

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – CAMPUS DARCY RIBEIRO
FACULDADE DE DIREITO

CHRISTIAN VITOR FIGUEIREDO LIMA

O JUIZ DAS GARANTIAS COMO COMPLEMENTO NECESSÁRIO À
IMPARCIALIDADE E AO SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL

BRASÍLIA – DISTRITO FEDERAL

2023

2023

CHRISTIAN VITOR FIGUEIREDO LIMA

**O JUIZ DAS GARANTIAS COMO COMPLEMENTO NECESSÁRIO À
IMPARCIALIDADE E AO SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como
requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo de Souza
Queiroz

BRASÍLIA - DISTRITO FEDERAL

2023

CHRISTIAN VITOR FIGUEIREDO LIMA

**O JUIZ DAS GARANTIAS COMO COMPLEMENTO NECESSÁRIO À
IMPARCIALIDADE E AO SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como
requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz

(Orientador – Presidente)

Prof. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende

(Membro)

Prof. Dr. André Machado Maya

(Membro)

Prof. Me. Welliton Caixeta Maciel

(Suplente)

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Milena, desde a 7ª série minha melhor amiga – e hoje noiva –, por ter me instigado a estudar para o PAS e a ingressar na Universidade de Brasília. Agradeço também por todo amor, apoio e companheirismo ao longo desses desafiadores anos de graduação.

Agradeço à própria UnB, em relação não só às pessoas que a compõem, mas também a ela em si, enquanto instituição, por ter sido uma segunda casa. Eu não concluiria essa graduação (dificilmente ingressaria, inclusive) sem as ações afirmativas adotadas e os programas de assistência estudantil implementados por ela. Fico feliz em levá-la comigo, em alguma medida, para o resto da vida.

Agradeço aos professores e à gestão do Centro de Ensino Médio 404 de Santa Maria/DF, por todo incentivo e suporte para que seus alunos pudessem driblar a desigualdade social e ingressar na tão sonhada universidade pública.

Agradeço aos meus dois irmãos, Ian e Yuri, por produzirem em mim a autocobrança de ser exemplo que me fez suportar alguns dos momentos mais difíceis.

Agradeço à minha tia e à minha avó, pois me fizeram várias vezes, em troca de R\$ 10,00, ler e resumir livros que eram enormes para uma criança de 10 anos. O gosto pela leitura que dali nasceu talvez seja uma das sementes mais profundas do meu interesse pelo estudo. Essa monografia também é fruto disso.

Agradeço ao professor Paulo Queiroz, meu orientador, pelas incríveis aulas ministradas, que me fizeram ter o primeiro interesse pelo estudo do processo penal. Agradeço também à professora Beatriz Vargas e aos professores André Maya e Welliton Caixeta Maciel, por aceitarem o convite para integrar minha banca de monografia. Agradeço, por fim, a todos os professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pelo ensino de excelência e pela dedicação ímpar.

*Já pensou se eu tivesse parado,
desistido no meio do caminho,
quando a chuva escorria na telha
e a mesa mais farta era a do vizinho?
(Hungria Hip-Hop)*

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo analisar a relação da figura do Juiz das Garantias, instituído por meio dos arts. 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, com o sistema acusatório no processo penal, positivado pelo art. 3º-A da referida Lei. Defende-se que entre essa estrutura processual penal e a figura do juiz das garantias há uma relação de complementação necessária, tendo em vista que o sistema acusatório demanda um grau de imparcialidade inalcançável sem a separação dos juízes atuantes na investigação e no processo. Esse trabalho será focado na discussão teórica, ou seja, não abordará questões relativas à (in)viabilidade organizacional e financeira da implementação do juiz das garantias ou às decisões do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em que foi suspensa a eficácia dos dispositivos que preveem a implementação dessa nova figura.

Palavras-chave: Juiz das Garantias; Imparcialidade; Sistema acusatório; Lei 13.964/19; Código de Processo Penal.

ABSTRACT

This undergraduate thesis aims to analyze the relation between the figure of the judge of guarantees, established by Articles 3º-B to 3º-F of the Código de Processo Penal, inserted by Lei nº 13.964/2019, and the accusatorial system in criminal procedure, established by art. 3º-A of that law. It is argued that between this criminal procedural structure and the figure of the judge of guarantees there is a necessary relation of complementation, considering that the accusatorial system demands a level of impartiality unachievable without the separation of the judges acting during the investigation and during the process. This paper will focus on the theoretical discussion, that is, it will not address issues related to the organizational and financial (in)viability of the implementation of the judge of guarantees neither discuss about the decisions of the Supremo Tribunal Federal in the Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 and 6.305, in which the effectiveness of the articles that provide the implementation of this new figure was suspended.

Keywords: Judge of Guarantees; Impartiality; Accusatory system; Law 13.964/19; Criminal Procedure Code.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPP – Código de Processo Penal

MP – Ministério Público

PLS 156/2009 – Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009

STF – Supremo Tribunal Federal

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Sumário

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	13
2.1	Sistema inquisitivo	14
2.2	Sistema acusatório	15
2.3	Sistema misto	18
2.4	Realidade brasileira e a herança inquisitiva	19
3.	DO POSSÍVEL COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ PELO CONTATO PRÉVIO	22
3.1	A insuficiência da mera previsão legal de um juiz imparcial.....	22
3.2	Incompatibilidades da prevenção como regra de fixação da competência com a garantia da imparcialidade	26
3.3	Contribuições da psicologia social.....	30
3.4	Prevenção como regra de exclusão de competência: inversão da escolha do juiz natural	39
4	JUIZ DAS GARANTIAS NA PRÁTICA	41
4.1	Breve histórico	41
4.2	Competências	43
5	AS CRÍTICAS DE MAURO FONSECA ANDRADE	50
6	CONCLUSÃO	65
	REFERÊNCIAS.....	67

1. INTRODUÇÃO

Na presente realidade processual brasileira, em especial em seara penal, é dever do magistrado atuante conduzir imparcialmente todo o processo, em respeito aos princípios que orientam a jurisdição, em especial o da imparcialidade (NUCCI, 2020, p. 158 - 159). Esse dever é explicitado na Convenção Americana de Direitos Humanos¹, da qual o Brasil é signatário², e que determina que na apuração de qualquer acusação penal o acusado tem o direito de ser processado por um juiz ou tribunal imparcial. Essa regra, entretanto, é uma novidade recente se considerada a História do Direito.

Até finais do Século XVIII e início do Século XIX, época marcada por intensas transformações sociais e institucionais nos Estados-Nação Europeus, decorrentes especialmente da influência da Revolução Francesa³, o sistema processual majoritário no mundo ocidental era o sistema inquisitivo, no qual não há separação entre as funções de acusação, defesa, produção probatória e julgamento, estando todas as atribuições a cargo do então chamado juiz inquisidor. Como consequência lógica, nesse cenário era impossível que o julgador se portasse de forma imparcial, pois era, essencialmente, parte.

A partir do Século XIX, o sistema inquisitivo passou a ser paulatinamente substituído por um outro, denominado acusatório mitigado ou misto⁴, em que diferentes agentes são imbuídos das funções de acusação, defesa e julgamento, devendo o juiz responsável pelo julgamento – apesar de ainda deter poderes probatórios ativos nessa fase, como será demonstrado posteriormente – ser imparcial, além de formar sua convicção de forma não tendenciosa e desinteressada.

Essa substituição, foi imprescindível ao aprimoramento do direito processual penal, pois caminhou no sentido de garantir um julgamento com maior grau de imparcialidade, além de ser movimento reflexo de uma tendência mundial de fim de

¹ Artigo 8 Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

² Decreto nº 678/1992. Art. 1º. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

³ Ver página 15.

⁴ Conforme Guilherme Nucci: “Foi por isso que, desde o século XVIII, as nações, em sua maioria, trataram de adotar o sistema misto, em que os direitos individuais se harmonizassem com as exigências de defesa social, em que nenhum desses sistemas, quer o inquisitório quer o acusatório, ficasse entregue às suas próprias tendências” (2020, p. 109).

regimes absolutistas e início de regimes com maior participação popular (MENDES, 2021, p. 81 - 82). Essa tendência continuou, com vistas à garantia de um processo imparcial e mais justo, caminhando rumo à adoção do sistema acusatório no processo penal por diversos países.

No Brasil, em função do caráter garantista da Constituição Federal de 1988, que previu ampla gama de direitos fundamentais em matéria processual⁵, parte da doutrina⁶ concluía que o ordenamento jurídico brasileiro adotava o sistema acusatório, mas o fazia implicitamente. A adoção desse sistema apenas ocorreu expressamente com a edição da Lei n.º 13.964/19, que adicionou ao CPP o art. 3º-A. Veja-se

Art. 3º-A. O **processo penal terá estrutura acusatória**, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (grifos nossos)

Nesse mesmo sentido, por meio dessa nova Legislação foi também inserida no CPP uma importantíssima figura, denominada juiz das garantias, agora o responsável por controlar a legalidade da investigação criminal e salvaguardar os direitos individuais, atuando desde a fase investigativa até o recebimento da denúncia. *In verbis*:

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:

(...)

Art. 3º-C. A **competência do juiz das garantias** abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e **cessa com o recebimento da denúncia ou queixa** na forma do art. 399 deste Código. (grifos nossos)

Com esse novo agente, o processo penal passa a ser conduzido por dois juízes: um, que será competente desde a instauração do inquérito policial até o recebimento da denúncia, e outro, competente do recebimento da denúncia até a sentença.

Essa inovação objetiva manter o distanciamento do juiz do processo, separando aquele que teve contato com a fase investigativa daquele que prolatará decisão, evitando uma possível contaminação ideológica em uma fase pré-processual, garantindo um julgamento maximamente imparcial. Esse foi um dos elementos apresentados no PLS

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁶ As posições doutrinárias serão apresentadas no Capítulo 2.

156/2009, anteprojeto de novo CPP que propunha a adoção do juiz das garantias⁷.

Assim, é importante aprofundar-se no estudo desse elemento tão importante em seara penal: a imparcialidade. Para aprofundar tal análise – acerca dessa possível contaminação ideológica –, que poderia gerar, em algum nível, o comprometimento da imparcialidade do juízo, nesse trabalho serão analisados a teoria de Leon Festinger (precisamente a teoria da dissonância cognitiva), as pesquisas de Solomon Asch e Harold Kelley, e o experimento de Bernd Schünemann, realizado com juízes criminais. O objetivo será abordar alguns dos efeitos psicológicos que levam à fixação de uma primeira impressão sobre algo ou alguém, assim como as tendências de se repelir ideias que se oponham a tal impressão, aumentando uma tendência de pensamento e diminuindo a capacidade de se realizar um julgamento imparcial.

Com base nos resultados dessas pesquisas, defendemos que a separação da atuação do juiz nas fases investigativa e processual tem papel essencial na garantia de um julgamento imparcial, princípio fundante da atividade jurisdicional, em especial em matéria penal. Essa, contudo, não é a realidade brasileira, que ainda carrega típicos traços inquisitivos em seu processo penal, herança histórica do momento ditatorial em que editado seu Código⁸.

Assim, para analisar a relação entre o juiz das garantias e o sistema acusatório no processo penal, agora positivado no art. 3º-A do CPP, analisaremos os sistemas processuais penais conhecidos, tratando também da realidade brasileira. Em seguida, será analisada a possibilidade do comprometimento da imparcialidade do juiz pelo contato com a fase investigativa, com base na teoria da dissonância cognitiva e em pesquisas, e após será abordado o desacerto da regra de fixação subsidiária da competência pela prevenção.

Posteriormente, será traçado um breve histórico da proposição do juiz das garantias no Brasil, e também uma exposição de suas competências, com base nos dispositivos que disciplinam o instituto. Por último, trataremos das críticas de Mauro Fonseca Andrade à nova figura.

⁷ “O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas categorias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) **manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação**” (BRASIL, 2009, p. 122).

⁸ O CPP foi editado na vigência do Estado-Novo, regime ditatorial comandado pelo então presidente Getúlio Vargas. Podem ser encontradas críticas à essa herança na Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, primeira proposição legislativa de criação da figura do juiz das garantias. Nesse sentido, ver página 15.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Para discorrer acerca da relação entre a figura do juiz das garantias e o sistema acusatório, inicialmente, é necessário esclarecer o que seria propriamente um sistema, o que seria esta modalidade específica de sistema (processual penal), e quais são os modelos históricos conhecidos até o momento, com breve análise de seus princípios e elementos fundantes.

O sentido da palavra sistema é amplo e plurívoco, mas buscaremos analisar aquele mais preciso para a análise dos sistemas processuais penais. De acordo com o Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa Michaelis⁹, um sistema pode ser definido como um “Conjunto metódico de princípios interdependentes, sobre os quais se estabelece uma doutrina, uma crença ou uma teoria”, ou ainda como “Corpo de normas ou regras, inter-relacionadas numa concatenação lógica e, pelo menos, verossímil, aplicadas a uma determinada área”.

O dicionário da Real Academia Espanhola dá definição específica à palavra sistema na acepção relativa ao Direito, conceituando-a como o “conjunto de regras o princípios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí”¹⁰. Entretanto, uma mera definição dicionarística, sem o aprofundamento de um estudo doutrinário mais denso, é incapaz de captar o verdadeiro sentido do termo. Tanto é que Bobbio afirma que sistema “é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências” (1997, p. 71).

Contudo, a fim de ter um ponto de partida para analisar efetivamente os sistemas jurídicos processuais penais, adotaremos a definição de Mauro Fonseca Andrade, para quem

(...) o termo sistema jurídico pode ser inicialmente definido como a reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente (ANDRADE, 2013, p. 39).

Assim, adotando tal concepção, podemos iniciar uma breve análise dos modelos de sistema processual, tendo em vista que aqui não se está a encará-los como representações definitivas que encerrem a totalidade do conteúdo em poucos termos, mas como tipos ideais weberianos¹¹, resumindo-os a fim de tornar possível a

⁹ Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sistema/>. Acesso em 24/05/2023.

¹⁰ DICCIONARIO de la Lengua Española. 22 ed. Madrid: Real Academia Española, 2001.

¹¹ WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento nas Ciências Sociais. Tradução de Gabriel Cohn,

comparação entre eles.

Além disso, é preciso destacar que o principal critério usado para separação dos modelos serão seus princípios informadores, pois não há um sistema realmente puro, uma vez que todos apresentam em alguma medida características comuns entre uns e outros. Como preceitua Lopes Jr.

(...) não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância (LOPES JR., 2020, p. 54).

Portanto, tendo em vista que o objeto deste trabalho é analisar a relação do juiz das garantias com o sistema acusatório, passemos a uma diferenciação entre os “três sistemas processuais penais historicamente reconhecidos como existentes – a saber, o acusatório, o inquisitivo e o misto” (ANDRADE, 2013, p. 31).

2.1 Sistema inquisitivo

O sistema inquisitivo, segundo Nucci, “é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador”, e é marcado por procedimentos escritos e sigilosos, além de que nele “há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa”. Nesse modelo processual, “não existe processo penal, mas tão só procedimento de autotutela penal do Estado”, pois o réu não exerce um papel ativo de defesa (2020, p. 110).

De forma ainda mais sintética, Capez resume esse sistema como “quando um só órgão – o juiz – desempenha as funções de acusador, defensor e julgador” (2020, p. 2.634). Já Andrade, que traçou um caminho ainda mais detalhado acerca dos sistemas processuais penais, define “o caráter prescindível da presença de um acusador distinto do juiz” e “o fato de o processo ser instaurado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz” como os dois elementos fixos definidores desse sistema (2013, p. 395).

Esse modelo processual passou a ser adotado pela Igreja Católica durante a Inquisição, entre os Séculos XII e XIII, “com base na conclusão de que a persecução criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, pois isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência” (LOPES JR., 2019, p. 192).

A esse modelo, cuja característica maior é a unificação de funções no processo – investigar, acusar, defender e julgar – a um mesmo agente, soma-se também a ampla

iniciativa probatória do juiz. Nas palavras de Brasileiro, nesse sistema

típico dos sistemas ditatoriais (...), o juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, seja no curso das investigações, seja no curso do processo penal, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado. A gestão das provas estava concentrada, assim, nas mãos do juiz, que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse (BRASILEIRO, 2020, p. 42).

Portanto, a consequência lógica dessa estrutura do processo penal, em que até a atividade probatória estava nas mãos do juiz, era a impossibilidade de o julgador portar-se de forma imparcial no processo, pois era, essencialmente, parte.

O nome de tal sistema advém do Tribunal da Inquisição, ou Santo Ofício, instituição formada por tribunais da Igreja Católica para julgar e punir os suspeitos de heresia ou os duvidosos dos ensinamentos da Igreja. Esse modelo de processamento era fundado no Princípio da Verdade Real, com base no qual qualquer medida – abusiva ou violenta que fosse, como a tortura – era válida para descobrir a ‘verdade dos fatos’ (LOPES JR., 2019, p. 194).

Esse sistema, concebido como esta espécie cujas bases foram estruturadas e sistematizadas pelos Tribunais da Inquisição¹², foi vigente aproximadamente desde o Século XII até finais do Século XVIII e início do Século XIX, época marcada por intensas transformações sociais e institucionais nos Estados-Nação Europeus, decorrentes especialmente da influência da Revolução Francesa (LOPES JR, 2020, p. 56), fazendo com que esse sistema fosse “incompatível com a nova realidade”, intensamente influenciada pelos ideais iluministas (NUCCI, 2020, p. 111).

Por fim, vale destacar que ainda que um sistema processual penal separe as funções de investigar, acusar, defender e julgar, a possibilidade de produzir provas (ou ao menos determinar sua produção) é uma marca latente desse modelo.

2.2 Sistema acusatório

Já em relação ao sistema acusatório, sua marca é a separação entre as funções antes cumuladas numa mesma figura no sistema inquisitivo. Assim, investigação, acusação, defesa e julgamento são atribuições de diferentes atores dentro de um processo, cabendo ao juiz julgar a causa de forma alheia ao interesse das partes.

¹² Importante ressaltar que não se pode definir o “início” do sistema inquisitivo, pois suas características, em maior ou menor medida, podem ser encontradas em momentos históricos muito mais remotos, como no próprio Egito Antigo, como aponta Ada Pellegrini Grinover, em sua obra “A marcha do Processo”, de 2000, ou na Roma Antiga, como aponta Geraldo Prado na obra “Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais”, de 2006.

Segundo Andrade, após analisar diferentes manifestações históricas desse modelo, definiu-o como aquele que apresenta elementos fixos opostos ao sistema inquisitivo, a saber

Em primeiro lugar, identificamos a obrigatória separação entre as figuras do acusador e do julgador, que aqui tratamos como a necessidade de um acusador distinto do juiz, e que corresponde ao princípio acusatório. O segundo elemento se refere a um particular efeito produzido pelo ajuizamento da acusação, que é determinar a abertura do processo. Isso implica dizer que a investigação criminal, no sistema acusatório, constitui-se em uma atividade de natureza administrativa, e que a abertura do processo acusatório significa, na verdade, igualmente o início do julgamento, com a apresentação de defesa e obtenção de provas (ANDRADE, 2013, p. 269).

Para Ferrajoli, essa separação entre juiz e acusação é, dentre todos os demais elementos do processo, “o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros”, dado que a garantia da separação representa uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa e é “a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz”, com base na qual “O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver” (FERRAJOLI, 2002, 454 e 464). A esse estado apresentado por Ferrajoli nos referiremos como alheamento (termo utilizado na tradução da obra em espanhol), por definir bem a postura do juiz imparcial: o estar alheio ao processo.

Esse sistema, adotado pelo art. 3º-A do CPP desde a Lei nº 13.964/2019, é regido por princípios mais alinhados a um regime democrático, como o da publicidade; do contraditório; da oralidade; da liberdade do acusado; da igualdade; da inércia da jurisdição; e da necessidade de uma acusação diferente do juiz (ANDRADE, 2013)¹³.

Por isso, como regra, em um sistema acusatório o juiz não pode usurpar as funções da acusação, não lhe cabendo tomar medidas de ofício. A exemplo do direito brasileiro, que a partir da Lei nº 13.964 adota esse sistema, o juiz já não poderá converter a prisão em flagrante em prisão temporária ou preventiva de ofício (deve decidir sobre requerimento para tanto, conforme art. 3º-B, V, do CPP), nem tomar medidas de ofício na fase de investigação (art. 3º-A, *caput*, do CPP).

Já para Lopes Jr., pode-se apontar como características desse sistema, além da separação entre funções no processo, a iniciativa probatória apenas das partes; a passividade do julgador, que atua como controlador da legalidade; o tratamento isonômico entre as partes; a oralidade e a publicidade; o contraditório; a ausência de

¹³ Esse rol de princípios equivale aos subcapítulos 5.3 a 5.11 da obra de Mauro Fonseca Andrade “Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores”, de 2013.

tarifa probatória (sendo a decisão baseada no livre convencimento do juiz); a instituição da coisa julgada e a possibilidade de impugnar decisões (2019, p. 189).

Ainda sobre esse sistema, é importante destacar que há aqui efetivamente um processo penal, e não uma autotutela do Estado com uma defesa decorativa, como ocorre no sistema inquisitivo. Nas palavras de Guilherme Nucci, no sistema acusatório é que

o processo penal encontra sua expressão autêntica e verdadeira, uma vez que ali há o *actus trium personarum* que caracteriza a relação processual e o juízo penal: há acusação (pública ou privada), a defesa (exercida pelo réu) e o julgamento, com o juiz penal atuando jurisdicionalmente (NUCCI, 2020, p. 111).

Nesse sistema, cabe ao magistrado tão-somente a função julgadora, sem que detenha poder de iniciativa na obtenção da prova (SILVA, 2003, p.33). Assim, a atuação do julgador é dotada de considerável passividade, em especial no tocante à produção de provas¹⁴. Tanto é que o art. 3º-A do CPP, inserido pela Lei nº 13.694/2019, além de definir expressamente a estrutura acusatória do processo penal brasileiro, dedicou atenção à questão da passividade do juiz ao definir que estariam “vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Portanto, sob o ponto de vista probatório, aspira-se uma posição de passividade do juiz quanto à reconstrução dos fatos, cabendo a ele um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais, apenas (BRASILEIRO, 2020, p. 44).

Por fim, como aponta a doutrina, em termos gerais, pode-se entender o sistema acusatório como aquele que pressupõe a separação das funções, em especial de acusar e julgar, e que delega ao julgador uma posição de análise de provas sem capacidade de produzi-las (ou de determinar sua produção). Esse modelo, ao nosso ver, é o mais adequado a um Estado democrático que respeite os direitos fundamentais de seus cidadãos, pois baseado numa separação de funções no processo mais compatível com imparcialidade judicial, em oposição ao modelo inquisitorial, marcado pelo arbitrário abuso do poder punitivo.

¹⁴ Parte da doutrina, como Guilherme Nucci e Mauro Fonseca Andrade, defendem que a existência de algum poder sobre a gestão da prova não afasta o caráter acusatório de um sistema. Já outra parcela, em que figuram Aury Lopes Jr. e Renato Brasileiro, entendem que num sistema realmente acusatório o juiz não tem poderes para determinar de ofício a produção de provas. A medida dessa passividade do julgador, no sistema acusatório, apresenta níveis variados em diferentes correntes doutrinárias.

2.3 Sistema misto

O sistema misto, também denominado de sistema francês – pois inaugurado pelo *Code d’Instruction Criminelle* francês, de 1808 (BRASILEIRO, 2020, p. 45) –, como aponta o próprio nome, decorre de uma mistura dos outros dois anteriormente citados: acusatório e inquisitivo.

Tal sistema abrange duas fases distintas, uma investigativa e outra processual. A primeira é inquisitorial, destituída de publicidade e ampla defesa, com instrução escrita e secreta¹⁵, sem acusação e, por isso, sem contraditório (COMAR, 2018, p. 68). O objetivo desse primeiro momento é apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Já na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando os princípios que orientam o sistema acusatório: a publicidade, a oralidade, a isonomia processual e o direito de manifestar-se a defesa depois da acusação (BRASILEIRO, 2020, p. 45).

Já Guilherme Nucci entende que o sistema misto está presente em quase todos os ordenamentos jurídicos que contam com uma “Justiça Penal processualizada”, dado que o exercício da tutela penal tem início com procedimentos persecutórios e informativos destinados a preparar a ação penal (2020, p. 113).

Parte da doutrina critica a concepção da existência desse terceiro sistema porque nenhum ordenamento jurídico adota exatamente o modelo inquisitório clássico, tampouco o modelo acusatório puro, assim, seriam todos mistos (logo, impossível diferenciá-los e classificá-los). Como defende Lopes Jr.,

Ora, afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância (LOPES JR., p. 54).

Nesse sentido, como aponta Jacinto Coutinho, não é possível haver efetivamente um sistema misto pois não existe um princípio informador misto, sendo necessário captar qual o princípio que está na raiz de determinado sistema (COUTINHO, 2001), para que assim seja possível diferenciá-los e classificá-los.

Considerando essa classificação, parte da doutrina, como será apresentado no

¹⁵ No sistema brasileiro, antes da Lei nº 13.964/2019, classificado como misto por Nucci (2020, p. 114), há a ressalva de que os procuradores do investigado podem ter acesso aos atos investigativos já documentados.

próximo Subcapítulo, entendia ser este o sistema processual adotado no Brasil, por contar com uma primeira fase inquisitiva (a investigação criminal) e uma segunda acusatória (o processo penal). Nesse sistema, apesar de contar com uma segunda fase acusatória, admitia alguma atuação probatória do juiz (NUCCI, 2020, p. 113 - 114).

2.4 Realidade brasileira e a herança inquisitiva

Com base na disposição do art. 129, I, da CF/88¹⁶, o entendimento mais comum na doutrina era de que a Constituição adotava o sistema acusatório, ou, ao menos, o princípio acusatório¹⁷, a partir da atribuição ao Ministério Público da função privativa de promoção da ação penal. Contudo, em que pese a disposição do art. 3º-A do CPP, o qual define que a estrutura do processo penal brasileiro será acusatória, ainda pairam dúvidas sobre o efetivo caráter acusatório do processo penal brasileiro.

Renato Brasileiro, discorrendo acerca da natureza do processo penal brasileiro, ensina que

(...) não se trata de um sistema acusatório puro. De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional (BRASILEIRO, 2020, p. 44).

Já para Guilherme Nucci, “O sistema adotado no Brasil era o misto; hoje, após a reforma realizada pela Lei nº 13.964/2019, é o acusatório mitigado”, pois há apenas a indicação da natureza acusatória, sem uma reforma ampla que torne adote efetivamente essa natureza acusatória, havendo ainda uma primeira fase composta pelo procedimento investigativo policial, de clara natureza inquisitiva (2020, p. 114).

Para além da crítica de ser uma classificação inespecífica, Aury Lopes Jr. discorda dessa classificação por entender que o sistema misto é uma ilusão, havendo sempre um ‘princípio informador’ de cada sistema, devendo esse ser encontrado para uma classificação precisa. Assim, antes da Lei nº 13.964/2019, o processo penal brasileiro seria inquisitório, ou neoinquisitório, pois apesar de haver a separação da função e da defesa, “a gestão da prova estava nas mãos do juiz” (2020, p. 65), o qual detinha poderes de produzir de ofício provas consideradas pertinentes para o julgamento da causa.

¹⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

¹⁷ Como aponta Mauro Fonseca Andrade, no tocante ao processo penal, *sistema e princípio* não se confundem, havendo entre eles uma relação de continente e contido, mas não uma equivalência (ANDRADE, 2013, p. 254 - 256).

Nesse sentido, agora, Aury Lopes entende que o sistema é “legal (art. 3-A do CPP) e constitucionalmente acusatório, mas para efetivação dessa mudança é imprescindível afastar a vigência de vários artigos do CPP” que caminhariam em sentido contrário a esse entendimento, como o art. 156, I e II¹⁸ (possibilidade de o juiz ordenar de ofício a produção de provas), e o art. 385 do CPP¹⁹ (que admite condenação mesmo com pedido de absolvição do *parquet*, ou reconhecimento de agravantes sem que tenham sido alegadas), entre outros (2020, p. 67 - 71).

Essas previsões do CPP, dotadas de características próximas a um sistema processual de natureza inquisitória, são incompatíveis com o sistema acusatório positivado em 2019. Como aponta Comar,

O atual CPP, promulgado em 1941, sob a égide do Estado Novo e inspirado no Código Rocco de 1930, tem sido sistematicamente criticado por trazer em seu bojo inúmeros dispositivos inquisitoriais, incompatíveis com a matriz acusatória extraída da Constituição Federal de 1988 (COMAR, 2022, p. 27).

Essas críticas estão presentes não apenas entre doutrinadores e acadêmicos do Direito, mas também no âmbito Legislativo. Aqui, vale ressaltar trecho da Exposição de Motivos do PLS 156/2009, primeira proposição legislativa relativa à instituição do juiz das garantias – e cujas propostas em relação a esse ponto foram quase que integralmente incorporadas à Lei nº 13.964/2009 –, ao afirmar que

A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3.689 [Código de Processo Penal], de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo (BRASIL, 2009).

Em sentido próximo, e tendo em vista essa herança histórica, Tucci entende que o modelo de processo penal brasileiro é, quanto à sua substância e essência, inquisitório, mas ao mesmo tempo, no tocante ao procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, delinea-se formalmente como um processo de caráter acusatório (TUCCI, 2002, p. 38). Apesar desse apontamento ser anterior à positivação do caráter acusatório do sistema processual penal brasileiro em 2019, não é incompatível com a

¹⁸ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

¹⁹ Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

atualidade, dado que a estrutura do CPP, que ainda tem vigentes, ao menos de forma expressa, dispositivos como os arts. 156 e 385 (que conferem poderes incompatíveis com a função passiva de julgar) do CPP, em que pese incompatíveis com um sistema realmente acusatório.

Do exposto, pode-se entender que há um descompasso entre a legislação processual penal (e com a própria Constituição, ao alinhar-se à corrente que entende que seu art. 129, I, já teria definido a natureza acusatória do processo penal) e a positivação do sistema acusatório, estando presente traços de caráter inquisitório. Além dos dispositivos já citados, podem ser apontadas outras incompatibilidades do CPP com a natureza acusatória, como seus arts.

[...] 310, II, que autoriza ao juiz converter a prisão em flagrante em preventiva na audiência de custódia, mesmo sem pleito por parte da acusação (apesar de que tal questão divide a jurisprudência); art. 242, que autoriza que o juiz determine busca pessoal ou domiciliar de ofício, sem necessariamente existir requerimento da acusação; art. 127, que autoriza ao juiz ordenar o sequestro dos bens do averiguado ou denunciado, também sem a necessidade do requerimento ministerial; art. 209, que autoriza ao juiz ouvir testemunhas além daquelas indicadas pelas partes, se assim julgar necessário; art. 196 que autoriza o juiz a proceder com novo interrogatório, também de ofício, quando julgar pertinente; art. 383, que permite que o juiz, de ofício, atribua definição jurídica mais grave do que aquela apontada pelo Parquet à conduta descrita na denúncia, se assim achar conveniente, entre outros exemplos (COLTRO, 2022, p. 14).

Portanto, pode-se dizer que o sistema processual penal brasileiro, mesmo agora tendo positivada sua natureza acusatória, não o fez ainda de forma suficiente. Como evidencia Araújo, ao ser “o único país da América Latina que ainda não promoveu uma reforma processual penal ampla e direcionada à adoção plena do sistema acusatório”, há uma nítida incongruência do CPP consigo mesmo, além de incompatibilidades com a Carta Magna de 1988, e pior: como tais contradições tentaram ser solucionadas por reformas parciais, tem-se uma “colcha de retalhos” (ARAÚJO, 2022, p. 124) recheada de incongruências.

Seguindo o mesmo entendimento, Jacinto Coutinho assevera que

[...] reformas parciais - com boas intenções ou não - tendem a destruir os sistemas (ou quase) se eles não são levados em consideração, justo porque os elementos que o integram estão umbilicalmente relacionados entre si, de modo a qualquer alteração produzir reflexos gerais e, por isso, produzem-se "furos" que o desfiguram (COUTINHO, 2015).

Assim, aqui entendemos que o processo penal brasileiro, apesar de caminhar no sentido de ser efetivamente acusatório por meio de reformas parciais, ainda não alcançou esse posto. Dessa forma, é preciso dotar a o processo penal de mecanismos aptos a consolidar essa natureza acusatória e abandonar os traços inquisitivos que ainda

carrega. O principal destes mecanismos é, sem dúvidas, a adoção do juiz das garantias.

Tendo sido feitos todos esses apontamentos, e considerando a visão de que a instauração do juiz das garantias é ferramenta necessária ao atingimento de um sistema processual penal efetivamente acusatório, devemos explorar a relação dessa nova figura com esse sistema, a fim de embasar o entendimento de que há entre eles uma relação de complementação necessária, ou seja, que sem o primeiro não é possível, verdadeiramente, garantir o segundo. Pelo menos não na realidade brasileira.

3. DO POSSÍVEL COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ PELO CONTATO PRÉVIO

3.1 A insuficiência da mera previsão legal de um juiz imparcial

A jurisdição, de acordo com Tucci (2002, p. 21), é uma função estatal inerente ao poder-dever de realização de justiça, mediante atividade substitutiva da vontade das partes por meio de agentes do Poder Judiciário, concretizada na aplicação do direito objetivo a uma relação jurídica, com a respectiva declaração e o consequente reconhecimento do direito de uma das partes.

Esse exercício de poder, para ser reconhecido como válido, deve ser imparcial, pois do contrário não há efetivamente resolução do conflito. Nesse contexto, para Zaffaroni (2000, p. 86), a imparcialidade é um princípio fundante da jurisdição, sem a qual sequer se pode falar da existência da jurisdição, pois é impossível que ela seja parcial e ao mesmo tempo cumpra eficazmente seu papel.

Se o exercício da jurisdição não é imparcial, a resolução de conflitos pelo Estado se torna, na verdade, uma expressão de arbitrariedade e opressão do ente estatal para com seus cidadãos. A limitação dos poderes do Estado e a proteção à esfera de inviolabilidade de direitos dos indivíduos é a base do próprio Estado Democrático de Direito (MENDES, 2021, p. 518 - 519).

A importância da imparcialidade é inquestionável, mas para tratar sobre ela é preciso delimitar minimamente seus contornos. Em relação ao princípio da imparcialidade, Marcos Alexandre Zilli pontua:

Caracteriza-se pelo desinteresse subjetivo do juiz diante do caso posto a julgamento, ficando este impedido de servir aos interesses subjetivos de alguma das partes processuais. Deve, por consequência, atuar como um observador desapaixonado, exercendo o poder jurisdicional com isenção sem permitir que fatores alheios interfiram na condução da marcha processual e no conteúdo de sua decisão (ZILLI, 2003, p.140).

A imparcialidade é definida na doutrina de Isabel Trujillo como sendo “el juicio

realizado por una persona que se muestra objetiva, desapasionada, que no favorece (por interés o simpatía) a ninguna de las partes”, diferenciando-a da neutralidade por implicar “uma toma de posición mientras que la neutralidade, em sentido estricto, comporta una abstención” (2007, p. 69-70). Ou seja, a imparcialidade envolve um juízo que não beneficia uma parte em relação a outra por qualquer motivo, mas que ainda sim toma um lado, não se abstendo de decidir.

Indo mais longe, para Ferrajoli, a imparcialidade demanda não só a falta de interesse, mas um verdadeiro estado de desinteresse e alheamento aos interesses dos integrantes do processo. A esse estado o autor denomina *terzieta*, sem tradução direta para o português, mas que carrega o sentido de “de manter o juiz como um terceiro equidistante das partes na relação processual, garantindo, assim, sua imparcialidade” (2002, p. 555).

Apontando as características do juiz imparcial numa perspectiva mais voltada ao exercício em si da magistratura, precisamente aponta Queiroz

Mas o que é o juiz imparcial? Antes de tudo, é o juiz que decide conforme a lei, e não segundo caprichos pessoais; que não tem prevenção contra as partes e é livre para decidir; é o que não incide em impedimento ou suspeição, e está disposto a ouvir e a refletir sobre as teses suscitadas, por mais absurdas; é o que não pretende ser amado por suas decisões, nem teme ser odiado por elas; é o que tem a coragem de sentenciar contra a maioria, decide segundo a prova dos autos e respeita o devido processo legal; é o que aprende com as críticas, é capaz de rever suas posições e recusar aplicação à lei arbitrária ou inconstitucional; é o juiz, enfim, que tem a pretensão de ser justo e não apenas legalista, que sabe que não está acima do bem e do mal e é passível de erros (QUEIROZ, 2018, p. 130).

Dessa forma, o julgador, em um processo, deve tomar posição para que possa decidir e resolver um litígio, mas deve fazê-lo dotado do máximo desinteresse, sendo esta característica da essência da própria jurisdição. Quanto a esta última afirmação, não se trata de discutir se determinada jurisdição é ou não imparcial, e se não for, que não desempenhará adequadamente suas funções: deve-se compreender que “sem imparcialidade, não há jurisdição” (ZAFFARONI, 2000, p. 86).

Essa garantia, embora não expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, está incorporada à estrutura normativa brasileira com estatura supralegal, conforme entendimento do STF²⁰, pois prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (incorporação anterior à Emenda Constitucional 45/2004, por isso não situada com estatura de emenda constitucional), assim como em outros tratados internacionais

²⁰ Vide Recurso Extraordinário nº 466.343/SP e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP.

ratificados pelo Brasil²¹. Tal Convenção prevê:

Artigo 8. Garantias judiciais

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, **independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifos nossos)

A obrigação normativa de que o Estado brasileiro apenas processe e julgue seus cidadãos por meio de juízos ou tribunais independentes e imparciais é inquestionável. Ainda, dado o caráter de suprallegalidade desta norma, já reafirmado pelo STF, deverá o princípio da imparcialidade judicial prevalecer inclusive sobre a legislação infraconstitucional brasileira, em razão de sua superioridade hierárquica.

Contudo, a mera previsão formal de que uma pessoa apenas possa ser processada e julgada por um juízo ou tribunal imparcial é insuficiente para tornar o exercício da jurisdição realmente imparcial. É imprescindível garantir que o ordenamento jurídico disponha de mecanismos suficientes para garantir essa imparcialidade e afastar toda e qualquer previsão que possa tornar o exercício da jurisdição parcial.

Entender de forma contrária é negar que o direito, quando não efetivado no mundo prático, quando não equivalente aos ‘fatos reais’, não passa de uma folha de papel, como já apresentado pelo clássico constitucionalista Ferdinand Lassalle

Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: “Esta árvore é uma figueira”. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos. Igual acontece com as constituições. De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder (LASSALLE, 2000, p. 37).

A imparcialidade, para além de essencial dentro de um processo penal, é também uma característica que confere a confiança social no exercício do poder punitivo estatal.

²¹ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592/1992: Artigo 14 (1) [...] Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias **por um tribunal** competente, independente e **imparcial** [...];

Carta das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 19.841/1945, Artigo 20, Capítulo I, Estatuto da Corte Internacional de Justiça: Artigo 20. Todo membro da Corte, antes de assumir as suas funções, fará, em sessão pública, a declaração solene de que **exercerá as suas atribuições imparcial** e conscienciosamente; e 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução 217 A [III] da Assembleia Geral das Nações Unidas), Artigo 10: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência **por parte de um tribunal independente e imparcial**, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Em outras palavras, não basta ao processo ser imparcial, é preciso parecer imparcial para conferir legitimidade e confiança.

O próprio fundamento da legitimidade da jurisdição e, por extensão, do próprio Poder Judiciário, está “no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição” (LOPES JR., 2020, p. 82). Ora, se um dos princípios orientadores da jurisdição é a imparcialidade, sem essa característica todo o Poder Judiciário torna-se ilegítimo, expressão de um poder arbitrário.

A imparcialidade a ser garantida pode, ainda, ser dividida em duas. Nessa perspectiva, vale destacar a diferença, cunhada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), e apresentada por Aury Lopes Jr., entre a imparcialidade objetiva e a subjetiva:

(...) entende-se que a subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de “pré-juízos”. Já a imparcialidade objetiva diz respeito a se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade.

Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade) (LOPES JR., 2020, p. 93).

Feita essa observação, torna-se perceptível a extensão da importância da imparcialidade (objetiva e subjetiva): ela é imprescindível não só para o processo, mas para a própria existência do Poder Judiciário. Destaca-se mais uma vez que é débil tentar garanti-la apenas por meio de previsões legais rasas, com teor prescritivo, como se fossem suficientes, por elas mesmas, para garantir o julgamento por um juízo maximamente imparcial.

Em oposição às citadas previsões legais rasas acima, a positivação do juiz das garantias, figura que visa ser uma garantia extra de imparcialidade no processo penal, é uma medida acertada em especial quanto ao reforço dessa aparência de imparcialidade, pois o julgador torna-se agora ainda mais distante e alheio ao processo, no sentido positivo de não ter oportunidade prévia de criar interesse por uma ou outra resolução do conflito.

Após o exposto, a obrigação e a importância da imparcialidade não se questionam. Entretanto, para verificar se um processo judicial (em especial um processo penal) é efetivamente imparcial, é preciso analisar criticamente alguns pontos de sua estrutura que entendemos incompatíveis com a imparcialidade, como se fará a seguir.

3.2 Incompatibilidades da prevenção como regra de fixação da competência com a garantia da imparcialidade

Demonstrada sua imprescindibilidade, é importante destacar como a imparcialidade em um processo penal pode ser assegurada. Cremos que isso se torna mais possível quando garantido que quem julga: seja o juiz competente; não esteja mais propenso a beneficiar determinada parte (seja por questões objetivas, como uma relação de parentesco, seja por questões subjetivas, como uma tendência ideológica) em detrimento de outra; mantenha uma equidistância para com as partes; conceda a ambas a possibilidade de apresentar e subsidiar suas pretensões de defesa e acusação de forma materialmente igualitária (considerando-se a disparidade entre o órgão estatal de acusação e parte), adotando os mesmos critérios de valoração para os argumentos de ambas as partes; e respeite os princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa.

Certamente analisar esses pontos como um *checklist* para um julgamento imparcial está absolutamente aquém de uma real garantia de imparcialidade, mas podem ser entendidos como pilares básicos dessa avaliação, sem os quais o julgamento contará com uma presunção de parcialidade. Caminhando em sentido próximo, o próprio CPP, em seus art. 252 e 254²², já traz um rol de hipóteses em que o juízo será considerado impedido ou suspeito para julgar, pois presente essa presunção de parcialidade.

Então, definido quem não poderá julgar, pergunta-se qual será o juízo competente para um processo penal. Com base no princípio do juiz natural, insculpido

²² Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo

no art. 5º, XXXVII e LIII²³, da Constituição Federal de 1988, será “a autoridade competente”, ou seja, um juízo definido previamente à prática da infração. Contudo, havendo concorrência entre mais de um juízo competente para o processo, operarão regras subsidiárias de fixação da competência, sendo uma delas a prevenção.

Assim, nos termos do art. 83 do CPP²⁴, haverá competência por prevenção quando, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes, um tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a esta relativa, mesmo antes do oferecimento da denúncia ou queixa-crime. Ou seja, aquele juiz que primeiramente praticou algum ato no processo tornar-se-á prevento, estabelecendo-se como juiz natural para a causa.

Mesmo prevendo a exclusão do juiz impedido ou suspeito, em clara homenagem à imparcialidade do julgador, entendemos que previsões como essa acima, de fixação da competência pela prevenção, caminham na contramão da garantia da imparcialidade, pois podem permitir, hipoteticamente, que um magistrado construa seu convencimento sobre determinado réu anteriormente ao momento processual, único momento adequado, no qual devem ser produzidas as provas (pois os elementos colhidos na fase investigativa não se consideram provas, mas elementos informativos) e instruído o feito, sob o crivo do contraditório.

É importante destacar que provas são apenas aquelas produzidas sob contraditório. Se consideradas provas aqueles elementos de informação colhidos pela polícia judiciária, antes do processo propriamente dito, estar-se-ia admitindo a violação ao princípio do contraditório pela impossibilidade de contraditar a produção desses elementos. Vale destacar que o próprio CPP caminha neste sentido ao vedar a fundamentação de decisão com base apenas em elementos da investigação²⁵.

Deve-se ter sempre em mente que o processo penal é o movimento de toda a máquina punitiva do Estado contra um indivíduo, há uma disparidade de poder considerável nessa relação, e permitir que elementos que sequer puderam ser

²³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

²⁴ Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a esta relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa

²⁵ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

contraditados sejam utilizados como prova seria um retrocesso inaceitável. Na mesma linha, Aury Lopes Jr. Pontua

Claro está que só a prova judicial é válida, pois o que se pretende não é a mitológica verdade real – obtida a qualquer custo –, mas sim a formalmente válida, produzida no curso do processo penal. Ou há prova suficiente no processo para condenar, e o veredicto deve ser esse, ou permanece a dúvida, e a absolvição é o único caminho (LOPES, Jr., 2020, p. 275).

Talvez, aqui, pergunte-se o leitor em que essa discussão interessa à análise da imparcialidade do julgador. Pois bem, tracemos tal relação.

Os elementos do inquérito policial não são válidos no processo penal por terem sido produzidos sem a possibilidade de contestação do acusado, são elementos de uma fase tipicamente inquisitiva, regida também por um princípio inquisitivo, além de produzidos por órgão (a polícia judiciária) que atua para produzir elementos aptos a lastrear a formação da convicção da acusação (NUCCI, 2020, p. 320).

Assim, considerando que esse momento pré-processual não conta com defesa, os elementos neles produzidos operam no sentido de lastrear a acusação e fundamentar a culpa do investigado, e num mesmo sentido, pode-se entender que os agentes que atuam nessa fase estão aproximados dessa lógica, dessa ‘mentalidade de acusar’, pois sua atuação se volta a isto. Por isso, entendemos que “o juiz que atua na fase de investigação, embora, obviamente, com funções distintas, muito se aproxima, psicologicamente, da figura do Ministério Público” (GARCIA, 2014, p. 161).

Na estrutura processual penal anterior à Lei nº 13.964/2019, o juiz natural, aquele prevento e competente para processar e julgar, era um dos indivíduos atuantes nessa fase (decidindo acerca de quebras de sigilo, prisões cautelares *etc.*), mais próxima dessa mentalidade de acusar. Ao nosso ver, essa era uma previsão incompatível com um processo efetivamente imparcial.

Como ensina Renato Brasileiro, o sistema processual penal brasileiro se compõe dessa primeira fase, inquisitiva – conduzida pela autoridade policial e sem o exercício do contraditório, na qual o juiz tem com o caso seu primeiro contato, ao decidir medidas com reserva de jurisdição –, e de uma segunda, acusatória, sendo esta última o momento processual propriamente dito (2020, p. 44).

Dessa forma, reiteramos: o primeiro “lado” a ter contato com a autoridade competente para decidir o futuro processo penal a ser instaurado (caso os indícios do inquérito policial levem o Ministério Público a oferecer denúncia e o juiz a receba) é aquela voltada a investigar o potencial réu. Quando destes primeiros contatos, em especial quando demandam do julgador alguma manifestação de caráter decisório –

como decidir uma prisão cautelar –, pode haver em alguma medida a construção do seu convencimento sobre autoria e materialidade do delito, mas sem que a defesa possa se manifestar.

Nesse cenário tão comum, quando o primeiro contato entre o julgador e o caso se dá ouvindo-se apenas o lado da acusação – entendida aqui também, por extensão, a autoridade policial, pois prepara os indícios para fundamentação da acusação pelo Ministério público, e não para o réu (NUCCI, 2020, p. 321 - 324) –, há uma desigualdade de oportunidades processuais entre acusação e defesa. A formação do livre convencimento do juiz poderá se iniciar antes do processo, com uma possível prevalência argumentativa em desfavor da defesa.

Aqui, imaginando um caso prático, tornam-se ainda mais perceptíveis os problemas que envolvem a fixação da competência pela prevenção, na hipótese de decretação de medidas restritivas de direitos:

Ao concluir, por exemplo, que existem indícios da prática de um crime (*fumus commissi delicti*), da sua autoria, e também *periculum in mora*, e autorizar a interceptação das comunicações telefônicas, não terá o magistrado tomado uma posição subjetiva que, naturalmente, exercerá influência sobre ele no futuro? Ou, ainda, em se tratando de medidas cautelares pessoais, ao homologar um flagrante e negar a liberdade provisória, rechaçando a hipótese do artigo 310 do Código de Processo Penal, argüida pelo preso, não terá formado uma convicção incompatível com a isenção que lhe será exigida no momento de decidir sobre a culpabilidade na futura ação penal? (MAYA, 2008, p. 4.299)

Em resposta à pergunta do autor, afastando-se da estigmatização de que o juiz é certamente parcial, concordamos que ao menos podem ser lançadas dúvidas sobre sua imparcialidade, algo certamente indesejável num processo penal.

Ainda nesse sentido, de forma precisa pontua Queiroz

Presume-se que o juiz que profere atos decisórios na fase de investigação não é suficientemente imparcial para presidir o processo e proferir sentença, razão pela qual ficará impedido de atuar no processo. Considera-se, enfim, que quem decretou prisões e deferiu ou indeferiu pedidos de revogação, que determinou interceptações telefônicas ou busca e apreensão etc., já terá formado seu juízo sobre a culpabilidade do investigado na fase pré-processual, por isso deve ficar impedido de atuar durante a instrução e julgamento do processo. Do contrário, o processo seria mera repetição do inquérito policial cujo investigado já estaria pré-julgado (QUEIROZ, 2020)

Indo mais além, pode-se dizer que a perda de imparcialidade do juízo que tem contato prévio com um caso, antes do momento processual, não é apenas uma possibilidade, uma previsão hipotética, mas uma realidade explicável a partir de teorias do ramo da psicologia social. O próximo Subcapítulo será destinado a essa análise.

3.3 Contribuições da psicologia social

Em todo este trabalho, com certa insistência, mas não sem razão, é abordada a possível quebra da imparcialidade do juiz que tem contato com elementos investigativos em momento anterior ao processual, assim como acerca do risco que daí exsurge.

Os críticos dessa visão (cujos argumentos serão analisados no Capítulo 5), contudo, poderiam argumentar que um contato prévio não teria o condão de tornar duvidosa a imparcialidade do juízo competente, ou mesmo que, partindo dessa premissa (que qualquer contato, em qualquer momento, já fixe uma opinião sólida), juízo algum seria imparcial, tornando o argumento que fundamenta a implementação do juiz das garantias uma alegação teratológica.

Com intento de analisar com seriedade a questão e evidenciar que não se trata de mera desconfiança fútil, ao longo deste subcapítulo lançaremos mão da Teoria da Dissonância Cognitiva, apresentada em 1957 pelo psicólogo Leon Festinger, em sua obra “A theory of cognitive dissonance”.

Como expõe o autor, é frequentemente assinalado que um indivíduo se esforça para manter um estado de coerência consigo mesmo²⁶, entre gostos, pensamentos e ações. Se alguém gosta de camisetas pretas e não gosta de camisetas brancas, muito provavelmente usará com frequência as primeiras e raramente as segundas. Não há nisso qualquer surpresa, “constitui a tal ponto uma regra comum que a consideramos axiomática” (FESTINGER, 1957, p. 11).

O contraste se apresenta, contudo, quando um indivíduo apresenta pensamentos ou ações incoerentes (o que o autor denomina *dissonância*) com os próprios conhecimentos e opiniões (ao que o autor denomina *cognição*). Por exemplo, um fumante sabe que o fumo lhe é nocivo à saúde, mas continua a fumar, e comumente sem apresentar um incômodo decorrente da incoerência – o que se esperaria – entre seu conhecimento racional (que fumar prejudica a saúde) e suas ações (o ato de fumar).

Como esses comportamentos são entendidos para não gerar incômodo da ausência do estado de coerência? Para Festinger, o mais usual são tentativas de racionalizar essa incompatibilidade, buscando argumentos favoráveis às práticas tomadas (fumar, no caso do exemplo) e rejeitando aqueles que aumentem o estado de incoerência, para não produzir incômodo (evitar informações que ressaltem os danos do

²⁶ Nesse sentido, Festinger (1957, p. 16) aponta os estudos de Fritz Heider, na obra “The psychology of interpersonal relations” e de Osgood e Tannenbaum, na obra “The principle of congruity and the prediction of attitude change”.

fumo à saúde).

Assim, segundo o autor, o mais comum é que um fumante pense que

a) saboreia tanto o prazer de fumar que vale a pena correr o risco; b) as probabilidades de pôr em perigo a saúde não são tão sérias quanto alguns afirmam; c) não é possível evitar sempre todas as contingências perigosas da vida e apesar disso ainda está viva; d) finalmente, mesmo que resolvesse deixar de fumar, talvez engordasse tanto que a sua saúde também seria prejudicada. Assim, continuar a fumar é, em última análise, coerente com as suas idéias sobre o fumo (FESTINGER, 1957, p. 12 - 13).

Assim, a conclusão a que chega o autor é que, estando em uma situação de dissonância (incoerência), que é psicologicamente incômoda, um indivíduo buscará reduzi-la e promover a consonância (formar um estado coerência), e quando essa incoerência for persistente, pois nem todas são facilmente solucionadas (no caso do fumante, por exemplo, que sabe dos danos à saúde, mas tem dificuldade em parar com o hábito), o indivíduo evitará as informações capazes de aumentar a incoerência (dissonância). Ou seja, há uma busca por harmonia entre pensamentos e ações, seja compatibilizando-as entre si, seja evitando ou ignorando as informações que produzem o estado de incoerência.

Como apontam Ritter e Lopes Jr., o que interessa ao debate acerca do juiz das garantias é o âmbito em que em que o efeito da dissonância cognitiva se manifesta involuntariamente, a saber, “na tomada de decisões (...) e no contato com informações sobre alguém que coloquem em xeque a primeira impressão fixada sobre essa pessoa” (2016, p. 68). Veja-se a seguir como isso ocorre.

Imagine-se o seguinte: antes de escolher entre os carros “A” (mais econômico) e “B” (mais bonito), um indivíduo tem diferentes motivos para escolher um ou outro, mas pode optar apenas por um. Considerando a tendência de coerência entre cognições e ações, ao optar pela compra do carro “A”, haverá uma contradição com os pensamentos favoráveis à compra do carro “B”, pois, ainda que um critério pese mais que outro, ainda há motivos para a escolha do carro não comprado. Aqui surge o estado de dissonância, após a decisão.

Esse estado de dissonância na escolha entre dois carros é incômodo e o indivíduo buscará um estado de consonância e harmonia, seja alterando sua conduta (comprando o carro não comprado), seja alterando suas cognições. Na hipótese da compra do carro, considerando que a compra do carro “A” exclua a possibilidade da compra do carro “B”, a alternativa restante seria reduzir o estado incômodo pela mudança de cognições, nesse caso, dando preferência aos argumentos que fortaleçam a escolha pelo carro comprado e dando menor importância para os argumentos que

reforcem a compra do carro não comprado (FESTINGER, 1957, p. 117 - 121).

Assim, o movimento produzido é um ciclo de autoafirmação da escolha já tomada, buscando-se promover o estado de harmonia entre pensamentos e ações. No exemplo hipotético, o esperado é que o indivíduo ressalte para si mesmo que a compra do carro adquirido traz muito mais benefícios do que a compra do carro que não adquirido, buscando fundamentos que forcem a posição de conforto com a decisão tomada, evitando pensamentos que lancem dúvida sobre a escolha, pois produziram o efeito incômodo da incoerência (FESTINGER, 1957, p. 121 - 122). Além desse mecanismo mental, o indivíduo tende a esquecer de forma seletiva as informações que produzam o estado de dissonância, nesse caso, o comprador do veículo tenderia a não lembrar de alguns dos pontos positivos relativos ao carro não escolhido (FESTINGER, 1957, p. 143 - 144).

Nesse sentido, é possível concluir que escolher envolve não só uma opção no presente, mas gera efeitos no futuro, decorrentes desse ciclo de autoconfirmação. Por isso,

(...) “decidir” não é apenas fazer uma escolha. Muito mais do que isso, é assumir (fiel e involuntariamente) o compromisso de conservar uma posição, que decisivamente vinculará o seu responsável por prazo indeterminado, já que tudo que a contrariar produzirá dissonância e deverá ser evitado, ou se não for possível, deturpado, em prol da decisão tomada.

E não é outro o cenário cognitivo-comportamental oriundo da fixação de uma primeira impressão sobre alguém, visto que esta acabará orientando a cognição e o comportamento do indivíduo em relação às cognições posteriores a essa imagem inicial (quando vinculadas a ela, evidentemente), no sentido de adequá-las a mesma, sob pena de tornarem-se incompatíveis entre si, gerando dissonância cognitiva e todas as suas consequências molestas correlatas. (RITTER; LOPES JR., 2016, p. 70)

Na mesma linha dos autores acima, defende-se neste trabalho que o mesmo efeito ocorre em um processo penal, pois a partir do momento que um julgador toma uma decisão, ainda que não definitiva, como no caso de decretar uma prisão cautelar, os elementos que fundamentaram essa decisão vincularam, em maior ou menor medida, as opiniões posteriores do juiz sobre a mesma matéria.

Seguindo esse entendimento, um juiz que decreta uma prisão preventiva ao longo do inquérito policial (por entender pela existência dos elementos indiciários para tanto), caso atue também no processo instaurado na sequência, quando da verificação dos elementos da materialidade do crime, poderá não fazer tal avaliação com a mesma imparcialidade que um julgador que tivesse contato pela primeira vez após finalizada a fase de investigação policial. Nesse caso, o juiz que atuou na investigação estaria tendente, em tese, a buscar um estado de coerência com sua decisão anterior – pela

materialidade do crime.

Quanto a esse ponto, mesmo que não negado o efeito da dissonância cognitiva, poder-se-ia dizer que um mero contato prévio do juiz, como a decretação de quebra de sigilo bancário no curso de uma investigação policial, não teria o condão de fixar uma opinião acerca do caso, como na hipótese do comprador dos carros “A” e “B”, pois seria necessária uma análise mais aprofundada das opções para firmar um convencimento. Pois bem, quanto a esse ponto, trataremos abaixo dos impactos de um primeiro contato sobre algo ou alguém, conforme pesquisas conduzidas por Asch, Kelley e Schünemann.

Primeiramente, é importante destacar o experimento realizado pelo psicólogo Solomon Asch, acerca da fixação de uma primeira impressão – o chamado “efeito perseverança”. O experimento por ele realizado buscava analisar se as informações posteriores recebidas acerca de alguém seriam recebidas com um direcionamento prévio, alinhado à primeira informação recebida, sendo esta, então, a responsável pelo direcionamento da opinião formada.

No experimento, foram apresentados dois conjuntos de características sobre uma pessoa hipotética a dois grupos de pessoas, sendo que as características apresentadas eram as mesmas, mas invertendo-se a ordem. Assim, o primeiro grupo recebeu informações sobre uma pessoa *inteligente, trabalhadora, impulsiva, crítica, teimosa e invejosa* (indo das características boas até as ruins), enquanto o segundo grupo recebeu as mesmas informações, mas na ordem *invejosa, teimosa, crítica, impulsiva, trabalhadora e inteligente* (indo das ruins às boas) (ASCH, 1977, p. 180 - 182).

Apesar de apresentados exatamente os mesmos adjetivos, observou-se que o grupo que recebeu a série com as características positivas primeiro manifestou impressão consideravelmente mais positiva sobre a pessoa hipotética, enquanto o segundo grupo apresentou o comportamento contrário. Assim, Asch concluiu que:

As descrições dos estudantes indicam que os primeiros termos estabelecem uma direção, e esta exerce uma influência contínua sobre os últimos termos. Quando se ouve o primeiro termo nasce uma impressão, ampla e não cristalizada, mas dirigida. A característica seguinte está relacionada com a direção estabelecida. A opinião formada adquire rapidamente uma certa estabilidade; as características posteriores são ajustadas à direção dominante, quando as condições o permitem (ASCH, 1977, p. 182 - 183).

Em sentido similar, Harold Kelley, psicólogo norte-americano, realizou um experimento similar com dois grupos de estudantes de psicologia. Neste caso, antes de uma apresentação de um conferencista, foi dada uma breve apresentação sobre essa pessoa para cada um dos grupos, mas sendo fornecidas informações consideravelmente diferentes para cada um dos dois grupos. Ao primeiro grupo foi apresentada uma pessoa

bastante fria, empreendedora, crítica, prática e decidida (turma A), e ao segundo uma pessoa *muito afetuosa, empreendedora, crítica, prática e decidida* (turma B), ou seja, as características eram as mesmas, substituindo-se apenas pessoa *bastante fria* por *bastante afetuosa*. Ao final da conferência, os estudantes tiveram que relatar suas impressões sobre o conferencista, com destaque para suas características pessoais. Como resultado, demonstrou-se que a turma B, para quem foi descrita uma pessoa *muito afetuosa*, teve muito mais interações com o conferencista, além de apresentar muito mais impressões favoráveis do que a turma A, para quem a descrição indicava uma pessoa *muito fria* (KELLEY, 1950, p. 431 - 439).

Por fim, conclui o autor que “Os estudantes que tinham formado uma impressão preliminar do conferencista a partir da preleção introdutória manifestaram a tendência de avaliar-lhe o comportamento real à luz dessa impressão inicial”, além de com ele terem mais abertura e liberdade para dialogar do que aqueles que foram introduzidos de forma contrária (KELLEY, 1950, p. 431 - 439). Comentando os resultados acima, Ritter e Lopes Jr. destacam ser possível “observar que as distintas descrições preliminares impactaram não somente na impressão final declarada, mas também no comportamento dos estudantes para com o conferencista” (2016, p. 71 - 72).

Portanto, é possível entender que uma primeira impressão, ainda que decorrente da mentalização de uma pessoa hipotética ou de uma breve apresentação sobre alguém, influencia sobremaneira a forma como as demais informações são recebidas, pois as primeiras informações tendem a indicar um sentido para as posteriores.

Os resultados desses dois experimentos se alinham aos estudos de Festinger acerca da dissonância cognitiva, na medida em que, após admitida uma *cognição* (como nas duas pesquisas citadas), a tendência é a busca por informações consonantes com esse primeiro pensamento, evitando-se informações que caminhem em sentido contrário, a fim de evitar o incômodo, a desarmonia de pensamentos, a *dissonância*.

Ou seja, há motivos suficientes para crer que um primeiro contato, breve que seja, potencialmente pode fixar um entendimento acerca de uma pessoa, e pior, as informações posteriormente recebidas tendem a seguir a direção indicada por essa primeira informação recebida. Os experimentos de Kelley e Asch evidenciam isso, e o processo penal não está imune a estes efeitos.

Seguindo os ensinamentos de Festinger, anteriormente evidenciados no experimento de Kelley (1950), ao se fixar uma *cognição*, a tendência é uma maior receptividade a informações que apontem no mesmo sentido e uma maior rejeição a

informações que contrastem com essa cognição, a fim de evitar o incômodo da contradição (FESTINGER, 1957).

Trazendo para a realidade do processo penal, podemos questionar, ao menos no aspecto objetivo – a aparência –, a imparcialidade de um julgador que teve contato com um caso na fase investigativa e nessa oportunidade fixou opiniões pela culpa do investigado, adquirindo assim um direcionamento prévio para receber as informações posteriores e alinhá-las ao convencimento inicial.

Ademais, podemos citar como hipóteses que apresentam real risco de formação de convencimento do juiz, por demandarem uma análise mais detida, o art. 126 do CPP (“Para a decretação do seqüestro, **bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens**”) e o art. 60 da Lei nº 11.343/2006, na sua redação anterior à Lei nº 13.964/2019 (“O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, **havendo indícios suficientes**, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática (...”).

A exemplo desses casos acima, tratando do contato prévio do juiz com os elementos investigativos, precisamente alerta Maya

ao exigir do magistrado uma efetiva aproximação para com o material informativo colhido no inquérito policial, lhe retira a imparcialidade exigida para a posterior condução do processo e emissão de uma decisão de mérito. Não há como, de fato, verificar a existência de provas do crime, de indícios veementes da procedência ilícita de bens, de fundadas razões que indiquem a necessidade da interceptação telefônica, ou mesmo a sua imprescindibilidade, ou, ainda, se convencer da certeza da infração, sem se contaminar subjetivamente com os argumentos formulados pela autoridade policial ou pelo Ministério Público e com os próprios elementos indiciários que dão suporte às medidas cautelares postuladas. A exigência de que o juiz analise detidamente tais elementos para verificar a legitimidade da medida proposta, e, principalmente, de que fundamente sua decisão indicando os motivos do seu convencimento, é por si só incompatível com a ideia de distanciamento e, portanto, com a manutenção da imparcialidade (MAYA, 2014, 196)

Ou seja, considerando que a tomada de uma decisão na fase investigativa pode “vincular cognitivo-comportamentalmente seu responsável (magistrado) por prazo indeterminado” e que com esse primeiro contato (com elementos produzidos unilateralmente pelo investigador) funda-se um direcionamento para as informações posteriormente recebidas, “existe a possibilidade da autoridade judiciária que participou dessa primeira fase manter-se imparcial no futuro desenrolar processual?” (RITTER; LOPES JR., 2016, p. 73). A essa pergunta, a resposta nos parece claramente negativa.

É importante dizer que não se pretende, com essa argumentação, presunçosamente definir que um juiz é parcial por ter contatos prévios com o caso, o que se defende é que a existência de contatos prévios poderá ao menos lançar suspeitas sobre a imparcialidade do julgador, o que macula a imparcialidade objetiva do processo penal, pois abalada a aparência de imparcialidade. Como bem aponta Comar, ao tratar das teorias de Festinger e destes efeitos psicológicos, “nesse campo não há certezas, não se trata de matemática, mas a teoria do campo psicológico, ao menos, acaba por trazer um alerta para a seara processual penal” (COMAR, 2022, p. 203).

A fim de tornar mais evidente essa argumentação, indo para além de cenários teóricos e argumentos abstratos, é importante ressaltar se – e como – esses efeitos psicológicos ocorrem na prática. Nesse sentido, é imprescindível apresentar a pesquisa de campo realizada pelo jurista e Professor catedrático da Ludwig Maximilians Universität Bernd Schünemann.

A fim de analisar na prática os efeitos das teorias de Festinger e a ocorrência do efeito perseverança, Schünemann realizou uma pesquisa com 58 juízes criminais e 23 membros do Ministério Público alemão, aleatoriamente escolhidos naquele país. Para a realização da pesquisa, foi apresentado um processo criminal real, classificado pelo autor como “uma verdadeira bola dividida, o que permitia, sem erro técnico, que se proferisse tanto uma sentença condenatória quanto uma absolutória” (2012, p. 8). Ao final, os participantes deveriam proferir uma sentença fundamentada, e por meio de uma série de perguntas era testado o nível de precisão das informações captadas por cada participante.

Assim, foi montada uma estrutura baseada em duas variáveis independentes e alternativas, sendo elas o conhecimento dos autos do inquérito e a faculdade de inquirição às testemunhas numa simulação de audiência de instrução e julgamento, mas tudo de forma escrita e por meio de um computador. Logo, foram separados quatro grupos, entre os que poderiam e os que não poderiam: ter acesso à audiência de instrução; inquirir testemunhas na audiência; e acessar aos autos do inquérito policial. Além da decisão, ao final, analisava-se o sucesso dos participantes em reter informações sobre o caso (SCHÜNEMANN, 2012, p. 8).

As hipóteses de Schünemann eram as seguintes: 1ª) o magistrado condena mais frequentemente quando, antes da audiência de instrução e julgamento, possui conhecimento dos autos do inquérito; 2ª) na audiência de instrução e julgamento, o juiz comete mais erros na retenção das informações que não se conjugam com o teor do

inquérito quando o conhece previamente; 3ª) haverá uma redução no quantitativo de erros quando inexistir o conhecimento prévio do inquérito pelo magistrado; e 4ª) Haverá maior número de perguntas formuladas na audiência de instrução e julgamento para os sujeitos da prova quando o magistrado conhecer previamente o inquérito (SCHÜNEMANN, 2012, p. 6).

A primeira hipótese está ligada à tendência de se criar uma opinião com base em uma primeira impressão e, na sequência, receber informações sob o direcionamento dessa primeira informação – nesse caso, o inquérito policial –, havendo uma busca de consonância entre as informações colhidas na investigação e no curso do processo.

A segunda hipótese se liga à teoria da dissonância cognitiva, na medida em que uma das formas de lidar com a dissonância é o esquecimento seletivo de informações contrastantes com a opinião já formada (FESTINGER, 1957, p. 143 - 144).

A terceira hipótese caminha no mesmo sentido, ou seja, sem contato com o inquérito haverá menos erros e esquecimento de informações. Já a quarta hipótese “questiona se, por meio de uma imagem pré-formada do crime, estimula-se e intensifica-se a busca por informações e dados que ratifiquem esta concepção inicial” (SCHÜNEMANN, 2012, p. 6).

Os resultados da pesquisa alinharam-se às hipóteses. Todos os 17 juízes criminais que tiveram contato com o inquérito policial e que participaram da audiência de instrução e julgamento proferiram decisões condenatórias, enquanto no grupo que não teve contato com o inquérito, 8 juízes proferiram decisões condenatórias e os outros 10 proferiram decisões absolutórias. A primeira hipótese foi verificada. Comentando os resultados da pesquisa, Schünemann assevera que

O conhecimento dos autos do inquérito tendencialmente incriminador leva, sem exceções, o juiz a condenar o acusado. Esta tendência permanece mesmo diante de uma audiência de instrução e julgamento ambivalente, que, no fundo, sugere uma absolvição. (SCHÜNEMANN, 2012, p. 10).

A diferença mais notável foi entre o subgrupo que teve acesso ao inquérito e pôde inquirir testemunhas e o que não teve acesso ao inquérito, mas poderia inquirir testemunhas. No primeiro subgrupo, 8 juízes condenaram e nenhum absolveu, enquanto no segundo subgrupo, apenas 3 juízes condenaram e os outros 8 absolveram. Sobre esse resultado, pode-se dizer que “a formulação de perguntas mais se aproxima de uma autoconfirmação da hipótese de partida do que de um aprimoramento na assimilação das informações”, quando se trata de juízes que tiveram acesso aos autos do inquérito (SCHÜNEMANN, 2012, p. 11).

Com relação à segunda e terceira hipóteses, de que o juiz comete mais erros na retenção das informações que não se conjugam com o teor do inquérito quando o conhece previamente, e que esses erros diminuiriam pela ausência de contato com o inquérito, os resultados confirmaram-nas. Os juízes que tiveram contato com o inquérito e que puderam inquirir testemunhas na audiência de instrução e julgamento se lembraram de uma média de 6,59 perguntas, de um total de 11, enquanto aqueles que não tiveram contato com o inquérito se lembraram de uma média de 7,69 perguntas (SCHÜNEMANN, 2012, p. 10).

Relevante destacar que o subgrupo que menos se lembrou das perguntas (média de 6,35) foi justamente o grupo de juízes que, tendo contato com o inquérito, decidiu pela condenação, enquanto o grupo com melhor desempenho (média de 9,25) foi dos juízes que, não tendo contato com o inquérito e podendo inquirir testemunhas, decidiu pela absolvição. A conclusão foi de que “Os juízes dotados de conhecimento prévio do inquérito quase não notaram e não retiveram o conteúdo defensivo produzido na audiência de instrução e julgamento” (SCHÜNEMANN, 2012, p. 10).

Em relação à última hipótese, verificou-se que a maioria das perguntas às testemunhas foi feita pelos juízes que tiveram contato com o inquérito e que decidiram pela condenação. Por outro lado, o grupo que não teve contato com o inquérito realizou menos perguntas. Interessante destacar que, contraditoriamente – mas como esperado –, o subgrupo que perguntou menos soube responder corretamente número maior de perguntas se comparado ao subgrupo que perguntou mais (SCHÜNEMANN, 2012, p. 11).

Por fim, conclui o autor que

No geral, a assimilação das informações pelo juiz é distorcida e está voltada ao delineamento da ocorrência criminal exposto no inquérito policial e a apreciação que dele faz o Ministério Público. Com isso, resultados probatórios dissonantes são menos apercebidos e retidos (SCHÜNEMANN, 2012, p. 21).

Assim, com base em todo o exposto ao longo desse Capítulo 3, entendemos haver motivos suficientes para se questionar a imparcialidade do julgador que tem contato com um caso durante a fase investigativa, por ser possível não só a fixação de uma primeira impressão – que tende a ser de culpabilidade –, mas também a ocorrência de um processo cíclico de autoafirmação da opinião já formada e de rejeição de elementos que se contraponham a essa opinião, em geral, os argumentos de defesa.

À luz dos argumentos deste Subcapítulo, entendemos ser acertada a separação da atuação do juiz que atua durante a investigação e o que atua durante o processo, motivo

que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a figura do juiz das garantias, como reforço à imparcialidade no processo penal e ao sistema acusatório, sistema que demanda também uma separação rígida entre acusação e defesa de forma não apenas formal (como no modelo anterior à Lei nº 13.964/2019), mas material.

Com base nisso, alinhamo-nos à corrente doutrinária que defendeu a modificação da fixação da competência (em caso de atos decisórios antes do processo) pela prevenção, fazendo com que ela funcionasse como regra de impedimento para atuar no processo, a fim de garantir que o magistrado que possivelmente já tenha uma inclinação de julgar não possa ter competência para julgar o feito. Esses argumentos serão vistos a seguir.

3.4 Prevenção como regra de exclusão de competência: inversão da escolha do juiz natural

A imparcialidade no processo penal é a base fundante da própria atividade jurisdicional, sem ela não há verdadeiramente um processo justo, mas o arbítrio punitivo estatal, pois como aponta Zaffaroni, “sem imparcialidade, não há jurisdição” (ZAFFARONI, 2000, p. 86). Assim, essa característica é tão essencial que merece atenção tanto em seu aspecto objetivo quanto subjetivo.

Nesse sentido, concordamos com Maya, ao afirmar que

A questão problemática a ser enfrentada, entretanto, diz respeito ao controle dessa garantia tão importante para a legitimidade da atividade jurisdicional.

(...)

Isso porque a subjetividade inerente ao conceito de imparcialidade, como expressão anímica que é, impossibilita qualquer pretensão de verificação por parte do homem. A imparcialidade apresenta-se, nesse viés, como algo substancialmente incontrolável, de forma que resta-nos estabelecer, através da legislação processual, critérios objetivos identificadores de situações em que há o risco de contaminação subjetiva do juiz, casos em que a mera possibilidade de perda da imparcialidade justifica o afastamento do julgador. (MAYA, 2008, p. 4.294).

Assim, como apresentado no subcapítulo anterior, com base na teoria da psicologia social de Festinger e nas pesquisas experimentais realizadas por Asch (ASCH, 1977, p. 180 - 182), Kelley (KELLEY, 1950, p. 431 - 439) e em especial por Schünemann (SCHÜNEMANN, 2012, p. 11), que realizou um experimento sistematizado de maior escala com juízes reais, cremos haver motivos suficientes para se questionar a efetiva imparcialidade de um processo penal que não separa os juízes das fases de investigação e processo.

Contudo, a prevenção opera em sentido contrário no direito processual

brasileiro: com base no art. 69, VI²⁷, do CPP, a competência será subsidiariamente decidida pela prevenção. Ou seja, em que pese possa ter formado um convencimento pré-processual, será esse o juiz competente para processar e julgar a causa, mesmo sendo quem “homologou o auto de prisão em flagrante, decidiu sobre pedido de liberdade provisória, sobre requerimento de busca e apreensão ou, ainda, acerca da quebra dos sigilos bancário, fiscal ou das comunicações telefônicas” (MAYA, 2008, p. 4.299).

Vale destacar que, conforme explica Renato Brasileiro, não é a natureza decisória do ato processual que, sozinha, identifica a prevenção, mas o fato de tais decisões demandarem do juiz uma análise de elementos produzidos durante a investigação preliminar, algo que propiciaria ao magistrado formar uma convicção provisória sobre a existência do crime e/ou participação do investigado no fato delituoso (2020, p. 180 - 181), tendo assim um melhor conhecimento da causa. Ou seja, o juiz competente seria justamente aquele que já formou provisoriamente sua convicção, aquele que tenderá a interpretar futuras informações com o direcionamento decorrente do primeiro contato.

Tendo em vista a disposição do art. 93, IX²⁸, da Constituição Federal, de que toda decisão judicial deve ser fundamentada, e que o juiz deve atuar no processo como controlador da legalidade e dos direitos fundamentais do investigado, esse não poderá realizar uma análise tão superficial dos elementos de prova que lhe forem apresentados, pois na verdade deverá “proceder a um exame real, efetivo, no intuito de verificar a plausibilidade das alegações e dos requerimentos que lhe são formulados” (MAYA, 2008, p. 4.299). Parece haver um erro nessa regra de fixação de competência.

Portanto, alinhamo-nos a posição de Lopes Jr., para quem

a prevenção deve ser uma causa de exclusão da competência. O juiz-instrutor é prevento e como tal não pode julgar. Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos prejulgamentos que realiza no curso da investigação preliminar (LOPES Jr., 2020, p. 98).

Causa-nos estranheza pensar que a proteção da imparcialidade no processo penal, ligada à preservação do estado de alheamento (FERRAJOLI, 2002) do julgador à causa, poderia se coadunar com tal regra de fixação subsidiária da competência pela

²⁷ Art. 69. Determinará a competência jurisdicional: VI - a prevenção;

²⁸ Art. 93 Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...).

prevenção. Ambas, na verdade, parecem caminhar em sentidos opostos. Admitir a permanência dessa regra no ordenamento jurídico, seja pela fixação de uma primeira impressão, seja pela tendência de buscar informações que confirmem uma primeira opinião, gera riscos de se ferir gravemente esse princípio tão essencial do processo penal: a imparcialidade.

Em um primeiro olhar superficial, parece fazer sentido pensar que quanto mais conhecimento um juiz tiver de um caso ao julgar um processo, quanto mais contato tiver tido elementos da investigação policial, melhor conheceria o caso, logo, seria o mais apto a julgar. Contudo, como apresentado na pesquisa de Schünemann (2012, p. 10), os juízes que mais tiveram contato com elementos da fase pré-processual tenderam a ser justamente os que menos se recordaram dos depoimentos das testemunhas, pois estavam fechados a novas informações, na medida em que essas se contrapunham às convicções já formadas. Quanto a este ponto, importante destacar a posição de Renato Brasileiro, para quem

dever-se-ia trabalhar com a prevenção não como critério de fixação da competência, mas sim de exclusão. É ingênuo, portanto, acreditar que o juiz mais qualificado para o julgamento do caso penal é aquele que primeiro praticou um ato decisório, quando, na verdade, se está fechando os olhos para um fato inegável, qual seja, o de que este magistrado estará possivelmente vinculado às suas decisões anteriores, violando-se o princípio da imparcialidade (BRASILEIRO, 2020, p. 184).

Esse entendimento é defendido por Maya, que defende a declaração de inconstitucionalidade dos art. 75 e 83 do CPP “por violação à garantia do devido processo legal” além de sua “inconvencionalidade, por absoluta afronta ao artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos” (2014, p. 197), diploma que determina o direito de ser processado por um juiz ou tribunal imparcial.

Portanto, entendemos ser acertada a regra de impedimento inserida no art. 3º-D do CPP no tocante às competências (ponto que será abordado no Capítulo 4) do juiz das garantias, o qual estará impedido de atuar no processo após praticar algum ato ou receber informação na fase de investigação. Com essa previsão, respeita-se o princípio do juiz natural e, simultaneamente, garante-se uma distância maior entre julgador e julgado, o que tende a favorecer a imparcialidade no processo penal.

4 JUIZ DAS GARANTIAS NA PRÁTICA

4.1 Breve histórico

A proposta de se instituir o juiz das garantias no Brasil, em que pese aprovada

apenas em 2019, remonta a uma década antes. A proposição dessa nova figura se deu por meio do PLS 156/2009, que visava reformar de forma ampla todo o CPP. Apontando as incongruências entre o CPP vigente com o regime constitucional pós 1988, a exposição de motivos deste projeto já apresentava a necessidade de um modelo processual mais focado na garantia de direitos individuais como pauta mínima do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2009, p. 16).

Como justificativa para criação dessa nova figura, o projeto já indicava a “importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes” (BRASIL, 2009, p. 17), partindo-se do ponto que um juiz mais distante da fase investigativa teria mais condições de agir de forma imparcial e seria também mais apto a sanar dúvidas acerca da sua imparcialidade.

O projeto de reforma do CPP, em que pese aprovado no Senado Federal, recebeu a numeração de Projeto de Lei nº 8.045/2010 na Câmara Legislativa, estando em tramitação até o momento. Por certo que uma reforma ampla do CPP demanda profundas (e conseqüentemente lentas) discussões, mas, enquanto isso, outros institutos foram incorporados a novas propostas legislativas, algumas das quais foram aprovadas.

Entre esses institutos encontra-se o do juiz das garantias, inserido na legislação processual penal por meio dos art. 3º-B a 3º-F do CPP, após a edição da Lei nº 13.964/2019. O primeiro ponto a ser destacado aqui é o novo art. 3º-A do CPP, inserido pela mesma legislação, pois responsável por uma importante (e esperada) alteração: definir a natureza do processo penal brasileiro:

Art. 3º-A. O processo penal terá **estrutura acusatória**, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (grifos nossos)

Esse dispositivo, ao positivar a natureza acusatória do processo penal e vedar as iniciativas do juiz na fase de investigação (e durante o processo, mas fazendo menção apenas à atuação da acusação, motivo de críticas por parte da doutrina²⁹), criou a necessidade de reformular a atuação judicial, dada a incompatibilidade do modelo anterior com um sistema realmente acusatório, em que deve prevalecer uma atuação passiva e controladora da legalidade por parte do juiz, apenas (LOPES JR., 2020, p. 189). É alinhando-se a esse entendimento (com o qual concordamos) que Queiroz afirma

²⁹ Ver página 61.

Por sua vez, no sistema acusatório o juiz não pode usurpar as funções da acusação, por isso não lhe cabe, na fase investigatória, determinar a produção de prova, nem requisitar inquérito policial ou decretar prisão ou medida cautelar de ofício. O juiz já não poderá, portanto, converter a prisão em flagrante em prisão temporária ou preventiva, exceto se houver requerimento do MP ou representação da autoridade policial (QUEIROZ, 2020)

Esse complemento necessário ao sistema acusatório, como até aqui defendido, foi o juiz das garantias, cujas competências serão melhor vistas a seguir. Feito essa brevíssima contextualização, passemos a elas.

4.2 Competências

As atribuições do juiz das garantias decorrem do disposto no *caput* do art. 3º-B do CPP, o qual define que “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”. E, nos termos do art. 3º-C do mesmo diploma, essa competência abrange todas as infrações penais, excetuadas as de menor potencial ofensivo, e finalizará com o recebimento da peça acusatória.

Em relação à exceção em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, vale apontar a justificativa apresentada pela doutrina. Para Maya, isso se justifica dado que a prática dessas infrações enseja a lavratura de termo circunstanciado, e não a instauração de inquérito policial, ou seja, não há propriamente uma investigação (MAYA, 2020, p. 88). Nesse mesmo sentido posiciona-se Brasileiro (BRASILEIRO, 2020, p. 148). Já Cunha entende que a exceção decorre dos princípios que regem a apuração desses crimes, a saber, “oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade” (CUNHA, 2020, p. 99).

É importante destacar que, apesar de funcionar como um “fiscal da devida investigação criminal”, a presidência do inquérito policial segue nas mãos do Ministério Público, “a quem é definitivamente atribuído o controle da investigação criminal”, sendo descabido o entendimento de que, indiretamente, o juiz das garantias passaria a exercer a presidência da atividade investigativa (MAYA, 2020, p. 91).

Mesmo sendo uma nova figura, “as atribuições do juiz de garantias (...) não diferem das tarefas atualmente atribuídas aos juízes com atuação nas varas criminais, no âmbito da investigação criminal” (MAYA, 2020, p. 92). De forma específica, sempre que determinada diligência promovida pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público cercear direitos individuais, o investigado poderá recorrer ao juiz das garantias para

fiscalização desses atos. Assim, seguindo organização semelhante à realizada por Maya³⁰, vejamos as competências, elencadas de forma exemplificativa nos incisos do art. 3º-B do CPP.

A primeira competência elencada (incisos I e II) diz respeito ao recebimento da comunicação imediata da prisão e do auto de prisão em flagrante, que antes podia ser comunicada a qualquer juiz, inclusive ao plantonista. Agora, há a especialização dessa atribuição, voltada ao maior controle da legalidade do ato, devendo o juiz das garantias, no caso da prisão em flagrante, nos termos do art. 310 do CPP, realizar a audiência de custódia em até 24 (vinte e quatro) horas e decidir: pelo relaxamento da prisão ilegal; pela sua conversão em prisão preventiva; ou pela concessão de liberdade provisória (MAYA, 2020, p. 94).

Vale destacar também que, agora, o recebimento do auto da prisão em flagrante deve ocorrer com a apresentação pessoal do preso para realização da audiência de custódia, tornando possível “um contato mais próximo com o juiz das garantias, elevando, assim, seu nível de cientificidade, tendo, pois, melhores condições para fazer a triagem daqueles flagranteados que efetivamente devem ser mantidos presos” (BRASILEIRO, 2020, p. 130).

A segunda competência (inciso III) não é novidade no direito brasileiro, competindo a este juiz “zelar pela observância dos direitos do preso” e determinar que seja trazido a sua presença, em qualquer momento. A terceira competência (inciso IV) define que deverá ser informada a abertura sobre a instauração de qualquer investigação criminal, ou seja, estão abrangidas não apenas as investigações conduzidas pela polícia judiciária, mas todas aquelas que tenham como objetivo apurar um crime (salvo os de menor potencial ofensivo), qualquer que seja.

A quarta competência (incisos V e VI) é de deferir, indeferir, prorrogar, revogar ou substituir prisão preventiva ou outra medida cautelar, assim como julgar os pedidos da defesa relativos a essas medidas cautelares, no âmbito da investigação criminal. O inciso V acaba com a controvérsia entre “decretar” prisão preventiva e “converter” prisão em flagrante em preventiva, pois define ser competência do juiz das garantias “decidir sobre o requerimento” de medidas cautelares, ou seja, não há possibilidade de decretação de ofício, devendo haver sempre um requerimento da acusação para tanto

³⁰ O modelo de organização, baseado em analisar as competências de forma conjunta com base nas semelhanças de atribuição, segue a mesma lógica do Subcapítulo 3.2 da obra “Juiz de garantias – Fundamentos, origem e análise da Lei 13.964” (2020) deste autor.

(MAYA, 2020, p. 97).

Nesse ponto, considerando a impossibilidade de atuação de ofício na fase investigativa, surge uma questão: subsiste no ordenamento a previsão do art. 20 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que prevê a decretação da prisão preventiva do agressor? Quanto a esse ponto, alinhamo-nos a posição de Cunha, para quem essa limitação do CPP incidiria sobre a Lei Maria da Penha, em homenagem ao sistema acusatório agora positivado, por serem incompatíveis as ações oficiosas do juiz com medidas de teor persecutório (CUNHA, 2020, p. 82).

“Decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas urgentes e não repetíveis” (inciso VII) é a quinta competência do juiz das garantias, e esse ponto merece atenção. Nos termos do art. 156, I, do CPP³¹, cabe ao juiz determinar de ofício a produção antecipada de provas, contudo, o inciso em questão dispõe expressamente sobre decidir acerca de um requerimento, ou seja, não aponta a possibilidade de determinação sem provocação das partes.

Além disso, voltando ao art. 3º-A do CPP, está vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação, independente da parte que seria beneficiada por tal determinação, ou seja, não há como se entender pela manutenção da produção antecipada de provas de ofício. Logo, considerando que a disposição do art. 3º-A é mais nova³² que aquela do art. 156, I, operou-se a revogação tácita do art. 156, inciso I, do CPP (QUEIROZ, 2020) (BRASILEIRO, 2020, p. 95).

A sexta competência (inciso VIII) diz respeito à prorrogação do inquérito policial quando o réu estiver provisoriamente preso, pelo prazo máximo de 15 (quinze) dias, podendo ser renovado esse prazo uma única vez por igual período. Não sendo o inquérito finalizado nesse prazo, o juiz das garantias deverá relaxar imediatamente a prisão. Vale destacar que, assim como no caso da conversão da prisão em flagrante em preventiva, o juiz não poderá prorrogar o prazo de ofício, mas apenas por requerimento do *Parquet*.

A sétima competência (inciso IX) é determinar o trancamento do inquérito policial, quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento. Há duas questões controversas no tocante a essa disposição: uma, feita

³¹ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

³² Conforme art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, as normas posteriores revogam as anteriores, quando forem com elas incompatíveis.

por Mauro Fonseca Andrade, de que se funda um indevido controle do inquérito pelo juiz das garantias (ANDRADE, 2020, p. 103), função que esse autor defende que fosse exercida pelo Ministério Público, e outra, por André Maya, acerca da inespecificidade do conteúdo da expressão “fundamento razoável” (MAYA, 2020, p. 100). Entendemos que sendo o juiz das garantias o controlador da legalidade da investigação criminal, não há como não lhe conferir tal atribuição, contudo, certamente há necessidade de serem estabelecidos pela jurisprudência os parâmetros do que seria o “fundamento razoável” para instauração do inquérito policial.

A oitava competência (inciso X) é a de “requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação”, decorrente do controle da legalidade exercido historicamente pelo Poder Judiciário. Como aponta Maya, essa competência não pode ser confundida com o poder instrutório de determinar a complementação de documentos ou laudos, pois vedada a iniciativa na fase investigativa, podendo tão somente requisitar materiais para um melhor controle da legalidade da investigação (2020, p. 101).

A nona competência (inciso XI) trata da decisão sobre requerimentos de obtenção de provas que violem direitos do investigado, como interceptações telefônicas, afastamento de sigilos, busca e apreensões, acesso a informações sigilosas, entre outros. A décima competência (inciso XII), de julgar *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia, está ligada também ao inciso VI, que trata da revogação de prisões cautelares.

A décima primeira competência (inciso XIII) é de determinar a instauração do incidente de insanidade mental. Há uma diferença entre esse dispositivo e quase todos os demais, na medida em que trata de uma função ativa de determinar algo, e não apenas decidir sobre o requerimento da acusação ou defesa. A razão de ser dessa competência de agir ativamente é porque “o resultado da perícia pode refletir diretamente nas consequências da persecução penal, seja a indicar a ausência de crime (inimputabilidade), seja a impor uma redução da pena (semi-imputabilidade)”, permitindo uma atuação ativa do juiz (MAYA, 2020, p. 103).

A décima segunda competência, inscrita no inciso XIV do art. 3º-B do CPP, merece uma maior atenção, por ser uma grande mudança entre a proposta do juiz das garantias no PLS 156/2009 (que previa o fim da competência do juiz das garantias com o oferecimento da denúncia, e não com seu recebimento), e a Lei nº 13.964/2019 (que atribuiu ao juiz das garantias o recebimento da denúncia).

Essa disposição é vista como “um erro grave da Lei” por Cunha, dado que será do juiz das garantias a competência (figura destinada à especialização do controle da legalidade de atividade investigativa) para receber talvez a principal peça de mérito, que é a denúncia (2020, p. 90). Essa competência gera uma vinculação do juiz da instrução ao juiz das garantias já na fase processual, pois caberá a esse último decidir sobre a rejeição ou não da denúncia, ainda que o primeiro (juiz do processo) se posicione de forma oposta. No mesmo sentido, contrário ao recebimento da denúncia pelo juiz das garantias, posiciona-se Andrade, para quem a cognição exercida pelo juiz no momento do recebimento da acusação seria insuficiente para torná-lo tendencioso a julgar, defendendo assim a competência do juiz da instrução para receber a denúncia (ANDRADE, 2020, p. 113 - 114).

Por exemplo, caso o juiz das garantias receba a denúncia, numa situação em que devesse rejeitá-la, com base na falta de justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, III, do CPP³³), o réu será citado para apresentar defesa. Ao receber a resposta à acusação, o juiz da instrução poderá absolver sumariamente o réu, com base na ausência de provas da ocorrência do crime ou de sua participação neste (art. 386, II e V, do CPP³⁴). Cremos que em tal hipótese haveria uma contradição judicial danosa à imagem da confiabilidade do Poder Judiciário, sendo uma melhor medida manter a competência do juiz das garantias até o oferecimento da denúncia, tão somente, preservando-se a separação rígida da atuação de cada magistrado na fase investigativa e processual.

Sendo o juiz das garantias uma figura voltada ao controle da legalidade da fase investigativa, que justamente por atuar durante dela por ter em alguma medida uma inclinação por um entendimento ou outro acerca do caso, e sendo também vedada (ao menos pela literalidade da lei) apenas a substituição da “atuação probatória do órgão de acusação” (art. 3º-A do CPP), cremos não ser este o julgador potencialmente mais imparcial para o recebimento da denúncia, e sim o juiz da instrução.

Contudo, não podemos deixar de apresentar aqui a parcela da doutrina que se posiciona favoravelmente ao recebimento da denúncia pelo juiz das garantias. Nesse sentido, podemos citar Maya e Brasileiro:

(...) seria mais apropriado que o recebimento da denúncia ou queixa fosse ato

³³ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

³⁴ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: II - não haver prova da existência do fato; e V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal.

processual da competência do próprio juiz de garantias, visto que ele já estará em contato com os elementos indiciários produzidos na fase pré-processual, com o que se estará afastando qualquer necessidade de o juiz competente para o julgamento do mérito manter contato com o material informativo que compõe o inquérito policial (...) Com efeito, se o objetivo é afastar o juiz do contato com a investigação preliminar, então outro caminho não resta que deixar a decisão sobre o início do processo penal a cargo do próprio juiz de garantias (MAYA, 2020, p. 107).

Apesar do entendimento desse autor, entendemos que o fato de o juiz das garantias estar em contato com os elementos indiciários da fase investigativa não o torna mais apto a ponderar acerca do recebimento, ou não, da denúncia. Na verdade, a possibilidade de ter uma inclinação decorrente dessa fase o tornaria menos, e não mais apto, pois a decisão não estaria dotada do mesmo grau de imparcialidade de um juiz que tivesse naquela oportunidade o primeiro contato com o caso. Além do mais, a acusação em si (seja denúncia ou queixa-crime) não se confunde com os elementos da investigação preliminar (ainda que com elas tenha forte relação), e pode também ser contraditada dentro do processo, diferente do que ocorre com os elementos colhidos pela polícia judiciária. Contudo, ainda em oposição a esse pensamento, podemos apontar Brasileiro:

Na dicção do art. 3º-B, inciso XIV, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19, este juízo de admissibilidade da peça acusatória deverá ser feito, doravante, pelo juiz das garantias, evitando-se, assim, O contato do juiz da instrução e julgamento com os elementos informativos produzidos no curso da investigação preliminar, o que, em tese, visa resguardar sua imparcialidade para formar seu convencimento exclusivamente com base nas provas produzidas em contraditório judicial (BRASILEIRO, 2020, p. 143).

Voltando ao rol exemplificativo de competências do juiz das garantias, a décima terceira competência (inciso XV) é de garantir ao investigado o acesso aos elementos informativos e provas produzidos na investigação, salvo quando estiverem em andamento. Esse direito do investigado não é novidade, sendo inclusive objeto de Súmula Vinculante³⁵. Contudo, na prática profissional, a realidade nem sempre é compatível com as previsões legais, sendo de grande valia a competência deste juiz, especializado no controle da legalidade da investigação criminal, para decidir acerca desse tema.

As décimas quarta e quinta competência (incisos XVI e XVII) tratam, respectivamente, do deferimento do pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia (note-se que se trata aqui também de deferir pedido,

³⁵ Súmula Vinculante nº 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

e não determinar) e da decisão sobre a homologação do acordo de não persecução penal, de colaboração premiada, ou outros, durante a investigação.

A última competência (inciso XVIII) é uma previsão ampla e aberta, que inclui outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* do art. 3º-B, que remontam à fase da investigação criminal, pois “Não haveria, efetivamente, como o legislador antever todas as hipóteses de possível restrição de direitos e garantias fundamentais” naquela fase (MAYA, 2020, p. 105). Aqui, mais uma vez, destacamos o critério legal de deferir ao juiz das garantias competências voltadas claramente à investigação, e não à fase processual, um dos motivos pelos quais discordamos da previsão do recebimento da denúncia pelo juiz das garantias.

O rol do art. 3º-B não encerra as previsões acerca do juiz das garantias, apenas as competências, por isso, é importante apresentar também os arts. 3º-C a 3º-F do CPP.

O art. 3º-C, como já apontado, delimita a competência do juiz das garantias: todas as infrações penais, excetuadas as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da acusação. É importante destacar que, conforme § 1º deste artigo, após o recebimento da acusação, as demais questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento. Já nos termos do § 2º daquele artigo, não há vinculação do juiz do processo em relação às decisões proferidas pelo juiz das garantias, devendo o primeiro reanalisar as medidas cautelares adotadas durante a investigação em até dez dias.

O § 3º do art. 3º-C funda uma regra essencial, pois impede o contato do juiz do processo com os autos da investigação, os quais ficarão “acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo”, com exceção das provas irrepetíveis e das medidas de obtenção de provas ou de antecipação destas. O § 4º desse mesmo artigo consolida a disponibilização dos autos, acautelados na secretaria do juízo, às partes.

O art. 3º-D é fundamental à toda a discussão envolvendo a imparcialidade no processo penal e a instituição do juiz das garantias, por ser o dispositivo que insere causa de impedimento para “O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º [do CPP]”.

O art. 3º-E define que a instituição do juiz das garantias “conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal”, delegando a estes entes a gestão dessa nova figura, para que adequem sua implementação à sua realidade. Por fim, o art. 3º-F atribui ao juiz das garantias a competência de impedir a exploração

mediática da imagem da pessoa presa, prática comum por órgãos de imprensa.

5 AS CRÍTICAS DE MAURO FONSECA ANDRADE

Dentre segmentos da doutrina, encontramos críticas pontuais à figura do juiz de garantias, em relação a uma competência ou outra (como no caso do recebimento da denúncia, criticada por Cunha³⁶), ou acerca de sua extensão. A maior parte das críticas se volta a implementação prática do juiz das garantias, por motivos organizacionais e financeiros, pontos estes que não serão abordados neste trabalho, como já salientado³⁷.

Contudo, um autor em específico nos despertou interesse, por encabeçar talvez a linha mais crítica ao juiz das garantias (em praticamente todos os seus aspectos), chegando a afirmar que é uma “figura desnecessária, que trará problemas desnecessários, provocando custos desnecessários” (ANDRADE, 2020, p. 154). Assim, às críticas deste autor, veiculadas na terceira edição de seu livro “Juiz das Garantias”, destinaremos esse capítulo, mas antes deve ser feita uma ressalva, já feita anteriormente: esse trabalho não se presta a tratar das questões que envolvem a implementação prática do juiz das garantias, logo, as críticas voltadas à essa matéria igualmente não serão abordadas. Assim, passemos às críticas que nos parecem mais relevantes.

Segundo parte da doutrina³⁸, um dos fundamentos para a instauração do juiz das garantias advém da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos³⁹, que nos casos *Piersack vs Bélgica* (*Application no. 8692/79, de 01/10/1982*) e *De Cubber vs. Bélgica* (*Application n. 9186/80, de 26.10.1984*) consagrou o entendimento de que um juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador (LOPES JR., 2020, p. 93).

No caso *De Cubber vs. Bélgica*, o TEDH foi provocado sobre a legalidade de um julgamento, realizado por uma Corte de Justiça belga, em que um juiz-investigador (figura inexistente no CPP) que presidiu a investigação por 2 anos, “não apenas

³⁶ Ver páginas 45 e 46.

³⁷ Como já apresentado na Introdução, neste trabalho não serão abordadas questões relativas à implementação prática do juiz das garantias (que envolvem desde questões orçamentárias até a reformulação de varas judiciais de comarcas do interior!), em decorrência das limitações impostas pela profundidade de pesquisa de um trabalho de conclusão de curso. Além disso, destinar essa pesquisa a uma discussão teórica permite maior nível de aprofundamento no tema, e, conseqüentemente, uma análise mais criteriosa e crítica.

³⁸ Assim entendem Lopes Jr., (2020, p. 188) e Brasileiro (2020, p. 119).

³⁹ Ambos os casos estão disponíveis no sítio eletrônico da Corte Europeia de Direitos Humanos, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>. Acesso em 20 de junho de 2023.

decretando a prisão do suspeito, como também o interrogando e indeferindo requerimentos de liberdade e de trancamento da investigação” (MAYA, 2020, p. 50), integrou a turma criminal, composta por três juízes, que condenou o réu. Já no caso *Piersack vs Bélgica*, Piersack foi processado por um procurador público que, após a instauração do processo, tornou-se o juiz competente para julgar justamente o réu processado por ele enquanto procurador: Piersack (TEDH, CASO *Piersack vs Bélgica* 1982)

Em uma primeira vista, contudo, pode-se ter a impressão³⁸ de que em ambos os casos trata-se de uma quebra da imparcialidade por se tratar de julgamentos realizados por juízes com poderes instrutórios, mas os casos merecem mais atenção e não são tão próximos do direito brasileiro. No caso *De Cubber*, o direito brasileiro não conta com figura semelhante de juiz-investigador, pois em que pese antes da Lei nº 13.964/2019 ser admitida a produção de provas de ofício pelo juiz, a esse não cabia ativamente investigar. Já em relação ao caso *Piersack*, se trazido para a realidade brasileira, o art. 252 do CPP impediria de participar no julgamento o juiz que tivesse atuado anteriormente no caso como membro do Ministério Público.

Assim, Andrade aponta que “o Caso De Cubber trata de um modelo de juiz que não é admitido pelo próprio CPP, razão pela qual a restrição proposta ao juiz brasileiro perde todo o sentido” (2020, p. 25), e que em relação ao caso *Piersack* “o direito brasileiro nada tem a aprender com o direito estrangeiro” (2020, p. 23), pois, se ocorresse no Brasil, esse magistrado já estaria impedido de atuar no julgamento, conforme regras de impedimento do CPP⁴⁰.

Concordamos com Andrade na medida em que ambos os casos, apontados por maior parte da doutrina como fundamento do juiz das garantias, merecem uma maior precisão ao serem abordados, a fim de evitar mal-entendidos. Contudo, não é possível concordar com a afirmação de que o direito estrangeiro, especialmente do TEDH, nada teria a ensinar ao direito brasileiro. Nesse ponto, vale trazer um trecho da própria decisão do TEDH no caso *De cubber*, tratando da atuação do juiz durante a investigação

73. (...) el citado Magistrado **se había formado ya en esta fase del proceso** [investigação], según toda verosimilitud, **una idea sobre la culpabilidad de aquél**. En estas condiciones, es legítimo temer que, cuando comenzaron los debates, el Magistrado no dispondría de una entera libertad de juicio y no

⁴⁰ Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

ofreecería, en consecuencia, las garantías de imparcialidad precisas. (grifos nossos)

Em que pese tratar de uma situação muito diferente, pois o juiz que participou do julgamento no processo presidiu a investigação como juiz-investigador (figura inexistente no direito brasileiro), isso não quer dizer que a decisão do TEDH não possa ser entendida de forma extensiva ao direito brasileiro. O Tribunal tratou de expor explicitamente as preocupações com a formação da convicção do juiz antes da fase processual e com a imparcialidade objetiva daquele processo, ou seja, não é impossível estender esse pensamento à realidade brasileira, em especial ao se considerar que passados quase 40 anos desde esse julgamento, é possível evoluir nesse debate para uma garantia ainda mais concreta da imparcialidade.

O juiz brasileiro não preside a investigação criminal, nem antes nem depois da Lei nº 13.964/2019, mas isso não impede a possibilidade de que forme seu convencimento antes da fase pré-processual seja um risco inaceitável para o imparcial exercício da jurisdição. O Brasil tem sim, sem dúvidas, o que aprender com o TEDH.

Um outro caso relevante também tratado pela doutrina é *Hauschildt vs. Dinamarca* (*Application n. 10486/83, de 24.05.1989*). Nesse caso, Hauschildt foi preventivamente preso e, no curso de um ano e meio de investigações, teve decretadas contra si diversas medidas restritivas de direito pelo mesmo magistrado, incluindo medidas ativas como requisitar documentos comprobatórios da culpa do réu (TEDH, CASO *Hauschildt vs. Dinamarca*, 1989).

Esse mesmo magistrado compôs a turma criminal que condenou o réu, e essa condenação foi mantida pelos juízes *ad quem*, levando o réu a alegar a perda de imparcialidade tanto do magistrado que atuou na fase de investigação e julgamento como dos magistrados de grau superior que mantiveram as decisões. O TEDH entendeu que não se poderia presumir a parcialidade do julgador tão-somente por ter participado na fase pré-processual, contudo, ao final, entendeu pela violação do art. 6-1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (que conferia o direito a um julgamento imparcial por parte do réu), sob entendimento de que naquele caso específico a atuação do magistrado seria suficiente para lançar dúvidas sobre sua imparcialidade.

Esse caso, que influenciou a jurisprudência do TEDH (nesse sentido, podem ser apontados os casos *Sainte-Marie vs. França*, *Padovani vs. Itália*, *Nortier vs. Países Baixos*), levou Andrade a afirmar que

(...) o TEDH nitidamente afastou o argumento, insistentemente sustentado no Brasil, de presunção de quebra da imparcialidade do juiz que atua na fase de

investigação, em razão da suposta contaminação judicial. Segundo aquela Corte, a presunção, nesse aspecto, é *pro judicato*, daí advindo a necessidade de prova em sentido contrário e exame do caso em concreto. Portanto, ao exigir esse exame para verificar se houve, ou não, a formação de algum prejulgamento, o TEDH foi em sentido diametralmente oposto ao que é alardeado no Brasil, a partir do uso indevido do nome daquela própria Corte. Mais que isso, a reforma de 2019, ao elencar as hipóteses de atuação judicial que importariam no impedimento do magistrado em atuar na fase de instrução e julgamento, utilizou-se de uma clara presunção de parcialidade, rechaçada igualmente pelo TEDH (ANDRADE, 2020, p. 30).

Apesar do posicionamento do TEDH no caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, em que aquela Corte entendeu que “the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary” (TEDH, CASO *Hauschildt vs. Dinamarca*, 1989), é importante destacar novamente que naquele caso, em que um juiz proferiu diversas decisões contrárias ao investigado na fase pré-processual, a conclusão foi pela quebra da imparcialidade. Veja-se a literalidade da decisão:

The Court is therefore of the view that in the circumstances of the case the impartiality of the said tribunals was capable of appearing to be open to doubt and that **the applicant’s fears in this respect can be considered objectively justified.**

53. The Court thus concludes that there has been a violation of Article 6 para. 1 (art. 6-1) of the Convention (TEDH, CASO *Hauschildt vs. Dinamarca*, 1989). (Grifos nossos)

Ou seja, acreditamos que a lição a ser extraída desse caso, cuja votação pela quebra do *Article 6 para. 1 (art. 6-1)* da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴¹ foi de doze votos a cinco, pode operar em sentido diverso. Cremos que o entendimento de que toda e qualquer participação de um mesmo juiz na investigação e, após, no processo, há quase 40 anos, poderia gerar uma altíssima demanda daquela Corte, por não serem poucos os países que à época adotavam essa estrutura. Há uma significativa diferença entre optar por impedir previamente o contato do juiz do processo com a investigação ou por declarar a quebra da imparcialidade após o transcurso de um processo penal que operou daquela forma. A segunda medida aparenta ser muito mais custosa que a primeira.

Nesse caso, apesar de afastada a presunção de parcialidade, se essa atuação fosse dividida, como se pretende com o juiz das garantias, como *Mr. Hauschildt* poderia alegar quebra de imparcialidade, com base numa formação de convencimento prévia ao processo, se o juiz que o condenou sequer poderia ter tido contato com os autos do

⁴¹ ARTIGO 6º

Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial (...)

inquérito? Essa alegação possivelmente sequer poderia ser formulada.

Ou seja, considerando que nesse modelo (com ausência de separação entre os juízes da investigação e do processo) podem ser lançadas dúvidas acerca da imparcialidade, não seria melhor adotar um modelo em que essas dúvidas não poderiam sequer ser alegadas? Entendemos que sim, e que essa alteração de estrutura traria benefícios e seria, conseqüentemente, recomendada. É esse o caso do Brasil com a adoção do juiz das garantias.

Em oposição ao entendimento de Andrade, de que o juiz das garantias seria desnecessário com base no posicionamento do TEDH e que a Lei nº 13.964/2019 opera como uma presunção de parcialidade, cremos que a pergunta a ser feita seja: qual é o juiz mais imparcial para julgar um caso, aquele que não teve contato com o caso na fase investigativa ou aquele que atua apenas na fase processual? Esse questionamento é apresentado por Klein, Schneider e Wedy

(...) não se trata de se presumir a parcialidade do juiz, mas de se reforçar a sua imparcialidade. Na fase de julgamento do processo há mais imparcialidade do juiz que se contaminou com o manuseio de medidas cautelares na fase de investigação ou daquele juiz que acompanhou apenas a fase de instrução? Parece-nos que esse é um dado objetivo (KLEIN, SCHNEIDER; WEDY, 2020, p. 132).

Alinhamo-nos a este entendimento, de que não se trata de presunçosamente categorizar um juiz como parcial por atuar nas fases investigativa e processual, mas de preferir um juiz mais apto a sanar dúvidas acerca da sua imparcialidade objetiva, pela própria impossibilidade de ter formado seu convencimento antes do processo, pois terá tido contato com o caso apenas naquela oportunidade.

Como apresentado ao longo do Capítulo 3, há fundamentos suficientes para ter receio da perda de imparcialidade de um juiz que participa da fase investigativa, em especial ao decretar medidas como medidas cautelares pessoais, como prisões preventivas. Contudo, em sentido contrário, Andrade defende que

O grau de conhecimento, exigido do juiz, para deferir medidas cautelares, é claramente superficial, contentando-se com elementos de ordem indiciária em relação à autoria da infração penal.

(...) se o grau de profundidade das decisões tomadas na fase de investigação é – em muito, acrescentamos nós – inferior ao exigido para se condenar alguém, por óbvio que a lição do TEDH jamais poderia indicar que o juiz brasileiro, da fase de investigação, seja considerado contaminado após proferi-las. Muito pelo contrário (ANDRADE, 2020, p. 36).

Considerando essas alegações, imagine-se a decretação de uma prisão preventiva, que demanda do juiz formar um entendimento com relevante grau de profundidade. Necessário destacar também que o art. 312 do CPP determina que para

ser decretada uma prisão preventiva, é necessário que haja “prova da existência do crime e **indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado**” (grifos nossos). Discordamos profundamente de Andrade nesse ponto, em especial com base na seriedade do convencimento que o juiz precisa formar para decidir uma medida cautelar como a prisão preventiva, convencimento esse que poderá influenciar, e muito, seus posicionamentos posteriores.

Com base nas teorias e experimentos de psicologia social apresentados no Subcapítulo 3.2, em especial nas pesquisas realizadas por Schünemann, entendemos ser inconcebível pensar que aquele juiz que decreta uma prisão preventiva não estaria, em alguma medida, tendente a seguir o mesmo entendimento em uma decisão posterior, maculando assim sua imparcialidade, pelo menos no sentido objetivo.

Assim, defendemos que o CPP, em especial frente a poderes como revogada produção de provas de ofício (a exemplo do art. 156) e anteriormente à instituição do juiz das garantias, não era tão capaz de garantir a imparcialidade do juiz. Nisso, também, discordamos de Andrade, ao afirmar que “os critérios, eleitos lá na década de quarenta do século passado por nosso país, são suficientes para preservar a imparcialidade do juiz brasileiro da fase de investigação” (2020, p. 40).

Considerando que a previsão inicial do juiz das garantias estava no PLS 156/2009, é importante perceber as influências internacionais desse anteprojeto de CPP, nesse caso, Portugal, Itália, Espanha e Alemanha (BRASIL, 2009, p. 16 - 17). O motivo dessas influências é simples: tais países realizaram também reformas processuais penais e implementaram modelos bipartidos de juiz. A Alemanha foi pioneira e abandonou a figura do juiz investigador em 1975, implementando a separação objetiva entre as fases de investigação e julgamento, assim também fizeram Itália (1989), Portugal (1987) e Espanha (1985) (MAYA, 2020, p. 63 - 64, 71, 78).

Andrade, criticando a fundamentação do juiz das garantias com base nas figuras de juízes que atuam de forma isolada na fase investigativa, aponta que a regra de impedimento para que estas figuras não atuem no processo, nestes países, decorre de um juízo mais aprofundado do caso, o que efetivamente poderia comprometer a imparcialidade, mas que supostamente não ocorreria no Brasil (2020, p. 53 - 60).

Para esse autor, em Portugal a regra faz sentido, pois ao julgar *medidas de coação*, equivalentes portuguesas das medidas cautelares brasileiras, o juiz da fase de investigação deve analisar a presença de “fortes indícios da prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos”, enquanto no Brasil isso

não ocorre (ANDRADE, 2020, p. 56). Já em relação a Itália, lá o *giudice per le indagini preliminari* (figura próxima ao juiz das garantias brasileiro) tem como atribuição realizar “o exame dos pedidos de arquivamento encaminhados pelo Ministério Público. Ao assim proceder, ele deve se deter ao mérito da conduta investigada”, e não apenas à elementos indiciários menos aprofundados (ANDRADE, 2020, p. 57).

Quanto a esse ponto, vale questionar: a necessidade de o juiz português precisar de *fortes indícios*, ou o juiz espanhol precisar *se deter ao mérito*, e não de elementos indiciários, realmente afasta esses países da realidade brasileira? Ao nosso ver, não. Nesse ponto, vale apresentar mais uma vez algumas previsões do CPP (como grifos nossos) que apresentam um teor semelhante, tornando a ausência de separação dos juízes da investigação e da instrução uma medida tão problemática quanto nos países citados acima.

O art. 126 do CPP dispõe que, “Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de **indícios veementes** da proveniência ilícita dos bens”, medida que pode inclusive ser adotada na fase de investigação, enquanto o art. 134 do CPP define que “A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja **certeza da infração e indícios suficientes da autoria**”. Ainda, o art. 60 da Lei nº 11.343/2006, na redação anterior à Lei nº 13.964/2019, permitia que o juiz decretasse na fase de investigação, após requerimento, medidas assecuratórias relacionadas a bens móveis e imóveis considerados produto do crime, desde que presentes **indícios suficientes**. Não nos parece, com base nesses dispositivos, que a realidade brasileira seja tão distante daquela dos países que inspiraram a legislação de 2019.

Contudo, aponta Andrade que

não há como negar que parcela da doutrina nacional quer comparar situações incomparáveis, procurando trazer para o Brasil a solução de um problema que não enfrentamos, tal como verificável no direito estrangeiro.

(...)

O juiz brasileiro não analisa o mérito, seja da conduta do sujeito investigado, seja da probabilidade de sua responsabilização (...). A nós bastam os indícios de autoria e prova da materialidade, que não se confundem com nenhum daqueles critérios utilizados fora do Brasil. Isso leva a que o grau de cognição do juiz brasileiro seja infinitamente inferior ao buscado pelo juiz estrangeiro em relação a qualquer tema que tenha que decidir na fase de apuração (ANDRADE, 2020, p. 67 - 68).

Aqui, novamente, discordamos de Andrade. Com essa argumentação, o autor, ao que parece, pretende mostrar que não há comprometimento da imparcialidade do juiz brasileiro que atua na investigação e no processo, mas entende válida a adoção da

separação de ambos em países estrangeiros. Entendemos que o risco é também existente – e flagrante – no Brasil, sendo necessário ao sistema acusatório brasileiro a instituição do juiz das garantias, como foi acertadamente feito em 2019.

Andrade critica também algumas das hipóteses que tornam um juiz que participa da fase de investigação impedido de atuar no processo, a exemplo da comunicação imediata da prisão ou da abertura de investigação policial (incisos I e IV do art. 3º-B do CPP). Segundo esse autor “Nada sobre o fato é informado ao magistrado, o que torna absolutamente impossível que, ao tomar contato com tais ofícios, o juiz da investigação desde já firme algum convencimento em prejuízo do investigado”, e alega que apontar uma possível quebra de imparcialidade em um caso como esse seria “um verdadeiro deboche à capacidade intelectual do juiz brasileiro” (ANDRADE, 2020, p. 75 - 76).

Quanto a essa crítica, podemos entender essa questão de duas formas. Seguindo uma primeira linha, considerando que um dos objetivos apresentados na Exposição de Motivos do PLS 159/2009 é a especialização da atuação jurisdicional criminal (BRASIL, 2009, p. 122), pode-se entender que tais causas de impedimento não decorrem necessariamente de hipóteses que potencial quebra da imparcialidade do juízo (como a comunicação de abertura de investigação criminal, ao nosso ver). Contudo, uma vez instituída uma figura de juiz especializado que atuará apenas na fase de investigação (excetuado o recebimento da denúncia), cremos que melhor seria permitir que apenas esse pudesse participar de atividades da fase investigativa – mesmo que destituídas de potencial para romper a imparcialidade do juiz –, separando totalmente os juízes atuantes na investigação e no processo.

Porém, esse argumento acima tem um pressuposto: que haja uma separação rígida de funções e que haja um grupo especializado de juízes destinados a atuar tão-somente como juiz das garantias, o que não se sabe ao certo se ocorrerá ou se quaisquer juízes poderão exercer tal função. Considerando esse cenário, concordamos com Andrade, na medida em que as causas de impedimento deveriam decorrer de medidas com efetivo potencial de comprometer a imparcialidade do juiz e não de qualquer contato. Assim, deveriam ser “estabelecidas objetivamente as situações processuais que (...) possibilitem concluir que a perda da imparcialidade é uma possibilidade concreta, casos em que estará justificado o afastamento do magistrado” (MAYA, 2009, p. 4.301).

A questão da imparcialidade é essencial à discussão acerca do juiz das garantias, e aqui Andrade apresenta uma crítica curiosa à nova figura. Segundo ele, enquanto

(...) esse componente da imparcialidade judicial (o princípio acusatório) é

invocado para proteger o juiz da fase de instrução e julgamento, nenhuma preocupação é manifestada em relação à imparcialidade do próprio juiz da fase de investigação.

(...)

Ao fim e ao cabo, a consequência em invocar o princípio acusatório – para se preservar a distinção de funções entre o acusador e o juiz da fase de instrução e julgamento é ter que admitir que o juiz das garantias poderá ser parcial, a favor do futuro acusador, logo após sua primeira intervenção na fase de investigação (ANDRADE, 2020, p. 76 – 77)

Segundo o autor, se as causas de impedimento afastam o juiz da instrução pois podem contaminar sua imparcialidade, o juiz que toma decisões ao longo da fase investigativa teria maculada também sua imparcialidade. Entendemos que essa crítica é contraditória, na medida em que seu pressuposto (possível quebra de imparcialidade do juiz por atuar na investigação) é essencialmente o fundamento para a própria instituição do juiz das garantias, tão criticada por Andrade.

Indo além, e dando a impressão de argumentar contra as próprias críticas, o autor afirma que para conter esse risco o legislador “trata de criar um mecanismo para superar tal problema, ao conter esse juiz parcial naquela fase primária da persecução penal”, mas que essa medida acaba por “ferir um direito do próprio investigado, que é de ter um juiz imparcial ao longo de toda a persecução penal” (ANDRADE, 2020, p. 78). Ora, se a separação entre os juízes da fase de investigativa e processual ainda não elimina o problema da garantia de imparcialidade, obviamente a ausência dessa separação tornaria esse problema ainda mais latente, e a instituição do juiz das garantias caminharia no sentido de resolver a questão, e não de torná-la mais problemática. Nesse ponto, discordamos do autor novamente.

Essa questão da imparcialidade do juiz das garantias ainda leva Andrade a dizer que

Seguindo a linha proposta por ninguém menos que pelo próprio CPP, teremos um juiz comprometido com a ideologia acusatória desde o momento em que receber um ofício comunicando a abertura do inquérito policial ou, então, comunicando a prisão de alguém. Ambas as hipóteses são as responsáveis por dar início à atividade do juiz das garantias.

(...)

Melhor explicando, se cada hipótese descrita pelo CPP determina, por si só, o rompimento do princípio acusatório, então, por simples lógica, após a incidência de apenas uma delas, um novo magistrado deveria ser chamado para atuar na fase de investigação, substituindo aquele que já haveria aderido à visão acusatória. Teríamos, assim, um juiz das garantias encarregado de receber um ofício, um segundo juiz que decretaria a prisão temporária, um terceiro a decretar a prisão preventiva, e assim por diante. Do contrário, deveremos aceitar que há dois parâmetros de imparcialidade estabelecidos pelo projeto (ANDRADE, 2020, p. 123).

Causa estranheza que o mesmo autor que entende a figura do juiz das garantias como “desnecessária, que trará problemas desnecessários, provocando custos

desnecessários” (ANDRADE, 2020, p. 154) apresente tanta preocupação com a imparcialidade do juiz das garantias ao ponto de entender (ao que parece, de modo irônico, apenas) pela necessidade de um juiz para cada atribuição na fase da investigação. Sendo este ponto um problema, seguindo a linha de pensamento do autor, melhor então seria implementar uma estrutura composta não por dois juízes, mas por três, como a estrutura processual penal italiana, composta por um juiz na fase pré-processual (*indagini preliminari*), um na fase intermediária, entre investigação e instrução (*udienza preliminare*), e um último, que proferirá decisão de mérito (*dibattimento*) (MAYA, 2020, p. 71 - 73). Contudo, como já apresentado, esse autor entende que os critérios do CPP, ainda na década de 40, já resolveriam o problema da imparcialidade.

Voltando à obra de Andrade, ao longo de seu livro, o autor tece críticas especialmente em relação aos fundamentos apontados para adoção do juiz das garantias, em especial ao argumento de que a ausência de separação de funções geraria uma “quebra do sistema acusatório” (LOPES JR., 2020, p. 388). Segundo Andrade, a quebra do princípio acusatório significaria precisamente a atuação do juiz em confusão com a atuação do acusador, logo, hipóteses que (segundo nosso entendimento) possam afetar a imparcialidade do primeiro (como uma tendência passiva a entender pela culpa do réu, e não ações ativas de produzir provas para acusar) não violariam tal princípio. Para ele

não vemos como plausível o argumento de que, pelo simples fato de um magistrado analisar medidas cautelares – deferindo-as, ou não –, tal análise irá torná-lo vinculado aos interesses exclusivos do futuro acusador, já que é a isso que leva a quebra daquele princípio [acusatório] (ANDRADE, 2020, p. 91).

De forma diversa, entendemos que o princípio acusatório, pilar central do sistema acusatório, vai além da separação formal entre acusador e julgador, alcançando também a demanda por um grau de separação tão rígida entre essas figuras que produza um estado de alheamento (FERRAJOLI, 2002, p. 451) do segundo em relação ao primeiro, do qual decorreria um maior grau de imparcialidade, justamente pelo fato de o juiz estar efetivamente alheio aos interesses do órgão de acusação.

Já ao decretar medidas cautelares, como uma prisão preventiva ou a quebra de algum sigilo do investigado, pode o juiz criar uma tendência a justificar essa posição (como já explicado ao longo do Subcapítulo 3.2) em momentos posteriores, afastando-se do estado de alheamento ao processo, algo que seria um dano ao princípio acusatório, na mesma linha da Exposição de Motivos do PLS 156/2009, ao apontar que “Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz

de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um *juiz das garantias*, era de rigor” (BRASIL, 2009, p. 122).

Um outro ponto criticado por Andrade, com o qual tendemos a discordar, diz respeito à competência do juiz das garantias de prorrogar o inquérito policial. Conforme art. 3º-B, VIII, do CPP, cabe a esse juiz “prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial”, podendo essa prorrogação durar até 15 (quinze) dias, nos termos do § 2º daquele artigo. A crítica do autor aponta que o juiz das garantias

(...) não é chamado para analisar a necessidade de manutenção da prisão do investigado, em uma situação onde a prorrogação da investigação criminal se faça necessária. Ao contrário, ele é chamado para "prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso" (...). Na hipótese de não autorizar essa prorrogação, o que estará fazendo o juiz das garantias é obrigar a autoridade policial a encerrar sua investigação, e, na prática, impor ao Ministério Público o ajuizamento da acusação, com base no material informativo obtido até então

(...)

Muito melhor teria laborado o projeto se houvesse atribuído tal análise ao Ministério Público. Lembremos que estamos a tratar da necessidade de prorrogação da investigação, em razão da precariedade dos elementos colhidos durante o lapso definido, e não da prisão em si. (ANDRADE, 2020, p. 98).

Se compete ao juiz das garantias controlar a legalidade da investigação criminal, chega a ser uma conclusão lógica que os pedidos de prorrogação do prazo de inquérito sejam destinados a esse juiz, e não ao Ministério Público, como defende Andrade. Essa disposição, inclusive, não é nenhuma novidade no direito brasileiro: o CPP (desde antes da Lei nº 13.964/2019)⁴², a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006)⁴³ e a Lei de Organização da Justiça Federal (Lei nº 5.010/1996)⁴⁴ já contam com disposições que caminham no mesmo sentido, de que a prorrogação do prazo de duração do inquérito policial será decidida pelo juiz competente, e não pelo Ministério Público. Parece contraditória essa crítica à uma previsão constante do direito processual penal (não só no CPP) há

⁴² Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 3o Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, **a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências**, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz.

⁴³ Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. **Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz**, ouvido o Ministério Público, **mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária**.

⁴⁴ Art. 66. O prazo para conclusão do inquérito policial será de quinze dias, quando o indiciado estiver prêsso, **podendo ser prorrogado por mais quinze dias, a pedido**, devidamente fundamentado, da autoridade policial e **deferido pelo Juiz** a que competir o conhecimento do processo.

décadas.

Uma outra crítica de Andrade, com a qual concordamos, é a ausência da figura do juiz das garantias em processos no 2º Grau, assim como a fundamentação apresentada por Cunha para tanto⁴⁵. Segundo aquele autor, o voto do relator pode ser “o primeiro, com potencial de angariar simpatizantes à sua visão acusatória do fato por ele acompanhado na fase de investigação”, além de poder ser “o determinante para a configuração de maioria ou empate no julgamento” (ANDRADE, 2020, p. 121). Nesse ponto a nova legislação foi totalmente silente – enquanto deveria ao menos ter apontado que os Tribunais definissem a forma de atuação de um magistrado das garantias – em que pese processos penais originários possam começar já no segundo grau de jurisdição.

Um ponto interessante, por ser talvez um dos poucos pontos de convergência entre Andrade e Lopes Jr. no que toca ao juiz das garantias, diz respeito à proibição do art. 3º-A do CPP de o juiz das garantias substituir a “atuação probatória do órgão de acusação”, sem menção a tal proibição para beneficiar a defesa. Andrade vê essa disposição como problemática, defendendo que com isso se funda um “juiz-defensor” (2020, p. 128 - 129). Em sentido similar, Lopes Jr. alerta

(...) é importante combater outra fraude: juiz produzindo prova de ofício a título de “ajudar a defesa”. Em um processo acusatório existe um preço a ser pago: o juiz deve conformar-se com a atividade probatória incompleta das partes. Não se lhe autoriza a descer para a arena das partes e produzir (de ofício) provas nem para colaborar com a acusação e nem para auxiliar a defesa (LOPES JR., 2020, p. 69 - 70).

Concordamos com ambos os autores, pois um sistema verdadeiramente acusatório, com rígida separação entre as funções de acusar, defender e julgar, não poderia apresentar uma vedação para apenas um dos lados do processo penal. Ainda nesse ponto, dois alertas relevantes partem de Brasileiro: não há sentido na produção de ofício de provas para beneficiar a defesa, pois frente à dúvida pela ausência de elementos para condenar, o juiz deve absolver o réu; e porque essa lacuna abre chance de uma produção oficiosa de provas para beneficiar a acusação, sob alegação de se voltar à defesa (2020, p. 100 – 101).

Já nas poucas palavras que destina à pesquisa realizada por Schünemann (2012), Andrade defende que o estudo “não teria a mínima condição de apresentar outros resultados, que não aqueles por ele divulgados”, pois apenas “aproximou-se ao máximo

⁴⁵ Para esse autor, “De fato, a Lei 13.964/19 não mandou observar a figura do juiz das garantias nos Tribunais. Mas tem um motivo. O risco que se busca evitar no primeiro grau não existe no julgamento colegiado. Ainda que o relator atue nas duas etapas da persecução, na fase do processo o julgamento é plural. O resultado não depende absolutamente do seu convencimento (CUNHA, 2020, p. 71 - 72).

das condições de campo”, substituindo a oralidade da audiência de instrução e julgamento pela escrita (característica que aproximaria os juízes do experimento de um sistema inquisitivo, tornando-os mais rígidos e propensos à condenação), não sendo “suficiente para dar credibilidade científica às conclusões que aquele autor sustenta” e atingindo resultados distorcidos (ANDRADE, 2020, p. 135 - 136).

Em que pese a qualidade crítica da obra de Andrade, o resultado das pesquisas de Schünemann aparentemente levaram aquele autor a tensionar argumentos insubsistentes para invalidar os resultados encontrados, os quais evidenciaram de forma concreta o impacto do contato do juiz com a fase investigativa ao prolatar sua sentença. A substituição, na pesquisa de Schünemann, da oralidade pela escrita, ao nosso ver, em que pese afastar o experimento da semelhança com casos reais, não seria capaz de afetar o comportamento dos juízes ao ponto de invalidar a própria pesquisa.

Vale lembrar que, naquele experimento, ao se separar os juízes que tiveram contato com o inquérito policial e os que não tiveram, a mudança de comportamento (uma média de condenação muito maior no caso dos juízes que tiveram esse contato) entre ambos os grupos foi extremamente alta. Ou seja, mesmo considerando a hipótese de Andrade de que a adoção da escrita tornaria todos os juízes mais rígidos, aqueles que tiveram contato com o inquérito ainda assim foram muito mais rígidos que os que não tiveram contato, evidenciando que, mesmo em condições variadas, o contato com o inquérito geraria uma tendência perceptível à condenação.

Já em relação aos estudos de Festinger (1957), talvez um dos pontos mais relevantes para tratar da possível perda da imparcialidade do juiz, Andrade destina a esse tema duas páginas. Segundo esse autor, há um erro em “encarar a teoria da dissonância cognitiva de modo rígido”, e completa afirmando que, segundo Festinger, “quanto maior for o grau de informação obtida posteriormente, maior é a chance de haver a consonância comportamental, ou seja, de a pessoa mudar o seu comportamento”, e que isso ocorreria justamente na audiência de instrução e julgamento (ANDRADE, 2020, p. 137).

Aqui, vale analisar o trecho apontado por Andrade para fundamentar essa alegação. Segundo Festinger, o nível de *cognição* acerca de um tema e o nível de *dissonância* sobre ele são duas variáveis importantes para analisar a tendência do indivíduo a mudar seu comportamento. Se a *cognição* estiver majoritariamente em harmonia com as informações e conhecimentos, a tendência é que a pessoa não se exponha a novas informações, pois está confortável com essa harmonia; se essa

cognição estiver em desarmonia com as informações e conhecimentos, mas em um nível não extremo, a tendência é que o indivíduo se exponha a fontes de informação que confirmem suas *cognições* e rejeite as informações que produzam mais dissonância, para atingir o estado de harmonia. A única hipótese em que há mudança de pensamento ocorre quando o nível de desarmonia entre a *cognição* e as informações/conhecimentos for tão alto que chega a ser maior que a tendência a resistir à mudança, fazendo com que o indivíduo se exponha ao máximo de informações dissonantes para aumentar a sensação de desarmonia ao ponto de superar a resistência à mudança (FESTINGER, 1957, 148 - 149).

Assim, imaginemos um processo hipotético em que o juiz da instrução e julgamento esteja em dúvida sobre a culpa do réu, e que tenha uma inclinação a condenar, pois teve esse tipo de influência na fase investigativa (nela, decretou prisões cautelares e decretou quebras de sigilo). As possibilidades serão: a) se o juiz não tiver dúvida sobre a culpa, tenderá a condenar; b) se tiver dúvidas medianas, tenderá a buscar mais informações que confirmem sua posição inicial e a evitar informações que operem em sentido contrário, levando também a uma tendência de condenar; e c) a única hipótese de mudança de comportamento (de condenar para de absolver) seria se as dúvidas fossem tão latentes que superassem a resistência à mudança de comportamento, hipótese em esse juiz se exporia voluntariamente a informações novas para aumentar a *dissonância* e conseguir superar a resistência à mudança.

Quando não há prova suficiente para condenar, o art. 386, VII⁴⁶, do CPP determina que o juiz deve absolver o réu. Ou seja, no terceiro caso apontado, em que um juiz tem dúvidas latentes da culpa do réu, o CPP já determina que seja proferida uma sentença absolutória. Se não houver dúvidas, como no primeiro caso, não a óbices à condenação. O principal ponto é o segundo caso, quando existem ‘algumas’ dúvidas (talvez o cenário mais aproximado da realidade dos processos penais, pois o ato de julgar um processo penal tende a envolver alguma dúvida), situação em que a tendência será reforçar a posição inicial de condenar, e não se contrapor a ela.

Assim, com base nesse raciocínio, entendemos que não há razão na argumentação de Andrade de invalidar a aplicação da teoria da dissonância cognitiva sob fundamento de que seus efeitos seriam superados com a audiência de instrução e julgamento, afirmando ainda (apesar de não se encontrar menções na obra a isso) que “o

⁴⁶ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII – não existir prova suficiente para a condenação.

próprio Leon Festinger desautoriza a ligação da Teoria da Dissonância Cognitiva com a formação antecipada do convencimento judicial” (ANDRADE, 2020, p. 138).

Por fim, em que pese Andrade (2020) alertar “que não fique a falsa impressão: não somos contrários ao juiz das garantias” (p. 147), em reiteradas passagens afirma que “Sendo direto, não há a mais mínima justificativa para a importação do juiz das garantias para o Brasil” (p. 132) e que é uma “figura desnecessária, que trará problemas desnecessários, provocando custos desnecessários” (p. 154). Assim, pode-se concluir que o autor defende a existência da figura, mas em ordenamentos jurídicos que não o brasileiro.

Apesar desse Capítulo ser dedicado, principalmente, a criticar as críticas de Andrade à inserção do juiz das garantias no direito processual penal brasileiro, louvamos a iniciativa (e qualidade) da obra, assim como ressaltamos a importância de obras voltadas a criticar institutos como o juiz das garantias, mesmo que vistos com bons olhos por maior parte da doutrina, pois apenas assim é possível aprimorá-los e enxergar com mais clareza suas falhas.

6 CONCLUSÃO

Os sistemas processuais penais existentes ao longo da história (acusatório, inquisitivo e misto) podem gerar confusão em relação à realidade brasileira, pois o regime jurídico pátrio não apontava expressamente qual seria o sistema adotado, o que causou divergência entre doutrinadores ao longo dos últimos anos. Contudo, com advento da Lei nº 13.964/2019, essa dúvida foi encerrada, ao menos em sentido formal: o art. 3º-A do CPP definiu que o processo penal brasileiro terá estrutura acusatória, ou seja, adotará o sistema acusatório.

Contudo, a definição de um sistema processual penal não pode ser feita apenas alterando-se o nome que o classifica, sendo imprescindível implementar medidas que efetivamente confirmem essa estrutura e instituem um sistema verdadeiramente acusatório, com uma separação tão rígida entre as funções de acusar, defender e julgar que produza no juiz um verdadeiro estado de desinteresse em relação às causa que julga.

É justamente nesse sentido, de separação rígida das funções citadas, como já apontava a Exposição de Motivos do PLS 156/2009, que foi inserido no processo penal brasileiro o juiz das garantias, figura responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais.

Esse juiz, que atuará desde a fase de investigação até o recebimento da denúncia, estará impedido de atuar no processo, que será julgado por um novo juiz (que terá contato com o caso apenas no processo), a fim de que seja preservada ao máximo possível a imparcialidade do julgador do mérito da causa penal. A justificativa para tanto decorre do possível abalo na imparcialidade do juiz que julga um processo após ter absorvido suas impressões sobre o caso em momento pré-processual, ainda na fase de investigação, como quando decreta medidas cautelares pessoais contra o investigado no curso do inquérito policial.

Essa dúvida em relação à imparcialidade – se não em relação ao íntimo do julgador, ao menos em relação à aparência de imparcialidade que o processo penal deve apresentar –, para além de mera dúvida hipotética, pode ser fundamentada por teorias, pesquisas e experimentos reais, em especial do ramo da psicologia social. Nesse sentido, podemos citar a teoria da dissonância cognitiva, de Leon Festinger, e os experimentos realizados por Asch e Kelley.

De forma ainda mais precisa que os estudos acima, pois voltado especificamente a analisar o comportamento de juízes criminais, é imprescindível destacar a pesquisa

realizada por Schünemann, que evidenciou a tendência à condenação daqueles juízes que tiveram contato com o inquérito policial antes do julgamento do processo. Tal estudo evidenciou que a ausência desse contato não só diminuiu a tendência à condenação como também aumentou a precisão das informações absorvidas pelos juízes participantes da pesquisa, apontando que as influências pré-processuais poderiam afetar profundamente a decisão proferida, e em sentido negativo.

Assim, a instituição de uma figura de juiz para atuar apenas na fase de investigação se mostra como medida efetiva e necessária para conferir ao processo penal um maior nível de imparcialidade e, conseqüentemente, consolidar seu caráter acusatório.

Essa nova figura, contudo, não está isenta de críticas (sendo algumas delas analisadas ao longo deste trabalho), e em que pese a relevância delas, sendo algumas consideradas até pelos defensores do juiz das garantias no Brasil como adequadas, esse novo instituto não perde de forma alguma sua importância e urgência no direito brasileiro.

Por fim, encerramos esse trabalho com a conclusão de que, com a instituição do juiz das garantias, eleva-se o grau de imparcialidade do processo penal e reforça-se sua natureza acusatória, numa relação de complementação necessária, sendo reforçada, como consequência, a própria autoridade do Estado-juiz, que passa a ser mais capaz de mostrar aos seus cidadãos que atua no exercício de seu poder punitivo de forma justa, imparcial e ponderada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 07 de junho de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 11 de junho de 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado n 156/2009**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

Corte Europeia de Direitos Humanos. **CASO PIERSACK v. BELGIUM** (*Application n.º. 8692/79*, julgado em 26 de outubro de 1984). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng_-_{"fulltext":\["piersack"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-57557"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng_-_{). Acesso em: 17 de junho de 2023.

Corte Europeia de Direitos Humanos. **CASO DE CUBBER v. BELGIUM** (*Application no. 9186/80*, julgado em 14 de setembro de 1987). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng_-_{"fulltext":\["cubber"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-57465"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng_-_{) Acesso em: 17 de junho de 2023.

Corte Europeia de Direitos Humanos. **CASO HAUSCHILDT v. DENMARK** (*Application no. 10486/83*, julgado em 24 de maio de 1989). Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng_-_{"fulltext":\["hauschildt"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-57500"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng_-_{). Acesso em: 17 de junho de 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. Disponível https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 19/05/2023.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**.

1ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

ARAÚJO, Larissa Gonçalves Ferreira. **Juiz das Garantias: Maximização do princípio da imparcialidade?** Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 119-151, Set.-Dez, 2022.

ASCH, Solomon E. **Psicologia social**. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. 4ª ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 9ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BRASILEIRO, Renato. **Pacote anticrime: comentários à Lei 13.964/2019**. Bahia: Editora JusPodivm, 2020.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**. 8ª ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

COMAR, Danielle Nogueira Mota. **Imparcialidade e juiz das garantias**. Dissertação (mestrado em Direito) – São Paulo: Universidade de São Paulo, 2022.

COUTINHO, Jacinto. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Nota Dez Editora, Revista de Estudos Criminais, n. 1, 2001.

COUTINHO, Jacinto. **Reformas parciais do processo penal: breves apontamentos críticos**. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/reformas-parciais-do-processo-penal-breves-apontamentos-criticos>, 2015, acesso em 12 de junho de 2023.

COLTRO, Rafael Khalil. **Sistemas processuais penais: uma análise crítica do sistema brasileiro**. Artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 23, n. 1, pp. 1188-1207, 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019; Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – Teoria do garantismo penal**. 3ª edição. São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, Alessandra Dias. **O Juiz das Garantias e a Investigação Criminal**. Dissertação (mestrado em Direito) – São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

KELLEY, Harold H. **The warm-cold variable in the first impressions of persons**. *Journal of Personality*, 18, p. 431-439, 1950.

KLEIN, Maria Eduarda Vier; SCHNEIDER, Mauriá Duro; WEDY, Miguel Tedesco. **A Lei nº 13.964/2019 e o juiz de garantias: da sua constitucionalidade até sua implementação**. *Revista da Faculdade de Direito da FMP: Porto Alegre*, v. 15, n. 1, p. 124-135, 2020.

LASSALLE, F. **A essência da Constituição**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, v. 1, 2000.

LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das Garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da Teoria da dissonância cognitiva**. *Revista Duc In Altum, Cadernos de Direito*, vol. 8, nº 16, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva jur, 2020.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva jur, 2019.

MAYA, André. **A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Constitucional da Espanha**. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília, 2008.

MAYA, André. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2ª edição revisada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MAYA, André. **Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19**. 1ª edição. São Paulo: Editora Tirant lo Blanch, 2020.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das Leis**

processuais penais. 4^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Juiz das garantias: introdução**. Disponível em <https://www.pauloqueiroz.net/juiz-das-garantias-introducao/>, acesso em 19/06/2023.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Processual Penal: por um sistema integrado de direito, processo e execução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018.

SCHÜNNEMAN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental**. Revista Liberdades nº 11 – setembro/dezembro de 2012. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2012.

SILVA, Danielle de Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**. Dissertação (mestrado em Direito) – Pernambuco: Universidade Federal de Pernambuco, 2003.

TRUJILLO, isabel. **Imparcialidad**. México: Universidade Nacional Autônoma de México, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WEBER, Max. **A “objetividade” do conhecimento nas Ciências Sociais**. Tradução de Gabriel Cohn. São Paulo: Editora Ática, 2006.

ZAFFARONI, Eugénio Raul. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do Juiz do Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.