

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

AÉCIO MOURA E SILVA

**O "PACOTE ANTICRIME" (LEI FEDERAL NO 13.964/2019) E
SUA REPERCUSSÃO NA APURAÇÃO DE DELITOS
ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA
A MULHER**

NITERÓI

2023

AÉCIO MOURA E SILVA

**O "PACOTE ANTICRIME" (LEI FEDERAL NO 13.964/2019) E
SUA REPERCUSSÃO NA APURAÇÃO DE DELITOS
ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA
A MULHER**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Braga Peña de Moraes.

NITERÓI

2023

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor

S586" Silva, Aécio Moura e
O "Pacote Anticrime" (Lei federal nº 13.964/2019) e sua repercussão na apuração de delitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher / Aécio Moura e Silva. - 2023.
129 f.

Orientador: Guilherme Braga Peña de Moraes.
Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito, Niterói, 2023.

1. Direito constitucional. 2. Direito processual penal. 3. Violência doméstica. 4. Produção intelectual. I. Moraes, Guilherme Braga Peña de, orientador. II. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD - XXX

Bibliotecário responsável: Debora do Nascimento - CRB7/6368

AÉCIO MOURA E SILVA

**O "PACOTE ANTICRIME" (LEI FEDERAL NO 13.964/2019) E
SUA REPERCUSSÃO NA APURAÇÃO DE DELITOS
ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA
A MULHER**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

Componentes da banca examinadora:

Prof. Dr. Guilherme Braga Peña De Moraes (Orientador) - UFF

Prof. Dr. Paulo Roberto dos Santos Corval - UFF

Prof. Dr. Luís Cláudio Martins de Araújo - UCAM

Niterói, 24 de agosto de 2023

Dedico este trabalho à minha família, pelo apoio que sempre me prestou em
todas as minhas decisões.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pelo dom da vida.

Sou grato pelas minhas irmãs Adriane e Andressa Moura, que tanto me incentivaram e auxiliaram nessa caminhada.

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Guilherme Peña, por ter sido tão sensível e gentil nesta trajetória.

A todos os que por algum motivo contribuíram para a realização desta pesquisa.

E aconteceu que, ouvindo o seu senhor as palavras de sua mulher, que lhe falava, dizendo: Conforme a estas mesmas palavras me fez teu servo, a sua ira se acendeu. E o senhor de José o tomou, e o entregou na casa do cárcere, no lugar onde os presos do rei estavam encarcerados; assim esteve ali na casa do cárcere. O Senhor, porém, estava com José, e estendeu sobre ele a sua benignidade, e deu-lhe graça aos olhos do carcereiro-mor.
(Bíblia Sagrada, Gênesis 39:19-21)

RESUMO

No final do ano de 2019 foi editada a Lei Federal nº 13.964/2019, denominada de “Pacote Anticrime”, a qual implementou sérias e relevantes modificações na legislação penal, e processual penal. Dentre as alterações de maior destaque, ressalta-se a figura do “juiz das garantias”, além da declaração de uma estrutura acusatória ao processo criminal brasileiro. Em suma, com a instituição dessa figura jurídica, o trâmite do processo penal foi cindido em duas partes, uma conduzida pelo agora denominado “juiz das garantias”, e a outra, posterior, guiada pelo juiz da instrução propriamente dita. Objetiva-se investigar sob qual aspecto a apuração de delitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher poderá ser impactada com a instituição da figura do juiz das garantias por meio da Lei Federal nº 13.964/2019. A metodologia empregada, a perscrutação proposta será realizada por pesquisa qualitativa teórica de caráter analítico, a partir de investigações de cunho jurídico-dogmático. O procedimento técnico adotado é de revisão bibliográfica e análise documental de leis, produções acadêmicas, doutrinas, e jurisprudências. A natureza do trabalho é predominantemente descritiva. As hipóteses do trabalho serão investigadas através de pesquisa do tipo Bibliográfica, procurando explicar o problema através da análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, que envolva o tema ora analisado, bem como documental, através da Constituição Federal de 1988, do Código de Processo Penal vigente, e as recentes alterações normativas realizadas neste através da “Lei Anticrime” (Lei nº 13.964/2019). Chegou-se à conclusão que a “Lei Anticrime” viabiliza maior imparcialidade e lisura ao julgador, além de blindá-lo de possíveis contaminações com provas ilícitas, o que é mais consentâneo com o processo de teor democrático almejado pela ordem constitucional vigente, com destaque para os princípios do devido processo legal e a vedação de processamento e sentenciamento por autoridade incompetente. Necessária, todavia, uma uniformização das hipóteses de impedimento do magistrado entre as searas cível e criminal, como imperativo de coerência e lógica do sistema jurídico.

Palavras-chave: Direito Constitucional e Processual Penal. Violência Doméstica contra Mulher. Juiz de Garantias.

ABSTRACT

At the end of 2019, Federal Law No. 13,964/2019, called the "Anti-Crime Package", was enacted, which implemented serious and relevant changes in criminal legislation and criminal procedure. Among the most prominent changes, the figure of the "judge of guarantees" stands out, in addition to the declaration of an accusatory structure to the Brazilian criminal process. In short, with the institution of this legal figure, the criminal process was divided into two parts, one conducted by the now called "judge of guarantees", and the other, later, guided by the judge of the instruction itself. The objective is to investigate in what aspect the investigation of crimes involving domestic and family violence against women may be impacted by the institution of the judge of guarantees through Federal Law No. 13,964/2019. The methodology employed, the proposed scrutiny will be carried out by theoretical qualitative research of an analytical nature, based on legal-dogmatic investigations. The technical procedure adopted is bibliographic review and documentary analysis of laws, academic productions, doctrines, and jurisprudence. The nature of the work is predominantly descriptive. The hypotheses of the work will be investigated through bibliographic research, seeking to explain the problem through the analysis of the literature already published in the form of books, magazines, loose publications and written press, which involves the theme now analyzed, as well as documentary, through the Federal Constitution of 1988, the current Code of Criminal Procedure, and the recent normative changes made in this through the "Anticrime Law" (Law No. 13,964 / 2019). It was concluded that the "Anti-Crime Law" makes it possible for the judge to be more impartial and fair, as well as shielding him from possible contamination by illicit evidence, which is more in line with the democratic process sought by the current constitutional order, with emphasis on the principles of due process of law and the prohibition of processing and sentencing by an incompetent authority. Necessary, however, a standardization of the hypotheses of impediment of the magistrate between the civil and criminal areas, as an imperative of coherence and logic of the legal system.

Keywords: Constitutional and Criminal Procedure Law. Domestic Violence against Women. Judge of Guarantees.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÔNIMOS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AJUFE	Associação dos Juizes Federais do Brasil
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
CONAMP	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
CEDAW	Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
IIDP	Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal
IPPF	International Planned Parenthood Federation
PLS	Projeto de Lei do Senado
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 BREVE HISTÓRICO DA JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL.....	19
1.1 A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E CONVENCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL.....	24
1.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E O SENTENCIAMENTO POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA COMPETENTE.....	33
2 O INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS.....	37
2.1 O SURGIMENTO EM PAÍSES EUROPEUS.....	37
2.2 O SURGIMENTO NA AMÉRICA LATINA	43
2.3 A PROPOSTA DE CRIAÇÃO NO BRASIL.....	51
2.4 CORRUPÇÃO, PROTESTOS, OPERAÇÃO LAVA JATO: A IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NO BRASIL	58
3 DISCIPLINA JURÍDICA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER	69
3.1 MOVIMENTO FEMINISTA E AS REIVINDICAÇÕES PELOS DIREITOS DAS MULHERES	69
3.2 LEI MARIA DA PENHA: O PUNITIVISMO COMO MECANISMO VIOLADOR DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	78
4 O JUIZ DAS GARANTIAS NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER	94
CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

Aristóteles sustentava em sua *Ética a Nicômaco* que o homem é um ser político e está em sua natureza o viver em sociedade. A vida em sociedade de fato proporciona muitas vantagens e benefícios para os que dela participam, em razão da adoção de uma organização básica de convivência entre indivíduos. E o surgimento de uma sociedade traz a reboque a noção de Direito, conforme já apontado por Ulpiano no *Corpus Iuris Civilis*: “*ubi societas, ibi jus*”.

Dentre os ramos do Direito, há especial destaque para o Direito Penal, eis que gera um efeito controlador do comportamento humano com a pior ameaça legítima possível aplicado a um membro do corpo social: a perda da liberdade decorrente de uma aplicação de pena. Apesar da severidade, o Direito Penal entremostra-se como “mal necessário”, pois seu intento é reprimir exatamente aquelas condutas que atentam grave e diretamente contra a existência da própria sociedade.

Por outro lado, e apesar de suas vantagens, a vida em sociedade traz consigo a assunção de certos riscos que não existiriam caso o homem vivesse só. Cada pessoa é uma criação única, com sua idiosincrasia própria, de maneira que nem todos reagem igualmente aos diversos estímulos do mundo exterior; dessa forma, a reação ou conduta de uma pessoa em certa situação pode causar dissabores em outra, desencadeando conflito. Ainda que afastado completamente o fator humano, fatos naturais, por si sós, já são suficientes para produzir efeitos (e gerar conflitos) nas relações sociais.

Todavia, o estabelecimento de uma sociedade e a criação de um Direito não são suficientes para um adequado manejo dos conflitos que podem surgir entre os membros da comunidade, que, por si só, implica a assunção de riscos. Com efeito, o surgimento do Direito decorre da necessidade de controle e redução de riscos, porém essa criação do jurídico pressupõe um poder para tanto, e, aliado a ele, a pretensão de manutenção de segurança e estabilidade. A simples existência de um poder “juriscriativo” já representa risco, pois, pelo seu manejo, ele desencadeia embates e conflitos por vários segmentos sociais, que almejam facilitar a consecução de seus próprios interesses.

Na pós-modernidade, o avanço exponencial do conhecimento científico e o uso cada vez mais frequente de recursos tecnológicos tem intensificado as relações sociais de uma forma bastante peculiar, de maneira que os instrumentos sociais concebidos para previsão e minoração de riscos nem sempre têm conseguido desempenhar adequadamente a sua função. Com isso, necessário se faz uma revisita à sua essência e razão de ser, em especial o Direito, para que possa permanecer com a capacidade e legitimidade de regular e controlar comportamentos humanos.

O Direito pode ser compreendido como um instrumento de proteção da vida, em suas mais variadas facetas. A vida é um direito indisponível, e é exercido em vários círculos complexos de existência, envolvendo áreas como a saúde, intimidade, segurança, educação, entre outros. É um direito que conta com uma das mais robustas proteções que um sistema jurídico pode fornecer: proteção no âmbito do Direito Penal.

Este ramo do Direito é tido pela doutrina (ROBALDO, 2009) como *ultima ratio*, ou seja, só tem incidência quando os demais ramos da ciência do Direito falharem na proteção de um determinado bem juridicamente relevante. Por exemplo, há situações em que a situação de violação de direito é remediada sem a intervenção do Direito Penal. Podemos citar, como exemplo, a previsão, pela Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 – conhecida como a “Lei Maria da Penha” (BRASIL, 2006) – das medidas protetivas de urgência em favor de mulheres vítimas de violência. Esse instrumento jurídico, de natureza cautelar e concedido por autoridade judicial¹ não necessariamente investida em jurisdição criminal, tem servido como fundamental ferramenta para controle e diminuição dessa espécie de violência que infelizmente tem se alastrado pelo país.

Todavia, uma vez constatada a falência dos mecanismos alternativos para prevenção de danos sociais, legitima-se a aplicação da norma penal ao caso para mitigação e reparação do ilícito. Essa lógica se justifica tendo em vista que as consequências da aplicação do Direito Penal são as mais graves possíveis, eis que podem limitar direitos fundamentais da pessoa sujeita a seus efeitos –

¹Há hipóteses em que a atuação do Poder Judiciário para a concessão de medidas protetivas sequer é necessária. Após a Lei federal nº 13.827/2019, foi instituída a possibilidade de afastamento imediato do agressor do lar da mulher vítima de violência, por ato de delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca, ou por agente policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

na verdade, ela acaba por limitar o direito mais elementar de qualquer pessoa: o direito à liberdade.

O Direito Penal surge, então, como mecanismo para se evitar a autotutela, ou seja, a possibilidade de uma pessoa vítima de um ilícito tomar as medidas, por conta própria, de reparação da ofensa que sofreu. A intenção é justamente inviabilizar que cada indivíduo pudesse “fazer justiça com as próprias mãos”, e, assim, fechar as portas para a possibilidade de arbitrariedades.

No campo da violência reprimida pelo Direito Penal, há uma que é muito abordada e discutida atualmente: a violência de gênero contra a mulher. Mas, afinal, o que seria essa “violência de gênero”?

Hoje em dia há muito debate sobre as questões de gênero, pois elas apresentam complexidades que vão muito além do campo jurídico, mesmo porque gênero é categoria trabalhada em outros campos do saber, a exemplo da sociologia, antropologia, etc.

Esses estudos apresentam reflexos na seara jurídica, orientando o aplicador do Direito sobre quais casos merecem a incidência de uma norma específica, e quais casos podem ser decididos com base apenas na norma geral. A norma que fazemos referência aqui é a Lei Federal nº 11.340/2006, mais conhecida como “Lei Maria da Penha”.

Esse diploma legal foi um importante instrumento jurídico editado em âmbito nacional com a finalidade precípua de evitar e combater um tipo específico de violência contra a mulher: a violência doméstica e familiar; em seu artigo 5º, há indicação de quais condutas configuram essa espécie de violência contra a mulher. Vejamos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. [...]

Destarte, resta claro que a violência que impõe atuação específica por parte do Estado deve estar baseada em uma relação de *gênero*, independentemente de ela ocorrer no âmbito familiar, na unidade doméstica, ou numa relação íntima de afeto.

No final do ano de 2019 foi editada a Lei Federal nº 13.964/2019, denominada de “Pacote Anticrime”, a qual implementou sérias e relevantes modificações na legislação penal, processual e de execução penal. Dentre as alterações de maior destaque, ressalta-se a figura do “juiz das garantias”, prevista no art. 3º de referido diploma legal.

Em suma, com a instituição dessa figura jurídica, o trâmite do processo penal foi cindido em duas partes, uma conduzida pelo agora denominado “juiz das garantias”, e a outra, posterior, guiada pelo juiz da instrução propriamente dita.

Com essa grande inovação, inúmeras dúvidas surgem no meio jurídico quanto à plausibilidade da instituição de referida figura no âmbito do processo penal: afinal, é vantajosa ou não a criação do “juiz das garantias” no atual momento político-social em que se vive no país? Se sim, essa novidade deve aplicar-se a todos os ritos indistintamente, ou estender-se a apenas certos procedimentos de apuração de ilícitos?

No que pertine à violência de gênero contra a mulher, há uma preocupação evidente do sistema jurídico com a celeridade na apuração e pronta repressão de delitos desse jaez. Prova maior dessa preocupação – e da polêmica que orbita esse tema – são as duas recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6298 e 6299/DF, que, antes mesmo de esgotado o período de *vacatio legis* do novel diploma legal, afastou a aplicabilidade do juiz das garantias a alguns procedimentos criminais específicos, dentre os quais os delitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

E aqui inevitavelmente surge um relevante questionamento: a efetiva implementação dessa novidade jurídica advinda do Pacote Anticrime representará avanços na proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar, ou acarretará simplesmente um retrocesso e desnecessário delongamento na apuração dessa classe de crimes?

A Lei Federal nº 13.964/2019, ao apartar entre magistrados diferentes a atuação nas fases de investigação e de instrução processual propriamente dita, acaba por inserir um novo rito ao procedimento de apuração de práticas delituosas cuja eficácia ainda é bastante polêmica no meio jurídico nacional.

De fato, a figura do juiz das garantias não é novidade exclusivamente brasileira; já existe na legislação estadunidense, inglesa e alemã (MILITÃO, 2019), porém deve-se ter em mente que, nesses países, a atividade desse magistrado desemboca, ao final, num julgamento colegiado (câmara de magistrados, no caso alemão, e uma espécie de corpo de jurados, nos países de língua anglosaxã). Daí o questionamento de efetividade do juiz de garantias no Brasil, posto que a fase seguinte à presidida pelo juiz das garantias será, via de regra, conduzida por um magistrado singular.

Com a imposição feita pela Lei do “Pacote Anticrime”, o Poder Legislativo acabou lançando sobre os lombos do Judiciário brasileiro um árduo trabalho de reestruturação e modernização do já assoberbado sistema de justiça, agravado com os desafios de limitação orçamentária e de alta litigiosidade nas relações político-sociais do país.

No presente trabalho, incrementar-se-ão os estudos já existentes sobre tão instigante temática, levando em conta as balizas constitucionais e as recentes reformas normativas sofridas pelo Código de Processo Penal a esse respeito, sempre com o escopo de aprimorar a técnica de julgamento do homem pelos seus semelhantes e garantir Justiça na solução dos embates penais, colaborando para eliminação da violência de gênero contra a mulher, sem que, com isso, tenha-se que vilipendiar direitos e garantias fundamentais de qualquer indivíduo, ou os princípios e ideais de justiça vigentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Objetiva-se investigar sob qual aspecto a apuração de delitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher poderá ser impactada com a instituição da figura do juiz das garantias por meio da Lei Federal nº 13.964/2019.

Como objetivos específicos pretende-se analisar as garantias do devido processo legal e, mais detalhadamente, do não processamento e sentenciamento por autoridade incompetente; analisar as vantagens e eventuais desvantagens da implementação do juiz das garantias no sistema processual penal nacional e suas implicações no modo de decidir dos magistrados; e investigar o

âmbito e alcance da figura do juiz das garantias nos processos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

No que tange à metodologia empregada, a perscrutação proposta será realizada por pesquisa qualitativa teórica de caráter analítico, a partir de investigações de cunho jurídico-dogmático. O procedimento técnico adotado é de revisão bibliográfica e análise documental de leis, produções acadêmicas, doutrinas, e jurisprudências. A natureza do trabalho é predominantemente descritiva, pois se ampara em métodos de raciocínio do tipo indutivo para examinar as relações entre o fenômeno observado e o processo de generalização dos resultados posteriores (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 22-23).

As hipóteses do trabalho serão investigadas através de pesquisa do tipo Bibliográfica, procurando explicar o problema através da análise da literatura já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, que envolva o tema ora analisado, bem como documental, através da Constituição Federal de 1988, do Código de Processo Penal vigente, e as recentes alterações normativas realizadas neste através da “Lei Anticrime” (Lei nº 13.964/2019), sempre através das lentes do método dialético.

Proceder-se-á à leitura, fichamento e análise crítica das fontes, buscando uma abordagem interdisciplinar que permita uma compreensão ampla da problemática proposta. As ferramentas utilizadas na pesquisa serão a coleta de dados bibliográficos, jurisprudenciais e legislativos para a construção da análise crítica qualitativa do problema de pesquisa.

Para esse intento, faremos no capítulo primeiro um breve apanhado da evolução histórica do Direito Processual Criminal no Brasil, até o período de promulgação da Constituição Federal de 1988, abordando os direitos e garantias fundamentais nela previstas, com especial relevo para as garantias do devido processo legal e do não sentenciamento por autoridade incompetente.

No segundo capítulo, trataremos do surgimento da figura do juiz das garantias, tanto em sistemas jurídicos alienígenas, quanto em âmbito nacional; abordaremos o contexto político e social da implementação desse novo instituto no direito processual brasileiro.

Em seguida, abordaremos no terceiro capítulo a violência doméstica e familiar contra a mulher, a influência do Movimento Feminista sobre os conceitos

e imaginários sociais acerca dessa temática, e como este foi abordado pelo sistema jurídico nacional.

Por fim, faremos a análise dos impactos da figura do juiz das garantias sobre os delitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, de olhos postos no rol de garantias fundamentais concedidos pela Constituição brasileira.

1 BREVE HISTÓRICO DA JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL

Para se falar na história do sistema criminal e punitivo do Brasil, necessário abordar as distinções doutrinárias acerca dos sistemas processuais penais.

LOPES JUNIOR (2017) registra que são sempre heurísticas as características apontadas pela doutrina quanto aos quesitos conformadores de determinado sistema, servindo estes constantemente como verdadeiros tipos ideais, e contrafáticos (não passíveis de serem encontrados na realidade). Ou seja, um sistema processual penal dificilmente será “inquisitivo puro” ou “acusatório puro”, mas, sim, suas características delineadas pela legislação que lhe dá suporte podem se alinhar em proximidade a um sistema inquisitivo, ou, ao revés, a um sistema acusatório. Aury Lopes Junior, apoiando-se em COUTINHO (2001), sugere solucionar esse impasse por meio da análise do *modus* de gestão da prova em cada sistema. Assim, se o juiz tem poderes instrutórios, então o sistema processual em questão será do tipo inquisitório. Se, pelo contrário, o sistema veda a atividade instrutória do julgador, então esse sistema será acusatório.

César Roberto Bittencourt registra (2020, p. 219) que, apesar de já existir um sistema punitivo na população indígena, seu primitivismo não permitia falar numa verdadeira organização jurídico-social, visto que as regras eram eminentemente verbais e consuetudinárias, sempre dominadas pelo misticismo.

Dessa forma, com o descobrimento da nova colônia, passou a vigorar no Brasil – pelo menos formalmente – o Direito lusitano.

Quando do descobrimento do Brasil, vigiam em Portugal as Ordenações do rei Affonso V, que haviam sido compiladas em 1446 com a intenção de substituição das complexas e inúmeras normas do Direito Romano, Direito Eclesiástico, e aos antigos *foraes* (COELHO DA ROCHA, 1851)². Nelas, havia a previsão de todo o escalonamento dos magistrados, desde o regedor das justiças e desembargadores do paço até os juizes ordinários, que eram eleitos pelos homens bons e confirmados pelo monarca ou pelos donatários de terras (SILVA, 2012, p. 19).

A organização judiciária prevista nas Ordenações Afonsinas, submetendo designações de magistrados à aprovação do monarca, naturalmente fazia com

²Os *foraes* eram descritos na pág. III, Prefação, do Livro I, das Ordenações Afonsinas (disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/11pii.htm>. Acesso em: 08 fev. 2023).

que o poder exercido pelos juízes fosse uma extensão do poder real, de maneira que o Judiciário, em última instância, acabava desempenhando um papel de aliado de apoio ao rei, nas várias camadas sociais.

Dessarte, os juízes podiam aplicar severas penas aos que traspassassem as prescrições reais, visto que os magistrados concentravam as funções de investigar, acusar e julgar.

Todavia, apesar de formalmente vigentes, as Ordenações Afonsinas (posteriormente substituídas pelas Ordenações Manuelinas de 1521 e Filipinas de 1603) não tiveram muita efetividade na novel colônia (BITENCOURT, 2020, p. 220), dada a existência de inúmeros decretos reais e leis que resolviam casuisticamente as questões conflituosas; a situação era agravada com o fato de que os donatários de terras recebiam certa parcela de poder por meio das cartas de doação, e – distantes da Coroa e das autoridades permanentes – viam caminho livre para impor regras ao bel prazer e cometer as mais variadas arbitrariedades na colônia de dimensões continentais.

No aspecto do procedimento criminal, as Ordenações sofreram forte influência do Direito Canônico e Romano, com adoção do sistema das inquisições devassas instituído por Inocêncio III, conforme aponta Almeida Júnior (1959, p. 20). Este mesmo autor refere que a inquirição era a “investigação do crime, feita pelo próprio juiz, em vista da notoriedade do crime ou qualquer insinuação clamorosa” (idem, p. 78).

Segundo Ivan Moraes de Andrade (1958, p. 347), as características mais notáveis do sistema inquisitório eram a sigilosidade, a possibilidade de investigação de ofício pelo juiz, e a concentração das funções de acusar e julgar em uma única figura.

Esse sistema imperou por todo o período do Brasil colônia. SILVA (2012, p. 17) ressalta que as inquisições devassas se tornaram um importante instrumento de repressão e manutenção da ordem, propiciou o crescimento do poder secular e eclesiástico, o que era assegurado particularmente pela gestão da prova pelo juiz inquisidor, pelo procedimento secreto, e realização sem a presença do acusado.

Essa realidade só foi modificada no século XIX, após os ideais influenciadores da Revolução Francesa, e a vinda da família real portuguesa para a colônia. Após a declaração de independência de 1822, e a outorga da Constituição

dos Estados Unidos do Brasil em 1824, foi publicado o Código Criminal Imperial, em 1830, seguido, dois anos depois, da publicação do Código de Processo Criminal. Este último diploma legal extinguiu as inquisições devassas e instituiu a figura do Promotor público (artigo 4º), que ficou então encarregado de “denunciar os crimes públicos e acusar os delinquentes perante os jurados” (artigo 37). Não obstante, ainda remanesceram elementos claramente inquisitoriais, visto que foi mantida a possibilidade de o juiz proceder de ofício ao auto de corpo de delito (artigo 138), e ao procedimento de apuração do ilícito ainda não prescrito³.

Era inegável a influência do Código de Instrução Criminal Napoleônico de 1808 sobre a legislação brasileira. Entre as principais inovações do Código napoleônico (ROBERT, 2012), estavam a obrigatoriedade da participação de um juiz instrutor no processo, a possibilidade de o acusado ser assistido por um defensor técnico, a presença de testemunhas no julgamento e a exigência de que o processo fosse conduzido de maneira escrita e documentada. O código também previa a possibilidade de recursos, como apelações, cassações e revisões criminais.

De qualquer forma, a mudança foi notável, especialmente por ter iniciado a separação entre as funções de Acusador e Julgador.

Apesar disso, em 03 de dezembro de 1841 foi editada a Lei nº 261 (BRASIL, 1841), contendo a primeira reforma do Código de Processo Criminal do Império. Essa reforma impôs certo retrocesso em relação aos ideais garantistas existentes em 1832, visto que instituiu a figura do Chefe de Polícia, dos delegados e subdelegados, que acabaram concentrando as funções judicantes dos juízes de paz e trazendo uma marca policialesca ao Judiciário⁴. Restaram praticamente geminadas as funções de investigar e de julgar o fato delituoso, o que foi objeto de grandes críticas e debates à época (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 179).

Uma nova reforma processual veio apenas em 1871, por meio da Lei nº 2.033, de 20 de setembro. Esse diploma legal extinguiu a competência judicial

³ Artigo 149 do Código de Processo Criminal de 1830. “O Juiz de Paz ainda que pelas primeiras informações não obtenha o conhecimento de quem é o delinquente, não deixará de proceder contra elle em qualquer tempo, que seja descoberto, em quanto não prescrever o delicto”.

⁴ A Magistratura foi severamente reestruturada, visto que a reforma estabelecia o fim da eleição para juízes, os quais passariam a ser nomeados pelo Imperador; além disso, as funções dos juízes de paz foram transferidas para os delegados e subdelegados (artigo 6º). Também foi extinta a garantia da inamovibilidade, que pereceu diante da redação do artigo 4º, *verbis*: “serão todos amovíveis, e obrigados a aceitar.”

dos Chefes de polícia, delegados e subdelegados (artigo 9º), e a reservou apenas para os magistrados⁵. A separação entre polícia e judiciário ficou tão acentuada que foi prevista hipótese de incompatibilidade do cargo de Juiz Municipal e substitutos com o de qualquer autoridade policial (artigo 1º, §4º, da lei). Foi abolido o procedimento *ex-officio* dos Juizes formadores da culpa (artigo 15), ressalvadas algumas exceções ali elencadas; e é possível entrever, no artigo 10, o embrião jurídico do que hoje conhecemos como inquérito policial:

Art. 10. Aos Chefes, Delegados e Subdelegados de Policia, além das suas actuaes attribuições tão sómente restringidas pelas disposições do artigo antecedente, e § unico, fica pertencendo o preparo do processo dos crimes, de que trata o art. 12 § 7º doCodigo do Processo Criminal até a sentença exclusivamente. Por escripto serão tomadas nos mesmos processos, com os depoimentos das testemunhas, as exposições da accusação e defesa; e os competentes julgadores, antes de proferirem suas decisões, deverão rectificar o processo no que fôr preciso.

§ 1º Para a formação da culpa nos crimes communs as mesmas autoridades policiaes deverão em seus districtos proceder ás diligencias necessarias para descobrimento dos factos criminosos e suas circumstancias, e transmittirão aos Promotores Publicos, com os autos de corpo de delicto e indicação das testemunhas mais idoneas, todos os esclarecimentos colligidos; e desta remessa ao mesmo tempo darão parte á autoridade competente para a formação da culpa. (grifo nosso)

Larissa Marila Serrano da Silva (2012, p. 36) registra que se começa a demarcar a distinção entre as funções da polícia e do juiz, afastando-se cada vez mais o magistrado da incumbência de comando da investigação preliminar.

Proclamada a República, foi promulgada a Constituição de 1891, que adotou a federação como forma de governo; com isso, as antigas Províncias – agora Estados – tiveram autonomia alargada, de maneira que alguns chegaram a editar seus próprios códigos de processo criminal⁶, ao passo que outros continuavam aplicando o código de ritos imperial.

A unificação veio no período da Era Vargas, com a promulgação da Constituição de 1934 e sua previsão⁷ de competência privativa da União para legislar

⁵ “Artigo. 1º. Nas capitaes, que forem sédes de Relações, e nas comarcas de um só termo a ellas ligadas por tão facil communicação que no mesmo dia se possa ir e voltar, a jurisdicção de 1ª instancia será exclusivamente exercida pelos Juizes de Direito, e a de 2ª pelas Relações.”

⁶ Foi o caso do Estado de Minas Gerais, que aprovou seu Código de Processo Penal por meio do Decreto 7.259, de 14 de junho de 1926. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/3586>. Acesso em: 16 fev. 2023.

⁷ “Art 5º - Compete privativamente à União: [...] XIX - legislar sobre: [...] a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais”.

sobre processo penal.

Somente em 1941, sob regime totalitário inspirado em potências beligerantes na Europa, é que se logrou publicar o Código de Processo Penal brasileiro, que vige até os dias atuais. Esse Código manteve a separação entre os papéis de investigador, acusador e julgador, e o inquérito policial como fase preparatória para a perseguição penal, destinando sua presidência à autoridade policial, sob fiscalização da autoridade judicial.

Sim, é verdade: há resquícios inquisitoriais em suas disposições.⁸ Referidos dispositivos inquisitoriais se viram em posição vexatória após a promulgação da Constituição Republicana de 1988, que constitucionalizou princípios de direito penal e de processo penal, e estabeleceu vários direitos e garantias que visam proteger os cidadãos dos eventuais arbítrios e abusos do poder investigatório e persecutório do Estado.

De fato, na história do sistema criminal e punitivo do Brasil, só recentemente é que se percebe uma transição do sistema inquisitorial para o sistema acusatório; todavia, o passado nos mostra que o parâmetro na *Terrae brasilis* permaneceu inquisitorial por maior parte do tempo, desde o período colonial até o século XX.

A maioria dos juristas brasileiros sustentam que a Constituição cidadã tinha como objetivo romper os laços repressores que nortearam a legislação processual penal. Segundo PACHELLI (2021, p. 32):

Se a perspectiva teórica do Código de Processo Penal era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta.

A Constituição da República de 1988 buscou romper com a ideologia repressiva que norteou a legislação processual penal e o período ditatorial, passando a garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores soberanos de uma sociedade fraterna e plural.

A Carta Magna adveio como um atestado de obsolescência do Decreto-

⁸ A título de exemplo tem-se a previsão de início *ex officio* do juiz do processo por contravenção (primitiva redação do artigo 531); do silêncio do réu poder ser interpretado em seu desfavor; do juiz poder decretar prisão preventiva *ex officio* ainda na fase investigatória (o que só foi alterado no ano de 2011, com a Lei nº 12.403, de 04 de maio), entre outras.

Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Já sustentava Hans Kelsen (1998) que a validade de uma norma depende de sua compatibilidade com outras normas do sistema jurídico e com o processo de sua criação, mas também pode ser afetada por mudanças sociais e políticas que tornem a norma ineficaz ou desatualizada. Ele argumentava que o sistema jurídico possui natureza dinâmica, e as mudanças no Direito podem ocorrer tanto por meio do processo legislativo como por meio de decisões judiciais ou outras formas de aplicação das normas, e que a mutação do Direito é uma característica essencial dos Estados Modernos.

Era premente a adequação do Código de Processo Penal vigente aos novos princípios e disposições democráticas preconizados pela Carta Magna de 1988. Isso tem sido feito por meio de sucessivas reformas legislativas tendentes à modernização e adequação, mas que aparentemente acabaram transformando o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, em uma verdadeira colcha de retalhos.

1.1 A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E CONVENCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

Segundo o Dicionário de Política de Norberto Bobbio (1998, p. 247):

Foi dito, usando uma expressão bastante abrangente, que o Constitucionalismo é a técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar.

O Constitucionalismo desempenha papel fundamental na atividade legislativa brasileira, visto que impõe ao legislador a observância dos princípios e ordenações contidas na lei básica da nação.

Conforme sustenta Gilmar Mendes (2012, p. 136):

A vinculação da atividade legislativa é essencial não só para a proteção dos direitos fundamentais como também para a concretização destes em inúmeras hipóteses.

A exigência de que o âmbito de proteção de determinado direito somente pode sofrer restrição mediante lei ou com fundamento em uma lei (reserva legal) já seria suficiente para ressaltar a importância vital da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Se a ele compete, em determinada medida, fixar os exatos contornos de dado direito fundamental, mediante o estabelecimento de limitações ou restrições, mister se faz que tal tarefa seja executada dentro dos limites

prescritos pela própria Constituição.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 é tida como um marco muito importante no ordenamento jurídico brasileiro, eis que foi o instrumento jurídico que consagrou, no plano normativo, a passagem de um Estado em regime militar para um Estado democrático de direito, no qual – segundo seu preâmbulo – a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça foram eleitos como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos de qualquer forma.

Com efeito, uma série de garantias foram trazidas e estampadas no texto constitucional, mais precisamente em seu artigo 5º, que trazia, na redação original de seus setenta e sete incisos, um amplo e extenso rol de direitos tidos por fundamentais, estabelecendo isonomia entre homens e mulheres, liberdade nas mais variadas áreas da personalidade (liberdade de ação, pensamento, trabalho, locomoção, associação, expressão da atividade intelectual, artística, científica), entre outras.

Todavia, o texto constitucional não se limitou a arrolar direitos e garantias individuais e sociais. Fundada na cidadania e na dignidade da pessoa humana, e tendo como objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária, a República Federativa do Brasil preocupou-se, em seu texto constitutivo, com um regramento básico e delineador de muitas searas jurídicas, a exemplo do Direito Civil (garantia do direito de propriedade e imposição de observância à função social; direito autoral, direito à herança), Direito Processual Civil (legitimidade para intentar ação popular, previsão de impenhorabilidade da pequena propriedade rural em certas situações), Direito Administrativo (possibilidade de requisição de propriedade privada em caso de iminente perigo público), Direito do Consumidor, Direito do Trabalho e Previdenciário, além do Direito Penal e Processual Penal, que são mais especificamente abordados no presente trabalho.

O jurista italiano Luigi Ferrajoli (2002, p. 287) afirma que a constitucionalização do processo penal é uma consequência lógica da evolução dos direitos fundamentais e da ideia de justiça que sustenta a Constituição. Segundo Ferrajoli, a proteção dos direitos fundamentais deve estar presente em todas as fases do processo penal, desde a investigação até a sentença, e os princípios constitucionais devem ser aplicados para garantir a justiça do processo. Vejamos:

O que acontece é que entre as normas acerca da produção de normas, o moderno Estado constitucional de direito tem introduzido múltiplos princípios ético-políticos ou de justiça que impõem valorações ético-políticas das normas produzidas e atuam como parâmetros ou critérios de legitimidade e ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas, senão internos ou juspositivistas.

[...]

A especificidade do moderno Estado constitucional de direito está precisamente no fato de que as condições de validade estabelecidas por suas leis fundamentais incorporam não só requisitos de regularidade formal, senão também condições de justiça material.

Discorrendo sobre a necessidade de conformidade dos códigos normativos com os ditames principiológicos constitucionais, Cezar Roberto Bitencourt consigna (2020, p. 101-102):

Tomando como referente o sistema político instituído pela Constituição Federal de 1988, podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que o Direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos na nossa Carta Magna. Significa, em poucas palavras, submeter o exercício do *ius puniendi* ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa.

De igual maneira, Aury Lopes Jr. defende que o processo penal passe por uma “filtragem constitucional”, visto que todo poder (inclusive o punitivo) precisa de limites para evitar abusos:

[...] pensamos ser imprescindível que o processo penal passe por uma constitucionalização, sofra uma profunda filtragem constitucional, estabelecendo-se um (inafastável) sistema de garantias mínimas. Como decorrência, o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático é sua *instrumentalidade constitucional*, ou seja, o processo enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas. Ou ainda, pensamos o processo penal desde seu inegável sofrimento, a partir de uma lógica de redução de danos.

Todo poder tende a ser autoritário e precisa de limites, controle. Então, as garantias processuais constitucionais são verdadeiros *escudos protetores* contra o (ab)uso do poder estatal.

Os efeitos da constitucionalização do processo penal brasileiro deixaram marcas evidentes e indelévels no sistema penal e repressor do ordenamento jurídico brasileiro. O processo penal, que antes era regulamentado basicamente

por leis ordinárias, passou a ser influenciado diretamente pela Constituição Federal de 1988 e seus princípios fundamentais. Essa mudança trouxe mais garantias aos acusados, uma maior preocupação com a proteção dos direitos humanos e um papel mais ativo do Poder Judiciário no processo penal.

Ainda sobre a importância da constitucionalização do processo penal brasileiro, Aury Lopes Jr., em sua obra "Direito Processual Penal" defende que a Constituição de 1988 trouxe um novo modelo de processo penal, que prioriza a proteção dos direitos fundamentais dos acusados e o papel do Poder Judiciário na garantia desses direitos. O autor destaca que a aplicação dos princípios constitucionais no processo penal é fundamental para garantir a justiça do processo e evitar abusos por parte do Estado. A esse respeito:

Precisamos compreender que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma "filtragem constitucional" dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como os arts. 156, 385 etc.), pois são "substancialmente inconstitucionais". Assumido o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória.

Como já anotado, a Constituição Federal de 1988 trouxe novos paradigmas e importantes avanços para o processo penal brasileiro. Sua base principiológica e a alta carga valorativa exigiu a reestruturação das balizas processuais penais do código pátrio, eis que previu em seu artigo 5º um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais destacamos: a vedação de juízo ou tribunal de exceção; vedação de processamento e sentenciamento por autoridade incompetente; garantia do devido processo legal, contraditório e ampla defesa; inadmissibilidade de provas ilícitas, e presunção de inocência (ou não culpabilidade). São esses os princípios e garantias que estão mais diretamente imbricados com a questão discutida no presente trabalho.

As inovações e exigências constitucionais foram radicais. Segundo PACCELLI (2021, p. 32):

[...] enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a

sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII, CF).

Quanto aos direitos e garantias processuais mais especificamente, temos que o devido processo legal teve origem no direito anglo-saxão. Segundo CORWIN (1911, p. 368), essa expressão exsurge no ano de 1354, no Estatuto do Vigésimo Oitavo ano do Rei inglês Eduardo III, capítulo 3 de 28, onde se lê "*No man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law*"⁹

O princípio do devido processo legal está intimamente ligado à garantia da legalidade e da submissão à jurisdição, cuja primeira enunciação legal encontra-se na *Magna Charta* inglesa de 1215. Daí se extrai, como desdobramentos, as garantias do habeas corpus, compreendida como a imunidade do cidadão contra restrições arbitrárias de sua liberdade pessoal ou, contra punições ou intervenções autoritárias lesivas aos seus direitos; a reserva de jurisdição em matéria penal, ou seja, confiar a investigação e a repressão dos delitos somente ao "juízo legal" de um sujeito imparcial e independente; e a presunção de inocência, que impõe que nenhum homem pode ser tratado ou punido como um culpado sem um "juízo legal" e antes da sua conclusão (FERRAJOLI, 2002, p. 433)

Nos Estados Unidos da América, referido princípio foi trazido pelos colonos que ali se instalaram (FRAGA, 2018, p. 410), e acabou textualmente incorporado à Constituição Federal por meio da 5ª Emenda (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1791). O texto da emenda estabelece que "ninguém será privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal".

O surgimento do princípio do devido processo legal está intimamente ligado à luta contra o absolutismo e a defesa das liberdades individuais. O princípio é uma garantia fundamental contra o arbítrio do Estado e tem como objetivo proteger os direitos e liberdades fundamentais das pessoas, independentemente de sua posição social, econômica ou política.

O *due process of law* tem como objetivo garantir que todas as pessoas

⁹ Nenhum homem, seja qual for seu estado ou condição, será expulso de suas terras ou propriedades, nem levado, nem aprisionado, nem deserdado, nem morto, sem que responda pelo devido processo legal (Tradução livre).

tenham direito a um processo justo e equitativo, que inclui o direito à defesa, o direito de ser ouvido, o direito a um juiz imparcial, o direito a provas e ao contraditório. Envolve a compreensão de pré-estabelecimento do rito a ser seguido, e da autoridade competente (figura do juiz natural) para processamento e julgamento do fato delituoso, antes mesmo desde vir a ocorrer. É por meio do devido processo legal que se garante o processamento e julgamento por autoridade competente (um “juiz justo”, e não um nomeado exclusiva ou casuisticamente para a questão).

Ao longo dos anos, o princípio do devido processo legal se disseminou entre outros países, tornando-se um elemento fundamental dos sistemas jurídicos modernos. Ele está presente em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo X), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (artigo 8º) e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 (artigo 6º).

No que pertine ao sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem destacado que o princípio do devido processo legal é um dos pilares fundamentais do sistema e é essencial para garantir a proteção de outros direitos fundamentais, como o direito à liberdade pessoal, o direito à privacidade, o direito à propriedade, entre outros.

Em diversas decisões, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem enfatizado que o princípio do devido processo legal requer que as partes tenham acesso ao processo, que haja igualdade de armas entre as partes, que o processo seja conduzido por um juiz independente e imparcial, que haja respeito ao direito de defesa, ao contraditório e à ampla prova, e que a decisão final seja motivada e proferida com base na legislação aplicável e nos princípios de justiça e equidade.

A título de exemplo, pode-se citar o Caso Barreto Leiva *versus* Venezuela, principiado em 1996, em que o ex-diretor geral setorial de Administração e Serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da Venezuela alegou que, mesmo não tendo prerrogativa de foro, acabou julgado pela Suprema Corte venezuelana por conexão, já que também eram réus no processo o ex-presidente Carlos Andrés Pérez e outras autoridades com foro privilegiado, de maneira que, sentenciado pela última instância venezuelana, não teve direito ao duplo grau de jurisdição.

Nesse caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos discutiu a importância do direito ao acesso à justiça no contexto de um processo penal, e decidiu, por sentença de 17 de novembro de 2009 (CIDH, 2009), que não apenas Leiva como também os réus com foro privilegiado tinham o direito a recorrer, condenando o país a realizar um novo julgamento para garantir a eles o direito ao chamado "duplo grau de jurisdição".

A Corte afirmou que o devido processo legal exige que o acusado tenha acesso efetivo à justiça, o que implica o direito de ser informado de seus direitos, de ter acesso a um advogado, de ter tempo e recursos adequados para preparar sua defesa, de ser julgado por um tribunal imparcial e independente, e de ter a oportunidade de impugnar as provas apresentadas pelo Ministério Público. A Corte afirmou ainda que o Estado tem a obrigação de garantir que todos esses direitos sejam respeitados e protegidos durante o processo penal.

Outro caso emblemático é o *Herrera Ulloa versus Costa Rica*, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu, por decisão lavrada em 02 de julho de 2004 (CIDH, 2004), a importância do princípio do devido processo legal no contexto de prisões preventivas. A Corte estabeleceu que, para que uma prisão preventiva seja considerada compatível com o devido processo legal, é necessário que sejam cumpridas as seguintes condições: a) a privação de liberdade deve ser necessária para garantir a presença do acusado no processo; b) a prisão deve ser a única medida adequada para atingir esse objetivo; c) a prisão deve ser proporcional ao crime imputado; d) a prisão deve ser revista regularmente por um juiz.

A importância não só da constitucionalidade, mas também da convencionalidade da atuação dos magistrados brasileiros foi tema de atenção por parte do Conselho Nacional de Justiça, que, em 2021, editou a Recomendação nº 123 (BRASIL, 2021a), para admoestar ao Poder Judiciário a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

No Brasil, o princípio do devido processo legal está consagrado desde a Constituição do Império, de 1824 (artigo 17, inciso XI), e foi mantido em todas as Cartas políticas desde então, até a Constituição Federal promulgada em 1988,

que em seu artigo 5º, inciso LIV, estabelece que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Esse princípio tem vínculo direto com a vedação de juízo ou tribunal de exceção – também erigida a direito fundamental, conforme inciso XXXVII do mesmo artigo).

Quanto à garantia da presunção de inocência, ela aparentemente remonta ao *in dubio pro reo* do Direito Romano. Apesar de ter praticamente desaparecido no período marcadamente inquisitivo durante a Idade Média, essa garantia resurgiu estampada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Artigo 9º - Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.”

Segundo essa garantia, presume-se (presunção *juris tantum*) que toda pessoa é inocente das acusações que possam ser contra si sustentadas, até que se consiga provar, validamente, o contrário. O que se tenta provar em um processo criminal é a culpa do acusado, e não sua inocência, de maneira que esta, no bojo do processo, é presumida.

Segundo FERRAJOLI (2002, p. 441), “esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”.

Aury Lopes Jr. (2019, p. 107) entende que a garantia da presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento, que pode ser visualizado nas dimensões interna e externa ao processo. Na interna, é uma determinação ao julgado no sentido de que aguarde a produção probatória da acusação quanto à culpabilidade, pois, como o réu é presumido inocente, não precisa provar nada. Na externa, há uma preocupação com a proteção contra a publicidade abusiva e a precoce estigmatização do réu, por meio de eventual espetacularização do caso submetido à jurisdição estatal.

Relevante também registrar os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial da Organização das Nações Unidas, a partir do ano 2000 (ONU, 2008). Tais princípios constituem um projeto de Código Judicial em âmbito mundial, confeccionado com base em outros códigos e estatutos, nacionais e internacionais, além da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU.

Um Judiciário de integridade incontestável é a instituição base e indispensável para assegurar a conformidade entre a lei e a democracia.

Apesar de os princípios não serem dotados de força legislativa, referido Grupo de Integridade Judicial elaborou uma série deles para fazer frente à constatação de realidades corruptas e já desprovidas de confiança dos cidadãos que afetavam negativamente a imagem do Poder Judiciário perante a sociedade, elencando, com isso, valores como independência, imparcialidade, integridade, idoneidade, igualdade, competência e diligência.

Nessa esteira, destacam-se as análises e desdobramentos dos princípios da independência e integridade, conforme se vê a seguir:

1- Independência: A independência judicial é um pré-requisito do estado de Direito e uma garantia fundamental de um julgamento justo. Um juiz, conseqüentemente, deverá apoiar e ser o exemplo da independência judicial tanto no seu aspecto individual quanto no aspecto institucional.

1.1 Um juiz deve exercer a função judicial de modo independente, com base na avaliação dos fatos e de acordo com um consciente entendimento da lei, livre de qualquer influência estranha, induções, pressões, ameaças ou interferência, direta ou indireta de qualquer organização ou de qual quer razão.

1.2 Um juiz deverá ser independente com relação à sociedade em geral e com relação às partes na disputa que terá de julgar.

1.3 Um juiz não só deverá ser isento de conexões inapropriadas e influência dos ramos executivo e legislativo do governo, mas deve também parecer livre delas, para um observador sensato.

1.4 Ao desempenhar a função judicial, um juiz deverá fazê-lo de modo independente dos colegas quanto à decisão que é obrigado a tomar independentemente.

1.5 Um juiz deve encorajar e garantir proteção para a exoneração das obrigações judiciais de modo a manter e fortalecer a independência institucional e operacional do Judiciário.

1.6 Um juiz deve exibir e promover altos padrões de conduta judicial de ordem a reforçar a confiança do público no judiciário, a qual é fundamental para manutenção da independência judicial.

2- Imparcialidade: A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão.

2.1 Um juiz deve executar suas obrigações sem favorecimento, parcialidade ou preconceito.

2.2 Um juiz deve se assegurar de que sua conduta, tanto na corte quanto fora dela, mantém e intensifica a confiança do público, dos profissionais legais e dos litigantes na imparcialidade do judiciário.

2.3 Um juiz deve, tanto quanto possível, conduzir-se de modo a minimizar as ocasiões em que será necessário ser desqualificado para ouvir ou decidir casos.

2.4 Um juiz não deve intencionalmente, quando o procedimento é prévio ou poderia sê-lo, fazer qualquer comentário que possa razoavelmente ser considerado como capaz de afetar o resultado de tal procedimento ou danificar a manifesta justiça do processo. Nem deve o juiz fazer qualquer comentário em público, ou de outra maneira,

que possa afetar o julgamento justo de qualquer pessoa ou assunto.

2.5 Um juiz deve considerar-se suspeito ou impedido de participar em qualquer caso em que não é habilitado a decidir o problema imparcialmente ou naqueles em que pode parecer a um observador sensato como não-habilitado a decidir imparcialmente.

Todas essas garantias fundamentais, de uma forma ou de outra, possuem implicação direta com a figura do juiz das garantias, visto que esta, instituída como um “jugador fiscal” na fase inicial da persecução penal, promove a divisão do manto de questões jurídicas suscetíveis de controle jurisdicional. Por via de consequência, haverá matérias que serão analisadas e não mais chegarão ao conhecimento do juiz da instrução – o que pode, a depender do caso, favorecer ou prejudicar a atuação da defesa.

Nesse sentido, a figura do juiz de garantias, introduzida recentemente no processo penal brasileiro, é vista pela maior parte dos juristas como uma importante inovação que busca garantir a lisura e imparcialidade do juiz, e a proteção dos direitos fundamentais dos acusados em geral, independentemente da classe de delito por eles perpetrado.

Para esta pesquisa, inobstante a inquestionável relevância de todo o rol de garantias penais constitucionais, trataremos mais especificadamente do princípio do devido processo legal penal sob o enfoque do sentenciamento por autoridade judiciária competente.

1.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E O SENTENCIAMENTO POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA COMPETENTE

Como já delineado no tópico anterior, o princípio do devido processo legal (*due process of law*) envolve diretamente a compreensão de pré-estabelecimento do rito a ser seguido, e da autoridade competente (juiz natural) para processamento e julgamento do fato delituoso, antes mesmo de sua ocorrência. É por meio do devido processo legal que se garante o processamento e julgamento por autoridade competente.

Segundo DIDIER JR (2015, p. 67), o devido processo legal pode ser compreendido em duas dimensões: a formal (ou procedimental) e a substancial. A dimensão formal diz respeito ao conteúdo composto pelas garantias elencadas

pela Constituição Federal, conforme já apontado em linhas acima (direito ao contraditório, direito ao juiz natural, direito a processo em tempo razoável, entre outros).

Já a dimensão substancial do devido processo legal impõe não só a observância do conteúdo albergado pela dimensão formal, mas também que o Estado-legislador, Estado-administrador e Estado-julgador hajam de forma justa, guardando a devida proporcionalidade e razoabilidade.

Essa dimensão restou reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1158 (BRASIL, 2014), intentada pelo Procurador Geral da República em face de lei do Estado do Amazonas, que concedia adicional de férias aos funcionários públicos inativos. A Corte julgou procedente a ação para suspender o dispositivo, entendendo que há direitos do servidor público que não se compatibilizam com o fato da inatividade, de maneira que o direito de paridade de vencimentos e proventos previsto na Constituição não traduz sinônimo de absoluta igualdade remuneratória entre os agentes em atividade e inativos.

Dessarte, a atividade jurisdicional está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que veda eventuais excessos ou irrazoabilidade nos atos do julgador, seja em prejuízo da Acusação, seja em prejuízo da Defesa.

LOPES JR. (2019, p. 37) sustenta que o processo penal é o caminho necessário para se chegar, de forma legítima, à pena. E sua existência só é admitida quando, ao longo desse caminho, forem observadas e cumpridas as regras e formalidades constitucionalmente asseguradas – as regras do devido processo legal.

O devido processo legal tem implicações diretas sobre a garantia de sentenciamento pela autoridade competente, visto que esta, necessariamente, é pressuposto daquele.

É possível afirmar que a garantia de não processamento e sentenciamento por autoridade incompetente emana da garantia do juiz natural, o qual, segundo FERRAJOLI (2002, p. 472), pode ser constatada sob três aspectos:

Ela significa, precisamente, três coisas diferentes ainda que entre si conexas: a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*; a impossibilidade de derrogação e a

indisponibilidade das competências; a proibição de juízes extraordinários e especiais. No primeiro sentido, expresso por exemplo pelo art. 25 da Constituição italiana, o princípio designa o direito do cidadão a um processo não prejudicado por uma escolha do juiz posterior ao delito e portanto destinada a um resultado determinado. No segundo sentido, deduzível com alguma incerteza do mesmo art. 25 e do art. 102, par. 1 designa a reserva absoluta da lei e a impossibilidade de alteração discricionária das competências judiciárias. No terceiro sentido, expresso pelo art. 102, par. 1.º, da Constituição, mas derogado pelas jurisdições especiais previstas pelo art. 103, como também pela justiça política reservada pelos arts. 90 e 134 aos crimes presidenciais, trata-se de um princípio de organização que postula a unidade da jurisdição e o seu monopólio conservado em uma mesma classe. Enquanto a pré-constituição legal do juiz e a inalterabilidade das competências são garantias de imparcialidade, sendo voltadas a impedir intervenções instrumentais de tipo individual ou geral na formação do juiz, a proibição de juízes especiais e extraordinários é antes uma garantia de igualdade, satisfazendo o direito de todos a ter os mesmos juízes e os mesmos procedimentos.

De fato, o princípio do devido processo legal não envolve pura e simplesmente o respeito aos procedimentos e formalidades legais propriamente ditos. Pressupõe também que a autoridade reitora do feito, além de imparcial (ou seja, que não tenha tendências de favorecimento a nenhuma das partes do processo) e independente (imune a pressões de terceiros alheios ao processo) seja investida legitimamente na função jurisdicional, e designada de forma prévia à instauração da querela (proibição de juízo *post factum*), bem como na forma estabelecida pela própria lei ou regulamentos.

Pressupõe também que a competência do juiz natural seja inderrogável e indisponível: ela não pode ser alterada ou removida seguindo critérios discricionários. A Constituição francesa do século XVIII já tinha disposição expressa nesse sentido em seu Título III, capítulo V, artigo 4º, a saber: "os cidadãos não podem ser destituídos dos juízes que a lei lhes confere, por qualquer incumbência ou outras atribuições e avocações, salvo aquelas que as leis determinaram" (FRANÇA, 1791).

Nesse contexto, a instituição da figura do juiz das garantias é um importante instrumento para se assegurar o devido processo legal penal, principalmente porque, com a cisão da persecução penal em duas fases, viabiliza que o juiz da instrução não se contamine com eventuais vícios (como, por exemplo, provas consideradas ilícitas na fase inicial) verificados na fase que antecede a formalização da acusação.

No capítulo seguinte será examinado o instituto do juiz das garantias no

sistema penal brasileiro.

2 O INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS

2.1 O SURGIMENTO EM PAÍSES EUROPEUS

Um dos países ocidentais precursores quanto à separação das funções de investigar, acusar e julgar é a República Federal da Alemanha. Seu Código de Processo Criminal, apesar de datar do início do ano de 1877, sofreu sucessivas reformas e revisões desde então; Aury Lopes Junior *et al.* (2014) relembra que a reforma de 1974 sacramentou a incumbência do Ministério Público para a realização da investigação preliminar – apesar disso já estar consolidado na prática antes mesmo dessa alteração legal.

Com efeito, e segundo o vigente Código de Processo Penal (*Strafprozeßordnung*, §158, item 1), a investigação criminal na Alemanha pode ser iniciada por notificação escrita ou verbal ao Ministério Público, aos agentes policiais, ou ao Judiciário. Logo que o Ministério Público tome conhecimento da suspeita de crime, por meio de relatório ou outro meio, deverá investigar os fatos, a fim de decidir se deve ou não ser deduzida acusação pública. E a lei determina, em certo grau, que o Ministério Público atue de forma global, sem preocupação exclusiva com acusação, ao exigir-lo que apure não apenas as circunstâncias que incriminem, mas também as que excluem de responsabilidade ou exculpem o suspeito (§160¹⁰).

Apesar do Ministério Público possuir poder geral de investigação (§161), podendo solicitar informações a todas as autoridades e a proceder a investigações de qualquer natureza, quer por si próprio, quer pelas autoridades e agentes policiais, existem atos que a lei alemã reserva apenas ao magistrado, tais como, por exemplo, a determinação de prisão a testemunha que se recusa a depor, e a realização de interrogatório juramentado e inspeção judicial (§162). Excepcionalmente, a norma também permite que o juiz conduza medidas investigativas, em casos de perigo iminente, e quando o agente do Ministério Público estiver inacessível (§165).

¹⁰ §160, Absatz 2. *Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.*

§160, §2. O Ministério Público investigará não apenas as circunstâncias incriminadoras, mas também as circunstâncias exculpatórias, e garantirá a coleta de provas cuja perda seja temida. (Tradução livre).

Dessa forma, e ressalvada a exceção prevista na norma, ficou o magistrado afastado da etapa de investigação e de produção de prova, tarefa que acabou reservada às próprias partes (acusação e defesa).

Essa reforma do Código de Processo Penal alemão de 1974 influenciou significativamente as discussões acerca da aprovação do novo *Codice de Procedura Penal* italiano, que entrou em vigor em 1989, com estrutura visivelmente acusatória, e rompendo com o ideário inquisitivo do código anterior, conhecido como Código Rocco¹¹, de 1930 (LOPES JR, 2017).

Nessa oportunidade, foi abandonada a figura do juiz instrutor, e relegada ao Ministério Público e à polícia judiciária as funções de investigações preliminares antecedentes a eventual ação penal. É a previsão da *indagini preliminari*, conforme o artigo 326 do código (ITÁLIA, 1988).

A exemplo do código alemão, o código de ritos penais italiano também prevê¹² que o Ministério Público proceda a averiguações de fatos e circunstâncias que possam excluir de responsabilidade ou exculpar o suspeito.

A preocupação com o direito de defesa não se limita a esse ponto. O artigo 369-bis traz previsão de suma importância: estatui que o agente do Ministério Público tem o dever de informar – sob pena de nulidade dos atos posteriores – à parte investigada sobre a obrigatoriedade da defesa técnica no processo penal, e do direito de contratação de defensor de sua confiança; caso o investigado não constitua defensor para causa, é-lhe nomeado um defensor público.

FERRAJOLI (2002, p. 590) rememora que o novo código extinguiu institutos aberrantes, tais como a captura obrigatória, a proibição de liberdade provisória – e, dessarte, o encarceramento automático do imputado tendo como base simplesmente a gravidade em abstrato do delito que se apurava. Com base no modelo acusatório albergado pela novel legislação, também foi introduzido o ônus da prova à responsabilidade da acusação¹³, eis que, só excepcionalmente,

¹¹ A referência é a Alfredo Rocco, nascido em Nápoles, em 1875. Foi Ministro da Justiça do governo fascista de Benito Mussolini, e professor nas universidades de Urbino, Macerata e de Parma.

¹² Articolo 358. 1. *Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.*

Artigo 358. 1. O promotor público realizará todas as atividades necessárias para os fins estabelecidos no artigo 326 e também realizará investigações sobre fatos e circunstâncias em favor da pessoa sob investigação. (Tradução livre).

¹³ Articolo 190. *Diritto alla prova. 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti. 2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio.*

é que se admite iniciativa do juiz na produção probatória; as provas são admitidas no processo a pedido das partes. Implica dizer que a inércia da Acusação em relação às provas ou às refutações condicionadas a seu requerimento resultarão em impossibilidade de juntada da prova aos autos.

Com a mudança de paradigma, a atuação do Ministério Público na fase preliminar (investigatória) da persecução penal ficou acentuada, podendo essa instituição colher depoimento de testemunhas, determinar realização de perícias técnicas, e interrogar o suspeito, entre outras diligências (LOPES JUNIOR, 2017). A lei faz ressalvas a esse poder investigativo, limitando-o em algumas hipóteses, tais como, por exemplo, a decisão de apreensão de correspondência e dados telemáticos (artigo 254), e quebra de sigilo bancário (artigo 255), que só podem ser ordenados pelo Judiciário. Essa limitação do poder do Ministério Público já havia sido antecipada pela Lei nº 330, de 05 de agosto de 1988 (FERRAJOLI, 2017, p. 590).

Aury Lopes Junior (2017) ressalta que, apesar do Ministério Público atuar como verdadeiro protagonista na fase da *indagini preliminari*, sua atividade é realizada sob o controle de um juiz garante, que, além de não realizar tarefas investigatórias, vela quanto à adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais da pessoa sujeita à investigação preliminar italiana.

Finalizada a fase da *indagine preliminari*, o Ministério Público pode postular o arquivamento do procedimento, na hipótese de não haver elementos suficientes para sustentar uma acusação¹⁴; pode solicitar a abertura de audiência preliminar, hipótese em que se passa a uma fase de sumária produção de prova, viabilizando um debate sob o crivo do contraditório antes do recebimento da ação penal; aqui, o magistrado poderá receber a imputação e enviar os autos para o

Artigo 190. Direito à prova. 1 A prova será admitida a pedido de uma das partes. O juiz deverá, sem demora, emitir uma ordem excluindo as provas proibidas por lei e aquelas que forem manifestamente supérfluas ou irrelevantes. 2. A lei determina os casos em que a prova deve ser admitida de ofício. (Tradução livre).

¹⁴ *Articolo 408, 1. Quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca, il pubblico ministero, presenta al giudice richiesta di archiviazione. Con la richiesta e' trasmesso il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari.*

Artigo 408, 1. Quando os elementos adquiridos no curso da investigação preliminar não permitirem formular uma previsão razoável de uma condenação ou da aplicação de uma medida de segurança que não seja o confisco, o promotor público deverá apresentar um pedido de arquivamento ao juiz. Com a solicitação, transmite-se o arquivo contendo a notícia do crime, a documentação relativa às investigações realizadas e as atas dos atos realizados perante o juiz para as investigações preliminares. (Tradução livre).

tribunal competente ou decidir, desde logo, pela rejeição da acusação.

Também pode o agente do Ministério Público adotar outro procedimento previsto na lei para iniciar a ação penal (LOPES JUNIOR, 2017).

Algo curioso no código processual italiano é que, apesar de todas essas características típicas de um sistema acusatório, o juiz pode rejeitar a manifestação do Ministério Público pelo arquivamento da *indagini preliminare*, hipótese em que designa, dentro de três meses, uma audiência perante a Câmara de Conselho, para análise da promoção de arquivamento¹⁵. Após o ato, caso, ainda assim, o magistrado não concorde com o arquivamento, poderá apontar quais investigações entende necessárias, e fixará prazo ao Ministério Público para cumpri-las¹⁶. E caso não careça de tais investigações, poderá ordenar ao Ministério Público que formule acusação contra o suspeito, no prazo de dez dias¹⁷.

Mauro Fonseca Andrade (2020, p. 57) adverte – com razão, a nosso ver – que nesse particular, o julgador italiano se aproxima da figura do juiz instrutor, quando aponta ao Ministério Público as investigações que este deve proceder; e quase investe-se na função de acusação, quando concede prazo para que o órgão ministerial formule a imputação contra o investigado.

Crítica semelhante é feita por FERRAJOLI (2002, p. 594) que sustenta que, se a principal conquista do sistema acusatório é a separação entre o juiz e a acusação, a garantia de julgamento por um magistrado justo e imparcial acaba

¹⁵ *Articolo 409, 2. Se non accoglie la richiesta, il giudice entro tre mesi fissa la data dell'udienza in camera di consiglio e ne fa dare avviso al pubblico ministero, alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa dal reato. [omissis].*

Artigo 409, 2. Se não acatar o pedido, o juiz deverá, no prazo de três meses, fixar a data da audiência na câmara do Conselho e notificar o promotor público, a pessoa sob investigação e a pessoa ofendida pelo delito. (Tradução livre).

¹⁶ *Articolo 409, 4. A seguito dell'udienza, il giudice, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse, altrimenti provvede entro tre mesi sulle richieste.*

Artigo 409, 4. Após a audiência, o juiz, se considerar que outras investigações são necessárias, deverá indicá-las por meio de ordem ao promotor público, fixando o tempo necessário para que sejam realizadas; caso contrário, ele deverá decidir dentro de três meses sobre as solicitações. (Tradução livre).

¹⁷ *Articolo 409, 5. Fuori del caso previsto dal comma 4, il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione. Entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, il giudice fissa con decreto l'udienza preliminare. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 418 e 419.*

Artigo 409, 5. Exceto no caso previsto no parágrafo 4, quando o juiz não acatar o pedido de arquivamento do processo, ele determinará que, no prazo de dez dias, o promotor público formule a acusação. Dentro de dois dias a partir da formulação da acusação, o juiz fixará por decreto a audiência preliminar. As disposições dos artigos 418 e 419 deverão ser observadas, na medida em que forem aplicáveis. (Tradução livre).

ofuscada pela ambiguidade do texto legal, que, no final das contas, acaba permitindo várias hipóteses de uma indesejável antecipação de juízo, a exemplo dos casos de discordância quanto ao arquivamento da *indagine preliminare*, como ressaltado acima.

Essa contradição do Código de processo penal italiano fica mais evidente quanto se percebe que esse próprio diploma legal prevê hipótese¹⁸ de impedimento para julgar um caso de um juiz que haja participado anteriormente da audiência preliminar, ou mesmo da fase de investigação. Tal tema, no entanto, acabou aparentemente superado após a Corte Constitucional se manifestar (ITÁLIA, 1990) pela “ilegitimidade constitucional” do artigo 34, na parte em que não previu a impossibilidade de atuação, nas fases posteriores de julgamento, do juiz da *indagine preliminare* que haja contrariado manifestação de arquivamento dos autos e determinado realização de investigações pelo Ministério Público.

Conforme ressalta LOPES JUNIOR (2017), a reforma do processo alemão em 1974 e as discussões em torno do processo penal italiano influenciaram sobretudo o sistema português, que acabou substituindo o Código de 1929 por outro em 1987, que, apesar de reformado em 1995, vige até os dias atuais.

Albergando a ideia da *indagine preliminare* italiana, o Código português adotou a figura do inquérito policial como fase de investigação preliminar para, nos termos de seu artigo 262, apurar “a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação” (PORTUGAL, 1987); incumbiu a direção desse inquérito ao Ministério Público, guarnecendo-o da assistência dos órgãos de polícia criminal, os quais deverão atuar sob dependência funcional daquele (artigo 263).

Importante salientar que a lei portuguesa não declarou expressamente o dever do Ministério Público em esquadrihar o fato supostamente delitivo de forma ampla, inclusive em relação a fatos e circunstâncias que possam interessar à defesa ou servir de causa exculpante à pessoa suspeita, diferentemente

¹⁸ *Articolo 34. 2-bis. Il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari non puo' emettere il decreto penale di condanna, ne' tenere l'udienza preliminare; inoltre, anche fuori dei casi previsti dal comma 2, non puo' partecipare al giudizio.*

Artigo 34. 2-bis. O juiz que, no mesmo processo, tiver atuado como juiz de investigações preliminares não poderá emitir o decreto penal de condenação, nem realizar a audiência preliminar; além disso, mesmo fora dos casos previstos no parágrafo 2, ele não poderá participar do julgamento. (Tradução livre).

do que fazem os códigos alemão e italiano.

LOPES JUNIOR (2017) ressalta que, a exemplo da Itália, os membros do Ministério Público português integram o Poder Judiciário, e, conquanto não tenham poder jurisdicional propriamente dito, são considerados magistrados por expressa disposição constitucional.

Esclarece também que a atividade investigatória do Ministério Público pode sofrer interferência de um juiz de instrução, que ocupa a posição precípua de garante, mas que também é chamado a praticar alguns atos específicos, os quais, pela importância de sua presença mais ativa, entendeu o legislador português ser necessário. Por essa razão, e apesar de classificar a atuação do juiz em dois grupos (investigação e garantia), Aury Lopes Junior entende que a aparente atividade instrutória do juiz não compromete sua postura garantista, visto que o protagonismo, em realidade, é do membro do Ministério Público, e não há a figura do juiz instrutor (entendido este como o juiz investigador típico do sistema misto, em que existe uma fase judicial de investigações, ao cabo da qual o juiz instrutor remete o caso ao juiz de sentenciamento).

Essa posição de Aury Lopes Junior se justifica em razão do disposto nos artigos 268 e 269 do Código processual penal português; ou seja: é concedida ampla autonomia ao Ministério Público para proceder às investigações e apuração do crime; no entanto, há algumas diligências que dependerão de prévia autorização do juiz (artigo 269), e outras que só poderão ser realizadas por ele próprio (artigo 268). Vejamos:

Artigo 268.º

(Actos a praticar pelo juiz de instrução)

1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução:

- a) Proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido;
- b) Proceder à aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção da prevista no artigo 196.º, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público;
- c) Proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, nos termos do n.º 5 do artigo 177.º, do n.º 1 do artigo 180.º e do artigo 181.º;
- d) Tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do artigo 179.º, n.º 3;
- e) Declarar a perda a favor do Estado de bens apreendidos, com expressa menção das disposições legais aplicadas, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277.º, 280.º e 282.º;
- f) Praticar quaisquer outros actos que a lei expressamente reservar ao juiz de instrução.

2 - O juiz pratica os actos referidos no número anterior a requerimento do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal em caso de urgência ou de perigo na demora, do arguido ou do assistente.

3 - O requerimento, quando proveniente do Ministério Público ou de autoridade de polícia criminal, não está sujeito a quaisquer formalidades.

4 - Nos casos referidos nos números anteriores, o juiz decide, no prazo máximo de 24 horas, com base na informação que, conjuntamente com o requerimento, lhe for prestada, dispensando a apresentação dos autos sempre que a não considerar imprescindível.

Artigo 269.º

(Actos a ordenar ou autorizar pelo juiz de instrução)

1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar:

- a) A efetivação de perícias, nos termos do n.º 3 do artigo 154.º;
- b) A efectivação de exames, nos termos do n.º 2 do artigo 172.º;
- c) Buscas domiciliárias, nos termos e com os limites do artigo 177.º;
- d) Apreensões de correspondência, nos termos do artigo 179.º, n.º 1;
- e) Intercepção, gravação ou registo de conversações ou comunicações, nos termos dos artigos 187.º e 189.º;
- f) A prática de quaisquer outros actos que a lei expressamente fizer depender de ordem ou autorização do juiz de instrução.

2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 2, 3 e 4 do artigo anterior.

Em arremate, defende LOPES JUNIOR (2017) que Portugal acabou por adotar um sistema misto, no qual se permite ao juiz praticar atos investigatórios pessoalmente – mas com a peculiaridade de que ele não tem a iniciativa probatória, mesmo nos casos em que colhe pessoalmente a prova. Mas frisa que, em consonância com a doutrina do Tribunal Europeu de Direito Humanos, e segundo disposto no artigo 40 do *codex lusitano*, esse juiz estará impedido de participar do julgamento do caso, por ter praticado atos ou decidido questões incidentais no bojo do inquérito.

Assim, o juiz da instrução atuará na fase de investigações e do debate instrutório, quando então é discutido se há elementos suficientes para justificar a submissão do suspeito a julgamento (artigo 298). Caso positivo, o juiz pronuncia o arguido e encaminha o caso a outro órgão jurisdicional; do contrário, exara decisão instrutória de não pronúncia, e o inquérito é arquivado (artigo 286).

2.2 O SURGIMENTO NA AMÉRICA LATINA

Conforme registrado no capítulo anterior, ao longo de todo o período colonizatório (especialmente nos séculos XIV e XV), o sistema jurídico europeu

exerceu notável influência sobre o conjunto normativo da América Latina. Essa influência se verificou novamente no final do século XX e início do XXI, visto que todas essas novas ideias jurídicas debatidas no velho continente acabaram impactando diretamente os sistemas da América Latina, a exemplo da Guatemala, um dos primeiros a aprovar um código de processo penal com características típicas de um sistema acusatório.

Com efeito, a Guatemala aprovou seu *códex* aos 28 de setembro de 1992 (GUATEMALA, 1992), estabelecendo o Ministério Público como instituição totalmente independente para o exercício da ação penal e para investigação de delitos (artigo 8º), titular da ação penal pública (artigo 24), e incumbida da averiguação inicial do delito (denominada de “procedimiento preparatorio” ou “instrucción”)¹⁹. O legislador muito se aproveitou da estrutura do Código de Processo Penal Modelo elaborado pelo Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), de 1989²⁰.

Segundo Mauro Fonseca Andrade (2020, p. 60), o Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América foi um projeto ambicioso lançado nas V Jornadas Ibero-Americanas de Bogotá-Cartagena, de 1970, tendo como base o código adjetivo penal da Província argentina de Córdoba, contando, também, com a influência da legislação processual da Espanha, Itália, França e Alemanha, pactos e declarações internacionais relativos a direitos humanos. Sua redação final foi apresentada nas Décimo-Primeiras Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, realizadas no Rio de Janeiro, em 1988.

Para GRINOVER (2000), esse código modelo apresentava, entre outras,

¹⁹ Artículo 309. (Objeto de la investigación). En la investigación de la verdad, el Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal. Asimismo, deberá establecer quiénes son los partícipes, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad. Verificará también el daño causado por el delito, aún cuando no se haya ejercido la acción civil.

Artigo 309. (Objeto da investigação). Na investigação da verdade, o Ministério Público deve realizar todos os procedimentos pertinentes e úteis para determinar a existência do fato, com todas as circunstâncias de importância para o direito penal. Da mesma forma, deve estabelecer quem são os participantes, buscando sua identificação e o conhecimento das circunstâncias pessoais que sirvam para avaliar sua responsabilidade ou influenciar sua punibilidade. Deve também verificar os danos causados pelo delito, mesmo que a ação civil não tenha sido proposta. (Tradução livre).

²⁰ Disponível em: http://www.iibdp.org//wp-content/uploads/2020/08/IIDP_Codigo_Procesal_Penal_Modelo_Iberoamerica.pdf. Acesso em: 06 jun. 2023. O Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal foi fundado em Montevideú, nas primeiras Jornadas Latinoamericanas de Direito Processual, realizadas em 1957, em homenagem à memória do processualista uruguaio Eduardo J. Couture.

as seguintes características: a) adoção do modelo acusatório, com a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar²¹; b) supressão dos juizados de instrução e atribuição da investigação prévia ao Ministério Público, com a intervenção do juiz para as medidas cautelares; d) intransponibilidade para o processo dos elementos probatórios recolhidos na investigação da *opinio delicti* do Ministério Público; e) processo público e oral, em contraditório; f) procedimento ordinário, com uma etapa intermédia objetivando receber a acusação.

A exemplo dos códigos alemão e italiano, a lei guatemalteca (artigo 290) estabelece que a investigação do Ministério Público deve se dar de forma ampla, albergando não apenas as circunstâncias da acusação, mas também aquelas que servem de exoneração do suspeito, tomando o cuidado de obter urgentemente os elementos de prova cuja perda é de se temer.

Conforme ressaltado acima, a investigação é conduzida pelo Ministério Público, porém é controlada por um “juez de primera instancia” (artigo 47), ou por um “juez de paz penal” (artigo 44), para casos de crimes apenados com prisão não excedente a cinco anos (salvo crimes definidos como narcoatividade), ou em hipóteses de eventual indisponibilidade do juiz de primeira instância. É garantido ao suspeito o direito de propor meios de investigação a qualquer tempo do procedimento preparatório, e caso a pretensão seja rejeitada pelo Ministério Público, o interessado pode recorrer para o juiz de primeira instância (ou ao juiz de paz penal), para que valere a necessidade da prática do meio de investigação proposto (artigo 315).

Não obstante, há hipóteses em que a lei permite que o juiz pratique pessoalmente atos probatórios, como nos casos de reconhecimento, reconstituição, perícia ou inspeção que, por sua natureza e características devam ser considerados como atos definitivos e não repetíveis, ou, ainda, nos casos de obstáculo de difícil superação para a produção de prova na etapa seguinte ao procedimento preparatório (denominada de “procedimiento intermedio”). No entanto, o juiz só poderá assim proceder a pedido das partes, incumbindo-lhe a lei do dever de impedir que se utilize tal permissivo como expediente de instrução sumária

²¹ Ada Pellegrini Grinover admite, contudo, que o juiz criminal tenha iniciativa probatória; que o modelo acusatório do processo penal não interfere com os poderes instrutórios do juiz, e que a separação nítida das funções de acusar, defender e julgar não demandam um juiz inerte e passivo. A esse respeito: GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, in **Rev. Bras. De Ciências Criminais**, ed. RT, São Paulo, julho/setembro de 1999, pp. 71-79.

que desnaturalize o processo acusatório (artigo 317).

Dois dispositivos do código processual penal guatemalteco aparentam causar certa turbacão a seu espírito acusatório: artigos 308 e 326. Veja-se:

Artículo 308. Autorización. Los jueces de primera instancia y donde no los hubiere, los de paz, apoyarán las actividades de investigación de la policía y los fiscales del Ministerio Público cuando éstos lo soliciten, emitiendo, si hubiere lugar a ello, las autorizaciones para las diligencias y medidas de coerción o cautelares que procedan conforme a la ley. Los jueces resolverán inmediatamente y de manera motivada las solicitudes que les sean formuladas.

Para el efecto anterior, los jueces podrán estar presentes en la práctica de estas diligencias si así lo solicita el Ministerio Público y, a petición de éste, dictar las resoluciones que según las circunstancias procedan para garantizar los fines del proceso penal.

Durante la etapa preparatoria los fiscales fundamentarán verbalmente ante el juez el pedido de autorización explicándole los indicios en que se basa. En el mismo acto, a petición del juez mostrarán el registro de las actuaciones de investigación.

Cuando la diligencia haya sido solicitada por la policía por no existir fiscalía en el lugar, ésta deberá informar de ello al Ministerio Público en un plazo máximo de veinticuatro horas. Puesta la persona a disposición del juez, éste deberá informarlo igualmente al Ministerio Público en el mismo plazo.

[...]

Artículo 326. Orden de acusación. Examinadas las actuaciones, si el juez rechaza el sobreseimiento o la clausura del procedimiento pedido por el Ministerio Público ordenará que se plantee la acusación.

La resolución obligará al Ministerio Público a plantear la acusación²².

O artigo 308 preceitua que o juiz controlador do procedimento preparatório deverá “apoiar” as atividades de investigação da polícia ou do Ministério Público, quando este solicitarem, impondo, inclusive, imediatidade às solicitações que lhe

²² Artigo 308. Autorização. Os juízes de primeira instância e, onde não houver, os juízes de paz, apoiarão as atividades de investigação da polícia e dos promotores do Ministério Público quando estes solicitarem, emitindo, se necessário, autorizações para os procedimentos e medidas coercitivas ou cautelares que sejam apropriadas de acordo com a lei. Os juízes devem decidir imediatamente e de forma fundamentada sobre os pedidos que lhes forem feitos.

Para esse fim, os juízes podem estar presentes nesses procedimentos se assim for solicitado pelo Ministério Público e, a pedido deste, emitir as decisões que, de acordo com as circunstâncias, sejam apropriadas para garantir os objetivos dos procedimentos criminais.

Durante a fase preparatória, os promotores justificarão verbalmente o pedido de autorização perante o juiz, explicando as provas nas quais ele se baseia. No mesmo ato, a pedido do juiz, eles mostrarão o registro das ações investigativas.

Quando a investigação tiver sido solicitada pela polícia por não haver promotoria no local, esta deverá informar o Ministério Público em um prazo máximo de vinte e quatro horas. Uma vez que a pessoa tenha sido levada perante o juiz, este também deverá informar o Ministério Público dentro do mesmo prazo.

[...]

Artigo 326. Ordem de acusação. Após examinar os procedimentos, se o juiz se recusar a conceder a suspensão ou o encerramento dos procedimentos solicitados pelo Ministério Público, ele ordenará que a acusação seja apresentada.

A decisão obrigará o Ministério Público a apresentar a acusação. (Tradução livre).

sejam formuladas; poderá, também, o magistrado fazer-se presente à prática da diligência. A exemplo do código de ritos lusitano, permite-se ao juiz a participação na colheita da evidência, o que não nos parece coadunar-se com a separação de funções julgadoras e acusatórias preconizado pelo sistema processual acusatório – ainda que a lei guatemalteca condicione tal participação judicial a requerimento do Ministério Público.

O outro dispositivo trata da conclusão do procedimento preparatório; aqui, se o Acusador verifica, pelos elementos colhidos nessa fase, que há fundamento sólido para submissão do investigado a processo judicial, requererá ao juiz a abertura do “procedimiento intermedio” (artigo 332), formulando a “Acusación” (artigo 332 bis). Do contrário, o Ministério Público poderá requerer o “sobreseimiento” ou a “clausura provisional”. O primeiro é forma definitiva de encerramento do caso, ante a ausência de condições para imposição de uma pena ou de razoável possibilidade de incorporação de provas idôneas para postular a abertura do “procedimiento intermedio” (artigo 328). O segundo trata de um acautelamento dos autos de investigação, por decisão fundamentada, que, embora reconheça a insuficiência de elementos para abertura da fase judicial, especifica as provas que se espera poder incorporar futuramente e, assim, viabilizar a formulação ou da “Acusación”, ou do “sobreseimiento”²³.

O artigo 326 do código de processo penal da Guatemala permite não só que o juiz rechace tanto o pleito de “sobreseimiento” quanto o de “clausura provisional” feito pelo Ministério Público, como também que determine que este órgão formule a “Acusación”. E mais: nessa hipótese, o Ministério Público será obrigado a sustentar a acusação, o que põe em xeque a garantia de independência que o mesmo *códex* lhe conferiu no artigo 8º, mencionado em páginas acima.

Importante ressaltar que o código de ritos penais da Guatemala não prevê expressamente os casos de impedimento e suspeição dos magistrados atuantes

²³ *Artículo 331. Clausura provisional. Si no correspondiere sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura del juicio, se ordenará la clausura del procedimiento, por auto fundado, que deberá mencionar, concretamente, los elementos de prueba que se espera poder incorporar. Cesará toda medida de coerción para el imputado a cuyo respecto se ordena la clausura. Cuando nuevos elementos de prueba tomen viable la reanudación de la persecución penal para arribar a la apertura del juicio o al sobreseimiento, el tribunal, a pedido del Ministerio Público o de otra de las partes, permitirá la reanudación de la investigación.*

no processo; esses casos são arrolados na “Ley del Organismo Judicial” (GUATEMALA, 1989), que em seu artigo 122 e seguintes, prevê hipóteses bem semelhantes às previstas pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015; no entanto, não há previsão de impedimento para que o juiz do procedimento preparatório atue também no procedimento intermediário. Pelo contrário. O código guatemalteco incube os “jueces de primera instancia” tanto do controle jurisdicional da investigação na fase de procedimento preparatório, como para processar e sentenciar no procedimento intermediário – o que pode comprometer severamente a imparcialidade e isenção de tais magistrados.

Isso porque a etapa intermediária, denominada de “procedimiento intermedio” (artigo 332), destina-se à verificação judicial das conclusões a que chegou o Ministério Público ao final do procedimento preparatório, bem como analisar se há ou não fundamento suficiente para submeter o investigado ao “juicio oral”, que é o julgamento do mérito da causa propriamente dito, perante um dos “Tribunales de sentencia”. Logo, se um juiz discorda da conclusão do Ministério Público ao final do procedimento preparatório e ordena que este formule a acusação contra o investigado, parece até despiciendo (ou mesmo contraproducente) que esse mesmo magistrado conduza o procedimento intermediário, eis que terá a tendência de submeter o suspeito de fato delitivo a julgamento no “juicio oral”, em coerência à decisão que ele mesmo tomou momentos antes na persecução criminal.

No mesmo sentido trilhou o Código de Processo Penal do Paraguai de 1998, que albergou o sistema acusatório em sua estrutura jurídica. Com a promulgação da Constituição da República em 20 de junho de 1992, foram sacramentados direitos e garantias fundamentais ao Estado democrático desejado por aquela nação, e a preocupação com o respeito irrestrito de tais direitos ficou consignada desde a exposição de motivos do novo código (PARAGUAY, 2001), sendo reforçada a necessidade de mudança estrutural na persecução penal, conforme se extrai do seguinte excerto:

El se basa, así lo creemos profundamente, en los principios fundamentales de la Constitución de 1992, que establece las nuevas bases de nuestra sociedad política y busca una transformación profunda y estructural de la justicia penal. No hemos seguido el camino de las reformas parciales, de los parches insustanciales o de los meros cambios de palabras; al contrario, proponemos un cambio estructural,

global y profundo, que remueva desde sus cimientos las viejas prácticas del sistema inquisitivo, que hunden sus raíces en el Estado colonial.

A lei paraguaia adotou boa parte da estrutura proposta no Código de Processo Penal Modelo elaborado pelo Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de 1989, e, por consequência, muito semelhante à da Guatemala, prevendo três etapas para a persecução penal: a preparatória, para investigação preliminar por parte do Ministério Público, com auxílio da polícia judiciária; a intermediária, para verificação das conclusões da fase anterior, e análise da “Acusación”, com possibilidade de abertura da fase judicial; e o “juicio oral y público”, que é o julgamento do fato criminoso em si, com apreciação do mérito e fixação da pena em caso de condenação.

O procedimento preparatório é protagonizado pelo Ministério Público, que pode realizar todo tipo de diligência que não dependa de autorização judicial, ou que tenha conteúdo jurisdicional (artigo 316).

A lei atribui aos “jueces penales” a competência para controle nessa fase, qualificando-os também como “juez de garantías” – sendo a primeira codificação a utilizar-se de tal expressão na América Latina.

Outros países que também albergaram o Código Tipo proposto pelo Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal foram o Equador, que aprovou sua legislação adjetiva em 13 de janeiro de 2000 (EQUADOR, 2000); o Chile, que promulgou seu novo Código em 29 de setembro do mesmo ano (CHILE, 2000); e Uruguai, cujo código adjetivo penal foi promulgado em 19 de dezembro de 2014 (URUGUAI, 2014). Portanto, todos estes adotam em sua estrutura a figura de um juiz com atribuições de controle da fase investigatória – protagonizada pelo Ministério Público –, apesar do uso de distinta nomenclatura: “juez de garantías penales”, no Equador (artigo 27); “juez de garantía”, no código chileno: (artigo 69); e “juez letrado de Primera Instancia”, no caso do Uruguai (artigo 25).

A Argentina foi um caso bem peculiar. GRINOVER (2000, p. 951) ressalta que esse país, pátria de Julio Meier (principal artífice da última versão do Código Modelo de Processo Penal), e detentora de promissores antecedentes legislativos (como o Código da Província de Córdoba, contendo princípio acusatório, como acima mencionado), acabou sancionado em 21 de agosto de 1991, por meio da Lei 23.984 (ARGENTINA, 1991), incorporando ao seu texto a velha figura do juiz instrutor, com competência para direta e imediatamente proceder à

investigação de fatos delitivos ocorridos em sua circunscrição (artigo 194). Havia, inclusive, previsão da figura do “juez correccional”, com competência para investigar e julgar, em única instância, os delitos não apenados com prisão e os punidos com até três anos de privação de liberdade (artigo 27).

Somente em 2001 é que as funções investigatórias começam a ser atribuídas privativamente ao Ministério Público argentino, conforme se extrai do artigo 1º da Lei nº 25.409, de 14 de março (ARGENTINA, 2001).

No entanto, somente mais recentemente é que esse país aprovou seu Código Processual Penal Federal, o que se deu por meio da Lei nº 27.063, em 04 de dezembro de 2014, e com posterior renomeação e alterações da Lei nº 27.482, de 2019 (ARGENTINA, 2019), acolhendo o sistema acusatório e a separação clara entre as funções de acusação, defesa, e julgamento, conforme se verifica de seu artigo 2º, que elenca a igualdade entre as partes, oralidade, publicidade, contraditório, concentração, imediatidade, simplicidade, celeridade e desformalização como princípios do processo acusatório dispositivos; e do artigo 9º, que veda ao Ministério Público a prática de atos propriamente e, ao juiz, a realização de atos de investigação ou de qualquer outro que implique impulso da persecução penal.

O rito adotado foi o mesmo proposto pelo Código Tipo do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ou seja: a persecução penal se desenvolve nas fases de investigação preparatória (artigo 195), fase intermédia para viabilidade da acusação (artigo 246), e fase do juízo oral para apreciação do mérito da causa e sentenciamento com fixação da pena devida (artigo 247).

O códex argentino incumbiu os “*Jueces con funciones de garantías*” da competência para controle da investigação criminal, e de todas as decisões jurisdicionais devidas na fase preparatória (artigo 55); estabeleceu também que esses magistrados não podem sentenciar na fase do juízo oral caso tenham atuado nas etapas de investigação preparatória ou de procedimento da acusação (artigo 59, “b”).

Apesar de aprovada a incorporação do procedimento acusatório à persecução penal, a Argentina optou por fazer sua implementação de forma gradual, em conformidade com o cronograma de implementação progressiva estabelecida por uma Comissão Bicameral de Monitoramento e Implementação do Novo Código, que funciona no âmbito do Congresso Nacional, após prévia consulta

com o Ministério de Justiça e Direitos Humanos, e o Conselho da Magistratura. Segundo informações constantes na página eletrônica do Ministério Público Fiscal argentino, a implementação progressiva se dará por etapas nas distintas regiões do país, com início nas províncias de Salta e Jujuy em 10 de junho de 2019, e com o tempo alcançará a todo o território nacional²⁴.

2.3 A PROPOSTA DE CRIAÇÃO NO BRASIL

No caso do Brasil, a promulgação da Constituição cidadã forçou a circulação de novos ares no sistema jurídico brasileiro, e a nova ordem constitucional deu claros sinais de que o Código de Processo Penal vigente já não conseguia alcançar adequadamente todos os princípios e garantias ali estampados.

Era premente a adequação do Código de Ritos Penais aos novos princípios e disposições democráticas preconizados pela Carta Magna de 1988, o que tem sido feito por meio de sucessivas reformas legislativas tendentes à modernização e adequação.

Importante ressaltar que o instituto do juiz de garantias não constou da tentativa de reforma do processo penal de 1963 (encabeçada pelo professor Hélio Tornaghi e entregue ao então Ministro da Justiça João Mangabeira, porém não chegou a ser apresentada ao Poder Legislativo²⁵), nem foi previsto nos textos do Projeto de Lei nº 633/1975²⁶, ou no Projeto de Lei 1655/1983²⁷, ambos da Câmara dos Deputados.

Em realidade, e segundo informa Edilenice Passos (2009, p. 49), em novembro de 2008 havia no Parlamento brasileiro quase duas centenas de projetos de lei de alteração do Código de Processo Penal pátrio. Na Câmara dos Deputados, a mais antiga datava de 1989; no Senado, de 1995.

Um dos primeiros juristas brasileiros a ventilar a criação do instituto do juiz

²⁴ Disponível em: <https://www.mpf.gov.ar/cppf/como-sera-la-implementacion-del-sistema-acusatorio/>. Acesso em: 10 jun. 2023.

²⁵ Segundo Pierangelli (*apud* PASSOS, 2021), “Os acontecimentos que se seguiram à renúncia do Presidente Jânio Quadros e a deposição do Presidente João Goulart, que a aquele sucedera, tornaram a sua aprovação inviável, e, nem mesmo o empenho do Ministro da Justiça Milton Campos, durante o primeiro governo revolucionário do Presidente Humberto Castelo Branco, conseguiu salvá-lo.”

²⁶ Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_A.pdf#page=1. Acesso em: 19 fev. 2023.

²⁷ Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01JUL1983SUP.pdf#page=1>. Acesso em: 21 fev. 2023.

de garantias foi Aury Lopes Junior (2000, p. 50). Em trabalho no qual explora a crise do inquérito policial, e as vantagens e inconvenientes dos sistemas de investigação preliminar no processo penal, ele ressalta a importância da existência da investigação preliminar na persecução penal, como forma de salvaguarda à sociedade (garantia de que fatos ilícitos serão imediatamente investigados) e de se evitar acusações infundadas contra cidadãos.

Classificando os sistemas de investigação preliminar quanto ao órgão encarregado de condução, ele consigna que, por se tratar de atividade estatal, a investigação poderá ser realizada pela polícia judiciária, por um “juiz instrutor”, ou por um promotor investigador.

No primeiro caso, defende que há muitos inconvenientes para a investigação ser conduzida pela polícia judiciária, tais como a “discricionariedade de fato”, que ocasiona uma seletividade das condutas “dignas” de investigação; contaminação política da polícia por meio de mandos e desmandos de quem ocupa o governo, o que pode tornar o órgão um verdadeiro instrumento de perseguição de adversários, ou, pior, obstacularizar investigações midiáticas que possam causar significativo impacto à imagem do mandatário do momento; essa influenciabilidade da polícia, segundo entende Aury Lopes, é aguçada com o baixo nível cultural e econômico dos seus agentes, o que os faz mais suscetíveis de pressão por parte de camadas sociais mais elevadas.

De igual forma, a investigação preliminar conduzida por um magistrado (um “juiz instrutor”) também apresenta graves inconvenientes, iniciando com o fato de que o sujeito que decide pela conveniência na realização do ato de investigação é o mesmo que decidirá sobre a legalidade da própria investigação. Demonstra preocupação com o investigado, pois, se o juiz é o investigador, quem será o garante dos direitos daquele?

Nessa mesma esteira, tem-se o seguinte registro da exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.895²⁸, de 1995, da Câmara dos Deputados (um dos produtos dos trabalhos da Comissão capitaneada pelo presidente da Escola Nacional da Magistratura, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira), já demonstrando,

²⁸ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1136851&filename=Dossie-PL%204895/1995. Acesso em: 15 jun. 2023. Esse projeto de lei, de autoria do Poder Executivo, acabou tempos depois arquivado, em razão de solicitação de retirada formulado pelo próprio autor.

ainda na década de 1990, a preocupação legislativa com a ideia de que o juiz preserva sua imparcialidade quanto mais se mantém afastado da investigação preliminar:

[...] o fato evidente é que não há lugar para o chamado “juízo de instrução”. Com efeito, a Constituição Federal, ao conferir ao Ministério Público a exclusividade de iniciativa da ação penal e a tarefa de realizar o controle externo das atividades policiais, parece indicar a sua inadequação à realidade brasileira.

Mantendo o inquérito policial, o projeto cuida de alterá-lo, com dois pontos a serem destacados. O primeiro é a introdução da atuação sumária de características mais “leves” e destinada a substituir o inquérito policial nas infrações penais de menos gravidade [...]. O outro é a maior carga de responsabilidade conferida ao Ministério Público, refletindo as já mencionadas disposições constitucionais, o que permita um melhor direcionamento das investigações policiais aos objetivos da denúncia. Tal concepção permitirá, igualmente, assegurar uma neutralidade ao juiz, uma vez que a sua intervenção ocorrerá fundamentalmente nos casos de aplicação de medidas cautelares. [...]

(Grifo nosso)

Prossegue Lopes Júnior sustentando que a tendência dos ordenamentos jurídicos modernos (conforme se viu na Europa e América Latina) é outorgar a direção da investigação preliminar ao próprio Ministério Público, que é o destinatário-final dos elementos informativos colhidos nessa fase. Como é esse órgão que delibera se há elementos mínimos suficientes para formular acusação contra alguém em juízo, nada mais lógico que ele mesmo conduza essa atividade preparatória de sua própria atuação pré-processual.

Nesse caso, haverá necessidade de intervenção judicial apenas para a realização dos atos investigativos e medidas que possam limitar ou violar direitos fundamentais. Aury Lopes defende, então, a existência desse magistrado para atuar não como investigador, mas sim como controlador da legalidade dos atos investigatórios levados a cabo pelo Promotor. Talvez inspirado no *giudice per le indagine preliminari* do ordenamento jurídico italiano, denominou esse magistrado de “juiz garante da instrução preliminar” ou “juiz de garantias”.

Assim, e segundo defendido por Aury Lopes, o “juiz de garantias” não teria protagonismo probatório; atuaria por provocação de qualquer das partes, controlando a legalidade da investigação preliminar, até o momento chamado intermediário, quando então faria um juízo de pré-admissibilidade da acusação, para, só então, passar-se à fase processual da persecução penal, a cargo de outro magistrado. O supracitado jurista entende que essa atuação na fase investigatória

compromete a imparcialidade do “juiz de garantias”, em razão de ter “instruído” o feito e decidido os incidentes da instrução preliminar, motivo pelo qual deve ser aliado do julgamento do caso.

O posicionamento de Aury Lopes começou a ser propalado no meio jurídico nacional em um nível tal que aparenta ter influenciado os trabalhos legislativos para elaboração de um novo Código de Processo Penal para o país.

Com efeito, e a requerimento do Senador Renato Casagrande (PSB-ES), foi formada em 2008 pelo Senado Federal uma comissão de juristas (BRASIL, 2008a) coordenada por Hamilton Carvalhido, e relatada por Eugênio Pacelli de Oliveira, encarregada de propor um anteprojeto para reformar o código de processo. Findos os trabalhos, o anteprojeto foi apresentado (BRASIL, 2009) com a previsão de criação do instituto do “juiz das garantias”, conforme seu artigo 15: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada a autorização prévia do poder judiciário (...)”.

A Exposição de Motivos do anteprojeto atestou ter adotado uma perspectiva garantista do processo penal, e ter se norteado pelo princípio acusatório, o qual, além de explicitado no corpo da proposta (artigo 4º), teve seus contornos mínimos definidos pelo seguinte: 1) vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação; e 2) máxima preservação do distanciamento do julgador em relação aos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes.

Como justificativa, sustentou-se que o Ministério Público mereceu tratamento constitucional quase equiparável à magistratura, notadamente em relação às garantias institucionais (inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade vencimental), o que tira a razão para admissão de qualquer atuação substitutiva do órgão de acusação pelo juiz do processo. Além disso, não se optou pelo chamado “juiz inerte”, pois, uma vez provocada a jurisdição, o magistrado poderá adotar, de ofício, medidas acautelatórias, quando destinadas a tutelar o regular exercício da função jurisdicional – o que, segundo o anteprojeto, já ocorre em países de “maior afinidade processual com o Brasil”, nomeadamente Portugal, Itália, Espanha e Alemanha, onde já foi adotado o modelo processual acusatório e inexistente a figura do “juiz inerte”.

Nesse ponto é importante ressaltar que, como já explanado em páginas

acima, o processo penal alemão permite ao juiz certo protagonismo probatório, inclusive uma sensível substituição do órgão acusatório em caso de ausência eventual deste. O processo penal italiano vai além, e permite que o juiz que discordar da promoção de arquivamento do Ministério Público pode determinar um rol de investigações que este órgão deverá proceder; e caso o *Parquet* ainda insista no arquivamento, o juiz poderá discordar, e conceder prazo para que a acusação seja formulada perante o Judiciário. Ou seja, trata-se de legislação estrangeira que não funciona puramente segundo o sistema acusatório propugnado na exposição de motivos.

Felizmente, o anteprojeto apresentado ao Senado resolveu “reparar” esse excesso acusatório permitido no sistema italiano, quanto ao arquivamento da investigação preliminar. A comissão de juristas optou por retirar do controle judicial o arquivamento do inquérito policial, o que passa a ser realizado no âmbito exclusivo do Ministério Público, atribuindo-se à vítima legitimidade para o questionamento acerca da correção do arquivamento. Assim, não se admite que o juiz assinale prazo para o Ministério Público realize novas diligências, ou obrigue-o a formalizar uma acusação – o que, no entender do anteprojeto, reconduz o juiz à sua independência, e evita atritos institucionais via possível exercício de juízo de superioridade hierárquica do Ministério Público sobre o magistrado.

O anteprojeto deliberadamente assume o risco de comprometer a eficiência investigatória em nome da defesa de um valor maior: a efetiva tutela das liberdades individuais. Veja-se:

Esclareça-se que as cláusulas de reserva de jurisdição previstas na Constituição da República, a demandar ordem judicial para a expedição de mandado de prisão, para a interceptação telefônica ou para o afastamento da inviolabilidade do domicílio, não se posicionam ao lado da preservação da eficiência investigatória. Quando se defere ao juiz o poder para a autorização de semelhantes procedimentos, o que se pretende é tutelar as liberdades individuais e não a qualidade da investigação.

Assim, a comissão de juristas encarregada da compilação do texto do anteprojeto entendeu como necessária para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório a instituição da figura do juiz de garantias, preferindo, todavia, nomeá-la de “juiz *das* garantias”. Conforme o artigo 17, ficou consignado expressamente como causa de impedimento do juiz das garantias para

funcionar no processo de mérito.

As estratégias adotadas para esse desiderato foram a otimização da atuação jurisdicional por meio de especialização na matéria a ser tratada pelos juízes, e a manutenção de distanciamento do juiz do processo (responsável pela decisão de mérito) em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão acusatório.

A competência desse magistrado ficou estabelecida no rol exemplificativo do artigo 15, do qual destacamos as seguintes: recebimento da comunicação imediata da prisão, e do auto da prisão em flagrante; zelo pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar, ou de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis.

O anteprojeto, todavia, não adotou inteiramente a ideia proposta por Lopes Junior (2000, p. 59); enquanto este defende que o juiz das garantias atue até o recebimento da denúncia, o anteprojeto definiu que a competência de referido magistrado se encerra com a propositura da ação penal, ficando as questões pendentes de decisão a cargo do juiz do processo. Essa disposição não parece se coadunar com o consignado na exposição de motivos, conforme comentado linhas acima, sobre a preocupação com a manutenção de distanciamento do juiz do processo – responsável pela decisão de mérito – em relação aos elementos de convicção dirigidos ao órgão acusatório. É óbvio que, se a propositura da ação penal afasta a competência do juiz das garantias, o magistrado que deverá decidir pela admissibilidade ou não da ação penal necessitará ter contato com os elementos de convicção colhidos durante a instrução preliminar (e juntados na denúncia), o que pode contaminar a tão desejada imparcialidade, conforme propugnado na exposição de motivos.

Após passar pelo trâmite legislativo, o anteprojeto sofreu modificações e foi aprovado pelo Senado Federal (Projeto de Lei do Senado – PLS nº 156/2009²⁹) em sessão plenária de 07 de dezembro de 2010, e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde recebeu a denominação de PL 8045/2010.

Esse projeto aprovado pelo Senado Federal (PLS 156/2010) sofreu várias

²⁹ Projeto de Lei disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL%208045/2010. Acesso em: 19 fev. 2023.

alterações dessa Casa legislativa, das quais, para os fins propostos neste trabalho, destacamos a seguinte: retirada do poder de gerenciamento do Ministério Público em relação ao inquérito policial.

Com efeito, assim como um pai que subtrai um brinquedo com o qual seu filho se entretia, o Senado resolveu “distanciar” a Instituição Ministerial do comando do inquérito policial, relegando sua atuação, muitas vezes, a atos postulatorios perante o Poder Judiciário. Isso fica muito claro quando se verifica o tema do Arquivamento das investigações preliminares: o Senado não albergou a ideia segundo a qual o arquivamento do inquérito policial seja de atribuição exclusiva do Ministério Público, e conferiu essa tarefa ao juiz das garantias, permitindo-lhe, também – e à semelhança do sistema italiano –, rebelar-se contra a promoção de arquivamento. Para isso, utilizou-se do texto original do artigo 28 do Código de Ritos Penais editado na Ditadura de Getúlio Vargas (década de 1940), prevendo remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça com a finalidade de formulação da acusação, ou insistência no arquivamento.

Essa postura legislativa, em última instância, demonstra desconfiança na capacidade de gestão do inquérito policial por parte do Ministério Público (instituição indigna de fé até no momento em que requer o arquivamento das investigações, impondo-se a atuação do Poder Judiciário nesse tocante – inclusive à revelia da própria vítima), bem como a dificuldade que existe em apartar o sistema processual penal brasileiro dos traços inquisitivos que o marcaram ao longo dos últimos séculos.

Assim, praticamente restou mantida a estrutura já preconizada no Código de Processo Penal de 1941 em relação a esse tema, em que o magistrado tem poder de impedir o arquivamento de uma investigação, inclusive de instar o Ministério Público a formular acusação contra o investigado no bojo dos autos – com a diferença que esse juiz de traços inquisitoriais não poderá mais julgar o caso que ele mesmo obstou encerramento, e estimulou a acusação.

Como já assinalado, após aprovação do Projeto de Lei do Senado – PLS nº 156/2009), houve o encaminhamento à Câmara dos Deputados, onde recebeu a denominação de PL 8045/2010, e ainda tramita até os dias atuais (há mais de uma década, portanto), não obstante já possuir um longo histórico de atividades legislativas em sua discussão. A agilidade de tramitação da proposta de novo Código de Processo Penal perante o Senado Federal não se repetiu perante a

Câmara dos Deputados.

Como se vê, a criação do instituto do juiz de garantias ficou por anos dormitando com o projeto de novo Código de Processo Penal naquela Casa Legislativa, sem muita vontade política pela sua aprovação, aguardando uma oportunidade ou evento com repercussão suficiente que pudesse embalar o retorno do debate dessa temática.

A interferência do movimento social na seara juspolítica será objeto de análise no próximo tópico.

2.4 CORRUPÇÃO, PROTESTOS, OPERAÇÃO LAVA JATO: A IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NO BRASIL

O Brasil passou a assistir a uma série de eventos populares em protesto ao governo, dos quais se destacam as Manifestações de Junho de 2013, que, principiando pela cidade de São Paulo contra um aumento na tarifa de transporte público, acabaram se alastrando por todo o país como revelação geral de insatisfação da população com a classe política, corrupção e problemas sistemáticos na educação e saúde³⁰.

A história mostra que o Brasil se viu imerso em vários escândalos de corrupção no início do século XXI, com episódios de grande impacto nacional e graves repercussões políticas e econômicas, tais como o conhecido por “Mensalão”, denunciado em 2004 – esquema de pagamento mensal realizado pelo Partido dos Trabalhadores a deputados em troca de apoio pela aprovação de projetos de interesse do partido na Câmara dos Deputados; e o conhecido por “Petrolão” – um esquema de corrupção na Petrobras (a maior empresa estatal do país), envolvendo bilhões de reais, ocorrido durante o governo de Luís Inácio Lula da Silva e Dilma Roussef, ambos do Partido dos Trabalhadores, que envolvia cobrança de propina das empreiteiras, lavagem de dinheiro, evasão de divi-

³⁰ Daniel Mello (2023) aponta uma piora nas condições gerais de vida nas grandes cidades nesse período. Dificuldades no acesso a transporte, educação e habitação entremostravam a falência institucional do Estado brasileiro em fazer frente às demandas da população, o que era perceptível com o aumento da contratação de planos privados de saúde, aumento significativo de movimentos grevistas, e dos preços de aluguéis residenciais. Havia angústia ao se observar os elevados gastos do governo com obras em estádios e outros empreendimentos exclusivamente para atender eventos esportivos da época (no caso, a Copa do Mundo de Futebol de 2014, e os Jogos Olímpicos de 2016).

sas e superfaturamentos de obras contratadas para abastecer os cofres de partidos, funcionários da estatal e políticos (GHANI, 2016).

O Petrolão foi desvendado em uma operação de investigação no âmbito do Ministério Público Federal, denominada “Lava Jato”. Segundo informações do sítio eletrônico desse Órgão Ministerial da União (BRASIL, [201-?]), essa operação principiou no mês de março de 2014, na Justiça Federal em Curitiba/PR, e apontou irregularidades na Petrobras e contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3. Na primeira instância, o magistrado encarregado do caso foi o ex-juiz federal Sérgio Moro.

Em razão da complexidade da investigação, foram abertas novas frentes de apuração nos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, e Distrito Federal, bem como instaurados inquéritos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, para apurar fatos atribuídos a pessoas com prerrogativa de função.

Segundo dados do próprio Ministério Público Federal, houve 553 pessoas denunciadas, 163 prisões temporárias, 132 prisões preventivas, 1.450 buscas e apreensões, 723 pedidos de cooperação internacional, R\$ 4,3 bilhões devolvidos aos cofres públicos (Petrobrás e à União), e R\$ 111,5 milhões em renúncias voluntárias de réus (BRASIL, [201-?]).

Os primeiros resultados da operação foram a prisão de 28 pessoas, dentre as quais quatro doleiros, seguida da prisão do ex-diretor de abastecimento da Petrobrás, Paulo Roberto Costa³¹. Posteriormente, também foram presos outros três ex-diretores da estatal: Renato Duque (Serviços), Nestor Cerveró (Internacional), e Jorge Zelada (Internacional) (ROCHA, 2015).

À medida que a operação avançava, descobriam-se o envolvimento de políticos e altas autoridades no esquema de corrupção, chegando alguns, inclusive, a serem presos, a exemplo do Senador Delcídio do Amaral (PT), o presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha (PMDB), e o ex-governador do Rio de Janeiro, Luiz Fernando Pezão. O desgaste político foi de maiores proporções ao Partido dos Trabalhadores, não só porque a maioria dos agentes políticos envolvidos no esquema tinha vínculos com a legenda, mas também porque o Poder Judiciário acabou decretando a prisão de um ex-presidente da

³¹ Costa foi indiciado por ter recebido um automóvel de presente do doleiro Alberto Youssef. Em sua residência foram apreendidos R\$ 700.000 e US\$ 200.000 em espécie (BORGES; NAVARRO, 2014).

República eleito por tal entidade partidária, algo que nunca havia ocorrido na história do país.

É verdade também que a Operação Lava Jato foi duramente criticada por muitos, que lhe impingiam uma série de vícios, tais como: desrespeito à presunção de inocência, ao direito de defesa, à garantia da imparcialidade da jurisdição e ao princípio do juiz natural, o desvirtuamento do uso da prisão provisória, o vazamento seletivo de documentos e informações sigilosas, a sonegação de documentos às defesas dos acusados, a execução pública dos réus e o desrespeito às prerrogativas da advocacia.

Em uma carta subscrita por uma centena de juristas (dentre os quais Aury Lopes Jr., Celso Antônio Bandeira de Mello, Cezar Roberto Bitencourt, Fernando da Costa Tourinho Neto, Gustavo Badaró e Lenio Luiz Streck)³², diz-se que o país vivia uma espécie de “inquisição (ou neoinquisição), na qual já se sabia, antes mesmo de começarem os processos, qual seriam seu resultado, servindo as etapas processuais entre a denúncia e a sentença apenas para cumprir ‘indesejáveis’ formalidades” (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2016); também é rechaçado o uso indiscriminado da prisão preventiva, como instrumento para forçar delações premiadas, e a imparcialidade do juiz do processo, Sérgio Moro, a quem reputam atuar de maneira mais acusatória que a própria Acusação. A carta também arroja críticas à imprensa, em razão da pressão feita ao Poder Judiciário, e dos “massacres midiáticos” a que foram submetidos os acusados, com os objetivos “espúrios” de incutir na coletividade a crença de que os acusados são culpados.

Os advogados Edward Rocha de Carvalho e Roberto Talhada, encarregados da defesa da empreiteira OAS, sustentaram em alegações finais nos autos do processo-crime nº 5083376-05.2014.404.7000, que tramitou na 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba/PR, que o juiz encarregado do caso, Sérgio Moro, não apresentava mais a parcialidade necessária para julgar, e atuou “o tempo todo como adversário da defesa”; ressaltaram que o juiz pré-julgou o caso em diversas oportunidades, inclusive em artigo publicado em jornal

³² Segundo a Revista Consultor Jurídico (2016), um dos advogados apontados como signatário do documento é o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp. Porém, ele diz que não deu aval para inclusão de seu nome e que ninguém o procurou para tratar da adesão. Dipp havia feito um parecer meses antes criticando pontos específicos da “lava jato” e crê que isso motivou os formuladores da carta a incluir seu nome.

de grande circulação (MORO, 2015); que, durante as audiências, o magistrado fez 2.297 perguntas, enquanto os procuradores fizeram 953 (nas alegações finais, a Acusação usou 170 perguntas do juiz, e 106 do Ministério Público Federal); que houve desmerecimento do depoimento das testemunhas de defesa, tidos como “longos e cansativos” pelo juiz – o que, no entender dos retrocitados causídicos, seria um “sintoma da falta de isenção que deve ter um magistrado na condução de um processo” (GALLI, 2015).

As críticas à Operação Lava Jato se recrudesceram em junho de 2019 com o episódio de vazamento de mensagens do aplicativo *Telegram* (obtidas de fonte anônima) supostamente contendo conversas entre procuradores da operação e o juiz Sérgio Moro, no qual este último supostamente cedia informações privilegiadas à acusação, orientava o Ministério Público a construir casos, sugerindo inclusive modificações nas fases da Lava Jato, e cobrando agilidade em novas operações (JIMÉNEZ et al, 2019).

Uma matéria divulgada na página de notícias do UOL (2019) menciona que as mensagens vazadas revelavam íntimo entrosamento entre acusador e julgador, a ponto de haver ajuste prévio sobre inversão de ordem de duas fases da Lava Jato, além de combinação quanto ao vazamento intencional do áudio de uma conversa mantida entre Luis Inácio Lula da Silva e a então Presidente da República Dilma Roussef, no qual esta sinalizava a intenção de nomeá-lo como Ministro Chefe da Casa Civil – o que lhe concederia foro por prerrogativa de função, e poderia acarretar mudança na competência das investigações contra Lula, e a remessa dos autos da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR ao Supremo Tribunal Federal.

Desde então, as críticas à atuação de Sérgio Moro na condução do processo só se tornaram mais agudas, apesar do magistrado alegar que não visualizava “nenhuma ilegalidade” nas conversações vazadas.

De qualquer forma, esse desgaste da esquerda política nacional, aliada aos crescentes índices de violência registrados no país (ACAYABA et al., 2019), viabilizou a candidatura e eleição de Jair Bolsonaro à Presidência da República no ano de 2018 – um militar reformado que apresentava discurso radical na área da segurança pública e defendia temas polêmicos, tais como a redução da maioria penal de 18 para 16 anos, o aumento do encarceramento, e instituição de excludente de ilicitude em favor de policiais que eventualmente cometessem

homicídio em serviço (BENITES, 2018).

Sagrando-se vencedor na disputa pelo Palácio do Planalto, Jair Bolsonaro nomeou como seu Ministro da Justiça e Segurança Pública o então juiz federal Sérgio Moro – conhecido nacional e internacionalmente pela atuação de processamento e julgamento dos investigados na Operação Lava Jato, que culminou, inclusive, com a prisão do ex-presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva – algo inédito na história do país.

Esse Ministro da Justiça deixou patente já em seu discurso de posse em janeiro de 2019 que recebeu como “missão prioritária” do Presidente da República recém-eleito o “fim da impunidade da grande corrupção, o combate ao crime organizado e a redução dos crimes violentos” (GAÚCHA ZERO HORA, 2019).

Assim, tratou de apresentar um pacote legislativo “anticrime”, com a finalidade de endurecer a repressão criminal em relação à criminalidade considerada mais grave.

O “Pacote Anticrime” era composto de três projetos de lei apresentados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública ao Presidente da Câmara dos Deputados em 19 de fevereiro de 2019 (BITTAR, 2019).

O primeiro projeto recebeu a designação PL 881/2019, que propõe alterar o Código Eleitoral (Lei Federal nº 4.737, de 15 de julho de 1965), para criminalizar o uso de caixa dois em eleições³³.

O segundo projeto é proposta de Lei Complementar – recebeu a designação PLP 38/2019 –, e sugere modificações no Código de Processo Penal de 1941 e no Código Eleitoral com o fim de alterar regra de competência para julgamento de crimes comuns conexos aos crimes eleitorais.

Por fim, o terceiro projeto (o maior e mais ambicioso) recebeu a designação PL 882/2019 e intencionou alterar uma série de diplomas legais, tais como o Código Penal, o Código de Processo Penal, o Código Eleitoral, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), o Estatuto do Desarmamento (Lei nº

³³ Segundo voto do Ministro Luiz Fux na Ação Penal nº 470 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013), a expressão “caixa dois” é compreendida no jargão político como a “prática de manutenção ou movimentação de recursos financeiros não escriturados ou falsamente escriturados na contabilidade de pessoas jurídicas as mais diversas, como associações, fundações, sociedade comerciais e partidos políticos”.

10.826, de 22 de dezembro de 2003), e a Lei sobre Organizações Criminosas (Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013).

Esse projeto apresentou como principais propostas as seguintes: ampliação do âmbito de incidência da excludente de ilicitude da legítima defesa; possibilidade de prisão de réus após condenação em segunda instância; elevação de penas em crimes envolvendo emprego de arma de fogo; vedação de livramento condicional para integrantes de facções criminosas; e mudança das regras para o confisco de produto do crime, permitindo o uso do bem apreendido pelos órgãos de segurança pública. Havia, ainda, a proposta do *plea bargain* – o acordo de não persecução penal, em que o Ministério Público pode propor acordo, antes do recebimento da denúncia, quando o acusado confessar crime com pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça.

A proposta mais polêmica era quanto à expressa previsão legal de prisão após condenação em segunda instância. Sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal apresentava entendimento vacilante e pendular, conforme mudava a composição da Corte. CAPEZ (2023) ressalta que, até fevereiro de 2009, o entendimento era de que a execução provisória da pena era constitucional.

Após o julgamento do Habeas Corpus nº 84.078, de relatoria do ministro Eros Grau, entendeu-se, por sete votos a quatro, que nosso ordenamento jurídico não era compatível com a execução provisória, de maneira que, para se executar a sanção penal, dever-se-ia aguardar o esgotamento de todos os recursos disponíveis³⁴.

Essa tese foi mantida até o dia 17 de fevereiro de 2016, data de julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, de relatoria do ministro Teori Zavascki. Referido Ministro consignou em seu voto (BRASIL, 2016, p. 10):

“(...) tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”.

Com a mesma votação de 2009 (sete votos a quatro), e sob o argumento

³⁴ Não obstante a mudança de entendimento, a decretação de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória ainda era possível, desde que presentes os requisitos legais para a aplicação de prisão preventiva.

de que os recursos excepcionais dirigidos às Cortes Superiores não possuem efeito suspensivo³⁵, o Pretório Excelso retornou para o entendimento firmado antes de 2009 acerca da possibilidade de execução provisória da pena.

No entanto, em 07 de novembro de 2019 houve nova guinada interpretativa, por ocasião do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, de relatoria do ministro Marco Aurélio, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal retornou à interpretação de 2009, no sentido de que o cumprimento da pena somente pode principiar com o exaurimento de todas as vias recursais à disposição do condenado. Ou seja: dentro de apenas uma década, a maior Corte do país oscilou de entendimento, por duas vezes, acerca da questão da execução da pena após condenação em segunda instância, mesmo sem haver qualquer modificação dos textos normativos (constitucionais e infraconstitucionais) utilizados como base para a construção interpretativa.

Assim, apesar de apresentar soluções jurídicas bastante polêmicas, o Projeto de Lei nº 882/2019 da Câmara dos Deputados nada mencionou sobre a figura do juiz de garantias, a adoção do sistema processual acusatório, ou mesmo sobre a prevenção como causa de impedimento do juiz que atue na fase pré-processual da persecução penal.

Essa omissão aparentemente proposital quanto a esses temas parece não ter sido vista com bons olhos pelo Parlamento; houve apensamento da proposta ao Projeto de Lei nº 10.372/2018 (oriundo dos trabalhos de uma comissão de juristas coordenada pelo Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal), que também não previa a criação do juiz das garantias.

Na discussão em Sessão deliberativa extraordinária do dia 04 de dezembro de 2019, foi apresentado em Plenário pelo relator, Deputado Lafayette de Andrada (Republicanos/MG), texto substitutivo que aglutinaria as ideias contidas em ambas as propostas, e acrescentava outras decorrentes de debates levados a efeito em Grupo de Trabalho especialmente constituído para elaborar uma harmonização entre as propostas.

Foi exatamente nesse ponto o nascimento do instituto do juiz das garantias no processo legislativo.

³⁵ Essa, inclusive, é a previsão do artigo 637 do Código de Processo Penal vigente: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

Na mesma sessão, foi aprovado o requerimento de urgência na tramitação do projeto de lei nº 10.372/2018, bem como o texto substitutivo apresentado pelo deputado relator. A matéria seguiu ao Senado Federal, por meio do Ofício nº 1.471/19/SGM-P, datado de 10 de dezembro de 2019.

Em questão de dois dias, o Senado aprova requerimento de urgência na tramitação, delibera pela aprovação da matéria, e a encaminha para sanção por parte da Presidência da República.

O Chefe do Poder Executivo sancionou o projeto em 24 de dezembro de 2019, que se transformou na Lei Federal nº 13.964 (também conhecida como “Pacote anticrime” ou “Lei anticrime”), porém com a imposição de 25 vetos. No entanto, ele ignorou a maior parte das 38 sugestões de vetos apresentadas pela Casa Civil, pelo Ministério da Justiça e pela Advocacia Geral da União, inclusive a de vetar dispositivo que criava a figura do juiz das garantias, a que Sérgio Moro se opunha (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2019).

Talvez essa divergência tenha sido motivada pela crise que se instaurou entre Jair Bolsonaro e Sérgio Moro a partir de agosto de 2019. Noticiou-se que o Presidente da República estaria preocupado com um inquérito pendente de conclusão na Polícia Federal do Rio de Janeiro, envolvendo seu filho, o senador Flávio Bolsonaro (PSL-RJ), por suposta lavagem de dinheiro com imóveis após esquema de “rachadinha” de salários de assessores na Assembleia Legislativa do Estado. Por isso, intentava manipular a mudança da Superintendência Regional do Rio de Janeiro da corporação policial, porém acabou enfrentando resistência de seu próprio Ministro da Justiça. A crise culminou com um pedido de demissão de Sérgio Moro, em abril de 2020 (MILITÃO, 2020).

Dos 25 vetos impostos pelo Palácio do Planalto, o Congresso resolveu derrubar 16, dos quais um tratava sobre juiz das garantias: foi mantida a vedação desse magistrado de realizar audiência de custódia por videoconferência.

Assim, a figura do juiz de garantias finalmente foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, possuindo competência conforme a previsão do artigo 3º da lei recém sancionada, que incluía o artigo 3º-B na Lei Adjetiva Penal:

‘Art. 3º-B. O juiz das garantias é 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, competindo-lhe especialmente:

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do

inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

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;

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI - decidir sobre os requerimentos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

O novel diploma legal acabou adotando inteiramente a ideia proposta por Lopes Junior (2000, p. 59), que defende que o juiz das garantias atue até o recebimento da denúncia, findando aí sua competência, ficando as questões pendentes de decisão a cargo do juiz da instrução e julgamento (novo artigo 3º-C, do Código de Processo Penal). Nesse ponto, houve uma preocupação com a

manutenção de distanciamento do juiz do processo – responsável pela decisão de mérito – em relação aos elementos de convicção dirigidos ao órgão acusatório (o que não aconteceu com o projeto de novo Código de Processo Penal aprovado pelo Senado em 2009).

No entanto, a novidade legislativa acolheu algumas propostas do projeto de novo *codex* adjetivo criminal repesado na Câmara dos Deputados, tais como: a mudança do rito de arquivamento do inquérito policial, passando a atribuí-lo exclusivamente ao Ministério Público, garantindo-se à vítima a possibilidade de questionamento da decisão de arquivamento perante a instância de revisão ministerial (artigo 28 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela “Lei anticrime”); e previsão de impedimento de julgar o mérito da causa ao magistrado que tiver funcionado como juiz das garantias (artigo 3º-D).

Assim, e salvo no caso de crimes de menor potencial ofensivo, o controle judicial da persecução penal foi cindida entre dois magistrados, um que atuará na fase de investigação (seja a deflagração por meio do flagrante, por meio de *notitia criminis* ou por requisição da autoridade competente), e outro, necessariamente diverso do primeiro, que atuará na fase de julgamento do mérito. Era eliminado, portanto, o critério da prevenção na definição do juízo competente para conhecer e julgar a causa.

Por fim, a lei atestou a adoção da estrutura processual acusatória, “vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (artigo 3º-A). Ao que parece, o legislador quis deixar patente o caráter acusatório do sistema processual penal brasileiro, criando um instituto que viabiliza (ou, no mínimo, marca claramente a mudança de paradigma) uma clara separação das funções de investigar, acusar e julgar, de forma a evitar que o responsável pela decisão do caso tivesse contato prévio com elementos probatórios produzidos sem o crivo do contraditório.

A inovação legislativa, certamente – e como qualquer outra criação humana –, não é perfeita. Apresenta um ponto de curva que não aparenta grandes relevâncias, mas que, no entanto, pode ocasionar consequências gravíssimas ao sistema processual brasileiro. É que, ao estabelecer que o juiz das garantias fica impedido de atuar futuramente no julgamento da causa, a lei acaba por discriminar as hipóteses de impedimento do julgador entre a seara cível e a criminal.

Mauro Andrade (2020, p. 148) bem demonstra essa problemática:

Ao passo que o juiz cível pode analisar qualquer medida cautelar antes do ajuizamento da ação principal, ou mesmo antever questões ligadas ao mérito nas antecipações de tutela, nada disso foi suficiente para o Congresso Nacional determinar seu impedimento de atuar naquela ação principal. E, para não deixar passar, lembremos que estamos, aqui, tratando da imparcialidade do juiz, que é igual nas esferas cível e criminal. Eventuais diferenciações nessas duas esferas processuais afetam a figura do réu, mais bem protegido no processo penal, se comparado ao réu do processo civil. O diferencial está no trato e cuidados com o sujeito passivo da relação processual penal, e não, com o perfil do juiz, que obrigatoriamente deve ser o mesmo em ambas as searas, sob pena de ser considerado parcial e, portanto, um não juiz. Em síntese, ninguém menos que o Congresso Nacional conseguiu a proeza de criar dois conceitos de imparcialidade para um mesmo magistrado, que variariam segundo a matéria a ser tratada no processo.

A questão da imparcialidade e não contaminação do julgador é de suma importância não apenas no juízo penal, mas também no cível.

De fato, se o legislador ordinário entende que o contato prévio do juiz com elementos informativos sobre o fato contamina sua parcialidade a ponto de precisar afastá-lo do julgamento da causa criminal, por que esse mesmo argumento não se aplicaria ao processo civil, em que há possibilidade de o juiz conceder medida liminar de antecipação de tutela, e, depois, continuar com a competência para o julgamento da causa principal, pelo critério da prevenção?

Portanto, nesse ponto, o legislador brasileiro deveria guardar a coerência e se decidir sobre a temática, fazendo adequações em conformidade com esse raciocínio. Se a causa de impedimento é realmente pertinente, que seja replicada no processo civil. Do contrário, não há razão para que subsista no processo penal, salvo para causar dificuldades maiores ao Poder Judiciário, que já se viu contemplado com a difícil missão de implantação do instituto do juiz das garantias no prazo de *vacatio legis* da Lei nº 13.964/2019 (de apenas 30 dias).

No próximo capítulo, abordaremos a evolução dos movimentos políticos e sociais de fortalecimento dos direitos das mulheres, e da formação dos instrumentos jurídicos de contenção e prevenção da violência doméstica e familiar.

3 DISCIPLINA JURÍDICA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

O presente capítulo ocupa-se em examinar sob qual aspecto a apuração de delitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher poderá ser impactada com a instituição da figura do juiz das garantias por meio da Lei Federal nº 13.964/2019.

Como já afirmado nesse trabalho, as questões de gênero ocupam um cenário de destaque nos debates, apresentando complexidades que vão muito além do campo jurídico em virtude de a temática também ser objeto de estudo de outras áreas do conhecimento, como a sociologia, psicologia, antropologia, etc.

Tais áreas do saber também contribuem na formação da legislação, apresentando, portanto, reflexos na seara jurídica, e, no caso específico, na elaboração e aprovação da Lei Federal nº 11.340/2006, que ficou conhecida como “Lei Maria da Penha”.

Esse diploma legal foi um importante instrumento jurídico editado em âmbito nacional com a finalidade precípua de evitar e combater um tipo específico de violência contra a mulher: a violência doméstica e familiar.

Nos próximos tópicos serão explanados os avanços do movimento feminista pela igualdade de direitos e luta contra discriminação da mulher, os instrumentos internacionais confeccionados como base para essa frente de atuação; a cunhagem da expressão de “gênero” e sua introdução nos discursos pró-mulher, e o caso paradigma que ensejou a instituição de uma lei específica de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar no Brasil.

3.1 MOVIMENTO FEMINISTA E AS REIVINDICAÇÕES PELOS DIREITOS DAS MULHERES

Na história da humanidade se vê de forma clara que as mulheres usualmente foram tidas como mais vulneráveis que os homens (“sexo frágil”), e por

isso mereceram proteção normativa especial³⁶.

No antigo Egito, as mulheres tinham alguns direitos legais que as colocavam em posição relativamente favorável em relação a outras culturas antigas. De acordo com a historiadora Joyce Tyldesley (1993), as mulheres egípcias podiam ter propriedade e herdar bens, o que lhes dava uma autonomia financeira considerável para a época. Além disso, as mulheres egípcias podiam se divorciar, contratar advogados e comparecer em tribunais para resolver disputas.

As mulheres egípcias também tinham oportunidades de educação e podiam se tornar sacerdotisas, o que lhes permitia ter um papel ativo na religião. De acordo com Tyldesley, muitas mulheres egípcias eram proprietárias de terras e casas, e algumas delas controlavam grandes propriedades e negócios.

No entanto, é importante ressaltar que nem todas as mulheres no Egito Antigo tinham acesso a esses direitos, e que a posição das mulheres podia variar dependendo da época e da região. Além disso, as mulheres não tinham direitos políticos ou poder político significativo, o que limitava sua influência na sociedade.

Na antiga Grécia, também havia certa proteção normativa. De acordo com a historiadora Sarah B. Pomeroy (1995, p. 34-40), na Grécia antiga, havia leis que puniam o rapto de mulheres com multas e outras penalidades. Além disso, o rapto de uma mulher podia levar a uma disputa entre as famílias, o que às vezes resultava em uma batalha legal para determinar quem tinha direito à respectiva guarda. O rapto de mulheres era considerado uma ofensa séria, tanto para a mulher quanto para sua família, e podia ter consequências legais graves para o agressor, dependendo das circunstâncias.

No período do Iluminismo e da Revolução Francesa, houve uma tentativa de estabelecimento de igualdade entre homens e mulheres por meio da proposição, por Marie Gouze (mais conhecida como Olympe de Gouges), de uma “Declaração dos Direitos da Mulher”, em moldes análogos à Declaração dos Direitos

³⁶ Todavia, essa não parecia ser exatamente a realidade em comunidades primitivas, como as do período paleolítico. Segundo NUNES (1997, p. 18), esse período foi “dominado pelo Matriarcalismo, isto é, pela valorização e culto ao elemento feminino, materno, procriador e organizador da sociedade primitiva. Por milhares de anos a humanidade viveu sob a organização e poder das mulheres, que trabalhando juntas e constantes, tornaram-se o grupo civilizatório mais progressista. Eram as mulheres que tinham possibilidades de observação, experimentação e pesquisa de novas tecnologias e subsistência na produção da vida. Foi pelo vínculo materno que se constituiu o primeiro elo civilizador e mantenedor do clã primitivo. A propriedade coletiva baseada na caça, na pesca e na coleta produzia uma sociedade coletiva, organizada sob a divisão sexual do trabalho, sem uma estrutura de poder que não fosse o funcional e organizador da sobrevivência coletiva.”

do Homem e do Cidadão. Todavia, e apesar dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução, nenhum deles favoreceu sua sorte, sendo levada à guilhotina em razão de seus escritos e atitudes pioneiras (SAFFIOTI, 1969, p. 58).

Na modernidade, essas proteções jurídicas das mulheres foram reforçadas como resultado de movimentos feministas internacionalmente articulados, os quais, destacadamente a partir da década de 1960, deram maior visibilidade social às distintas formas de discriminações e de violências contra as mulheres, construindo uma agenda política que foi decisiva para a construção legislativa e doutrinária internacional (BARSTED, 2016, p. 02).

O Feminismo passava a exigir não apenas um avanço legislativo, mas políticas de Estado eficazes, capazes de superar de fato as discriminações e violências contra as mulheres, presentes nas práticas, nas mentalidades e nos costumes das sociedades.

Barsted (2016, p. 18) afirma que, sob a influência e pressão dos movimentos feministas, foi aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1967, a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres. Além disso, a ONU realizou, no ano de 1975, na cidade do México, a I Conferência Mundial das Mulheres, que impulsionou a aprovação, em 1979, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

Essa Convenção – mais conhecida pela sigla CEDAW³⁷ – trouxe o seguinte conceito para a discriminação contra a mulher:

(...) toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Essa Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983, com reservas aos seus artigos 15, parágrafo 4º, e 16, parágrafo 1º, alíneas (a), (c), (g) e (h) – que estabeleciam igualdade entre homens e mulheres no âmbito do casamento,

³⁷ Na sigla em inglês: *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*.

tanto em relação a direitos e deveres, como à gestão patrimonial. A reserva se justificou porque, na época, vigia o Código Civil de 1916 (Lei Federal nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), o qual estabelecia traços patriarcais bem marcantes, como a eleição do homem como o “chefe da sociedade conjugal”, e “representante legal da família”, incumbindo-o da administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que lhe competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou do pacto antenupcial.

No entanto, o Decreto Legislativo nº 93 foi revogado pelo Decreto Legislativo nº 26, de 22 de junho de 1994, e o Brasil acabou por retirar as reservas à sobredita Convenção, a qual restou promulgada em sua integralidade por meio do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002 – quando já havia sido instituído o novo Código Civil de 2002, com previsão de igualdade entre homens e mulheres na relação matrimonial.

A questão da igualdade entre homens e mulheres chegou a ser tema de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Mulher em 1978 (BRASIL, 1978), ainda durante o Regime Militar, no âmbito da qual foram ouvidas 39 personalidades atuantes em ramos diversificados, tais como professoras, deputadas, jornalistas, psicólogas, donas de casa, escritoras, líderes das empregadas domésticas, artistas, juízas, pesquisadoras, assistentes sociais, advogadas desportistas, sociólogas e presidentes de associações, com a finalidade de examinar a situação da mulher em todos os setores de atividades.

Apesar de ter logrado certo avanço na esfera pública de liberdade, o movimento feminista ainda denunciava violências de várias espécies que ocorriam na esfera privada de muitas mulheres, o que fez com que a problemática das relações familiares fosse levada a debate público.

No âmbito do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, foi aprovada em Belém/PA em 09 de junho de 1994 a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994), que definia a violência contra a mulher da seguinte forma (artigo 1º): “Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.”

Dessa definição, depreende-se que a violência contra a mulher prevista

nesse instrumento internacional de Direitos Humanos exige que 1) seja baseada no gênero, 2) cause à mulher morte, dano ou sofrimento (físico, sexual ou psicológico).

A convenção não apresentou um conceito do que poderia ser entendido como “gênero” – ao que consta, o termo foi uma novidade em instrumentos internacionais do tipo³⁸. As questões de gênero apresentam complexidades que vão muito além da seara jurídica, mesmo porque gênero é categoria trabalhada há muito em outros campos do saber, não tendo a Ciência Jurídica a exclusividade sobre sua conceituação. Em verdade, o Direito usualmente tem se aproveitado dos conceitos construídos por outras ciências para tratar a matéria em vários diplomas normativos.

Por exemplo, Maria Berenice Dias (2021, p. 62) apresenta o conceito de gênero com proximidade a papéis sociais:

Sexo é um fenômeno natural ligado a condição biológica do homem e da mulher, perceptível quando do nascimento pelas características genitais. Gênero é uma construção de natureza cultural, que identifica papéis sociais diferentes, e que levam a aquisição da masculinidade e da feminilidade.

Lia Zanotta Machado (2000, p. 5) vê gênero como uma:

[...] categoria classificatória, que, em princípio, pode metodologicamente ser o ponto de partida para desvendar as mais diferentes e diversas formas de as sociedades estabelecerem as relações sociais entre os sexos e circunscreverem cosmologicamente a pertinência da classificação de gênero.

Já para BARREDA (2012, p. 101), o conceito de gênero é construcional, relacional e político. É, portanto:

[...] uma construção social e histórica de caráter relacional, configurada a partir das significações e da simbolização cultural de diferenças anatômicas entre homens e mulheres. [...] Implica o estabelecimento de relações, papéis e identidades ativamente construídas por sujeitos ao longo de suas vidas, em nossas sociedades, historicamente produzindo e reproduzindo relações de desigualdade social e de dominação/subordinação.

³⁸ Por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), de 1979, não faz uso do termo “gênero”.

Por sua vez, PERSADIE (2012, p. 04) assevera que gênero é o resultado de um processo de socialização cultural, e que, portanto, varia conforme cada cultura.

Segundo Alice Bianchini (2022, p. 19), os estudos de gênero foram erigidos entre as décadas de 1960 e 1970, tendo como objeto problematizar os diferentes valores culturalmente atribuídos aos homens e às mulheres, determinantes dos comportamentos e das expectativas sobre o papel de cada um dos gêneros na sociedade.

As pesquisas tiveram influência direta do pensamento de Simone de Beauvoir, em sua obra “O Segundo Sexo”, de 1949. Essa teórica foi um marco no feminismo de segunda geração (após os movimentos a favor do voto feminino no fim do século XIX e início do XX), e discutiu os mitos em torno da figura feminina, além de rebater teorias sobre a feminilidade elaboradas por nomes importantes, como Aristóteles, Sigmund Freud, e Karl Marx. E, mesmo não usando expressamente o termo “gênero”, apresentou a célebre assertiva que “não se nasce mulher, torna-se mulher”, dando a entender que haveria algo de “feminilidade” desassociada da característica biológica determinante do sexo.

Outra importante teórica feminista é Judith Butler, a qual sustenta que gênero é “a estilização repetida do corpo, um conjunto de atos repetidos no interior de uma estrutura reguladora altamente rígida, a qual se cristaliza no tempo para produzir a aparência de uma substância, de uma classe natural de ser” (BUTLER, 2003, p. 59). Ela implanta em sua conceituação uma certa dimensão de variabilidade e volição, uma potência de tornar-se algo que não é dado *a priori*, e um descolamento entre os conceitos de sexo e gênero – contrapondo-se, portanto, à concepção freudiana de biologia-destino.

As Conferências Mundiais sobre a Mulher promovidas no âmbito das Organizações das Nações Unidas (ONU) cumpriram um relevante papel de promoção da situação e dos direitos da mulher. A Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim (ONU, 1995), consagrou três inovações dotadas de grande potencial transformador na luta pela promoção da situação e dos direitos da mulher: o “conceito de gênero”, a noção de empoderamento e o enfoque da transversalidade. Conquanto não apresente expressamente o conceito de gênero, o documento ressalta que este:

(...) permitiu passar de uma análise da situação da mulher baseada no aspecto biológico para uma compreensão das relações entre homens e mulheres como produto de padrões determinados social e culturalmente, e portanto passíveis de modificação. As relações de gênero, com seu substrato de poder, passam a constituir o centro das preocupações e a chave para a superação dos padrões de desigualdade.

Importante ressaltar que Dale O’Leary (2007) aponta alguns dos possíveis motivos pelos quais sobredita Declaração não ostentou abertamente um conceito sobre “gênero”: havia considerável dissenso e incerteza sobre a efetiva definição do termo “gênero” entre grupos feministas que participaram dos Comitês Preparatórios e das Conferências Internacionais da ONU.

Resumidamente, as conferências internacionais são planejadas para atrair a atenção mundial para a área em questão e produzir documentos de “consenso” (tais como as Declarações e Plataformas de Atuação). Para viabilizar os trabalhos, as plataformas passam por uma série de rascunhos, nos diversos encontros dos Comitês preparatórios (nos quais os representantes dos governos tentam eliminar tanta controvérsia quanto possível antes da conferência), antes de serem apresentadas para serem debatidas na Conferência propriamente dita. As seções sobre as quais não se alcança o consenso são “*chaveadas*” (incluídas entre chaves []), e somente estas seções poderão ser debatidas na Conferência.

Essa limitação do espectro de matérias sujeitas a debate no âmbito da Conferência gerou conflitos e insatisfações entre alas pró-família e pró-vida contra as alas pró-gênero e pró-aborto, mormente após denúncias de que os momentos preparatórios haviam sido influenciados unilateralmente por um dos lados, em prejuízo da justa e equânime participação de outros setores feministas. O’Leary (2007, p. 36) cita como exemplo a significativa influência que o governo dos Estados Unidos da América e a International Planned Parenthood Federation (IPPF) – uma instituição pró-aborto norte-americana – fizeram na composição das delegações nacionais (cento e vinte e oito empregados da IPPF haviam sido incluídos nestas), e o uso deliberado de estratégias que visavam obstaculizar o máximo possível a coalizão de mulheres³⁹ (em especial as pró-família)

³⁹ Foi o caso da Conferência Regional e do Fórum das ONG’s para a América Latina realizada em Mar del Plata, na Argentina. As mulheres presentes reclamaram aos organizadores do Fórum das ONGs quanto à pouca publicidade; à ausência de antecedência quanto aos anúncios de encontros, localizações, cronogramas e os temas dos workshops; além disso, várias grandes organizações de mulheres não feministas tiveram as suas credenciais negadas, ao passo que as que conseguiram estar presentes

que se opunham às feministas pró-gênero – inclusive “rotulação” da ala feminista opositora, tida como “fundamentalista religiosa extremista”.

Além disso, quanto ao “conceito de gênero”, O’Leary relata que os delegados pró-família buscavam uma definição que fizesse referência aos dois sexos (masculino e feminino), como forma de segurança contra uma eventual aceitação oculta da homossexualidade na conceituação; todavia, os Estados Unidos da América, Canadá e outros defensores da Agenda de Gênero queriam uma definição que fizessem referência aos “papéis construídos socialmente”. O embaraço na conceituação foi agravado em razão de uma dificuldade linguística: a maioria dos delegados participantes das Conferências não tinham o inglês como língua nativa, e, portanto, dependiam de definições dos dicionários para o vocábulo *gender*. E estes apontavam apenas para o emprego comum, raso, da palavra “gênero” (primeiro o sentido gramatical, gênero das palavras, que é arbitrariamente designado em cada idioma; depois, no sentido de grupo ou conjunto de coisas, e, por fim, com um sentido equivalente a sexo, significando masculino ou feminino), e não para um sentido totalmente novo e revolucionário como então estava sendo sustentado, uma “definição feminista” de gênero, conforme defendido pela ativista de esquerda e ex-congressista norte-americana, Bella Abzug (O’LEARY, 2007, p. 49). A senhora Abzug protestou contra as supostas tentativas de “retroceder” ao conceito de gênero como sinônimo de sexo biológico, de adotar a biologia como destino, e, portanto, de procurar confinar ou reduzir as mulheres às suas características físicas sexuais.

Preocupada com a politização e ideologização do conceito, a chefe da delegação de Honduras, Marta Casco, solicitou aos oficiais da ONU uma definição clara de “gênero”, e como resposta, foi-lhe dito que “gênero não teria definição, nem precisaria tê-la” (O’LEARY, 2007, p. 53). A representante de Honduras insistiu formalmente em sua solicitação por uma definição, e, para evitar um impasse, a presidente da Conferência, Irene Freidenschlus, da Áustria, concordou em formar um grupo de contato para discutir uma definição de gênero.

A Senhora Selma Ashipala, da Namíbia, presidente do grupo de contato, decidiu ela mesma formular uma definição, apresentando-a, em suma, nos seguintes termos:

descobriram que suas contribuições haviam sido ignoradas, e suas declarações discordantes não haviam sido incluídas no relatório enviado ao Secretariado.

- 1) a palavra gênero tem sido empregada e entendida em seu uso ordinário e geralmente aceito em numerosas instâncias e conferências da ONU;
- 2) não há sinal de que algum novo significado ou conotação do termo, diferente do uso prioritariamente aceito, esteja planejado no rascunho da Plataforma de Ação;
- 3) no contexto da Plataforma de Ação o significado comumente entendido da palavra gênero se refere aos papéis, socialmente construídos, desempenhados e esperados por homens e mulheres na sociedade.

Segundo O'LEARY (2007, p. 89), após as contundentes objeções da senhora Mercedes Wilson, representante da Guatemala, os delegados do grupo de contato resolveram suprimir o ponto 3 acima referido da definição de gênero, de maneira que este, ao final, acabou efetivamente sem uma definição clara, visto que o ponto 2 nada fala de conceituação, e o ponto 1 apenas menciona que a palavra gênero “tem sido empregada e entendida em seu uso ordinário e geralmente aceito” nas conferências da ONU.

Dessa forma, o grupo de contato especialmente formado para esclarecer o sentido do vocábulo “gênero” acabou com a finalidade frustrada, e a indefinição do termo foi vista como uma vitória das promotoras da Agenda de Gênero, bem como um permissivo aos burocratas da ONU para prosseguirem com o seu projeto de impor uma “perspectiva de gênero” ao mundo e de continuar a definir “gênero” como “papéis socialmente construídos”.

O episódio serviu como uma demonstração para a coalizão pró-família que havia forças não ostensivas sendo utilizadas para garantir o triunfo de uma Agenda de Gênero.

Apesar dessa dificuldade e diversidade da conceituação de gênero, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), de 1994, só emprega a palavra “gênero” em duas ocasiões – e na segunda delas, dá a entender que sua compreensão adota um sentido binário homem-mulher (artigo 8º, item “b”), como que referindo-se aos sexos masculino e feminino.

A Convenção de Belém do Pará foi promulgada no Brasil em 1996, por meio do Decreto nº 1.973, de 1º de agosto (BRASIL, 1996), e estabeleceu como dever dos Estados signatários a incorporação na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para

prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, e a adoção de medidas legislativas necessárias à vigência da própria Convenção.

Nessa esteira, foi criado um Grupo de Trabalho Interministerial por meio do Decreto nº 5.030, de 31 de março de 2004, que recebeu de um Consórcio de Organizações Não-Governamentais Feministas proposta de anteprojeto de Lei para subsidiar as discussões com a finalidade de elaborar proposta de medida legislativa para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em âmbito nacional. Encampado pelo Poder Executivo, o texto foi apresentado à Câmara dos Deputados, e recebeu a designação de Projeto de Lei nº 4559/2004.

O conflito sobre a conceituação de gênero travado em órbita internacional acabou repetido no âmbito interno. Segundo o projeto apresentado pelo Poder Executivo (artigo 5º, caput e parágrafo único), a violência doméstica e familiar contra a mulher foi definida como “qualquer ação ou conduta, **baseada na relação de gênero**, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher”. Por sua vez, “relações de gênero” são as “relações desiguais e assimétricas de valor e poder atribuídas às pessoas segundo o sexo” (BRASIL, 2004).

No entanto, após passar pelo processo legislativo na Câmara dos Deputados, o texto foi alterado para definir a violência doméstica e familiar contra a mulher como “qualquer ação ou omissão **baseada no gênero** que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher ou dano moral e patrimonial”. Por sua vez, o parágrafo único, além de não apresentar a conceituação de gênero, teve a redação completamente alterada para prever que o disposto no caput e seus incisos se aplicaria independentemente de orientação sexual.

No tópico seguinte far-se-á a abordagem da materialização do referido conceito na legislação penal brasileira, consolidado na Lei Federal nº 11.340/2006.

3.2 LEI MARIA DA PENHA: O PUNITIVISMO COMO MECANISMO VIOLADOR DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4559/2004 da Câmara dos Deputados consignava que a iniciativa legislativa era resultado, entre outras razões, dos vários compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria

de respeito e garantia dos direitos humanos das mulheres, contrastada com um caso de grave violação desses direitos, denunciado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: o caso da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes.

Segundo a denúncia formulada pelo Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), a senhora Maria da Penha Maia Fernandes, em 29 de maio de 1983, foi vítima, em seu domicílio em Fortaleza/CE, de tentativa de homicídio por parte de seu então esposo, o senhor Marco Antônio Heredia Viveiros, que teria disparado contra ela um revólver enquanto ela dormia, causando-lhe sérias lesões na coluna vertebral e deixando-a definitivamente paraplégica, não obstante ter sido submetida a tratamentos médicos e a inúmeras operações cirúrgicas. Além do atentado de 29 de maio de 1983, a senhora Maria da Penha teria sofrido nova tentativa de homicídio por parte de seu marido, após retornar já paraplégica de Brasília/DF – desta vez por eletrocussão (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001). Segundo a vítima, ela teria sentido choque elétrico com a água do chuveiro ao tomar banho, e concluiu, com a resposta eufemística do esposo⁴⁰, que ele estava determinado a ceifar-lhe a vida.

A violência sofrida pela farmacêutica Maria da Penha Maia Rodrigues foi qualificada como violência familiar, não só porque ocorreu numa relação marido-esposa, como também porque praticada no âmbito da convivência doméstica. Essa constatação foi reforçada na Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 4559/2004, da Câmara dos Deputados, que consignou que, no final da década de 1980, 63% das agressões físicas contra as mulheres acontecem nos espaços domésticos e são praticadas por pessoas com relações pessoais e afetivas com as vítimas (BRASIL, 2004, p. 13).

Aprovado na Câmara dos Deputados, o projeto passou a tramitar no Senado Federal com a denominação de PLC nº 37, de 2006, e encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sob a relatoria da Senadora Lucia Vânia, a qual demonstrou certa preocupação com uma exagerada ampliação do escopo de aplicação do futuro ato normativo em seu relatório: “O art. 1º do PLC nº 37, de 2006, peca ao ampliar o escopo de aplicação da futura lei para

⁴⁰ Marco Antônio teria dito que aquele “choquezinho de nada não dá para matar ninguém!” (FERNANDES, 2012, p. 72).

toda e qualquer situação de violência contra as mulheres, desrespeitando a especificidade da proposta que se volta ao espaço doméstico e familiar”.

Após adequações na redação, o projeto foi aprovado e encaminhado à sanção presidencial, tornando-se na Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, mais conhecida como a “Lei Maria da Penha”.

Referido diploma legal teve amplo espectro de aplicação nos delitos envolvendo vítimas mulheres, tendo em vista que seu artigo 5º apresentou a seguinte definição de violência doméstica e familiar contra a mulher:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Essa grande amplitude de aplicação foi bastante criticada pela doutrina (NUCCI, 2017, p. 863), e a jurisprudência nacional passou a apresentar reservas ao reconhecimento de violência de gênero em casos concretos.

A controvérsia tomou grandes proporções a ponto de surgirem decisões manifestamente contrárias nos Tribunais país afora. Por exemplo: em caso de violência envolvendo tio e sobrinha, o Tribunal de Justiça de Pernambuco declarou que há, sim, incidência da Lei Maria da Penha:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. CRIME DE LESÃO CORPORAL PRATICADO PELO TIO CONTRA A SOBRINHA. CARACTERIZAÇÃO DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO E DE SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DA MULHER. APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA (LEI Nº 11.340/2006). COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. DECISÃO: UNANIMEMENTE DEU-SE PROVIMENTO AO CONFLITO SUSCITADO, PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE PETROLINA/PE. * A conduta do acusado se enquadra ao conceito de violência doméstica ou familiar contra a mulher, conforme dispõe a Lei nº 11.340/2006. * Assim, pode-se afirmar que a relação existente entre o tio e a sobrinha baseou-se no gênero, incidindo a Lei nº 11.340/2006. Portanto, o crime praticado contra a vítima, foi resultante da vulnerabilidade de gênero numa relação familiar.

(Conflito de Jurisdição: 0002179-29.2018.8.17.0000 PE, Relator: Marco Antonio Cabral Maggi, Data de Julgamento: 28/08/2018, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/09/2018)

De igual forma procedeu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER CONTRA JUÍZO CRIMINAL COMUM. APURAÇÃO DE CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO POR TIO CONTRA SOBRINHA. PRESENTE A MOTIVAÇÃO DE GÊNERO PARA A PRÁTICA DOS DELITOS CONTRA A VÍTIMA. ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO. VULNERABILIDADE. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. 1. A Lei nº 11.340/2006 cuida de norma de aplicação restrita e, conforme previsto em seu artigo 5º, a situação de violência doméstica pressupõe que a ação ou omissão tenha motivação de gênero contra o sexo feminino praticada em âmbito doméstico. 2. Trata-se de estupro de vulnerável em que o ofensor se valeu da motivação de gênero, no âmbito doméstico e familiar e em relação íntima de afeto, a demonstrar a condição de hipossuficiência e inferioridade física e psicológica da vítima menor de idade, a justificar a incidência da Lei Maria da Penha. 3. Conflito Negativo de Competência conhecido para declarar competente o douto juízo suscitante (Juízo do Primeiro Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Ceilândia/DF) competente para processar e julgar a causa dos autos da ação penal nº 2016.03.1.002581-5.

(Processo 07127985320188070000 - Segredo de Justiça 0712798-53.2018.8.07.0000, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 15/10/2018, Câmara Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 19/10/2018 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

De maneira contrária, todavia, manifestou-se o Tribunal de Justiça de Goiás, que consignou que não basta, para a incidência da Lei Maria da Penha, que a violência seja praticada contra mulher, em contexto familiar, ou de afetividade:

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. BRIGA ENTRE IRMÃOS. CRIME DE LESÃO CORPORAL PRATICADA POR TIO, USUÁRIO DE DROGAS CONTRA SOBRINHA, QUE INTERCEDEU EM DEFESA DA MÃE. VIOLÊNCIA SEM RAZÃO DE GÊNERO. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DA MULHER. 1 - Para a aplicação da Lei 11.340/06, não é suficiente que a violência seja praticada contra a mulher, em contexto familiar, ou de afetividade. É necessária também a demonstração de situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência, numa perspectiva de gênero. 2 - No presente caso, a violência decorreu de desavença entre irmão e irmã, tendo a sobrinha intercedido em favor da mãe. Não se trata, portanto, de violência em razão do gênero. 3 - A ausência de violência de gênero afasta a competência do Juizado

da Violência Doméstica contra a Mulher. 4 - Parecer acolhido. IMPROCEDÊNCIA DO CONFLITO NEGATIVO.

(Conflito de Competência: 181629020188090000, Relator: DES. JOAO WALDECK FELIX DE SOUSA, Data de Julgamento: 06/06/2018, SECAO CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2567 de 15/08/2018)

Na mesma esteira foi o entendimento da Corte de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIMES DE LESÃO CORPORAL E AMEAÇA PRATICADOS POR TIO CONTRA SOBRINHA NA HABITAÇÃO COMUM. MAGISTRADO DO II JUIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA QUE FUNDAMENTOU FALTAR-LHE COMPETÊNCIA, POR NÃO HAVER VIOLÊNCIA DE GÊNERO, JÁ QUE "A VÍTIMA NÃO POSSUÍA COM O AGRESSOR UMA RELAÇÃO CONJUGAL OU ASSEMELHADA, SENDO A CONDIÇÃO DE MULHER MERAMENTE ACIDENTAL NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA." DECLINADA A COMPETÊNCIA PARA O JUÍZO DA 2ª VARA CRIMINAL DE BANGU, ESTE SUSCITOU O CONFLITO, ARGUMENTANDO QUE A LEI 11.340/06 NÃO ALCANÇA APENAS OS CASOS EM QUE HÁ RELAÇÃO CONJUGAL ENTRE VÍTIMA E AGRESSOR. PROCEDÊNCIA. Violência doméstica verificada. A constatada violência ocorreu, indubitavelmente, no âmbito da relação familiar entre o acusado e a vítima que é sua sobrinha. Caracterizado o requisito legal da violência de gênero. Sujeito passivo preenche a exigência legal de uma qualidade especial: ser mulher. Não só esposas, companheiras ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Filhas e netas do agressor, sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente do sexo feminino com quem o agressor tenha um vínculo de natureza familiar dão ensejo à aplicação da lei especial. CONFLITO QUE CONHEÇO E DOU PROVIMENTO PARA DECLARAR COMPETENTE O II JUIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA CAPITAL.

(Conflito de Jurisdição: 00609493420138190000 RIO DE JANEIRO BANGU REGIONAL 2 VARA CRIMINAL, Relator: PAULO SERGIO RANGEL DO NASCIMENTO, Data de Julgamento: 17/12/2013, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 23/01/2014)

Toda essa divergência instou o Superior Tribunal de Justiça – órgão jurisdicional responsável pela uniformidade de interpretação da legislação federal – a manifestar-se sobre o tema, por meio de sua Terceira Seção (que reúne as duas Turmas com jurisdição sobre matéria criminal). Na oportunidade, foi fixado o entendimento segundo o qual a relação de parentesco, por si só, não é o suficiente para a configuração de violência doméstica e familiar contra a mulher nos moldes da Lei Maria da Penha, exigindo-se que a agressão tenha motivação de gênero, ou que haja demonstração de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima.

No voto do Ministro relator, seguido à unanimidade pelos demais julgadores, restou consignado (BRASIL, 2008b):

É evidente, no caso, que a troca de ofensas entre irmãs não se insere na hipótese de incidência examinada. Se assim fosse, qualquer briga entre parentes daria ensejo ao enquadramento na Lei nº 11.340/06. Além do mais, a situação dos autos não demonstra qualquer relação de vulnerabilidade, hipossuficiência, inferioridade física ou econômica entre autora e vítima.

O aresto restou assim ementado:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUIZ DE DIREITO. CRIME COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. CRIME CONTRA HONRA PRATICADO POR IRMÃ DA VÍTIMA. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

1. Delito contra honra, envolvendo irmãs, não configura hipótese de incidência da Lei nº 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica.

2. Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.

2. No caso, havendo apenas desavenças e ofensas entre irmãs, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar contra a mulher. Não se aplica a Lei nº 11.340/06.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares/MG, o suscitado. (CC 88.027/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 05/12/2008, DJe 18/12/2008)

Esse posicionamento da jurisprudência nacional alarmou setores de ativistas feministas, que o viram como um risco de esvaziamento da Lei Maria da Penha, e de periclitção aos direitos das mulheres previstos em referido diploma legal.

O remédio para tal entendimento jurisprudencial tido como periclitante foi o legislativo: a Senadora Simone Tebet (MDB/MS) apresentou o projeto de lei nº 1604/2022 sob a justificativa de que, ao declarar que a violência doméstica e familiar contra a mulher é baseada em gênero, o artigo 5º da Lei Maria da Penha acaba por fornecer uma “brecha hermenêutica” para o afastamento dessa lei nos casos em que a misoginia do autor não for prontamente constatada. O projeto foi aprovado e convertido na Lei Federal nº 14.550, de 19 de abril de 2023, a qual incluiu o artigo 40-A na Lei nº 11.340/2006, estabelecendo que esta se

aplica em todas as situações de violência doméstica e familiar, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida.

Essa questão envolve inevitavelmente navegar em assunto de difícil abordagem, que é o da distribuição de justiça adequada em casos de violação de direitos.

Discorrendo sobre o Acesso à Justiça, Marc Galanter (2015) registra que, apesar da justiça a que buscamos acesso ser a negação ou a correção da injustiça, não há uma soma fixa de injustiça no mundo que seja reduzida a cada obtenção de justiça. A noção de justiça não se vincula a algo fixo, estável e determinado, mas sim fluido, em movimento e instável.

Como já ressaltado no início desse trabalho, a expansão do conhecimento humano e o desenvolvimento tecnológico têm gerado cada vez mais anseios de conforto e segurança na sociedade, porém, paralelamente, essa expansão e desenvolvimento têm sido acompanhados de aumento de tensões sociais cada vez mais frequentes, ensejadoras de injustiças que são levadas às Cortes e aos meios alternativos de composição na expectativa de apaziguamento do conflito.

Com isso, e ressaltando os riscos intrinsecamente envolvidos na modernidade, Marc Galanter apresenta uma interessante ideia de “fronteira movediça” entre a justiça e injustiça, registrando que aumentos de justiça não implicam correspondente diminuição da quantidade de injustiça, como se a questão justiça/injustiça fosse um jogo de soma zero. Vejamos:

O desconforto e os riscos da vida cotidiana diminuiram dramaticamente para a maioria das pessoas ao longo do século passado [...]. Ainda assim, não nos aproximaremos de um mundo livre de problemas, pois as pessoas são capazes de identificar e inventar novos problemas tão rapidamente quanto os antigos são resolvidos. [...] as mesmas capacidades humanas que criam soluções para problemas existentes – satisfazendo necessidades e anseios existentes – são capazes de descobrir ou criar novas necessidades, anseios e problemas. No decorrer desse processo, quanto mais coisas podem ser realizadas pelas instituições humanas, mais a linha entre o infortúnio inevitável e a injustiça imposta se modifica. O domínio da injustiça é alargado. Por exemplo, se, anteriormente, ter uma doença incurável era um infortúnio inalterável, hoje, uma percepção de insuficiente vigor na busca por uma cura ou na distribuição de medicamentos pode fazer exsurgir uma queixa de injustiça.

Esse constante sentimento de injustiça no campo dos direitos e garantias

às mulheres parece dominar os movimentos sociais e políticos que procuram garantir efetividade aos compromissos internacionais assumidos pelo país acerca da matéria.

Com todo respeito aos entendimentos contrários, o legislador brasileiro acaba ignorando e desnaturando o contexto de surgimento da própria Lei nº 11.340/2006 (violência marido-esposa, num contexto de uma relação íntima de afeto), ampliando em demasia sua margem de aplicação, incidindo numa espécie de obsessão por punição de qualquer hipótese de violência contra a mulher, independentemente do contexto ou motivação.

O fato de determinada violência praticada contra a mulher não se qualificar como de gênero, e, portanto, auspiciada nos rigores da Lei Maria da Penha, não implica impunidade ou irrelevância ao ordenamento jurídico de uma violação de direitos, que ainda poderá ser remediada pela via ordinária disponibilizada pelo Direito. Por exemplo, uma lesão corporal ocorrida entre duas vizinhas, ainda que não qualificada como violência doméstica e de gênero contra a mulher, não deixa de ser lesão corporal, e, portanto, passível de punição conforme as normas do Direito Penal.

Dessa forma, trata-se de uma falácia o argumento utilizado pelo legislador para recrudescer, em qualquer hipótese, e fora do contexto no bojo do qual foi concebida a Lei Maria da Penha, a punição de atos violentos praticados contra mulheres.

Nas últimas décadas, o rigor na punição de crimes envolvendo violência contra mulher foi incrementado consideravelmente. Tomando como exemplo apenas o delito de lesão corporal, tem-se que, até o ano de 2004, essa espécie de crime era punida com detenção de três meses a um ano (previsão do artigo 129, *caput*, do Código Penal). Após a Lei Federal nº 10.886, de 17 de junho de 2004, foi incluído um parágrafo 9º, com o nome jurídico “violência doméstica”, de maneira que a pena mínima dobrou de três para seis meses. Com o advento da Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, a pena mínima retornou para três meses, porém o patamar máximo foi triplicado, e fixado em três anos (repercutindo diretamente no prazo prescricional da pretensão punitiva, que passou de quatro para oito anos). Atualmente, vige a Lei Federal nº 14.188, de 28 de julho de 2021, que incluiu o décimo terceiro parágrafo no artigo 129 do Estatuto Repressor e estabeleceu que, se a lesão corporal for praticada contra a mulher, por

razões da condição do sexo feminino, a pena passa a ser não mais de detenção, mas de reclusão, podendo chegar ao patamar de até quatro anos.

Outro dado relevante é exposto no Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil (WAISELFISZ, 2015, p. 11), onde se vê que o número de homicídio de mulheres não pára de crescer ano após ano. A única exceção que se viu foi no ano de 2007 (primeiro ano após a vigência da Lei Maria da Penha), quando o quantitativo sofreu uma redução de 6%. Todavia, os dados mostram que, entre 1980 e 2013, houve um ritmo crescente ao longo do tempo, tanto em número quanto em taxas, de maneira que esta última, que em 1980 era de 2,3 vítimas por cada 100 mil homicídios, passou para 4,8 em 2013, um aumento de 111,1%.

Esse recrudescimento punitivista nos chama a atenção para uma aparente falência do Direito Penal quanto ao combate à violência de gênero contra a mulher. Em quase vinte anos, esse tipo de violência só tem experimentado constantes aumentos, apesar de modificações legislativas enrijecendo as punições. Necessário, portanto, uma análise crítica do desempenho do Direito Penal nessa seara, com um questionamento direto: até que ponto é razoável a continuidade de imposição de dor e sofrimento aos agentes (e, por via indireta, às vítimas) nessas situações?

Esse punitivismo exacerbado tem sido um equívoco considerável daqueles que acreditam no mito do Direito Penal como a solução para todos os problemas da violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa falha foi inclusive agravada após uma manifestação do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424, oportunidade em que foi dada interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, e fixado o entendimento no sentido de que o delito de lesão corporal praticado contra mulher é de ação pública incondicionada, e, portanto, independia de representação da vítima.

Dessa forma, e como bem registra Michelle Karen Batista dos Santos (2017, p. 22), o Sistema Penal acaba por conferir à mulher o mesmo tratamento que a sociedade lhe confere: passiva, vítima, incapacitada de decidir sobre a própria vida, necessitada de tutela especial, coitada, não-sujeito, de forma que, quando ela recorre ao Sistema Penal, acaba sendo duplamente vitimada, mantida em “seu lugar passivo”.

Com maestria, Vera Regina Pereira de Andrade (1999, p. 107, 113) denuncia que o país vive uma profunda e grave crise de legitimidade do sistema penal, o qual não consegue cumprir suas promessas básicas de proteção de bens jurídicos, de combate à criminalidade (com a prevenção geral e especial), e de aplicação igualitária das penas. Ela critica o monismo jurídico, que identifica o Direito com a Lei, ou seja, com o Direito Positivo estatal, e ao mesmo tempo deposita nele a crença na solução de todos os problemas sociais. Com isso, sustenta que, além de não proteger de forma eficaz as mulheres contra a violência, o sistema penal – como subsistema de controle social seletivo e desigual que é – acaba duplicando essa violência contra elas, e dividindo o movimento feminista.

Nesse sentido, FOUCAULT (1999, p. 292) confirma: “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta”.

Nils Christie (2016) relembra que impor punições dentro das instituições jurídicas significa infligir dor de maneira intencional. Esta é uma atividade que muitas vezes está em dissonância com valores estimados como a bondade e o perdão. Christie defende que é preciso tomar uma posição moral em favor da severa restrição ao uso da dor “fabricada” pelo homem, enquanto forma de controle social, pois o crime não é uma “coisa”, mas sim um conceito aplicável a certas situações sociais onde é possível e no interesse de um ou vários grupos para aplicá-lo.

Nessa esteira, o Estado não pode se distanciar do penalizado, sob pena de abrir margem para arbitrariedades, e prática de retribuição do mal por mal, sem qualquer outra finalidade com utilidade social ou comunitária.

Digno de nota é o experimento de Milgram (1963), que aponta que a imposição intencional de dor é mais fácil quanto mais longe o destinatário está do distribuidor de dor⁴¹.

⁴¹ Nesse experimento, pessoas foram contratadas para aplicar choques elétricos em outras com a finalidade de verificar se elas aprenderiam mais rápido se fossem punidas pelos erros. A voltagem da penalidade variava de 15 (leve choque) a 450 volts (choque grave). Os resultados apontaram que poucos dos participantes ficaram hesitantes em aplicar a punição elétrica, mesmo quando eles pensavam que a voltagem aplicada era perigosamente elevada; 65% deles chegaram a aplicar a voltagem máxima, de 450V; e 100% os participantes chegaram ao nível de aplicar 300V de punição.

Essa preocupação é bem pertinente quando se trata de modificações de normas de conteúdo punitivo ou limitador, tais como o Direito Penal e as medidas protetivas aplicadas em decorrência de violência contra a mulher. Com efeito, e por mais preocupante ou grave que esse tipo de delito seja, é importante frisar que a prevenção, apuração e persecução de infrações dessa categoria não deve descurar da observância das normas constitucionais, nem violar direitos fundamentais da pessoa investigada ou submetida ao poder coercitivo estatal.

Daí a importância de respeito aos direitos e garantias processuais penais previstos na Constituição, seja por meio do cidadão, seja por meio do legislador ao confeccionar novas normas, seja por meio do aplicador da lei ao caso concreto. O exagero no punitivismo tem levado a significativas relativizações de direitos e garantias muito caras ao Estado brasileiro. No campo da violência contra a mulher, o exemplo mais marcante tem sido o vilipêndio à presunção de inocência, por meio da malfadada construção jurisprudencial segundo a qual a palavra da vítima tem “especial relevância” quando se trata de crimes praticados em contexto de violência doméstica contra a mulher.

Com toda a franqueza: essa “especial relevância”, no fundo, é levada em muitos casos como presunção absoluta e inafastável de verdade, não importa o que diga aquele que está sentado no banco dos réus (homem ou mulher) – situação agravada em hipóteses de crimes não materiais, como ameaça, injúria, entre outros, em que a prova depende quase que exclusivamente de depoimentos.

Só se pode condenar alguém com prova farta – e firme – sobre a culpabilidade, e desde que se garanta um processo justo à parte acusada. Se for para aplicar, a ferro e fogo, a malfadada construção jurisprudencial sobre o “especial relevo das palavras ditas pela vítima” nos casos de violência doméstica, corremos o grande risco de colocar a parte acusada num beco sem saída, sem qualquer chance de defesa. Nesse cenário, não soaria absurdo dizer que até a instrução criminal se tornaria inócua, posto que, se basta a palavra da vítima para sustentar condenação em crimes dessa natureza, o Ministério Público nem precisa mais se dar ao trabalho de indicar rol testemunhal, e a polícia, a partir de então, fica dispensada de apurar o fato e todas as suas circunstâncias, bastando ouvir a mulher que se diz vítima.

No final das contas, serão as palavras da “vítima” contra as do réu. E,

como dito em linhas acima, se é verdade que o depoimento da vítima se sobrepõe ao que é dito pelo acusado nos delitos envolvendo violência doméstica contra a mulher, é totalmente inócuo iniciarmos o “debate” sobre quem, de fato, está falando a “verdade”. Em respeito ao suado dinheiro do contribuinte utilizado para sustentar a pesada e burocrática máquina judiciária, há quem defenda que seria melhor passar diretamente para a fase de sentença de mérito sobre a *quaestio juris*, dispensadas as partes de uma teatralizada instrução.

Outra garantia constitucional ameaçada pelo punitivismo feminista tem sido a do devido processo legal e sentenciamento pela autoridade competente, imparcial, e definida antecipadamente pela lei. Isso se percebe com o viés proximista dado ao juiz em relação à mulher vítima de violência, segundo parte da doutrina nacional entende com relação, por exemplo, à possibilidade de o juiz poder decretar prisão preventiva de ofício do agressor, conforme permissão do artigo 20 da Lei Maria da Penha.

Esse dispositivo era uma simples redundância à norma do artigo 311 do Código de Processo Penal, antes de sua alteração em 2011. Nesse mesmo ano, foi editada a Lei Federal nº 12.403, de 04 de maio, que impediu ao juiz decretar prisão preventiva de ofício durante o inquérito policial, sem que alteração semelhante fosse feita na Lei Maria da Penha – o que abriu uma divergência na doutrina, dividindo-a entre aqueles que sustentam a permanência da possibilidade de decretação do ergástulo *ex officio*⁴² (BIANCHINI, 2022), e a corrente oposta, que entende pela prejudicialidade dessa possibilidade, dada a inovação legislativa. Essa divergência não restou superada nem mesmo após a aprovação da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), que declarou o caráter acusatório do processo penal e eliminou, por completo, a possibilidade de o magistrado decretar prisão preventiva de ofício (seja durante o inquérito, seja no curso da ação penal). A esse respeito, o Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal chegou a emitir a Nota Técnica nº 5 (BRASIL, 2021b), concluindo que é cabível prisão preventiva, de ofício, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, quando se tratar de violência contra a mulher, no âmbito doméstico ou familiar, não obstante as inovações legislativas introduzidas pela Lei Anticrime

⁴² Há também o Enunciado nº 51 aprovado no XI Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar, realizado em São Paulo/SP, com o seguinte teor: “O art. 20 da LMP não foi revogado tacitamente pelas modificações do CPP, ante o princípio da especialidade”.

de 2019.

Conforme se verá mais adiante com maiores detalhes, essa tendência de aproximação do julgador em relação à vítima de violência doméstica e familiar restou mais evidente em decisão liminar exarada pelo Ministro Dias Toffoli em sede de controle concentrado de constitucionalidade da Lei Anticrime⁴³, que acabou por afastar a aplicabilidade da figura do juiz de garantias aos delitos envolvendo violência doméstica e familiar, sob o argumento de que “uma cisão rígida entre as fases de investigação e de instrução/julgamento impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica do contexto de agressão”, e que “pela sua natureza, os casos de violência doméstica e familiar exigem disciplina processual penal específica”, com um “procedimento mais dinâmico, apto a promover o pronto e efetivo amparo e proteção da vítima de violência doméstica”.

O Ministro Dias Toffoli não esclareceu o que entende por “procedimento mais dinâmico” que proteja prontamente a mulher vítima de violência, e deu sinais que seu entendimento segue uma linha de que a repressão dos delitos com conotação de violência doméstica e familiar não deve seguir o rito comum como os demais crimes, mas sim uma “disciplina processual penal específica”. Qual disciplina, o Ministro – mais uma vez – não explicitou.

Interessante perceber que, até o momento, os delitos no âmbito da violência doméstica e familiar são processados conforme as regras gerais delineadas pelo Código de Processo Penal, e excluída a aplicabilidade da Lei Federal nº 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais Criminais (o que também ocorre com todos os delitos não classificados como de menor potencial ofensivo). Por que somente após a criação do instituto do juiz das garantias em favor de todos os acusados de alguma infração penal é que se invoca a necessidade de uma (não especificada) “disciplina processual penal específica” nos crimes envolvendo violência contra mulher?

Outra questão que provoca reflexão é a edição da Recomendação nº 128, de 15 de fevereiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que recomenda a adoção do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, aprovado pelo Grupo de Trabalho instituído por intermédio da Portaria CNJ nº 27/2021.

⁴³ Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF.

Apesar de editada como simples “recomendação”, e com “possibilidade” (e não impositividade, pelo menos a princípio) de adoção no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro, a Recomendação traduz inequívoco estímulo do órgão de controle do Poder Judiciário para que os ofícios judicantes em todo o país, de todas as esferas (não só a criminal), adotem uma “lente de gênero” na apreciação das causas submetidas à jurisdição estatal.

Extrai-se do protocolo anexo à Resolução o seguinte (BRASIL, 2021c, p. 47-48):

Assim como no caso das audiências, **provas periciais** devem ser produzidas com atenção a desigualdades estruturais que possam ter um papel na demanda. É imprescindível que peritos(as) e outros atores (assistentes sociais, policiais) sejam capacitados(as) para perceber essa situação e tentar neutralizá-la. Isso significa dizer que, para além de conhecimentos específicos, o gênero deve ser utilizado como lente para a leitura dos acontecimentos, em todas as etapas da instrução. O papel de juízes(as), nesse contexto, é o de circunscrever quesitos que tracem as motivações decorrentes dos processos interseccionais de opressão, como raça e orientação sexual. Ademais, **a atenção ao gênero demanda uma postura ativa dos(as) julgadores(as) quando da análise de laudos técnicos**. As ciências podem ser tão enviesadas quanto o direito e isso é algo que, em muitos casos, passa despercebido.

Esse excerto busca impor uma “solução” para o problema da ausência de “neutralidade do Direito”: tendo em vista que este é forjado tendo como padrão o “homem branco, heterossexual, adulto e de posses”, o operador do direito (no caso, o magistrado) atua necessariamente sob a influência do patriarcado e do racismo (op. cit., p. 35).

Assim, e para descompensar essa tortuosa gênese do Direito, o protocolo propõe um envergamento da atuação tanto de peritos quanto de juízes, que devem apreciar qualquer situação com as “lentes de gênero”, e “atuar ativamente” para “neutralizar” a disparidade entre os litigantes impostas pela desigualdade estrutural social.

E prossegue:

[...] É necessário que preconceitos de gênero – como a ideia de que mulheres são vingativas e, assim, mentem sobre abusos – sejam deixados de lado.

[...]

“Parece redundante, mas a questão é tão importante que deve ser uma lente para escrutínio em todas as fases de um processo [...]”.

A ideia de fazer com que o julgador aprecie a demanda que lhe é apresentada por alguma espécie de lente leva, inexoravelmente, aos símbolos da iconografia, por meio dos quais se procura representar a Justiça: normalmente como uma figura feminina, exposta de forma altiva, algumas vezes despida, mas sempre de maneira harmônica artisticamente, transparecendo um plexo de pureza e suavidade com segurança e poder (MAGALHÃES, 2022). Assim ocorre com a escultura da Justiça localizada em frente ao edifício do Supremo Tribunal Federal, em Brasília/DF, feita pelo artista plástico mineiro Alfredo Ceschiatti, o qual a representou como uma figura feminina sentada, com olhos vendados.

Segundo Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães (2022), o atributo de venda sobre os olhos só recentemente é que constou da iconografia relativa à Justiça. A primeira notícia que se tem desse atributo data de 1494, numa polémica xilografia de Albert Durer, em que um bufão põe a venda sobre a personificação da Justiça. A imagem, feita para ilustrar um poema satírico, era uma crítica à Justiça em razão da litigância excessiva, o abuso processual e o vício dos poderosos homens da Justiça de esconder as verdades em chicanas vãs. Portanto, uma justiça desabilitada, incapaz até de uma perfunctória contemplação do que lhe era posto sob decisão.

Mais recentemente, a venda nos olhos acabou propagada como significado de imparcialidade, ausência de preconceitos, neutralidade, incorruptibilidade, e desprezo às aparências. Conceder o direito a todos, independentemente da qualidade (ou aparência) daquele que bate às portas da Justiça.

A noção de imposição de “lentes” ou de algum tipo de olhar à Justiça parece uma tendência a enviesamento de decisões. Isso se torna muito preocupante quando se constata que a “verdade real”, tão buscada no processo penal, é um mito, conforme sustenta Aury Lopes Júnior (2017). Referido jurista ressalta que, falar em processo é falar em atividade recognitiva de um juiz que não sabe os fatos, mas precisa saber; ele ignora os fatos, e precisa de alguém que tenha conhecimento do ocorrido, para lhe permitir uma *re-cognitio* (naturalmente “contaminada” pelo olhar dessa pessoa-fonte).

Assim como um pintor não consegue retratar inteiramente uma realidade, uma testemunha não conseguirá reconstruir um fato com um simples relato – algo perfeitamente natural frente às limitações do ser humano. O juiz ainda tem que lidar com a ausência de uma infinidade de elementos fáticos que lhe são

subtraídos pelas partes (que trazem ao processo a “parte” da história do delito que lhes interesse), pela limitação cognitiva decorrente da própria natureza humana, ou pela própria complexidade da causa submetida a julgamento.

LOPES JR (2017) arremata sustentando que o ato de julgar não é necessariamente reveladora da “verdade”, mas sim um “ato de convencimento” do juiz; a sentença declara o fato do qual o juiz está convencido, e bem irá se esse convencimento coincidir com a “verdade”. A “verdade” é contingencial, e não fundante. O determinante é convencer o juiz, e não que este chegue à “verdade”.

Essa proximidade do ato de julgar com um ato de fé, de crença que o declarado é conforme a realidade, pode variar substancialmente conforme se apliquem “lentes” ao julgador – comprometendo, assim, a imparcialidade e todo o conteúdo de fundo embarcado no princípio do devido processo legal, e da garantia de julgamento por autoridade competente.

A figura do juiz das garantias tem importantes predicados que podem robustecer a carta principiológica garantista embarcada na Constituição Federal brasileira, conforme melhor se abordará no capítulo seguinte.

4 O JUIZ DAS GARANTIAS NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Conforme já explanado no segundo capítulo, a figura do juiz das garantias foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei Federal nº 13.964/2019, e disciplinada nos novos artigos 3º-A a 3º-F inseridos no Código de Processo Penal.

O novel diploma legal dividiu entre dois juízes a competência para controlar a fase pré-processual e processual da persecução penal. O controle da fase pré-processual (investigação preliminar) ficará a cargo do juiz das garantias, que atuará até o recebimento da denúncia, findando aí sua competência, ficando as questões pendentes de decisão a cargo do juiz da instrução e julgamento (novo artigo 3º-C, do Código de Processo Penal). Nesse ponto, houve uma preocupação com a manutenção de distanciamento do juiz do processo – responsável pela decisão de mérito – em relação aos elementos de convicção dirigidos ao órgão acusatório. Há previsão de impedimento de julgar o mérito da causa ao magistrado que tiver funcionado como juiz das garantias (artigo 3º-D).

Era eliminado, portanto, o critério da prevenção na definição do juízo competente para conhecer e julgar a causa. Esse efeito, como já antecipado no título anterior, é capaz de causar grandes controvérsias no sistema processual brasileiro, visto que acabaria por implantar critérios diversos de impedimentos entre o juízo cível e o juízo criminal. Isso poderá ter impacto direto na aplicação da Lei Maria da Penha, a qual prevê, em seu artigo 14, que a União e os Estados poderão criar Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência mista cível e criminal para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Seria esdrúxulo um magistrado do juizado de Violência Doméstica que tivesse contato com um elemento informativo colhido em fase policial não pudesse julgar eventual ação penal, mas lhe fosse permitido (por ausência de previsão legal de impedimento) julgar uma demanda cível decorrente do mesmo episódio de violência sofrido pela mulher vítima.

Finalmente, a lei atestou a adoção da estrutura processual acusatória, “vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (artigo 3º-A).

Essa norma de conteúdo declaratório é de extrema relevância, principalmente nos delitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, tendo em vista que apresenta um norte de atuação ao julgador; impede que este se aproxime indevidamente de atividade própria do órgão de acusação, comprometendo sua imparcialidade e a paridade de armas.

Apesar das inovações legislativas introduzidas pela “Lei Anticrime”, foram propostas nada menos que quatro ações diretas de inconstitucionalidade em face da norma, a saber: (1) ADI nº 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), na qual os autores impugnam os artigos. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do Código de Processo Penal, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, bem como o art. 20 dessa lei, que fixa o início da vigência do diploma; (2) ADI nº 6.299, ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e pelo CIDADANIA, na qual os autores impugnam, além dos preceitos anteriormente mencionados, o § 5º do art. 157 do Código de Processo Penal, também inserido pela Lei nº 13.964/2019; (3) ADI nº 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), na qual também se impugnam os artigos. 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, inseridos pela Lei nº 13.964/2019; e (4) ADI nº 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), impugnando os artigos 3º-A, 3º-B (incisos IV, VIII, IX, X e XI, alíneas ‘d’ e ‘e’), parágrafo único do artigo 3º-D; artigos 28 e 28-A, incisos III e IV, e parágrafos 5º, 7º e 8º, e o parágrafo 4º do artigo 310.

Os argumentos utilizados em referidas ações foram vários, dos quais podemos arrolar resumidamente os seguintes: inconstitucionalidade formal da norma, por dispor sobre procedimento em matéria processual, matéria de competência legislativa concorrente entre os Estados e a União, e por ofensa à competência dos tribunais para a criação de órgãos do Poder Judiciário; ofensa ao princípio da isonomia, em razão da alteração legislativa ter sido criada apenas para a primeira instância, e não para os tribunais superiores e de segundo grau; violação do artigo 169, § 1º, da Constituição, vez que a instituição do juiz das garantias implicaria, necessariamente, aumento de despesas, sem correspondente previsão orçamentária; a incompatibilidade do sistema acusatório com uma figura de juiz-defensor (e, portanto, juiz imparcial); quebra da inércia de jurisdição e do protagonismo do exercício do poder investigatório pelo Ministério

Público, conforme preconizado pelo princípio acusatório; usurpação da função de controle externo da atividade policial; e a exiguidade do prazo de *vacatio legis* de 30 dias para que os órgãos e sistema de Justiça se adaptassem às novidades legislativas.

Essas ações foram propostas no mês de dezembro de 2019, durante o período de recesso forense do Supremo Tribunal Federal, e o presidente da Corte à época, Ministro Dias Toffoli, com fundamento no artigo 13, inciso VIII do Regimento Interno do Pretório Excelso, concedeu, *ad referendum* do plenário da Corte, medida cautelar em janeiro de 2020, dando interpretação conforme a Constituição aos artigos 3º-B ao 3º-F até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, concedendo, para isso, o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias. Além disso, o Ministro afastou expressamente a aplicabilidade do juiz de garantias a certas situações (processos de competência dos tribunais, da Justiça Eleitoral, do Tribunal do Júri, ou envolvendo violência doméstica e familiar), e deu outras providências relativas aos processos cujas ações penais já tivessem sido instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais.

No que pertine à não implementação da figura do juiz de garantias em delitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, o Ministro Dias Toffoli se pronunciou em apenas dois parágrafos (BRASIL, 2020a, p. 31-32):

Revela-se necessário, também, ressaltar os processos criminais relativos aos casos de **violência doméstica e familiar**. De fato, a violência doméstica é um fenômeno dinâmico, caracterizado por uma linha temporal que inicia com a comunicação da agressão. Depois dessa comunicação, sucede-se, no decorrer do tempo, ou a minoração ou o agravamento do quadro. Uma cisão rígida entre as fases de investigação e de instrução/julgamento impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica do contexto de agressão.

Portanto, pela sua natureza, os casos de violência doméstica e familiar exigem disciplina processual penal específica, que traduza um procedimento mais dinâmico, apto a promover o pronto e efetivo amparo e proteção da vítima de violência doméstica. (grifo do original)

Em suma, o magistrado de estirpe constitucional entendeu que a figura do juiz de garantias nos delitos envolvendo violência doméstica e familiar impede que o juiz conheça “toda a dinâmica do contexto de agressão”, e que “pela sua natureza, os casos de violência doméstica e familiar exigem disciplina processual penal específica”, com um “procedimento mais dinâmico, apto a promover

o pronto e efetivo amparo e proteção da vítima de violência doméstica”.

O Ministro Dias Toffoli não esclareceu o que chamou de “procedimento mais dinâmico” que proteja prontamente a mulher vítima de violência. Deu sinais de que seu entendimento segue uma linha de que a repressão dos delitos com conotação de violência doméstica e familiar não devem seguir o rito comum como os demais crimes, mas sim uma “disciplina processual penal específica”. Infelizmente o Ministro foi omissivo quanto à espécie de “disciplina processual” a que se referiu em sua decisão, e também não teceu maiores considerações sobre esses termos dos quais lançou mão em seu pronunciamento.

Mauro Andrade (2020, p. 140) bem ressalta o descompasso de Dias Toffoli com os defensores da figura do juiz das garantias:

Ou seja, para a doutrina nacional, o juiz *bem informado* da fase de investigação não pode continuar no processo, pois sua presença estaria violando a imparcialidade judicial; para o Ministro citado, o mesmo juiz *bem informado* da fase de investigação pode continuar no processo, sem que sua presença viole a imparcialidade judicial.

A seguir, portanto, a linha de raciocínio traçada na decisão do ministro Dias Toffoli, seríamos obrigados a reconhecer que o réu, em processo envolvendo essa temática, não terá direito a um juiz imparcial, o que significa a morte do próprio fundamento de existência do Estado-jurisdição.

No fundo, apesar de não admitida formalmente, a manifestação do Ministro reflete uma repulsa à ideia de um juiz afastado da atividade investigativa, de um juiz sem pró-atividade e protagonismo – incompatível com o juiz inerte e imparcial preconizado pelo princípio acusatório.

Não obstante isso, em sua decisão, o Ministro Dias Toffoli consignou (BRASIL, 2020a, p. 12) que o legislador fez uma legítima opção pela instituição da figura do juiz das garantias – acompanhado de um microssistema com regras gerais de competência e de julgamento, de natureza tipicamente processual criminal –, conforme lhe permite o artigo 22, inciso I, da Constituição, e, com isso, realizando uma divisão de competência funcional entre magistrados atuantes na seara criminal. Rechaçou, nesse tocante, o argumento de que a lei invadiu competência legislativa dos Estados para tratar de organização e divisão judiciária – argumento que foi acolhido apenas em relação ao artigo 3º-D, que previa um sistema de rodízio de juízes em comarcas com atuação de um único magistrado.

Dias Toffoli ressaltou a constitucionalidade do juiz das garantias, figura

que veio como confirmação do sistema processual penal adotado pela Carta Magna, que previu claramente a separação entre as funções de acusar, defender e julgar.

Ressaltou, também (BRASIL, 2020a, p. 24), que não foi criada uma nova atividade dentro da estrutura do Poder Judiciário (o qual já possui a atribuição da supervisão da legalidade dos atos praticados nas investigações criminais), de forma que a implementação do juiz das garantias não demanda necessariamente a criação de novos cargos, não incrementa o volume de trabalho do Judiciário, e não gera nova demanda. Não se trata, portanto, de reestruturação, e sim de reorganização da estrutura já existente, e que o Poder Judiciário dispõe, sim, de meios e de estrutura para concretizar essa previsão legal.

Importante ressaltar que, nesse momento, o novel artigo 3º-A (que declara o caráter acusatório do sistema processual penal pátrio) restou intacto e com vigência limitada apenas pela *vacatio legis* de 30 dias, prevista na própria Lei nº 13.964/2019. O Ministro Dias Toffoli reconheceu expressamente isso (BRASIL, 2020a, p. 35), declarando que tal dispositivo veicula postulados básicos do sistema acusatório.

Alguns dias depois, em decisão datada de 22 de janeiro de 2020, o Ministro Luiz Fux, relator das três ações diretas de inconstitucionalidade, prolatou decisão cautelar (BRASIL, 2020b), substitutiva da medida tomada pelo Ministro Dias Toffoli, cuja ementa é a seguinte:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ART. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F DO CPP. JUIZ DAS GARANTIAS. REGRAS DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. ARTIGO 96 DA CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE DOTÇÃO 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 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 emi-

nentemente 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 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 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 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);

[...]

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

(a) 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);

(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 (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.

O Ministro Luiz Fux, nessa decisão, entendeu, na qualidade de relator, que a decisão do Presidente da Corte merecia ser pontualmente ajustada, com vistas a resguardar a reversibilidade da medida cautelar e prestigiar a deliberação de mérito a ser realizada oportunamente pelo Plenário.

Inicialmente consignou 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, pelo fato dos dispositivos questionados terem natureza materialmente híbrida, sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária (o que impõe a incidência da restrição do artigo 96 da Constituição).

Prosseguiu asseverando que restou sobejamente evidente que a implantação dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal efetivamente requer, em níveis poucas vezes visto na história judiciária recente, a reestruturação de unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos (BRASIL, 2020b, p. 19).

Com isso, entendeu o eminente Ministro que a inconstitucionalidade formal dos dispositivos atacados é descortinada quando se chega a uma inescapável conclusão sobre a novidade legislativa: 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 (BRASIL, 2020b, p. 21).

Luiz Fux consignou que, concordando-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. De outra banda, o Ministro também visualizou a possibilidade de incentivos à impunidade ou, ao menos, prejuízo a duração razoável do processo, visto que a instituição do juiz das garantias, combinada com a morosidade atual de muitos juízos criminais do país em virtude do assolamento de processos, acarretaria aumento do tempo necessário para

que prestação jurisdicional final ocorresse.

Com isso, e em arremate, o Ministro da Excelsa Corte concedeu a medida cautelar requerida para suspender a eficácia dos novos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, alegando que há forte probabilidade de dano ao funcionamento da justiça criminal, com efeitos irreversíveis, caso se permita a entrada em vigor, ainda que parcialmente, de legislação que suscita questões de inconstitucionalidade formal e material de alta complexidade (BRASIL, 2020b, p. 30).

Ressalta aos olhos a constatação que o Ministro Luiz Fux se utilizou de argumentação de ordem financeira e orçamentária para afastar a eficácia dos dispositivos que consagram o sistema acusatório e o juiz das garantias no processo penal brasileiro.

Não obstante a inclusão do artigo 3º-A do Código de Processo Penal ter sido realizada em meio à instituição do juiz de garantias, observa-se haver uma clara independência entre ele e os artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F, pois estes versam exatamente sobre a figura do juiz de garantias, enquanto aquele trata de explicitar o modelo acusatório.

Em realidade, a figura do juiz das garantias mais se aproxima de um corolário do sistema processual acusatório, sendo dele um instrumento garantidor do devido processo legal, e, em última instância, inegável avanço jurídico em favor do acusado.

O juiz de garantias potencializa o modelo acusatório ao evitar que possíveis pré-julgamentos ocorridos ao longo da fase inquisitiva contaminem a fase processual, mantendo o juiz encarregado da instrução como um desconhecedor dos fatos, os quais lhe serão apresentados apenas na fase instrutória. Assim, a atuação de juízes distintos, um na fase pré-processual e outro na processual, facilita a não “contaminação” do julgador com a versão dos fatos apresentada em um momento em que não há ampla defesa nem contraditório.

Mesmo sem o instituto do juiz de garantias, é possível se manter uma estrutura acusatória de processo (PRADO, 2005, p. 174), cabendo ao juiz manter-se alheio às tarefas de acusação (determinação de diligências investigativas, produção de provas, decretação de prisões ou medidas cautelares de ofício, etc.). A inexistência de juízos distintos nas fases processual e pré-processual não é óbice a um processo penal acusatório.

Em síntese, ainda que se considerem inconstitucionais os arts. 3º-B ao 3º-F do CPP (independentemente do argumento utilizado para tanto), não há obrigatoriamente que se reconhecer a inconstitucionalidade consequencial (também conhecida como “por arrastamento” ou “por atração”) do art. 3º-A, visto que esse dispositivo veicula conteúdo normativo eminentemente declaratório. Logo, a análise sobre as (in)constitucionalidades formal e material do art. 3º-A deve ser avaliada de maneira apartada dos artigos 3º-B ao 3º-F, sendo descabido o juízo de (in)compatibilidade do art. 3º-A com a Constituição como se ele formasse um bloco unitário com os artigos 3º-B a 3º-F.

A consagração do sistema acusatório, impondo-se ao magistrado um dever de alheamento aos interesses das partes, reduzindo-se gastos com diligências adotadas de ofício, não gera qualquer custo ao Poder Judiciário, acarretando, ao revés, menores despesas. Os fundamentos para declaração de inconstitucionalidade do art. 3º-A, embasados em razões de ordem financeira, ainda que idôneos à sustação do juiz de garantias, são, portanto, inaplicáveis ao art. 3º-A do CPP.

Logo, verifica-se que a concessão da medida cautelar para suspender a vigência do art. 3º-A do Código de Processo Penal é fruto de uma interpretação constitucional equivocada que conduz a uma grave injustiça ao impedir-se o sepultamento da cultura inquisitiva que permeia o processo penal brasileiro.

De qualquer forma, após a decisão liminar do Ministro Luiz Fux em 2020, ficaram com a eficácia suspensa, *sine die*, as normas que declaravam a estrutura acusatória e criavam o instituto do juiz de garantias – uma demonstração de ativismo judicial que acaba tornando inócuo o trabalho do legislador (no caso, por longos 41 meses, se contado até junho de 2023).

Conquanto a definição de ativismo judicial não seja unívoca, Mariana Andrade e Clarissa Brasil sustentam (2018, p. 3281) que este é caracterizado, a grosso modo, pela:

(...) participação intensa do Poder Judiciário, inclusive com ingerência sobre os demais poderes, através de decisões que interferem diretamente na regulamentação da vida em sociedade e nas políticas públicas estatais, e sempre sob o manto da interpretação das normas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Guilherme Peña de Moraes (2012, p. 96, 105 e 168) delimita o ativismo

judicial como método de criação judicial do Direito *extra legem*, porém *intra ius*. Segundo David Forte (1972, p. 17), seria uma interferência em maior grau do Judiciário na esfera de atuação dos outros Poderes do Estado.

MORAES (2003, p. 18) sustenta que, no espaço dos diálogos constitucionais, é identificado o protagonismo do Poder Judiciário que, por causa da judicialização de relações de natureza social e política, opera o efeito do ativismo judicial.

O ativismo judicial, apesar de, por vezes, ser um importante instrumento de preenchimento de lacunas jurídicas deixadas por outros Poderes, tem sido bastante criticado justamente por viabilizar, de certo modo, a transposição de poder legiferante ao Poder Judiciário.

Por essa razão, MORAES (2015, p. B23) defende a afirmação pela possibilidade do ativismo judicial, aplicando-lhe, contudo, limites, que devem ser guiados por cinco padrões de avaliação sobre a discriminação ou preconceito, a deliberação popular, o funcionamento da democracia, a capacidade técnica e a proteção deficiente dos direitos das gerações futuras.

No parâmetro “deliberação popular”, sustenta Guilherme Peña que, quanto maior for o grau de deliberação popular no processo de tomada de decisão dos agentes da política, menor deve ser o nível de interferência do Judiciário na esfera de atuação dos outros Poderes do Estado. Além disso, o governo da maioria deve ser protegido, a não ser na hipótese em que a vontade de quem tenha a maioria dos votos imponha ameaça ou lesão à preservação dos direitos fundamentais, quando, então, a regra se inverte.

Esses limites não parecem ter sido respeitados no caso da Lei Anticrime, pelo menos quanto à declaração do caráter acusatório do sistema processual penal pátrio, e à implementação do juiz das garantias. No caso da Lei nº 13.964/2019, a aprovação na Câmara dos Deputados foi expressiva: 408 (quatrocentos e oito) votos favoráveis, de um total de 419 (quatrocentos e dezenove), conforme deliberação em Plenário no dia 04 de dezembro de 2019⁴⁴. No Senado, foi costurado um acordo entre os parlamentares para que não fossem apresentadas mudanças significativas que forçassem o retorno do projeto à Casa inicia-

⁴⁴ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 02 dez. 2021.

dora (KANADUS, 2019), de maneira que a matéria foi aprovada em tempo recorde, e encaminhada à sanção presidencial. O caráter acusatório do processo e a criação do juiz das garantias não sofreram veto por parte do Poder Executivo.

Dessa maneira, não se vê muita margem de atuação jurisdicional para afastamento a fórceps de normas jurídicas com ampla aprovação por parte dos representantes constitucionais do povo brasileiro. Nem sequer se tratava de tema que padecia de normatização, ou com sérias lacunas jurídicas: a matéria estava suficientemente detalhada na norma que acabou com a eficácia suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Os Órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro (tanto o Pretório Excelso como também o próprio Conselho Nacional de Justiça⁴⁵) têm dado claros sinais de serem refratários à ideia de separação do juiz em relação à atividade investigativa.

Desde 2008 já há precedente no Supremo Tribunal Federal no sentido de que o critério da prevenção não viola nenhum comando constitucional, e o fato de o juiz atuar como presidente de uma investigação não o impede de atuar com imparcialidade no julgamento da causa:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRESIDÊNCIA DE INQUÉRITO. IMPEDIMENTO DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA. ART. 255 do CPP. ROL TAXATIVO . PRECEDENTES. JUÍZADO DE INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 75 DO CPP COM A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. II - Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes. III - Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária. IV - O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. V - O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional. VI - Ordem denegada.
(Habeas Corpus nº 92893, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2008, DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008 EMENT VOL-02345-01 PP-00118)

⁴⁵ É o que se extrai da manifestação do Conselheiro do CNJ, Mario Augusto Figueiredo, na audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal em 25 de outubro de 2021, no bojo do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6298, 6299, 6300 e 6305 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021).

Essa linha de raciocínio restou transparecida na conduta dos atuais membros do Pretório Excelso, quando do início do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade propostas contra a Lei Anticrime. Na sessão plenária de 15 de junho de 2023 (PODER360, 2023⁴⁶), o advogado Fábio Simantob realizou sustentação oral em nome do Partido Solidariedade, argumentando sobre a necessária constitucionalidade do juiz das garantias, e dirigiu uma pergunta retórica ao Ministro Luiz Lux: se havia lembrança, na Operação Lava Jato, de alguma decisão em que o juiz, ao final, na sentença, reconhecia o erro de manter uma pessoa presa preventivamente e depois a prova não mostrava a segurança da culpa, ou reconhecendo nula uma prova que ele mesmo, o juiz, mandou produzir. Em resposta, e eloquentemente discordando com o ilustre causídico, o Ministro dirigiu-lhe outra pergunta: “O senhor já absolveu os seus clientes, mesmo depois de o juiz ter feito a instrução? O senhor já conseguiu absolver clientes?”

Apesar de aparentemente despreziosa, a indagação só serviu como um expediente descontextualizado e simplista de desqualificar os argumentos que o nobre advogado havia acabado de apresentar na tribuna.

Mais chamativa foi a manifestação do Ministro Alexandre de Moraes, que falou logo em seguida. Em tom visivelmente irritado, o ministro ressaltou que foi promotor de justiça por mais de 10 anos, e promotor criminal por mais de 6 anos, e que podia atestar que inúmeros juízes que fizeram a instrução, com decretação de prisões preventivas e buscas e apreensões, absolveram os réus ao final. E esbravejou: “essa informação, com todo o respeito ao advogado que falou na tribuna, não procede de maneira alguma!”. Finalizou sua fala registrando que, no seu entender, o que está sob julgamento são as ações diretas de inconstitucionalidade em relação ao novo sistema processual criminal, e não o Poder Judiciário brasileiro, nem os milhares de juízes de primeira instância que trabalham diuturnamente na investigação e na instrução corretamente.

Não custa lembrar que referido Ministro é o relator do Inquérito nº 4781, instaurado em 2019 pela presidência da Corte em razão de supostos ataques e ameaças de morte a membros do Tribunal e a seus familiares. Tal inquérito foi

⁴⁶ Conferir a partir das 3h:21min.

bastante criticado pela comunidade jurídica, e também pelo Ministro Marco Aurélio, que chegou a apodá-lo de “inquerito do fim do mundo” (LEITE, 2021), em razão das “estranhezas” jurídicas nele visualizadas: instauração de inquerito sem prévia consulta à Corte, designação casuística de relator para a condução dos trabalhos (juízo de exceção por violação ao sistema democrático de distribuição); submissão de pessoas desprovidas de foro por prerrogativa de função à jurisdição da Corte Constitucional (juízo de exceção por violação à regra de competência *ratione personae*), condição investigatória feita por magistrado sem a presença (e às vezes contra a manifestação) do Ministério Público (desrespeito ao princípio acusatório); sigilosidade absoluta⁴⁷, inclusive em relação a possíveis investigados, etc.

Não obstante todos esses graves vícios, a Suprema Corte, em julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572, resolveu declarar a constitucionalidade da Portaria GP nº 69, de 2019, que determinou a abertura do referido inquerito policial nº 4781 – façanha jurídica viabilizada pelo artigo 43⁴⁸ do Regimento Interno do Pretório Excelso. O acórdão restou assim ementado:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF. PORTARIA GP Nº 69 DE 2019. PRELIMINARES SUPERADAS. JULGAMENTO DE MEDIDA CAUTELAR CONVERTIDO NO MÉRITO. PROCESSO SUFICIENTEMENTE INSTRUÍDO. INCITAMENTO AO FECHAMENTO DO STF. AMEAÇA DE MORTE E PRISÃO DE SEUS MEMBROS. DESOBEDIÊNCIA. PEDIDO IMPROCEDENTE NAS ESPECÍFICAS E PRÓPRIAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO EXCLUSIVAMENTE ENVOLVIDAS COM A PORTARIA IMPUGNADA. LIMITES. PEÇA INFORMATIVA. ACOMPANHAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA VINCULANTE Nº 14. OBJETO LIMITADO A MANIFESTAÇÕES QUE DENOTEM RISCO EFETIVO À INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA. 1. Preliminarmente, trata-se de partido político com representação no Congresso Nacional e, portanto, legitimado universal apto à jurisdição do controle abstrato de constitucionalidade, e a procuração atende à “descrição mínima do objeto digno de hostilização”. A alegação de descabimento pela ofensa reflexa é questão que se confunde com o mérito, uma vez que o autor sustenta que o ato impugnado ofendeu diretamente à Constituição. E, na esteira da jurisprudência desta Corte, compete ao Supremo Tribunal

⁴⁷ Apesar da Suprema Corte ter aprovado súmula vinculante (enunciado nº 14) garantindo amplo acesso da defesa aos autos de qualquer investigação, o acesso ao Inquerito nº 4781 por parte de alguns investigados só foi possível decorridos 30 dias, o mesmo ocorrendo quanto à audição da Procuradoria-Geral da República. Em janeiro de 2023, o inquerito completou o triênio em sigilo, sem informações deste ter sido levantado até junho do mesmo ano.

⁴⁸ Artigo 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquerito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquerito à autoridade competente.

Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental e, diante da vocação da Constituição de 1988 de reinstaurar o Estado Democrático de Direito, fundado na “dignidade da pessoa humana” (CR, art. 1º, III), a liberdade pessoal e a garantia do devido processo legal, e seus corolários, assim como o princípio do juiz natural, são preceitos fundamentais. Por fim, a subsidiariedade exigida para o cabimento da ADPF resigna-se com a ineficácia de outro meio e, aqui, nenhum outro parece, de fato, solver todas as alegadas violações decorrentes da instauração e das decisões subsequentes. 2. Nos limites desse processo, diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais, arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada totalmente improcedente, nos termos expressos em que foi formulado o pedido ao final da petição inicial, para declarar a constitucionalidade da Portaria GP n.º 69/2019 enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas. 3. Resta assentado o sentido adequado do referido ato a fim de que o procedimento, no limite de uma peça informativa: (a) seja acompanhado pelo Ministério Público; (b) seja integralmente observada a Súmula Vinculante nº14; (c) limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a Democracia; e (d) observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais.

(ADPF 572, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-087 DIVULG 06-05-2021 PUBLIC 07-05-2021)

O Ministro Marco Aurélio foi o único a votar pela inconstitucionalidade da instauração do fatídico inquérito, por entender que os vícios por ele apresentados não guardavam consonância com o princípio acusatório albergado pela Constituição Federal, que preconiza que aquele que julga não deve investigar, menos ainda acusar. Ao nosso ver, esse proceder indulgente e favorável da maioria da Corte a um inquérito judicial conduzido da forma que tem sido feita no último triênio pelo Ministro Alexandre é revelador de que a figura do juiz das garantias foi introduzida no ordenamento jurídico em momento bastante inoportuno e inconveniente ao Pretório Excelso.

Esse apreço por poder investigatório e inquisitório ao Poder Judiciário res- tou delineado no voto do Ministro Luiz Fux, relator das ações diretas de inconstitucionalidade propostas em face da Lei Anticrime. Em seu voto na sessão de julgamento de 28 de junho de 2023, o Ministro consignou que o juiz deve, sim,

ter protagonismo probatório para dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, e que a criação da figura do juiz de garantias é uma mera possibilidade, e não uma imperatividade aos entes federativos (União, Estados e Distrito Federal). Permitiu que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias possam ser remetidos ao juiz da instrução e julgamento ou por este requisitados, para apensamento em apartado. Submeteu a promoção de arquivamento do inquérito à intervenção do Judiciário, podendo não só a vítima ou seu representante legal, mas também o próprio juiz questionar o arquivamento perante a instância revisional do órgão acusatório.

Em suma, o Ministro conferiu “interpretação conforme” à Constituição reescrevendo vários artigos da norma, e deu à lei a redação que mais lhe apetecia quanto aos institutos nela tratados.

Em verdade, parece que a técnica utilizada foi a “redação conforme”, e não a “interpretação conforme” à Constituição.

Tal não se via no ordenamento jurídico brasileiro desde 1988, quando a Constituição em vigor proibiu a possibilidade de vetos parciais de trechos de normas. Apesar da possibilidade de veto parcial ser introduzida no Brasil com a reforma constitucional de 1926, antigamente se adotava o princípio da parcelaridade, segundo o qual era lícito ao presidente vetar apenas algumas palavras dentro de um dispositivo (CAVALCANTE FILHO, 2023). Na prática, esse recurso acabava desnaturando o sentido da norma, de maneira que a ordem constitucional vigente impõe que o veto, caso haja, se dê sobre texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea⁴⁹.

Enquanto a Constituição permite ao Poder Executivo extirpar partes de uma norma que entender inconstitucional, o Ministro Luiz Fux se vê habilitado para enxertar na norma o conteúdo que bem lhe parecer ser necessário nela figurar, ainda que isso implique severa deformação da vontade do legislador ordinário.

É de se lamentar tal conduta da última instância judicial do país, mormente frente às expectativas de imparcialidade e de respeito ao Estado Democrático de Direito que se esperam de uma Corte Constitucional.

⁴⁹ É a previsão do artigo 66, § 2º, da Lei Maior.

Apesar de ainda não concluído o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, o cenário até aqui traçado nos permite estimar que o Supremo Tribunal Federal se manterá refratário ao afastamento do juiz de todo tipo de protagonismo probatório, e que, se não julgar inconstitucional, avalizará a procrastinação da implantação da figura do juiz das garantias no sistema processual brasileiro.

CONCLUSÃO

Como visto, o ordenamento jurídico brasileiro sofreu considerável influência do conjunto normativo europeu, desde o tempo em que este era marcado pela inquisitorialidade típica do Direito Canônico, com sigilosidade, produção de provas pelo próprio julgador e na ausência do acusado.

Com a Revolução Francesa e aprovação do Código de Instrução Criminal napoleônico, novos ares circularam nas discussões jurídicas em torno do sistema criminal europeu, provocando repercussões difusamente pelos povos sobre os quais o Velho Continente exercia poder de caráter colonizador/imperialista. No caso do Brasil, a mudança de paradigma impactou substancialmente, conforme se percebeu após a aprovação do Código de Processo Criminal de 1832, que extinguiu as inquisições devassas e instituiu a figura do Promotor público, que ficou então encarregado de denunciar os crimes públicos e acusar os perpetradores perante os jurados.

Desde então, o sistema brasileiro tem se alternado entre os critérios de rigor da legislação penal. Conforme era aprovada cada reforma legislativa, ora se adotava uma posição mais garantista, ora se seguia um regramento mais rígido e punitivista. Exemplo deste último tem sido apontado o Código de Processo Penal vigente, que, já em sua exposição de motivos, deixava patente que os perpetradores já dispunham de um “extenso catálogo de garantias e favores” que estimulavam indiretamente a expansão da criminalidade, e que era necessário abolir a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.

A Constituição Federal promulgada em 1988 estabeleceu novos paradigmas para o sistema penal nacional, no intuito de romper os laços opressores e autoritários que nortearam a legislação processual penal. Uma série de garantias foram trazidas e estampadas no texto constitucional, que trazia, na redação original dos setenta e sete incisos de seu artigo 5º, um amplo e extenso rol de direitos tidos por fundamentais, estabelecendo isonomia entre homens e mulheres, liberdade nas mais variadas áreas da personalidade (liberdade de ação, pensamento, trabalho, locomoção, associação, expressão da atividade intelectual, artística, científica), entre outras.

O comando constitucional disparou um sinalizador de necessidade de

adequação das normas repressivas ao feixe de princípios de teor democrático recém propalados pela Norma Fundamental, com destaque para os princípios do devido processo legal (que remonta aos séculos XIII e XIV, e já consagrado no ordenamento nacional desde o período imperial) e vedação de processamento e sentenciamento por autoridade incompetente. Eis os elementos basilares de um processo justo e democrático, sem o que não se viabiliza sequer a existência de um julgador justo, imparcial, e designado legal e previamente ao litígio. A relevância do princípio do devido processo legal é tão inegável ao atingimento de justiça que foi erigido a garantia básica do homem, estando presente em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.

Todas essas garantias fundamentais, de uma forma ou de outra, possuem implicação direta com a figura do juiz das garantias, visto que esta, instituída como um “julgador fiscal” na fase inicial da persecução penal, promove a divisão do manto de questões jurídicas suscetíveis de controle jurisdicional. Por via de consequência, haverá matérias que serão analisadas e não mais chegarão ao conhecimento do juiz da instrução – o que pode, a depender do caso, favorecer ou prejudicar a atuação da defesa.

Nesse sentido, a figura do juiz de garantias, introduzida recentemente no processo penal brasileiro, é vista pela maior parte dos juristas como uma importante inovação que busca garantir a lisura e imparcialidade do juiz, e a proteção dos direitos fundamentais dos acusados em geral, independentemente da classe de delito por eles perpetrado. É, portanto, um importante instrumento para se assegurar o devido processo legal penal, principalmente porque, com a cisão da persecução penal em duas fases, viabiliza que o juiz da instrução não se contamine com eventuais vícios (como, por exemplo, provas consideradas ilícitas na fase inicial) verificados na fase que antecede a formalização da acusação.

Por outro lado, a regra com previsão de impedimento do juiz das garantias para julgar o mérito da causa acaba ocasionando uma incongruência no sistema processual brasileiro, visto que acaba por criar hipóteses distintas de impedimento entre o juízo criminal e o cível. Tendo em vista que o interesse na imparcialidade do julgador é relevante a ambas as esferas, o tema do impedimento do

magistrado deve ser tratado de forma simétrica – o que, aliás, até então tem sido feito pelo legislador.

No que diz respeito à proteção dos direitos das mulheres, verifica-se um despontamento de movimentos feministas a partir da década de 1960, com defesa da questão da igualdade de direitos e oportunidades em relação ao homem, e de maior visibilidade social às distintas formas de discriminações e de violências contra as mulheres, construindo uma agenda política que foi decisiva para a construção legislativa e doutrinária internacional. Nesse contexto, a Organização das Nações Unidas aprovou, em 1967, a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, e, em 1979, a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), importantes instrumentos internacionais de reconhecimento do direito de igualdade, e de necessidade de enfrentamento das várias formas de discriminação e violência por elas enfrentada. No âmbito do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, foi aprovada em Belém/PA, em 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, apresentando, inclusive uma definição do que seria a violência contra a mulher.

Também no âmbito do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, foi levado ao conhecimento da respectiva Comissão o caso de violência sofrido pela farmacêutica brasileira Maria da Penha Maia Fernandes, vitimada em maio de 1983 com um disparo de arma de fogo na região da coluna que acabou deixando-a permanentemente paraplégica. A denúncia acarretou a condenação internacional do Brasil em razão da morosidade do Poder Judiciário no processamento e julgamento do caso, o que também serviu como mais uma força política e social para o cumprimento das disposições da Convenção de Belém do Pará com a criação de mecanismos legais tendentes a prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Assim surgiu a Lei Federal nº 11.340, em 2006, mais conhecida como “Lei Maria da Penha”.

Apesar do nome, a Lei nº 11.340/2006 acabou ampliando demasiadamente seu espectro de incidência, não apenas se limitando aos casos de violência envolvendo relações íntimas de afeto (marido-mulher, companheiros etc). E também lançou mão do conceito de gênero para qualificar a violência que procurou combater, incidindo, assim, nas mesmas controvérsias sobre a dificuldade de (in)definição do termo “gênero”, e objeto de acirrados debates em circuitos

internacionais de proteção dos direitos das mulheres.

Isso abriu espaço para um debate sobre o real espectro de incidência da Lei nº 11.340/2006, o que foi visto por certos setores político-sociais como uma tentativa de esvaziamento da norma e de suas disposições mais rigorosas, com escusas meramente interpretativas. Como resultado, foi editada a Lei Federal nº 14.550, de 19 de abril de 2023, para prever a incidência da Lei Maria da Penha a todas as situações de violência doméstica e familiar, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida – e mesmo que fora das circunstâncias do caso paradigma que motivou a criação da norma protetiva às mulheres.

Deve-se atentar, todavia, para o perigo atrelado a essa incontida ânsia no alargamento dos limites de incidência da Lei nº 11.340/2006. Ainda que posta de lado a controvérsia sobre o termo “gênero”, o fato de determinada violência praticada contra a mulher casuisticamente não se qualificar como de gênero, e, portanto, auspiciada nos rigores da Lei Maria da Penha, não implica impunidade ou irrelevância ao ordenamento jurídico de uma violação de direitos, eis que ainda poderá ser remediada pela via ordinária disponibilizada pelo Direito. Não custa lembrar que a Lei Maria da Penha elegeu, digamos, uma “categoria” de violência praticada pela humanidade, e estabeleceu um microssistema específico na tentativa de tratá-la e preveni-la. Portanto, ainda que um delito previsto em lei incriminadora e praticado contra uma vítima mulher não se enquadre no espectro delimitado pela lei específica, isso não será sinônimo de tolerância ou impunidade, visto que haverá uma norma geral incriminadora exigindo aplicação de sanção ao fato.

Não obstante a vigência da Lei nº 11.340/2006, estudos e estatísticas apontam que a violência doméstica e familiar contra a mulher no país só incrementou nas últimas décadas, o que chama a atenção para uma visível falência do Direito Penal quanto ao combate à violência de gênero contra a mulher, bem como a um abuso na utilização de um punitivismo exacerbado como a solução para todos os problemas da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Essa falência recorrente do sistema penal na tarefa de proteção de bens jurídicos, de combate à criminalidade, e de aplicação igualitária das penas só agravou a crise de legitimidade na qual aquele se viu imerso; ou seja, além de não proteger de forma eficaz as mulheres contra a violência, o sistema penal

acaba duplicando essa violência contra elas, e fragmentando o movimento feminista.

Nessa esteira, o Estado não pode se distanciar do penalizado, sob pena de abrir margem para arbitrariedades, e prática de retribuição do mal por mal, sem qualquer outra finalidade com utilidade social ou comunitária. Essa preocupação é bem pertinente quando se trata de modificações de normas de conteúdo punitivo ou limitador, tais como o Direito Penal e as medidas protetivas aplicadas em decorrência de violência contra a mulher. Com efeito, e por mais preocupante ou grave que esse tipo de delito seja, é importante frisar que a prevenção, apuração e persecução de infrações dessa categoria não deve descuidar da observância das normas constitucionais, nem violar direitos fundamentais da pessoa investigada ou submetida ao poder coercitivo estatal.

Daí a importância de respeito aos direitos e garantias processuais penais previstos na Constituição, seja por meio do cidadão, seja por meio do legislador ao confeccionar novas normas, seja por meio do aplicador da lei ao caso concreto. O exagero no punitivismo infelizmente tem levado a significativas relativizações de direitos e garantias muito caras ao Estado brasileiro, tais como a presunção de inocência e o devido processo legal.

A preocupação com a prevenção e repressão dos delitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher não deve de modo algum comprometer as garantias processuais básicas do cidadão, nem mesmo pretender conferir um “viés proximista” do julgador em relação à vítima, ou aplicar “lentes” de qualquer tipo ao magistrado, sob pena de comprometimento de sua esperada imparcialidade para decidir a questão.

Nesse sentido, a criação do juiz das garantias, no nosso entender, tem importantes predicados que podem robustecer a carta principiológica garantista embarcada na Constituição Federal brasileira.

Em realidade, a figura do juiz das garantias mais se aproxima de um corolário do sistema processual acusatório, sendo dele um instrumento garantidor do devido processo legal, e, em última instância, inegável avanço jurídico em favor do acusado.

O juiz de garantias potencializa o modelo acusatório ao evitar que possíveis pré-julgamentos ocorridos ao longo da fase inquisitiva contaminem a fase processual, mantendo o juiz encarregado da instrução como um desconhecedor

dos fatos, os quais lhe serão apresentados apenas na fase instrutória. Assim, a atuação de juízes distintos, um na fase pré-processual e outro na processual, facilita a não “contaminação” do julgador com a versão dos fatos apresentada em um momento em que não há ampla defesa nem contraditório.

Conquanto os órgãos de cúpula do Poder Judiciário tenham apresentado certa repulsa à ideia de separação do juiz em relação à atividade investigativa, e embora a norma instituidora do juiz das garantias tenha tido a eficácia suspensa em sede de controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a divisão das tarefas de controle das investigações preliminares e de instrução do feito para dois magistrados parece garantir uma equidistância do julgador entre as partes e os elementos de convicção sobre os fatos objeto de controvérsia.

Mesmo sem o instituto do juiz de garantias, é possível se manter uma estrutura acusatória de processo, cabendo ao juiz manter-se alheio às tarefas de acusação (determinação de diligências investigativas, produção de provas, decretação de prisões ou medidas cautelares de ofício, etc.). A inexistência de juízos distintos nas fases processual e pré-processual não é óbice a um processo penal acusatório. E é um grande equívoco decepar essa característica do processo penal brasileiro lançando mão de argumentos puramente financeiros e orçamentários do Judiciário, como fez o Ministro Luiz Fux no bojo das ações de controle abstrato de constitucionalidade da Lei Federal nº 13.964/2019. Com efeito, é o resultado de uma interpretação constitucional equivocada que obsta o sepultamento da cultura inquisitiva tão enraizada o processo penal brasileiro

Em síntese, ainda que se considerem inconstitucionais os arts. 3º-B ao 3º-F do CPP (independentemente do argumento utilizado para tanto), não há obrigatoriamente que se reconhecer a inconstitucionalidade consequencial (também conhecida como “por arrastamento” ou “por atração”) do art. 3º-A, visto que esse dispositivo veicula conteúdo normativo eminentemente declaratório.

Necessário se faz, todavia, uma adequação normativa para evitar a implantação de critérios diversos de impedimentos entre o juízo cível e o juízo criminal, visto que a questão da imparcialidade e não contaminação do julgador é de suma importância não apenas no juízo penal, mas também no cível.

Portanto, nesse ponto, o legislador brasileiro deveria guardar a coerência e se decidir sobre a temática, fazendo adequações em conformidade com esse

raciocínio. Se a causa de impedimento é realmente pertinente, que seja replicada no processo civil. Do contrário, não há razão para que ela subsista no processo penal.

REFERÊNCIAS

ACAYABA, Cíntia; REIS, Thiago; SILVEIRA, Daniel. **Brasil teve 65,6 mil assassinatos em 2017, revela Atlas da Violência; número é maior que o divulgado pelas autoridades de segurança**. G1, 05 jun. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/06/05/brasil-teve-656-mil-assassinatos-em-2017-revela-atlas-da-violencia-numero-e-maior-que-o-divulgado-pelas-autoridades-de-seguranca.ghtml>. Acesso em: 22 jun. 2023.

ALEMANHA. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo>. Acesso em: 24 mai. 2023.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. I, 1959.

ANDRADE. Ivan Moraes de. **Polícia judiciária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e Feminismo**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (coord.) *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

ANDRADE, Mariana Dionísio de; BRASIL, Clarissa. Delimitando o ativismo judicial: acepções, críticas e conceitos / Delimiting judicial activism: acceptions, criticisms and concepts. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, [S.l.], v. 11, n. 04, p. 3279-3297, dez. 2018. ISSN 1516-0351. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33287/27091>. Acesso em: 24 ago. 2023. Doi: <https://doi.org/10.12957/rqi.2018.33287>.

ARGENTINA. **Lei 23.984, de 04 set. 1991**. Código Procesal Penal. Boletim Oficial de 29 nov. 1991, p. 2. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley23984.pdf. Acesso em: 09 jun. 2023.

ARGENTINA. **Lei nº 25.409, de 14 mar. 2001**. Boletim Oficial nº 29.632, de 20 abr. 2001. Disponível em: <https://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/04256380006b59850425636f00508108/3a1e92190f8246bf032570c7006528c2?OpenDocument>. Acesso em: 10 jun. 2023.

ARGENTINA. **Lei 27.063, de 07 fev. 2014**. Código Procesal Penal Federal. Boletim Oficial nº 33027, p. 1, de 10 dez. 2014. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=239340>. Acesso em: 10 jun. 2023.

BARREDA, Victoria. **Género y travestismo em el debate**. In: OPIELA, Carolina Von. *Derecho a la identidad de género: Ley 26.743*. Buenos Aires: La Ley, 2012. Disponível em: <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos->

personas-
lgtbi/Ley%20Derecho%20a%20la%20Identidad%20de%20G%C3%A9nero.Argentina.pdf.pdf. Acesso em: 07 jul. 2023.

BARSTED, Leila Linhares. **O feminismo e o enfrentamento da violência contra as mulheres no Brasil**. In: SARDENBERG, C.M.B., and TAVARES, M.S. comps. *Violência de gênero contra mulheres: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento* [online]. Salvador: EDUFBA, 2016, pp. 17-40. Bahianas collection, vol. 19. ISBN 978-85-232-2016-7. Disponível em: <https://doi.org/10.7476/9788523220167.0002>. Acesso em: 04 jul. 2023.

BENITES, Afonso. **Bolsonaro propõe ‘licença para matar’ para policiais e venda de ativos da Petrobras**. *El País*, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/13/politica/1528925858_981167.html. Acesso em: 22 jun. 2023.

BIANCHINI, Alice. BAZZO, Mariana. CHAKIAN, Silvia. **Crimes Contra Mulheres**. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2022.

BIANCHINI, Alice. A prisão preventiva de ofício no contexto da Lei Maria da Penha. In **Revista Consultor Jurídico**, 07 fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-07/bianchini-prisao-preventiva-oficio-lei-maria-penha>. Acesso em: 14 jul. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2020.

BITTAR, Paula. **Moro e mais cinco ministros entregam proposta anticrime a Rodrigo Maia**. In Agência Câmara de Notícias, 19 fev. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/552156-moro-e-mais-cinco-ministros-entregam-proposta-anticrime-a-rodrigo-maia/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

BOBBIO, Norberto, **Dicionário de política** / Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; tradução Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.

BORGES, Larissa; NAVARRO, Silvio. Preso, ex-diretor da Petrobras é ‘caixa-preta’ da estatal. In: **Revista Veja**, 20 mar. 2014. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/preso-ex-diretor-da-petrobras-e-caixa-preta-da-estatal>. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. **Lei de 29 de novembro de 1832**. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841**. Reformando o Código do Processo Criminal. Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, 11 de

Dezembro de 1841. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%20261%2C%20DE%203%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201841.&text=Reformando%20o%20Codigo%20do%20Processo,e%20Defensor%20Perpetuo%20do%20Brasil. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871**. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 fev. 1891**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 jul. 1934**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 out. 1988**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. **Relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Mulher**. Brasília, 1978. Presidente: Senador Gilvan Rocha. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/institucional/arquivo/imagens/tabela-de-cpmis-de-1967-2016>. Acesso em: 01 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Diário Oficial da União, 02 ago. 1996. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. **Projeto de lei nº 4559/2004**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Brasília, 16 nov. 2004. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=256085&filename=PL%204559/2004. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Comissão de juristas vai propor reforma do Código de Processo Penal**. In: Agência Senado, 06 jun. 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/06/06/comissao-de-juristas-vai-propor-reforma-do-codigo-de-processo-penal>. Acesso em: 17 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência 88.027/MG**, Relator: Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, julgado em 05 dez. 2008. Diário da Justiça eletrônico de 18 dez. 2008.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de Novo Código de Processo Penal / Comissão de juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84078**, Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05 fev. 2009, Diário da Justiça eletrônico DJe-035, divulgado em 25 fev. 2010, publicado em 26 fev. 2010 EMENT VOL-02391-05 p. 1048.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 470** (Número único: 0007214-12.2007.1.00.0000). Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Dirceu de Oliveira e Silva. Relator: Min. Roberto Barroso. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 17 dez.2012. Diário da Justiça eletrônico DJe-074 divulgado em 19 abr. 2013, publicado em 22 abr. 2013, RTJ VOL-00225-01 p. 11.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Conflito de Jurisdição nº 00609493420138190000**. Relator: PAULO SERGIO RANGEL DO NASCIMENTO. Órgão julgador: Terceira Câmara Criminal. Data de

Julgamento: 17 dez. 2013. Data de Publicação: 23 jan. 2014, Diário da Justiça nº 1775748, fls. 212-214. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#!/consultapublica?numProcessoCNJ=0060949-34.2013.8.19.0000>. Acesso em 08 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1158**. Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 20 ago. 2014. Acórdão Eletrônico DJe-196, divulgado em 07 out. 2014, publicado em 08 out. 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1602263>. Acesso em: 11 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**, Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17 fev. 2016, Diário da Justiça eletrônico DJe-100, divulgado em 16 mai. 2016, publicado em 17 mai. 2016, EMENT VOL-02391-05, p. 1048, RTJ VOL-00238-01, p. 118.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato: Entenda o Caso**. [201-?]. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Conflito de Jurisdição nº 0002179-29.2018.8.17.0000**, Relator: Marco Antonio Cabral Maggi, Data de Julgamento: 28/08/2018, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/09/2018. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/downloadInteiroTeor?codProc=656482&tipoJuris=1141&orig=FISICO>. Acesso em: 30 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Conflito de Competência nº 00181629020188090000**, Relator: Joao Waldeck Felix De Sousa, Data de Julgamento: 06 jun. 2018, Seção Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça 2567, de 15 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-go/613656208>. Acesso em 08 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Conflito Negativo de Competência nº 0712798-53.2018.8.07.0000**, Relator: João Timóteo De Oliveira, Data de Julgamento: 15 out. 2018, Câmara Criminal. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 19 out. 2018. (Sem Página Cadastrada). Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 08 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal**. Decisão monocrática. Presidência da Corte. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil. Ministro Dias Toffoli, 15 jan. 2020, p. 12. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751790428&prclID=5840274&ad=s#>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal**. Decisão monocrática. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux, 22 jan. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751844586&prclID=5840274&ad=s#>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 123, de 07 jan. 2021**. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Presidência do Conselho. DJe/CNJ nº 7/2022, de 11 jan. 2022, p. 5-6. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>. Acesso em: 28 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Nota Técnica 5**. Assunto: Inaplicabilidade das alterações da Lei n. 13.964/2019, acerca da possibilidade de decretação da prisão cautelar *ex officio* nos casos específicos da Lei n. 11.340/2006. Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal. Brasília, 06 jun. 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/notas-tecnicas/nota-tecnica-5-2021.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021**. Grupo de Trabalho Instituído pela Portaria CNJ nº 27, de 02 fev. 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18063720220217620e8ead960f4.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07 nov. 2019. Diário da Justiça eletrônico DJe-270, divulgado em 11 nov. 2020, publicado em 12 nov. 2020.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Prisão após a segunda instância: entendimentos do STF**. In Revista Consultor Jurídico, 06 jan. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-06/prisao-segunda-instancia-entendimentos-stf>. Acesso em: 28 jun. 2023 .

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A ciranda do veto: tradicional, meio-veto, desveto, reveto e não veto. In **Revista Consultor Jurídico**, 14 fev. 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-fev-14/fabrica-leis-ciranda-veto-tradicional-meio-veto-desveto-reveto-nao-veto#_ftnref. Acesso em: 20 jul. 2023.

CHILE. **Lei 19696, de 29 set. 2000** – Estabelece Código Processal Penal. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>. Acesso em: 08 jun. 2023.

CHRISTIE, Nils. **Limites à dor. O papel da punição nas políticas criminais.** Coleção Percursos Criminológicos, 1. Reimp, Nota do Autor. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CIDH. **Sentença de 17 de novembro de 2009.** Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/khdk1ykcy464unmi?page=1>. Acesso em: 10 mar. 2023.

CIDH. **Sentença de 02 de julho de 2004.** Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em 10 mar. 2023.

COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio. **Ensaio sobre a história do governo e legislação de Portugal.** 3 ed. Coimbra: imprensa da universidade, 1851.

CORWIN, Edward S. **The Doctrine of Due Process of Law before the Civil War.** Harvard Law Review, Mar., 1911, Vol. 24, No. 5 (Mar., 1911), pp. 366-385. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1324692.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2023

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. Crítica à Teoria Geral do Processo Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade Federal de Santa Maria: Observatório de Direitos Humanos, 2018. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2021.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador: Juspodvm, 2015.

EQUADOR. **Código de Procedimiento Penal.** Registro Oficial n. 360, Suplemento de 13 jan. 2000. Disponível em: <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/estes-19-C%C3%93DIGO-DE-PROCEDIMIENTO-PENAL-Reglamentos-Generales.pdf>. Acsso em 08 jun. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **5ª Emenda à Constituição Federal.** Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-5/#:~:text=No%20person%20shall%20be%20held,the%20same%20offence%20to%20be>. Acesso em: 09 mar. 2023.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi... Posso Contar.** 2ª edição. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 20. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

FORTE, David F. **The Supreme Court in American Politics: judicial activism vs. self-restraint**. Lexington: Heath, 1972.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil. 3ª Edição 2021**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/infografico-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3-3.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

FRAGA, Vitor Galvão. Devido Processo Legal: história e conteúdo. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 11, 2018. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/201/185>. Acesso em: 10 mar. 2023.

FRANÇA, Constituição (1791). **Ato Constitucional do Povo Francês**, de 24 de junho de 1793. Disponível em: <https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2023.

GALANTER, Marc. Acesso à Justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 48, jan./jun., 2015.

GALLI, Marcelo. **Para OAS, Moro age como "adversário da defesa" na condução da "lava jato"**. In Revista Consultor Jurídico, 24 jun. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-24/oas-moro-age-adversario-defesa-lava-jato>. Acesso em: 27 jun. 2023.

GAÚCHA ZERO HORA. **Leia a íntegra do discurso de posse do ministro Sergio Moro. 02 jan. 2019**. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2019/01/leia-a-integra-do-discurso-de-posse-do-ministro-sergio-moro-cjqff4hxxh0oz301rx3nhkkpvn.html>. Acesso em: 28 jun. 2023.

GHANI, Alan. **Especial: Resumão completo sobre a Operação “Lava Jato” e o “Petrolão”**. Infomoney, 03 mar. 2016. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/colunistas/economia-e-politica-direto-ao-ponto/especial-resumao-completo-sobre-a-operacao-lava-jato-e-o-petrolao/>. Acesso em: 21 jun. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. Derecho PUCP: **Revista de la Facultad de Derecho**, ISSN 0251-3420, ISSN-e 2305-2546, Nº. 53, 2000, págs. 949-959. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085011.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, *in Rev. Bras. De Ciências Criminais*, ed. RT, São Paulo, julho/setembro de 1999, pp. 71-79.

GUATEMALA. **Código de Processo Penal de 1992 (Decreto 51-92)**. Disponível em: https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/decretos/1220. Acesso em: 05 jun. 2023.

GUATEMALA. **Ley del Organismo Judicial (Decreto 2-89)**. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_gtm_org.pdf. Acesso em: 06 jun. 2023.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ITALIA. **Código de Processo Penal de 1988**. Disponível em: <https://www.normattiva.it/eli/id/1988/10/24/088G0492/CONSOLIDATED/20230529>. Acesso em: 29 mai. 2023.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Sentenza 15-26 ottobre 1990**. Gazzetta Ufficiale de 31 out. 1990, n. 43. Disponível em: https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:1990:496. Acesso em: 01 jun. 2023.

JIMÉNEZ, Carla. ROSSI, Marina. **'The Intercept': Vazamentos revelados pela 'Veja' amplificam infortúnio de Moro e da Lava Jato**. In *El País*, São Paulo, 05 jul. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/05/politica/1562338825_987314.html. Acesso em: 27 jun. 2023.

KANADUS, Kelli. **Pacote anticrime passa com folga no Senado e vai à sanção de Bolsonaro**. In *Gazeta do Povo*, Brasília, 11 dez. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/pacote-anticrime-senado-aprovado/>. Acesso em: 18 jul. 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Larissa Marila Serrano da Silva. **A Construção do Juiz das Garantias no Brasil: A Superação da Tradição Inquisitória**. 2012. 118f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

LEITE, Fábio. Entrevista especial: 'Alguma coisa não anda bem', diz Marco Aurélio sobre STF. In *Crusoe*, 20 jun. 2021. Disponível em: <https://crusoe.uol.com.br/diario/entrevista-especial-alguma-coisa-nao-anda-bem-diz-marco-aurelio-sobre-stf/>. Acesso em: 20 jul. 2023.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **A Crise do Inquérito Policial: Breve Análise dos Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. RDP nº 04, Doutrina, out-nov/2000. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_04_39.pdf. Acesso em: 10 jun. 2023.

MACHADO, Lia Zanotta. **Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo?** Brasília, [s. n.], 2000. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/MACHADO_GeneroPatriarcado2000.pdf. Acesso em: 13 jul. 2023.

MAGALHÃES, Marcelo Cavalcanti Piragibe. **Iconografia da Justiça através dos tempos**. Escola Superior da Magistratura do Amazonas, ago. 2022. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/esmam-artigos/4426-iconografia-da-justica-atraves-dos-tempos/file>. Acesso em: 17 jul. 2023.

MELLO, Daniel. **Junho de 2013: entenda o cenário de insatisfação que levou a protestos**. Agência Brasil. São Paulo, 04 jun. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-06/junho-de-2013-entenda-o-cenario-de-insatisfacao-que-levou-a-protestos>. Acesso em: 26 jun. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional** (Série EDB), 4ª. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILGRAM, Stanley. (1963). **Behavioral study of obedience**. Journal of Abnormal and Social Psychology, 67, 371-378.

MILITÃO, Eduardo. **Como funciona o juiz de garantias pelo mundo, modelo nascido nos anos 70**. In UOL, 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/15/como-e-juiz-de-garantias-pelo-mundo-alemanha-portugal-brasil-argentina.htm>. Acesso em: 12 fev. 2020.

MILITÃO, Eduardo. **Vírus da discórdia: entenda a crise da PF que separou Moro de Bolsonaro**. In UOL, Brasília, 10 mai. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/05/10/entenda-crise-policia-federal-jair-bolsonaro-sergio-moro-stf.htm>. Acesso em: 29 jun. 2023.

MINAS GERAIS (Estado). **Decreto nº 7.259, de 14 de junho de 1926**. Approva o Código do Processo Penal do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/3586>. Acesso em: 16 fev. 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**. Entenda o Caso. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 22 jun. 2023.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da Justiça Constitucional. In **Direito em movimento**, v. 17, n. 2. Rio de Janeiro: EMERJ, 2019.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **A Redução da maioria penal é constitucional? Não**. Carta Forense, 04 mai. 2015.

MORO, Sérgio; BOCHENEK, Antônio Cesar. **O problema é o processo**. In: Observatório Social do Brasil, 30 mar. 2015. Disponível em: <https://osbrasil.org.br/artigo-o-problema-e-o-processo/>. Acesso em: 27 jun. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Lei penais e processuais penais comentadas**. 108. Ed. São Paulo: Livraria RT, 2017.

NUNES, Cesar Aparecido. **Desvendando a Sexualidade**. Campinas: Papyrus, 1997.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

O'LEARY, Dale. **La Agenda de Género. Redefiniendo la igualdad**. São José, Costa Rica: Promesa, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher**. Pequim, setembro de 1995. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 07 jul. 2023.

Organização das Nações Unidas. Escritório Contra Drogas e Crime (UNODC). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução: Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf. Acesso em: 28 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. Belém/PA, Brasil, 09 jun. 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 06 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Relatório nº 54/01**, do caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes vs Brasil. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 04 abr. 2001. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4404688/mod_resource/content/1/Comissao%20Interamericana%20de%20Direitos%20Humanos%20-%20Relatorio%20

054-01%20-%20Maria%20da%20Penha%20Maia%20Fernandes.pdf. Acesso em: 12 jul. 2023.

PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia; División de Investigación, Legislación y Publicaciones. Colección de Derecho Penal. **Código Procesal Penal de la República del Paraguay. Concordado, con Legislación Complementaria e Índice Alfabético-Temático**. Tomo III. Segunda Edición Actualizada". Asunción: 2ª ed., 2001.

PASSOS, Edilenice. Notícia histórica sobre as comissões de juristas que propuseram modificações ao Código de Processo Penal. **Cadernos de Informação Jurídica (Cajur)**, [S. l.], v. 8, n. 1/2, p. p.136–148, 2021. Disponível em: <https://www.cajur.com.br/index.php/cajur/article/view/297>. Acesso em: 14 jun. 2023.

PASSOS, Edilenice. **O apoio da Biblioteconomia Jurídica à Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto de Código de processo penal**. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, vol. 46, n. 183, p. 47-53. jul./set. 2009. Brasília. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194930>. Acesso em: 10 jun. 2023.

PERSADIE, Natalie. **A Critical Analysis of the Efficacy of Law as a Tool to Achieve Gender Equality**. Maryland: University Press of America, 2012.

PODER360. **Ao vivo: STF retoma julgamento sobre juiz de garantias**. Youtube, 15 jun. 2023. 1 vídeo (238min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ObqdEiUnzWY>. Acesso em: 21 jul. 2023.

POMEROY, Sarah B. **Goddesses, Whores, Wives, and Slaves: Women in Classical Antiquity**. Schocken Books, 1995. Edição ebook, disponível em: <https://archive.org/details/goddesseswhoresw00pome/page/n9/mode/2up?view=theater>. Acesso em: 28 fev. 2023.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal - CPP**. Decreto-Lei n.º 78/87. Diário da República n.º 40/1987, Série I de 17 fev. 1987. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/78/1987/p/cons/20230116/pt/html>. Acesso em: 02 jun. 2023.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Carta de advogados acusa "lava jato" de desrespeitar garantias fundamentais**. 15 jan. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-15/advogados-acusam-lava-jato-desrespeitar-garantias-fundamentais>. Acesso em: 27 jun 2023.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Entenda os vetos do presidente ao "pacote anticrime" aprovado pelo Congresso**. 25 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-25/entenda-vetos-presidente-pacote-anticrime>. Acesso em: 29 jun. 2023.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal como ultima ratio**. In Jusbrasil, 08 abr. 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/990749/direito-penal-como-ultima-ratio>. Acesso em: 23 out. 2021.

ROCHA, Marcelo. **Ex-diretor da Petrobras Jorge Luiz Zelada é preso na Operação Lava Jato**. In G1, 03 jul. 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/07/ex-diretor-da-petrobras-jorge-luiz-zelada-e-preso-na-operacao-lava-jato.html>. Acesso em: 03 mar. 2023.

ROBERT, Frédéric. **Introduction historique au droit pénal**. Paris: Dalloz, 2012.

TYLDESLEY, Joyce. **Daughters of Isis: Women of Ancient Egypt**. Penguin UK, 1994.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **A mulher na sociedade de classes: Mito e Realidade**. Petrópolis: Vozes, 1976.

SANTOS, Michelle Karen Batista dos. Autonomia e empoderamento: aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil em casos de violência contra a mulher. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 18, p. 11–34, 2017. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/165>. Acesso em: 13 jul. 2023.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A construção do juiz das garantias no Brasil: A Superação da Tradição Inquisitória**. 2012. 118f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Audiência Pública - Juiz das Garantias (1/2) - 25/10/21**. Youtube, 25 out. 2021. 1 vídeo (176min). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=kNHduNhmbRc&list=PLippyY19Z47tK8N_nacw8HRSqskvcRQ92&index=1. Acesso em: 21 jul. 2023.

UOL. **Mensagens vazadas revelam que Moro orientou investigações da Lava Jato**. São Paulo, 09 jun. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/06/09/moro-e-dallagnol-trocaram-mensagens-sobre-detalhes-da-lava-jato-diz-site.htm>. Acesso em: 27 jun. 2023.

URUGUAI. **Lei n. 19.293, de 19 fev. 2014**. Código del Proceso Penal. Disponível em: <http://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014>. Acesso em: 08 jun. 2023.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil**. 1ª ed. Brasília/DF, 2015. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 13 jul. 2023.