



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ – UNIFESSPA
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE – IEDS
FACULDADE DE DIREITO – FADIR

ARIEL SOUZA DE ARAUJO

**O JUIZ DAS GARANTIAS E O CONTROLE DA IMPARCIALIDADE NO
PROCESSO PENAL: Contribuições da Teoria da Dissonância Cognitiva.**

Marabá/PA

2021

ARIEL SOUZA DE ARAUJO

**O JUIZ DAS GARANTIAS E O CONTROLE DA IMPARCIALIDADE NO
PROCESSO PENAL: Contribuições da Teoria da Dissonância Cognitiva.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESSPA), Instituto de Estudos em Direito e Sociedade (IEDS), Faculdade de Direito (FADIR), como parte dos requisitos para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^o Me. Marco Alexandre da Costa Rosário.

Marabá/PA

2021

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares

Araujo, Ariel Souza de

O juiz das garantias e o controle da imparcialidade no processo penal: contribuições da teoria da dissonância cognitiva / Ariel Souza de Araujo ; orientador (a), Marco Alexandre da Costa Rosário. — Marabá : [s. n.], 2021.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2021.

1. Processo penal. 2. Juízes - Decisões. 3. Imparcialidade (Direito). 4. Dissonância cognitiva. I. Rosário, Marco Alexandre da Costa, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.43

Elaborado por Miriam Alves de Oliveira – CRB-2/583

ARIEL SOUZA DE ARAUJO

**O Juiz de Garantias e o Controle da Imparcialidade no Processo Penal:
Contribuições da Teoria da Dissonância Cognitiva.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESSPA), Instituto de Estudos em Direito e Sociedade (IEDS), Faculdade de Direito (FADIR), como parte dos requisitos para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Me. Marco Alexandre da Costa Rosário.

Aprovado em:

Prof.º Me. **Marco Alexandre da Costa Rosário**

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, UNIFESSPA.

Prof. Dr. **Jorge Luís Ribeiro dos Santos**

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, UNIFESSPA.

**Marabá/PA
2021**

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar,
não seremos capazes de resolver os problemas causados
pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.

(Albert Einstein)

AGRADECIMENTOS

À Deus pelo fôlego de vida.

Aos meus pais, pelo amor, carinho, incentivo e lições de vida.

Ao meu irmão, maior amigo e incentivador, pelo amor, carinho e companheirismo.

À minha noiva, Taynara Pereira, pelo amor, carinho e companheirismo durante essa jornada.

Aos meus amigos, pela fraternidade e acolhida ímpares.

Aos demais companheiros de curso, pelos momentos únicos e especiais compartilhados durante a graduação.

Aos professores, pelas lições e conhecimentos compartilhados.

Ao meu orientador, Professor Me. Marco Alexandre, pela paciência, atenção, dedicação e confiança depositados, bem como pela valorosa contribuição no processo de formação.

À Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, em especial, ao Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, a Faculdade de Direito, os servidores públicos e demais trabalhadores que compõe o elemento humano da instituição, pela defesa da Universidade Pública e promoção do ensino gratuito e de qualidade.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar a introdução do juiz das garantias no processo penal brasileiro, inovação da Lei nº 13.964/19 (“Pacote Anticrime”), sob a ótica da teoria da dissonância cognitiva. A pesquisa foi realizada com amplo referencial teórico sobre os sistemas processuais, o contexto do processo penal brasileiro e, também, das alterações realizadas pela Lei nº 13.964/19 e seus reflexos no controle da imparcialidade do juiz. A pesquisa utilizou o método dedutivo e a análise de conteúdo, uma vez que se baseou na abordagem de elementos gerais, como o desenvolvimento histórico dos sistemas processuais e contexto histórico da legislação brasileira, para se discutir a pertinência do juiz das garantias frente a problemática da imparcialidade processual. Após a abordagem dos dispositivos da Lei nº 13.964/19, realizou-se a análise da atuação do juiz das garantias e demais inovações processuais sob as premissas da Teoria da Dissonância Cognitiva, desenvolvida por Leon Festinger e aplicada no processo penal por Bernd Schunemann, a fim de evidenciar o avanço legislativo na defesa e consagração de um sistema processual mais imparcial e democrático.

PALAVRAS-CHAVE: *Juiz das Garantias; Pacote Anticrime; Imparcialidade Processual; Dissonância Cognitiva.*

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the introduction of the judge of guarantees in the Brazilian criminal procedure, innovation of Law No. 13,964/19 (“Anti-Crime Package”), from the perspective of the cognitive dissonance theory. The research was carried out with a broad theoretical framework on procedural systems, the context of the Brazilian criminal procedure and also the changes made by Law No. 13,964/19 and its effects on the control of the judge's impartiality. The research used the deductive method and content analysis, as it was based on the approach of general elements, such as the historical development of procedural systems and the historical context of Brazilian legislation, to discuss the relevance of the judge of guarantees facing the issue of procedural impartiality. After approaching the provisions of Law No. 13,964/19, an analysis of the performance of the judge of guarantees and other procedural innovations was carried out under the premises of the Cognitive Dissonance Theory, developed by Leon Festinger and applied in criminal proceedings by Bernd Schunemann, a in order to demonstrate the legislative advance in the defense and consecration of a more impartial and democratic procedural system.

KEYWORDS: Judge of Guarantees; Anti-Crime Package; Procedural impartiality; Cognitive Dissonance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. SISTEMAS PROCESSUAIS.....	11
1.1. BREVE INTRODUÇÃO	11
1.2. SISTEMA ACUSATÓRIO	11
1.3. SISTEMA INQUISITIVO	13
1.4. SISTEMA MISTO OU FRANCÊS.....	15
1.5. SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	17
2. JURISDIÇÃO, COMPETÊNCIA E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	22
2.1. DA JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA	22
2.2. DO PAPEL DO JUIZ	25
2.3. DA IMPARCIALIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA	26
2.4. DAS REGRAS DE IMPEDIMENTO, SUSPEIÇÃO E INCOMPATIBILIDADE	27
2.4.1. <i>Do impedimento</i>	27
2.4.2. <i>Da suspeição</i>	29
2.4.3. <i>Da incompatibilidade</i>	30
2.5. DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO – ANTES DA LEI Nº 13.964/2019	31
2.5.1. <i>Do inquérito policial</i>	31
2.5.2. <i>Dos poderes do magistrado na investigação criminal</i>	35
2.5.2.1. <i>Da requisição de instauração de inquérito policial</i>	38
3. DO JUIZ DE GARANTIAS E A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA	39
3.1. DO CONTEXTO E BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO DA LEI Nº 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME)	39
3.2. DO JUIZ DE GARANTIAS.....	43
3.2.1. <i>Das noções conceituais</i>	44
3.2.2. <i>Da Competência e Atuação</i>	46
3.2.2.1. <i>Do Caput do art. 3º-B do Código de Processo Penal</i>	47
3.2.2.2. <i>Da Comunicação da Prisão, Auto de Prisão e Direitos do Preso</i>	48
3.2.2.3. <i>Da Comunicação Sobre Instauração de Investigação Criminal</i>	49
3.2.2.4. <i>Do Requerimento e Prorrogação da Prisão Provisória</i>	50
3.2.2.5. <i>Do Requerimento de Produção Antecipada de Provas Urgentes</i>	51
3.2.2.6. <i>Da Prorrogação do Prazo do Inquérito de Investigado Preso</i>	52
3.2.2.7. <i>Do Habeas Corpus Anterior ao Oferecimento da Denúncia</i>	53
3.2.2.8. <i>Do Recebimento da Denúncia ou Queixa</i>	54
3.2.2.9. <i>Dos Arts. 3º-C, D, E e F do Código de Processo Penal</i>	55
3.3. DO CONTRIBUTO DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA – “QUAL É O ‘PESO’ DA PRIMEIRA IMPRESSÃO?”	58
3.3.1. <i>Introdução</i>	59
3.3.2. <i>A Dissonância Cognitiva e o Processo Penal: contributo para a necessidade do juiz das garantias</i>	63
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

Em 2019, foi sancionado o denominado “Pacote Anticrime”, Lei nº 13.964/2019, que, dentre as suas várias inovações e alterações, trouxe para o sistema processual brasileiro o instituto do juiz das garantias, figura cuja missão é atuar na fase pré-processual com o objetivo de garantir mais imparcialidade no judiciário e, paralelamente, mais respeito aos direitos fundamentais dos investigados e réus.

Iniciou-se, então, um forte debate sobre a necessidade, implementação e constitucionalidade do sobredito instituto.

Desse modo, o presente trabalho tem como objetivo analisar os reflexos do instituto jurídico do “juiz das garantias” no controle da imparcialidade processual sob a ótica da teoria da dissonância cognitiva, elaborada por Leon Festinger, em 1957, apresentando sua atuação e competência de modo a verificar sua compatibilidade com o sistema acusatório e os pressupostos da Constituição Federal de 1988.

O objetivo geral é conhecer os aspectos do instituto, desde o seu histórico legislativo, que se inicia no Senado Federal com o Projeto de Lei nº 8.045/2010, até sua consagração na Lei nº 13.964/2019, bem como sua aplicação no processo pátrio.

Os objetivos específicos, por sua vez, são o demonstrar que atualmente, em decorrência das garantias constitucionais, o juiz das garantias é o meio necessário para a superação dos aspectos inquisitivos e consolidação do sistema acusatório.

A hipótese formulada é a de que, o instituto, ao afastar o juiz responsável pela instrução e julgamento dos atos realizados na fase investigação preliminar possibilita a garantia de imparcialidade na análise dos fatos, provas e informações, sendo a dissonância cognitiva um meio de compreender esse fenômeno.

O trabalho então foi organizado em três capítulos cujas análises se interligam.

Em um primeiro momento, o estudo parte da exposição histórica dos sistemas processuais penais e as características de cada modelo clássico, até o advento da Constituição Federal de 1988, que consagra o sistema acusatório, perpassando o debate acerca do modelo brasileiro, cuja definição sempre desafiou a doutrina.

Em seguida, após a abordagem dos sistemas processuais e da discussão referente a natureza do sistema brasileiro, são abordadas as questões relacionadas a

atuação do juiz, dentre elas as características da investigação preliminar, do inquérito policial e a maneira, antes da Lei nº 13.964/2019, de intervenção jurisdicional na fase pré-processual, notadamente no que se refere aos poderes investigatórios que eram conferidos pelo texto legal e maculavam a imparcialidade do julgador.

Na terceira parte do trabalho são apresentadas as alterações da Lei nº 13.964/19, a fim de analisar a inclusão do juiz das garantias e sua atuação com aporte na contribuição da teoria da dissonância cognitiva, apontando a aptidão do instituto para a solução de problemas práticos e teóricos do processo penal na atualidade.

Com relação ao marco teórico, a pesquisa se fundamenta, essencialmente, no trabalho de Aury Lopes Jr., que ressalta a importância das garantias fundamentais, dentre elas a imparcialidade do juiz, no processo penal.

O tipo de investigação adotada é, essencialmente, a teórica, jurídica e legal, com base nos aspectos doutrinários, jurídicos e legais sobre o tem adotado.

A técnica desenvolvida consiste na documentação indireta, realizada através de pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial, por meio de livros, artigos, legislação e julgados pertinentes.

No tocante aos campos de conhecimento, a pesquisa se caracteriza como multidisciplinar, haja vista a necessidade de fazer uso de elementos do Direito Processual Penal, Direito Penal, Direito Constitucional e Psicologia Social.

Os resultados alcançados, permitiram concluir que as alterações e inovações da Lei nº 13.964/19 – Pacote Anticrime – revelam, com relação a imparcialidade na atuação do juiz, um avanço democrático e um alinhamento com as garantias constitucionais, consolidando, enfim, uma base acusatória de processo.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS

1.1. Breve introdução

O processo penal não escapou das oscilações históricas, de forma que os modelos clássicos acabaram sendo um produto da estrutura social e política do Estado da época. A evolução das instituições, e da própria estrutura processual, resultou nessa diversidade de sistemas, e esses, por sua vez, serviram como modelos de administração da justiça, permitindo a organização e aplicação do direito material.

Segundo Rangel, sistema processual penal é o “conjunto de princípios e regras constitucionais, que refletem o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto”.¹

Com isso, ao longo do tempo surgiram formas distintas de persecução penal, sendo elas: o sistema acusatório e o sistema inquisitório, cuja origem remonta ao Direito Grego, e, posteriormente, da combinação de ambos sobreveio um terceiro sistema processual, de origem francesa, denominado sistema misto.

A questão, porém, é entender que uma estrutura processual, apesar do contexto histórico, é importante porque serve como mecanismo de defesa dos árbitros do Estado, sendo essa a sua principal função.²

1.2. Sistema acusatório

O sistema acusatório tem sua origem e vigência na antiguidade grega e romana perdurando pela Idade Média e declinando no século XIII³, tendo como característica a separação das funções de acusar, defender e julgar, todas distribuídas entre órgãos distintos, configurando um procedimento onde o juiz é o órgão imparcial responsável pela aplicação da lei, se manifestando apenas com a provocação da acusação.⁴

Nesse sistema qualquer pessoa do povo acusava suportando o ônus da prova, e o réu se defendia com todos meios inerentes a sua defesa, amparado e fazendo uso

¹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 47.

² ALENCAR, Rosmar Rodrigues. TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 8ª ed. revista, ampliada e atualizada. – Salvador : Jus Podivm, 2013.

³ LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal / Renato Brasileiro de Lima. – Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 5.

⁴ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal / Paulo Rangel – 15ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008. p. 50.

dos seus direitos da personalidade.⁵ Desse modo, configurava-se um “*actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu”.⁶

O processo de base acusatória possui uma clara separação das funções e essa separação deve ser mantida ao longo do processo com o objetivo de preservação da imparcialidade do julgador e efetivação do contraditório, ficando caracterizado, assim, uma relação processual onde o juiz não atuará de ofício, mas a partir da provocação, e as partes ficam responsáveis pela produção probatória do início ao fim do processo, não havendo margem para que o juiz produza e interfira na gestão da prova ou atue de forma persecutória como, por exemplo, decretando a prisão preventiva de ofício, ato que era permitido até 2019.⁷

Esse sistema possui como características o contraditório enquanto garantia do cidadão, a igualdade entre as partes, a publicidade e possibilidade da oralidade dos atos, separação entre as funções de acusar, defender e julgar, bem como igualdade entre direitos e obrigações.⁸

Com base nessas características a doutrina aponta a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal de 1988, pois ela separa e distribui as funções processuais se destacando a criação de um órgão com competência acusatória, o Ministério Público, bem como consagra garantias e direitos fundamentais para todo indivíduo submetido aos ditames do processo penal.

Segundo Paulo Rangel:

Hordienamente, no direito pátrio, vige o sistema acusatório (cf. art. 129, I, da CRFB), pois a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular. Não temos a figura do juiz instrutor, pois a fase preliminar e informativa que temos antes da propositura da ação penal é a do inquérito policial e este é presidido pela autoridade policial. Durante o inquérito policial, (...), o sigilo e a inquisitividade imperam, porém, uma vez instaurada a ação penal, o processo torna-se público, contraditório, e são asseguradas aos acusados todas as garantias constitucionais.⁹

⁵ Ibidem, p. 50.

⁶ Ibidem, p. 50.

⁷ LOPES JR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2020. p. 59.

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, Volume I / Fernando da Costa Tourinho Filho – 34ª ed. rev. e de acordo com a Lei nº 12.403/2011 – São Paulo : Saraiva, 2012. P 113-4.

⁹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal / Paulo Rangel – 15ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008. P. 51.

Com a separação das funções se configura um sistema que proporciona a conservação da imparcialidade do julgador, distribui direitos e deveres e, principalmente, fomenta o controle sobre a gestão da prova no processo.

Nesse contexto, o juiz não detém iniciativa probatória, ele se mantém inerte e passivo, devendo as provas serem apresentadas pelas partes, assim, na atividade de reconstrução dos fatos ele estaria distante e com sua imparcialidade preservada.¹⁰

No sistema acusatório, a gestão das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal. A separação das funções processuais de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao acusado, que passa a ser sujeito de direitos e a construção dialética da solução do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo.¹¹

Na sistemática acusatória existe um confronto entre as partes o que resulta em uma construção dialética do processo, tudo amparado em um ideal de igualdade entre os sujeitos atuantes no procedimento, ressaltando-se que, nesse campo, são o autor e o réu os responsáveis por proporcionar o cenário onde a solução será criada estando o juiz recolhido e preservado para proferir uma decisão.

Conclui-se, portanto, que no sistema acusatório se destacam a separação das funções no processo penal, o controle da imparcialidade do juiz, a igualdade entre as partes, ou pelo menos o ideal de igualdade, e a possibilidade de construção dialética do procedimento, ficando o ônus probatório resguardado às partes.

Nesse sentido, é possível perceber elementos interessantes para o debate do processo na atualidade, principalmente sobre a atuação dos magistrados na fase investigativa e no desenrolar do processo.

1.3. Sistema inquisitivo

O sistema processual inquisitivo, que surge em Roma e desponta na Idade Média com a influência da Igreja, é o oposto do sistema acusatório, no inquisitivo o

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal / Renato Brasileiro de Lima. – Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 4.

¹¹ Ibidem, p. 4.

Estado concentra funções que outrora foram separadas, o mesmo órgão passa a acusar e julgar, o réu deixa de ser sujeito de direito e passa a ser um objeto, sendo que a confissão pairava como rainha das provas.¹²

Nesse sistema não havia contraditório e igualdade, sendo o juiz o sujeito responsável por dar início, colher provas, acusar e julgar, tudo em um processo secreto e sigiloso que envolvia inclusive a submissão do acusado à tortura para a obtenção da confissão, pois esse não era detentor de nenhuma garantia.¹³

O sistema inquisitivo é um modelo histórico,¹⁴ que remonta ao século XIII, contexto do Direito Canônico, sendo aplicado até meados do século XVIII.¹⁵

O juiz inquisidor era o sujeito que concentrava poder, o que acabava comprometendo sua imparcialidade, pois as funções de acusar e julgar são incompatíveis, uma vez que o juiz que persegue acaba se ligando psicologicamente com as etapas e resultado das demandas.¹⁶

A concentração das funções prejudica a imparcialidade e, conseqüentemente, sucumbe com o contraditório, pois as partes não se encontravam contrapostas e o réu, principalmente, ficava em uma situação delicada, esse era segregado preventivamente e era mantido incomunicável, ficando submetido à um juízo que detinha ampla iniciativa probatória, atuando de ofício na fase investigativa e no curso do processo, colhendo provas sem a manifestação da defesa ou acusação.¹⁷

Segundo Renato Brasileiro:

(...) 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. Trabalha o sistema inquisitório, assim, com a premissa de que a atividade probatória tem por objetivo uma completa e ampla reconstrução dos fatos, com vistas ao descobrimento da verdade. Considera-se possível a descoberta de uma verdade absoluta, por isso admite uma ampla atividade probatória, que em relação ao objeto do processo, quer em relação aos meios e métodos para a descoberta da

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, Volume I / Fernando da Costa Tourinho Filho – 34ª ed. rev. e de acordo com a Lei nº 12.403/2011 – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 115.

¹³ Ibidem.

¹⁴ LOPES JR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2020. p. 55.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal / Renato Brasileiro de Lima. – Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 3.

¹⁶ Ibidem, p. 3.

¹⁷ Ibidem, p. 3.

verdade. Dotado de amplos poderes instrutórios, o magistrado pode proceder a uma completa investigação do fato delituoso.¹⁸

Nas lições de Aury Lopes Jr.:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.¹⁹

No sistema inquisitivo o convencimento do juiz não tem por base as provas apresentadas pelas partes, pois ele busca apenas convencer sobre a sua íntima convicção previamente formulada ao dar início ao processo.

Esse sistema é incompatível com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito, pois permite a confusão entre autor e julgador, bem como coloca em risco a proteção da pessoa humana uma vez que se ignora garantias em prol da verdade real.²⁰

A elaboração, instituição e a defesa do sistema inquisitivo teve como base o fato de que no sistema acusatório a acusação ficava a cabo da parte ofendida e isso permitiria a perpetuação da impunidade, principalmente para pequenos delitos, assim a sistemática inquisitiva foi apresentada como meio de uma prestação jurisdicional mais “eficiente”, todavia, “o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.”²¹

Declinando a partir do século XIX, com o período da Revolução Francesa, os novos ideais sobre a valorização do homem e movimentos filosóficos que surgiram repercutiram no processo penal, guiando-o para o denominado sistema misto/francês.²²

1.4. Sistema misto ou francês

¹⁸ Ibidem, p. 3.

¹⁹ LOPES JR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2020. p. 56.

²⁰ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal / Paulo Rangel – 15ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008. p. 48.

²¹ LOPES JR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2020. p. 56.

²² Ibidem.

O sistema misto ou francês consiste na junção de elementos dos dois sistemas já abordados, acusatório e inquisitivo, se desdobrando em um procedimento com duas fases distintas, sendo a primeira secreta e sem contraditório, característica inquisitória, e a segunda pautada na apresentação da acusação por um órgão acusador, a defesa do réu e o julgamento do juiz, aspectos do sistema acusatório.²³

Esse sistema tem sua origem na Revolução Francesa, e possui como marco legal o *Code d'Instruction criminelle* francês de 1808.²⁴ Na verdade, tudo que se buscou foi um equilíbrio a partir de sistemas anteriores, porém, com modificações importantes como a necessidade de observância de garantias do acusado e de princípios processuais.

O sistema misto sofreu influências do sistema acusatório privado do direito romano e do sistema inquisitório do direito canônico, e nasceu com o objetivo de combater falhas existentes, dentre elas, a impunidade gerada pela inércia das partes em levar informações sobre a prática de crimes para o Estado, bem como controlar as violações da atuação do juiz inquisidor.

Para tanto a persecução penal continuou com o Estado passando a ser feita em momento anterior à ação penal, sendo essa tocada pelo Estado-juiz. Ocorre que, mesmo diante da nova configuração, a investigação ainda permitia a participação do juiz o que comprometia a sua imparcialidade, mas a acusação restava reservada para um órgão específico.²⁵

O sistema misto trouxe "inovações" importantes para a concepção de um novo processo, trata-se inegavelmente de um avanço, seria um erro, porém, atribuir a simples separação das funções de acusar e julgar o rótulo de solução dos problemas até então enfrentados, pois ainda havia margem para um "juiz de instrução".

O juiz, mesmo não podendo acusar, continuava investigando e, assim, com sua imparcialidade comprometida.

Nas lições de Paulo Rangel:

²³ LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal / Renato Brasileiro de Lima. – Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 5.

²⁴ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. TÁVORA, Nestor. Curso De Direito Processual Penal – 8ª ed. revista, ampliada e atualizada. – Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 42.

²⁵ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal / Paulo Rangel – 15ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008. p. 52.

(...) o sistema misto (juizado de instrução), não obstante ser um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar da acusação. A função jurisdicional deve ser ao máximo preservada, retirando-se, nos Estados democráticos de direito, o juiz da fase persecutória e entregando-se a mesma ao Ministério Público, que é quem deve controlar as diligências investigatórias realizadas pela polícia de atividade judiciária, ou, se necessário for, realizá-las pessoalmente, formando sua *opinio delicti* e iniciando a ação penal.²⁶

Portanto, torna-se evidente que o sistema misto, baseado em um processo com duas fases distintas e elementos inquisitivos e acusatórios, foi um avanço histórico, mas não resolveu a problemática do juiz com a imparcialidade comprometida. Vê-se, pois, que ao permitir que o magistrado participe da produção de provas, da persecução, na fase investigativa abre-se margem para a contaminação psicológica na reconstrução dos fatos.

Logo, é indiscutível o fato que a posição em que o juiz ocupa interfere na sua atuação, bem como fomenta a reflexão acerca dos seus limites no desenrolar processual.

1.5. SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Antes da edição da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) a doutrina classificava o sistema processual brasileiro como misto, ou seja, dividido em duas partes com naturezas distintas, a primeira inquisitiva - inquérito/investigação - e a segunda acusatória - fase processual.²⁷

A definição do sistema pátrio como "misto" ou "acusatório formal" a partir da singela separação de fases é insuficiente, pois mistos todos os sistemas processuais são, eis que os sistemas puros são modelos históricos, devendo o jurista analisar o princípio informador do sistema em análise.²⁸

Desse modo, no contexto brasileiro, até o advento da lei supracitada, era o princípio inquisitório que ocupava essa posição porque o juiz ainda detinha, mesmo da fase processual, amplo contato com a gestão da prova, mesmo estando submetido ao pressuposto da imparcialidade.

²⁶ Ibidem, p. 53.

²⁷ LOPES JR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2020. p. 64.

²⁸ Ibidem.

Segundo Lopes Jr.:

(...) o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neo-inquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neo-inquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz.²⁹

A separação das funções de acusar e julgar é importante, porém, de nada adianta a separação inicial com a importante atuação do Ministério Público, notório e legítimo detentor do poder de acusar, se depois, no curso processual, permite-se que o juiz assuma papel de acusador na atividade probatória com atos inquisitivos como, por exemplo, a possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício durante o processo.³⁰

Fica evidente a insuficiência de uma separação inicial de atividades se, depois, o juiz assume um papel claramente inquisitorial. O juiz deve manter uma posição de alheamento, afastamento da arena das partes, ao longo de todo o processo. Todas essas questões giram em torno do tripé sistema acusatório, contraditório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. Portanto, pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo.³¹

Diversos artigos do Código de Processo Penal (CPP), antes da Lei nº 13.964/2019, representavam a adoção do princípio inquisitivo e proporcionavam a quebra da igualdade processual, do contraditório, e da dialética processual, com destaque para o famigerado artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal.

Enfatiza Lopes Jr.:

Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório. A posição do juiz é o ponto nevrálgico da questão, na medida em que “ao sistema acusatório lhe corresponde um juiz-espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais sábio que experto; o rito inquisitório exige, sem embargo, um juiz-ator, representante do interesse punitivo e, por isso, um exerido, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação”.³²

²⁹ Ibidem, p. 65.

³⁰ LOPES JR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2016. p. 28.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem, p. 29.

Dentro da atuação inquisitorial do juiz estavam a possibilidade de abertura de inquérito policial a partir de requisição do juiz (art. 5º, II, CPP), a decretação de prisão preventiva de ofício (art. 311 do CPP), a possibilidade de oitiva de testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209 do CPP), dentre outras ações notadamente alinhadas com os aspectos do sistema inquisitivo.

Essa atuação instrutória do juiz confronta os direcionamentos da Constituição Federal de 1988 que, por seu turno, apresenta princípios informadores do sistema acusatório, ou seja, a Magna Carta direciona o processo penal brasileiro para a estrutura acusatória uma vez que enfatiza o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do juiz, principal garantia da jurisdição em um contexto democrático, e as demais regras pertinentes ao devido processo legal, bem como destaca o Ministério Público como órgão competente para a realização da acusação no curso do processo, sendo ele o titular da ação penal pública.

Assim, desde 1988 surgiu a necessidade de uma “filtragem constitucional” de todos os dispositivos processuais que não coadunam com o sistema acusatório “expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitivo, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória”.³³

Por conseguinte, no processo de reformas com o objetivo de organizar a estrutura do processo penal alinhando-o aos ditames constitucionais, inclusive reforçar o combate à criminalidade, surge a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, que através do seu artigo 3º inseriu no Código de Processo Penal os artigos 3º-A e 3º-B fomentando significativas novidades para o contexto jurídico.

Com o artigo 3º-A ficou consagrada a estrutura acusatória no processo penal, dando novos contornos para a atuação do magistrado vedando, inclusive, a substituição probatória do órgão de acusação. Já o artigo 3º-B se dedicou a criação e inserção do instituto do Juiz de Garantias no cenário brasileiro.

Conforme o artigo 3º da Lei nº 13.964/2019, *in verbis*:

Art. 3º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações: “Juiz das Garantias ‘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.’ ‘Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle

³³ Ibidem, p. 29.

da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, (...) ³⁴. (Grifo Nosso).

O instituto do Juiz de Garantias, que foi suspenso em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, será abordado em momento posterior, interessa agora a análise do artigo 3º-A no debate sobre o sistema que estrutura o processo brasileiro, pois trata do sistema acusatório.

Para Sanches Cunha, “com a nova estrutura, instala-se verdadeira separação entre as funções judiciais ligadas à investigação e ao processo.” ³⁵, essa separação consolida o sistema processual brasileiro como acusatório.

A alteração realizada foi um importante passo para a constitucionalização do processo penal, mas também é necessário que essa mudança alcance a mentalidade dos operadores do direito que labutam nessa seara.

Para Metzker:

A lei foi clara ao trazer a estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Agora há uma nítida separação entre o julgador e a acusação, não podendo o julgador fazer as funções da parte. O papel do julgador será de expectador e não de jogador. Esta função caberá às partes. Todavia, em nada adianta alterar a lei se não alterar a cultura inquisitória. Além do nosso código processual ser inquisitivo, diferentemente da nossa Carta Magna, há uma cultura inquisitiva, uma sangria punitivista que impedirá o juiz das garantias chegar ao objetivo traçado em seu nascedouro. Será preciso uma mudança cultural, entretanto, considero um grande avanço a inclusão da figura do juiz das garantias. ³⁶

Conforme verificado, o sistema processual brasileiro foi classificado por muito tempo pela doutrina como sendo misto, tendo em vista a existência de duas fases com naturezas distintas, entretanto, essa classificação era insuficiente, eis que todos os sistemas existentes possuem elementos inquisitivos e acusatórios.

No Brasil, com o Código Processo Penal como base, é possível afirmar que o sistema processual é inquisitivo, nesse diploma o juiz, até o advento da Lei nº

³⁴ Lei nº 13.964/2019, artigo 3º; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 10/03/2021.

³⁵ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P 70.

³⁶ METZKER, David. Lei Anticrime (Lei 13.964/2019): Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento / David Metzker. – Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020. P. 33-4.

13.964/2019, sempre atuou de forma instrutória tendo contato com a gestão da prova, desenvolvendo atos de cunho inquisitivo.

A Constituição Federal de 1988, com seus princípios e garantias fundamentais, e distribuição das funções entre órgãos específicos, sempre exigiu a realização de uma verdadeira filtragem constitucional da legislação anterior a sua promulgação, mas, atualmente, a Lei nº 13.964/2019 rompeu com esse paradigma e consagrou o sistema acusatório no Brasil, o art. 3-A deixa claro que "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação", apresentando, assim, o atual sistema processual brasileiro.

2. JURISDIÇÃO, COMPETÊNCIA E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A partir da abordagem dos sistemas processuais, com os respectivos processos de desenvolvimento e características, surgem determinados conceitos que merecem atenção em virtude da sua influência na imparcialidade do julgador no exercício da jurisdição, cita-se, por exemplo, a compreensão do papel do juiz no processo penal, assim como a distinção entre imparcialidade objetiva e subjetiva.

2.1. DA JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

A jurisdição consiste no “poder-dever” que possui o Estado de dizer o direito, bem como aplicá-lo a um caso concreto, por meio do devido processo legal, todavia, também pode ser abordada como direito fundamental do cidadão. De acordo com Rangel, o termo jurisdição deriva do latim “*jurisdictione*” que, etimologicamente analisando, significa a ação de dizer o direito.³⁷

No ordenamento pátrio, a jurisdição é definida como uma das funções que detém o Estado para dirimir os conflitos diários do meio social, sendo una e indivisível.

Como a vida em sociedade produz inúmeros conflitos, e a maioria são resolvidos entre as partes envolvidas por meio de transações e renúncias, é importante destacar que a autotutela é vedada, salvo nas hipóteses legais, por isso na presença de resistência de um interesse legítimo ou lesão de direito surge para o Estado a necessidade de resolução do conflito por meio de um processo com o objetivo de preservar a paz social e segurança jurídica.

Por isso que a jurisdição se desdobra como uma atividade de substituição de vontade das partes³⁸, uma vez que o Estado atua a partir da provocação e dita o direito com base na sua soberania.

Entretanto, no âmbito do processo penal esse processo de substituição possui singularidades e se afasta da discussão acerca da jurisdição voluntária e contenciosa.

Nas lições do professor Renato Brasileiro:

³⁷ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal / Paulo Rangel – 15ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008. P. 313.

³⁸ Ibidem, p. 313.

No âmbito específico da jurisdição penal, cogita-se da resolução de um conflito intersubjetivo de interesses: por um lado, na intenção punitiva do Estado, inerente ao *ius puniendi*; por outro, no direito de liberdade do cidadão. Esses dois interesses traduzem, na realidade, o conteúdo da causa penal, que deve se limitar à verificação da materialidade de fato típico, ilícito e culpável, à determinação da respectiva autoria, e à incidência, ou não àquele, da norma penal material incriminadora.³⁹

A análise do conceito de jurisdição no âmbito do processo penal não leva em consideração os pressupostos de voluntariedade e contenciosidade, isso porque inexistente lide. No processo penal a jurisdição se molda com base no princípio da necessidade, particularidade desse campo jurídico, visto que se desenvolve como uma jurisdição cognitiva com vista a conhecer a pretensão acusatória, para, se assim entender necessário, o Estado exercer a aplicação de uma pena/punição.⁴⁰

Com isso, importante destacar as lições de Rangel:

O sistema acusatório por nós adotado coloca o juiz na verdadeira função de órgão estatal equidistante do conflito de interesse de alta relevância social. O juiz julga e aplica a lei, porém quem assume o papel de manifestar a pretensão acusatória é o Ministério Público. Aliás, parece-nos óbvio que, dentro de um Estado Democrático de Direito, o órgão que acusa não pode ser o mesmo que julga e vice-versa. A imparcialidade do órgão julgador é imprescindível um julgamento sereno e isento de qualquer paixão, sendo outra característica da jurisdição (...).⁴¹

Superada a abordagem do conceito é interessante analisar a jurisdição como um direito fundamental, conforme supracitado, sendo esse aspecto oriundo da influência da Constituição Federal de 1988, pois os mandamentos constitucionais promovem um deslocamento que supera o aspecto de “poder-dever”.

Dessa forma, como a Magna Carta de 1988 consagra o direito fundamental de ser julgado por um juiz, com competência fixada por lei, imparcial e em prazo razoável, acabam sendo essas as balizas que constituem a dimensão onde a jurisdição deve ser trabalhada, com natureza de direito fundamental e não somente de um “poder-dever” estatal.⁴²

Segundo Lopes Jr.:

³⁹ Lima, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 413.

⁴⁰ Lopes Jr., Aury. Direito Processual Penal/Aury Lopes Jr. – 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. P. 445.

⁴¹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal / Paulo Rangel – 15ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008. P. 313.

⁴² Lopes Jr., Aury. Direito Processual Penal/Aury Lopes Jr. – 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. P. 446.

Significa deslocar da estrutura de pensamento no qual a jurisdição é um poder do Estado e que, portanto, pode pelo Estado ser utilizado e definido segundo suas necessidades. Ao desvelarmos a jurisdição como direito fundamental, consagrado que está na Constituição, ela passa a exigir uma nova estrutura de pensamento, como instrumento a serviço da tutela do indivíduo.⁴³

Com efeito, em um plano analítico, com base nessa concepção da jurisdição como garantia constitucional do cidadão, da qual não se pode dispor, resta posto dois conceitos que coexistem e implicam, inclusive, no conceito de competência. Não se nega o caráter de poder-dever, mas, conforme visto, acima dessa visão, está a ideia de direito fundamental, sendo a ação o instrumento necessário para sua consagração, sistemática que decorre justamente do princípio da necessidade que dá base e justificativa para a aplicação da pena.⁴⁴

Como a jurisdição é uma atividade exercida essencialmente pelo Poder Judiciário, um mesmo juiz não tem condições e não pode julgar todas as causas possíveis, dessa forma, a legislação distribui a jurisdição entre vários órgãos, que aplicarão o direito nos limites e formas que a legislação estabelecer. A competência, por conseguinte, nasce como sendo uma medida e limite da jurisdição, dentre os órgãos judiciais que estão outorgados legalmente para dizer e aplicar o direito.

Renato Brasileiro, ao analisar o conceito de competência, destaca que:

(...) Como função estatal que é, a jurisdição é uma (princípio da unidade da jurisdição), o que, no entanto, não significa dizer que um mesmo juiz possa processar e julgar todas as causas. Com efeito, nem todos os juízes podem julgar todas as causas, razão pela qual motivos de ordem prática obrigam o Estado a distribuir esse poder de julgar entre vários juízes e Tribunais. Dessa forma, cada órgão jurisdicional somente pode aplicar o direito objetivo dentro dos limites que lhe foram conferidos nessa distribuição. Essa distribuição, que autoriza e limita o exercício do poder de julgar no caso concreto, é a competência.⁴⁵

A competência, dessa forma, é, em sua natureza, uma delimitação lógica da função jurisdicional, consistindo em um conjunto de regras, previamente estabelecidas, que cravam os limites de atuação de cada juiz e Tribunal. Segundo Lopes Jr.⁴⁶, “A competência impõe severos limites ao poder jurisdicional (...) e, por

⁴³ Ibidem, p. 446.

⁴⁴ Ibidem, p. 446.

⁴⁵ Lima, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 413.

⁴⁶ Lopes Jr., Aury. Direito Processual Penal/Aury Lopes Jr. – 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. P. 446.

sua vez, está estreitamente disciplinada por regras que, em última análise, asseguram a própria qualidade e legitimidade da jurisdição”.

Consequentemente, a competência além de harmonizar a jurisdição também serve como instrumento de legitimação da mesma.

2.2. DO PAPEL DO JUIZ

No processo penal, o juiz é a autoridade competente para receber a denúncia ou queixa, promover a citação do acusado e instruir o processo para que, no final do procedimento, decida acerca do pedido condenatório da acusação com fim de absolver ou condenar o acusado, aplicando sobre ele a sanção penal. Dessa maneira, o juiz possui a responsabilidade de aplicar o direito objetivo ao caso concreto, de forma imparcial, substituindo as partes e dirimindo o conflito entre a pretensão punitiva do Estado e o interesse do indivíduo na preservação de sua liberdade.⁴⁷

Nas lições de Lopes Jr.:

O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais (abandono completo do mito da verdade real).⁴⁸

Com relação ao exercício da função jurisdicional, a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional, conferem ao juiz poderes que permitem alcançar a justa aplicação do direito, o que caracteriza o domínio sobre o processo conforme o art. 251 do Código de Processo Penal.⁴⁹

Do referido dispositivo legal a doutrina extrai dois grupos distintos de atribuições que o juiz possui, sendo elas as de ordem jurisdicional e as de natureza administrativa, as primeiras correspondem ao dever do juiz de prover a regularidade do processo de forma positiva, determinado o que deve ou não ser feito, já as outras consistem na

⁴⁷ Lima, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 1309-10.

⁴⁸ Lopes Jr., Aury. Direito Processual Penal/Aury Lopes Jr. – 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. P. 175.

⁴⁹ Ibidem, p. 1312.

manutenção da ordem processual, dos atos processuais, podendo, inclusive, requisitar a força pública.⁵⁰

2.3. DA IMPARCIALIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Inicialmente, é interessante ressaltar a distinção entre “imparcialidade” e “neutralidade”, pois, para a parcela majoritária da doutrina, as referidas expressões não são sinônimas, uma vez que a ideia de imparcialidade, ou juiz imparcial, se liga a necessidade desse não ter qualquer interesse com relação as partes que compõe o processo, preocupando-se tão somente com a aplicação do direito no caso concreto, já a ideia de neutralidade, ou juiz neutro, se baseia na anulação de influências subjetivas, ou seja, um juiz indiferente, insensível e apático.

Para Renato Brasileiro, “a imparcialidade não se confunde com a neutralidade, compreendida como a ausência de valores, de ideologia, enfim, uma utópica abstração subjetiva, um completo isolamento do ser em relação ao contexto social em que está inserido (...)”.⁵¹

Nas lições de Renato Brasileiro:

A imparcialidade requer do magistrado, portanto, uma postura de equidistância em relação às partes, a exigir que assuma uma posição para além dos interesses delas, o que, em tese, permitirá uma atuação jurisdicional objetiva, desapaixonada, na qual não deverá favorecer, seja por interesse ou simpatia, seja por ódio ou antipatia, a nenhuma das partes. Em outras palavras, é o desinteresse subjetivo no resultado do processo o que caracteriza o ser imparcial.⁵²

É possível, ainda, compreender a imparcialidade como um princípio fundamental, o qual permite o normal desenvolvimento e obtenção de um processo justo, onde o juiz se mantenha equidistante das partes e consagre o contraditório.⁵³

Portanto, para que o exercício da jurisdição seja legítimo, o que se busca por meio da legislação é que a imparcialidade do julgador seja preservada, de modo que

⁵⁰ Ibidem, p. 1312.

⁵¹ Ibidem, p. 121.

⁵² Lima, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 120.

⁵³ Lopes Jr., Aury. Direito Processual Penal/Aury Lopes Jr. – 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. P. 521.

não haja influência ou benefício de uma parte em detrimento de outra, podendo o juiz se guiar pelos valores de justiça e retidão sem que haja prejuízo do processo.

2.4. DAS REGRAS DE IMPEDIMENTO, SUSPEIÇÃO E INCOMPATIBILIDADE

Para que um juiz exerça seu mister de forma plena e justa em um processo, é necessário a inexistência de qualquer elemento ou causa que possa prejudicar o pressuposto de atuação imparcial. Desse modo, uma vez que o juiz se caracteriza como órgão incumbido de dizer e aplicar o Direito no caso concreto, não será considerada uma decisão justa aquela proferida por um juiz que não seja imparcial.⁵⁴

Esse pressuposto é decorrência lógica do devido processo legal, conforme o art. 5º, LIV, da CF/88, e, também, do sistema acusatório, consagrado no art. 129, I, da CF/88, ressaltando-se, ainda, que a garantia de imparcialidade encontra respaldo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Dec. 678/92, art. 8º, nº 1.⁵⁵

Logo, se torna importante e necessário o estudo das causas de impedimento, suspeição e incompatibilidade previstas pelo Código de Processo Penal, pois tais regras buscam constituir um juiz imparcial no exercício da jurisdição.

2.4.1. Do impedimento

As causas de impedimento, previstas no art. 252 do Código de Processo Penal, consistem em circunstâncias objetivas que dizem respeito a fatos internos do processo, que independentemente do ânimo subjetivo, podem comprometer a imparcialidade do magistrado, constituindo, assim, uma incapacidade objetiva.⁵⁶

Segundo Renato Brasileiro:

⁵⁴ Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 1.314-5.

⁵⁵ Ibidem, p. 1.315.

⁵⁶ 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.

As causas de impedimento são circunstâncias objetivas relacionadas a fatos internos ao processo capazes de prejudicar a imparcialidade do magistrado. Costuma-se dizer que dão ensejo à incapacidade objetiva do juiz, visto que os vínculos que geram impedimento são objetivos e afastam o juiz independentemente de seu ânimo subjetivo. Há, pois, uma presunção absoluta de parcialidade. Ao contrário das causas de suspeição, geralmente relacionadas a fatos externos ao processo, as causas de impedimento estão intrinsecamente ligadas, direta ou indiretamente, ao processo em curso, inicialmente submetido à jurisdição de determinado juiz.⁵⁷

Com isso, por exemplo, o juiz estará impedido de atuar no processo se ele, ou seu parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, for parte ou for diretamente interessado no feito, conforme o inciso IV, do art. 252 do CPP; ou, ainda, quando ele - juiz – ou seus parentes já citados tiverem funcionado no processo como defensor, advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial ou testemunha, conforme os incisos I e II, do art. 252 do CPP.⁵⁸

Importante notar que se trata de fatos e circunstâncias relacionadas ao desenvolvimento do processo os quais impedem o juiz de exercer a jurisdição.

Outro detalhe é que, em decorrência do art. 253 do Código de Processo Penal, nos juzizados coletivos, tribunais ou turmas recursais, ficam impedidos de atuar no mesmo processo os juízes que forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau.⁵⁹

No processo penal também são aplicáveis, por analogia, as causas de impedimento capituladas no art. 144 do Código de Processo Civil.

Renato Brasileiro assevera que:

(...) Ora, se o juiz é impedido no cível, por exemplo, quando figurar como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório (NCPC, art. 144, VIII), por que razão não o seria se o feito tivesse natureza criminal? A imparcialidade que se espera do magistrado há de ser a mesma, independentemente da natureza da lide em questão.⁶⁰

Por fim, cabe salientar que a Lei nº 13.964/19 – Pacote Anticrime – inovou introduzindo duas novas causas de impedimento ao rol, exemplificativo, do Código de Processo Penal, sendo elas: a de que o juiz das garantias, ao realizar qualquer ato do art. 3º-B do CPP, ficará impedido de atuar no mesmo processo, conforme o disposto

⁵⁷ Ibidem, p. 1.315.

⁵⁸ Pacelli, Eugênio. Curso de Processo Penal / Eugênio Pacelli. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. P. 383.

⁵⁹ Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 1.318.

⁶⁰ Ibidem.

no art. 3º-D, incluído pela referida Lei; e, também, a de que o juiz ao conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acordão, segundo o disposto do art. 157, §5º, do CPP, também incluído pela referida Lei.⁶¹

2.4.2. Da suspeição

As causas de suspeição, previstas no art. 254 do Código de Processo Penal, consistem em circunstâncias subjetivas relacionadas a fatos externos ao processo e que, devido as suas características, possuem o condão de prejudicar a imparcialidade do magistrado, sendo, portanto, denominadas de causas de incapacidade subjetiva.⁶²

A suspeição surge do vínculo existente entre o juiz e a parte ou entre a parte e a questão discutida no feito, não se confundindo com o vínculo ligado ao objeto do litígio – causa de impedimento, e sim de interesse com a matéria discutida.⁶³

Trata-se de uma nulidade relacionada ao fato de existir um juiz interessado, suspeito, com ânimo subjetivo, na condução do processo.

Nas lições de Renato Brasileiro:

(...) Grosso modo, o juiz é suspeito quando se interessa por qualquer das partes. De acordo com o art. 564, inciso I, do CPP, a suspeição é causa de nulidade do processo, a contar do primeiro ato em que houve intervenção do juiz suspeito. A despeito de haver certa controvérsia quanto à natureza da nulidade – se absoluta ou relativa –, partilhamos do entendimento de que se trata de nulidade absoluta. Isso porque, ao se referir às nulidades que estarão sanadas em virtude do decurso do tempo, logo, sujeitas à preclusão, característica básica de toda e qualquer nulidade relativa, o art. 572 do CPP não faz menção ao art. 564, I, do CPP. Portanto, interpretando-se a contrário sensu o art. 572, conclui-se que a suspeição é causa de nulidade absoluta, já que, ao contrário da relativa, aquela espécie de nulidade pode ser arguida a qualquer momento, não estando sujeita à preclusão.⁶⁴

Importante ressaltar que além das causas de suspeição previstas no Código de Processo Penal, também são aplicáveis, por analogia, as causas previstas no art. 145

⁶¹ Ibidem.

⁶² 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.

⁶³ Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado / Guilherme de Souza Nucci. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 982.

⁶⁴ Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 1.318.

do Código de Processo Civil, pois, conforme visto anteriormente, a imparcialidade é um pressuposto uno e universal de forma que independente da natureza do processo a exigência do juiz imparcial será a mesma.⁶⁵

2.4.3. Da incompatibilidade

Enquanto a suspeição e o impedimento possuem previsão expressa no Código de Processo Penal, a incompatibilidade, previstas no art. 112 do mesmo diploma processual, compreendem todas as demais situações que possam comprometer ou colocar em risco a imparcialidade do julgador e que não estejam presentes nas modalidades supracitadas, cita-se, por exemplo, as razões de foro íntimo.⁶⁶

Com essa abrangência, a definição de incompatibilidade se torna uma questão controversa na doutrina, porém, é possível compreender a suspeição, o impedimento e a incompatibilidade como elementos de um mesmo gênero.

Renato Brasileiro, com base nas lições de Hélio Tornaghi, assevera que:

(...) O impedimento decorre da relação de interesse com o objeto do processo; a suspeição, do vínculo com qualquer das partes. Ainda segundo o autor, “a incompatibilidade provém de graves razões de conveniência não incluídas entre os casos de suspeição ou de impedimento. São, frequentemente, razões íntimas, que levam o oficial a declinar. Em geral, as leis de organização judiciária mandam que seja dado conhecimento dessas razões em caráter sigiloso, a um órgão disciplinar superior. Assim, por exemplo, o juiz que tem ligação amorosa com a ré deve dar-se por incompatibilizado”.⁶⁷

Na prática, a incompatibilidade acaba sendo tratada como um subespécie de suspeição, pois se relaciona com elementos subjetivos, cuja conceituação possui caráter residual, de modo que nela seja incluído as causas que não se adequem a suspeição ou impedimento, mas não obstante possuem a capacidade de interferir na imparcialidade do magistrado incumbido de julgar o feito.⁶⁸

A doutrina ressalta, ainda, que se tratando de impedimento ou incompatibilidade o resultado será o mesmo, pois em decorrência do vício os atos serão interpretados como inexistentes, isso porque, conforme o disposto no art. 252 do Código de

⁶⁵ Ibidem, p. 1.320.

⁶⁶ Pacelli, Eugênio. Curso de Processo Penal / Eugênio Pacelli. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. P. 384.

⁶⁷ Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 1.321.

⁶⁸ Ibidem.

Processo Penal, o juiz não poderá exercer a sua função jurisdicional em processo que esteja impedido ou haja motivo legal de incompatibilidade.⁶⁹

Porém, Renato Brasileiro enfatiza que, “considerando que o conceito de incompatibilidade tem-se confundido com o de suspeição por razões de foro íntimo, preferimos tratá-la nos mesmos termos que a suspeição, ou seja, hipótese que autoriza o reconhecimento de nulidade absoluta”.⁷⁰

Desse modo, em apertada síntese, é possível concluir que a incompatibilidade consiste no conjunto de situações e circunstâncias que, não se enquadrando na suspeição e impedimento, podem atingir a imparcialidade do julgador, gerando um ato viciado cujo resultado será a sua inexistência ou, ainda, sua nulidade absoluta, tendo em vista que essa modalidade de exclusão processual envolve questões subjetivas.

2.5. DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO – ANTES DA LEI Nº 13.964/2019

2.5.1. Do inquérito policial

A investigação preliminar consiste em uma fase pré-processual onde são desenvolvidas atividades de apuração e investigação criminal, sendo, conforme a doutrina, categorizada como gênero do qual se origina, enquanto espécies, o inquérito policial, as sindicâncias, comissões parlamentares de inquérito, dentre outras. Todas essas espécies possuem em comum o caráter prévio e o cunho preparatório para o processo penal propriamente dito, buscando essencialmente averiguar a autoria e circunstâncias relacionadas a prática de um delito.

Nas lições de Lopes Jr.:

Chamaremos de investigação/instrução preliminar o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo.⁷¹

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal/Aury Lopes Jr. – 9. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 266.

Na sua essência a investigação preliminar busca esclarecer um fato aparentemente oculto e que tenha relação com determinada prática delituosa, por esse motivo ela serve para encontrar elementos de autoria e materialidade, *fumus commissi delicti*, capazes de embasarem o oferecimento de uma denúncia ou, se for o caso, a formulação do pedido de arquivamento.

Segundo Lopes Jr.:

O ponto de partida da investigação preliminar é a notícia criminis e, por consequência, o *fumus commissi delicti*. Essa conduta delitiva é, geralmente, praticada de forma dissimulada, oculta, de índole secreta, basicamente por dois motivos: para não frustrar os próprios fins do crime e para evitar a pena como efeito jurídico. Por isso, o autor do delito buscará ocultar os instrumentos, meios, motivos e a própria conduta praticada.⁷²

A investigação preliminar adequa-se como um filtro procedimental capaz de combater acusações infundadas, sejam elas desprovidas de um arcabouço probatório, sejam elas pela inexistência de uma ação criminosa. Assim, fica claro que a instrução preliminar possui a função de preservar o sistema processual da instauração desnecessária de processos e de fornecer elementos de informação.

Conforme explica Lopes Jr.:

A nosso juízo, a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar, pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e com isso também assegurar à sociedade de que não existirão abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, mais grave é o mal causado por processar irresponsavelmente um inocente.⁷³

É nesse contexto que está o inquérito policial, enquanto principal instrumento de investigação preliminar no sistema brasileiro, encontra-se regulado nos arts. 4º ao 23 do Código de Processo Penal, e é definido como “o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”.⁷⁴

Para Lopes Jr.:

É o modelo adotado pelo Direito brasileiro, que atribui à polícia a tarefa de investigar e averiguar os fatos constantes na notícia-crime. Essa atribuição é normativa e a autoridade policial atua como verdadeiro titular da investigação preliminar. No modelo agora analisado, a polícia não é um mero auxiliar,

⁷² Ibidem, p. 267-8.

⁷³ Ibidem, p. 272.

⁷⁴ Tourinho Filho, Fernando da Costa. Processo Penal, volume I / Fernando da Costa Tourinho Filho. – 34. Ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011 – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 230.

senão o titular, com autonomia para decidir sobre as formas e os meios empregados na investigação e, inclusive, não se pode afirmar que exista uma subordinação funcional em relação aos juízes e promotores.⁷⁵

O inquérito policial é, desse modo, uma atividade administrativa, desenvolvida de forma prévia ao processo, que não resulta na aplicação de uma sanção penal, sendo realizado por um órgão da administração pública que não detém poder jurisdicional, a polícia judiciária, cuja finalidade é colher elementos de informação. Diferenciando-se, assim, da instrução criminal, uma vez que essa fase processual se baseia na colheita de provas produzidas a partir do contraditório judicial.

Importante ressaltar que, no tocante aos elementos informativos e as provas, a legislação passou a fazer uma clara distinção entre ambos, mais precisamente no art. 155 do Código de Processo Penal,⁷⁶ dispositivo que foi alcançado pelas reformas promovidas pela Lei nº 11.690/08. Em resumo, as provas só podem nascer sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e, portanto, elas, via de regra, nascem durante o processo e não nas fases pré-processuais, como no caso do inquérito policial.

Como os elementos informativos ao serem colhidos não obedecem aos pressupostos do contraditório e da ampla defesa, o inquérito assume um valor probatório relativo. Em vista disso, o magistrado não pode formar sua convicção com vistas a condenar um réu se baseando apenas em elementos informativos colhidos durante a investigação preliminar e presentes no inquérito policial, porém, isso não significa dizer que o juiz não pode utilizar tais elementos e informações no seu convencimento, mas que esses devem somar com as provas produzidas em juízo.

Ao enfrentar o tema da possibilidade de utilização de elementos informativos por parte do juiz, Renato Brasileiro aduz o seguinte:

Ao longo dos anos, sempre prevaleceu nos Tribunais o entendimento de que, de modo isolado, elementos produzidos na fase investigatória não podem servir de fundamento para um decreto condenatório, sob pena de violação ao preceito constitucional do art. 5º, inciso LV, que assegura aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. De fato, pudesse um decreto condenatório estar lastreado única e exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase investigatória, sem a necessária observância do contraditório e da ampla defesa, haveria flagrante desrespeito ao preceito do art. 5º, LV, da Carta Magna. No entanto,

⁷⁵ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal/Aury Lopes Jr. – 9. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 274.

⁷⁶ “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. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.”

tais elementos podem ser usados de maneira subsidiária, complementando a prova produzida em juízo sob o crivo do contraditório. Como já se manifestou o Supremo, “os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementar outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo”.⁷⁷

Como o inquérito policial é uma peça informativa acaba se tornando dispensável ao processo frente a hipótese de o titular da ação penal já dispor de elementos de informação aptos e capazes de sustentar o oferecimento da peça acusatória.

Ressalta-se que esse caráter de dispensabilidade encontra respaldo na própria legislação infraconstitucional, cita-se, por exemplo, o arts. 12 e 39, §5º, do CPP que, respectivamente, preveem: “Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra” e “Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial. (...) § 5º. O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias”.

O inquérito ainda possui outras características que o distingue do processo, destacam-se a discricionariedade, a ser exercida dentro dos parâmetros legais, uma vez que o encargo recai sobre o delegado, enquanto órgão estatal, de organizar e indicar as diligências conforme as necessidades do caso concreto.⁷⁸ E, para além disso, outra característica peculiar é que a autoridade policial possui o dever de atuar de ofício na hipótese de crime de ação penal pública incondicionada e, mediante

⁷⁷ Lima, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 2. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 109-10.

⁷⁸ “Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter; X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.”

autorização das vítimas, respectivamente, nos crimes de ação pública condicionada à representação e nos crimes de ação penal privada.

O inquérito possui, também, como características peculiares a forma escrita, a ausência de oralidade, o caráter sigiloso, cujo objetivo, de acordo com o art. 20 do Código de Processo Penal, é favorecer a elucidação dos fatos e preservar o investigado de estigmatização social.⁷⁹

Ademais, vigora no inquérito policial, enquanto instrumento da investigação preliminar, a indisponibilidade, justamente por ser um procedimento de ordem pública a autoridade policial não poderá dispor de realizar a persecução penal.

Por fim, com o exposto fica clara a importância da investigação preliminar, pois ela é quem fornece racionalidade para o processo penal, entretanto, o inquérito policial por conta de suas características acaba recebendo críticas relacionadas a sua adequação constitucional e desenvolvimento prático. Diversas problemáticas são apontadas, dentre elas se destacam a essência inquisitorial, a pouca confiabilidade do material colhido na fase pré-processual, a demora excessiva para sua conclusão e, também, a ausência de coordenação entre seus órgãos.

É o que a doutrina, em especial Aury Lopes Jr define como crise do inquérito policial.⁸⁰

2.5.2. Dos poderes do magistrado na investigação criminal

Diferentemente do sistema cível, onde vigora o princípio do dispositivo e são as partes as responsáveis pela produção probatória, no sistema processual penal, tendo em vista a liberdade de locomoção de um acusado, direito indisponível, atribuiu-se ao juiz amplos poderes instrutórios com o objetivo de que esse buscasse a verdade material ou real dos fatos.⁸¹

⁷⁹ “Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes.”

⁸⁰ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal/Aury Lopes Jr. – 9. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 264.

⁸¹ Lima, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 2. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P . 71.

Passou-se então a dizer que o processo penal era regido, dentre outros, pelo princípio da verdade real, todavia, essa incansável busca por uma suposta verdade substancial acabou se tornando a base para a realização da pretensão punitiva estatal. Por muito tempo essa foi a justificativa para a prática de ações arbitrárias e violações de direitos, de modo que a sua valoração superasse a própria proteção do indivíduo.⁸²

todavia, atualmente não é mais aceitável que se discuta a divisão entre verdade formal e material, bem como que se defenda uma verdade absoluta no processo penal, falando-se somente na busca da verdade.⁸³

Desse modo, uma característica do sistema processual brasileiro sempre foi a excessiva atuação probatória do magistrado, o que comprometia a consagração do sistema acusatório e fulminava a imparcialidade no exercício da jurisdição.

Com destaque para a fase investigativa, momento em que sempre ocorreu demasiado ativismo judicial no tramite de inquéritos policiais, tudo respaldado por inúmeros artigos do Código de Processo Penal e legislação especial, dispositivos que autorizavam o juiz a desenvolver uma posição ativa no desenrolar do procedimento administrativo, que, em sua essência, é baseado no sistema inquisitivo.

Para Lopes Jr.:

Sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (enquanto *terzietà* = alheamento). É um imenso prejuízo gerado pelos diversos “pré-juízos” que o julgador faz.⁸⁴

Dentre os poderes investigatórios concedido ao magistrado na fase de investigação preliminar se destaca o art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal, cuja redação, a partir da Lei nº 11.690/08, fortaleceu a atuação probatória do julgador uma vez que possibilitou a produção de provas de ofício por parte do magistrado, mesmo antes da ação penal ser iniciada, violando, assim, o princípio acusatório.

Nas lições de Lopes Jr.:

⁸² Ibidem.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal/Aury Lopes Jr. – 9. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 139.

(...) a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de *atividade*, e o outro, de *inércia*.⁸⁵

É possível, ainda, encontrar no Código de Processo Penal outros dispositivos com disposições semelhantes, cita-se, a título de exemplo, o art. 196 que permite que o juiz proceda, a qualquer momento, a novo interrogatório de ofício e o art. 209 permite que o juiz, quando julgar necessário, ouça outras testemunhas, além das que foram indicadas pelas partes, o §1º do mesmo artigo autoriza, ainda, que se o juiz entender conveniente poderá ouvir também as pessoas indicadas pelas testemunhas.

As leis especiais também possuem dispositivos que permitem que o magistrado exerça poderes investigatórios, cita-se, por exemplo, a Lei nº 9.296/96, que em seu art. 3º possibilita que o juiz determine de ofício a interceptação telefônica durante a investigação criminal, e na mesma linha a Lei nº 7.716/89, em seu art. 20, §3º, possibilita que o magistrado determine, antes de instaurado o inquérito policial, o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo.

Importante observar que todos esses dispositivos constituem e reforçam o modelo de sistema inquisitorial, mitigando os pressupostos do devido processo legal e premissas constitucionais de um processo penal democrático.

Para Rangel, “Em uma estrutura acusatória de processo penal não há espaço para o magistrado se tornar o colhedor da prova, em especial antes de iniciada a ação penal, (...) Colocar o juiz agindo *ex officio* na colheita da prova é contaminar sua (aparente e imaginária) imparcialidade (...)”.⁸⁶

Mediante o exposto, é interessante ainda, com objetivo de reforçar a problemática apresentada, abordar em apartado a possibilidade de instauração de inquérito policial a partir da requisição da autoridade judiciária, assim como da regra de prevenção e suas implicações para a realização do sistema acusatório.

⁸⁵ Ibidem, p. 140.

⁸⁶ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal / Paulo Rangel – 15ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008. P. 460.

2.5.2.1. Da requisição de instauração de inquérito policial

A forma que o inquérito policial será instaurado dependerá da espécie de ação penal, assim, na hipótese de ação penal pública incondicionada, conforme o art. 5º do Código de Processo Penal, o procedimento poderá ser iniciado de ofício pela autoridade policial, ao tomar conhecimento do fato delituoso, podendo também ser instaurado a partir de requisição do Ministério Público, do juiz, de requerimento apresentado pelo ofendido ou seu representante legal.

Apesar de constar no texto legal é evidente que esse dispositivo não possui harmonia com o sistema acusatório presente na Constituição Federal de 1988, uma vez que esse se baseia na separação das funções de acusar, defender e julgar, com efeito, o magistrado ao requisitar tal instauração invade uma função que não lhe pertence e, conseqüentemente, compromete sua imparcialidade.

Nas lições de Renato Brasileiro:

Num sistema acusatório, onde há nítida separação das funções de acusar, defender e julgar (CF, art. 129, I), não se pode permitir que o juiz requirite a instauração de inquérito policial, sob pena de evidente prejuízo a sua imparcialidade. Portanto, deparando-se com informações acerca da prática de ilícito penal, deve o magistrado encaminhá-las ao órgão do Ministério Público, nos exatos termos do art. 40 do CPP. Nessa linha, aliás, o art. 10 do CPPM faz menção apenas à requisição do Ministério Público, deixando de prever a possibilidade de a autoridade judiciária militar determinar a instauração de inquérito policial militar.⁸⁷

A possibilidade do magistrado requisitar a instauração do inquérito é um resquício das chagas inquisitivas que impregnam o processo penal brasileiro, pois, no plano lógico, essa possibilidade permite que o julgador decida e, em seguida, vá em busca de elementos probatórios capazes de corroborar a sua versão, é a possibilidade do juiz desenvolver suas atividades e tomar decisões com base na crença do imaginário. Segundo Lopes Jr., "(...) porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos."⁸⁸ Resta evidente, dessa forma, que o magistrado ao recolher ou determinar a produção de determinada prova acaba antecipando a formação do juízo.

⁸⁷ Lima, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 2. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. P. 123.

⁸⁸ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal/Aury Lopes Jr. – 9. Ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 139.

3. DO JUIZ DE GARANTIAS E A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

3.1. DO CONTEXTO E BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO DA LEI Nº 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME)

O atual sistema processual adotado pelo Brasil tem sua origem no Decreto-lei nº 3.689/41, instituído pelo então presidente Getúlio Vargas, tendo forte influência da legislação italiana de 1930, mais precisamente do *Código Rocco*, instrumento legal de natureza extremante inquisitiva e antigarantista. Por este fato, o processo penal brasileiro sempre foi alvo de críticas oriundas da doutrina especializada.⁸⁹

Com o passar dos anos foram realizadas várias reformas na estrutura processual, algumas pontuais e outras parciais ou setoriais, todavia, nenhuma delas teve o condão de alterar substancialmente o caráter da legislação adequando-a às premissas constitucionais da Constituição de 1988.⁹⁰

Dentre essas diversas reformas do Código de Processo Penal cita-se, como exemplo, a Lei nº 11.690/08 que alterou dispositivos relativos à prova, a Lei nº 11.719/08 que alterou dispositivos relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e outros procedimentos, a Lei nº 12.403/11 que alterou dispositivos relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e outras medidas cautelares, e, também, a Lei nº 13.434/17 que acrescentou o parágrafo único ao art. 292 do código supracitado, cujo o objetivo foi vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante a fase de puerpério imediato.

Evidencia-se, portanto, que as reformas sempre buscaram atender ao contexto dos princípios processuais, como o princípio da eficiência, e também aos de natureza constitucional, como o da dignidade da pessoa humana.

Ainda no contexto do movimento de reforma do Processo Penal brasileiro, o trabalho que mais chama atenção consiste na propositura de um novo diploma legal,

⁸⁹ Lebre, Marcelo. Pacote Anticrime: anotações sobre os impactos penais e processuais. Curitiba: Editora Aprove, 2020. P. 08.

⁹⁰ Ibidem, p. 08.

de forma que fosse apresentado um novo código reformulado e atualizado conforme o sistema consagrado pela Constituição Federal de 1988.

Segundo Marcelo Lebre:

(...) propôs-se a edição de um novo código, reformulado em sua inteireza, a fim de que nele se incluíssem os aspectos necessários para adequação ao sistema constitucional. Neste passo, diversas premissas seriam firmadas, tais como: a criação de um juiz de garantias para fase do inquérito, visando mitigar o tão criticado “efeito confirmatório” de algumas decisões; a separação absoluta das funções de acusar e de julgar, impedindo eventuais iniciativas investigativo-probatórias do magistrado; uma melhor racionalização do sistema de recursos, tornando mais precisa as hipóteses de cabimento, espécies e ritos, de modo a se evitar a utilização indiscriminada do habeas corpus como substituto e, de consequência, promover também uma melhor racionalização destes recursos, otimizando a atuação das cortes revisoras; dentre outras perspectivas.⁹¹

Surge, assim, o Projeto de Lei (PL) nº 156/09, de autoria do então Senador Federal José Sarney, que tramitou no Senado Federal até o ano de 2011, no referido ano foi realizada a remessa com comunicação à Câmara dos Deputados, onde passou a tramitar com outro número de registro, sendo ele o PL nº 8.045/10.⁹²

O trâmite do PL nº 8.045/10 se encontra parado, sendo que o último ato relacionado ao seu procedimento se deu através da presidência da Câmara do Deputados no ano de 2019, com a criação de um Comissão Especial para apresentação de um parecer sobre a viabilidade do projeto de lei em questão.

Com esse contexto, de inúmeras reformas e dificuldade de se discutir uma nova legislação processual, fica claro o desafio e, ao mesmo tempo, a necessidade de se atualizar a legislação brasileira, na mesma linha das reformas globais promovidas por outros países latino-americanos que reconstruíram suas bases político-jurídicas, podendo, também, destacar a própria Itália que reformulou as estruturas processuais na busca de racionalizar e dar mais celeridade ao seu processo penal.⁹³

É nesse cenário de entraves e anseios por atualização na legislação penal e processual penal que surge o Projeto de Lei nº 882/2019 que deu origem ao

⁹¹ Ibidem, p. 08-9.

⁹² **Projeto de Lei nº 8045, de 2010 - Portal da Câmara dos Deputados.** Disponível em: <https://www.google.com/search?q=projeto+do+novo+cpp&og=proj&aqs=chrome.0.69i59j69i57j0i131i433i457j0i402i2j46j0i131i433j0i433.1326j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>; Acesso em: 14/04/2021.

⁹³ Lebre, Marcelo. Pacote Anticrime: anotações sobre os impactos penais e processuais. Curitiba: Editora Aprovare, 2020. P. 09.

denominado Pacote Anticrime, Lei nº 13.964/19, o referido projeto conseguiu, devido as alterações substanciais, desviar o foco de todos os outros projetos e debates.

Conforme Marcelo Lebre:

Inobstante a todos os esforços coletivos, e as complexas discussões travadas até então, referidos projetos – tanto os que propugnavam pela alteração do Código Penal como os que visavam a edição de um novo Código de Processo Penal - foram deixados de lado no ano de 2019, quando um novo projeto de lei, elaborado unilateralmente pelo Ministério da Justiça, foi apresentado ao público: falava-se então do PROJETO ANTICRIME.⁹⁴

O Projeto de Lei nº 882/2019 foi apresentado, pelo então Ministro da Justiça Sergio Fernando Moro, ao Congresso Nacional no dia 04 de fevereiro de 2019, sendo que ao contrário de outros projetos o seu objeto jamais foi a proposição de um novo código, mas, sim, a alteração de vários pontos da atual legislação penal e processual. Tais alterações conseguiram alcançar até mesmo a legislação extravagante, cita-se, por exemplo, a Lei de Crimes Hediondos, Lei de Drogas e a Lei de Execução Penal, e mais outras tantas de suma importância para o combate ao crime no Brasil.

Segundo Renato Brasileiro:

O denominado “Projeto Anticrime” foi apresentado ao Congresso Nacional (...), tendo como principal meta o estabelecimento de medidas que realmente se demonstrassem efetivas contra a corrupção, o crime organizado e os delitos praticados com grave violência à pessoa, (...). Conforme destacado pelo próprio Sérgio Fernando Moro, ex-juiz federal e Ministro da Justiça e Segurança Pública, responsável pela sua apresentação, as alterações legislativas propostas tinham o escopo de fazer frente a essas três vertentes, as quais, em sua visão, são interligadas e interdependentes, pois de nada *adiantaria enfrentar um deles sem que os outros fossem objeto de idênticas medidas.*⁹⁵

O dito projeto resultou, dentre suas várias alterações, em novidades como o confisco alargado de bens, consignado no art. 91-A do Código Penal, e uma nova causa suspensiva da prescrição, consignada no inciso III do art. 116 do Código Penal, dentre outras, todavia, é imperioso ressaltar que outras disposições e institutos que estavam presentes na versão original do projeto do Pacote Anticrime não foram aprovadas, sendo, portanto, retiradas do texto legal.

Ainda no ano de 2019, mais precisamente no mês de março, uma comissão foi criada na Câmara dos Deputados para a análise do Projeto de Lei nº 882/2019, até

⁹⁴ Ibidem, p. 11.

⁹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 – Artigo por Artigo / Renato Brasileiro de Lima – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 19.

então conhecido popularmente como “Projeto Moro”. Durante os trabalhos os deputados decidiram apreciar em paralelo uma proposta alternativa, projeto elaborado no ano de 2018 por um grupo de juristas, dentre eles o então Ministro da Justiça Alexandre de Moraes, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal.⁹⁶

Esse outro projeto apreciado em paralelo era chamado de “Projeto Moraes”, tratando-se do PL nº 10.372/18 na Câmara dos Deputados e PL nº 6.341/19 no Senado Federal, sendo que, dentre suas sugestões, várias inovações foram aprovadas pelo Congresso Nacional, cita-se, por exemplo: o acordo de não persecução penal, consignado no art. 28-A do Código de Processo Penal, a cadeia de custódia das provas, consignada no art. 158-A a 158-F do Código de Processo Penal, e, ainda, um novo limite para o cumprimento de penas privativas de liberdade, sendo ele de 40 anos, constante no art. 75 do Código de Processo Penal.⁹⁷

Durante o trabalho da comissão foi elaborado e apresentado um substitutivo com viés garantista, sendo esse defendido por expressiva maioria do Congresso Nacional. O referido substitutivo extraiu e introduziu no processo penal brasileiro diversos institutos e dispositivos do PL nº 8.045/10, outrora Projeto de Lei do Senado nº 156/09, que trata da proposta de elaboração do novo Código de Processo Penal.

Segundo Renato Brasileiro:

Na contramão do “Projeto Moro” e do “Projeto Moraes”, um substitutivo apresentado por expressiva maioria do Congresso Nacional introduziu diversos dispositivos legais com viés muito mais garantista, extraídos, em sua maioria, do Projeto de Lei n. 8.045/2010 (Projeto de Lei do Senado n. 156/09), destinado à criação de um novo Código de Processo Penal, que até já fora aprovado pelo Senado Federal, mas que ainda aguarda apreciação por uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Comparando-se a redação dos Projetos acima citados e o texto final da Lei n. 13.964/19 aprovado pelo Congresso Nacional, depreende-se que as emendas em questão resultaram na alteração (ou criação) dos seguintes dispositivos legais: **juiz das garantias (CPP, arts. 3º-A a 3º-F)**; descontaminação do julgado (CPP, art. 157, §5º); vedação à decretação de medidas cautelares pessoais de ofício pelo juiz (CPP, art. 282, §§2º e 4º, e 311); audiência de custódia (CPP, art. 310); obrigatoriedade de revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias (CPP, art. 316, parágrafo único), etc. **(Grifo Nosso)**⁹⁸

Percebe-se, assim, que o instituto do juiz das garantias não estava presente na versão original do PL nº 882/19, muito menos no PL nº 10.372/18, tendo em vista a

⁹⁶ Ibidem, p. 19-20.

⁹⁷ Ibidem, p. 20.

⁹⁸ Ibidem, p. 20-1.

natureza punitivista e rigorosa das propostas, sendo incluída por um esforço dos deputados que buscaram institutos em trabalhos que se encontravam parados.

É dessa forma, com amplo debate no Congresso Nacional, que nasce a Lei nº 13.964/19, porém, se o objetivo de toda diploma legal é, em princípio, a criação de dispositivos que sejam minimamente harmônicos e coerentes entre si o Pacote Anticrime toma rumo diverso, pois o embate de forças contrárias no Congresso Nacional durante a fase de tramitação do respectivo projeto de lei resultou na aprovação de uma Lei baseada em preceitos que se contradizem.⁹⁹

Entretanto, apesar dessa aparente e complexa contradição todas as disposições e institutos da Lei 13.964/19 - Pacote Anticrime - merecem atenção e se tornarem objeto de análises e estudos, porque podem contribuir para a atualização do processo penal pátrio, como é o caso do juiz das garantias.

3.2. DO JUIZ DE GARANTIAS

O instituto jurídico do juiz das garantias, ou juiz garante, não foi criado pelo Poder Legislativo brasileiro, outros países como Itália, que possui o *Juiz Das Apurações Preliminares*, a França, que possui o *Juiz Das Liberdades e da Detenção*, a Espanha, que possui o *Juiz Instrutor*, a Alemanha, que possui o *Juiz Investigador*, fazem uso instituto que, apesar do nome, é baseado no mesmo raciocínio e princípio: a existência de dois juízes, um para cada fase do processo, ou seja, um vinculado a investigação preliminar e o outro ao processo, e, conseqüentemente, o julgamento do feito.

No Brasil, o juiz de garantias nasce com a Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como “pacote anticrime”, que foi sancionada em 24 de dezembro de 2019 e começou a vigorar em 23 de janeiro de 2020, esse dispositivo legal introduziu no Código de Processo Penal os artigos 3º-A ao 3º-F.

A inserção desse instituto tem como objetivo a garantia da imparcialidade do magistrado responsável pela instrução e julgamento do feito, pois, como visto, ao ter contato com atos e atividades de natureza investigatória em um contexto sem

⁹⁹ Ibidem, p. 21.

contraditório e ampla defesa o mesmo acaba comprometendo sua imparcialidade e, por consequência, desvirtuando a ideia de um processo penal democrático.

Ocorre que, a partir da sua criação, o do juiz de garantias passou a ser objeto de controvérsias e amplo debate, de um lado se encontram aqueles que defendem o instituto como avanço processual e legislativo e, ainda, como meio de superação do modelo inquisitivo adotado pelo Código de Processo Penal, e do outro lado se encontram aqueles que apontam as impossibilidades práticas e orçamentárias que inviabilizam ou dificultam a implantação do juiz de garantias.

Frente ao imbróglio, a implementação do juiz das garantias encontra-se suspensa por tempo indeterminado, tal decisão foi tomada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, em sede de concessão de Liminar na Medida Cautelar nas Ações Direitas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299 e 6.305. Desse modo, o processo penal segue com o mesmo juiz atuando na fase investigatória e depois na fase processual, acarretando prejuízos aos investigados, réus e ao modelo processual democrático e estrutura acusatória delineados pela Constituição Federal de 1988.

3.2.1. Das noções conceituais

Conforme o art. 3º-B, *caput*, do Código de Processo Penal, dispositivo inserido pela Lei nº 13.964/19, o juiz das garantias é o “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 (...)”.¹⁰⁰

Compreende-se, com a leitura do dispositivo, que se trata de uma outorga exclusiva de competência a um órgão jurisdicional para que esse exerça a função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, ficando, assim, impedido de atuar na fase seguinte, qual seja, a do processo relacionado ao caso penal que lhe foi submetido.¹⁰¹

Com isso, a Lei nº 13.964/19 cria uma competência funcional por fase processual, de forma que a depender da fase da persecução penal em análise a

¹⁰⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Art. 3º-B. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 19/04/2021.

¹⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 – Artigo por Artigo / Renato Brasileiro de Lima – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 103.

competência será de um ou de outro magistrado, sendo que o juiz das garantias atuará da instauração da investigação criminal até o recebimento da denúncia, não atuando na fase seguinte até, em tese, o trânsito em julgado da sentença a ser proferida, reduzindo drasticamente as chances de contaminação subjetiva do juiz da causa.¹⁰²

Segundo Nucci:

(...) criou-se, pela Lei 13.964/2019, a figura do juiz encarregado de fiscalizar as investigações criminais, além de se tornar responsável por tomar decisões de ordem jurisdicional, em nível cautelar. Não se trata de um juiz instrutor, como há em algumas legislações estrangeiras; adotou-se, no Brasil, o juiz fiscalizador, sem qualquer poder instrutório.¹⁰³

O juiz das garantias já era objeto de discussão no projeto do novo código de processo penal, sendo ele um importante instrumento de correção e adequação do processo aos pressupostos constitucionais, uma vez que as funções de investigar, acusar e julgar devem ser separadas.

Para David Metzker:

A lei foi clara ao trazer a estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Agora há uma nítida separação entre o julgador e a acusação, não podendo o julgador fazer as funções da parte. O papel do julgador será de expectador e não de jogador. Esta função caberá às partes.¹⁰⁴

Ressalta-se, ainda, que o juiz de garantias não se confunde com o “juizado de instrução” ou a figura do “juiz instrutor”, pois essas são figuras do sistema inquisitório.

Conforme assevera Lopes Jr.:

Premissa básica é compreender que não estamos falando de “juizado de instrução” ou “juiz instrutor”, pois essa é uma figura arcaica, inquisitória e superada, na qual o juiz tem uma postura ativa, indo atrás da prova de ofício, investigando e decidindo sobre medidas restritivas de direitos fundamentais que ele mesmo determina. Essa é uma figura superada, em que pese ainda vigente na Espanha e na França, por exemplo. Sobre o tema, remetemos o leitor para um longo e profundo estudo que fazemos na obra “Investigação Preliminar no Processo Penal”.¹⁰⁵

Como o objetivo por trás do instituto é justamente revestir o órgão julgador de imparcialidade, vedou-se a atuação probatória do juiz na fase da investigação. Essa

¹⁰² Ibidem, p. 103-4.

¹⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 80.

¹⁰⁴ Metzker, David. Lei Anticrime (Lei 13.964/2019): Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento - Edição Revista e Atualizada / David Metzker. – Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020. P. 36.

¹⁰⁵ Lopes Junior, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 187.

vedação impede que o magistrado aja de ofício na aplicação de qualquer medida, sejam elas cautelares, pessoais ou reais, ou, qualquer ato cuja aplicação seja na fase de investigação preliminar, permanecendo isento e imparcial perante as partes.¹⁰⁶

Segundo Martins Silveira:

“É fácil acompanhar o raciocínio. Não tendo emitido juízo sobre a oportunidade e conveniência de diligências que invadem direitos fundamentais do investigado, tampouco sobre pedidos cautelares, o magistrado entra no processo sem o peso de ter decidido a favor ou contra uma das partes. Não leva consigo o passivo da fase pré-processual. Não tem compromisso pessoal com o que se passou. Não colaborou na identificação das fontes de prova. Não manteve o flagrante nem decretou a prisão preventiva. Não impôs o sequestro de bens. Não autorizou a interceptação de conversas telefônicas nem a infiltração de agentes, etc. etc. Quer dizer, em nenhum momento compartilhou a perspectiva dos órgãos de persecução penal”.¹⁰⁷

O juiz compromete a imparcialidade na sua atuação na medida que, a partir de juízo íntimo, autoriza ou determina a adoção de medidas que atingem direitos fundamentais de indivíduos que estejam sendo investigados ou sejam réus.

Fica evidente então o avanço processual conquistado com a existência de um magistrado com competência exclusiva para a fase investigatória, isso retira do juiz responsável pela instrução e julgamento, segunda fase do processo, qualquer ônus e resquício de parcialidade, evitando também que o mesmo seja contaminado e influenciado por elementos de informação colhidos na fase de investigação preliminar sem a aplicação do contraditório e ampla defesa.

3.2.2. Da Competência e Atuação

A competência do juiz das garantias é delineada pelos incisos e alíneas do art. 3º-B do Código de Processo Penal, tal reserva não é exaustiva, mas trata de atividades e funções que devem ser desempenhadas sem perder de vista as premissas do art. 3º-A do mesmo diploma processual, ou seja, tais competências não podem ser concretizadas de forma que contrarie a estrutura acusatória do processo,

¹⁰⁶ Metzker, David. Lei Anticrime (Lei 13.964/2019): Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento - Edição Revista e Atualizada / David Metzker. – Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020. P. 37.

¹⁰⁷ Silveira, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias, Revista de Informação legislativa nº 183, julho/set 2009. P. 89.

sendo vedadas a iniciativa do juiz na fase investigatória e a substituição da atuação probatória do órgão acusador.¹⁰⁸

Importante ressaltar, ainda, que os arts. 3º-C, D, E e F do CPP em consonância com o artigo supracitado também disciplinam a atuação do juiz das garantias.

Na proposta da Lei 13.964/19, o juiz das garantias não age de ofício, não requisita a abertura de inquérito, nem tampouco solicita diligência de natureza investigativa, assumindo, pois, somente o papel de controle da legalidade da investigação criminal, conservando assim uma atuação imparcial.

Segundo Sanches Cunha:

(...) Daí que os autos do inquérito não chegam a suas mãos, salvo nas hipóteses em que os direitos fundamentais do investigado devam sofrer restrições. Caso contrário, o que se tem é a simples comunicação da abertura do inquérito à instância judicial, já que a tramitação unirá polícia e Ministério Público por uma via de mão dupla.¹⁰⁹

Assim, é de suma importância a análise dos artigos citados, em especial alguns dos incisos do art. 3º-B do Código de Processo Penal, a fim de melhor compreender o instituto e os limites de atuação do magistrado que for investido nessa função.

Assim sendo, passar-se a análise dos incisos do art. 3º-B que mais se destacam.

3.2.2.1. Do Caput do art. 3º-B do Código de Processo Penal

O art. 3º-B, *caput*, do Código de Processo Penal, inovação da Lei nº 13.964/19, é o responsável pela inclusão do juiz das garantias no sistema processual, sendo também o dispositivo que apresenta a função e competência do instituto. Segundo Metzker, “Essa inclusão é fundamental para se alcançar um julgador imparcial. É a materialização do sistema acusatório, (...). Um grande avanço no sistema processual penal brasileiro, que deve ser mantido no nosso ordenamento jurídico”.¹¹⁰

Conforme o dispositivo citado, o juiz das garantias tem como função precípua o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais

¹⁰⁸ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 77.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 77.

¹¹⁰ Metzker, David. Lei Anticrime (Lei 13.964/2019): Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento - Edição Revista e Atualizada / David Metzker. – Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020. P. 38.

que foram submetidos a proteção do Poder Judiciário, consistindo na análise de medidas cautelares, pedidos de busca e apreensão, etc.

Para Lopes Jr.:

O juiz das garantias é o controlador da legalidade da investigação realizada pelo MP e/ou Polícia, na medida em que existem diversas medidas restritivas de direitos fundamentais que exigem uma decisão judicial fundamentada (reserva de jurisdição). Também é fundamental como garantidor da eficácia de direitos fundamentais exercíveis nesta fase, como direito de acesso (contraditório, no seu primeiro momento), defesa (técnica e pessoal), direito a que a defesa produza provas e requeira diligências do seu interesse, enfim, guardião da legalidade e da eficácia das garantias constitucionais que são exigíveis já na fase pré-processual.¹¹¹

Desse modo, o juiz das garantias consagra o sistema acusatório na medida que sua atuação na fase pré-processual alcança somente a fiscalização dos atos relacionados as investigações criminais, deliberando sobre medidas que atingem direitos fundamentais, como o pedido de prisão preventiva e a busca e apreensão.

3.2.2.2. Da Comunicação da Prisão, Auto de Prisão e Direitos do Preso

De acordo com os incisos I, II e III do art. 3º-B do CPP, o juiz das garantias é o competente para receber “a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal” e o “auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código”, assim como “zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo”.

Esses incisos se adequam às garantias constitucionais e legais presentes no ordenamento jurídico, pois o art. 5º, inciso LXII, da Magna Carta de 1988 prevê, além de outros direitos, a comunicação imediata da prisão ao juiz competente, à família do preso ou à pessoa por ele indicada, e, se tratando de prisão em flagrante, o art. 306 do CPP preconiza também a comunicação imediata do Ministério Público.

A partir do recebimento do auto de prisão em flagrante, o juiz das garantias será o responsável pela realização da audiência de custódia, medida que encontra amparo em pactos e tratados internacionais, mais precisamente no art. 7, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos e art. 9, item 3, do Pacto Internacional

¹¹¹ Lopes Junior, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 195.

sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, eis que esses impõem o dever de apresentação do preso a um juiz, permitindo a análise da legalidade da prisão.¹¹²

Até o advento da Lei nº 13.964/19 – Pacote Anticrime – a audiência de custódia era regulada pela Resolução nº 213/15 do Conselho Nacional de Justiça e em normas internas de Tribunais, agora a matéria é regulada pelo art. 310 do CPP, ou seja, por Lei em sentido estrito.¹¹³

3.2.2.3. Da Comunicação Sobre Instauração de Investigação Criminal

Conforme o inciso IV do art. 3º-B, do CPP o juiz das garantias deve ser informado sobre a instauração de investigações criminais, seja da ela da Polícia Judiciária ou do Ministério Público, para que ele exerça o controle da legalidade.

Segundo Lopes Jr.:

A instauração de qualquer investigação preliminar, seja pela polícia (inquérito policial) ou pelo Ministério Público (procedimento investigatório criminal – PIC), deverá ser imediatamente informada ao respectivo juiz das garantias, para que possa exercer sua função de controlador da legalidade. Evita-se, com isso, a abertura de investigações que ficam sem qualquer controle, inclusive de tempo e requisitos formais. Importante sublinhar que o juiz das garantias não investiga, apenas controla a legalidade da investigação.¹¹⁴

O referido inciso reforça a ideia de que o juiz das garantias surge quando os direitos fundamentais do investigado, ou preso, se encontram sob ameaça ou sofrendo limitações, sendo ele o destinatário dos pedidos de diligência, devendo decidir sobre medidas cautelares que interessam a Polícia e Ministério Público.¹¹⁵

Na presente hipótese, o que ocorre de fato é um ato de comunicação à autoridade judiciária referente a abertura de investigação criminal, sendo a tramitação desenvolvida entre a Polícia e o Ministério Público.¹¹⁶

¹¹² CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 78.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Lopes Junior, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 196.

¹¹⁵ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 79.

¹¹⁶ Ibidem.

3.2.2.4. Do Requerimento e Prorrogação da Prisão Provisória

Segundo os incisos V e VI do art. 3º-B, do CPP, o juiz das garantias é o responsável por decidir sobre as medidas cautelares, bem como a sua prorrogação.

Essa disposição inserida pela Lei nº 13.964/19 busca efetivar a garantia da reserva de jurisdição, no que toca as medidas cautelares de natureza pessoal, real ou diversa, conforme o art. 319 do CPP. Dessa forma, cabe agora ao juiz das garantias, a partir de provocação do Ministério Público ou autoridade policial, decretar ou não a segregação cautelar de uma pessoa, por meio de prisão temporária ou cautelar, se preenchidos os requisitos legais e demonstrada a efetiva necessidade da medida.¹¹⁷

Em se tratando de prisão preventiva, a reforma realizada pela Lei nº 12.403/11 já havia consagrado que o juiz, na fase de investigação, dependia de provocação para a decretação de qualquer provisória, ou seja, não se trata de uma inovação legislativa, todavia, a Lei nº 13.964/19, ao consagrar o sistema acusatório, reforça a impossibilidade do magistrado em adotar de ofício qualquer segregação ou outra medida cautelar, mesmo na fase processual, agindo somente com a devida manifestação do órgão interessado.

Entretanto, apesar da impossibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz não ser uma novidade processual, o inciso VI inova ao assegurar ao preso provisório o direito ao contraditório em audiência pública e oral, uma vez que a prisão temporária possui particularidades e se limita a fase de investigação.

Segundo Metzker:

O inciso VI tem uma particularidade na sua parte final que me chamou bastante atenção. É assegurado ao preso provisório, em caso de prorrogação de sua prisão, o contraditório em audiência pública e oral. Esse inciso está relacionado com a prisão temporária, que possui prazo de término e pode ser prorrogada, além da sua aplicação ser exclusiva na fase de investigação. Para que ocorra a prorrogação, deverá ocorrer uma audiência com o juiz das garantias, assegurando o contraditório e, por questões lógicas, a ampla defesa, apesar da falha em não ter sido expressamente citada no inciso.¹¹⁸

¹¹⁷ Lopes Junior, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 197.

¹¹⁸ Metzker, David. Lei Anticrime (Lei 13.964/2019): Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento - Edição Revista e Atualizada / David Metzker. – Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020. P. 39.

Dessa forma, a Lei nº 13.964/19 atribui ao juiz das garantias uma importante missão, pois, ao garantir esse contraditório em audiência pública e oral, ele concretiza sua missão de salvaguardar os direitos fundamentais.

3.2.2.5. Do Requerimento de Produção Antecipada de Provas Urgentes

De acordo com o inciso VII do art. 3º-B, do CPP, o juiz das garantias é o competente para decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, devendo assegurar o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral.

As provas não repetíveis, assim como as produzidas de forma antecipada, se revestem de eficácia probatória não sendo necessário renová-las no curso da ação penal, uma vez que elas foram submetidas ao contraditório diferido.¹¹⁹

É esse o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

“Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, perícias e documentos são provas que não necessitam ser repetidas no curso da ação penal, podendo ser validamente utilizadas para a definição da culpa penal sem violação do art. 155 do Código de Processo Penal” (AgRg no REsp 1.522.716/SE, j. 20/03/2018).¹²⁰

Dessa forma, é importante ressaltar que o dispositivo citado prevê a possibilidade de “decidir sobre requerimento” que verse sobre a produção antecipada de provas, entendendo-se, portanto, que não se admite mais a produção de provas de ofício pelo juiz, o que revoga tacitamente a disposição do art. 156, I, do CPP. Consequentemente, na hipótese de apresentação do sobredito requerimento, para que o juiz das garantias realize audiência pública e oral para produção antecipada de provas, deverá primeiramente analisar a conveniência do pedido, verificando a urgência e se a prova alegada é realmente irrepitível.¹²¹

¹¹⁹ Ibidem, p. 84.

¹²⁰ **Especial: Teses do STJ sobre as provas no processo penal – I (1ª parte)**. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/06/28/especial-teses-stj-sobre-provas-no-processo-penal-parte/>>. Acesso em: 16/04/2021.

¹²¹ Lopes Junior, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 198.

3.2.2.6. Da Prorrogação do Prazo do Inquérito de Investigado Preso

Conforme o inciso VIII do art. 3º-B do CPP, o juiz das garantias é o competente para prorrogar o prazo de duração do inquérito, no caso de investigado preso, a partir das razões apresentadas pela autoridade policial.

Antes das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19, os prazos para conclusão do inquérito policial eram regidos por normas distintas.

Conforme assevera Sanches Cunha:

Antes da Lei nº 13.964/19, o prazo para conclusão do inquérito deveria observar normas distintas, a depender se tramitava na justiça estadual ou federal. Se estadual, aplicava-se o art. 10 do CPP, ou seja, prazo de dez dias quando preso o indiciado (contado da data da prisão) e de trinta dias quando solto, nessa última hipótese admitindo prorrogação (art. 10, § 3º). No caso de inquérito federal, aplicava-se o artigo 66 da Lei nº 5.010/66 (que organizou a Justiça Federal de 1ª instância), que prevê que “o prazo para conclusão do inquérito policial será de quinze dias, quando o indiciado estiver preso, podendo ser prorrogado por mais quinze dias”. O diploma, porém, não aponta prazo para conclusão na hipótese de indiciado solto, razão pela qual incidia a regra geral dos trinta dias, prevista no art. 10 CPP.¹²²

Inicialmente, na hipótese de indiciado preso na justiça estadual, a Lei nº 13.964/19 acabou criando um conflito de normas no CPP, mais precisamente entre as disposições do art. 3º-B, §2º, e o art. 10, uma vez que esse último determina que o inquérito seja concluído em 10 dias, sem prorrogação, todavia, entende-se que deve haver a aplicação do princípio da posteridade, sendo o art. 10 do CPP derrogado.¹²³

Com isso, o §2º, do art. 3º-B, uniformizou os prazos nas esferas estadual e federal, preenchendo uma lacuna, pois antes o ordenamento não previa a possibilidade de prorrogação de inquérito no caso de investigado preso, agora, além da prorrogação, é previsto, ainda, que o investigado deverá ser posto em liberdade caso o inquérito não seja finalizado no prazo legal, um avanço legislativo.¹²⁴

¹²² CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 85.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Metzker, David. Lei Anticrime (Lei 13.964/2019): Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento - Edição Revista e Atualizada / David Metzker. – Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020. P. 40.

3.2.2.7. Do Habeas Corpus Anterior ao Oferecimento da Denúncia

Segundo o inciso XII, do art. 3º-B do CPP, o juiz das garantias é competente para o julgamento do *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia.

O referido dispositivo envolve uma hipótese restrita e limitada, tendo em vista que a depender da autoridade coatora a questão se torna complexa, a doutrina e jurisprudência desenvolvem amplo debate com relação ao ato do Ministério Público.

Segundo Lopes Jr.:

Trata-se de hipótese bastante restrita e limitada, na medida em que o juiz das garantias somente julga o *habeas corpus* impetrado contra ato coator emanado de autoridade policial (ou administrativa similar) que constitua uma coação ilegal, como, por exemplo, a recusa em dar vista do inquérito (ainda que neste caso o melhor caminho processual seja o mandado de segurança, a jurisprudência costuma aceitar o uso do HC) ao investigado; a prática de ato ilegal por parte da autoridade policial; a recusa por parte da autoridade policial em realizar alguma diligência postulada pela defesa, etc. Quando a ilegalidade emanar de membro do Ministério Público, predomina o entendimento (ao menos por ora) de que o HC deve ser impetrado junto ao respectivo Tribunal de Justiça ou Regional Federal, não cabendo ao juiz das garantias essa decisão.¹²⁵

E conforme Sanches Cunha:

Quando a autoridade coatora é o órgão do Ministério Público, formaram-se duas posições a respeito. A primeira de que cabe ao juiz de direito de 1º grau, perante o qual oficia o promotor, julgar o *habeas corpus* (nesse sentido: RT 699/351, 600/331, 515/353, 510/351). (...) Noutro sentido, entende-se que o julgamento está afeto ao respectivo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, caso a violência seja oriunda do Ministério Público Federal (RTJ 164/374), por aplicação do art. 96, inc. III, da Constituição Federal. Assim, se cabe ao Tribunal julgar, por competência originária, crime cometido por promotor de justiça ou procurador do República (competência *ratione personae*), como, por exemplo, de abuso de autoridade, também cumpre a ele o julgamento de remédio heroico impetrado contra ato abusivo do membro do Ministério Público. Prevalece no STF, de forma tranquila, esta última posição (RT 683/388, 651/277; JSTF 215/395, 175/376). Compartilham deste entendimento também o STJ (RT 719/522), e o Tribunal de Justiça de São Paulo (RT 757/550, 714/662) (...).¹²⁶

Dessa forma, entende-se que o juiz das garantias somente é competente para julgar o *habeas corpus* impetrado contra ato coator de autoridade policial ou outra autoridade administrativa semelhante, na hipótese desta realizar um ato manifestamente ilegal como, por exemplo, negar acesso ao inquérito ao investigado e sua defesa, porque se a ilegalidade estiver relacionada a ato de um membro do

¹²⁵ Lopes Junior, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 202-3.

¹²⁶ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 89.

Ministério Público a competência se deslocará para o respectivo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, no caso de ato emanado do Ministério Público Federal.

3.2.2.8. Do Recebimento da Denúncia ou Queixa

De acordo com o inciso XIV, do art. 3º-B do CPP, o juiz das garantias é o competente para decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 do mesmo diploma processual.

Inicialmente é importante frisar o avanço promovido pelo legislador, pois, se a intenção da reforma é garantir a imparcialidade do juiz responsável pelo julgamento do mérito, afastá-lo dos atos de investigação e de recebimento da denúncia é uma excelente iniciativa, porém o dispositivo citado acima permite que o juiz das garantias atue no procedimento até a fase do art. 399 do CPP, momento que exige juízo de prelibação, ou seja, análise de mérito.

Segundo Sanches Cunha:

Percebam que o legislador acabou inserindo entre as competências do juiz das garantias – criado para atuar somente até a viabilidade da acusação – o poder para decidir mérito. Será este mesmo magistrado quem analisará a defesa escrita do denunciado (art. 396-A CPP), bem como o cabimento (ou não) da absolvição sumária (art.397 CPP).¹²⁷

Com isso, a Lei nº 13.964/19 acabou provocando amplo debate com relação ao alcance e interpretação do dispositivo, a fim de adequá-lo ao sistema processual.

Para Metzker:

No inciso XIV, há um equívoco prático não observado pelo legislador. Não obstante no artigo 399 do CPP constar o recebimento da denúncia, a mesma é recebida quando não verificadas as hipóteses de rejeição, previstas no artigo 395 do CPP. Portanto, o recebimento da denúncia se dá antes da citação e resposta acusação e não após. Caso fosse, poderíamos incorrer em uma absolvição sumária (artigo 397 do CPP) antes mesmo de iniciar uma ação penal, o que seria ilógico. **Assim, entendo que onde se lê artigo 399, deve ser lido artigo 395 do CPP.** Caso aplicasse o artigo 399 do CPP, o juiz das garantias seria o responsável pela designação da audiência de instrução processual, sem pauta ou agenda do juiz da instrução, podendo ocorrer muitos conflitos e na prática se tornar inviável. (Grifo Nosso)¹²⁸

Já para Sanches Cunha:

¹²⁷ Ibidem, p. 90.

¹²⁸ Metzker, David. Lei Anticrime (Lei 13.964/2019): Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento - Edição Revista e Atualizada / David Metzker. – Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020. P. 40-1.

E que não se argumente que essa decisão (de mérito) não vincula o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias (art. 3º-C, §2º). Esse argumento não resolve o problema. O reexame conferido ao juiz das instruções é das medidas cautelares apenas. **Logo, onde está escrito “art. 399 deste Código” devemos ler art. 396 do CPP, sob pena de desvirtuamento do sistema.** (Grifo Nosso)¹²⁹

Assim, é perceptível o esforço da doutrina com relação a melhor interpretação do dispositivo, tendo em vista que ele faz expressa referência a atuação do juiz das garantias até momento previsto no art. 399 do CPP, o que, de fato, faz com que ele avance demasiadamente no procedimento.¹³⁰

Ocorre que, apesar da aparente incongruência, é preciso enfatizar o avanço legal no sentido de conservação da imparcialidade do juiz no processo penal, pois não é recomendável que o magistrado responsável pela instrução e julgamento do feito tenha contato com os atos da investigação criminal e receba a denúncia, uma vez que esses atos geram contaminação e influenciam em suas decisões.¹³¹

Nessa perspectiva, a melhor interpretação do dispositivo é aquela que mantenha a decisão referente ao recebimento ou rejeição da denúncia a cargo do juiz das garantias, uma vez que, na ótica do sistema acusatório, o juiz da instrução não deve, em princípio, ter contato com os atos realizados na investigação preliminar.

3.2.2.9. Dos Arts. 3º-C, D, E e F do Código de Processo Penal

Segundo o art. 3º-C do CPP, o juiz das garantias possui competência abrangente alcançando todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo.

Assim, as infrações de menor potencial ofensivo, sendo contravenções e crimes cuja pena máxima não exceda 2 (dois) anos, continuarão sendo submetidas ao juizado especial criminal, conforme a Lei nº 9.099/95, ou seja, permanecerão com um único juiz, não sendo necessário a intervenção do juiz das garantias.

Segundo Lopes Jr.:

¹²⁹ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 90-1.

¹³⁰ Lopes Junior, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 204.

¹³¹ Ibidem.

As infrações penais de menor potencial ofensivo (contravenções e crimes cuja pena máxima não exceda a 2 anos), submetidas ao juizado especial criminal nos termos da Lei n. 9.099/1995, não serão submetidas na fase pré-processual ao juiz das garantias. É uma medida coerente porque tais infrações penais de menor potencial ofensivo sequer podem ser objeto de inquérito policial, havendo apenas a elaboração de um termo circunstanciado. Tampouco haverá prisão temporária, preventiva ou mesmo imposição de prisão em flagrante. Portanto, considerando ainda a celeridade e falta de complexidade dessas questões, não se justifica a intervenção do juiz das garantias, até porque nenhuma intervenção judicial haverá, como regra.¹³²

A exclusão do juiz das garantias na hipótese de infrações penais de menor potencial ofensivo é extremamente coerente, uma vez que o processo desenvolvido perante o juizado especial é orientado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual, elementos, dessa forma, incompatíveis com o referido instituto e sua atuação processual.

O art. 3º-D do CPP, por sua vez, prevê que o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer dos atos previstos nos arts. 4º e 5º do CPP, atos de inquérito ou qualquer investigação preliminar, ficará impedido de funcionar no processo.

O referido dispositivo se adequa ao entendimento consolidado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, desde 1982, que se baseia na ideia de impedimento do magistrado que atua na fase de investigação, se tornando um juiz prevento e de imparcialidade comprometida para a instrução processual.

Conforme assevera Lopes Jr.:

Finalmente está consagrada uma lição de décadas do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (1982 em diante), igualmente por nós invocada há muito tempo: **juiz que atua na fase de investigação preliminar é um juiz prevento, contaminado, que não pode julgar, pois a prevenção é causa de exclusão da competência e não de fixação, como previa o modelo brasileiro. (...) Aqui seria uma prevenção como causa de exclusão da competência, de impedimento de que o mesmo juiz atuasse da investigação ao julgamento.** Feita essa ressalva, não vislumbramos nessa remissão aos arts. 4º e 5º (certa ou errada) um motivo para afastar a incidência do art. 3º-D, ou qualquer justificativa para a não implantação do juiz das garantias. Tampouco prejudica a compreensão de que esse juiz das garantias está impedido de atuar no processo. **Portanto, está estabelecida – corretamente – uma nova causa de impedimento dos juízes que demarca a necessidade do sistema de *double juez*, com a necessidade de dois juízes diferentes.** Um atuará na fase pré-processual, até o recebimento da acusação (art. 399 na nossa sistemática) e outro, com originalidade cognitiva, que ingressará no feito para realizar a instrução e julgar. (Grifo Nosso)¹³³

¹³² Ibidem, p. 208.

¹³³ Ibidem, p. 213-4.

Desse modo, a Lei nº 13.964/19, ao inserir o art. 3º-D no CPP, criou uma causa de impedimento direcionada ao juiz que realizar atos na fase de investigação, eis que esse ficará impedido de atuar na fase processual, reforçando por consequência a atuação do juiz das garantias. Essa é uma alteração substancial que alinha o processo penal brasileiro com o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos na medida que caracteriza a prevenção como causa de exclusão e não de fixação de competência, dando ênfase a imparcialidade e originalidade cognitiva.

Por fim, segundo os arts. 3º-E e 3º-F, ambos do CPP, respectivamente, o juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, e, ainda, deverá assegurar o cumprimento das regras referente ao tratamento dos presos, impedindo o acordo e ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

Por conseguinte, entende-se que o juiz das garantias não é um cargo novo criado pela Lei nº 13.964/19 demandando concurso e carreira específica, mas, sim, uma designação a ser realizada pelos entes através de sua organização judiciária.

Assim, não há usurpação da função de lei de iniciativa submetida aos Tribunais.¹³⁴

Nas lições de Lopes Jr.:

Uma vez implantado, como se dará a escolha do juiz das garantias? Não é um novo “cargo” ou uma nova figura de juiz a exigir um concurso e carreira específica. Nada disso. O juiz das garantias será designado a partir de normas de organização judiciária, entre os juízes estaduais e federais, seguindo as orientações gerais do Conselho Nacional de Justiça.¹³⁵

Essa ressalva da reforma se dá pelo fato de o juiz das garantias deve obediência ao princípio do juiz natural, de forma que a competência prevista no art. 3º-B seja previamente estabelecida em lei evitando, assim, a instauração do juízo de exceção, procedimento vedado pelo art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal de 1988.¹³⁶

¹³⁴ Metzker, David. Lei Anticrime (Lei 13.964/2019): Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento - Edição Revista e Atualizada / David Metzker. – Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020. P. 42.

¹³⁵ Lopes Junior, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 215.

¹³⁶ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 103.

Sanches Cunha assevera que:

(...) o art. 3º-E encerra verdadeira garantia ao cidadão, que tem a certeza de que sua investigação será fiscalizada por um juiz previamente conhecido, cercado de garantias que lhe assegurem a independência e imparcialidade, e não por um juiz especialmente designado para o caso concreto.¹³⁷

Dessa maneira, a alteração realizada pela Lei nº 13.964/19 se tornou pertinente e pontual à luz dos direitos e garantias fundamentais da Magna Carta.

Ademais, conforme a reforma, o juiz das garantias também deve assegurar o respeito a imagem e dignidade do preso, coibindo qualquer espetáculo midiático por parte das autoridades policiais e administrativas.

Segundo Lopes Jr.:

Função importantíssima do juiz das garantias é assegurar o respeito a imagem e dignidade do imputado, esteja ou não submetido à prisão, impedindo os costumeiros espetáculos midiáticos até agora praticados pelas autoridades policiais ou administrativas. Inclusive, constitui crime de abuso de autoridade, nos termos do art. 13 da Lei n. 13.869/2019, a conduta de constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a: I – exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública; II – submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei; III – produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.¹³⁸

Reforça-se a necessidade das autoridade policiais e jurisdicionais de equilibrar a liberdade de imprensa e os direitos fundamentais do preso, de maneira que a divulgação de informações sobre as circunstâncias de crimes, prisões e investigações não atinjam a imagem e dignidade do imputado, esteja ele preso ou solto, pois ambos são direitos fundamentais que devem ser resguardados.¹³⁹

3.3. DO CONTRIBUTO DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA – “QUAL É O ‘PESO’ DA PRIMEIRA IMPRESSÃO?”

A compreensão da inclusão do juiz de garantias no processo brasileiro e, conseqüentemente, a necessidade de conservação da imparcialidade do magistrado

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ Lopes Junior, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 216.

¹³⁹ Ibidem, p. 217.

perpassa pela análise de fenômenos psicológicos, como no caso da denominada Teoria da Dissonância Cognitiva e seus reflexos no campo processual.

3.3.1. Introdução

A Teoria da Dissonância Cognitiva foi proposta por Leon Festinger, professor de psicologia social da Universidade de Oxford, no ano de 1957, por meio de sua obra “*A Theory of Cognitive Dissonance*”, sendo uma pesquisa pioneira na área da psicologia social e muito estudada desde então.

A psicologia social, por sua vez, é a ciência que se dedica ao estudo das influências que incidem em determinadas situações, com enfoque na forma que os indivíduos reagem uns aos outros, caracterizando, assim, um estudo científico de como as pessoas pensam, influenciam e se relacionam umas com as outras.¹⁴⁰

Ela está situada entre a psicologia e a sociologia, porém se comparada apenas com a sociologia a psicologia social se inclina mais para o indivíduo do que para o coletivo e, se comparada com a psicologia da personalidade, a psicologia social se dedica mais a análise e compreensão de como os indivíduos se veem e se influenciam do que necessariamente o estudo da diferença entre eles.¹⁴¹

O ser humano, por conta de suas peculiaridades, é um ser que vive a experiência da busca de um estado de coerência interna, isso faz com que os indivíduos busquem ser coerentes em atitudes, crenças, comportamentos e decisões tornando, por consequência, a coerência (leia-se consonância) uma regra e, opostamente, a incoerência (leia-se dissonância) uma exceção.

Segundo Festinger:

Tem sido frequentemente sugerido e até assinalado, por vezes, que o indivíduo esforça-se por realizar um estado de coerência consigo mesmo. A tendência de suas opiniões e atitudes, por exemplo, é para existirem em grupos internamente coerentes. É possível encontrar exceções, sem dúvida. Uma pessoa é capaz de pensar que os negros são tão bons quantos os brancos, mas não gostaria de ter famílias negras residindo em seu bairro; (...) quando se verifica a existência de tais incongruências, estas podem ser muito notórias e até dramáticas, mas se captam o nosso interesse é, sobretudo, porque se situam em acentuado contraste com um fundo de coerência. (...)

¹⁴⁰ MYERS, David G. Psicologia Social. 10ª ed. Trad. de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: AMGH Editora, 2014, p. 28.

¹⁴¹ Ibidem.

Estudos sobre estudos tem assinalado e descrito a existência na pessoa dessa coerência entre atitudes políticas, atitudes sociais e muitas outras.¹⁴²

Dessa forma, Festinger se dedicou ao estudo da tensão gerada pelo conflito entre crenças e convicções e as práticas do indivíduo.

Para tanto o pesquisador observou as exceções a determinados comportamentos que, em tese, se apresentam como coerentes citando, como exemplo, o indivíduo que fuma mesmo sabendo que o cigarro é prejudicial à saúde.

Como a coerência é tida como uma regra dificilmente o fumante irá aceitar a incoerência, em via contrária ele investirá esforço no sentido de racionalizar o ato de fumar tornando-o coerente com suas convicções sobre o fumo.

Conforme Festinger:

(...) O que atrai a nossa atenção, repetimos, são as exceções a um comportamento que, em todos os outros aspectos, se apresenta coerente. Uma pessoa pode saber que o cigarro é-lhe nocivo e no entanto continuar a fumar (...) sendo ponto assente que a coerência é a coisa usual (quicá excessivamente usual) que dizer daquelas exceções que nos acodem à mente com tanta presteza? Só raras vezes – ou nunca – são aceitas como incoerências pelas pessoas em questão. O mais comum é fazerem-se tentativas para racionalizá-las, com maior ou menor êxito. (...) Assim, continuar a fumar é, em última análise, coerente com as suas ideias sobre o fumo.¹⁴³

Ocorre que nem sempre o indivíduo é exitoso no processo de racionalização, bem como não encontra explicações capazes de eliminar as incoerências internas, sendo diversas as razões que podem conduzir ao fracasso as tentativas de atingir a coerência interna, de modo que, apesar do esforço, a incoerência permanece existindo e gerando, como resultado, o desconforto psicológico.¹⁴⁴

Em vista disso, Festinger em seu trabalho apresenta duas hipóteses para a compreensão da dissonância e seus efeitos psicológicos.

Na primeira hipótese, “A existência da dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância”.¹⁴⁵

¹⁴² FESTINGER, Leon. Teoria da dissonância cognitiva. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 11.

¹⁴³ Ibidem, p. 11-2.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 12.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 12.

Na segunda hipótese, “Quando a dissonância está presente, a pessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância.”¹⁴⁶

Com isso, a dissonância cognitiva – choque entre cognições – acaba se caracterizando como um fator determinante, um elemento que conduz a uma ação orientada com fim de reduzi-la, da mesma forma que a sede e a fome orientam o indivíduo para atividades no sentido de redução, respectivamente, da sede e fome.

Conforme Festinger:

Em resumo, proponho que a dissonância, isto é, a existência de relações discordantes entre cognições, é um fator determinante *per se*. Pole termo cognição, aqui e no restante do livro, entendo qualquer conhecimento, opinião ou convicção sobre o meio ambiente, sobre nós próprios ou o nosso comportamento. **A dissonância cognitiva pode ser considerada uma condição antecedente que leva à atividade orientada para a redução de dissonância, tal como a fome conduz à atividade orientada no sentido de redução da fome.**¹⁴⁷ (Grifo Nosso)

A teoria então foi desenvolvida de forma que evidenciasse o processo onde o indivíduo modifica, delimita ou ajusta o seu comportamento com o propósito de conservar a coerência entre suas cognições ou crenças em conflito diminuindo, assim, a tensão psíquica geradora de angustia ou incômodo, tal qual o exemplo citado acima onde a fome orienta o indivíduo para a realização de atividades capazes de reduzi-la.

Com isso, Festinger demonstrou que o processo de eliminação ou diminuição da dissonância cognitiva consiste mais na mudança de atitudes do que superação de crenças e opiniões por parte do indivíduo.¹⁴⁸

O indivíduo com choque de cognições buscará, seletivamente, informações que se adequem à sua crença, à primeira ação ou decisão.

Para compreender a dinâmica desse processo é utilizado o exemplo da pessoa que, enquanto fumante habitual, é alertada sobre os efeitos prejudiciais do cigarro para a saúde:

(...) Esse conhecimento é certamente dissonante com a cognição de que continua a fumar. Se estiver certa a hipótese de que haverá pressões para reduzir essa dissonância, o que se esperaria que essa pessoa faça? 1. Ela poderá simplesmente mudar a sua cognição sobre o seu comportamento modificando as suas ações; isto é, poderá deixar de fumar. Se já não fuma

¹⁴⁶ Ibidem, p. 12.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 13.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 70-80.

mais, então a sua cognição do que faz é consonante com o seu conhecimento de que o fumo é nocivo à saúde. 2. Ela poderá mudar os seus “conhecimentos” sobre os efeitos do fumo. Isso parece ser uma forma algo peculiar de expressá-lo, mas traduz perfeitamente o que deve acontecer. A pessoa talvez acabe por acreditar, simplesmente, que o fumo não tem quaisquer efeitos deletérios ou por adquirir tantos “conhecimentos” sobre os bons efeitos do fumo que os aspectos nocivos tornar-se-ão desprezíveis. Se conseguir mudar o seu conhecimento de uma ou outra dessas maneiras, terá reduzido, ou mesmo eliminado, a dissonância entre o que faz e o que sabe.¹⁴⁹

O indivíduo frente a dissonância cognitiva, e seu desconforto gerado, pode distorcer argumentos na busca de uma consistência e coerência interna de suas cognições em conflito, podendo, ainda, ignorar esses elementos cognitivos dissonantes, bem como selecionar e adicionar mais informações e elementos consonantes que justifiquem suas atitudes e ações.

Na busca pela retomada ou conservação da coerência entre suas cognições ele realizará uma série de processos cognitivos-comportamentais, todos orientados para a defesa das suas cognições internas e prévias.

Segundo Lima:

Dentre esses processos, merecem destaque, dentre outros, os seguintes: **a) desvalorização de elementos cognitivos dissonantes (efeito inércia ou perseverança):** por meio desse processo, o indivíduo, voluntária ou involuntariamente, desvaloriza o valor dos elementos cognitivos dissonantes, retornando, assim, a consonância cognitiva. No exemplo daquele indivíduo que tem o hábito de fumar, este, ao tomar conhecimento de estudos científicos que comprovam os efeitos nocivos da nicotina, procura desvalorizar o mérito da pesquisa sob o argumento de que seus dados seriam frágeis, ou que, na verdade, o cigarro por ele utilizado teria baixo teor de nicotina, etc.; **b) busca voluntária por informações consonantes com a cognição pré-existente (ou busca seletiva de informações):** ante a dissonância, e com o objetivo de retornar sua coerência cognitiva interior, o indivíduo tem a tendência de buscar novos conhecimentos que sejam consonantes com seus elementos cognitivos contrariados. É dizer, há um impulso de sua parte no sentido de procurar informações que preponderantemente confirmem suas hipóteses prévias. No exemplo daquele sujeito que queria comprar um veículo automotor estando em dúvida entre dois modelos, uma vez feita a escolha, o comprador naturalmente passaria a se interessar por informações que explorassem as virtudes do carro que ele havia comprado, o que, em tese, teria o condão de reduzir a dissonância produzida pelos elementos cognitivos favoráveis ao outro veículo; **c) evitação ativa do aumento de elementos cognitivos dissonantes:** levando-se em conta que há uma pressão interna para fins de se eliminar (ou reduzir) a dissonância cognitiva, parece natural que, paralelamente a isso, surja um processo voluntário (ou involuntário) de evitação do seu aumento, consubstanciado na fuga ativa de contato com elementos possivelmente dissonantes. Assim, valendo-se ainda do exemplo da compra do carro acima citado, tão logo feita a escolha, o indivíduo procuraria evitar o contato

¹⁴⁹ Ibidem, p 15.

informações que demonstrassem que o veículo preterido era melhor do que aquele por ele comprado.¹⁵⁰ (Grifo do Autor)

Em resumo, o indivíduo buscará o alinhamento de suas ações e atitudes conforme as suas crenças e comportamentos prévios, de forma a conservar a coerência e justificativa de seus atos, escolhas e decisões.

Passar-se-á agora ao estudo dos reflexos da dissonância cognitiva no campo do processo penal, mais precisamente sua influência na tomada de decisão do magistrado que participa da investigação preliminar ou, ainda, que determina de ofício a realização de um ato com fins investigatórios ou de garantia do processo.

3.3.2. A Dissonância Cognitiva e o Processo Penal: contributo para a necessidade do juiz das garantias.

A teoria da dissonância cognitiva permite a discussão acerca da participação do juiz na fase de investigação preliminar, e em que medida essa participação comprometeria a sua imparcialidade para julgamento no processo tendo em vista a inclinação natural do ser humano de se manter coerente com ações, decisões e crenças com o fim de evitar os efeitos da dissonância.

Segundo Lima:

Compreendida a teoria da dissonância cognitiva, discute-se, então, até que ponto a tomada de decisão por parte do juiz na fase investigatória da persecução penal, por exemplo, decretando medidas cautelares pessoais, reais ou probatórias (v. g., prisão preventiva, sequestro, interceptação telefônica), teria (ou não) o condão de colocar em risco sua imparcialidade para o processo e julgamento daquele mesmo caso penal, diante dessa tendência involuntária do indivíduo de manutenção/confirmação de uma decisão por ele anteriormente tomada, a fim de se evitar a incidência de dissonância cognitiva.¹⁵¹

Frente a essa questão, o jurista alemão Bernd Schunemann, em obra publicada no Brasil, desenvolveu uma pesquisa intitulada *“O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental”*, onde buscou compreender os efeitos gerados pelo contato do magistrado com as informações coletadas na investigação preliminar.

¹⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 – Artigo por Artigo / Renato Brasileiro de Lima – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 116.

¹⁵¹ Ibidem, p. 117.

Conforme Lima:

A questão foi abordada na pesquisa de Bernd Schunemann, publicada no Brasil na obra “Estudos de direito penal, direito processual e filosofia do direito”, coordenada por Luis Greco, sob o Título “O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental”. O jurista alemão pretende, em seu estudo, responder se o conhecimento do magistrado acerca da investigação preliminar não acaba impedindo o processamento adequado das circunstâncias e provas do fato em apuração, eis que o mesmo acabaria ficando vinculado, ainda que involuntariamente, à rota traçada pelos agentes estatais responsáveis pela investigação.¹⁵²

A pesquisa se baseou na teoria da dissonância cognitiva e dois processos cognitivos-comportamentais que dela decorrem, resultantes da tensão e desequilíbrio entre cognições, sendo eles a valorização de hipóteses pré-concebidas, intitulado de efeito inércia ou perseverança, e, também, a busca seletiva de informações que corroborem cognições prévias ou, caso contrariem, sejam de fácil refutação gerando também um efeito confirmador, intitulado de busca seletiva de informações.¹⁵³

A referida teoria foi importada para o campo do processo penal com o objetivo de analisar e compreender a atuação do juiz até o momento de formação da sua decisão definitiva, uma vez que ele sempre estará lidando com teses, elementos e informações antagônicas e incompatíveis, pois de um lado estará a acusação e do outro a defesa, sendo certo que a sua decisão sempre desagradará uma delas.¹⁵⁴

O juiz reconstrói mentalmente as circunstâncias dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, sendo que, para recebê-la, torna-se inevitável a formulação do pré-julgamento, fato que se agrava quando o magistrado já se manifestou em momento anterior decretando medidas cautelares.¹⁵⁵

Schunemann assevera que, com relação ao pré-julgamento, “tendencialmente o juiz a ela se apegará (a imagem já construída) de modo que ele tentará confirmá-la na audiência (instrução), isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes”.¹⁵⁶

Na visão de Lima:

¹⁵² Ibidem, p. 117.

¹⁵³ Ibidem, p. 117.

¹⁵⁴ Lopes Junior, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 100.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ SCHUNEMANN, 2013 apud LOPES JR., 2020, P. 100.

O autor questiona até que ponto o contato do magistrado com os autos de um procedimento investigatório seria (ou não) capaz de fixar, em sua psique, uma imagem unilateral e tendenciosa do caso penal, capaz de lhe fechar as portas para outras possibilidades, eis que, uma vez preso à tal versão, buscaria a todo custo comprová-la no processo, colocando em risco sua imparcialidade, ao que conclui (i) que é muito mais comum a superveniência de decisões condenatórias quando o juiz toma conhecimento prévio dos autos da investigação preliminar, (ii) que o armazenamento correto de informações que contrariam o teor dos elementos investigatórios, produzidos, porém, em juízo é extremamente precário, e (iii) que as perguntas formuladas na audiência de instrução geralmente são feitas apenas para confirmar um conhecimento prévio, baseado no inquérito policial, e não para apreender novas informações.¹⁵⁷

Schunemann demonstrou, a partir de processos analisados durante a pesquisa, que o juiz, ao receber a denúncia e proceder logo em seguida a instrução do feito, passa a ocupar a parte da acusação frente ao acusado que nega os fatos, ficando, conseqüentemente, impedido de realizar um julgamento imparcial e processar de forma adequada as informações e fatos que compõe o processo.¹⁵⁸

Ou seja, o contato preliminar com informações incriminadoras através da denúncia gera uma contaminação na atuação do juiz, de forma que ao confrontá-las com a versão do acusado surgirá os efeitos da dissonância.

Haverá, também, dissonância quando o julgador em sede de cognição sumária, analisando uma medida de urgência, entender cabível o direito alegado, porém, em sede de cognição exauriente, verificar a inexistência do direito outrora citado. Tal situação, mesmo que seja baseada apenas no juízo de probabilidade, promoverá no magistrado o desconforto por ter reconhecido a razoabilidade de algo inexistente.¹⁵⁹

Nesse caso, o juiz que na fase da investigação preliminar, ao entender que estão presentes os pressupostos – prova da materialidade e indícios de autoria – e um dos fundamentos da prisão preventiva, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, vem a decretar a segregação cautelar de um acusado, tenderá a sentir desconforto ou angústia para admitir em momento posterior que a conduta era atípica ou, ainda, que os indícios justificadores da medida cautelar não permitem a condenação em decorrência de sua fragilidade.¹⁶⁰

¹⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 – Artigo por Artigo / Renato Brasileiro de Lima – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 118.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada de decisão judicial criminal. Rev. Bras. De Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1651-1677, set.-dez. 2019. P. 1660.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 1660-1.

Em outro contexto, o magistrado que deferir a adoção de medidas cautelares que atingem garantias fundamentais, como no caso da interceptação telefônica e da quebra de sigilo bancário/fiscal, se mostrará mais inclinado ao recebimento da denúncia relacionada aos fatos investigados, considerando-se a admissão em momento anterior do emprego das medidas invasivas de investigação, será difícil ele não entender presentes elementos suficientes para o início da ação penal.¹⁶¹

Nos exemplos em análise, o magistrado, à luz da teoria da dissonância cognitiva, ficará apegado à crença ou cognição anterior, de modo que irá praticar atos ou expressar ideias que condizem com seu pensamento no propósito de combater a tensão gerada pelas cognições em conflito, podendo, ainda, adicionar informações, ajustar sua compreensão e agir de acordo com o seu entendimento prévio buscando manter a coerência e consistência em seus atos e preservar sua autoimagem.¹⁶²

Dessa forma a dissonância cognitiva produz o efeito perseverança ou processo de autoafirmação, pois o julgador estará buscando seletivamente informações.

Segundo Schunemann:

O efeito perseverança ou inércia ou mecanismo de autoafirmação da hipótese preestabelecida faz com que as informações, previamente consideradas corretas à ratificação da hipótese preconcebida, sejam sistematicamente superestimadas, enquanto que as informações dissonantes sejam sistematicamente subavaliadas. Já o princípio da busca seletiva de informações favorece a ratificação da hipótese originária que tenha sido, na autocompreensão individual, aceita pelo menos uma vez. Isso ocorre pelo condicionamento da busca à obtenção de informações que confirmem a concepção, o que pode se dar tanto pela coleta de informações em consonância com a hipótese, quanto pela de informações dissonantes facilmente refutáveis (...).¹⁶³

O juiz ao participar ativamente e selecionar informações da investigação preliminar não conseguirá, durante a instrução processual, absorver as teses e conteúdos defensivos apresentados pela defesa, em vista de já ter tido contato e armazenado informações incriminadoras que foram colhidas na investigação.

¹⁶¹ Ibidem, p. 1661.

¹⁶² Ibidem, p. 1665.

¹⁶³ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Revista Liberdades, São Paulo, n. 11, set./dez. 2012, p. 35.

Tudo que contrariar os pressupostos da fase inquisitorial será tratado como informação dissonante sendo, portanto, menosprezado porque ele já estará viciado com a imagem e o conteúdo presentes nos autos do procedimento investigatório.

Nessa dinâmica o magistrado passa a ser orientado pelo viés da acusação e ponderação do promotor de justiça, sendo esse último tratado como o indivíduo relevante no processo face ao advogado de defesa ou defensor público, o que também gera por consequência o denominado “efeito aliança”.

Lopes jr., com base nas análises de Schunemann, ressalta que:

Conforme as pesquisas empíricas do autor, “os juízes dotados de conhecimentos dos autos (a investigação) não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo” presente na instrução, porque eles só apreendiam e armazenavam as informações incriminadoras que confirmavam o que estava na investigação. “O juiz tendencialmente apega-se à imagem do ato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes desta imagem inicial são não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas.” O quadro mental é agravado pelo chamado “efeito aliança”, onde o juiz tendencialmente se orienta pela avaliação realizada pelo promotor. O juiz “vê não no advogado criminalista, mas apenas no promotor, a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação”. Inclusive, aponta a pesquisa, o “efeito atenção” diminui drasticamente tão logo o juiz termine sua inquirição e a defesa inicie suas perguntas, a ponto de serem completamente desprezadas na sentença as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas do advogado de defesa.¹⁶⁴

Cria-se, com isso, um contexto onde o processo penal é desestruturado prejudicando o indivíduo, pois os papéis são invertidos de maneira que a defesa se vê na obrigação de comprovar eventual incorreção ou erro da acusação e denúncia ou, ainda, da investigação realizada por agentes estatais.

Segundo Lopes Jr.:

Tudo isso acaba por constituir um “caldo cultural” onde o princípio do in dubio pro reo acaba sendo virado de ponta cabeça – na expressão de SCHÜNEMANN – pois o advogado vê-se incumbido de provar a incorreção da denúncia! Entre as conclusões de SCHÜNEMANN, encontra-se a impactante constatação de que o juiz é “um terceiro inconscientemente manipulado pelos autos da investigação preliminar”.¹⁶⁵

Em vista disso, e considerando que a atuação de ofício e a acumulação de funções por parte do magistrado coloca em risco sua imparcialidade, se torna imperioso a intervenção na atuação juiz a fim de se garantir um processo democrático.

¹⁶⁴ Lopes Junior, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. P. 102.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 102.

Ao analisar os estudos de Schunemann e comparar com o contexto do processo brasileiro, Lopes Jr. destaca que:

a) é uma ameaça real e grave para a imparcialidade a atuação de ofício do juiz, especialmente em relação à gestão e iniciativa da prova (ativismo probatório do juiz) e à decretação (de ofício) de medidas restritivas de direitos fundamentais (prisões cautelares, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico etc.), tanto na fase pré-processual como na processual (referente à imparcialidade, nenhuma diferença existe com relação a qual momento ocorra); b) é uma ameaça real e grave para a imparcialidade o fato de o mesmo juiz receber a acusação e depois, instruir e julgar o feito; c) precisamos da figura do juiz das garantias, que não se confunde com o “juizado de instrução”, sendo responsável pelas decisões acerca de medidas restritivas de direitos fundamentais requeridas pelo investigador (polícia ou MP) e que ao final recebe ou rejeita a denúncia; d) é imprescindível a exclusão física dos autos do inquérito, permanecendo apenas as provas cautelares ou técnicas irrepetíveis, para evitar a contaminação e o efeito perseverança (como finalmente consagrado no art. 3º-C, § 3º do CPP infelizmente suspenso pela decisão do Min. FUX anteriormente referida).¹⁶⁶

Desse modo, a teoria da dissonância cognitiva constitui forte base científica para justificar as alterações e inovações da Lei nº 13.964/19 – “Pacote Anticrime” – relacionadas a atuação do órgão julgador, uma vez que se dedicam a correção do viés inquisitorial da legislação brasileira, em especial o Código de Processo Penal, diminuindo os riscos a imparcialidade na função jurisdicional e ao sistema acusatório.

As alterações não se limitam apenas à vedação da iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, conforme o art. 3º-A do CPP, mas também pela introdução do juiz das garantias no sistema processual pátrio ficando ele, doravante, responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e salvaguarda de direitos individuais, conforme o art. 3º-B, *caput*, do CPP, o qual ficará impedido de atuar na fase seguinte do processo, conforme o art. 3º-D, *caput*, do CPP, assim como o juiz da instrução e julgamento ficará impedido de ter contato com os atos investigatórios, nos moldes do art. 3º-C, §3º, do CPP.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 102.

CONCLUSÃO

O atual código de Processo Penal, datado de 1941, inspirado em normativas de natureza inquisitiva concedeu ao magistrado um conjunto de poderes investigatórios e instrutórios, comprometendo, conseqüentemente, a sua imparcialidade e os direitos de investigados e réus submetidos ao seu julgamento.

Em contrapartida, a ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988, baseada nos movimentos humanistas e na dignidade da pessoa humana, consagra um sistema acusatório fundamentado na separação das funções processuais e ausência do juiz na gestão da prova.

Apesar de passados mais de 30 anos desde a promulgação da Magna Carta de 1988, a coexistência de sistemas processuais incompatíveis sempre foi um fato que chamou atenção, isso porque na prática sempre foi comum a aplicação de dispositivos que autorizavam o magistrado a assumir uma atuação inquisitiva violando, assim, os pressupostos constitucionais para um processo justo.

O inquérito policial, procedimento essencialmente inquisitorial, sempre foi marcado pela atuação excessiva do juiz, o qual, por conseguinte, assumia um comportamento investigativo que maculava seu julgamento a partir do contato com elementos informativos produzidos sem contraditório e ampla defesa.

O Código de Processo Penal, ao conter dispositivos que autorizavam a produção de provas de ofício pelo juiz, inclusive antes do início da ação penal, assim como a possibilidade de decidir sobre prisões cautelares e de requisitar a instauração de inquérito policial, violava claramente o princípio da imparcialidade do magistrado.

Isso porque o magistrado ao atuar na fase pré-processual, decidindo sobre questões que atingem direitos fundamentais, entrava no processo viciado e sob o ônus de ter decidido em desfavor de uma parte frente a outra.

A incongruência da legislação sempre demandou uma releitura com o fim de adequá-la ao sistema acusatório e demais garantias constitucionais.

Surge assim a Lei nº 13.964/19 que, dentre as suas diversas alterações e inovações, trouxe elementos capazes de corrigir questões pertinentes.

O estudo buscou então analisar o instituto do juiz das garantias, introduzido pela Lei nº 13.964/19, seus efeitos práticos no controle da imparcialidade do magistrado,

e, também, a necessidade de sua inclusão no ordenamento com base na teoria da dissonância cognitiva, elaborada por Leon Festinger, em 1957.

Primeiramente, apresentou-se a evolução histórica dos sistemas processuais clássicos e a forma de atuação do magistrado, inclusive no contexto brasileiro, o que possibilitou a compreensão de que os sistemas são frutos do contexto social.

Em seguida, salientou-se as questões pertinentes ao desenvolvimento da atuação jurisdicional, bem como as regras relacionadas a defesa da imparcialidade processual, sendo elas a suspeição, impedimento e incompatibilidade, em contraste com as peculiaridades da investigação preliminar e os poderes conferidos ao juiz pelo Código de Processo Penal e legislação extravagante. As análises, por sua vez, permitiram averiguar que apesar da legislação dispor de dispositivos que buscam excluir o julgador viciado do processo ela também autorizava, antes da Lei nº 13.964/19, a realização de atos de natureza inquisitória pelo magistrado.

Por fim, analisou-se o contexto e o breve histórico da Lei nº 13.964/19, Pacote Anticrime, assim com o instituto do juiz das garantias, sua conceituação, competência e questões práticas, a fim de verificar sua repercussão no processo penal, inclusive a importância de sua inclusão a partir da teoria da dissonância cognitiva, de modo a contribuir no debate acerca da necessidade de sua recepção e aplicação tendo em vista os prejuízos gerados pelo contato do juiz da instrução e julgamento com os elementos colhidos na investigação preliminar sem contraditório e ampla defesa.

Nesse contexto, os resultados alcançados permitiram concluir que o juiz das garantias é um instituto alinhado com os pressupostos constitucionais, sendo capaz de complementar as questões previstas no texto constitucional, na medida que corrige o vício na estrutura processual da legislação em vigor, com características inquisitivas, contribuindo para o desenvolvimento de um processo penal mais justo e realizado por um órgão imparcial, assim como resguarda as garantias fundamentais de investigados e réus. O juiz das garantias é, pois, com base na teoria da dissonância cognitiva, um notório avanço para o ordenamento jurídico e pleno desenvolvimento do sistema acusatório, posto que os processos psicológicos podem corromper o julgador.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Rosmar Rodrigues. TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 8ª ed. revista, ampliada e atualizada. – Salvador : Jus Podivm, 2013.
- ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada de decisão judicial criminal. Rev. Bras. De Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1651-1677, set.-dez. 2019.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Art. 3º-B. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 19/04/2021.
- CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP / Rogério Sanches Cunha – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- Especial: Teses do STJ sobre as provas no processo penal – I (1ª parte).**
Disponível em: <
<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/06/28/especial-teses-stj-sobre-provas-no-processo-penal-parte/>>. Acesso em: 16/04/2021.
- FESTINGER, Leon. Teoria da dissonância cognitiva. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.
- LEI nº 13.964/2019, artigo 3º; Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 10/03/2021.
- LEBRE, Marcelo. Pacote Anticrime: anotações sobre os impactos penais e processuais. Curitiba: Editora Aprovare, 2020.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal / Renato Brasileiro de Lima. – Niterói, RJ: Impetus, 2013.
- Lima, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
- LOPES JR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2020.
- LOPES JR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.
- Lopes Jr., Aury. Direito Processual Penal/Aury Lopes Jr. – 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- METZKER, David. Lei Anticrime (Lei 13.964/2019): Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento / David Metzker. – Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020.
- MYERS, David G. Psicologia Social. 10ª ed. Trad. de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: AMGH Editora, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal / Eugênio Pacelli. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

Projeto de Lei nº 8045, de 2010 - Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <

<https://www.google.com/search?q=projeto+do+novo+cpp&oq=proj&aqs=chrome.0.69i59j69i57j0i131i433i457j0i402l2j46j0i131i433j0i433.1326j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8> > Acesso em: 14/04/2021.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias, Revista de Informação legislativa nº 183, julho/set 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Revista Liberdades, São Paulo, n. 11, set./dez. 2012

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, Volume I / Fernando da Costa Tourinho Filho – 34ª ed. rev. e de acordo com a Lei nº 12.403/2011 – São Paulo : Saraiva, 2012.