções de instrução e julgamento se assumem e se desempenham por uma mesma pessoa, titular ou componente de determinado órgão jurisdicional” (tradução nossa)²⁴.

No referido precedente, a Corte reconheceu, dentre outras, a violação à imparcialidade judicial em razão de o mesmo juiz que realizou a investigação ter sido responsável pelo julgamento do caso.

Também no Caso *Durand y Ugarte* foi reconhecida violação à garantia do juiz imparcial:

“A respeito da afirmação sobre a parcialidade e dependência da justiça militar, é razoável considerar que os funcionários do foro militar que atuaram no processo encaminhado a investigar os eventos de El Frontón careciam de imparcialidade e independência requeridas pelo artigo 8.1 da Convenção para investigar os fatos de uma maneira eficaz e exaustiva e sancionar os responsáveis pelos mesmos” (tradução nossa)²⁵.

²⁴ No original: “*la actuación del juez de instrucción militar, mediante la cual detuvo a los imputados, embargó sus bienes y tomó declaración a los testigos y a personas sujetas a investigación, violenta el derecho a un juez imparcial, pues las funciones de instrucción y juzgamiento se asumen y desempeñan por una misma persona, titular o componente de un determinado órgano jurisdiccional*”, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>, consulta em 20/02/2019.

²⁵ No original: “*Por lo que respecta a la afirmación sobre la parcialidad y dependencia de la justicia militar, es razonable considerar que los funcionarios del fuero militar que actuaron en el proceso encaminhado a investigar los sucesos de El Frontón carecían de la imparcialidad e independencia requeridas por el artículo 8.1 de la Convención para investigar los hechos de una manera eficaz y exhaustiva y sancionar a los responsables por los mismos*”, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf>, consulta em 20/02/2019.

Esses são apenas alguns – de muitos – exemplos.

2.3. É inumano exigir imparcialidade do magistrado que participa das investigações

A circunstância objetiva de o magistrado ter atuado e ser sido instado a proferir decisões na fase de investigação tem a capacidade de lhe tolher a imparcialidade exigida para que o exercício da jurisdição se dê de forma absolutamente independente. Exige-se de um humano, um comportamento *inumano*.

É que, como se sabe, nesses casos os juízes se veem diante da necessidade de decidir sobre temas que tocam, muitas vezes, em aspectos do mérito da causa penal. Sói acontecer, por exemplo, na decretação de medidas cautelares pessoais ou reais, em que o dever de exame da presença de *fumus comissi delicti* (pressuposto das medidas de força em questão) leva o magistrado ao juízo – ainda que circunscrito a limites cognitivos mais estreitos – sobre aspectos ligados à suficiência da prova do fato e de sua autoria, considerado o *standard* de prova exigido para a decretação de cada uma dessas medidas.

O mais grave, ademais, é que, como se sabe, na fase de investigação, os juízes decidem sem a possibilidade de exercício do contraditório prévio, o que significa, em boa parte dos casos, que as decisões sejam tomadas somente com base nas alegações e elementos de informação ou prova apresentados pelos responsáveis pela investigação/acusação (sem oportunidade contraposição defensiva). E isto, indiscutivelmente, tem o inequívoco potencial de criação de vieses cognitivos, com maior afeição do juiz à hipótese fática (teoria do caso) acusatória e ânimo mais refratário a tudo o que possa se contrapor ou refutar essa hipótese, à qual aderiu nas fases iniciais da persecução penal.

Como expõe MARCELLA NARDELLI, na medida em que a identificação das primeiras provas apresentadas ao magistrado conduza “a uma versão explicativa plausível acerca do caso, a missão de alterar esse juízo precipitado se mostra praticamente impossível ao suspeito”, em especial quando não se conta com a atuação do juiz das garantias e é um mesmo “magistrado que precisa decidir a respeito da aplicação de medidas cautelares e posteriormente irá decidir os fatos”²⁶.

Separar e confiar a juízes distintos a função de decidir as questões postas na fase de investigação e a função de proferir a sentença do processo é, pois, medida que se impõe, quando se tem em conta que a imparcialidade é mesmo condição de legitimidade da jurisdição e que não há justo processo sem ela.

A questão também já foi objeto de cuidadosa análise desenvolvida pelo Professor BERND SHÜNEMANN, que utilizou experimentos da psicologia e as bases da teoria da dissonância cognitiva para estudar e explicar o fenômeno da tendência de ‘vinculação’ dos juízes às hipóteses fáticas que lhes são apresentadas na fase de investigação. Segundo o professor alemão:

“É fácil compreender e frequentemente é afirmada pela Ciência Processual e por aqueles que militam na defesa criminal que essa acumulação de papéis leva a um conflito de funções. Este conflito decorreria da sobrecarga de atribuições do magistrado, o que, contudo, em razão do condicionamento profissional em prol da objetividade, sempre, fora veemente refutado pela magistratura. No entanto, é balela a afirmativa de que continua sendo possível fazer uma avaliação imparcial da causa – no sentido de um processamento ideal das informações – quando o juiz tem conhecimento dos autos do inquérito, profere a decisão de recebimento da denúncia e exerce atividade inquisitória na audiência de instrução e julgamento. Em razão de o

²⁶ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Vieses cognitivos e o problema das condenações errôneas: ou o incrível caso do serial killer que nunca matou ninguém. *In* Boletim Revista do IBADPP - Ano 02, nº 05, Salvador, Outubro de 2019, p. 26.

magistrado exercer esta atividade inquisitória, ele termina por faticamente obter a posição de parte, principalmente, quando está consideravelmente fixado no itinerário do inquérito e encontra um réu que negue os termos da denúncia e a veracidade dos fatos relatados no inquérito. Neste tocante, cumpre ressaltar que o inquérito é, em regra, parcial, eis que quase não é alimentado pela defesa”²⁷.

E prossegue:

“Segundo a Teoria da Dissonância Cognitiva de Festinger, na versão reformulada de Irlle, cada pessoa ambiciona um equilíbrio em seu sistema cognitivo. Em outros termos, busca-se obter relações harmônicas entre seu conhecimento e suas opiniões. Dessa busca resulta a manifestação de uma motivação cognitivamente dissonante a ser reduzida ou trazida à consonância. Assim, para se alcançar este equilíbrio do sistema cognitivo há de se solucionar a contradição existente entre conhecimento e opiniões. Desse quadro emergem o efeito perseverança e o princípio da busca seletiva de informações. O efeito perseverança ou inércia ou mecanismo de autoafirmação da hipótese preestabelecida faz com que as informações, previamente consideradas corretas à ratificação da hipótese preconcebida, sejam sistematicamente superestimadas, enquanto as informações dissonantes sejam sistematicamente subavaliadas. Já o princípio da busca seletiva de informações favorece a ratificação da hipótese originária que tenha sido, na autocompreensão individual, aceita pelo menos uma vez. Isso ocorre pelo condicionamento da busca à obtenção de informações que confirmem a preconcepção, o que pode se dar tanto pela coleta de informações em consonância com a hipótese, quanto pela de informações dissonantes facilmente refutáveis, ou seja, informações dissonantes que atuem com efeitos ratificadores. Esta ideia pode ser aplicada à posição e à função do juiz alemão na audiência de instrução e julgamento. 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

²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental.* In. Revista Liberdades, nº 11 - setembro/dezembro de 2012, p. 30-50, grifamos.



21.

*supervalorizadas e em desacordo com as tendencialmente subvalorizadas*²⁸.

Por todo o exposto, cogitar a não implementação do juiz das garantias é, um enorme retrocesso.

2.4. É descabido alegar falta de estrutura do Poder Judiciário

O juiz de garantias é necessário e, acima de tudo, constitucional. Tanto que, mais uma vez, como afirmado pelo I. Ministro DIAS TOFFOLI, a existência de Departamentos – com juízes específicos – para cuidar de inquéritos policiais é realidade há muitos anos (esses Departamentos só têm outro nome).

De mais a mais, cite-se os dados postos na já citada decisão da medida cautelar:

“...segundo consta do Relatório do Conselho Nacional de Justiça referido acima, 59% das comarcas e subseções judiciárias do país atuam como juízos únicos – ou seja, como varas com competência genérica, cabendo-lhes também julgar e processar feitos criminais. No entanto, em 2018, apenas 19% delas atuou com um único juiz durante todo o ano de 2018, sem qualquer sistema de substituição (foram descontados os períodos de atividade inferiores a 60 dias, a fim de evitar o cômputo das substituições automáticas que ocorrem em razão de férias). Ou seja, em 81% das unidades judiciárias, registrou-se a atuação, no decorrer de 2018, de dois ou mais juízes. Além disso, o relatório também demonstrou que essas comarcas de juízo único recebem 10% dos processos criminais e 13% dos procedimentos investigatórios de todo país”²⁹.

²⁸ SCHÜNEMANN, *Ob. cit.*, grifamos.

²⁹ Decisão proferida pelo I. Min. DIAS TOFFOLI ao analisar a MC nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300.



Ou seja: “Esses dados demonstram que, **diferentemente do que sugerem os autores das ações, o Poder Judiciário brasileiro dispõe sim de estrutura capaz de tornar efetivos os juízos de garantia**”³⁰ (destaques do original).

Enfim, conforme lembra o D. Magistrado MARCELO SEMER, “A mudança é necessária e já vem tarde. E diversamente do que se apregoa, o juiz sai valorizado da nova lei”:

“Não há aí qualquer depreciação do juiz, mas o reverso. O propósito é tirar dos ombros do magistrado uma decisão que ele mesmo pode ter ajudado a formar durante a investigação. Quanto menos condicionantes o juiz tem para tomar sua decisão, melhor para ele, que pode exercitar sua independência sem ter de justificar decisões tomadas anteriormente, na formação da prova. Essa regra já estava prevista no projeto do novo Código de Processo Penal, como, aliás, vem ocorrendo em várias mudanças recentes na América Latina. O assunto é discutido há pelo menos vinte anos - bem mais tempo, diga-se, que outras tantas regras aprovadas no Pacote Anticrime, e em relação às quais, não tem havido resistência alguma da corporação”³¹.

Imperioso registrar, ainda, que essa falta de estrutura que atinge 10% dos processos criminais, segundo a r. decisão do eminente Ministro DIAS TOFFOLI, haveria de ser facilmente superada se o real intento dos proponentes da presente ação direta de inconstitucionalidade fosse de garantir direitos.

Com esses argumentos, aguarda-se a admissão do IDDD no presente feito.

³⁰ *Idem.*

³¹ MARCELO SEMER, Ob. cit., em *O medo do juiz diante da garantia*, Revista Cult: <https://revistacult.uol.com.br/home/alem-da-lei-juiz-de-garantias/#.XjijNiacCwc.whatsapp>



3. PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer seja o Instituto admitido como *amicus curiae*, de modo a possibilitar o seu ingresso e atuação no feito. Assim, poderá esclarecer as razões pelas quais a ADI em referência deve ser julgada improcedente, reconhecendo-se a constitucionalidade da criação e implementação da figura do juiz das garantias, direito caro e essencial ao Estado Democrático de Direito.

Por fim, com a admissão do IDDD na qualidade de “*amigo da Corte*”, requer-se a intimação dos advogados abaixo nominados de todos os atos do processo.

Pede deferimento.

De São Paulo a Brasília, em 20 de fevereiro de 2020.

FLÁVIA RAHAL

PRESIDENTE DO CONSELHO DELIBERATIVO
OAB/SP 118.584

HUGO LEONARDO

PRESIDENTE DA DIRETORIA EXECUTIVA
OAB/SP 252.869

GUILHERME ZILIANI CARNELÓS

DIRETOR DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 220.558

CLARISSA TATIANA DE ASSUNÇÃO BORGES

ASSESSORA DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/MG 122.057

ANTONIO VIEIRA

MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/BA 17.449

PRISCILA MOURA GARCIA

MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 339.917

PHILIPPE ALVES DO NASCIMENTO

MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 309.369

JOANNA ALBANEZE GOMES RIBEIRO

MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 350.626