

# **O JUIZ DE GARANTIA COMO EFETIVIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: Uma análise hermenêutica do novel instituto**

**Luciano Morgado Guarnieri<sup>1</sup>**

## **Resumo**

O instituto juiz de garantias faz parte das inovações trazidas pela lei 13964 de 24.12.2019., o denominado Pacote anticrime. Entretanto, a eficácia da norma no que tange ao instituto em análise encontra-se suspenso por decisão monocrática da lavra do atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux. O presente artigo objetiva trazer uma análise hermenêutica constitucional do juiz de garantias e sua contribuição para a efetividade do princípio do devido processo legal afirmado pela Constituição Federal e resistido há 30 anos de sua promulgação.

**Palavras-chave:** Garantias Penais. Juiz de Garantias. Devido Processo Legal. Filosofia do Direito. Processo Penal.

## **Abstract**

The judging institute of guarantees is part of the innovations brought by law 13964 of 12.24.2019., The so-called Anti-Crime Package. However, the effectiveness of the rule with regard to the institute under analysis is suspended by a monocratic decision made by the current President of the Federal Supreme Court, Justice Luiz Fux. This article aims to provide a constitutional hermeneutic analysis of the guarantee judge and his contribution to the effectiveness of the principle of due process of law affirmed by the Federal Constitution and resisted for 30 years after its enactment.

**Keywords:** Criminal Warranties. Warranties Judge. Assigned to Legal Process. Philosophy of law. Criminal proceedings.

---

<sup>1</sup> Luciano Morgado Guarnieri. Mestrando pela PUC-SP (núcleo de Filosofia do Direito), Especialista em Direitos Humanos e Acesso à Justiça pela FGVLaw/SP, Defensor Público no Estado de Minas Gerais. E-mail:luciano.guarnieri32@gmail.com

## **Introdução**

O Juiz de garantias é um instituto reivindicado desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. O Brasil, anteriormente ao atual texto constitucional, possuía uma legislação e tradição adequadas à época e, uma interpretação histórica fundamentada na dogmática de então. A Constituição Federal representa uma mudança de paradigma, o rompimento com estados ditatoriais, tanto da era Vargas (1930/1945 e 1951/1954) como também a denominada, ditadura militar (1964/1985).

As garantias traduzidas no texto constitucional, deram um novo contorno ao sistema jurídico brasileiro, principalmente no que tange ao sistema processual penal, que a partir de então, obrigatoriamente, passa a ser interpretado com os olhos do intérprete voltados à Constituição Cidadã.

Entretanto, mesmo com o advento da inovadora Magna Carta, a interpretação de um novo sistema acusatório e de garantias, não possui até os dias atuais, a efetividade adequada. A necessidade da criação de um juiz de garantias é salutar para a busca de um real cumprimento das determinações constitucionais. O juiz de garantias traz inovações importantes no que se refere ao Código de Processo Penal brasileiro. Por meio da lei infraconstitucional determina que a estrutura do processo, será acusatória e proíbe a participação do juiz que trabalhou na fase de investigação que atue na fase de produção da dilação probatória.

A nova legislação, atribui a competência ao juiz de garantias para a apreciação de todos os requerimentos necessários para a fundamentação da exordial acusatória até seu possível recebimento, bem como para apreciar requerimentos da defesa que contestem medidas que afetem o direito de ir e vir do então, investigado.

Todavia, em 22 de janeiro de 2020, o atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux, atendendo ao pedido de concessão de medida liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6298/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros e outro, suspendeu *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, a implantação do juiz de garantias e seus consectários.

O julgamento do mérito dessa Ação Direta de Inconstitucionalidade, reservado ao Plenário da Corte, não possui data marcada para sua realização até a presente data.

## 1. Breve histórico da interpretação processual penal brasileira

O professor Auri Lopes Junior, faz referência a um artigo do processualista italiano Francesco Carnelutti, denominado “Cenerentola”. O autor usa de uma alegoria da história de Cinderela para se referir a ciência do processo penal em relação a outras duas ciências coirmãs. Elas seriam, a ciência do Direito Penal e a ciência do Processo Civil. A irmã processo penal, teve uma *infância e uma adolescência desleixada, abandonada. Que durante muito tempo dividiu o mesmo quarto com a irmã mais velha, a ciência do direito penal. E a terceira, que seria a ciência do processo civil, muito bela e sedutora, conquistou o mundo, despertando todas as atenções*<sup>2</sup>.

No Brasil, o processo penal a exemplo do relatado acima, sempre foi relegado ao segundo plano. O processo civil brasileiro conquistou status de paradigma em relação ao processo penal. Ainda hoje, se encontra no âmbito acadêmico, defensores de uma teoria geral do processo aplicável a ambas disciplinas (processo civil e processo penal) .

Esse entendimento se deve a influência do professor italiano Enrico Tullio Liebman na formação processualista brasileira. O professor Liebman lecionou no Brasil e influenciou muitas gerações de processualistas. No cotidiano forense é comum se escutar, em âmbito do processo penal, termos como nulidade relativa, lide penal, poder geral de cautela, aplicação dos efeitos da revelia etc. Esses termos são afeitos originariamente do processo civil e, todos “emprestados” para utilização casuística, muitas vezes analógica em âmbito do processo penal. A proposito disso, o artigo terceiro do código penal brasileiro autoriza o uso da analogia e da interpretação extensiva em matéria processual.

O objeto em análise no processo civil, normalmente estão relacionados ao direito material, ou seja, ao direito civil. Geralmente se analisa a interpretação e aplicação da legislação que versa sobre bens, valores, circulação de mercadorias, contratos entre particulares, contratos relacionados ao consumo, dentre outros. O processo penal está preocupado em dar efetividade as garantias constitucionais e fazer valer a lei penal. No processo penal o que existe é uma relação de poder onde o Estado, através do Ministério Público possui uma pretensão acusatória e, submete alguém ao processamento estatal a

---

<sup>2</sup> LOPES JR. Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*, 5ª Ed. Saraiva, São Paulo. 2019, pág. 63

fim de descobrir a prática em tese de um delito e se assim for provado, puni-lo ao final, através de uma decisão jurisdicional (Poder Judiciário).

Claramente, não há um mínimo de relação de semelhança entre os temas a serem abordados por um e por outro. A confusão conceitual entre as ciências gera problemas de interpretações imensuráveis. Em relação ao processo penal não é diferente. O pensamento de uma teoria geral influencia os operadores do direito no cotidiano colaborando na confusão geral de conceitos díspares.

Além dessas questões técnico-conceituais, o código penal brasileiro tem suas raízes associadas ao código penal italiano de 1930, denominado *Codice Rocco*. O Ministro da Justiça de Mussolini no período Fascista, Alfredo Rocco, costumava dizer que a lei processual penal é o ramo do direito penal que melhor traduz os propósitos do Estado. A lei penal para Rocco, traduzia um atributo importante de soberania e fortalecimento do Estado. Conforme Luigi Ferrajoli, O fascismo acentuou as características autoritárias do direito penal, se convertendo na defesa social e natureza do próprio Estado, havendo o deslocamento da teoria do bem jurídico, onde havia a proteção dos direitos privados dos indivíduos e passando para o direito do Estado, as ações ou omissões sob a ameaça de pena. Esse uso desmedido da punibilidade do Código Rocco justificado na proteção estatal, foi responsável pela supressão de diversos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos<sup>3</sup>.

No Brasil, o governo vigente à época do regime fascista italiano era a do então Presidente da República, Getúlio Dornelles Vargas que, num primeiro período governou de forma ditatorial, de 1930 a 1945. Nesse período, fora redigido o código de processo penal brasileiro por Francisco Campos, então Ministro da Justiça. O próprio Ministro Campos declarou que:

*“(...)o princípio cardeal que inspira a lei projetada, e que é, aliás o princípio fundamental do moderno direito penal é o da defesa*

---

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. **\*\*\*Citar obra, página de ferrajoli que foi citada em Jacobsen\*\*\*\*** apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias*. Editora Tirant. São Paulo. 2018, pág. 197

*social e que se faz necessário defender a comunhão social contra todos aqueles que se mostram perigosos à sua segurança”.*<sup>4</sup>

A legislação pátria possui um exemplo desse ideal ainda presente nos dias atuais, através do artigo 59 do Decreto lei 3688/41 que, criminaliza a denominada contravenção penal de vadiagem. Claramente, uma tipificação seletiva de camadas mais vulneráveis da população.

O período mencionado referente a era Vargas tem o seu fim em 1954, dez anos depois, ou seja, em 1964 o país inicia um período de restrições de direitos e liberdades públicas até 1985. Apenas com a Constituição Federal de 1988, ocorre uma mudança de paradigma da interpretação do processo penal e do sistema jurídico como um todo, através dos princípios e garantias do acusado e da criação de um sistema acusatório, rompendo dessa forma, com a tradição mista inquisitiva que perpetuava até então.

### **1.1. A necessária mudança de paradigma para a interpretação do sistema jurídico brasileiro após a Constituição de 1988**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorre uma verdadeira “revolução copernicana”, no que tange a questão paradigmática da interpretação do sistema jurídico. Se faz necessário concluir, portanto, que o princípio da Defesa Social - *supremacia do interesse público* -, em matéria processual penal e penal, se revela ainda, em um verdadeiro paradigma. E para a compreensão de que determinado conceito é um paradigma vai além de afirmar, simplesmente, que o objeto comentado seria um modelo, ou mera orientação. A ideia de paradigma é mais sofisticada do que tal compreensão simplória.

O termo paradigma é utilizado, de forma corriqueiramente, para exprimir aquilo que serve de figurino, molde, ou estrutura de alusão de um sistema.

O termo *paradigma*, inicialmente fora logrado por Thomas Kuhn no livro de filosofia da ciência denominado: *A Estrutura das Revoluções Científicas*, de 1962. Essa obra de Kuhn propõe uma análise a evolução da produção científica, e, como sequela dos seus métodos, e, em razão disso, descobriu o surgimento de novas formas de observação

---

<sup>4</sup> CAMPOS, Francisco. 1887-1968. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. Pág.125

e da produção científica. Determinados métodos são aplicados por determinados ciclos, e, por sua qualidade permanente, acaba por simbolizar, um *paradigma*. Esses protótipos - *paradigmas* - influenciam/definem o objeto sobre os quais a ciência deverá se debruçar, ou as questões que merecem atenção da ciência - *que também são objeto* - ou, ainda a forma como deverão ser analisadas, em outros termos, a forma como as respostas serão interpretadas.

Conforme o professor das Alterosas, Sertório de Amorim e Silva Neto, analisando o trabalho de Morin, afirma que “para Kuhn, o conhecimento científico é definido basicamente pela adoção de um paradigma, e um paradigma nada mais é do que uma estrutura mental”<sup>5</sup> Assim, nas palavras de Sertório de Amorim Silva Neto:

*“Para Kuhn, o conhecimento científico é definido basicamente pela adoção de um paradigma, e um paradigma nada mais é do que uma estrutura mental – composta por teorias, experiências métodos e instrumentos – que serve para o pensamento organizar, de determinado modo, a realidade e seu eventos.”*<sup>6</sup>

Claramente, é possível detectar através das explicações fornecidas que um paradigma, conseqüentemente, está avante de um simples padrão. Na verdade, está relacionado como um desígnio de investigações científicas ou ações práticas. Se trata de um caminho objetivo de determinadas investigações. A questão do acerto e do erro é questionado dentro de um paradigma. De acordo com Sertório de Amorim Silva Neto: *“Quer dizer, para falsificar teorias e denunciar seus erros, o cientista precisa admitir obrigatoriamente algo em certo sentido não passível de falsificação e erro: o paradigma”*<sup>7</sup>. Desse modo, paradigma seriam estacas que cingem o objeto a ser investigado, que, por raciocínio, ao menos por determinado período, não são passíveis de questionamento.

Ademais, Sertório de Amorim Silva Neto elucidada que os paradigmas, além de dar um norte a investigação científica, também oferece soluções. Assim dizendo, *“permitem aos cientistas resolver problemas teóricos e experimentais ou solucionar os*

---

<sup>5</sup> SILVA NETO, Sertório de Amorim. *O que é um paradigma?* in Revista de Ciências Humanas, Volume 45, número 2, p 345-354, outubro de 2011. Florianópolis. 2011. Pag. 347

<sup>6</sup> Ibidem. Pág. 348

<sup>7</sup> Ibidem. Pág. 346.

*quebra-cabeças internos ao seu paradigma*”<sup>8</sup>. Dessa forma, seriam as chamadas *soluções modelares*. Ato contínuo, relata que:

*“Ao mesmo tempo em que ordenam os fenômenos da realidade, veem neles também problemas e a esses problemas – ou quebra-cabeças o os paradigmas respondem com certas soluções modulares, internas à estrutura dos próprios paradigmas, tal como são os próprios problemas.”*<sup>9</sup>

A respeito, de forma estrita as chamadas *soluções modelares*, o teórico Grinspun elucida que *“conforme Kuhn, paradigmas são realizações científicas universalmente conhecidas que durante um certo período de tempo nos oferecem, além dos problemas, as soluções modelares para a comunidade que está envolvida com a ciência”*.<sup>10</sup> Além da compreensão sobre a existência, e do conceito dos paradigmas, é indispensável também entender sua influência e posição na ciência, nesse diapasão desvenda Morin:

*“O paradigma está oculto sob a lógica e seleciona as operações lógicas que se tornam ao mesmo tempo preponderantes, pertinentes e evidentes sob seu domínio.... É ele quem privilegia determinadas operações lógicas em detrimento da conjunção; é o que atribui validade e universalidade à lógica que elegeu”*<sup>11</sup>.

Nesse mesmo caminho, a respeito da concepção de paradigma, Gustavo Binenbojm esclarece: *“os paradigmas definem os contornos de um modelo científico e delimitam a lógica que permitirá o seu aprimoramento e a obtenção de respostas a questões problemáticas”*<sup>12</sup>. Nesse mesmo diapasão, Rafael Alem Mello Ferreira:

*“A maior parte da atividade científica, designada de ciência normal, obtém seu lugar no contexto de paradigmas. Estes*

---

<sup>8</sup> SILVA NETO, Sertório de Amorim. *O que é um paradigma ?*. in Revista de Ciências Humanas, Volume 45, número 2, p 345-354, outubro de 2011. Florianópolis. 2011. Pag. 347

<sup>9</sup> Ibidem. Pág. 347

<sup>10</sup> Ibidem. Pág. 348

<sup>11</sup> MORIN, Eduard. *Os Sete Saberes necessários à Educação do Futuro*. São Paulo. Cortez. 2000. Pág. 25. Apud. SILVA NETO, Sertório de Amorim. *O que é um paradigma ?*. in Revista de Ciências Humanas, Volume 45, número 2, p 345-354, outubro de 2011. Florianópolis. 2011. Pág. 349

<sup>12</sup> SILVA NETO, Sertório de Amorim. *O que é um paradigma ?*. in Revista de Ciências Humanas, Volume 45, número 2, p 345-354, outubro de 2011. Florianópolis. 2011. Pag. 350

*definem os problemas os quais devem ser entendidos e, também, quais os critérios que são utilizados para avaliar soluções. De igual modo, pode ainda ser considerado: quais são os experimentos científicos cujos procedimentos são acessíveis?”<sup>13</sup>*

Desse modo, a ciência constitui uma progressão de paradigmas. Esses são essenciais para a observação científica. Numa contribuição a mais Rafael Alem Melo Ferreira acrescenta, clarificando que um paradigma “*não é construção isolada fruto de um cientista isolado*”<sup>14</sup>, pois, o avanço, estabilização de um paradigma é resultado de determinações variadas, ou semelhantes de diversos estudiosos, pesquisadores. E acrescenta Rafael Além Melo Ferreira, o paradigma trata-se de “*uma leitura de síntese na qual convergem opinião de vários cientistas, os quais estabeleceram um parâmetro compreensível para um objeto que pode ser explorado segundo as ferramentas da ciência*”<sup>15</sup>

No entanto, cabe destacar que na retaguarda de toda compreensão a respeito de paradigma, é possível detectar um problema: Os paradigmas são designados, e toda designação pode ser realizada através de determinações com finalidades particulares. Se a eleição de paradigmas determina *a forma em que as indagações serão elaboradas e como as conclusões serão interpretadas*, é possível perceber a imensa conexão dessa situação tem com política e a hermenêutica.

Logo, uma observação dogmática, pela lógica deôntica deve compreender, uma análise realizada dentro de um paradigma, e está vinculada à uma baliza maior que é o próprio paradigma. Dessa forma, as indagações estarão vinculados aos critérios pré-estabelecidos, e as hipótese estarão vinculadas às denominadas *respostas modelares*. Nesse sentido, menciona Rafael Alem Mello o fato de uma análise dentro da dogmática do exercício normal do direito. Todo questionamento será dentro do legal, e as respostas serão dadas pelo ordenamento jurídico, mas nunca contra a lei. Pois está adstrita ao paradigma legal. Como bem esclarece, o professor Sampaio Ferraz Junior “*o jurista é*

---

<sup>13</sup> SOKAL, Alan. *Más allá de las imposturas intelectuales* – Ciencia, filosofía y cultura. Buenos Aires: Paidós, 2009. P. 251. Apud FERREIRA, Rafael Alem Mello. *Jurisdição Constitucional Agressiva: o STF e a democracia deliberativa de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2015. Pág. 28.

<sup>14</sup> FERREIRA, Rafael Alem Mello. *Jurisdição Constitucional Agressiva: o STF e a democracia deliberativa de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2015. Pág. 28.

<sup>15</sup> *Ibidem* Pág. 28.

*obrigado a pensar os problemas comportamentais a partir da lei, conforme a lei, para além da lei, mas nunca contra a lei”<sup>16</sup>*

Dessa forma, não há como aceitar que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, não haja uma mudança necessária de paradigma para a interpretação sistêmica adequada para o exercício hermenêutico adequado realizado por alguém que interpreta. Parafraseando Niklas Luhmann, ocorreu uma ruptura com o período anterior que não tinha compromisso com os direitos e garantias fundamentais expressos hoje no texto constitucional.<sup>17</sup>

A partir de 1988, o padrão de interpretação, além da análise constitucional da norma e convencional em relação aos tratados de direitos humanos os quais o Brasil é signatário, se faz necessário ter em mente sempre que elegemos, através do Texto constitucional os valores democráticos num estado de direito, onde será observado acima de tudo a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais, as garantias, onde a restrição de direitos será exceção e se necessário for restringir , que seja feito nos ditames da lei.

A inovação do instituto do juiz de garantias chega, justamente para efetivar essa mudança de paradigma, pois em 32 anos de Constituição Federal, os operadores do direito são resistentes para aplicação determinada pelo texto constitucional. As garantias constitucionais localizadas no artigo quinto da constituição são determinações e não recomendações. O juspositivismo contemporâneo enfrenta críticas em relação a questão exacerbada de seu formalismo, de sua pretensão de se afastar das questões morais e políticas, entretanto, não há justificativa para a recusa do cumprimento da constituição no que tange a efetividade de suas garantias. Pois como bem relata Konrad Hesse “*o limite da interpretação da norma é a própria norma*”<sup>18</sup>. Dentro do sistema jurídico dogmático não há justificativa ao descumprimento do texto constitucional em relação as garantias que não sejam meta-jurídicos.

## **2. O juiz de garantias e a efetividade do devido processo legal**

A necessidade de um juiz de garantias no Brasil para efetivação da garantia do devido processo penal é salutar. Como já discorrido anteriormente, o Brasil possui

---

<sup>16</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. Atlas. São Paulo. 1994. Pág. 48

<sup>17</sup> \*Referência\*

<sup>18</sup> \*Referência\*

uma tradição dogmática autoritária no que tange às denominadas ciências penais. Essas ideias traduzidas na legislação possui um recorte histórico temporal superado pelo atual Estado Democrático de Direito. Entretanto, apesar das inovações constitucionais de 1988, pouco se alterou no que pertine a legislação infraconstitucional. O código de processo penal que data de 1941 sofreu reformas pontuais.

A ausência de efetividade do devido processo legal trazido no texto constitucional, tornou necessária a criação de um juiz de garantias. De acordo com o entendimento *juspositivista* contemporâneo, cabe ao sistema jurídico uma adequação das normas infraconstitucionais, em relação ao texto constitucional. As pequenas reformas realizadas no texto do código de processo penal não surtiram o efeito esperado e, regras anteriores e incompatíveis com o texto constitucional foram recepcionadas numa espécie de realismo cotidiano por parte do Poder Judiciário.

As reformas pontuais, como bem relata Michel Foulcault, “*não passam de um isomorfismo reformista, ou seja, geralmente são caracterizados por alterações superficiais, incapazes a produzir qualquer tipo de mudança estrutural e finalística de determinados institutos*”.<sup>19</sup>

A reforma do código de processo penal deve ser feita de forma total, a fim de que obtenha uma perfeita sincronia sistêmica, em nível normativo (relacional) no mesmo plano e, também, no hierárquico em relação a Constituição. A lei 13.964/2019, dispõe que o juiz de garantias será responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, nessa fase. Essa disposição bem como as demais, efetivam o devido processo legal substantivo determinado na Constituição.

O princípio acusatório, defendido há muito tempo pelos garantistas, de que já deveria ser observado e efetivado desde a Constituição de 1988, foi finalmente consagrado de forma expressa, pela lei 13.964/2019, no artigo 3º-A, que dispõe que “*O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.*”

Na verdade, se a lei 13.964/2019 tivesse trazido apenas esse artigo como inovação, já seria possível interpretar que se trata de uma determinação legal expressa

---

<sup>19</sup> FOULCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*. 42ª Ed. Editora Vozes. São Paulo. 2017. Pág. 132

para o cumprimento efetivo do devido processo legal, pois rompe com a discussão de que o processo penal constitucional possui características “*mistas*”, na sua estrutura. A discussão se dava em relação a existência dúplice de estrutura acusatória e inquisitorial em relação ao processo penal.

O juspositivismo jurídico sempre reivindicou uma lógica deôntica, logo não há como o operador do direito negar sua aplicação, como bem assevera Luigi Ferrajoli:

*“todos os direitos subjetivos consistem também aqueles não somente em faculdades ou poderes, mas também nas expectativas negativas graças às quais aqueles direitos não são meras faculdades, mas sim faculdades reforçadas, precisamente, como direitos: consistem, outrossim, exatamente nas expectativas de não lesão, de não impedimentos ou de não ameaça, às quais correspondem as relativas proibições atribuídas a outros sujeitos, a começar pelo legislador e pelas forças de polícia. São, em suma, não somente faculdades, mas também imunidades, isto é, liberdades negativas em sentido forte, garantidas exatamente pelas correspondentes proibições de lesões”.*<sup>20</sup>

O não respeito as garantias são ofensas as imunidades que os cidadãos possuem contra as ações arbitrárias do Estado.

## **2.1. A ideologia presente na interpretação e aplicação das garantias Constitucionais**

Para uma melhor compreensão da proposta mencionada se faz necessário apresentar os conceitos de ideologia mais reconhecidos existentes em filosofia política.

Conforme Norberto Bobbio, Nicolla Matteucci e Gianfranco Pasquino na obra Dicionário de Política, propõe dois conceitos para ideologia. São a ideologia de significado fraco e ideologia de significado forte.

*“No seu significado fraco, ideologia designa o genus, ou a espécies diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de ideias e de valores respeitantes à ordem*

---

<sup>20</sup> \*Referência\*

*pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos. O significado forte tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, a noção da falsidade: a ideologia é uma crença falsa. No significado fraco, ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas”.*<sup>21</sup>

A ideologia, encontra-se de forma pulverizada inclusive em instituições de Estado. Logo, dentro desse conceito, a interpretação dos operadores do direito, principalmente àqueles que exercem funções públicas de Estado, estão circundados pelo conteúdo ideológico de proteção estatal. Existe uma certa confusão que permeia o que se denomina senso comum teórico em relação aos operadores do direito, no que tange a função do poder judiciário, inclusive.

O professor Lênio Streck, revela que a expressão *senso comum teórico* vem de Luis Alberto Warat, jurista argentino que *desvendou o óbvio*. Conforme Lênio Streck,

*o sendo comum teórico também pode ser representado pela expressão habitus, que significa o conjunto de crenças e práticas que compõem os pré-juízos do jurista, que tornam a sua atividade refém da quotidianidade (algo que podemos denominar de concretude ôntica), d’onde falará do e sobre o Direito. É o desde-já-sempre e o como -sempre- o Direito- tem- sido, que proporciona a rotinização do agir dos operadores jurídicos, propiciando a eles, em linguagem heideggeriana, uma “tranquilidade tentadora”.*<sup>22</sup>

A ideia de que as coisas sempre foram assim, como o direito fosse um fenômeno estático, certamente está desprovido de um juízo crítico mais atento à realidade social. Os integrantes do poder judiciário não exercem função de agente de segurança

---

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. São Paulo: Editora UNB – Imprensa Oficial: 2004. Pág 585

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Editora Letramento. Belo Horizonte. 2017. Pág. 407

pública. Essa função está definida na Constituição Federal em seu artigo 144, e o texto revela que se trata de atribuição reservada às polícias de forma geral. Não obstante, não é raro ouvir manifestações de integrantes do poder judiciário, ao se manifestarem em suas decisões, de que a sociedade espera uma atuação mais severa do judiciário para a manutenção da ordem e da paz públicas.

Para o pensador francês do século XX, Louis Althusser, conforme as ponderações de Alysson Leandro Mascaro:

*“a ideologia não é uma mera fantasia, descartável ou sem utilidade: ela tem um importante peso no todo da vida social. A reprodução social não se faz de modo mecânico. Há ao lado das concretas relações sociais, também um conjunto de dinâmicas ideológicas que perfazem tal reprodução. E, no arcabouço das ideologias, o direito tem papel relevante”*<sup>23</sup>

A interpretação do direito de forma conservadora, acaba por funcionar como um instrumento do status quo, na manutenção das coisas como estão. A ideologia age na interpretação do direito não apenas para distorcer a realidade, mas para afirmar tal realidade.

Como é sabido o intérprete ao praticar o exercício de interpretar e aplicar sua compreensão, já traz sua pré-compreensão. Essa pré-compreensão é uma espécie de antecipação de sentido, como bem menciona Heidegger, cuida-se de uma espécie de estrutura prévia de compreensão. O professor Lenio Streck, esclarece que *“não há como separar a interpretação da decisão, assim como a compreensão da pré-compreensão pois são indissociáveis”*.<sup>24</sup>

O filósofo alemão Hans-Georg Gadamer, pondera que:

*“o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. O que importa a ele, em primeiro lugar, não é estruturação de um conhecimento seguro, que satisfaça aos*

---

<sup>23</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 3ª edição, Editora Atlas. 2013, pág. 558

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Editora Letramento. Belo Horizonte. 2017. Pág. 358

*ideais metodológicos da ciência-embora, sem dúvida, se trate também aqui do conhecimento e da verdade”<sup>25</sup>*

O intérprete é reflexo de suas experiências anteriores, de sua formação familiar, escolar, comunitária etc. Não há como dissociar tais elementos do ato de interpretar, pois não há uma interpretação desprovida de influenciadores. O filósofo alemão Edmund Husserl, em sua obra *A ideia da fenomenologia*, faz uma proposta epistemológica possível que se baseia na suspensão do juízo (Epoché), onde se afasta qualquer conhecimento científico, filosófico ou mesmo de senso comum, e a conclusão indubitável, é de que não há *o pensar sem o pensado*. A consciência não existe por si só, ela é intencional, sempre será a consciência de algum fenômeno. Logo, A consciência é o próprio fundamento da realidade<sup>26</sup>.

Nesse diapasão, é possível perceber que a resistência dos juristas, operadores do direito, na aceitação do novo paradigma interpretativo, trazido na Constituição Federal no que se refere, a interpretação e aplicação das garantias nela contidas, possui um caráter conservador ideológico. Essa ideologia está na preservação de determinados valores, oriundos do conservadorismo jurídico brasileiro, que, acredita que os interesses de Estado devem sobressair aos interesses do indivíduo.

Evidentemente, que a formação do jurista, do seu meio de convívio e a busca na adequação ao pensamento dominante, colabora sobremaneira para a atual situação. Como bem esclarece Althusser o intérprete está inserido numa realidade estrutural ideológica que, somadas a crença no conhecimento da verdade, como bem menciona Gadamer e a intencionalidade já presente na consciência alertada por Husserl, a conservação do status quo é quase intransponível.

A inovação trazida pela lei 13964/19, qual seja, o juiz de garantias veio para superar as barreiras existentes à efetivação do devido processo legal e da instituição de um sistema processual acusatório. A interpretação da Constituição Federal tendo por base suas garantias, não foram suficientes para transformar a estrutura sistemática brasileira, principalmente por parte do poder judiciário. As disposições constitucionais, não foram suficientes para a efetiva mudança de paradigma do sistema jurídico.

---

<sup>25</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, Petrópolis, Vozes, p.31

<sup>26</sup> HUSSERL, Edmund. *A ideia de Fenomenologia*. Editora Vozes. São Paulo. Pág. 77

### **3. As razões da suspensão do juiz de garantias conforme a liminar concedida na ação direta de inconstitucionalidade ADIN 6298/DF**

Como é sabido, a decisão liminar concedida pelo atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux, que suspendeu a eficácia do instituto Juiz de garantias, data de 22 de janeiro de 2020 e, por enquanto, não existe perspectiva de sua votação em Plenário. A colocação desse tema na pauta depende da discricionariedade do Ministro Fux.

Nesse sentido, se faz necessário analisar as razões expostas pelo atual Ministro Presidente do STF, que fundamentaram a concessão da liminar de suspensão do juiz de garantias. O ora julgador inicia sua decisão, mencionando requisitos de concessão de medida liminar no processo civil, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No entanto, em sinopse os argumentos utilizados pelo eminente julgador para a concessão do pedido de suspensão estão elencados em duas ordens: a primeira que a questão em tela, não caberia a iniciativa de lei por parte do Congresso Nacional pois, cuida-se de norma de organização judiciária, sendo dessa forma de competência privativa do poder judiciário, conforme determina o artigo 96 da Constituição Federal. Em segundo lugar o impacto financeiro que ocasionaria, principalmente ao poder judiciário para implementação do juiz de garantias, principalmente por parte dos estados da federação (questão orçamentária).

Não obstante, ao alegado no voto do Ministro Relator, a princípio a regulamentação do juiz de garantias, parece tratar de norma processual penal e, principalmente busca dar efetividade de princípios consagrados há 32 anos, mais precisamente ao devido processo legal. No que tange a questão orçamentária, inicialmente cuida-se de questão política, logo, cabe a discussão aos três poderes deliberarem a respeito no intuito de tornarem efetiva a determinação legal. A decisão judicial, parece interferir em análise referente ao poder discricionário reservado tipicamente ao Poder Legislativo e Executivo.

No que tange à constitucionalidade do instituto, a decisão proferida não enfrenta de forma direta quanto a adequação do instituto ao determinado pela

Constituição, pois é clara a intenção do legislador de dar efetividade ao próprio texto. No que se refere a classificação do instituto de ter características de norma híbrida, ou seja, possui elementos de norma processual e de organização judiciária, não parece interferir direto na organização judiciária, pois é norma de caráter geral, abstrato, sem determinar de forma efetiva a regulamentação num sentido específico, vinculando o judiciário a proceder de determinada maneira.

A justificativa da decisão ao afastar argumentações de Defensores do instituto de que outros países possuem o juiz de garantias e que tal alegação não se justificaria devido as realidades nacionais serem peculiares e, na maioria das vezes diversas aos países em análise. Segundo o Ministro Fux tal rejeição se baseia numa análise ligada ao rigor metodológico, que deve levar em conta aspectos institucionais de uma perspectiva sistêmica com o país comparado.

As justificativas apresentadas pelo Ministro Fux não declaram a inconstitucionalidade do instituto por incompatibilidade sistêmica. Pelo contrário, as razões expostas na concessão da liminar da ação direta de inconstitucionalidade aviada pela Associação dos Magistrados do Brasil, dizem respeito ao aparelhamento judiciário e os gastos para efetivação do disposto na ordem legislativa. Os custos para a implementação e o orçamento do judiciário foram os motivos para a suspensão da eficácia da norma.

## **Conclusão**

A inovação trazida pelo denominado Pacote Anticrime, através do juiz de garantias, veio com a pretensão de dar efetividade as garantias constitucionais aviadas na Constituição de 1988, principalmente ao princípio do Devido Processo Legal e a implementação de um sistema de fato, acusatório.

No entanto, o instituto teve sua eficácia suspensa em virtude da concessão de liminar à Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298/DF, por parte do Ministro Luiz Fux. O juiz de garantias precisa ser aprimorado no que tange a sua proposta legislativa e aos anseios de efetividade das garantias. Entretanto, já se trata de um grande passo para a devida adequação sistemática do processo penal ao texto constitucional, ainda que seja com um atraso de 32 anos.

A resistência à aplicação efetiva das garantias expressas na Constituição Federal, possui algumas determinações, certamente uma delas se dá pela tradição processualista privatista brasileira. Os operadores do direito, os acadêmicos, foram instruídos por um estudo de teoria geral do processo na qual, os institutos e as ferramentas foram criados tendo por fundamento as relações civis.

O processo penal no Brasil, sempre foi pensado sob a influência direta do processo civil. Muitos institutos de características eminentemente civis foram adotados no processo penal. A interpretação de que é possível o aproveitamento de provas produzidas em outro processo, a alegação de nulidade relativa, termos como lide processual, decretação de revelia, inversão do ônus da prova, são utilizados de forma indiscriminada em âmbito processual penal, inclusive por operadores militantes do cotidiano forense.

A superação dessas confusões, verdadeiras diacronias linguísticas, se faz como o primeiro passo, para o reconhecimento de uma disciplina autônoma. Contudo, não há como não constatar o caráter conservador autoritário nacional histórico, no que tange as ciências penais. O código penal e o código de processo penal, datam de 1941, fruto de Decretos- lei da lavra do então Presidente, Getúlio Vargas.

O contexto histórico da época é bem diverso da situação democrática advinda pós 1988 e, vivida atualmente. Todavia, o código de processo penal recepcionado pela Constituição Federal, teve pequenas reformas pontuais, não sendo, dessa forma adequado ao novo paradigma trazido pela Constituição Federal de 1988.

Todavia, a tradição autoritária se adaptou a tradição processual privatista civil e, contribui muito a conservação de valores, nesse viés. A origem de nosso código de processo penal está associada ao código Rocco italiano, esse documento normativo, formatado nos moldes dos interesses do estado italiano, extremamente autoritário. O Brasil à época vivia também uma ditadura, provavelmente, razão pela qual havia uma similitude de ideias.

A mudança de paradigma ocorrera em 1988, com a promulgação da Constituição Federal. Entretanto, não houve uma mudança de interpretação sistemática jurídica como um todo. As garantias são vistas como um cardápio de intenções para o futuro. Essa inoperância acaba por requerer inovações legislativas infraconstitucionais

para dar maior efetividade as garantias constitucionais, principalmente ao devido processo legal.

O juiz de garantias, trazido através do pacote anticrime, tem essa finalidade. A alteração legislativa requer aprimoramentos certamente, no entanto, a mudança de paradigma tem que ser iniciada e o agora é o momento adequado. A acomodação dos juristas como um todo, leva a um senso comum teórico que caminha a uma servidão da prática. Não se reflete o porquê de situações inconstitucionais, ilegais, em funcionamento no cotidiano, pois não são perceptíveis para a maioria.

Deve-se ressaltar, dentro dessa ideia, a ideologia que permeia o direito pela manutenção do status quo, o que leva o jurista a reproduzir em seu ofício, as formas que sempre existiram segundo sua percepção e, principalmente como lhe foi ensinado. O meio jurídico como um todo, é influenciado pelas decisões do cotidiano, motivando uma preservação das condutas, tornando-se conservador.

A decisão que concedeu liminar do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, suspendendo os efeitos da lei que instituiu o Juiz de garantias, é uma medida conservadora. O jurista acaba por ser influenciado pela manutenção das situações no meio ao qual se ambientou. A busca pela cautela e reflexão para deliberar e decidir sobre algo, acaba por justificar a medida. Não adentra na questão paradigmática e de efetividade das garantias constitucionais.

A mudança é necessária. A superação do paradigma autoritário conservador para a preservação e conservação dos direitos individuais é um princípio da Revolução Liberal francesa de 1789. E, influenciou a grande maioria das democracias existentes no ocidente. A Constituição Federal de 1988, requer um aprimoramento democrático, a fim de que nossas garantias constitucionais, não sejam letra morta. Se faz necessário, o aprimoramento jurídico sistemático, através da criação de normas que venham a efetivar um Estado mais justo, livre e solidário, em conformidade com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.