

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.298 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS E
OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ALBERTO PAVIE RIBEIRO
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO
PROCESSUAL PENAL. ART. 3º-A, 3º-B, 3º-
C, 3º-D, 3º-E e 3º-F DO CPP. JUIZ DAS
GARANTIAS. REGRA DE
ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA.
INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL.
ARTIGO 96 DA CONSTITUIÇÃO.
INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL.
AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO
ORÇAMENTÁRIA PRÉVIA. ARTIGO 169
DA CONSTITUIÇÃO. AUTONOMIA
FINANCEIRA DO PODER JUDICIÁRIO.
ARTIGO 96 DA CONSTITUIÇÃO.
IMPACTO SISTÊMICO. ARTIGO 28 DO
CPP. ALTERAÇÃO REGRA
ARQUIVAMENTO. ARTIGO 28-A DO CPP.
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO
PENAL. SISTEMA DE FREIOS E
CONTRAPESOS ENTRE ACUSAÇÃO,
JUIZ E DEFESA. ARTIGO 310, §4º, DO CPP.
RELAXAMENTO AUTOMÁTICO DA
PRISÃO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.
PROPORCIONALIDADE. FUMUS BONI
IURIS. PERICULUM IN MORA. MEDIDAS

ADI 6298 MC / DF

CAUTELARES PARCIALMENTE
DEFERIDAS.

1. A jurisdição constitucional, como atividade típica deste Supremo Tribunal Federal, diferencia-se sobremaneira das funções legislativa e executiva, especialmente em relação ao seu escopo e aos seus limites institucionais. Ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado. Ao revés, compete a este Tribunal afirmar o que é constitucional ou inconstitucional, invariavelmente sob a perspectiva da Carta da 1988.

2. A medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade tem escopo reduzido, sob pena de prejudicar a deliberação a ser realizada posteriormente pelo Plenário da corte. Consectariamente, salvo em hipóteses excepcionais, a medida cautelar deve ser reversível, não podendo produzir, ainda que despropositadamente, fato consumado que crie dificuldades de ordem prática para a implementação da futura decisão de mérito a ser adotada pelo Tribunal, qualquer que seja o teor.

3. Fixadas essas premissas, impende

ADI 6298 MC / DF

esclarecer que foram propostas as ADI 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, cujo objeto de impugnação são os seguintes dispositivos:

(a) Artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, na redação concedida pela Lei n. 13.964/2019 (Juiz das garantias e normas correlatas):

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

(a2) O juízo das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas;

(a3) A ausência de prévia dotação orçamentária para a instituição de gastos

ADI 6298 MC / DF

por parte da União e dos Estados viola diretamente o artigo 169 da Constituição e prejudica a autonomia financeira do Poder Judiciário, assegurada pelo artigo 99 da Constituição;

(a4) Deveras, o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 95/2016, determina que “[a] *proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro*”;

(a5) É cediço em abalizados estudos comportamentais que, mercê de os seres humanos desenvolverem vieses em seus processos decisórios, isso por si só não autoriza a aplicação automática dessa premissa ao sistema de justiça criminal brasileiro, criando-se uma presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências que favoreçam a acusação, nem permite inferir, a partir dessa ideia geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução;

(a6) A complexidade da matéria em análise reclama a reunião de melhores subsídios

ADI 6298 MC / DF

que indiquem, acima de qualquer dúvida razoável, os reais impactos do juízo das garantias para os diversos interesses tutelados pela Constituição Federal, incluídos o devido processo legal, a duração razoável do processo e a eficiência da justiça criminal;

(a7) Medida cautelar concedida, para suspensão da eficácia dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal (Inconstitucionalidades formal e material);

(b) Artigo 157, §5º, CPP (Alteração do juiz natural que conheceu prova declarada inadmissível):

(b1) Os princípios da legalidade, do juiz natural e da razoabilidade restam violados pela proibição de o juiz que conheceu a prova declarada inadmissível proferir sentença. A ausência de elementos claros e objetivos para a seleção do juiz sentenciante permite eventual manipulação da escolha do órgão julgador, conduzindo à inconstitucionalidade a técnica eleita legislativamente;

(b2) Medida cautelar concedida, para suspensão da eficácia do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal (Inconstitucionalidade material);

(c) Artigo 28, caput, Código de Processo

ADI 6298 MC / DF

Penal (Alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial):

(c1) Viola as cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas (Artigo 169, Constituição), além da autonomia financeira dos Ministérios Públicos (Artigo 127, Constituição), a alteração promovida no rito de arquivamento do inquérito policial, máxime quando desconsidera os impactos sistêmicos e financeiros ao funcionamento dos órgãos do *parquet*;

(c2) A previsão de o dispositivo ora impugnado entrar em vigor em 23.01.2020, sem que os Ministérios Públicos tivessem tido tempo hábil para se adaptar estruturalmente à nova competência estabelecida, revela a irrazoabilidade da regra, inquinando-a com o vício da inconstitucionalidade. A *vacatio legis* da Lei n. 13.964/2019 transcorreu integralmente durante o período de recesso parlamentar federal e estadual, o que impediu qualquer tipo de mobilização dos Ministérios Públicos para a propositura de eventuais projetos de lei que venham a possibilitar a implementação adequada dessa nova sistemática;

(c3) *Medida cautelar deferida, para suspensão da eficácia do artigo 28, caput, do Código de*

ADI 6298 MC / DF

Processo Penal;

(d) Artigo 28-A, inciso III e IV, e §§§ 5º, 7º, 8º do Código de Processo Penal (Acordo de Não Persecução Penal):

(d1) A possibilidade de o juiz controlar a legalidade do acordo de não persecução penal prestigia o sistema de “freios e contrapesos” no processo penal e não interfere na autonomia do membro do Ministério Público (órgão acusador, por essência);

(d2) O magistrado não pode intervir na redação final da proposta de acordo de não persecução penal de modo a estabelecer as suas cláusulas. Ao revés, o juiz poderá (a) não homologar o acordo ou (b) devolver os autos para que o *parquet* – de fato, o legitimado constitucional para a elaboração do acordo – apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia, se for o caso;

(d3) Medida cautelar indeferida;

(e) Artigo 310, §4º, Código de Processo Penal (Ilegalidade da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas):

(e1) A ilegalidade da prisão como

ADI 6298 MC / DF

consequência jurídica para a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas fere a razoabilidade, uma vez que desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte. A categoria aberta “motivação idônea”, que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura para aplicação do dispositivo;

(e2) Medida cautelar concedida, para suspensão da eficácia do artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal (Inconstitucionalidade material).

4. Medidas cautelares concedidas para suspender *sine die* a eficácia:

(a) Da implantação do juiz das garantias e seus conseqüentários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal);

(b) Da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal);

(c) Da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, *caput*, Código de Processo Penal); e

ADI 6298 MC / DF

(d) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal);

5. A concessão desta medida cautelar não interfere nem suspende os inquéritos e os processos em curso na presente data.

Decisão: Esta decisão cautelar contempla **quatro** ações diretas de inconstitucionalidade, ajuizadas em face de dispositivos da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, os quais alteraram dispositivos do Código de Processo Penal e do Código Penal, no bojo do que se denominou “Pacote Anticrime”.

A ADI n. 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), impugna *a)* o artigo 3º da Lei n. 13.964/2019, que acrescentou os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F ao Código de Processo Penal e institui a figura do juiz das garantias, e *b)* o artigo 20 da Lei n. 13.964/2019, que determina o prazo de *vacatio legis* para a vigência respectiva.

A ADI n. 6.299, ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA, impugna os mesmos dispositivos supracitados, além do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019.

A ADI n. 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), impugna os artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, na mesma linha das ações anteriores.

ADI 6298 MC / DF

Por fim, a ADI n. 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, impugna os artigos 3º-A; 3º-B, 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.

Em apertada síntese, os autores das ações apresentaram os seguintes argumentos para sustentar o *fumus boni iuris* da medida cautelar pleiteada:

(i) Inconstitucionalidade formal da Lei n. 13.964/2019, em razão de dispor sobre procedimentos processuais (e.g. normas sobre a fase pré-processual do inquérito), matérias de competência legislativa concorrente entre os Estados e a União, nos termos do artigo 24, XI e §1º, da Constituição;

(ii) Inconstitucionalidade formal em face de vício de iniciativa relativo à competência legislativa do Poder Judiciário para alterar a organização e a divisão judiciária, nos termos do artigo 96, I, “d”; e II, “b” e “d”, da Constituição;

(iii) Inconstitucionalidade formal em razão da instituição do juiz das garantias por meio de lei ordinária, em violação ao artigo 93, caput, da Constituição;

(iv) Inconstitucionalidade material em razão de violação ao princípio do juiz natural (art. 5º, LIII), da isonomia (art. 5º, caput), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e da regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário (artigo 99, caput, Constituição);

(v) Inconstitucionalidade material em razão da ausência de prévia dotação orçamentária para a implementação das alterações organizacionais acarretadas pela lei, nos termos do artigo 169, §1º, da

ADI 6298 MC / DF

Constituição, bem como da violação do novo regime fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional nº 95 (art. 104, do ADCT), e do mandamento do art. 113, do ADCT;

(vi) Desproporcionalidade da *vacatio legis* de apenas 30 (trinta) dias para implementação das alterações organizacionais requeridas pela lei;

(vii) Inconstitucionalidade material em relação ao acordo de não persecução penal, por permitir o controle judicial do mérito da avença, desafiando a prerrogativa constitucional do Ministério Público, decorrente da sua titularidade exclusiva da ação penal pública, e a imparcialidade do juiz.

No tocante ao *periculum in mora*, os autores das quatro ações sustentam que a lei entrará em vigor em prazo exíguo, de modo que o Poder Judiciário e o Ministério Público serão incapazes de promover, em tempo hábil, as necessárias reformas estruturais a fim de atender às novas exigências legais. Assim, ter-se-ia uma situação de completa insegurança jurídica e instabilidade institucional.

Em 15.01.2020, o Ministro Presidente Dias Toffoli, no exercício do plantão judicial, **concedeu parcialmente as medidas cautelares** pleiteadas nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300. Eis o teor da parte dispositiva da decisão, *in verbis*:

“[...]”

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;

ADI 6298 MC / DF

*(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.*
”

Por sua vez, a ADI 6.305, ajuizada em 20.01.2020, foi distribuída a este relator por prevenção e restou conclusa para a Vice-Presidência na mesma data, nos termos do artigo 13, inciso VIII, e do artigo 14 do

ADI 6298 MC / DF

Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

Decido.

A jurisdição constitucional presta-se a analisar a compatibilidade das leis e dos atos normativos em relação à Constituição, com o objetivo precípua de resguardar a autoridade das normas constitucionais no âmbito da vida social. Como atividade típica deste Supremo Tribunal Federal, a jurisdição constitucional diferencia-se sobremaneira das funções legislativa e executiva, especialmente em relação ao seu escopo e aos seus limites institucionais.

Ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado. Ao revés, compete a este Tribunal afirmar o que é constitucional ou inconstitucional, invariavelmente sob a perspectiva da Carta de 1988. Trata-se de olhar objetivo, cirúrgico e institucional, que requer do juiz minimalismo interpretativo, não se admitindo inovações argumentativas que possam confundir as figuras do legislador e do julgador. Afinal, como afirma o professor Daryl Levinson, a legitimidade da jurisdição constitucional assenta-se, entre outros fatores, na capacidade de os juízes produzirem decisões qualitativamente diferentes daquelas produzidas pelos agentes políticos dos demais poderes (Vide *“Foreword: Looking for Power in Public Law”*, 130 Harvard Law Review, 31, 2016; *“Rights Essentialism and Remedial Equilibration”*, 99 Columbia Law Review 857, 1999). O pressuposto das cláusulas de independência e de harmonia entre os poderes consiste precisamente no fato de que cada um deles desenvolveu, ao longo do tempo, distintas capacidades institucionais. Não fossem distintas as habilidades de cada um dos poderes, não haveria necessidade prática de haver separação entre eles.

ADI 6298 MC / DF

Em termos concretos, não cabe ao Supremo Tribunal Federal, ainda que com as melhores intenções, aperfeiçoar, criar ou aditar políticas públicas, ou, ainda, inovar na regulamentação de dispositivos legais, sob pena de usurpar a linha tênue entre julgar, legislar e executar. No âmbito do controle de constitucionalidade, a competência deste Tribunal restringe-se a verificar a coexistência entre, de um lado, os valores morais e empíricos que sublinham a Constituição, e, de outro, o texto da legislação.

A partir dessas linhas gerais, **três pontos** ganham especial relevo para a análise aqui proposta, os quais adoto como premissas teóricas desta decisão.

Primeiro, o fato de a lei questionada ter sido aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República não funciona como argumento apto a minimizar a legitimidade do Poder Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade. Pelo contrário, a aprovação e a sanção do ato normativo questionado, ou qualquer procedimento correlato que o faça as vezes, constituem pressupostos para a sua própria existência no mundo jurídico e, portanto, constituem pressupostos indiretos para o exercício da jurisdição constitucional. Desde 1891, autorizado pelas sucessivas constituições brasileiras, este Supremo Tribunal Federal tem analisado a constitucionalidade de leis que, por óbvio, passaram pelos devidos ritos de formação e de vigência. Assim, argumentos que procuram eliminar a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para realizar controle de constitucionalidade de leis devem ceder à disposição do artigo 102 da Constituição, que institui a competência deste Tribunal para processar e julgar, originalmente, a ação direta de inconstitucionalidade.

Segundo, não desconheço que a Constituição e a jurisprudência autorizam, no exercício da jurisdição constitucional, a adoção de técnicas de interpretação e de decisão que funcionam, na prática, como

ADI 6298 MC / DF

incrementos ao conteúdo da legislação objeto do controle. A título de exemplo, cito a interpretação conforme à Constituição, a declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto, e o controle dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade. No entanto, entendo que, como regra geral, essas técnicas são próprias do exame do mérito do pedido e somente podem ser utilizadas em casos específicos, como para possibilitar uma leitura sistêmica das normas jurídicas, para sanar ambiguidades porventura existentes no texto legal, para preencher o conteúdo de cláusulas abertas ou, ainda, para calibrar dificuldades práticas relativas à implementação da declaração de inconstitucionalidade.

Terceiro, a decisão a ser proferida em sede de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade tem escopo reduzido, sob pena de prejudicar a deliberação a ser realizada posteriormente pelo Plenário da corte. Nesse ponto, salvo em hipóteses excepcionais, a medida cautelar deve ser faticamente reversível, não podendo produzir, ainda que despropositadamente, fato consumado que crie dificuldades de ordem prática para a implementação da futura decisão de mérito a ser adotada pelo Tribunal, qualquer que seja ela. A essência desta Corte repousa na colegialidade de seus julgamentos, na construção coletiva da decisão judicial e na interação entre as diversas perspectivas morais e empíricas oferecidas pelos juízes que tomam parte das deliberações. Por isso mesmo, entendo que a atuação monocrática do relator deve preservar e valorizar, tanto quanto possível, a atuação do órgão colegiado.

Balizado nessas três premissas teóricas, e imbuído de todas as vênias possíveis ao Presidente deste Tribunal, que louvadamente se dedicou a equacionar as complexas questões constitucionais destas ações durante o exercício do plantão judiciário, entendo, na qualidade de relator, que a decisão de Sua Excelência merece ser pontualmente ajustada, com vistas a resguardar a reversibilidade da medida cautelar e prestigiar a deliberação de mérito a ser realizada oportunamente pelo Plenário.

ADI 6298 MC / DF

A seguir, passo ao reexame dos pedidos cautelares formulados nas ações diretas de inconstitucionalidade nn. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Neste momento processual, não realizarei um juízo de mérito exaustivo e definitivo quanto ao tema. Em nível de cognição vertical, limitar-me-ei ao escopo do que recomenda a análise de uma medida cautelar, no sentido de demonstrar que os questionamentos apresentados pelas partes autoras militam pela imediata suspensão *ad cautelam* de várias das normas impugnadas, *ad referendum* do Plenário. Por questões didáticas, distribuirei os dispositivos questionados em grupos, os quais serão analisados em tópicos separados.

1. Instituição do juiz das garantias e normas correlatas (Artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal)

A processualística civil e a jurisprudência desta Corte impõem como requisitos de concessão de medida cautelar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro requisito exsurge a partir de evidências diretas ou indiretas que demonstrem a probabilidade de acolhimento futuro do direito alegado. Por sua vez, o segundo requisito consiste no perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (Vide FUX, Luiz. *Processo Civil Contemporâneo*. Editora Forense, 2019).

Quanto aos dispositivos analisados neste tópico, o *fumus boni iuris* encontra-se demonstrado pelas evidências de que há vícios de inconstitucionalidade formal e material na redação dos artigos impugnados.

Os artigos 3º-B a 3º-F, do Código de Processo Penal, incluídos pelo artigo 3º da Lei n. 13.964/2019, instituem a figura do juiz de garantias, “responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (Art. 3º-B, *caput*). Nos termos do

ADI 6298 MC / DF

artigo 3º-F, do mesmo diploma legal, “a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa”. Por sua vez, o artigo 3º-D determina que o juiz de garantias “ficará impedido de funcionar” na ação penal posterior ao inquérito no âmbito do qual ele tomou deliberações. Os artigos 3º-D, parágrafo único, e 3º-E tratam da implantação do juiz de garantias pelos Tribunais. O primeiro afirma que, “nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados”; o segundo, “o juiz de garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando os critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal”. Por fim, o artigo 3º-F impõe deveres ao juiz de garantias quanto ao tratamento dos presos.

Segundo se depreende das petições iniciais, o ponto controverso consiste na natureza jurídica desses dispositivos, o que definiria a legitimidade para a respectiva iniciativa legislativa e, em consequência, a satisfação do requisito de constitucionalidade formal. Afinal, a Constituição Federal define regras específicas de competência e de iniciativa legislativa em relação a determinadas matérias, que devem ser observadas como condição *sine qua non* para a regularidade da norma a ser produzida. O artigo 22 da Constituição define que compete privativamente à União legislar sobre direito processual. Por sua vez, o artigo 24 autoriza a União, os Estados e o Distrito Federal a legislarem concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual, no âmbito do que a competência da União se restringirá ao estabelecimento de normas gerais. Por fim, o artigo 96, inciso II, determina que cabe ao “Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, [...] d) a alteração da organização e da divisão judiciárias”.

No caso em tela, o projeto que deu azo à Lei n. 13.964/2019 foi proposto pelo Poder Executivo, em nível federal. No entanto, os artigos

ADI 6298 MC / DF

relativos ao juiz de garantias foram acrescentados ao projeto de lei por meio de emenda de iniciativa parlamentar, no âmbito do Congresso Nacional, situação que desafia a análise acerca de possível violação dos artigos 24 e 96 da Constituição.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem realizado distinção entre normas processuais e normas de organização judiciária.

Como explicitarei no julgamento da ADI 3711, *“as normas de organização judiciária diferem ontologicamente daquelas de natureza processual”*. É que *“[a] norma de Direito Processual se peculiariza por afetar aspectos umbilicalmente ligados à tríade jurisdição, ação e processo”* (ADI 3711, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/08/2015, DJe 24/08/2015, p. 2 e 16).

Com esteio na lição de José Frederico Marques, as leis de organização judiciária *“cuidam da administração da justiça”*, já as leis de natureza processual dizem respeito à atuação da justiça. É dizer: *“as leis processuais, portanto, regulamentam a ‘tutela jurisdicional’, enquanto que as de organização judiciária disciplinam a administração dos órgãos investidos da função jurisdicional”* (MARQUES, José Frederico. *Organização Judiciária e Processo. Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo (Saraiva), vol. 1, ano 1, Jan/Jun. 1960, pp. 20-21).

Em igual sentido, no bojo da ADI 4414, esclareci que *“a lei processual é aquela que cuida da delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, da coordenação de sua atividade, da ordenação do procedimento e da organização do processo”*. Isto é: *“envolve, basicamente, a tríade jurisdição, ação e processo”*. (ADI 4.414, Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, j. 31/05/2012, DJe 17/6/2013, p. 54).

In casu, sob uma leitura formalista, poder-se-ia afirmar que, ao instituírem a função do juiz de garantias, os artigos 3º-A ao 3º-F teriam apenas acrescentado ao microssistema processual penal mera regra de

ADI 6298 MC / DF

impedimento do juiz criminal, acrescida de repartição de competências entre magistrados para as fases de investigação e de instrução processual penal. Nesse sentido, esses dispositivos teriam natureza de leis gerais processuais, definidoras de procedimentos e de competências em matéria processual penal, o que autorizaria a iniciativa legislativa por qualquer dos três poderes, nos termos do artigo 22 da Constituição.

Com a devida vênia aos que militam em favor desse raciocínio, entendo que essa visão desconsidera que **a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país. Nesse ponto, os dispositivos questionados têm natureza materialmente híbrida, sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária, a reclamar a restrição do artigo 96 da Constituição.**

De antemão, o artigo 3º-D, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ao determinar que, “[n]as comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo”, parece veicular a violação mais explícita ao artigo da 96 da Constituição.

No entanto, em um juízo perfunctório, entendo que os demais artigos que tratam do juiz de garantias também padecem da mesma violação constitucional direta. De fato, para além do artigo 3º-D, parágrafo único, nenhum dos demais dispositivos cria explicitamente novos cargos de juízes ou varas criminais. No entanto, a evidência que emerge acima de qualquer dúvida razoável é a de que a implantação dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal requer, em níveis poucas vezes visto na história judiciária recente, a reestruturação de unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos.

Nesse ponto, resalto que a atividade interpretativa não pode estar

ADI 6298 MC / DF

apartada de dados empíricos que sublinhem a materialização dos efeitos da norma jurídica no mundo fenomênico. Igualmente, a jurisdição constitucional não pode ser concebida como uma mera abstração idealista, em que a interpretação dos textos normativas ocorra apartada da realidade fática.

A título de exemplo, imagine-se, por hipótese, que esses dispositivos questionados efetivamente entrem em vigor *in totum*, após a *vacatio legis* de 30 dias determinada pelo artigo 30 da Lei n. 13.964/2019. Considerando que as leis processuais têm vigência imediata em relação aos atos processuais futuros, um juiz titular de vara criminal estaria impedido de atuar na quase totalidade do acervo de ações penais em trâmite naquela unidade judiciária, na medida em que muito provavelmente teria atuado na fase investigativa anterior a essas ações penais, no exercício de atribuições elencadas no art. 3º-B, como de competência do juiz de garantias. Em cumprimento ao novo regramento, esse mesmo acervo seria então atribuído a um segundo juiz, que certamente já dispõe de acervo próprio atribuído e se encontra em atuação em unidade judiciária diversa, causando distúrbio também no exercício de suas funções. Multiplicando esse mesmo exemplo às milhares de varas criminais do país, propagar-se-ia uma desorganização dos serviços judiciários em efeito cascata de caráter exponencial, gerando risco de a operação da justiça criminal brasileira entrar em colapso.

Essas questões práticas ganham outra dimensão quando se verificam realidades locais, relativamente à ausência de magistrados em diversas comarcas do país, o déficit de digitalização dos processos ou de conexão adequada de internet em vários Estados, as dificuldades de deslocamento de juízes e servidores entre comarcas que dispõem de apenas um único magistrado, entre outras inúmeras situações.

Não há solução simplista para a concretização desse conjunto de normas, e isso deve ser analisado nas searas adequadas, inclusive judicial,

ADI 6298 MC / DF

quando do julgamento de mérito. No entanto, em sede de medida cautelar, entendo que o pronunciamento judicial deve se limitar ao juízo de suspensão da norma impugnada.

De qualquer modo, esses dados da vida real são essenciais para a análise da inconstitucionalidade formal dos dispositivos atacados, na medida em que conduzem a uma inescapável conclusão: a instituição do juiz de garantias altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em tal nível que demanda uma completa reorganização da justiça criminal do país. Por óbvio, cada Tribunal tem a prerrogativa de decidir como essa reorganização de funções será feita, se for o caso (especialização de varas, criação de núcleos de inquéritos etc), de sorte que é inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária.

Por sua vez, em uma primeira análise, a **inconstitucionalidade material** dos dispositivos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal exsurge especialmente a partir de **dois grupos de argumentos**: 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.

Quanto ao **primeiro grupo**, percebe-se que os dispositivos que instituíram o juiz de garantias violaram diretamente os artigos 169 e 99 da Constituição, na medida em que o primeiro dispositivo exige prévia dotação orçamentária para a realização de despesas por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, e o segundo garante autonomia orçamentária ao Poder Judiciário. Sem que seja necessário repetir os elementos fáticos aqui já mencionados, é inegável que a implementação do juízo das garantias causa impacto orçamentário de grande monta ao Poder Judiciário, especialmente com os deslocamentos funcionais de magistrados, os necessários incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas, as reestruturações e as

ADI 6298 MC / DF

redistribuições de recursos humanos e materiais, entre outras possibilidades. Todas essas mudanças implicam despesas que não se encontram especificadas nas leis orçamentárias anuais da União e dos Estados.

Acrescente-se a esse argumento que os tribunais não podem fazer uso de seu poder regulamentar para reorganizar serviços judiciários quando há incremento de despesa, devendo recorrer a projetos de leis com rito próprio. No entanto, as reestruturações a serem realizadas, em sua maioria, necessitariam de novas leis a serem aprovadas pelo Congresso Nacional e pelas Assembleias Legislativas estaduais, não havendo tempo hábil para o respectivo planejamento no período da *vacatio legis*, que transcorreu no prazo de recesso parlamentar.

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

Em suma, concorde-se ou não com a adequação do juiz das garantias ao sistema processual brasileiro, o fato é que a criação de novos direitos e de novas políticas públicas gera custos ao Estado, os quais devem ser discutidos e sopesados pelo Poder Legislativo, considerados outros interesses e prioridades também salvaguardados pela Constituição. Nesse sentido, não cabe ao Poder Judiciário definir qual a prioridade deve ser mais bem contemplada com o uso do dinheiro arrecadado por meio dos tributos pagos pelos cidadãos – por exemplo, se a implantação do juiz das garantias ou a construção de mais escolas, hospitais, ou projetos de

ADI 6298 MC / DF

ressocialização para presos. Afinal, esse ônus recai sobre os poderes Legislativos e Executivo. No entanto, por estrita aplicação da regra constitucional do artigo 113 da ADCT – aprovada pelo próprio Poder Legislativo – compete ao Judiciário observar se os requisitos para concretização dos interesses que o legislador preferiu proteger obedeceram às formalidades exigidas, especialmente quanto ao estudo de impacto orçamentário.

Uma vez justapostos todos esses argumentos de natureza orçamentária, conclui-se que, houvesse o legislador tratado a criação do juiz de garantias em toda a sua complexidade, como política pública que é, delimitando e concedendo a devida deferência às matérias atinentes às competências legislativas estaduais e às iniciativas de lei dos Tribunais, analisando e calibrando os impactos orçamentários decorrentes, promovendo ampla discussão social e política, com a devida participação dos entes juridicamente interessados – inclusive do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, em todos os níveis federativos –, não teria a Lei n. 13964/2019 incorrido nesses vícios que inquinam a constitucionalidade de alguns dos seus dispositivos.

Outras experiências recentes podem ser exemplificativas de como é possível promover mudanças estruturais no microssistema processual e na organização do Poder Judiciário em total respeito às disposições constitucionais, às regras de iniciativa legislativa e a necessidade de observância dos impactos orçamentários. A instituição progressiva dos juizados especiais cíveis e criminais, a partir da Lei n. 9.099/95 e outras legislações subsequentes, demonstra outro comportamento legislativo, com o respeito às reservas de competência material dos entes federativos e dos Tribunais, previsão de prazos mais elásticos para a implantação progressiva das mudanças operadas pela lei, respeito à liturgia orçamentária, entre outros fatores.

Diversamente, no presente caso, para a instituição do juiz das

ADI 6298 MC / DF

garantias, em vez de se produzir uma política pública integrativa com a participação dos entes interessados, promove-se uma mudança estrutural no Poder Judiciário por meio da aprovação de uma regra de impedimento processual, a qual, embora de efeitos aparentemente sutis, encontra-se apta a gerar a completa desorganização do sistema de justiça criminal. Na prática, criaram-se dois novos órgãos – juízos das garantias e juízo da instrução – por meio de uma regra de impedimento processual, o que abreviou indevidamente uma discussão legislativa que deveria ter tomado amplitudes equivalentes aos seus impactos. Observo que se deixaram lacunas tão consideráveis na legislação, que o próprio Poder Judiciário sequer sabe como as novas medidas deverão ser adequadamente implementadas. O resultado prático dessas violações constitucionais é lamentável, mas clarividente: transfere-se indevidamente ao Poder Judiciário as tarefas que deveriam ter sido cumpridas na seara legislativa. Em outras palavras, tem-se cenário em que o Poder Legislativo induz indiretamente o Poder Judiciário a preencher lacunas legislativas e a construir soluções para a implementação das medidas trazidas pela Lei n. 13964/2019, tarefas que não são típicas às funções de um magistrado.

O **segundo grupo** de argumentos relativos à inconstitucionalidade material dos dispositivos analisa o impacto dessas novas funções aos valores constitucionais que militam pela eficiência do microssistema processual penal e, de modo mais abrangente, pela operação de mecanismos anti-criminalidade.

Neste estágio inicial, não realizarei análise exauriente sobre esse ponto, na medida em que diversos dados ainda deverão ser apresentados nos autos nas próximas etapas procedimentais, inclusive mediante realização de audiências públicas, o que permitirá uma visão sistêmica entre a compatibilidade do juiz das garantias e as normas constitucionais.

No entanto, essa cautela não impede que se explicitem, desde logo,

ADI 6298 MC / DF

algumas considerações breves sobre argumentos valorativos que têm sido utilizados para a defesa da constitucionalidade material do juiz das garantias, os quais, com a devida vênia, merecem uma reflexão mais aprofundada e, por isso mesmo, reforçam o *fumus boni iuris* da medida cautelar requerida. Concentrarei essa análise em **dois pontos**.

O **primeiro ponto** diz respeito aos argumentos de Direito Comparado, que preconizam experiências de outros países que adotam o sistema de juízo das garantias. Segundo essa perspectiva, a implantação do juiz das garantias, coloca o Brasil no mesmo patamar de outros países civilizados, no que tange ao sistema acusatório processual.

No entanto, penso que esse argumento merece uma maior cautela reflexiva.

No exercício da jurisdição constitucional, eu tenho sido sensível à utilização de argumentos do Direito comparado, sempre atento aos pronunciamentos de outras Cortes Constitucionais, às contribuições de doutrinadores estrangeiros, e até mesmo ao exame qualitativo de outras experiências constitucionais sobre temas comuns ou sobre arranjos institucionais (A título de exemplo, vide **MS 35.985/DF**, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19/11/2018, DJe 21/11/2018).

No entanto, ao balizar minhas decisões nesse tipo de argumento, uma de minhas preocupações centrais consiste em trazer rigor metodológico à comparação. É dizer: com força nos ensinamentos da professora Vicki Jackson, da Harvard Law School, procuro minimizar os *vieses metodológicos* que podem advir de uma análise comparada (Vide *Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law. Penn State International Law Review*, v. 28, n.3, p. 319-326, 2010).

Como exemplo, no exercício de comparação de experiências constitucionais, tem sido comum o que a doutrina convencionou chamar

ADI 6298 MC / DF

de “*cherry-picking*”, na qual se seleciona estrategicamente um país ou um caso estrangeiro que apresenta semelhanças pontuais com o caso paradigma, com vistas a meramente reforçar o argumento comparativo, sem se ter o cuidado de se justificarem os motivos pelos quais o caso em comparação realmente se adequa ao paradigma. Trata-se, assim, de um mero uso retórico do Direito comparado, que desconsidera particularidades dos arranjos institucionais e da cultura política de cada um dos países, divergências contextuais, dissidências doutrinárias e jurisprudenciais, entre outros pontos. (Vide FRIEDMAN, Andrew. *Beyond Cherry-Picking: Selection Criteria for the Use of Foreign Law in Domestic Constitutional Jurisprudence*. *Suffolk University Law Review*, v. XLIV, pp. 873-889, 2011).

In casu, com a devida vênia ao pensamento contrário, e ainda em sede perfunctória e não definitiva, o simples argumento do “sucesso” da implementação do “Juiz de Garantias” em outros países (*e.g.* Alemanha, Portugal e Itália) merece cautela, sob pena de se realizar um verdadeiro transplante acrítico de ideias e de instituições.

Conforme afirma Campos Dutra, “*sem essa atenção necessária, é perfeitamente possível que haja a escolha por parte do país receptor de um item jurídico estrangeiro idealizado, digamos, do direito penal ou civil, sem sequer ter a fundamental informação de que sua aplicação só foi bem-sucedida num determinado país*” em virtude de que o seu sistema judiciário e a sua sociedade detinham características determinantes para que a referida instituição fosse implementada com sucesso. Na realidade, por outro lado, não se pode olvidar que a mesma estrutura institucional transplantada de um país para outro pode gerar impactos totalmente diversos – inclusive efeitos colaterais negativos – em outros países que não dispunham das mesmas características do país paradigma (DUTRA, Deo Campos. *Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado*. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 39, p. 76-96, dez. 2018, p. 91).

ADI 6298 MC / DF

Nesse sentido, a análise comparada não pode ser pontual e descontextualizada. Além de rigor metodológico, ela necessita de uma perspectiva sistêmica, levando em conta aspectos institucionais do país analisado.

No caso em tela, a análise comparada do juiz das garantias demanda a observância de outras questões, como, por exemplo, *(i)* a capacidade que o sistema judiciário brasileiro possui para a recepcionar o “Juiz de Garantias” (*e.g.* contingente processual, bem como os recursos humanos e financeiros disponíveis); *(ii)* a proximidade e/ou vinculação institucional entre os órgãos de acusação e de julgamento nos países em análise; *(iii)* as regulamentações das competências do juiz das garantias nos países comparados. Em verdade, torna-se também imprescindível analisar justamente as experiências comparadas que foram infrutíferas, nas quais a instituição foi implementada, porém não obteve os resultados esperados e/ou foi posteriormente extinta.

Em uma análise comparada perfunctória, percebo que existe uma diversidade superlativa em relação a esse tópico. Em países que adotam o sistema acusatório no microssistema processual penal, há variações consideráveis em relação à distinção de competências entre os juízes que acompanham a investigação e os juízes que acompanham o julgamento. Há países, como a França, em que o juiz que acompanha as investigações tem competências investigativas que seriam inimagináveis no sistema brasileiro. Em outros sistemas europeus, o Ministério Público não se encontra em total independência do Poder Judiciário, podendo inclusive juízes pedirem remoções para cargos ministeriais, o que de certa forma justificaria melhor o arranjo do juiz de garantias. Outros países, como a Inglaterra, não fazem qualquer distinção entre as fases pré-processual e processual, podendo um mesmo juiz acompanhar o processo desde a investigação até a sentença, mesmo nos casos não abarcados por júri.

ADI 6298 MC / DF

Ademais, numa visão sistêmica, poucos países no mundo construíram uma jurisprudência de garantias ao devido processo legal na mesma extensão que o Brasil produziu. A título de exemplo, em nenhum dos países citados como *cases* preferidos quanto ao juiz das garantias existe a possibilidade de esgotamento de todas as instâncias recursais para o início do cumprimento da pena. Em suma, tentando-se evitar qualquer visão excepcionalista, a ponto de se concluir que nenhuma comparação pode ser feita entre sistemas, o fato é que a discussão comparada quanto ao tema objeto dessas ações assume complexidade acima da média, e deve ser tratada com cautela.

A fim de concretizar essas premissas, debruçar-me-ei com atenção às particularidades e aos pormenores dos países que costumam ser citados como modelos de sucesso do juiz das garantias **em sede meritória**. Porém, neste momento preliminar, o argumento comparado não me parece contundente e apropriado para diminuir a plausibilidade jurídica do pedido deduzido nesta cautelar.

O **segundo ponto** refere-se à alegada presunção de que os juízes que acompanham investigações tendem a produzir vieses que prejudicam o exercício imparcial da jurisdição, especialmente na fase processual penal.

Do mesmo modo, a minha trajetória revela que tenho sido atento às contribuições da Análise Econômica do Direito e das ciências comportamentais (*behavioral sciences*) à seara jurídica, mormente quanto aos possíveis vieses cognitivos gerados pela atuação do julgador. Por isso mesmo, observo que esse debate também inspira cautela, a fim de se evitarem generalizações inadequadas.

A base das ciências comportamentais é o caráter empírico de seus argumentos. A existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do

ADI 6298 MC / DF

país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Mais ainda, também não se pode inferir, a partir desse dado científico geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução. Defensores desse argumento sequer ventilam eventuais efeitos colaterais que esse arranjo proposto pode produzir, inclusive em prejuízo da defesa.

Nada obstante, conforme bem demonstra **Pery Francisco Assis Shikida**, pesquisador na área da Análise Econômica do Direito, a instituição do juiz das garantias, combinada com a morosidade atual de muitos juízos criminais do país em virtude do assolamento de processos, pode fornecer também incentivos à impunidade ou, ao menos, prejudicar a duração razoável do processo - aumentando o tempo necessário para que prestação jurisdicional final ocorra (SHIKIDA, Pery Francisco Assis. A economia e o juiz de “garantias”. Disponível em Portal Jota Info, 08.01.2020; (Vide também: SCHAEFER, Gilberto José; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. *Economia do Crime: elementos teóricos e evidências empíricas*. Revista Análise Econômica, Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS, Porto Alegre, v. 19, n. 36, 2001).

Em que pese a relevância desse debate empírico, igualmente não me parece apropriado adentrá-lo nesta análise primária e cautelar da questão, em face da ausência de dados firmes que permitam uma conclusão definitiva sobre o tema. O aprofundamento desse tópico, com o devido rigor metodológico e empírico, somente será possível em sede meritória. Nela, poderei me debruçar, com maior vagar, nas contribuições teóricas e, sobretudo, nos **dados empíricos disponíveis** (com especial atenção à solidez, tecnicidade e consistência desse dados) sobre os impactos que o juiz de garantias ensejará aos diversos interesses constitucionalmente tutelados, sob pena de se recair em uma análise baseada em meras especulações que carecem de consistência empírica.

ADI 6298 MC / DF

Por meio de audiências públicas e de *amici curiae*, por exemplo, entidades científicas e institutos de pesquisa poderão, ainda, melhor esclarecer esses (e outros) relevantes tópicos para o Supremo Tribunal Federal fomentando, por conseguinte, a concretização de **uma jurisdição constitucional empiricamente informada** (Sobre a importância desses instrumentos de “abertura” da Corte para a sociedade e para a academia e a consecução de uma jurisdição empiricamente informada e democrática, como já refleti em sede doutrinária: FUX, Luiz. Cortes Constitucionais e Democracia: o Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. TOFFOLI, José Antônio Dias (Org.). 30 anos da Constituição Brasileira: Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018).

Em suma, nesta análise preliminar, a justaposição desses argumentos demonstra a plausibilidade do direito invocado para se definir o *fumus boni iuris* da medida cautelar em relação aos artigos dos artigos 3^a-A a 3^o-F do Código de Processo Penal.

Em relação ao *periculum in mora*, retomo as premissas teóricas já aventadas na introdução desta decisão. Permitir a entrada em vigor, ainda que parcialmente, de legislação que suscita questões de inconstitucionalidade formal e material de alta complexidade ensejaria forte probabilidade de dano ao funcionamento da justiça criminal, com efeitos irreversíveis, especialmente se o julgamento de mérito redundar na declaração de inconstitucionalidade de alguns ou de todos os dispositivos. Como já mencionei anteriormente, entendo que, nesse momento preliminar, é prudente a suspensão *ad cautelam* dos dispositivos impugnados, permitindo-se o adequado colhimento de informações das autoridades interessadas, a ampla participação dos *amicus curiae*, e, oportunamente, a realização de audiências públicas para a democrática participação da sociedade civil nessa discussão sobre ponto que pode reestruturar por completo a justiça criminal do país, inclusive com a colheita de dados empíricos.

ADI 6298 MC / DF

Reitero, ainda, a impossibilidade de que a decisão em medida cautelar gere fato consumado que crie dificuldades práticas para a implementação de eventual decisão de mérito a ser construída pelo Plenário.

Ex positis, entendo satisfeitos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para determinar a suspensão da eficácia dos artigos 3º-A a 3º-F, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 13.964/2019.

2. Alteração do juiz natural que conheceu de prova declarada inadmissível (Artigo 157, §5º, CPP)

Além dos artigos 3ª-A a 3º-F, as partes impugnaram norma correlata, consistente no 175, §5º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 13964/2019. Esse dispositivo determina que “[o] juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão”. Nesse ponto, retomo e adoto como razão de decidir a bem lançada argumentação do Presidente desta Corte, que justificou o pedido de suspensão da norma nos seguintes termos:

“De início, anoto que a norma em tela é extremamente vaga, gerando inúmeras dúvidas. O que significa “conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível”? Significa apenas travar contato com a prova ou pressupõe que o juiz necessariamente tenha emitido algum juízo de valor sobre o material probatório? Como se materializaria a demonstração desse “conhecimento”? O juiz, após “conhecer” do conteúdo da prova, ainda poderá proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para a sentença, ou ficará impedido desde logo? A ausência de clareza do preceito é também capaz de gerar situações inusitadas. Imagine-se o juiz que, ao proferir a sentença, se depare com uma prova ilícita e a declare como tal. Nesse caso, ele interrompe a prolação da sentença e, em seguida, remete os autos ao juiz que o substituirá? Imagine-se, agora, que a câmara de um tribunal decida anular um processo por ilicitude da

ADI 6298 MC / DF

prova e determine o retorno dos autos à origem. Nesse caso, a câmara ficará impedida de julgar nova apelação? A vagueza do preceito e as inúmeras dúvidas que ele suscita, por si sós, colocam em dúvida sua constitucionalidade. Uma das facetas do princípio da legalidade, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, é que as leis sejam editadas, tanto quanto possível e adequado, com precisão, de modo que sejam aptas a efetivamente orientar a ação individual. Desse modo, promove-se previsibilidade e, conseqüentemente, segurança jurídica. Assim, a utilização de fórmulas legislativas excessivamente vagas viola a segurança jurídica e o princípio da legalidade.

[...]

O § 5º do art. 157 é também danoso ao princípio do juiz natural, por ser norma de competência que não fornece critérios claros e objetivos para sua aplicação. Como redigido, o preceito pode resultar na criação de situações em que a produção de prova eventualmente nula sirva como instrumento deletério de interferência na definição do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), abrindo brecha para a escolha do magistrado que examinará o processo crime, vulnerando-se, por via transversa, o postulado constitucional em questão. Com efeito, Gustavo Badaró anota que existe o direito ao juiz certo, determinado segundo os critérios legais de competência, “que devem ser estabelecidos a partir de elementos claros e objetivos, que não permitam qualquer manipulação da individualização ou escolha do órgão que legitimamente irá julgar o processo”. (Juiz natural no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 157).

[...]

Por essas razões, neste juízo preliminar, próprio das medidas liminares, entendo ser o caso de suspensão do § 5º do art. 157 do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/2019”

Ex positis, neste tópico, acolhendo a argumentação proferida na análise cautelar preliminar, determino a suspensão da eficácia do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 13.964/2019.

3. Alteração do procedimento de arquivamento do inquérito

ADI 6298 MC / DF

policial (Artigo 28, caput, Código de Processo Penal):

A Lei n. 13964/2019 alterou o rito de arquivamento do inquérito policial, ao modificar o artigo 28 do Código de Processo Penal, cuja nova redação dispõe que, “ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei”.

Em relação a esse dispositivo, impugnado exclusivamente nos autos da ADI 6305, a parte autora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público afirma, *in verbis*:

*“De fato, esta alteração é muito elogiável, tratando-se de medida que, há muito tempo, é aguardada pela comunidade jurídica brasileira, preservando a imparcialidade judicial e o protagonismo ministerial que são medidas estruturais do sistema acusatório. Ocorre que, ao estabelecer a vigência da alteração proposta no novo enunciado do art. 28 em prazo de 30 dias após a data de sua publicação, a lei desafiou normas constitucionais que dizem respeito à falta de razoabilidade e proporcionalidade da alteração para a sua vigência, na medida em que causará extremo impacto na autonomia e gestão administrativa e financeira do Ministério Público. O fato é que em todo o país, o elevado número de inquéritos policiais e outros elementos investigativos de mesma natureza é uma realidade incontestada, que não pode ser desconsiderada. O novo comando legislativo parece não ter somente desconsiderado esta realidade, mas também toda a problemática que a envolve, com a existência de inquéritos físicos e digitais, a necessidade de compartilhamento de sistemas de informática, a estruturação administrativa das instituições envolvidas, entre outras. Sobre a questão do volume de inquéritos, para se ter uma noção da situação real que se enfrenta, **o Ministério Público do Estado de São Paulo fez um levantamento de dados que apontou para um acervo de 829 inquéritos policiais objetos**”*

ADI 6298 MC / DF

de aplicação do art. 28 do CPP no ano de 2019, o que daria uma média mensal de 70 procedimentos investigatórios criminais para apreciação do Procurador-Geral de Justiça. A partir da ampliação feita pelo novo art. 28, o número apresentado pelo MPSP de arquivamentos no ano de 2019 seria de 174.822, o que daria uma média mensal de análise de 14.500 procedimentos. Esta situação, que se repete na medida das suas especificidades em outros Estados da Federação, não pode ser desprezada, sob pena de ser instituído o caos processual sistêmico.

[...]

Criou-se, agora, nova competência institucional, em que o Ministério Público passa a revisar todos os arquivamentos de inquéritos policiais e procedimentos investigatórios criminais do país. Trata-se de regra que demanda reestruturação e não mera reorganização!"

Em análise perfunctória, verifico satisfeito o requisito do *fumus boni iuris* para o deferimento do pedido cautelar de suspensão do artigo 28, *caput*, da Lei n. 13964/2019. Na esteira dos dados empíricos apresentados pela parte autora, verifica-se que o Congresso Nacional desconsiderou a dimensão superlativa dos impactos sistêmicos e financeiros que a nova regra de arquivamento do inquérito policial ensejará ao funcionamento dos órgãos ministeriais. Nesse sentido, a inovação legislativa viola as cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas, além da autonomia financeira dos Ministérios Públicos. Na esteira do que já argumentado no tópico anterior, vislumbro, em sede de análise de medida cautelar, violação aos artigos 169 e 127 da Constituição.

O *periculum in mora* também se encontra demonstrado na medida em que o dispositivo impugnado poderá entrar em vigor em 23.01.2020, sem que os Ministérios Públicos tenham tempo hábil para se adaptar estruturalmente à nova competência estabelecida. Não apenas há dificuldades operacionais relativas aos recursos materiais e humanos que precisarão ser deslocados para a implementação da medida. Anoto que questões operacionais simples deixaram de ser resolvidas pelo legislador,

ADI 6298 MC / DF

como, por exemplo, a cláusula aberta trazida no *caput* do artigo 28, ao determinar que o arquivamento do inquérito policial será homologado pela “*instância de revisão ministerial*”. A nova legislação sequer definiu qual o órgão competente para funcionar como instância de revisão.

Ressalto, ainda, a *vacatio legis* desse dispositivo transcorreu integralmente no período de recesso parlamentar federal e estadual, o que impediu qualquer tipo de mobilização dos Ministérios Públicos para a propositura de eventuais projetos de lei que venham a possibilitar a implementação adequada dessa nova sistemática.

Embora entenda que algumas dessas questões trazidas pela parte autora possam ser solucionadas em sede jurisdicional, por meio das técnicas de decisão e de interpretação que possam controlar o prazo da entrada em vigor da norma e definir eventuais ambiguidades legislativas, anoto que a solução jurídica adequada, por ora, é a suspensão do dispositivo impugnado, para posterior análise de mérito do Plenário deste Supremo Tribunal Federal.

Ex positis, suspendo *ad cautelam* a eficácia do artigo 28, *caput*, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 13.964/19. Nos termos do artigo 11, §2º, da Lei n. 9868/99, a redação revogada do artigo 28 do Código de Processo Penal permanece em vigor enquanto perdurar esta medida cautelar.

4. Acordo de Não Persecução Penal (Artigo 28-A, inciso III e IV, e §§§ 5º, 7º, 8º do Código de Processo Penal)

O art. 28-A, introduzido ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, estabelece uma relevante mudança, no sistema processual penal brasileiro, ao implementar o “*acordo de não persecução penal*”.

Eis o teor dos dispositivos impugnados:

ADI 6298 MC / DF

Como se percebe do texto, o acordo de não persecução penal é proposta que cabe ao Ministério Público, tendo o magistrado o papel de seu homologador.

Assim, justamente por não se tratar de pena, tanto as condições quanto os detalhamentos do acordo devem ser confiados ao Ministério Público, o que inclui a definição dos locais de prestação de serviço e das entidades públicas e de interesse social para efetuação de pagamento de prestação pecuniária. Não possui, portanto, harmonia com a Constituição a escolha feita pelo legislador de confiar estas funções ao magistrado, especialmente ao juiz de execução penal, pois (a) não se trata de pena e (b) se revela uma atribuição confiada pelo texto constitucional ao Ministério Público.

A segunda, também por violar o sistema acusatório, a independência funcional do membro do Ministério Público e a própria imparcialidade objetiva do Magistrado, refere-se aos conteúdos normativos contidos nos parágrafos 5º, 7º e 8º, que estabelecem o controle inadequado e inconstitucional do acordo por parte do Magistrado. É que, conforme se depreende dos textos, a atuação da magistratura foge da dimensão homologatória e fiscalizatória no plano da legalidade formal, para invadir um patamar de mérito indevido, estabelecendo um controle que não encontra mais base no sistema constitucional brasileiro, por desafiar a ideia do sistema processual acusatório. Nesta concepção do sistema acusatório, as atividades dos sujeitos processuais são repensadas e ajustadas conforme a essência dos seus respectivos papéis constitucionais, alterando, progressivamente, a ordem jurídica vigente. Uma destas alterações é, justamente, a atuação do juiz na temática de arquivamento do inquérito policial, retirando, como já dito anteriormente, a iniciativa do magistrado para entregá-la à vítima (novo art. 28 do CPP).

Este regramento está devidamente estabelecido também no próprio art. 28-A, parágrafo 14, que estabelece: 'no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.' A solução harmoniosa do texto legislativo deveria ser a mesma estabelecida nas normas citadas nos parágrafos anteriores, que confiam a revisão da atividade

ADI 6298 MC / DF

ministerial ao órgão revisional do próprio Ministério Público, o que deve ser reconhecido e declarado por esta r. Corte Constitucional.

Por isto mesmo, a escolha do legislador de conferir ao magistrado esse papel de controlador do acordo de não persecução penal, da forma como foi posta, é medida flagrantemente inconstitucional, por violar o sistema acusatório, a autonomia do membro do Ministério Público e a imparcialidade objetiva do magistrado”.

Em análise perfunctória, e sem prejuízo de posterior posicionamento em sede meritória, não antevejo o requisito do *fumus boni iuris* para o deferimento do pedido cautelar de suspensão dos dispositivos questionados.

Nesta análise preliminar, não observo incompatibilidade com os dispositivos e princípios constitucionais alegados, tais como “*a autonomia do Ministério Público e a imparcialidade objetiva do magistrado*”. Trata-se de medida que prestigia uma espécie de “freios e contrapesos” no processo penal (art. 28-A, §5º).

A despeito do que argumentado pela parte autora, a autonomia do membro do Ministério Público (órgão acusador, por essência) permanece plena, vez que ao magistrado cabe, no máximo, não homologar o acordo.

É dizer: o magistrado não pode intervir na redação final da proposta em si estabelecendo as cláusulas do acordo (o que, sem dúvidas, violaria o sistema acusatório e a imparcialidade objetiva do julgador). Ao revés, o juiz poderá somente (a) não homologar ou (b) devolver os autos para que o *parquet* – de fato, o legitimado constitucional para a elaboração do acordo – apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia, por exemplo (art. 28-A, §8º).

Ex positis, ausentes os requisitos legais, **indefiro** o pedido cautelar de

ADI 6298 MC / DF

suspensão do artigo 28-A, formulado exclusivamente no bojo da ADI n. 6.305.

5. Ilegalidade da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, Código de Processo Penal)

No tocante ao art. 310, §4º, igualmente introduzido ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, a sua redação determina que *“transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva”*.

Em relação a esse dispositivo, impugnado também exclusivamente nos autos da ADI nº 6305, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público afirma, *in verbis*:

“O parágrafo 4º do artigo 310 do Código de Processo Penal, acima negrito e fruto da alteração legislativa feita pela Lei nº 13.964/2019, padece de inconstitucionalidade ao prever hipótese de soltura automática, leva em consideração prazo inflexível, e ao mesmo tempo permite o decreto de prisão preventiva sem a realização da própria audiência de custódia.

Conforme o artigo 13 da Resolução nº 213, de 2015 do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia é aplicável não só à prisão em flagrante, mas também às seguintes prisões: preventiva, temporária, decorrente da execução penal e civil. A prisão em flagrante tem por fundamento a proteção da ordem pública, a preventiva, o atendimento dos fundamentos do artigo 312 do Código de Processo Penal, a temporária quando imprescindível para as investigações de crimes graves, a decorrente da execução penal para assegurar cumprimento da pena, e por fim, a civil, para garantir o adimplemento de prestação alimentícia.

ADI 6298 MC / DF

A essência da audiência de custódia é possibilitar que o preso ou detido seja imediatamente levado à presença do juiz competente, da maneira mais rápida possível, que é normalmente de 24 (vinte e quatro) horas. Ocorre que, nem sempre esse período de tempo, rigidamente fixado, pode ser cumprido, não por vontade dos membros do Ministério Público ou dos magistrados, mas pela realidade existente no Brasil.

A dimensão territorial do Brasil e de seus Estados Federados muitas vezes impede o cumprimento exato do prazo de 24 (vinte e quatro) horas para apresentação do preso ou detido à realização da audiência de custódia. É comum nos Estados, no âmbito da Justiça Estadual, quando da realização do plantão judiciário, a divisão do território em regiões administrativas, o que pode abarcar mais de uma comarca, de modo que pode vir a ocorrer de o juiz designado para o plantão ser lotado na cidade A, o promotor de justiça na cidade B, e o defensor público, na cidade C, o que inviabiliza a realização do ato no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, de modo extemporâneo, não acarreta a nulidade do ato, e portanto, não há ilegalidade

(...)

Entendemos, por isso, que o dispositivo em comento, ao fixar o prazo de 24 horas como causa de ilegalidade de prisão, podendo sujeitar até mesmo os magistrados e membros do Ministério Público à imputação de abuso de autoridade, viola o artigo 5º, incisos LXI, LXV e LXVII

(...),”

Em análise perfunctória, e sem prejuízo de posterior posicionamento em sede meritória, entendo presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar pleiteada. Não se desconsidera a importância do instituto da audiência de custódia para o sistema acusatório penal. No entanto, o dispositivo impugnado fixa consequência jurídica desarrazoada para a não realização da audiência de custódia, consistente na ilegalidade da prisão. Esse ponto desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, especialmente na região Norte, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável

ADI 6298 MC / DF

porte, que muitas vezes incluem grande número de cidadãos residentes em diferentes estados do país. A categoria aberta “motivação idônea”, que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura aos magistrados para a aplicação do dispositivo.

Nesse ponto, entendo que, uma vez oportunamente instruído o processo quanto à realidade das audiências de custódia em todo o país, o Plenário poderá decidir o mérito, inclusive, sendo o caso, fornecendo balizas interpretativas mais objetivas para as categorias normativas nele incluídas. Por ora, a eficácia do dispositivo deve ser suspensa para se evitarem prejuízos irreversíveis à operação do sistema de justiça criminal, inclusive de direitos das defesas.

Ex positis, concedo a medida cautelar requerida para suspender a eficácia do artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal (CPP), na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019.

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:

(a) 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, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e

(a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova

ADI 6298 MC / DF

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);

Nos termos do artigo 10, §2º, da Lei n. 9868/95, a concessão desta medida cautelar não interfere nem suspende os inquéritos e os processos em curso na presente data.

Aguardem-se as informações já solicitadas aos requeridos, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República.

Após, retornem os autos para a análise dos pedidos de ingresso na lide dos *amici curae* e a designação oportuna de audiências públicas.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 22 de janeiro de 2020.

Ministro **LUIZ FUX**

Documento assinado digitalmente