

Rogério Schietti Cruz

PRISÃO CAUTELAR

Dramas, Princípios e Alternativas

Prefácio

J. P. Sepúlveda Pertence

Posfácio

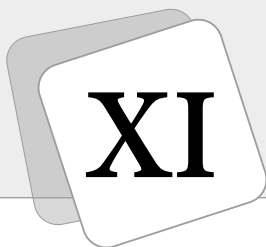
Luís Roberto Barroso

10^a edição

Revista e atualizada

2025

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br



A Lei nº 13.964/2019 (LEI ANTICRIME) E SEUS REFLEXOS NAS CAUTELAS PESSOAIS

1. A REFORMA

Nos últimos dias do ano de 2019, o sistema de justiça criminal brasileiro foi objeto da mais ampla e profunda reforma legislativa desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal, em 1942¹, e, no âmbito material, desde a reforma da parte geral do Código Penal, em 1984.

A instituição da figura do Juiz das Garantias foi, indubitavelmente, a mais debatida e polêmica mudança operada pela Lei nº 13.964/2019², cognominada,

1. Não se desconsidera a importância da reforma legislativa de 2008, consubstanciada na Lei nº 11.689/08, que alterou dispositivos do CPP relativos ao Tribunal do Júri; na Lei nº 11.690/08, que introduziu mudanças relativas à prova; e na Lei nº 11.719/08, que promoveu alterações nos procedimentos penais. Além disso, e no que mais interessa a este estudo, de grande impacto foi a edição da Lei nº 12.403/2011, que alterou o sistema das medidas cautelares pessoais, mormente com a introdução das medidas cautelares alternativas à prisão. Nenhum desses diplomas legais, porém, teve a dimensão, vertical e horizontal, da Lei nº 13.964/2019.
2. Tão logo promulgada a Lei nº 13.964/2019, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), propuseram Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.298, na qual acoimam de desconformes à Constituição da República os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, bem como o art. 20 dessa lei, que fixa o início da vigência do diploma. Também ajuizaram ADI (nº 6.299) o PODEMOS e o CIDADANIA, na qual os autores impugnam, além dos preceitos anteriormente mencionados, o § 5º do art. 157 do CPP, também inserido pela Lei nº 13.964/2019, iniciativa igualmente tomada pelo PSL (ADI nº 6.300), em que também se impugnam os arts. 3º-A a 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019. Em decisão liminar

desde o projeto de lei que a originou, como *Lei Anticrime* (ou Pacote Anticrime), a qual, na verdade, foi o resultado da combinação de duas propostas legislativas, uma de autoria do então ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, e outra, de autoria do ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, às quais se somaram alguns “enxertos” de última hora promovidos no Parlamento.³

O Juiz das Garantias – tão execrado por uns e tão ovacionado por outros – a par de não constituir novidade em diversos países que realizaram reformas

datada de 15/1/2020, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, **concedeu parcialmente a medida cautelar** pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para: (i) **suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º**, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19; (ii) **suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019**, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de **180 (cento e oitenta) dias**, contados a partir da publicação desta decisão; [...] Após a concessão dessa liminar, o Ministro Luiz Fux, na condição de relator tanto das ADIs em caráter liminar já examinadas pela Presidência do STF (ADIs 6.298 e 6.299), quanto da ADI 6.300 (proposta pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal - PSL) e da ADI 6.305 (ajuizada pela CONAMP), em 22 de janeiro de 2020 proferiu decisão, ampliando os termos da tutela de urgência anterior, nos seguintes termos: “*Ex positis*, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, 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, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal); (b) Concedo a medida cautelar requerida nos autos da ADI 6305, e suspendo *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, (b1) da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); (b2) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal); [...] O julgamento do mérito dessas ações somente foi concluído em 24/8/2023, em acórdão de 1.188 páginas, publicado em 19/12/2023, o qual será objeto de análise no corpo desta obra.

3. De fato, o PL 6.341/2019 tramitou regularmente na Câmara dos Deputados e, no mesmo dia em que chegou ao Senado Federal, foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça. E, pouco mais de 24 horas depois, o texto recebeu o aval do Plenário, seguindo para o Palácio do Planalto, onde obteve a sanção presidencial em 25/12/2019, de que resultou a Lei nº 13.964/2019.

estruturais em suas legislações⁴, já constava do projeto de novo Código de Processo Penal que tramita no Congresso Nacional desde 2010 (PL 8045/2010).⁵

Tal qual na proposta original do projeto de um novo Código, buscou-se, na novel legislação, preservar a imparcialidade do julgador, impedindo que continuasse a ser influenciado por decisões que, no modelo até então usual em nosso sistema, lhe cumpria adotar, quer na fase da investigação, quer no limiar da fase processual, tais como a decisão de decretar a prisão preventiva do investigado e a decisão de recebimento da denúncia.⁶

Ainda que se possa ter como problemática a implementação do modelo de divisão funcional de competências, certo é que a Lei nº 13.964/2019 introduz dois dispositivos ao Código de Processo Penal que bem sintetizam a estrutura do novo modelo.

4. Dos países com os quais temos maior proximidade jurídico-cultural e que possuem diplomas processuais penais mais modernos, também se verifica tal divisão de competências, designando-se um juiz específico para cuidar da fase pré-processual da persecução penal: em Portugal, cabe ao *juiz de instrução* (o nome é equívoco, pois sugere um modelo – o juizado de instrução – já abandonado naquele país) interrogar o arguido detido, aplicar medida de coação e medidas cautelares etc (artigos 268 e 269 do CPP português c/c 17); na Itália, também se defere ao *giudice per le indagini preliminari* (GIP) similares funções (artigo 328 do CPP italiano); de igual modo, na França, ao *juge des libertés et de la détention* (artigo 137-1 do CPP francês), figura introduzida na reforma de 2000.
5. A bem da verdade, ousamos dizer que personagem similar ao juiz das garantias não é novidade mesmo na legislação pátria, porquanto, sob outra denominação e, evidentemente, dentro de uma realidade muito distinta da atual e de modo muito pontual e limitado no tempo, já foi adotado em longínquo passado, mais precisamente nos primeiros anos de nossa independência política, por meio da *Decisão de Governo n. 81*, assinada pelo Ministro da Justiça Clemente Ferreira França, em 2/4/1824. Nessa norma, o Governo Declara[va] que o Juiz da devassa não é[ra] competente para julgar o feito: “... por bem da ordem e segurança pública se encarrega a qualquer Magistrado, como preliminar do processo para averiguação do crime, o que feito se deve remeter ao competente juízo da correição do crime da Côrte e Casa para lhe dar o seguimento da lei, procedendo em tudo na conformidade da mesma sem que jamais possa ser juiz o da diligência que não é nem pode ser o competente para a julgar...”. Outrossim, aponta-se a semelhança ao modelo do juiz das garantias da prática já adotada em alguns estados, que concentram, em um ou mais juízes, a função exclusiva de acompanhar os inquéritos policiais e decidir as questões que envolvam reserva de jurisdição, a exemplo do que ocorre na justiça de São Paulo, onde, há mais de três décadas, existe o Departamento de Inquérito Policial (DIPO), atualmente em funcionamento na capital, mas com perspectiva, inaugurada desde a edição de Lei Complementar (nº 1.208, de 23/7/2013), de se estender para todo aquele Estado.
6. A diferença, no particular, entre a Lei nº 13.964/2019 e o PL 8045/2010 é que, na proposta de novo CPP, o Juiz das Garantias não realizaria a admissibilidade da acusação, e sim o juiz da instrução e julgamento.

O primeiro deles – e, a nosso aviso, o mais significativo – é o art. 3º-A, ao dispor que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Com tal enunciação, a reforma legislativa deixa claro que nosso modelo não mais se compatibiliza com iniciativas judiciais que permitiam ao juiz assumir indevidas funções acusatórias já no limiar da persecução penal.

A ausência de clara definição sobre os papéis e os limites da atuação dos sujeitos do processo penal brasileiro são estruturais e historicamente explicáveis pela tradição normativa de nosso sistema, desde o seu nascedouro, fértil na sobreposição entre as atribuições de policiais, membros do Ministério Público e juízes, em nítida postura inquisitorial no que toca à maneira de instruir e julgar a causa.

Tome-se, como exemplo, o que ocorria na vigência da Lei nº 261, de 3/12/1841 (inaugurando o período conhecido como “policialismo judiciário”), pela qual os Desembargadores e Juízes de Direito eram escolhidos pelo Imperador ou pelos Presidentes das Províncias para exercerem, também, a função de Chefe de Polícia e Delegado. Ademais, por considerável tempo, permitiu-se a policiais desempenharem funções judiciais e vice-versa, como bem transparece o Regulamento nº 120 (31/01/1842), o qual dispunha, em dois de seus preceitos, o seguinte:

Art. 58. Aos Chefes de Polícia na Corte e em toda a Província, a quem pertencerem, compete as seguintes atribuições policiais: (...) § 6º Julgar as contravenções às Posturas das Câmaras Municipais e os crimes a que não seja imposta pena maior que ... prisão, degredo ou desterro até seis meses...

Art. 64. Aos Juízes Municipais, como Auctoridades policiais, competem as mesmas atribuições que pertencem aos Delegados.

Efetivamente, por muito tempo nosso sistema não se preocupou em estabelecer limites e distinções claras entre as funções exercidas pelos personagens centrais da persecução penal, o que, a despeito da nova ordem constitucional inaugurada em 1988, ainda permeia, recorrentemente, o pensamento e a prática judiciária brasileiras.

O segundo dispositivo legal que bem sinaliza a nova orientação estrutural do processo penal brasileiro preconiza que: “Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º

deste Código ficará impedido de funcionar no processo.” Esse dispositivo, bem como o art. 3º-C, § 3º, analisados a seguir, foram considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, conforme melhor detalhado no próximo item.

Vale, sem embargo, registrar que tal inovação legislativa criava uma nova hipótese de impedimento do juiz, o que, conforme acuradamente observa Eugênio PACELLI (2019), independe da regular formalização do juiz das garantias. A questão a saber, como problematiza referido autor, é se a atuação judicial no “controle de legalidade da investigação criminal” – uma das duas principais funções do juiz das garantias (art. 3º-B do CPP, primeira parte) – impediria o julgamento da causa pelo mesmo magistrado, ou se tal vedação somente ocorreria se houver ele, na fase investigativa, tomado decisão em “salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (art. 3º-B, segunda parte).

A divisão funcional de competências entre o juiz das garantias e o juiz da instrução e julgamento, ao atribuir àquele, inclusive, a decisão de recebimento da denúncia ou queixa, imporia ao juiz das garantias o exame dos elementos informativos que dão lastro à acusação (*fumus commissi delicti*), cumprindo-lhe decidir – já agora com maior explicitação dos vícios em que eventualmente pode incorrer (art. 315, § 2º, do CPP), o qual, sem técnica legislativa, reproduz norma do CPC sem a necessária adaptação, também tópica⁷, ao processo penal – sobre a viabilidade ou não da ação penal, quer no tocante aos aspectos formais da denúncia, quer no respeitante à justa causa e à ausência de impedimentos materiais ou processuais para inaugurar a persecução penal em juízo.

Logo, se, para realizar o juízo de admissibilidade da imputação, deverá o juiz das garantias examinar todo o material que integra o caderno investigatório (inquérito policial ou procedimento de investigação criminal), e se estes autos, pela nova regra (art. 3º-C, § 3º, do CPP), era razoável prever também que “não serão apensados aos autos do processo enviado ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser

7. Na reprodução literal do disposto no art. 489, § 1º do CPC, esqueceu-se o legislador processual penal de que o *caput* do preceito ao qual acrescenta dois parágrafos diz respeito especificamente à decisão que decreta, substitui ou denega a prisão preventiva, mas o texto inserido fala de vício de fundamentação em “qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”.

remetidos para apensamento em apartado”. Foi claro o sinal do legislador no sentido de, efetivamente, separar essas duas funções, de sorte a impedir que o magistrado que atuou como juiz das garantias venha a ser o mesmo a julgar a pretensão punitiva.

Restaria indagar se também haveria, necessariamente, nulidade do processo em que houvesse o juiz da instrução e julgamento tomado contato, como juiz das garantias, com o material investigatório preliminar da *actio penalis*, mesmo sem ter praticado ato decisório contrário ao então investigado. Tome-se, como exemplo, a situação em que o juiz de garantias tenha realizado a audiência de custódia, na qual relaxou a prisão do preso, e que não tenha praticado, posteriormente, qualquer ato decisório na fase investigatória, e que também não haja sido ele a receber a denúncia, por estar, em razão de férias ou outro motivo, afastado de suas funções. Haveria, ainda assim, nulidade do processo em que tenha atuado como juiz da instrução e julgamento? Parece-nos que não, em face da evidente ausência de prejuízo à defesa do acusado.

Não há, assim, como divergir da opinião de que a reforma legislativa introduzida no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal e em leis extravagantes traz importantes avanços, necessários para modernizar e tornar o sistema de justiça criminal mais efetivo e justo, mas também traz alguns retrocessos, como, v.g., a repristinação, de modo disfarçado, da vedação à liberdade para certos crimes, o que se imagina não deverá resistir ao controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

Nos limites desta obra, iremos nos ocupar, no tópico seguinte, a fazer uma breve análise dos reflexos da Lei nº 13.964/2019 no sistema das medidas cautelares pessoais, mormente no que diz respeito à prisão preventiva, objeto de importantes inovações pelo legislador reformista.

2. A VALORIZAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA

Logo a primeira modificação de natureza processual prevista na Lei nº 13.964/2019 enuncia uma tônica desse novo diploma: valorizar os princípios do processo penal, mormente os que interferem mais diretamente com a liberdade do indivíduo. Em conformidade com o que foi salientado no tópico anterior, a reforma já se apresenta com o cartão de visita do princípio acusatório, ao afirmar que “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

2.1. Princípio acusatório

A tão controvertida figura do juiz das garantias nada mais é do que uma derivação natural dessa nova estrutura que se afirma acusatória, porque se há uma característica marcante dos sistemas processuais assim concebidos é a de não permitir que juízes assumam funções acusatórias, ou que se substituam ao órgão de acusação na tarefa de impulsionar o feito rumo à condenação do acusado.

Assinale-se que a esta somam-se outras características de um processo penal estruturado sobre base acusatória, com possíveis variações de acordo com o ordenamento processual penal de cada país, sendo de observar, a propósito, uma crescente aproximação entre os modelos misto e acusatório (tendo em conta que não se cogita mais da existência de processo inquisitivo puro), de modo a diminuir suas diferenças, rumo à construção de um modelo mundial de persecução penal, o que, aliás, viria ao encontro da globalização do direito.

Sem embargo, quando se postula a adoção no Brasil de um sistema de cariz cada vez mais acusatório, impõe que não se desprezem nossas especificidades (grandeza do território) e tradições (mais próximas ao direito romano-germânico), as deficiências estruturais do Estado brasileiro (número reduzido de juízes, escassos investimentos no sistema de justiça criminal), o elevado grau de violência e o excesso de litigiosidade de nosso povo.

De todo modo, quando se apregoa, logo no início do CPP, que “o processo penal terá estrutura acusatória”, há outras implicações, além das já assinaladas, que dão conformidade e coerência sistêmica a esse modelo novo.

Como tivemos oportunidade de anotar em apresentação a qualificada obra coletiva⁸, um processo com estrutura acusatória traz consigo uma série de características, a primeira das quais, certamente, a existência de um órgão, separado da magistratura, que se responsabilize pela acusação e promoção da ação penal, cercado de poderes e garantias que lhe permitam exercer a ação penal de forma independente e sob critérios de legalidade e objetividade. Na quase totalidade dos países este órgão é o Ministério Público.

Outrossim, a ação penal há de ser exercitada apenas por quem possua legitimidade ativa, vedada qualquer iniciativa judicial nesse sentido, visto que, sendo inerte, a jurisdição demanda provocação por quem detenha a titularidade

8. SALGADO, Daniel de Resende et al (Coords.) *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. São Paulo: Juspodivm, 2019.

do poder de exercer o *ius perseguendi in iudicium*. Esta é uma regra que traz em si a ideia de que a jurisdição penal, conquanto necessária para a concretização do direito penal – *nulla poena sine iudicium* – não pode ser acionada de ofício pelo magistrado – *ne procedat iudex ex officio*.

Exige-se, a seu turno, que o juiz se mantenha em posição imparcial durante toda a persecução penal, em razão do quê lhe são vedadas as iniciativas investigativas típicas da Polícia Judiciária ou do órgão acusador. Esta exigência do modelo acusatório, todavia, não significa que o juiz deva permanecer inerte diante da dúvida cognitiva não estancada ao final do processo pela atividade probatória das partes, de sorte que está autorizado, em caráter absolutamente secundário e suplementar, a valer-se de seus poderes instrutórios, presentes, enfatize-se, em praticamente todos os ordenamentos processuais modernos, inclusive os que claramente assumiram viés acusatório. Apenas para exemplificar, confirmam-se os códigos de Portugal (art. 340, 1 e 2), Itália (arts. 190.2, 70, 195, 224, 237, 507, 508, 511 e 602) e Alemanha (§§ 214 [4] e 244 [1]).⁹

Em complementação a essa separação das funções inerentes aos protagonistas da persecução penal, há de existir uma defesa técnica que possibilite ao acusado manter-se permanentemente em situação de igualdade processual com o Ministério Público, de forma a que ambos – acusação e defesa – desfrutem das mesmas oportunidades para influírem na formação do convencimento judicial.

Ainda como característica do modelo acusatório, é natural que exista uma fase pré-processual, na qual o órgão titular da ação penal, por si mesmo ou com o auxílio da Polícia Judiciária, recolha elementos mínimos de convicção que lhe permitam dar início ao processo. Em face dos conhecidos efeitos que a simples instauração de uma ação penal acarreta sobre o *status dignitatis* de qualquer pessoa, todos os ordenamentos dos países contemporâneos preveem uma atividade de natureza administrativa (ou mesmo judicial, como ocorre no modelo misto) anterior ao processo criminal, em que se busca colher evidências quanto à existência do crime e sua autoria. Com isso, evita-se a instauração precipitada de uma ação penal e protege-se o suposto autor do ilícito penal contra os efeitos deletérios de um processo penal, que somente poderá, então, ser instaurado ante a presença de um substrato probatório mínimo de autoria e materialidade, a conferir plausibilidade à ação penal.

9. Conforme explanamos, com vagar, no item 11 do Capítulo IV, retro.

Daí por que se prevê, também, um juízo de admissibilidade da acusação, realizado preferencialmente por um órgão jurisdicional distinto daquele que irá julgar a causa, preservando-se este da possível vinculação psíquica ao material de que tomou conhecimento para emitir a decisão de recebimento da peça acusatória, ou para decretar medida de natureza cautelar pessoal, como a que decreta a prisão preventiva do investigado. Eis a *ratio essendi* do juiz das garantias, a qual, como se procurará demonstrar no próximo item, sofreu, com o julgamento do STF sobre o tema, um revés em sua conformação e teleologia.

Uma vez que essa fase pré-processual, de cunho investigatório, não objetiva colher provas para a condenação, mas apenas permitir a formação da *opinio delicti* pelo órgão acusador e dar lastro à acusação, o modelo acusatório ideal não autoriza conferir aos elementos informativos colhidos inquisitorialmente durante a investigação o caráter de verdadeiras provas, idôneas a fundamentar um juízo positivo de condenação. Abre-se apenas uma exceção a essa regra, quando, via contraditório diferido, a prova de natureza cautelar e irrepetível colhida na fase investigatória (de que são exemplos algumas perícias) poderá servir de apoio ao convencimento judicial, desde que, dada a natureza urgente da prova, se conclua que não seria possível aguardar-se, sem prejuízo de sua conservação, a futura instauração do processo criminal.

Semelhantes características do processo penal com estrutura acusatória se fazem presentes na reforma ora em comento. Senão vejamos:

2.1.1. Divisão funcional de competências (juiz de garantias e juiz de instrução e julgamento)

A divisão funcional de competências, como assinalado, assegura que o juiz da instrução e julgamento não seja o mesmo que, no início da atividade investigatória, tenha tomado conhecimento dos elementos informativos que permitiram, em decisão fundamentada e motivada, desencadear a ação penal. Por isso a razão de se dizer, como referido acima, que “Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.”

Ademais, para preservar a imparcialidade judicial – razão de ser da divisão funcional de competências – o novo dispositivo processual penal determinou que “Art. 3º-C - § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.” E, para conferir igualdade de oportunidades às partes, complementa, *verbis*: “§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.”

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, considerou inconstitucionais diversos dispositivos da novel legislação, notadamente os que cuidam do juiz das garantias.

Eis, no que interessa a este tópico, o que decidiu o STF:

- (a) O artigo 3º-C, caput, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 13.964/2019, delimitou a extensão da competência do juiz das garantias, nos seguintes termos: “A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código”.
- (b) As razões anteriormente expendidas revelam que o texto impugnado incorreu em erro legístico, do qual deriva a necessidade de restrição da competência para que cesse com o oferecimento da denúncia.
- (c) Ademais, além das infrações penais de menor potencial ofensivo, de competência dos juizados especiais, a nova sistemática do juiz das garantias não se compatibiliza com o procedimento especial previsto na Lei 8.038/1990, que trata dos processos de competência originária dos tribunais; com o rito do tribunal do júri; com os casos de violência doméstica e familiar.
- (d) Por tais motivos, deve ser atribuída interpretação conforme à primeira parte do caput do art. 3º-C do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para esclarecer que as normas relativas ao juiz das garantias não se aplicam às seguintes situações: (1) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990; (2) processos de competência do tribunal do júri; (3) casos de violência doméstica e familiar; e (4) infrações penais de menor potencial ofensivo.
- (e) Ao mesmo tempo, as referências à competência do juiz das garantias para receber a denúncia, constantes do caput e dos §§1º e 2º, do artigo

3º-C, revelam-se inconstitucionais, atribuindo-se interpretação conforme a Constituição no sentido de fixar que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia e, por conseguinte, oferecida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

(f) A Lei 13.964/2019 estabeleceu, ainda, nos §§3º e 4º do artigo 3º-C, a vedação do conhecimento dos autos do inquérito pelo juiz da instrução e julgamento, impedindo sua remessa juntamente com a denúncia.

(g) Os textos dos dispositivos impugnados têm o seguinte teor: “§3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. § 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.”

(h) Constata-se a manifesta irrazoabilidade do acautelamento dos autos do inquérito na secretaria do juízo das garantias, porquanto o fundamento da norma reside tão-somente na pressuposição de que o juiz da ação penal, ao tomar conhecimento dos autos da investigação, perderia sua imparcialidade para o julgamento do mérito. Ocorre que, sem tomar conhecimento dos elementos configuradores da justa causa para a ação penal (indícios de autoria e de materialidade), inviabiliza-se a prolação de decisões fundamentadas.

(i) Por conseguinte, declara-se a inconstitucionalidade, com redução de texto, dos §§ 3º e 4º do art. 3º-C do CPP, incluídos pela Lei nº 13.964/2019 e, mediante interpretação conforme, fixar que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento.

A decisão da Suprema Corte modificou, substancialmente, pontos centrais da figura do juiz das garantias, especialmente na divisão funcional de competências.

Tivemos oportunidade de comentar (SCHIETTI CRUZ e MATIDA, 2024), aspectos relevantes sobre o tema em apreço.

Dissemos, *inter alia*, que, a bem da verdade, ninguém mais sustenta que o ato de recebimento de uma denúncia ou queixa se traduza em um simples despacho, e nem mesmo que possa ser reduzido a mera decisão interlocutória

despida de motivação minimamente idônea a demonstrar que se realizou, efetivamente, uma avaliação acurada sobre os pressupostos e condições da ação penal e da justa causa que a ampara.

Portanto, a determinação sobre a que tipo de juiz deva-se atribuir a tarefa de receber a denúncia está longe de ser trivial, daí podendo resultar a otimização da prestação judicial ou, por outro lado, o incremento do risco de erros judiciários, sobretudo de mais condenações injustas.

Sob essa premissa, consideramos que provavelmente a parte mais impactante da referida decisão do STF tenha sido a que afirmou inconstitucional o dispositivo referente à divisão de competências entre o juiz das garantias e o juiz da instrução e julgamento, no que toca ao momento em que deixa aquele de exercer jurisdição. Como se sabe, o texto vinha com uma redação claramente indicativa de que a competência do juiz das garantias, nos termos do inciso XIV do art. 3º-B da Lei nº 13.964/2019, avançaria até, inclusive, o juízo de admissibilidade da acusação. Desse modo, caberia a ele “decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código”.

Nada obstante, os julgadores entenderam, com a ressalva feita pelo Ministro Edson Fachin¹⁰, que tal dispositivo continha o que se denominou “erro legístico”, porquanto o artigo 399 do Código de Processo Penal estabelece que, recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente”. O que se entendeu foi que, se ato

10. Em suas palavras, o Min. Fachin disse àquela ocasião o seguinte: “Peço aqui todas as vênias para manter a posição que inicialmente trouxe à colação neste Plenário. De novo, não me parece que estejamos discutindo qual seja a melhor solução, embora haja um argumento aqui de proporcionalidade. O sentido do dispositivo é atribuir ao juiz das garantias a função de decidir sobre recebimento da denúncia ou queixa nos termos do art. 399 do Código e não do art. 396. Tenho dificuldade em avançar ao ponto de alterar o número do dispositivo porque aqui está em discussão precisamente quando cessa a atividade do juiz das garantias. Claro que se pode imaginar uma certa contradição do juiz que supervisiona as investigações e cuja criação se deu exatamente para evitar a contaminação da sua percepção cognitiva e das provas produzidas com esse tipo de dispositivo. Porém, de algum modo, parece-me que o seccionamento dessa atividade do juiz das garantias com as atividades que se vão seguir – ou seja, há um juiz das garantias, que vai até o exame da denúncia, e, em seguida, há o juiz do processo penal ou da ação penal, que fará a instrução e o julgamento da ação penal –, está no cerne dessa legislação. Se é uma boa solução ou não, tenho a impressão de que isso desborda um pouco do exame da sua respectiva constitucionalidade. [...] Assim, entendo constitucional esse dispositivo por essas razões que estou sumariando e as demais que estão na minha declaração de voto.

seguido ao recebimento da denúncia, cabe ao magistrado designar quando será a audiência de instrução e julgamento, a conclusão correta seria de se assegurar ao juiz da instrução penal a competência para o recebimento da denúncia, e não ao juiz das garantias. Naquela ocasião, defendeu-se tal alteração de sentido à proposta legislativa a partir do argumento de que era necessário submeter o texto a uma interpretação conforme à Constituição.

A nosso sentir, a interpretação conforme desenvolvida pelo STF parece supor que a imparcialidade do juiz que receberá a denúncia merece proteção, mas que cuidados semelhantes não são necessários à proteção do juiz que decidirá, mais a frente, se condena ou absolve o acusado.

Em sentido diverso, a doutrina italiana, apoiada em dispositivo específico do Codice di Procedura Penale (art. 34, II), fala em incompatibilidade do juiz “di tipo orizzontale”, a qual, entre outras hipóteses aventadas na legislação peninsular, exclui o juiz que, em fase anterior da persecução penal, “*abbia emesso il provvedimento conclusivo dell’udienza preliminare*”, haja vista a “*naturale tendenza del giudice a mantenere um giudizio già espresso in altri momenti decisionali del procedimento*”.¹¹

2.1.2. Vedação a iniciativas acusatórias (princípio da inércia da jurisdição)

No capítulo IV, item 11, retro, mostramos como o processo penal brasileiro sempre permitiu indevidas iniciativas judiciais no âmbito das medidas cautelares. Já houve avanço importante quando, por meio da Lei nº 12.403/2011, se passou a vedar ao juiz, na fase do inquérito policial, decretar a prisão do investigado sem provocação da parte interessada. Agora, com a Lei nº 13.964/2019, não se permite mais a decretação *ex officio* da prisão preventiva também durante a ação penal.

A opção por um modelo processual marcadamente acusatório também implica a ideia de que não se pode permitir que o juiz assuma funções típicas de quem é responsável pelo exercício da pretensão punitiva. Juiz não acusa, não investiga, não se substitui ao órgão de acusação na tarefa de produzir prova dos fatos imputados ao investigado ou réu (art. 3º- A), conquanto, a nosso sentir,

11. DALIA, Andrea A. & FERRAIOLI, Marzia. Manuale di diritto processuale penale. 5ª ed. Milão: Cedam, 2003, p. 124.

como assinalado acima, possa exercer poderes instrutórios em caráter meramente suplementar, em situações excepcionais de dúvida, ao término (jamais no início) da atividade probatória das partes, quando lhe incumbe a soberana e onerosa função de dizer o direito.

Uma das maneiras de se evitar a tentação judicial de se substituir ao titular da ação penal é a de lhe vedar a iniciativa de medidas cautelares que interfiram em direitos do indiciado ou réu, e tal opção vem claramente expressa na nova redação dada a dois dispositivos do Código de Processo Penal que, antes, permitiam o decreto de medidas cautelares, inclusive a prisão preventiva, sem provocação da parte legitimada.

No primeiro caso, diz a nova redação: “Art. 282. [...] § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.”

E, para o decreto de prisão preventiva, assim dispõe o novo texto: “Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

A Lei nº 13.964/2019 omitiu-se, todavia, de corrigir a equivocada previsão do art. 3º da Lei nº 9.296/96, que autoriza a interceptação das comunicações telefônicas por decisão do juiz, “de ofício”.

Sem embargo, o novel diploma fez inserir na referida lei dois novos dispositivos, um dos quais, o art. 8º-A, com a seguinte redação: “Art. 8º-A Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, **a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público**, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando: [...]”.

Ora, tendo como certo que, mais adiante, o novel texto determina que “§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática”, quer-nos parecer que, por representar um novo marco estrutural do modelo ora adotado – o acusatório – é o dispositivo relativo à captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos que deverá ser aplicado, no que diz respeito à exigência de iniciativa do Ministério Público ou da autoridade policial para a medida.

Assim, mesmo que não se tenha, expressamente, alterado o disposto no art. 3º da Lei nº 9.296/96, resulta lógico que, por racionalidade hermenêutica, deve

ser aplicada a exigência de provocação do Ministério Público ou da autoridade policial também para a interceptação telefônica, de sorte a conferir unidade sistêmica às cautelares, quer pessoais, quer, como na hipótese, probatórias.

A seu turno, a nova legislação permite ao juiz decidir matéria cautelar *ex officio*, sem, portanto, provocação externa, **quando se tratar de decisão que favoreça o investigado ou réu**, como se depreende dos seguintes dispositivos:

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

E, muito embora a segunda parte de cada um desses dispositivos pareça permitir ao juiz novamente decretar a medida cautelar (ou a prisão preventiva) de ofício, os tribunais deverão dizer se deverá ser ela precedida ou não de nova provocação externa.

Sem embargo, cremos que seria de bom alvitre, em nome da bilateralidade de audiência e considerando o duplo papel que o Ministério Público desempenha no processo penal, não só de titular da ação penal mas também de *custos iuris* (fiscal do Direito), permitir um contraditório prévio – salvo casos de urgência – à decisão que revoga a cautela pessoal. Aliás, nesse sentido se orienta o Código de Processo Penal da Itália, cujo art. 299, que trata da revogação e substituição de medidas cautelares, dispõe, *verbis*: 3-bis. *Il giudice, prima di provvedere in ordine alla revoca o alla sostituzione delle misure coercitive e interdittive, di ufficio o su richiesta dell'imputato, deve sentire il pubblico ministero. Se nei due giorni successivi il pubblico ministero non esprime il proprio parere, il giudice procede.*

2.1.3. Reforço na possibilidade de contraditório

Quando tratamos, no Capítulo IV, retro, do princípio da bilateralidade da audiência (ou do contraditório), salientamos ser providência comum em outros povos a possibilidade de, quando não houver prejuízo à eficácia da medida cautelar, permitir ao investigado ou acusado ser ouvido sobre o requerimento do Ministério Público.

Agora, reforça-se tal convicção, com a observação de que se antes era possível a decretação *ex officio* das cautelas pessoais – ao menos no curso da ação penal – não mais se autoriza, com a vigência da Lei n 13.964/2019, tal iniciativa oficiosa do juiz, como acabamos de ver acima.

O que, todavia, acentua o incentivo ao contraditório prévio sobre o requerimento do Ministério Público para a imposição de medidas cautelares é não só a especificação do prazo para a oitiva do interessado, como, particularmente, o acréscimo na redação original para exigir do magistrado que explicita as razões concretas para não adotar a bilateralidade de audiência. Confira-se:

Art. 282. § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

É dizer, não apenas deve haver – como imposição natural a qualquer decisão judicial – concreta fundamentação sobre a necessidade da imposição da cautela, como, também, se passa a exigir do magistrado (juiz das garantias ou, se já em curso a ação penal, juiz da instrução e julgamento) a explicitação da urgência ou do perigo de ineficácia da medida, que autoriza a dispensa da prévia oitiva do investigado ou réu.

Há outro item da reforma que mostra claramente a opção por, sempre que possível, ouvir o investigado ou réu antes de deferir medida restritiva de sua liberdade. Cuida-se do item VI do art. 3º-B (onde se arrolam as atribuições do juiz das garantias), assim redigido: “VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente.”

A leitura desse dispositivo suscita dois esclarecimentos. O primeiro dele é o significado da expressão “prisão provisória”, normalmente denotando tanto a prisão temporária quanto a prisão preventiva. Uma vez que se cuida da competência do juiz das garantias – a qual cessa, como já visto, tão logo recebida a denúncia (rectius, oferecida a denúncia, por decisão do STF nas referidas ADIs) – e uma vez que a prisão preventiva não possui prazo de duração, sendo