



PEDRO BRUZZI RIBEIRO CARDOSO

Juiz das Garantias: Uma proposta de análise.

Dissertação de Mestrado

Departamento de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Rio de Janeiro,
Junho de 2022.



PEDRO BRUZZI RIBEIRO CARDOSO

JUIZ DAS GARANTIAS: Uma proposta de análise.

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito do Centro de Ciências Sociais da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Orientador: Prof.. João Ricardo Wanderley Dornelles

Rio de Janeiro,
Junho de 2022.



PEDRO BRUZZI RIBEIRO CARDOSO

JUIZ DAS GARANTIAS: Uma proposta de análise.

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de
Pós-Graduação em Direito, do Departamento de
Direito da PUC-Rio.

Prof. João Ricardo Wanderley Dornelles

Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho

UNESC

Profª. Victória-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

Departamento de Direito – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 14 de junho de 2022

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho, é proibida sem a autorização da universidade, do autor e do orientador.

Pedro Bruzzi Ribeiro Cardoso

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2019). Possui Curso de Extensão em Compliance pela Coordenação Central de Extensão (CCE) da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2019)

Ficha Catalográfica

Cardoso, Pedro Bruzzi Ribeiro

Juiz das Garantias : uma proposta de análise / Pedro Bruzzi Ribeiro Cardoso ; orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles – 2022.

111 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2022.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Sistema acusatório. 3. Princípio da imparcialidade. 4. Juiz das garantias. 5. Processo penal. I. Dornelles, João Ricardo Wanderley. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

Ao meu orientador professor João Dornelles, pelo estímulo e parceria durante a realização do trabalho.

À PUC-Rio pelo auxílio concedido, sem o qual este trabalho não poderia ser realizado.

À minha família, por toda atenção, apoio e suporte nos momentos difíceis.

A todos que, direta ou indiretamente, ajudaram na realização deste trabalho.

RESUMO

Cardoso, Pedro Bruzzi Ribeiro; Dornelles, João Ricardo Wanderley. **Juiz das Garantias: uma proposta de análise**. Rio de Janeiro, 2022. 111p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A presente dissertação visa abordar aspectos sobre a figura do juiz das garantias instituído pela Lei nº 13.964/19, de modo a analisar não somente a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, como também analisar a sobredita figura sob um prisma da teoria da tomada de decisão, para compreender se a separação entre o juiz que atuou na fase preliminar do juiz que atuará na fase de conhecimento atende à necessidade de que o julgador possua a devida abertura cognitiva para apreciar as teses defensivas apresentadas na fase processual. Sem prejuízo, serão analisados aspectos sobre a decisão de suspensão da vigência dos artigos que disciplinam o juiz das garantias pelo Supremo Tribunal Federal, bem como sobre os aspectos gerais das reformas processuais penais realizadas na América Latina.

Palavras-chave:

sistema acusatório, princípio da imparcialidade, juiz das garantias, processo penal.

ABSTRACT

Cardoso, Pedro Bruzzi Ribeiro; Dornelles, João Ricardo Wanderley(Advisor). **Guarantees's Judge: a proposal for analysis**. Rio de Janeiro, 2022. 111p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This dissertation aims to address aspects of the figure of the judge of guarantees instituted by Law number 13.964/2019, in order to work the compatibility with the legal system and the decision-making theory, to understand whether the separation between the judge who acted in the preliminary phase and the judge who will act in the knowledge phase meets the need for the judge to have the proper cognitive opening to appreciate the defensive theses presented in the procedural phase. Without prejudice, aspects about the decision to suspend the validity of the the judge of guarantees by the Supreme Court will be analyzed, as well as the general aspects of criminal procedural reforms carried out in Latin America.

Key-words:

accusatory system, principle of impartiality, judge of guarantees, criminal procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	14
1.1. Sistema inquisitivo ou inquisitório	15
1.2. Sistema Acusatório	16
1.3. Sistema Acusatório Misto	18
CAPÍTULO 2. IMPARCIALIDADE E CONTRADITÓRIO COMO PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO JUIZ DAS GARANTIAS	22
2.1. Imparcialidade do Juiz	22
2.1.1. Imparcialidade Subjetiva	29
2.1.2. Imparcialidade Objetiva	30
2.2 Contraditório como Igualdade (ou Originalidade) Cognitiva	33
3. AFASTAMENTO DO JUIZ POSSIVELMENTE CONTAMINADO	36
3.1. Uma Breve Introdução Sobre a Importância do Estudo da Tomada de Decisão	38
3.2. O Que Nos Ensina a Teoria da Dissonância Cognitiva?	40
3.3. A Ocorrência de Heurísticas e Vieses na Tomada de Decisão	44
3.4. Demais Aspectos Psicológicos que Corroboram a Necessidade do Duplo Juízo	47
4. A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS	52
4.1. O Código de Processo Penal e o Ranço Inquisitório	52
4.2. A Função Jurisdicional Antes do Juiz das Garantias	56
4.3. O Juiz das Garantias na Lei nº 13.964/2019	59
4.4. Objetivos do Juiz das Garantias	65
4.5. O Impacto Orçamentário	71

5. A SUSPENSÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS E O ATIVISMO JUDICIAL	74
5.1. O Papel do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito e a Supremocracia	74
5.2. Breves Linhas Sobre o Ativismo Judicial	76
5.3. Caracterizando a Decisão Liminar do Ministro Luiz Fux na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299 do Distrito Federal	80
5.5. O Atual Trâmite da ADI 6.299/DF	86
6. NOTAS SOBRE AS REFORMAS DA AMÉRICA LATINA	89
6.1. As Reformas Processuais Penais Realizadas	89
6.2. A Experiência do Chile	92
6.3. O que o Brasil Pode Aprender com as Reformas?	97
CONCLUSÃO	100
BIBLIOGRAFIA	103

INTRODUÇÃO

A dissertação em comento tem o objetivo de esmiuçar o instituto do juiz das garantias, de modo a analisar sua compatibilidade tanto com o sistema constitucional instaurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 quanto com o sistema infraconstitucional, notadamente o Código de Processo Penal de 1941, sem prejuízo da análise de sua compatibilidade convencional, levando em consideração os principais diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário.

A questão, *prima facie* de simples análise, ganha contornos mais complexos ao se deparar com uma necessidade de incursão em aspectos psicológicos e psicanalíticos da tomada de decisão, com vistas a demonstrar se há, efetivamente, necessidade ou, ao menos, recomendação de substituir o juiz que atuou na fase preliminar do juiz que atuará na fase de conhecimento.

A referida substituição – que doravante chamaremos, em alguns momentos, de duplo juízo – escancara uma realidade de transformações que vem ocorrendo nos sistemas processuais penais de países mundo afora, com especial destaque aos países da América Latina.

Contudo, ao que parece, o Brasil não é muito receptivo a mudanças em seu sistema processual penal, mormente quando tais mudanças rumam à sua democratização. E foi exatamente o que ocorreu com o juiz das garantias pois, apesar de disciplinado pela Lei nº 13.964/19, teve sua vigência suspensa liminarmente e monocraticamente pelo Supremo Tribunal Federal, decisão esta que merecerá um capítulo próprio do presente estudo, diante da riqueza de pontos a serem explorados, que muito nos mostra que a maior mudança que precisamos realizar é na mentalidade inquisitória que ainda acode a cabeça de muitos operadores do Direito.

Mas, por que uma dissertação inteira sobre o instituto do juiz das garantias?¹ Diante de sua tamanha importância, ou quiçá revolução que operará no diploma adjetivo penal brasileiro.

¹ O interesse do autor pelo tema começou em 2018/2019, ao elaborar sua monografia para a conclusão do curso de Graduação em Direito junto à PUC-Rio. Naquele período, perplexo com os acontecimentos da “Lava-Jato”, o autor, buscando formas de criticar a competência firmada pela prevenção, que levavam os

Ademais, se trata de um instituto que nos conclama a realizar grandes digressões, pois o que está em análise não é somente uma alteração legislativa pontual, e sim toda uma ideologia por detrás que, diante da sua grande relevância, encontrou – e ainda encontrará - grandes resistências.

E essa ideologia é, nada mais nada menos, a ideologia que a Constituição Federal adotou implicitamente: o sistema acusatório. Daí reside o cerne da questão. E das renitências.

No primeiro capítulo, entende-se necessário realizar uma introdução sobre os tipos de sistemas processuais penais trabalhados pela doutrina, de modo a possibilitar a subsunção do juiz das garantias às características do sistema acusatório, sem prejuízo da caracterização e críticas ao atual sistema vigente no ordenamento jurídico brasileiro, tão resistente a mudanças estruturais.

Ato contínuo, pretende-se trabalhar, no capítulo 2, a conceituação dos princípios da imparcialidade do juiz e contraditório - este último, sob um prisma mais atual, a saber, do contraditório como igualdade ou originalidade cognitiva -, com vistas a compreender se a figura sobredita é ou não uma decorrência lógica da aplicação desses princípios, noutras palavras, se os ditos princípios dão sustentáculo à sua implementação no arcabouço jurídico.

“juízes-inquisidores” a atuar energeticamente e proativamente nos processos desde a fase pré-processual até a prolação da sentença, se deparou com essa figura tão importante e, ao mesmo tempo, tão destrutada: o juiz das garantias. Com efeito, o autor trabalhou com o tema ainda sob a luz do Projeto do Novo Código de Processo Penal, que dispunha sobre o juiz das garantias pela primeira vez em terras brasileiras (PL 8.045/10). Fato é que, de lá para cá, muita coisa mudou. A começar pela bagagem que o autor adquiriu ao longo desses anos, notadamente diante das excelentes aulas ministradas no curso do Mestrado. Porém, e talvez mais importantes, foram as seguintes novidades: (i) as devastadoras notícias acerca dos vazamentos da “Vaza-Jato”, que somente comprovaram aquilo que sempre sabíamos: a urgência de se acabar com a figura da competência por prevenção e a boa medida do duplo juízo; (ii) a aprovação repentina da figura do juiz das garantias dentro do malfadado “Projeto Anticrime”, trazendo à tona o tema do juiz das garantias para além do debate acadêmico e ingressando no imaginário popular, com pessoas o caracterizando como uma medida que dificultaria o combate à corrupção (*sic*), e outros, como nós, que ficamos maravilhados com a aprovação da maior guinada ao sistema acusatório desde a promulgação da nossa Constituição Cidadã; (iii) a suspensão da figura do juiz das garantias a partir de decisão monocrática e em sede de liminar pelo Supremo Tribunal Federal, ação esta ainda pendente de julgamento e; (iv) a completa reestruturação do sistema de justiça penal, ocorrido com o advento da pandemia de Covid-19. Todos estes aspectos supramencionados – bem como outros de menor envergadura - deram ao autor o ímpeto e a disposição de ir mais à fundo sobre a temática nessa pesquisa mestral. E mais, deram a possível esperança, ainda que utópica, de que a presente dissertação possa contribuir de alguma maneira com o debate sobre a constitucionalidade do juiz das garantias que hoje ocorre junto à nossa Corte Suprema.

Tal estudo, contudo, não se limitará a uma mera análise jurídica da figura do juiz das garantias, apesar de ser, estreme de dúvidas, um recorte de suma importância para a dissertação. É necessário ir além.

Com efeito, serão também realizados diálogos com outras áreas do saber, notadamente com a psicologia social, psicologia cognitiva e psicanálise, para a compreensão de como sua implementação interage com os aspectos da tomada de decisão, noutras palavras, se há justificação para a separação do magistrado da fase pré-processual para o magistrado da fase processual. É o caminho que se pretende percorrer no capítulo 3.

A propósito, desde já se emite um alerta que será repisado constantemente ao longo da dissertação. Nos parece um argumento sofista utilizar do capítulo sobredito para tirar conclusões inequívocas sobre a indispensabilidade do juiz das garantias como forma de manter a imparcialidade do julgador que atuará na fase de conhecimento.

Explica-se.

Não se quer concluir que todo magistrado que atuou na fase da investigação estará invariavelmente contaminado para sua atuação na fase de conhecimento. Entendemos, contudo, que há, a partir de ampla pesquisa doutrinária, um possível “*temor de parcialidade*” – termo este cunhado por Julio B. J. Maier – apto a justificar a atuação de dois magistrados distintos.

Sendo assim, esta nova forma de impedimento caminhará os mesmos rumos traçados pelas disposições de suspeição e impedimento já tratadas no nosso diploma adjetivo penal, haja vista que tanto o artigo 252 quanto o artigo 254 do Código de Processo Penal trazem situações em que há um temor de parcialidade, e não situações que passaram pelo escrutínio da ciência e que, após estudos empíricos, demonstram inequivocamente que qualquer das situações apontadas nos incisos dos artigos supra levam à quebra da imparcialidade do juiz.

As teorias da dissonância cognitiva, bem como os estudos acerca das heurísticas e vieses na tomada de decisão terão especial relevo nesse capítulo.

No capítulo 4 serão trabalhadas as definições propriamente ditas do juiz das garantias, sendo, contudo, necessário realizar uma breve digressão sobre o nosso Código

de Processo Penal e o ranço inquisitório que caminha lado-a-lado com ele, com o fito de entender como se dá a atuação do Estado-Juiz nesse diploma de feição autoritária e inquisitorial.

Feito isso, pretende-se trabalhar os objetivos do Juiz das Garantias, destacando: a sua função na investigação preliminar e no processo penal; a sua missão de garante e de resguardo dos direitos fundamentais do cidadão submetido à investigação preliminar e; a especialização do Estado-Juiz nas matérias atinentes à fase pré-processual, sem se esquivar, no entanto, de alguns pontos controvertidos, especialmente sobre o impacto orçamentário que sua implementação poderá causar.

A despeito da problemática levantada em torno dos pontos controvertidos, serão elencados alguns modos de como a doutrina sinalizou para driblar essas respectivas dificuldades, levando em consideração, inclusive, a nova realidade mundial causada pela pandemia do Coronavírus (SARS-CoV-2), que trouxe enorme mudança no sistema de justiça criminal do país.

Traçado todo o quadro delineado acima, chegar-se-á à conclusão unívoca de que o juiz das garantias, tal qual disciplinado na Lei nº 13.964/19, é provavelmente a maior guinada rumo ao sistema acusatório já ocorrida no Código de Processo Penal desde o advento da Constituição Cidadã.

Não obstante a conclusão de sua constitucionalidade, importa observar que a referida figura está atualmente suspensa, por decisão liminar do Ministro Luiz Fux, exarada no bojo da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299 do Distrito Federal (ADI 6.299/DF).

Outrossim, como eixo temático do capítulo 5, mister traçar um breve panorama sobre a referida decisão, começando pela compreensão de qual é o papel legítimo do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito, de modo a entender quando uma decisão da Suprema Corte pode ser considerada usurpadora e afrontosa aos demais Poderes, notadamente o Poder Legislativo. Nesse flanco, além de analisar o poder do STF sob o viés de um órgão colegiado, composto de vários Ministros, será realizada uma incursão nos poderes monocráticos hoje observados no cotidiano forense, exercidos ao arrepio da colegialidade.

Realizadas essas notas introdutórias sobre o papel da Suprema Corte, partir-se-á à conceituação de ativismo judicial, discorrendo sobre o que é o ativismo judicial, a diferenciação de ativismo e judicialização, a (in)existência da dicotomia entre o bom e o mau ativismo, concluindo, ao fim, que toda decisão ativista é perniciosa para o Estado Democrático de Direito.

De mais a mais, será realizada uma subsunção da decisão liminar do Ministro Luiz Fux aos conceitos supra, para compreender como a decisão se encaixa como uma luva na definição de ativismo judicial, caracterizando-a como um provimento judicial inane de fundamentos e que feriu de morte o ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, o atual trâmite da ADI 6.299/DF será analisado, bem como todos os acontecimentos pertinentes – especialmente os jurídicos – desde que proferida a decisão de suspensão.

Por fim, o último capítulo pretende realizar uma perfunctória análise das mudanças legislativas ocorridas nos países da América Latina quanto ao seu diploma processual penal, que compatibilizaram os seus sistemas processuais penais com o sistema acusatório e com o regime democrático.

As mudanças legislativas do Chile merecerão um recorte específico e um maior enfoque, haja vista a implementação do juiz das garantias em seu ordenamento jurídico, bem como a clara escolha do modelo adversarial como modelo de estruturação do processo, consistente em uma espécie de competição probatória entre as partes, tendo o juiz a função unicamente de decidir, ou seja, configurando o Estado-Juiz como um personagem alheio às iniciativas probatórias das partes.

CAPÍTULO 1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Os sistemas processuais penais são consequências ou reflexos diretos da regulamentação do processo penal em determinados momentos da história², sendo também os espelhos das exigências para a aplicação do direito penal de cada Estado em uma determinada época.³

Ademais, o momento político e econômico que a sociedade se encontra inserida é exame necessário para a constatação de cada sistema, uma vez que imprescindível uma análise do contexto espaço-temporal em que se encontra inserto.⁴

Por representar diferentes momentos históricos, há a ocorrência de mais de um sistema processual penal, e até mesmo características diferentes dentro de um mesmo sistema. Por isso, Mauro Fonseca Andrade explicita que

De fato é possível observar que vários elementos, que hoje estão presentes em um determinado sistema processual penal, não necessariamente o configuravam em seu início. Isso bem demonstra a mutabilidade a que os sistemas processuais estão sujeitos, sem que percam essa condição e os nomes que os caracterizam.⁵

O ponto basilar de diferenciação entre os sistemas está materializado na divisão de tarefas entre acusar, defender e julgar⁶ e na gestão da prova. Sobre este último ponto, Michele Taruffo aponta que

Una manera muy común de abordar los rasgos generales de la assunción de pruebas es distinguiendo sistemas que pueden ser etiquetados como <centrados en las partes>, dado

² ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 37.

³ LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 157. [Livro digital].

⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 61.

⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. Op. cit., p. 37.

⁶ “De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação. Essa separação, exigida por nosso axioma A8 *nullum indicium sine accusatione*, forma a primeira das garantias orgânicas estipuladas em nosso modelo teórico SG [Sistema Garantista].” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 454/455. Sob um vértice mais crítico, Gilberto Thuns alega que “o antigo e secular traço fundamental que delimita os sistemas – acusatório e inquisitório – através da separação da figura do órgão acusador e julgador está completamente superado. Em nenhum Estado de Direito pode-se admitir que o mesmo órgão que julga possa promover a acusação. Sob este aspecto, o sistema inquisitório estaria extinto na atualidade, todavia, não é isto o que ocorre na maioria dos países ditos democráticos, que ainda se utilizam do modelo inquisitório.” THUNS, Gilberto. O mito sobre a Verdade e os Sistemas Processuais. In: CARVALHO, Salo de. *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 153.

que en ellos la presentación de pruebas depende principal o exclusivamente de la actividad de la partes, y sistemas que pueden ser calificados de <centrados en el tribunal>, ya que en ellos la presentación de pruebas depende, en su mayor parte o por completo, del papel activo que desempeña el tribunal.⁷

Serão abordados no presente estudo os 03 (três) principais sistemas processuais penais, doutrinariamente classificados de sistema inquisitivo (ou inquisitório), sistema acusatório puro e sistema acusatório misto.

1.1. Sistema inquisitivo ou inquisitório

O sistema inquisitivo ou inquisitório representou um grande hiato temporal de nossa história, percorrendo desde o século XIII até o século XVIII, tendo como grande marco histórico o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, instituído no século XIII pela Igreja Católica para julgar questões relacionadas aos Mandamentos da Igreja Católica.⁸

No dito sistema, segundo leciona Claus Roxin, o juiz intervém por si mesmo, praticando a detenção, a investigação, o interrogatório e a condenação, logo, não há acusador e nem acusado, e sim a figura do juiz inquisidor – que não detém a devida imparcialidade.⁹

Por isso, Jacinto Nelson Miranda Coutinho destaca que, nos tempos da Idade Média e no bojo da Igreja Católica, “*O controle direto do processo penal pelos clérigos exclui, por conveniência, um órgão acusador: o actus trium personarum já não se sustenta*”.¹⁰

⁷ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 109/110. Prossegue o autor, salientando que “*Conviene hablar, más bien, de modelos mixtos para referirse a aquellos ordenamientos procesales – que actualmente son bastante numerosos – en los que se prevén poderes de instrucción más o menos extensos del juez, junto con la plena posibilidad de las partes de aportar todas las pruebas admisibles y relevantes para la determinación de los hechos*”. Ibid. p. 160.

⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*: Introdução Crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 167/168. [Livro digital].

⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2000. p. 86.

¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 23.

Fato é que o sistema inquisitivo possui diversas peculiaridades próprias de sua estrutura. Destacam-se as características elencadas por Aury Lopes¹¹ e Geraldo Prado¹², ainda que com alguns pontos a mais e outros a menos sobre a matéria.

Interessante aspecto sobre o sistema inquisitivo é trazido por Jacinto Nelson Miranda Coutinho que, apesar de elencar basicamente as mesmas características aduzidas pelos autores supra, como a falta de contraditório e a concentração de todas as figuras na figura do juiz, vai adiante ao salientar que

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado, que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente (...) Afastado do contraditório e sendo o senhor da prova, sai em seu encalço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato.¹³

São demais características deste sistema processual, segundo Julio B. J. Maier:

a) o monarca como depositário de toda jurisdição penal; b) o acusado é um objeto de persecução; c) o procedimento consiste em uma investigação secreta; d) o sistema de prova legal ou tarifada vigora na valoração probatória e; e) o feito era, basicamente, não impugnável por recurso.¹⁴

A despeito da existência e longevidade deste sistema processual penal, parece uma incoerência e imprecisão técnica salientar que no bojo do sistema existia um verdadeiro processo, ante a completa usurpação das funções das partes pelo juiz inquisitor.

1.2. Sistema Acusatório

¹¹ “O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. (...) confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto de investigação. Frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai construir seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação. (...) O juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório.” LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 166/167. [Livro digital].

¹² “as características marcantes da Inquisição foram a forma escrita, em contraposição à oralidade, o segredo, confrontando a publicidade e a iniciativa do juiz para o procedimento (...) a tortura impunha-se como procedimento de investigação baseado no conhecimento, meio, portanto, considerado à época o mais evoluído. A prisão durante o processo torna-se a regra, firme na tese de que todo acusado obstaculiza a investigação da verdade.” PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 82/83.

¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Op. cit., p. 24.

¹⁴ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 447/449.

Em contraposição ao sistema inquisitivo acima mencionado, tem-se o sistema acusatório, que

vigorou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germano. A partir do século XIII, entra em declínio, passando a ter prevalência o sistema inquisitivo. Atualmente, o processo penal inglês é o que mais se aproxima de um sistema acusatório puro.¹⁵

Fato é que nos meandros dos séculos XVII e XVIII, irradiados pelo iluminismo e com um novo período de administração da justiça, o sistema inquisitório foi sendo paulatinamente superado¹⁶, muito influenciado, portanto, pelo momento político vivido nessa época.

Neste norte, Geraldo Prado assinala

A transição política e cultural da monarquia para a República teve repercussão no campo do processo penal, por meio da abolição da tortura e da adoção de um sistema processual penal inspirado nos aplicados pela Roma Republicana e pela Inglaterra.¹⁷

Podem-se destacar como principais elementos do sistema acusatório o respeito ao contraditório e ampla defesa, a ocorrência da figura do juiz imparcial com a devida separação entre as partes processuais, a publicidade e oralidade da instrução, assim como a devida inércia do juiz na sua atuação *ex officio*.¹⁸

Os temas da imparcialidade e da inércia do juiz na produção de provas são, quiçá, as características que mais importam na presente dissertação. Ao discorrer sobre o tema, aponta Gustavo Badaró que “*no processo acusatório, o juiz não possuía qualquer iniciativa probatória, cabendo exclusivamente às partes a produção da prova*”¹⁹.

É dizer: aqui, as partes são responsáveis pela sua gestão, cabendo ao juiz, ao contrário do sistema inquisitivo, a função de respeito aos direitos e garantias

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 06.

¹⁶ PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 90.

¹⁷ Ibid. p. 91.

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 05/06.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 106. O mesmo autor pontua, entretanto, sobre a compatibilidade dos poderes instrutórios do juiz com o processo acusatório. Ao tecer considerações sobre o que caracterizaria o conceito “poderes instrutórios do juiz” de modo a compatibilizar a referida prática com o processo acusatório, afirma que o juiz que é um “*pesquisador, um buscador de fontes de prova*” não se mostra consonante com essa compatibilidade, ao passo que o juiz que, diante da notícia de uma possível fonte de prova determina a sua produção, atuaria em observância com o sistema acusatório. Ibid. p. 119/120.

fundamentais, de modo a manter as regras do jogo processual respeitadas²⁰, assim como de julgar a partir do seu livre convencimento motivado, sem a ocorrência da prova tarifada.²¹

E este é o ponto fulcral do sistema acusatório que possui íntima ligação com o juiz das garantias: a impossibilidade, conforme será esmiuçado ao longo da presente pesquisa mestral, de substituição do órgão ministerial pelo juízo na produção probatória.

Delineia-se, por fim, as demais características marcantes do sistema acusatório, conforme escólio de Julio B. J. Maier:

a) a jurisdição penal reside em tribunais populares; b) a persecução penal se coloca nas mãos de pessoas de existência visível, o acusador; o acusado é um sujeito de direitos, colocado em posição de igualdade com o acusador; d) o procedimento consiste, sumariamente, em um debate público, oral, contínuo e contraditório; impera o sistema da íntima convicção na valoração das provas e; f) a sentença é o resultado dos votos da maioria ou da unanimidade do juízes.²²

Infelizmente, setores pouco lúcidos da doutrina entendem que esse seria o sistema atualmente vigente no Brasil, posição esta que não se pode concordar, pelas razões exploradas no próximo tópico.

1.3. Sistema Acusatório Misto

Surge o referido modelo nos idos do século XIX na França. Sobre sua formação, Aury Lopes sublinha

Historicamente, o primeiro ordenamento jurídico que adotou esse sistema misto foi o francês, no *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, pois foi o pioneiro na cisão das fases de investigação e juízo. Posteriormente, difundiu-se por todo o mundo e, na atualidade, é o mais utilizado.²³

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 05/06.

²¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 162. [Livro digital].

²² MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 444/445.

²³ LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 174. [Livro digital]. Também sobre o tema do sistema acusatório misto, Julio B. J. Maier afirma que “*Su ley base es el Code d’instruction criminelle francés de 1808, expandido por Europa continental por imperio del triunfo de las ideas que fundaron la Revolución Francesa y de la dominación napoleónica. El sistema trasciende hasta nuestros días y su comparación con algunas leyes argentinas e hispanoamericanas muestra, muy claramente, el atraso cultural en el, que, parcialmente, vivimos.*”

Porém, antes do seu surgimento, vozes intelectuais já clamavam pela superação do retrógrado sistema inquisitivo e da prática pelo Estado da tortura, podendo citar, exemplificadamente, o jesuíta Friedrich Von Spee, bem como os iluministas Voltaire e Beccaria, tendo este último influenciado eficazmente no movimento de reforma europeu com vistas a garantir um Estado de Direito no procedimento penal.²⁴

Para parte da doutrina, o sistema que atualmente vigora no ordenamento jurídico pátrio é o sistema acusatório misto. Ou seja, possui uma natureza mista, com mitigações entre o sistema acusatório e inquisitório.

Isso porque nosso sistema está dividido entre uma etapa eminentemente inquisitiva, a saber, a fase preliminar de investigação (na qual estão inseridos o inquérito policial e o procedimento investigatório criminal), e uma etapa dotada das características do sistema acusatório, qual seja, a fase processual.

Imperioso trazer à baila algumas críticas pertinentes quanto ao uso da denominação de sistema acusatório “misto”.

Gustavo Badaró afirma que “Atualmente não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios “puros”. Ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitoriais”²⁵, e conclui afirmando que nosso atual sistema é

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*: fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 454. Porém, para Roxin, a passagem do sistema inquisitivo para o acusatório misto na França começou a ocorrer antes do ano 1808. Isso porque, “*En el año 1791 Francia reformó su Derecho procesal penal, en gran medida, según el modelo inglés: de la organización judicial inglesa adoptó el gran y el pequeño jury; del procedimiento, la oralidad, la publicidad, el juicio oral contradictorio i la libre valoración de la prueba; suprimió la pena de sospecha u la absolución de la instancia. Por otra parte, Francia transformó el instituto de la fiscalía, desarrollado en su suelo, en una autoridad de acusación pública y conservó la investigación previa inquisitoria.*” ROXIN, Claus. Op. cit., p. 585/586.

²⁴ ROXIN, Claus. Op. cit., p. 564. No escólio de Ferrajoli, “*A batalha cultural e política contra a irracionalidade e o arbítrio desse procedimento [inquisitorial] forma um dos motivos animadores de todo o Iluminismo penal reformador. De Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri e a Pagano, todo o pensamento iluminista concordou com a denúncia da desumanidade da tortura e do caráter despótico da Inquisição, assim como com o redescobrimiento dos valores garantistas da tradição acusatória, tal como foi transmitida do antigo processo romano ao ordenamento inglês.*” FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 454.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 101. Na mesma linha, Ferrajoli “*estes [modelos de sistemas processuais penais] nunca aparecem em estado puro, mas sempre misturados a outros não logicamente e nem axiologicamente necessários. Isso depende de contingentes e espontâneas dinâmicas histórico-políticas, ou de explícitas escolhas legislativas precárias, ou ainda do fato de que muitos princípios relativos a uma ou outra tradição acabaram se afirmando como universalmente válidos na Idade Moderna (...).*” FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 452.

prevalentemente acusatório, ainda que o juiz possua poderes instrutórios para produção de provas de ofício.²⁶

Todavia, conceituar o sistema processual brasileiro como acusatório misto ou prevalentemente acusatório não atesta ser o mais apropriado tecnicamente, tendo em vista a nítida prevalência de um sistema inquisitório, maquiado por um conceito eufemístico de acusatório misto.²⁷

Nesse giro, o uso dos termos sistema misto ou prevalentemente acusatório é tão somente uma ginástica hermenêutica comum na doutrina nacional, quando na verdade o termo correto seria sistema (neo)inquisitório, em razão da possibilidade de produção *ex officio* do juiz e pelo desrespeito ao contraditório do início ao fim do processo, incluindo aqui a fase preliminar de investigação.²⁸

Não à toa, Ferrajoli classifica o processo misto - nascido da concatenação entre o inquisitório e acusatório - de um “*monstro*”.²⁹

²⁶ “Em suma, o modelo acusatório não é incompatível com um juiz dotado de poderes para determinar *ex officio* a produção de provas.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 123.

²⁷ Nesse mesmo norte, “As sobreditas disfunções [(i) elevados índices de letalidade e violência policial; (ii) superencarceramento; (iii) estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário; (iv) uso abusivo da prisão processual para fins punitivos próprios da prisão-pena; (v) feroz resistência política às reformas processuais penais democratizadoras (v.g. introdução do Juiz de Garantias etc.); (vi) contrarreforma jurisprudencial restritiva de garantias processuais (v.g. habeas corpus, presunção de inocência, imunidade parlamentar prisional etc.)] revelam que o processo penal brasileiro só é acusatório em sua aparência, principalmente se considerada a Constituição da República de forma isolada, somada ao Direito Processual Penal resultante da produção doutrinária (*Law in books*). Por outro flanco, se analisadas as práticas e procedimentos de interpretação e aplicação do Direito no âmbito do sistema de administração da justiça criminal (*Law in action*), o processo penal brasileiro remanesce autoritário e inquisitivo.”. SANTORO, Antonio; MALAN, Diogo; MIRZA, Flavio (Orgs.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 12.

²⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*: Introdução Crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 173/178. [Livro digital]. Noutro giro, no tocante à produção de provas *ex officio*, assenta Gustavo Badaró que “Especificamente no que toca à atividade probatória, há dispositivo expresso no sentido de que juiz pode produzir, *ex officio*, as provas que entenda relevantes para a descoberta dos fatos. Além de autorização geral prevista na parte final do art. 156 do Código de processo Penal, também o art. 209 permite ao juiz determinar de ofício a produção da prova testemunhal. Conforme já visto, tais dispositivos não são incompatíveis com o processo penal acusatório adotado pela Constituição de 1988”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 148/149.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 456.

A possibilidade de atuação do juiz *ex officio* no atual diploma processual é um acinte para a separação das funções no processo de acusar e julgar. Por isso, Denilson Feitoza faz uma importante provocação, ao destacar que

No cotidiano forense, é comum se afirmar que o sistema brasileiro é acusatório (...) Entretanto, um “observador externo” ao nosso sistema diria que nosso sistema não é acusatório, por ser marcadamente informado pelo princípio inquisitivo.³⁰

O que se observa é, nessa toada, que apesar de nossa Constituição Cidadã explicitamente optar por um sistema processual incompatível com o inquisitório, ainda encontramos sua presença na legislação ordinária, doutrina, jurisprudência e práticas judiciárias.³¹

Logo, pode-se observar que

Embora o modelo processual a partir dos acordos internacionais ratificados pelo Brasil, e da Constituição federal seja o acusatório, a legislação ordinária e as práticas judiciais ainda persistem nas matrizes inquisitoriais e totalitárias do processo penal.³²

Apesar da maior similitude do nosso sistema processual penal com o inquisitório em detrimento do acusatório, a mudança ocasionada pela Lei nº 13.964/19 geraria uma guinada rumo ao sistema acusatório puro, ao dispor, em seu artigo 3º-A, 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.*”

Geraria, pois, como será mais bem explorado nos capítulos posteriores, referida disposição se encontra judicialmente suspensa.

³⁰ FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010. p. 64.

³¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 95/96.

³² Ibid. p. 97.

CAPÍTULO 2. IMPARCIALIDADE E CONTRADITÓRIO COMO PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO JUIZ DAS GARANTIAS

2.1. Imparcialidade do Juiz

A importância de ser julgado por um juiz imparcial é tema que há muito a doutrina se debruça devido à sua complexidade e à sua imprescindibilidade para um julgamento justo e de acordo com os ditames legais.

Contudo, apesar de sua importância como um verdadeiro norte de qualquer atuação judicial³³, não há dispositivo expresso no ordenamento jurídico tratando sobre a matéria.

Por outro lado, no panorama internacional, diversas convenções das quais o Brasil é signatário tratam expressamente sobre o princípio da imparcialidade, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (internalizado pelo Decreto nº 592/92 - artigo

³³ “Si tenemos en cuenta la tremenda importancia de la garantía de imparcialidad, presupuesto necesario para la operación práctica y adecuada de las demás garantías del proceso – metagarantía sin la cual se torna imposible la instrumentación de una política judicial protectora de los derechos del imputado – comprenderemos la imperiosa necesidad de cumplir con sus exigencias de la mejor manera posible”. BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998. p. 67/68. Para o referido autor, tamanha é a importância da imparcialidade do juiz que ela é considerada “*principio de principios*”. Ibid. p. 17.

14, nº 1³⁴) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (internalizada pelo Decreto nº 678/92 - artigo 8º, nº 1³⁵).³⁶

A jurisprudência internacional sobre o tema demonstra que a imparcialidade não é um princípio dirigido tão somente ao polo passivo do processo penal, abarcando também o direito da vítima de buscar a condenação do responsável, sob o pretexto do direito à verdade da vítima e seus familiares. Logo, se trata de um princípio de caráter bilateral.³⁷

Muito se dizia que o juiz era imparcial quando fazia a subsunção formal do fato à norma, sem levar em conta todos os pré-conceitos, pré-juízos, valores e ideologias³⁸ que o Estado-Juiz possuía como membro de uma sociedade organizada.

Tal conceituação é, contudo, demasiadamente ingênua e inverídica. Ora, o juiz – assim como qualquer cidadão – é uma pessoa que vive em uma sociedade complexa, muito diversificada e, mormente no caso do Brasil, profundamente desigual, racista, machista e preconceituosa.

³⁴ “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito à controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.”

³⁵ “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

³⁶ Também pode-se destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 10. Contudo, como não se trata formalmente de uma convenção (e sim de uma resolução da ONU – Resolução n. 217-A, de 10/12/1948), optou-se por qualificar como convenções internacionais somente o PIDCP e a CADH.

³⁷ NORES, José I. Cafferata. *Proceso penal y derechos humanos: La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 32.

³⁸ Sobre o tema da ideologia do magistrado, leciona David E. Zinerman: “Finalmente, vamos acrescentar um último fator que participa na qualidade da função de julgar: é o que se refere à ideologia pessoal do Juiz. Por ideologia, estamos nos referindo aos valores pessoais, não conflitados, que cada um de nós possui em todas as áreas do relacionamento humano, quer sejam de ordem moral, política, religiosa (como diante de uma situação de aborto, por exemplo), social, cultural, ética etc.” ZINERMAN, David. E. *A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional. A crise do magistrado*. In: THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. vol. 4, 2006. p. 139.

Como destaca Zaffaroni, “*é insustentável pretender que um juiz não seja um cidadão, não participe de certa ordem de ideias, que não tenha uma compreensão do mundo, uma visão do mundo*”. Com efeito, não há qualquer pessoa do mundo que assim o seja, sob pena de alimentar a imagem do juiz asséptico ou “eunuco político”.³⁹

Por isso, mister se faz diferenciar os conceitos de neutralidade e parcialidade, abandonando assim a ideia de que o juiz é um ser neutro, haja vista que a “*imparcialidade não se confunde com neutralidade nem importa um suposto dever do juiz, de ser ética ou axiologicamente neutro*.”⁴⁰

Para Zaffaroni, o juiz “*não pode ser alguém “neutro”, porque não existe neutralidade ideológica, salvo na forma de apatia, irracionalismo ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém*”.⁴¹

Francesco Carnelutti pontua que sequer há, em verdade, uma imparcialidade pura, pois a “*justiça humana é uma justiça essencialmente parcial, porque devido à limitação do ser humano, só se resolve parcialmente*.”⁴²

No escólio de Alberto Binder, a imparcialidade significa que, para a resolução do caso, o juiz não se deixará levar por interesses que não a devida aplicação da lei e da solução justa para o litígio, conforme preceitua a lei.⁴³

Considerando a sua importância fulcral, e de modo a evitar casos de atuação parcial por parte do julgador, o legislador tentou disciplinar as hipóteses de possível

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 91/92. E avança o autor “*Em oposição à imparcialidade garantida pelo pluralismo ideológico dentro da magistratura, a única coisa que se oferece como alternativa é a falsa imagem de um juiz ideologicamente asséptico, o que não passa de uma construção artificial, um produto da retorta ideológica, um homúnculo repellido pela realidade. A promoção deste estereótipo não produz mais do que juizes completamente arbitrários e voluntariosos, porque não há maior arbitrariedade do que a daqueles que acreditam realmente que são “objetivos”*”. Ibid. p. 93.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 95.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 92.

⁴² CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2016. p. 51. Zaffaroni parece endossar o ponto levantado por Carnelutti sobre a impossibilidade de atuação imparcial, ao apontar que “*a questão que se coloca é como pode operar imparcialmente – tal como exige a jurisdição – quem, pelo mero fato de sua condição humana, seja sempre “parcial”*”. Há muitos anos, este paradoxo fora manifestado por Carnelutti, embora terminasse exigindo do juiz uma espécie de “super-humanidade”, da qual não compartilhamos em absoluto.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 92.

⁴³ BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999. p. 320.

quebra da imparcialidade⁴⁴, tendo disciplinado a matéria nos artigos 252, 253 e 254 do Código de Processo Penal, tratando sobre o impedimento, incompatibilidade e suspeição, respectivamente.

Também há casos em que o juiz era originalmente imparcial, contudo, com seu atuar na investigação ou no processo, sua imparcialidade acaba cedendo e levando à tona a parcialidade, pois a imparcialidade do órgão julgador “*é indispensable, do início da relação processual à sua decisão, eis que o fato gerador da parcialidade pode ser superveniente à instauração da relação processual.*”⁴⁵

Como bem alerta Alberto Bovino, apesar dos nossos Códigos Processuais Penais regularem as causas tradicionais de quebra da imparcialidade (suspeição e impedimento), “*no reconocen ni consideran problemático el efecto que la propia estructura de un procedimiento inquisitivo produce, necesariamente, respecto de la imparcialidad del juez frente al caso concreto.*”⁴⁶

Isso pode ocorrer nas demandas em que o juiz toma a posição de uma verdadeira parte no processo⁴⁷, atuando na produção de provas *ex officio* e deliberando sobre a melhor estratégia processual a ser adotada tanto para condenar quanto para absolver o acusado.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 48.

⁴⁵ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 146.

⁴⁶ BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 16. Com muita lucidez, segue afirmando que “*la confusión entre funciones requirentes y decisorias afecta necesariamente la imparcialidad y, en consecuencia, impide que los jueces cumplan con su obligación de actuar como garantes de los derechos fundamentales del imputado. Analicemos este problema en relación a las facultades inquisitivas del juez instructor. En un modelo en el cual el juez decide sobre la necesidad de iniciar la investigación, de procesar al imputado o de detenerlo preventivamente, la confusión de facultades requirentes y decisorias impide al tribunal actuar imparcialmente, pues en esos casos el juez decide sobre la necesidad y sobre la legalidad de la medida - generalmente persecutória - que él mismo dicta. (...) lo cierto es que se coloca en manos del juez una tarea imposible: actuar en representación del interés persecutorio y, al mismo tiempo, controlar la legalidad de sus propias decisiones que son expresivas de ese interés. Así, esa tarea le impone la obligación de intervenir a favor de la protección de intereses contradictorios que siempre se hallan en conflicto.*” Ibid. p. 18.

⁴⁷ A respeito do tema do juiz ser ou não uma “parte” no processo, muito interessante a análise de Francesco Cernelutti, para quem “*Quando se diz que as partes estão perante o juiz para serem julgadas, já se subentende que o juiz não é uma delas. De fato, os juristas dizem que o juiz está super partes, isto é, ele está acima e as partes e o acusado abaixo (...) Entretanto, o juiz também é um homem e, nessa condição, ele também é uma parte. Eis aí a contradição que é debatida sobre o conceito de o juiz ser parte e, ao mesmo tempo, não ser. Ser um homem com deveres sobre-humanos, eis aí o seu drama*” CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p. 47.

Sobre os poderes do juiz e sua relação com a quebra da imparcialidade, Aury Lopes indaga

A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo.⁴⁸

Continua o ilustre autor afirmando que a posição ativa do julgador pode ser vista sob duas facetas, quais sejam, a de poderes investigatórios – exercidos na fase pré-processual – e a de poderes instrutórios, exercidos na fase de conhecimento.⁴⁹

De fato, muitos dispositivos do atual diploma processual penal permitem ao juiz poderes para atuar sem provocação, o que demonstra incompatibilidade das ditas normas com a imparcialidade que se espera do Estado-Juiz.

Contudo, é mister ressaltar que há relevante doutrina que entende pela possibilidade de atuação de ofício do Magistrado em situações específicas sem que haja a necessária quebra da imparcialidade. Nesse passo, destacam-se as lições de Gustavo Badaró, para quem

O [sic] poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a imparcialidade do julgador. Ao determinar a produção de uma prova, o juiz não sabe, de antemão, o que dela resultará, e, em consequência, a qual parte vai beneficiar. (...) Juiz ativo não é sinônimo de juiz parcial. (...) Um juiz ativo não é parcial, mas apenas um juiz atento aos fins sociais do processo, e que busca exercer sua função de forma a dar ao jurisdicionado a melhor prestação jurisdicional possível.⁵⁰

Com grande similaridade, a saudosa professora Ada Pellegrini Grinover destaca que *“deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário.”*, uma vez que a prova é dirigida ao juiz, logo, ele será a melhor pessoa a

⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal: e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 129.

⁴⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 129/130.

⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 83/84. Compartilhando as mesmas premissas, *“cabe aclarar que la imparcialidad, sin embargo, no debe comportar la pasividad del juez y su subordinación plena a la iniciativa de las partes. Garantizar la neutralidad del juez en el litigio no recusa el deber que tiene de colaborar activamente en la búsqueda de la verdad para no sancionar injusticias. En la actividad probatoria, el juez penal tiene reconocido el principio de oficialidad y, por ello, se justifica la actuación de prueba de oficio, el cual no impide el pleno ejercicio del derecho de defensa de las partes.”* CASTRO, César San Martín. *Derecho Procesal Penal: Lecciones*. 2. ed. Perú: INPECCP y CENALES, 2020. p. 135.

analisar se as referidas provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação do seu convencimento ou se a produção de outras provas se mostra necessária.⁵¹

Ambos os autores acima mencionados divagam que, diante da produção de provas de ofício, o magistrado mantém hígida a sua imparcialidade caso assegure o respeito ao contraditório, o respeito à garantia da motivação das decisões judiciais e, para Ada Grinover, necessário também a observância dos limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas.⁵²

Ao sustentar a admissibilidade dos poderes de iniciativa probatória dada aos juízes nos ordenamentos europeus, Michele Taruffo critica, de modo bem ácido, a visão dos que defendem que tal conduta geraria a parcialidade do julgador. Em seus dizeres,

Sobre este punto es posible observar – al margen de la dudosa admisibilidad de las ingenuas nociones psicológicas en las que se basa este argumento – que si éste fuese válido deberíamos concluir que todos los legisladores procesales europeos – cada uno a su modo – han atravesado un momento de locura que los ha inducido a atribuir al juez una función activa en la adquisición de las pruebas, sin darse cuenta de que de esa manera habrían puesto en riesgo el valor fundamental de la imparcialidad y la independencia de juicio del propio juez. Sin embargo, dado que no hay pruebas creíbles de esta locura colectiva, deberíamos concluir que la experiencia comparada muestra que es infundado el temor que el juez, al desempeñar un papel activo, se convierta por ello en un juez parcial e incapaz de valorar correctamente el material probatorio recabado en el juicio, incluso a partir de su iniciativa.⁵³

Apesar de doutrina apontando a possibilidade de iniciativa probatória, o melhor caminho parece apontar para sua vedação, diante da possível quebra de imparcialidade que poderá ocorrer.

É o que aponta o renomado jurista Julio B. J. Maier, para quem, ao exercer poderes como a busca pelos meios de prova para a apuração da verdade, “*el juez (...) parte de*

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 05.

⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 84/85. GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 06. Aqui é imperioso ressaltar que, para Ada Pellegrini Grinover, essa lícita busca por elementos probatórios do juiz somente se aplicam à fase processual, de modo que na fase pré-processual não haveria essa possibilidade, “*sob pena de se retornar ao juiz-inquisidor do modelo antigo*”. Ibid. p. 08.

⁵³ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 181/182.

una posición que no favorece la imparcialidade, sino que, antes bien, la impossibilita en origen, pues la ley obliga a adoptar la posición de parte en procedimiento (...).⁵⁴

Ferrajoli, esmiuçando o seu axioma “A8” do garantismo penal, aduz que

é necessário que ele [juiz] não tenha um interesse acusatório, e que por isso não exercite simultaneamente as funções de acusação como inversamente ocorre no rito inquisitório e, ainda que ambigualmente, no misto. Só desse modo o processo pode preservar caráter “cognitivo”.⁵⁵

Portanto, reputa-se como indiferente a diferenciação entre poderes *ex officio* investigatórios ou instrutórios do julgador, haja vista que a melhor opção é caracterizada pela sua inércia total, apesar de não se desconsiderar que os poderes investigatórios se mostram mais sintomáticos do que os poderes instrutórios para a quebra da imparcialidade, ante a ausência do contraditório na etapa pré-processual.

Fato é que a imparcialidade vai além da mera separação de funções acusador/julgador, de modo a tentar evitar um “acordo psicológico” entre os sujeitos processuais, que, apesar de se mostrar de imponderável realização, impede-se, ao menos, que o julgador se posicione favorável à atividade probatória, em prestígio à manutenção de imparcialidade.⁵⁶

Doravante, a gestão da prova nas mãos do julgador auxilia na criação de quadros mentais paranoicos de confirmação da hipótese, “*o que o levaria à busca obsessiva pela confirmação da sua própria verdade construída*”.⁵⁷

⁵⁴ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 739/740. Também sobre o tema, “*Basta señalar que los jueces que toman medidas expressivas del interés persecutorio de oficio – v. gr., inicio de la investigación, procesamiento, imposición de medidas cautelares, elevación a juicio, etc. – se hallan impossibilitados, necesariamente, para controlar sus propios actos, es decir, para actuar imparcialmente, como lo exigen los textos constitucionales y los tratados de derechos humanos.*”. BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 07/08.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 466. Em posição semelhante, “*Cremos que la imparcialidad de cualquier juez o tribunal se verá en riesgo cuando se le permita (o se le imponga la obligación de) investigar para procurar el fundamento de la acusación (v. gr., la instrucción jurisdiccional) u ordenar o receptar por propia iniciativa pruebas enderezadas a resolver luego sobre aquélla em forma definitiva (v. gr., incorporación de oficio de nuevas pruebas al juicio). Para evitar que así ocurra se deberá excluir a los jueces de la tarea de procurar por sí (ex officio) las pruebas que les proporcionen conocimiento sobre los hechos de la acusación sobre la que deberán luego decidir.*” NORES, José I. Cafferata. *Proceso penal y derechos humanos: La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 92/93.

⁵⁶ MELCHIOR, Antonio Pedro. *Gestão da Prova e o Lugar do Discurso do Julgador: O sinthoma político no Processo Penal democrático*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2012. p. 149/150.

⁵⁷ Ibid. p. 159.

E a gestão da prova na mão do magistrado encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, notadamente no artigo 156 do Código de Processo Penal⁵⁸. Tal disposição legal não demonstra feições do sistema acusatório, posto que:

É do Estado-acusação o encargo de provar a responsabilidade criminal do acusado e a dimensão da sanção. No momento em que o julgador, na dúvida, determina a realização de provas, está retirando a sua toga de terceiro e vestindo a da acusação, sepultando o *in dubio pro reo* e a prestação da tutela jurisdicional criminal efetiva, com a observância do devido processo penal, pela contaminação da parcialidade. Atribuir ao julgador os poderes probatórios na condição de destinatário da prova? (...) Podemos falar em juiz ou em julgamento imparcial, nesses casos?⁵⁹

Pode-se concluir que a mudança trazida pelo advento da Lei nº 13.964/19 em seu artigo 3º-A, ao vedar a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação se mostra uma importante ferramenta para que se mantenha hígida a imparcialidade do juiz, além de revogar tacitamente a segunda parte do artigo 156 do Código de Processo Penal.

2.1.1. Imparcialidade Subjetiva

Apesar da imparcialidade ser um atributo de cunho subjetivo, a doutrina e a jurisprudência, notadamente no caso *Piersack vs. Bélgica*, julgada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), distinguiram o conceito da imparcialidade em objetiva e subjetiva, para melhor compreensão do instituto⁶⁰. Veja-se, pois, o que foi firmado no julgamento do TEDH em 01/10/1982:

Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto

⁵⁸ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

⁵⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 284/285.

⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 49.

Destrinchando o conceito, Giacomolli pontua que em uma aproximação subjetiva

Contudo, não basta apenas que o juiz seja subjetivamente imparcial. Mister que toda a sociedade acredite que o julgamento tenha sido realizada por um juiz imparcial. Caso o julgamento incorra em dúvidas à sociedade para com a imparcialidade do julgador, a decisão terá tanto descrédito quanto uma decisão proferida por um juiz intimamente comprometido com uma das partes. É sobre essa questão que recai a teoria da aparência geral da imparcialidade, uma vez que *“justice must not only be done; it must also be seen to be done”*.⁶⁴

Na prática forense, os casos de violação da imparcialidade objetiva são mais comumente observados do que os casos de violação da imparcialidade subjetiva.⁶⁵

⁶⁵ Ibid. p. 49.

A imparcialidade objetiva se relaciona não com a relação do juiz com as partes processuais, e sim da relação do juiz com o objeto do processo a ser julgado.⁶⁶

Giacomolli ressalta que, na imparcialidade objetiva, examina-se se há

demonstração fática objetiva de uma quebra razoável da imparcialidade (concreção objetiva), ou seja, se os fatos possuem entidade suficiente para formar um juízo de suspeita acerca da imparcialidade do julgador; se a dúvida foi objetivamente justificada; se os temores da parte acerca da falta de imparcialidade foram objetivamente justificados.⁶⁷

E conclui o autor que não significa, necessariamente, que estará quebrada a imparcialidade do juiz caso já tenha previamente proferido decisões na causa, devendo ser observada a parcialidade *in casu*, ou seja, é necessário analisar o conteúdo das decisões proferidas, e não tão somente o fato de o juiz as ter proferido.⁶⁸

Contudo, o TEDH decidiu não só no caso *Piersack vs. Bélgica* como também no caso *De Cubber vs. Bélgica*⁶⁹ que

a aparência de imparcialidade era comprometida nos casos em que havia a intervenção prévia do julgador na fase de investigação, proferindo decisões em que se realizasse uma antecipação quanto ao mérito da causa. Em tais situações, o jurisdicionado e, principalmente, o acusado, poderia suspeitar legitimamente de que não seria julgado por um juiz ou tribunal imparcial.⁷⁰

⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal: e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 133.

⁶⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 279.

⁶⁸ Ibid. p. 279.

⁶⁹ *In conclusion, the impartiality of the Oudenaarde court was capable of appearing to the applicant to be open to doubt. Although the Court itself has no reason to doubt the impartiality of the member of the judiciary who had conducted the preliminary investigation (see paragraph 25 above), it recognises, having regard to the various factors discussed above, that his presence on the bench provided grounds for some legitimate misgivings on the applicant's part. Without underestimating the force of the Government's arguments and without adopting a subjective approach (see paragraphs 25 and 28 above), the Court recalls that a restrictive interpretation of Article 6 para. 1 (art. 6-1) - notably in regard to observance of the fundamental principle of the impartiality of the courts - would not be consonant with the object and purpose of the provision, bearing in mind the prominent place which the right to a fair trial holds in a democratic society within the meaning of the Convention.* RIGHTS, Cour Européenne Des Droits De L'homme European Court Of Human. Case Of De Cubber V. Belgium (Application No. 9186/80) Judgment Strasbourg 26 October 1984. Disponível em <[http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsources/de%20Cubber%20v.%20Belgium%20\[26%20Oct%201984\]%20\[EN\].pdf](http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsources/de%20Cubber%20v.%20Belgium%20[26%20Oct%201984]%20[EN].pdf)>. Acesso em: 21 dez. 2021.

⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 50. Sobre os dois julgados, cumpre trazer à baila a lição de Julio B. J. Maier, que leciona que “*Un caso especial de temor de parcialidad se presenta cuando un integrante del tribunal de juicio ha intervenido en periodos anteriores del procedimiento. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en los casos “Piersack” y “De Cubber”, admitió los planteos sobre parcialidad del tribunal: en el primer caso, el presidente del tribunal de juicio había formado parte del ministerio publico con facultades de*

Urge, portanto, como consequência lógica, que a imparcialidade objetiva pode restar afrontada quando o juiz participa da investigação preliminar, seja adentrando ao mérito da causa ao resolver questões que clamam por cláusula de reserva jurisdicional, seja tomando verdadeiro impulso na produção de provas, confundindo-se com a figura do Estado-Acusação.

Nesse norte, Giacomolli destaca que além das hipóteses previstas em lei – leia-se de impedimento, suspeição e incompatibilidade – há outras maneiras que o juiz pode estar contaminado e com sua imparcialidade maculada:

É o que ocorre quando o juiz mantém contato com os elementos testemunhais colhidos na fase de investigação, utilizando-os na inquirição e/ou valoração dos prestados na fase do contraditório judicial. Nessa perspectiva, a atuação no processo do mesmo magistrado que decretou medidas restritivas de direitos na fase pré-processual poderá gerar dúvida acerca de sua imparcialidade, por ter examinado a situação fática e jurídica e produzido algum juízo, ainda que provisório, acerca da culpabilidade, fazendo-se mister averiguar o conteúdo das decisões para estabelecer a existência ou não de um juízo prévio.⁷¹

É preciso atentar que o duplo juízo visa excluir o temor de parcialidade que opera principalmente sob a vertente da imparcialidade objetiva pois, conforme será demonstrado no capítulo seguinte, há situação fática objetiva suficiente a recomendar a atuação separada de dois juízes nas fases pré-processual e processual.

*supervisión sobre quienes estaban encargados de las tareas de investigación, a pesar de no haber conocido el caso concretamente en el ejercicio de esa función; en el segundo, uno de los miembros del tribunal había intervenido en el caso anteriormente, como juez de instrucción.”. MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*: fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 755. Também sobre o tema, “por primera vez el problema [derecho humano al juez imparcial] aparece planteado en dos sentencias dictadas por el TEDH en los años 1982 y 1984, en los cuales declara como contraria al derecho a un tribunal imparcial, tal y como aparece reconocido en el artículo 6.1 de la CEDH, la acumulación de competencia, por un mismo juez de las funciones instructora y juzgadora en el proceso penal. Se trata de las sentencias dictadas contra el Reino de Bélgica en el caso Piersack (1º de octubre de 1982) y en el caso De Cubber (26 de octubre de 1984). (...) La doctrina del TEDH habría luego de ser adoptada por el Tribunal Constitucional Español, el cual declaró en sentencia de 12 de julio de 1988 que: “La actividad instructora, en cuanto para el que la lleva a cabo supone entrar en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Y aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible”. LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. *Derecho Procesal Penal Chileno*: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 57/58.*

⁷¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 284.

2.2 Contraditório como Igualdade (ou Originalidade) Cognitiva

Necessário realizar um enfoque do princípio do contraditório para além de sua clássica conceituação, trabalhando, assim, sob a luz de uma nova premissa: do contraditório como igualdade (ou originalidade) cognitiva.

Óbvio que, com isso, não se está a conferir menor importância ao conceito tradicional de contraditório.⁷² Contudo, entende-se que para o presente estudo, é necessário atrever ir adiante.

Michele Taruffo, ao esmiuçar o princípio do contraditório, aponta para o vértice de introdução ao processo de provas contrárias visando a confirmar versão distinta da provas produzidas pela outra parte ou pelo juízo. Segundo o autor,

la deducción de pruebas contrarias tende a ofrecer elementos de confrontación y de contradicción (...) En todo caso, la deducción de pruebas contrarias está destinada a enriquecer el material probatorio sobre el que se basará la decisión y, por tanto, opera en la línea de incrementar la base cognoscitiva de la determinación del hecho.⁷³

Contudo, não nos parece ser suficiente apenas a produção de provas contrárias para o exercício de um efetivo contraditório, quando não recepcionadas pelo juiz com a abertura cognitiva devida.

Atentando-se às mudanças ocasionadas pela figura do juiz das garantias na realidade processual penal brasileira, a conceituação clássica do contraditório como participação – materializadas na informação e reação⁷⁴ -, e como a “*efetiva oferta de reais*

⁷² Sua importância é tamanha que Luigi Ferrajoli coloca o princípio do contraditório (ou da defesa, ou da falseabilidade) como dentro da lista dos 10 axiomas do garantismo penal, mais especificamente no ponto A10 “*nulla probatio sine defensione*”. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 75.

⁷³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 428/429.

⁷⁴ Alguns autores pontuam, como elementos do contraditório, o direito à informação e o direito à participação, sendo este último caracterizado pelos “*termos reação, manifestação, confrontação, contrariedade e contraposição*”. JUNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 133/134. Por oportuno, é de se destacar que o contraditório e a imparcialidade estão umbilicalmente conectados, pois, ao julgador, não cabe se aventurar em atividades de iniciativa probatória, devendo garantir às partes iguais oportunidades de sua produção. Diz-se que “*En este modelo de proceso [contradictorio] el tribunal no podrá procurar por sí las pruebas de las que inferirá su convencimiento, sino que se las deberá procurar el acusador y – si así lo quiere – el acusado; no se admite la posibilidad de un tribunal que se convenza (o no lo logre) por obra de su autoreflexión, sino que exige sea convencido (o no) por obra (y no sólo con el auxilio) de la iniciativa probatoria y la dialéctica argumentativa por aquéllos; no admite un “monólogo” unilateral del juez con la prueba para buscar la verdad, sino que quiere que de procure lograrla por “vía de síntesis”*”. NORES, José I. Cafferata. *Proceso penal y derechos humanos: La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso*

oportunidades para que os litigantes possam pedir, alegar, resistir, provar, argumentar e recorrer”⁷⁵ não se mostra necessariamente ultrapassada, mas necessita de um olhar sob um novo prisma.

Americo Bedê e Gustavo Senna divagam sobre um terceiro elemento do contraditório além da informação e reação:

Modernamente, também se entende que o princípio do contraditório, além de conter os elementos do direito à informação e à participação (direito de manifestação), tem como terceiro elemento o direito de ver seus argumentos considerados, o que traz como inequívoca consequência o dever do julgador de tomar conhecimento, bem como de considerar as argumentações da parte, o que, na essência, deriva do princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.⁷⁶

Ousa-se, contudo, ir além, ao afirmar que para que seja exercido o “direito de ver seus argumentos considerados” e de “considerar as argumentações da parte”, não basta a observância do princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, e sim, a originalidade cognitiva, noutras palavras, um contraditório realizado perante um juiz que não possui suas impressões digitais na investigação preliminar e que *“em nenhum momento compartilhou a perspectiva dos órgãos de persecução penal.”*⁷⁷

Isso porque, o exercício do contraditório pelo acusado na fase processual – tal como é realizado pela sistemática processual penal vigente - se mostra uma ilusão, uma vez que, ao chegar na fase de conhecimento, a *“verdade histórica já foi definida”*, por esse motivo, o contraditório chega *“tarde demais, quando todo o cenário já está montado”*, não passando o contraditório de mero simbolismo, sem efetividade⁷⁸, ante a desigualdade de condições cognitivas entre as partes.

penal argentino. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 129/130. E também *“O regime psicológico da imparcialidade, portanto, depende substancialmente da formação de um cenário processual que permita ao julgador assistir ao diálogo para obter a condição de julgar a fiabilidade das argumentações apostas pelas partes, segundo a coerência narrativa das teses expostas. Isso significa que, como ponto de partida, a imparcialidade está intimamente relacionada à matriz do contraditório, porque foi esta a forma encontrada pelo sistema processual para garantir o controle na atividade retrospectiva do processo.”* MELCHIOR, Antonio Pedro. *Gestão da Prova e o Lugar do Discurso do Julgador: O sinthoma político no Processo Penal democrático*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2012 p. 150.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 88.

⁷⁶ JUNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. Op. cit., p. 131.

⁷⁷ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *O código, as cautelares e o juiz das garantias*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a.46 n. 183 jul./set. 2009. p. 89.

⁷⁸ LOPES JUNIOR, Aury. O problema da “verdade” no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 82.

Ricardo Jacobsen Gloeckner, ao tratar sobre o tema do contraditório sob os auspícios do viés confirmatório e da teoria da dissonância cognitiva, destaca que

A garantia do contraditório permite que as versões contrapostas delimitem todo o ambiente dentro do qual a decisão deverá ser tomada e não o mero fragmento que se acomoda à impressão inicial do julgador. Por isso a relevância de se evitar a introdução do inquérito policial no processo, bem como a necessidade de um juiz de garantias para examinar as decisões da fase de investigação, evitando-se que o juiz da instrução forme sua convicção prematuramente.⁷⁹

Por isso, o modelo do duplo juízo consagrado pelo juiz das garantias visa trazer máxima efetividade ao contraditório sob a vertente da igualdade cognitiva, afastando, assim, o juiz possivelmente contaminado ou que não possui a abertura cognitiva necessária para recepcionar a antítese do mesmo modo que teve para receber a tese acusatória.

⁷⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 280/281.

3. AFASTAMENTO DO JUIZ POSSIVELMENTE CONTAMINADO

O tema do afastamento do magistrado possivelmente contaminado pela resolução de incidentes que clamam pela cláusula de reserva de jurisdição na fase da investigação preliminar da fase processual é digno de um olhar não só sob o prisma jurídico, como também sob o prisma da psicanálise⁸⁰, da psicologia cognitiva e da psicologia social.

O diálogo com matérias de outros ramos das ciências sociais, ciências políticas, medicina contribuem muitas vezes para a própria compreensão de institutos que não podem ser analisados apenas sob a lente da dogmática do direito, sob pena de criação de conceitos voltados apenas ao mundo jurídico, sem respaldo e certificação de efetividade dos outros ramos de pesquisa.

É o que aponta Antonio Pedro Melchior, ao aduzir ser necessário *“Estar imbuído do desejo da pergunta, da busca pela satisfação do conhecimento articulado, fora da feudalização das disciplinas”*.⁸¹

Antes de adentrar nos pontos específicos desse capítulo, cumpre entender um pouco o porquê do emprego do termo “possivelmente” contaminado no título do capítulo. Soa falacioso afirmar que o juiz que atua tanto na fase pré-processual quanto na fase processual estaria inevitavelmente contaminado.⁸² E esse parece ser um dos pontos que mais causou e ainda causa aversão ao instituto do juiz das garantias, notadamente pelos órgãos classistas da magistratura. Mas não é isso que se está a tratar aqui.

⁸⁰ Sobre a importância da importação dos estudos da psicanálise para o direito, leciona Rubens Casara que *“A aproximação entre direito e psicanálise é uma exigência. (...) Todavia, a importância da psicanálise para desvelar os fenômenos jurídicos ainda não foi considerada com a devida importância.”* CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo: Ensaio sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. p. 111.

⁸¹ MELCHIOR, Antonio Pedro. Op. cit., p. 19.

⁸² *“Também não há nenhuma garantia de que o juiz do processo, só porque tomou conhecimento do fato em momento posterior, decidirá com imparcialidade o caso concreto. Do mesmo modo, sofisma quem concluir que o juiz das garantias está desobrigado do referido dever. Entenda-se bem. O que a lei faz, ou melhor, o que o projeto de Código pretende fazer, quanto a um requisito essencial de validade da decisão judicial, o princípio de imparcialidade, é oferecer condições que facilitem a sua observância. É o máximo que se consegue.”* SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Op. cit., p. 90. Lembrando que como a obra do autor data de 2009, está a se referir ao juiz das garantias dentro do projeto de novo código de processo penal, e não o juiz das garantias tal qual aprovado no “Pacote Anticrime”.

O que se tem é que, a partir de pesquisas, experimentos e estudos empíricos, pôde-se inferir que há uma possível quebra da imparcialidade quando da atuação na fase pré-processual e processual, ocorrida de maneira inconsciente, que aconselharia a divisão de tarefas entre dois magistrados, pois o julgador, parafraseando Nietzsche, é humano, demasiadamente humano.⁸³

Por isso, se encaixa como uma luva o termo cunhado por Julio B. J. Maier, ao tratar sobre um “temor de parcialidade”. É disso que se trata. Há, cientificamente, um temor de parcialidade – ou temor de quebra da imparcialidade – que leva à aplicação do bom e velho dístico “melhor prevenir do que remediar”.

E o ordenamento jurídico parece caminhar nesse sentido. Há qualquer demonstração cabal que as hipóteses de impedimento (artigo 252 do CPP) e suspeição (artigo 254 do CPP) efetivamente geram a parcialidade do magistrado ao analisar um caso?

Se um parente por afinidade de terceiro grau do juiz tiver atuado como auxiliar da justiça (artigo 252, inciso I do CPP) seria ele comprovadamente parcial ao julgar o feito? Refutamos que não. Então como se justifica essa disposição legal? O temor de parcialidade, ou seja, situações objetivas ou subjetivas que podem levar, hipoteticamente, à quebra da imparcialidade.

Por isso, indaga Julio B. J. Maier que

Cualquiera que sea la proximidade al ideal de la imparcialidade del catálogo de las llamadas causales de exclusión que las leyes enumeran, incluso su acierto o desacierto según la mayor o la menor proximidade o la ausencia de tal proximidade, todos los casos genéricos o motivos de exclusión de jueces están referidos a la misma razón genérica o se miden según ella para establecer su acierto o desacierto. Esa razón genérica es el

⁸³ Urge afastar a figura de um juiz de virtudes e características sobrehumanas, pois “Sabemos que a nossa personalidade não se institui como um bloco uniforme e maciço; pelo contrário, no mesmo indivíduo coexistem aspectos contraditórios e diferentes identidades parciais, pois todo adulto conserva um tanto da criança que ele foi. Dessa forma, subjacente ao seu lado forte, podem estar ocultos núcleos de timidez e de fragilidade e, da mesma forma, um caráter automaticamente fundado em uma rígida disciplina e moral, não exclui a presença de sentimentos bem contrários e opostos a estes; e assim por diante. Acontece que na pessoa do magistrado essa natural ambivalência e ambitendência fica complicada. A própria semântica da palavra magistrado traz implícita uma exigência de virtudes extraordinárias e de perfeição irrepreensível. Como isso é impossível de ser plenamente atingido, pois como seres humanos que são os magistrados, também terão, em grau maior ou menor, inevitáveis falhas, limitações, fraquezas e pecadilhos.” ZINERMAN, David. E. *A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional. A crise do magistrado*. In: THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. vol. 4, 2006. p. 140.

temor de parcialidad en el juez investido para juzgar, pues su situación personal respecto del caso – de sus protagonistas, de su objeto – puede instalar en él, com o sons u concurso voluntario, intereses, prejuicios o conocimientos especiales (no obtenidos mediante el rito que la ley procesal penal establece para ello) que, de otra manera, no existirían. (...) De tal manera, el temor de parcialidad es um motivo genérico de exclusión de un juez, siempre que quien lo esgrima, alguien interesado en el procedimiento y su solución, demuestre la situación especial en la cual se halla el juez y su relación com la sospecha de parcialidad.⁸⁴

Posição muito semelhante é adotada por Alberto Bovino, ao asseverar que o legislador, quando regula as causas de suspeição/impedimento do juiz,

no expresa ningún juicio sobre la actuación parcial concreta de algún juez, sino que, por el contrario, a través de las causales expresa, precisamente el temor del legislador de que, en esas situaciones, el juez pueda actuar parcialmente frente al caso sometido a su decisión, por las diversas circunstancias enumeradas en la ley.⁸⁵

Essa aparenta ser a maneira correta de tratar o tema, e indica que, caso ela fosse assim levada, teriam muito mais adeptos – ou, pelo menos, menos opositores – a um instituto tão importante quanto o juiz das garantias.

3.1. Uma Breve Introdução Sobre a Importância do Estudo da Tomada de Decisão

A tomada de decisão é um aspecto de suma importância a ser estudado para análise da efetividade da figura do juiz das garantias. Ora, o processo penal se materializa em sucessivas decisões tomadas por parte do magistrado, por exemplo, desde uma homologação de prisão em flagrante até um decreto condenatório.

Tendo em vista essa cadeia de tomadas de decisão – atualmente todas incumbidas ao mesmo magistrado, ou melhor, ao magistrado prevento – traz uma série de situações

⁸⁴ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: parte general: sujetos procesales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. p. 558/559.

⁸⁵ BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 59. E também, César San Martín Castro afirma que “*la imparcialidad tiene um carácter decididamente subjetivo pues está em función a la presencia de circunstancias ajenas al cumplimiento de la función por el juez en un caso determinado (Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, sentencia de Corte IDH de 05-08-08). Lo que hace la ley es objetivar y, como tal, establecer uma relación de situaciones que pueden constatarse objetivamente, em virtude de las cuales el juez se convierte en sospechoso de parcialidade – causas de inhibición y recusación, que inciden em la capacidade subjetiva del órgano jurisdiccional*”. CASTRO, César San Martín. Op. cit., p. 133.

que podem, no mínimo, gerar uma possível situação de quebra de imparcialidade, ainda que inconscientemente, pois, nos esclarece Denise Luz e Leon Murelli Silveira que

A psicanálise explica que o envolvimento na investigação implica em um investimento psíquico na tarefa inquisitiva. Isso acarreta em construções racionais e atribuições de valores e afetos na tomada de decisão. Todas essas representações são internalizadas e negadas ao se tentar exercitar a neutralidade em um esforço consciente, mas podem emergir como conteúdos inconscientes deslocados a engatilhar mecanismos de defesa que tornam o juiz predisposto a continuar a linha de afetos, pensamentos e investimentos pulsionais que traz da investigação: a tese da acusação criada na inquisição.⁸⁶

Daí a importância salutar do presente tópico.

Contudo, não se está aqui a apontar a tomada de decisão como uma teoria própria do processo penal, e sim, no âmbito mais geral da própria conduta humana, conforme nos ensina Ricardo Jacobsen Gloeckner, ao aduzir que

A teoria da decisão penal não se constitui como um ramo diversificado da decisão humana. Notadamente, a decisão jurídica deve ser contemplada a partir dos mesmos vetores que guiam a teoria da decisão, juntamente com os problemas que conduzem a decisões “bloqueadas” ou “cegas”, sujeitas a distorções cognitivas.⁸⁷

A própria teoria da tomada de decisão passou por grandes mudanças ao longo dos anos. O outrora modelo clássico de decisão racional – sumamente aplicado na disciplina de economia, mas com grande alastro nas ciências sociais, comportamentais, medicina e direito – disciplinava que o “*rational actor*” (*i.e. the typical person*) *chooses what options to pursue by assessing the probability of each possible outcome, discerning the utility to be derived from each, and combining these two assessments*”, sendo a opção escolhida a que melhor combinasse os fatores probabilidade e utilidade.⁸⁸

Sob a luz desse modelo, os erros de julgamento eram atribuídos à duas fontes, “(a) *accidental errors due to problems with information of which the perciever was*

⁸⁶ LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. *A Angústia de Decidir e o Juiz das Garantias no Projeto de Reforma do CPP: Uma importante Contribuição da Psicanálise para o Direito*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister, dez./jan. 2013, v. 51. p. 16.

⁸⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., p. 274/275.

⁸⁸ GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale. Introduction – Heuristics and Biases: Then and Now. In: KAHNEMAN, Daniel; GRIFFIN, Dale; GILOVICH, Thomas. *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgement*. Cambridge University Press, 2002. p. 1.

presumably unaware; and (b) errors which resulted from the irrational motives and needs of the perceiver.”⁸⁹

Contudo, com o passar das décadas, crescentes evidências emergiram sugerindo que as decisões das pessoas são menos racionais e completas do que se imaginava, bem como que nem todos os erros podiam ser atribuídos a fatores motivacionais. Essa mudança de panorama levou à revisão da compreensão sobre o sistema cognitivo, sendo as pessoas, agora, vistas com capacidades limitadas e capazes de lidar com apenas pequenas quantidades de dados por vez.⁹⁰

Com isso, foi possível descobrir diversos fatores que influem na tomada de decisão humana e que se manifestam, na maioria das vezes, de maneira inconsciente, sendo, no entanto, verdadeiros busílis para as escolhas realizadas.

O presente estudo pretende direcionar os holofotes para os dois principais fatores que trazem íntima conexão com o que se pretende atingir com o duplo juízo, a saber, a teoria da dissonância cognitiva e a utilização de heurísticas e vieses na tomada de decisão, sem sonegar outros fatores menos importantes, mas que também são dignos de nota.

3.2. O Que Nos Ensina a Teoria da Dissonância Cognitiva?

Não é qualquer novidade no ramo da psicologia – e seus diversos sub-ramos – a busca, ou melhor, o esforço que todo indivíduo realiza para que seja instalado ou mantido um estado de coerência consigo mesmo.

Essa atitude visa, primordialmente, manter o que se convencionou chamar de consonância cognitiva, em flanco oposto à tão indesejada dissonância cognitiva.⁹¹

Sem dúvidas, o primeiro autor a realizar um estudo aprofundado sobre o tema foi Leon Festinger, a partir de duas hipóteses básicas: “*I. A existência de dissonância, ao ser*

⁸⁹ TAYLOR, Shelley E. The availability bias in social perception and interaction. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge University Press, 1982. p. 190.

⁹⁰ TAYLOR, Shelley E. Op.cit., p. 190/191.

⁹¹ Leon Festinger utiliza como sinônimos os termos “incoerência” com “dissonância” e “coerência” com “consonância”. FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 12.

*psicologicamente incômoda, motivará a pessoa a tentar reduzi-la e realizar consonância”; e, ato contínuo, “2. Quando a dissonância está presente, a pessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância”.*⁹²

Significa dizer que o fenômeno da consonância cognitiva age com o fito de eliminar ou reduzir a dissonância, sendo certo que, por ser um processo básico dos seres humanos, manifesta-se de diversas maneiras e em diversos contextos.⁹³

Isso porque, a ocorrência da dissonância é algo cotidiano, haja vista que pouquíssimas situações são 100% coerentes e cujas condutas ou opiniões sejam ausentes de qualquer contradição, sendo, no mais das vezes, quase inevitável sua ocorrência.⁹⁴

Quiçá despidendo mencionar que, para o presente trabalho, o ponto mais importante a ser explorado será a relação da consonância/dissonância cognitiva com a tomada de decisão do julgador, de modo a corroborar a finalidade do juiz das garantias de dividir em dois magistrados a atuação na fase pré-processual e processual.

Dois aspectos de elevada importância a serem divagados para a melhor compreensão do tema são os da magnitude da dissonância e da eliminação/redução da dissonância. É óbvio ululante que nem todas as dissonâncias possuem magnitudes ou intensidades semelhantes. Assim,

Se dois elementos são dissonantes entre si, a magnitude da dissonância será uma função da importância dos elementos. Quanto mais esses elementos forem importantes ou de valor para a pessoa, maior será a magnitude da dissonância entre eles⁹⁵

Quanto à redução, já nos foi destacado que a presença de dissonância gera ações para sua eliminação ou, caso não possível, sua redução. Resta saber: quando será o caso de eliminação ou somente de redução de dissonância?

Leon Festinger leciona que

Em geral, se existe dissonância entre dois elementos, essa dissonância pode ser eliminada se um desses elementos for mudado. O ponto importante é como tais mudanças poderão

⁹² FESTINGER, Leon. Op. cit., p. 12

⁹³ Ibid. p. 12.

⁹⁴ Ibid. p. 14.

⁹⁵ Ibid. p. 23/24.

ser realizadas. Existem várias maneiras possíveis de fazê-las, dependendo do tipo de elementos cognitivos envolvidos e do contexto cognitivo total.⁹⁶

Pensa-se, agora, o que ocorre em um processo criminal. A existência de duas partes em polos opostos e uma supra partes (juiz) já demonstra que o tabuleiro está preparado para a ocorrência de uma relação antagônica de informações levadas ao juiz.

Como ocorre na grande maioria das vezes, temos a acusação aduzindo, por exemplo, que “o acusado Fulano incorreu na prática do crime de roubo simples (artigo 157 do Código Penal) e, portanto, deve ser condenado à pena cominada na lei” e a defesa a contra-argumentando, afirmando ser o acusado Fulano inocente.⁹⁷ Logo, observa-se que o acusado Fulano não pode ser, ao mesmo tempo, culpado e inocente.

Mas como esses fatos são levados a conhecimento para o juiz? Na atual sistemática processual penal brasileira, a primeira informação que chega ao juiz é, inevitavelmente, trazida pela acusação, seja com o oferecimento de denúncia, seja com pedidos que afastem direitos fundamentais ainda na fase pré-processual.

É dizer que a informação acusatória chega ao juiz e pode criar em seu inconsciente uma linha de raciocínio que, ao se deparar *a posteriori* com a antítese acusatória, poderá engendrar esforços para a manutenção do conforto cognitivo, seguindo a primeira linha endossada.

Não é forçoso concluir, portanto, que as teses acusatórias e defensivas são dissonantes por natureza, e de magnitude intensa, com remota possibilidade de

⁹⁶ Ibid. p. 26. Dentre uma das maneiras possíveis, elenca o autor sobre a adição de novos elementos cognitivos. Em seus dizeres, “*Mas ainda que seja impossível eliminar a dissonância, há sempre a possibilidade de reduzir-lhe a magnitude total pela adição de novos elementos cognitivos. Assim, por exemplo, se existir dissonância entre alguns elementos cognitivos respeitantes aos efeitos do fumo e a cognição referente ao comportamento de continuar a fumar, a dissonância total poderá ser reduzida mediante a adição de novos elementos cognitivos que são consonantes com o fato de se fumar. Logo, na presença de tal dissonância, poder-se-á esperar que a pessoa busque ativamente novas informações que reduzam a dissonância total e, ao mesmo tempo, evite novas informações que reduzam a dissonância total e, ao mesmo tempo, evite novas informações suscetíveis de aumentar a dissonância existente. Assim, para continuar com o mesmo exemplo, a pessoa buscará e lerá, sofregamente qualquer material crítico da pesquisa que se propuser demonstrar a nocividade do fumo para a saúde. Ao mesmo tempo, evitará ler o material que elogie essa pesquisa. (Se a pessoa entrar inevitavelmente em contato com o segundo tipo de material, a sua leitura será severamente crítica).*”. Ibid. p. 28.

⁹⁷ Diz-se na maioria das vezes pois se considera as teses defensivas no sentido não de contrapor a tese acusatória, e sim de somente reduzir danos ao réu, por exemplo, confessando a prática de um crime, mas pedindo o afastamento de uma qualificadora ou reconhecimento de uma causa especial de diminuição de pena.

eliminação, o que demanda do juiz uma função (im)possível de conciliar ambas as formulações com a mesma abertura cognitiva, pois

Uma pessoa iniciaria uma discussão com alguém que ela pensa estar de acordo com o novo elemento cognitivo, mas evitaria a discussão com alguém que estivesse de acordo com o elemento que ela está tentando mudar. Uma pessoa expor-se-ia a fontes de informação que, segundo ela espera, adicionariam novos elementos capazes de aumentar a consonância, mas certamente evitaria as fontes que aumentassem a dissonância.⁹⁸

Apesar de ser, a princípio, inevitável a dissonância cognitiva na tomada de decisão⁹⁹, é certo que alguns fatores a catalisam, como, por exemplo, a sucessiva tomada de decisões pelo mesmo julgador sobre os mesmos fatos.

Sendo o processo judicial, como deveras exposto, um série de atos concatenados e decisões intermediárias com vistas a prolação de uma decisão final (sentença), todas dirigidas pelo mesmo magistrado, pode ocorrer o que convencionou se chamar de efeito congelamento da decisão, pois: *“O resultado final seria que, tendo tomado a decisão e empreendido a ação consequente, o indivíduo começará a alterar a cognição de modo que as alternativas que antes eram quase igualmente atraentes deixem de sê-lo”*, ocorrendo, assim, um congelamento ou estabilização da primeira decisão tomada.¹⁰⁰

Ademais, a própria ideia de repetição – na hipótese vertente, repetição de decisões em desfavor do investigado/acusado - induz ao conforto cognitivo, pois, obviamente, todas seguem a mesma linha de raciocínio (constatação de indícios de autoria e materialidade etc.).

Segundo Daniel Kahneman, tal assertiva é corroborada a partir de uma demonstração conduzida nos jornais estudantis da Universidade de Michigan e na Universidade Estadual de Michigan. Em curtas linhas, pelo período de algumas semanas, palavras turcas – ou de aparência turca - de difícil pronúncia foram expostas em um anúncio na primeira página do jornal, umas com mais frequência e outras com menos frequência, em uma variação de 01 (uma) a 25 (vinte e cinco) vezes, sendo certo que não havia qualquer explicação para referidos anúncios publicitários.

⁹⁸ FESTINGER, Leon. Op. cit., p. 35. E sacramenta: *“Se existe pouca ou nenhuma dissonância, não será de esperar a mesma espécie de seletividade na exposição a fontes de apoio ou a fontes de informação”*. Ibid. p. 35.

⁹⁹ Ibid. p. 40.

¹⁰⁰ Ibid. p. 38.

Após, foram enviados questionários às comunidades universitárias a respeito das boas ou más impressões sobre as palavras. Nos dizeres de Daniel Kahneman, *“Os resultados foram espetaculares: as palavras que foram apresentadas com maior frequência receberam classificações muito mais favoráveis do que as palavras que foram apresentadas apenas uma ou duas vezes”*, sendo tal descoberta confirmada por vários outros experimentos, *“usando caracteres chineses, rostos e polígonos de formatos aleatórios”*.¹⁰¹

A dissonância cognitiva não é uma doença incurável, pois é possível a revogação psicológica da decisão anteriormente tomada. Contudo, Leon Festinger aponta que a referida revogação consistiria em admitir que se fez uma escolha errada, logo, se trata de um raro modo de eliminação da dissonância cognitiva, eis que repõe a pessoa em conflito.¹⁰²

Segundo Ricardo Jacobsen Gloeckner,

a teoria da dissonância cognitiva trata com relações entre objetos e preferências, a partir do quadro de experiência acumulado pelo intérprete. Um evento que confirma as pressuposições e que faz parte, assim, do conjunto de expectativas do intérprete produz um sentimento de consonância. Quando alguém, por exemplo, encosta sua mão no fogo e se queima, ocorre uma relação de consonância entre o intérprete e aquela situação vivida. Entretanto, quando, por exemplo, encosta a mão no fogo e por algum motivo não se queima, ocorre uma situação de dissonância, geradora de intenso mal-estar, uma vez que o evento acaba fraturando o conjunto de experiências acumuladas pelo sujeito, que pressuporiam um acontecimento diverso.¹⁰³

Os efeitos produzidos pela dissonância cognitiva são dignos de destaque, eis que a pessoa praticará, inconscientemente, ações visando justamente a redução desse desconforto, de modo a manter a consonância cognitiva, o que se encaixa como uma luva nos efeitos que o duplo juízo visa evitar.

3.3. A Ocorrência de Heurísticas e Vieses na Tomada de Decisão

¹⁰¹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar*: Duas Formas de Pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 51/52. [Livro digital]

¹⁰² FESTINGER, Leon. Op. cit., p. 46/47.

¹⁰³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., p. 276.

A psicologia cognitiva vem demonstrando que em muitos casos decidimos com bases em heurísticas¹⁰⁴, como técnicas de simplificação do raciocínio que ignora uma parte relevante para decidir de forma mais fácil e rápido.

Porém, seriam as heurísticas e vieses uma ação deliberada ou automática da pessoa? Respondendo a essa questão que causou certa confusão no meio acadêmico, Dale Griffin e Thomas Gilovich indagam que os estudos empíricos demonstram se tratar de ação automática, deixando de lado a possibilidade de ser uma estratégia da pessoa a sua utilização.¹⁰⁵

Pois bem.

Os vieses podem se manifestar de diversas maneiras, sendo, para o presente estudo, o viés da confirmação (*confirmation bias*) provavelmente o mais importante e contundente na defesa do juiz das garantias. O viés de confirmação pode ser caracterizado como uma “*tendência confirmatória da decisão que pode ser definida como um atalho cognitivo ou heurístico que simplifica determinadas funções inferenciais.*”¹⁰⁶

Atua, portanto, de maneira a conferir maior desprestígio ou análise menos meticulosa de informações levantadas que se apresentam como verdadeiras antíteses das informações inicialmente coletadas, sendo, portanto, intimamente conectada com a ideia de dissonância (ou desconforto) cognitivo que as informações contrárias produzem no sujeito.¹⁰⁷ Nesse particular,

¹⁰⁴ As três principais heurísticas que são empregadas em julgamentos sob incertezas são assim descritas por Amos Tversky e Daniel Kahneman: “(i) *representativeness, which is usually employed when people are asked to judge the probability that an object or event A belongs to class or process B*; (ii) *availability of instances or scenarios, which is often employed when people are asked to assess the frequency of a class or the plausibility of a particular development*; and (iii) *adjustment from an anchor, which is usually employed in numerical prediction when a relevant value is available. These heuristics are highly economical and usually effective, but they lead to systematic and predictable errors. A better understanding of these heuristics and of the biases to which they lead could improve judgments and decisions in situations of uncertainty.*” TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge University Press, 1982. p. 20.

¹⁰⁵ GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale. Introduction – Heuristics and Biases: Then and Now. In: KAHNEMAN, Daniel; GRIFFIN, Dale; GILOVICH, Thomas. *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgement*. Cambridge University Press, 2002. p. 04.

¹⁰⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., p. 275.

¹⁰⁷ Shelley E. Taylor ilustra que “*if there is a bias in the formation of a judgment, it may turn lead to a bias in maintaining that judgment via the cognitive structure (in this case, a stereotype) that is formed. These hand-in-glove or complimentary biases can, as a consequence, be highly resistant to counterevidence.*” TAYLOR, Shelley E. The availability bias in social perception and interaction. In: KAHNEMAN, Daniel;

A explicação mais comum para este tipo de processo [viés de confirmação] é a de que a exposição à informação que contradiz crenças ou atitudes de alguém acarreta a inconsistência cognitiva, que por seu turno, produz sentimentos de aversão e dissonância. (...) Aqui se encontra campo fértil para a teoria da dissonância cognitiva, explorada por Festingeren [sic].¹⁰⁸

Dito viés causa uma inclinação do julgador em direção às suas primeiras impressões da causa e decisões tomadas, e faz com que busque a confirmação desses pré-juízos, sonegando as informações e provas que podem infirmar a tese mentalmente construída.¹⁰⁹

E o viés da confirmação é catalisado, como já apontado alhures, pela necessidade de sucessivas decisões a serem tomadas pelo juiz, sendo, portanto, possível concluir que a “*procura pela redução de dissonância acarreta a tomada de decisão de forma coerente com aquela primeira decisão*”¹¹⁰, ou seja, segue-se, *a priori*, o mesmo norte trilhado pela primeira decisão, sustentando, assim, o conforto cognitivo do julgador.

Nessa tenda, após uma decisão, a título exemplificativo, de decretação da prisão preventiva ainda na fase pré-processual, na qual foi necessário adentrar em aspectos como indícios de autoria e materialidade, bem como dos requisitos autorizadores da decretação da prisão, o viés da confirmação nos mostra que a tendência será a sustentação dessa decisão e dos motivos que a fundamentaram na próxima decisão (por exemplo, recebimento de denúncia) e assim sucessivamente, até o desenrolar final do processo com a sentença, que, nesse particular, provavelmente se manifestará em decreto condenatório.

Em escólio muito elucidativo, prossegue Ricardo Jacobsen Gloeckner afirmando que o viés da confirmação se manifesta sob a forma de dois mecanismos: “*a) primeiramente, na seleção da informação considerada relevante (aquela que confirma a crença); b) uma interpretação preferencial da informação disponível*”.¹¹¹

Considerando que as informações trazidas para o juiz no primeiro momento que toma contato com uma investigação ou processo são sempre produzidas de modo unilateral pelos órgãos de persecução, sem a presença de um contraditório efetivo – ou às

SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge University Press, 1982. p. 200.

¹⁰⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., p. 275/276.

¹⁰⁹ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 182/183.

¹¹⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., p. 276.

¹¹¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., p. 276/277.

vezes, sem a presença de qualquer contraditório – mostra-se a possibilidade de utilização de heurísticas para caminhar sempre no sentido do primeiro contato realizado, em detrimento, de modo inconsciente, às novas informações trazidas pela defesa técnica – que são informações dissonantes por excelência -, pois contraditam a tese acusatória inauguralmente apontada.

Maior relevância ganha o tema quando se está a tratar de vieses que transbordam em muito a esfera de ordem pessoal do julgador, afetando terceiros que acabam sendo prejudicados ante nosso desconhecimento sobre o tema, por isso, *“When we are in position of power, such as professor assigning grades to students, or employers screening job applicants, we should be especially humble about the potential for biases”*.¹¹²

Refinando o argumento: a instituição do juiz das garantias retira do magistrado essa hercúlea tarefa de tomar sucessivas decisões se mantendo aberto cognitivamente às teses e antíteses apresentadas, bem como revoga o dispositivo correlato à prevenção (artigo 83 do CPP¹¹³), dispositivo este que só corrobora a ocorrência de heurísticas e vieses.

3.4. Demais Aspectos Psicológicos que Corroboram a Necessidade do Duplo Juízo

Ultrapassados os dois principais aspectos que podem influir na tomada de decisão, cumpre-nos trazer a colação outras teorias que, de maneira menos contundente e explorada, corroboram a defesa acerca da utilização do duplo juízo. Prossegue-se.

Conforme descreve David. E. Zimernan, para a formação de um juízo crítico, são necessários uma série de fatores, conscientes e inconscientes: *“os valores impostos pelo*

¹¹² WILSON, Timothy D.; CERTERBAR, David B.; BREKKE, Nance. Mental Contamination and the Debiasing Problem. In: KAHNEMAN, Daniel; GRIFFIN, Dale; GILOVICH, Thomas. *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgement*. Cambridge University Press, 2002. p. 195.

¹¹³ Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).

Superego; as funções do Ego de Percepção, Pensamento e Discriminação; o mecanismo de Identificação; o tipo básico de personalidade; a Ideologia pessoal do Juiz.”¹¹⁴

Fato é que não somos capazes de controlar aspectos inconscientes de nosso ego que, infalivelmente, emergirão em algum momento. E quando o juiz é chamado a atuar na fase preliminar, observando somente o lado da acusação - fruto da ausência de contraditório no procedimento -, sua interpretação da realidade poderá ser influenciada pelos argumentos da acusação, pois internaliza sua percepção sobre o caso sendo analisado, das responsabilidades e envolvimento dos agentes integrantes do polo passivo.¹¹⁵

Então, após inúmeras decisões no plano pré-processual, com o deferimento de várias medidas de caráter restritivo aos direitos fundamentais do investigado e, quiçá, inclusive a decretação de prisão temporária ou preventiva, torna-se uma tarefa muito árdua para o juiz, dedicado ao trabalho e inspirado pelos ditames da justiça, a conscientização de que todas essas medidas podem ter, de algum modo, afetado um investigado que, na verdade, era inocente.¹¹⁶

Esclarecem os autores supramencionados que, nessa fase de tentativa de conscientização que o sujeito é na verdade inocente, o juiz

para proteger o aparelho psíquico desse sofrimento insuportável, o ego lança mão do mecanismo de defesa que age inconscientemente, livrando o sujeito (juiz) da angústia; Então, ele desloca a importância de representação para confirmar a correção da medida anterior, a prisão, no exemplo dado, permitindo ao sujeito-juiz se autoabsolver, mediante a convicção de ter adotado a medida correta e ter sido justo. Com isso, não concede o benefício da dúvida ao acusado, e, sem saber, faz talho da presunção de inocência.¹¹⁷

Daí entra o quadro mental paranoico do juiz, decorrente da busca pela prova que confirme a hipótese psicológica inicialmente abraçada.¹¹⁸

¹¹⁴ ZINERMAN, David. E. *A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional. A crise do magistrado*. In: THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. vol. 4, 2006. p. 132.

¹¹⁵ LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. Op. cit., p. 23/24.

¹¹⁶ LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. Op. cit., p. 26.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ MELCHIOR, Antonio Pedro. *Gestão da Prova e o Lugar do Discurso do Julgador: O sintoma político no Processo Penal democrático*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2012 p. 153. Ato contínuo, dispõe que “Impedir que o julgador tome parte deste quadro mental paranoico, ou pelo menos, evitar ao máximo que isto ocorra é o ponto central do sistema. O princípio acusatório tem na gestão da prova o seu mais fundamental elemento de estrutura porque não pode conviver

Outro aspecto interessante a possivelmente influir na psique do magistrado é a libido, entendida como a “*energia das pulsões sexuais (força que exerce pressão no aparelho psíquico)*”.¹¹⁹

Contudo, as pessoas podem investir a libido em outras situações alheias à sua sexualidade. Exemplo dessa situação é a de uma autoridade policial, que investe a sua libido no trabalho e, após se debruçar muito sobre uma investigação, obtém o gozo através da condenação do agente investigado por ele.¹²⁰

O juiz também não está imune a esse fenômeno. Isso porque

Do mesmo modo que o policial, o juiz que se envolve no inquérito não está imune a esse fenômeno, precisando empregar um esforço psíquico em negar-se esse gozo para oferecer, substancialmente, e não como mera formalidade, igual oportunidade de defesa ao réu. (...) se ao encerrar o processo, o juiz puder confirmar que a decisão de prender e manter preso foi acertada e justa, ele tende a obter o gozo, a sensação prazerosa de satisfação pelo “dever cumprido”. Ao contrário, a constatação de que a decisão de mandar prender possa ter sido equivocada e injusta, exige do aparelho psíquico que negue o gozo a si mesmo, que se autoimponha o desprazer, a frustração.¹²¹

Em assim sendo, a absolvição do acusado pode demonstrar a falibilidade do Estado-Juiz o que, para sujeitos que se auto exigem muito, pode demonstrar um ataque à sua imagem.¹²²

Disso decorre que se reputa apropriado afastar o juiz atuante na fase pré-processual da fase de conhecimento, pois “*ninguém consegue passar imune a si mesmo, nem o juiz*”.¹²³

Outra contribuição que dialoga com outras ciências e merece destaque é o efeito primazia da realidade, caracterizado como a revelação de que as informações posteriores sobre um indivíduo:

com a possibilidade, qualquer que seja, de que o julgador percorra o caminho da instrução probatória no desejo de justificar uma decisão que já tomou. Um perigo abstrato já é mais do que suficiente.” Ibid. p. 155.

¹¹⁹ LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. Op. cit., p. 27.

¹²⁰ Ibid. p. 28/29.

¹²¹ LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. Op. cit., p. 29.

¹²² Ibid. p. 30.

¹²³ Ibid. p. 33.

são, em geral, consideradas no contexto de informação inicial recebida, sendo esta a responsável pelo direcionamento da cognição formada a respeito da respectiva pessoa e pelo comportamento que se tem para com ela.¹²⁴

A função do juiz que atua na fase preliminar e julga o feito não corresponde a um acúmulo de papéis, e sim a um conflito de papéis, pois o juiz que atua na investigação preliminar constrói uma imagem mental sobre os fatos e, ao receber a denúncia, incorre inevitavelmente em prejulgamento.¹²⁵

Isso porque toda pessoa, incluindo o magistrado

procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. A tese de defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz à (molesta) dissonância cognitiva. Como consequência existe o efeito inércia ou perseverança, de autoconfirmação das hipóteses, por meio de busca seletiva de informações.¹²⁶

Pelo efeito inércia ou perseverança, compreende-se um mecanismo de autoafirmação das hipóteses, supervalorizando informações obtidas anteriormente - como na investigação preliminar - e as considerando como corretas. Já a busca seletiva de informações é entendida como a busca de informações que confirmem as hipóteses previamente aceitas pelo juiz, que gera o efeito confirmador-tranquilizador em sua pessoa.¹²⁷

Sobre o tema, Bernd Schünemann leciona que uma série de experimentos da psicologia social demonstram que, de acordo com referido efeito, *“el juez no valora más de modo estrictamente neutral el resultado de la prueba del juicio oral, sino de forma asimétrica, desfigurada, en dirección a la hipótesis de la acusación”*. E prossegue o renomado autor afirmando que *“este mecanismo, que ha sido denominado muy acertadamente la propia confirmación de la hipótesis, se da inconscientemente, por eso no puede ser evitado por el deber de objetividad.”*¹²⁸

¹²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. Op. cit., p. 19.

¹²⁵ Ibid. p. 21.

¹²⁶ Ibid. p. 22.

¹²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. Op. cit., p. 21.

¹²⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Editorial Dykinson, S. L. p. 37.

Em tempo, mas não menos importante, é imperioso realizar uma última divagação dentro do presente tópico, agora com foco na recepção de evidências unilaterais diante da ausência de contraditório na fase pré-processual.

A recepção de evidências de maneira unilateral gera o que Daniel Kahneman cunhou de “*WYSIATI – what you see is all there is*”. No estudo, realizado para analisar a ocorrência de conclusões precipitadas com base em evidências limitadas, o autor descreve um experimento realizado na Universidade de Stanford, em que todos os participantes foram expostos a uma sinopse de um caso referente a uma detenção arbitrária, e, após, cada grupo recebia as informações do advogado de apenas uma das partes, sendo certo que alguns participantes recebiam as informações dos dois lados. Como resultado,

Os participantes tinham plena consciência do arranjo, e os que escutavam apenas um lado poderiam facilmente ter produzido o argumento para o outro lado. Entretanto, a apresentação de evidência unilateral tinha um efeito bem pronunciado nos vereditos. Além do mais, os participantes que viam evidência unilateral mostravam maior confiança em seus vereditos do que aqueles que viam ambos os lados. Isso é exatamente o que seria de se esperar se a confiança que as pessoas sentem é determinada pela coerência da história que conseguem construir a partir da informação disponível. É a consistência da informação que importa para uma boa história, e não sua completude. Na verdade, você muitas vezes vai descobrir que saber pouco torna mais fácil ajustar tudo que você sabe em um padrão coerente. WYSIATI facilita a conquista de coerência e do conforto cognitivo que nos leva a aceitar uma afirmação como verdadeira.¹²⁹

Resta evidente, pois, diante dos diálogos com as outras ciências, notadamente a psicanálise, a psicologia social e a psicologia cognitiva, como de boa medida a instalação no Brasil da figura do duplo juízo, incumbindo a fase pré-processual ao juiz das garantias e a fase processual ao juiz natural da causa, uma vez que não é forçoso concluir que há um concreto temor de parcialidade que pode atingir o magistrado que atua em ambas as fases.

¹²⁹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 64/65. [Livro digital]

4. A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS

4.1. O Código de Processo Penal e o Ranço Inquisitório

O sistema processual penal de um país é um reflexo direto do seu modelo de governo, por este motivo, analisar o governo autoritário de Getúlio Vargas (Estado Novo – 1937/1945) é pressuposto necessário para compreender o CPP. Contudo, fazer um breve introito sobre o Estado Novo para, após, posicionar em evidência a matriz autoritária do nosso diploma processual penal é tarefa deveras complicada, diante da enorme complexidade do período em referência.

Inobstante, começar com uma passagem do Ministro da Justiça e Negócios Interiores – e principal jurista responsável pelo Estado Novo -, Francisco Campos, é um bom ponto de partida, não só pela eloquência e didática dos seus discursos, mas também pela sua tamanha importância no cenário sobredito.¹³⁰

Nos dizeres do Ministro,

O novo Estado Brasileiro resultou de um imperativo de salvação nacional. (...) Identificado com o destino da Pátria, que salvou em horas de extremo perigo e engrandeceu no maior dos seus governos, o Sr. Getúlio Vargas, quando se impôs aquela decisão, não faltou ao dever de tomá-la, enfrentando as responsabilidades, mas também revestindo-se da glória de realizar a grande reforma que, pela primeira vez, integra o país no senso das suas realidades e no quadro das suas forças criadoras.¹³¹

Após enfáticas críticas aos regimes anteriores, às instituições¹³², caracterizando o antigo Estado como “terra de ninguém”, à mercê dos imperialismos estaduais, Francisco Campos salienta que o Estado Novo nasce como uma “imposição da ambiência social e política”, com vistas a pôr fim aos males do Antigo Regime. O autoritarismo do Estado

¹³⁰ Nélson Jahr Garcia, na apresentação do livro de Francisco Campos “O Estado Nacional”, ressalta que o Ministro “foi o principal coordenador da feitura do arcabouço jurídico em que se apoiou o Estado Novo, incluindo a Carta Constitucional de 1937 (da qual foi quase autor exclusivo) e da reforma dos principais Códigos e Leis da época”. CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: CPDOC, 2002. p. 05.

¹³¹ CAMPOS, Francisco. Op. cit., p. 55/56.

¹³² Muito interessante o tratamento que Francisco Campos confere ao Parlamento: como um Poder inútil, que só atrapalha e que, diante da divergência de vozes, não consegue firmar nenhum programa político. Não por coincidência, o descrédito aos parlamentares foi utilizado na Itália para defender a instauração da ditadura fascista, mesmo após o fim da efervescência revolucionária que atingiu o país em 1919/1920. Sobre o assunto, ver PACHUKANIS, Evguiéni. *Fascismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo. 2020.

Novo não só é colocado às luzes como também é explicitamente defendido, eis que, segundo o sobredito autor, o Estado Novo “associa à força o direito, à ordem a justiça, à autoridade a humanidade”, criando uma unidade na nação.¹³³

Apesar do entusiasmo propagado pelo supramencionado jurista, a implementação da ditadura varguista foi objeto de profundas críticas. Não à toa, Darcy Ribeiro salienta que, com o advento do Estado Novo,

Implanta-se, assim, uma ditadura fascista que extingue o sistema representativo e anula as liberdades públicas, para impor um governo de estilo autoritário e centralizador, que confiava expressamente no Estado para a função de reger e tutelar a sociedade, a fim de forçá-la a se desenvolver. (...) A nova ordem extingue os partidos políticos e, com eles, o sufrágio popular, prometendo compor uma estrutura corporativista (...) Getúlio governa por sete anos em estado de emergência, com poderes totais e sem que seus atos possam ser examinados sequer pela justiça.¹³⁴

Ultrapassada essa brevíssima síntese sobre o Estado Novo, mister adentrar no exame do diploma adjetivo penal. Com efeito, partindo de um governo autoritário, não se podia esperar algo diferente do Código que viria em 1941.¹³⁵

Caminhou bem Nereu José Giacomolli ao vaticinar que

Para entendermos o perfil ideológico do arcabouço processual criminal, bem como as razões das permanências inquisitoriais, se faz necessário mergulhar na ambientação política, social e cultural da década de quarenta, no Brasil e no plano internacional. A relevância dessa compreensão está na influência do Código de Processo Penal Italiano, ou Código Rocco, da década de trinta, na estruturação do nosso CPP. (...) Nesse período foi posta em prática uma brutal repressão policial, um [sic] rígida censura à imprensa e uma máquina de propaganda em defesa do regime ditatorial, através do Departamento de Imprensa Propaganda (DIP). A Polícia Especial (PE) e as polícias estaduais adquiriram

¹³³ CAMPOS, Francisco. Op. cit., p. 316/319.

¹³⁴ RIBEIRO, Darcy. *Aos Trancos e Barrancos: como o Brasil deu no que deu*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1985. Capítulo “Autogolpe”, § 894/897.

¹³⁵ Para a simples constatação da sanha inquisitória e antidemocrática, por exemplo, do Código de Processo Penal, basta analisar a exposição de motivos do Decreto Lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal), de lavra do Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Francisco Campos. Essa constatação, por si, já bastaria para entendermos as aspirações autoritárias. Se não bastasse, há também na exposição de motivos explícitas menções e congratulações das alterações do Código de Processo Penal italiano, realizadas pelo Ministro italiano Fascista, Rocco. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*. Decreto Lei nº 3.689 de 1941.

Disponível

em:

<https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022. A título de curiosidade, aponta Darcy Ribeiro que Francisco Campos também foi um dos juristas responsáveis pela implementação da ditadura empresarial-militar no Brasil. RIBEIRO, Darcy. Op. cit., Capítulo “1964, A Redentora”, § 1830.

ampla liberdade de ação, sem controles rígidos, prendendo, torturando e assassinando qualquer pessoa que se opusesse ao regime.¹³⁶

O Código de Processo Penal de 1941 emergiu como uma necessidade de trazer maior efetividade à repressão estatal, em um movimento, nos termos já expostos alhures, de preponderância da tutela social frente à tutela dos cidadãos. O bem comum é colocado em um patamar superior aos “pseudodireitos individuais”, de tal modo que as garantias individuais dos cidadãos não vedem ou retardem a atuação dos órgãos repressivos estatais. É o que nos informa a exposição de motivos:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.¹³⁷

Algumas mudanças realizadas no Código que materializam essa ideologia autoritária exposta por Francisco Campos são observadas nas alterações quanto à redução das nulidades processuais, restrição da aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, ampliação dos tipos de flagrante delito, prisão preventiva obrigatória para certos tipos penais, entre outros.¹³⁸

Noutras palavras,

A ideologia era impor a ordem e a disciplina na sociedade. A proposta de Mussolini, *El Duce*, o líder, aquele que conduz, era: “tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado”. O fascismo não acreditava na paz, mas na guerra, no combate incessante, na luta, no jogo. O reflexo disso no Processo Penal foi e é representado pelo paradigma da

¹³⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2015. p. 145.

¹³⁷ BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal*. Decreto Lei nº 3.689 de 1941. Disponível em: <https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

¹³⁸ Sobre as semelhanças do nosso CPP com o Código de Processo Penal Italiano (Código Rocco), pontua-se: “O atual Código de Processo Penal recebeu nítida influência do Código de Processo Italiano de 1930 (...) Os trabalhos preparatórios concebiam o debate contraditório e as garantias como “animais selvagens que deveriam ser destruídos sem piedade”. O referido Código Rocco, assim denominado, era dotado de um invejável “espírito reacionário”, onde o Ministério Público era um “medium do Poder Executivo”, “equiparado ao juiz”, e a defesa, em nome do segredo, como regra, era considerada supérflua. Os acusados, nesse modelo, são presumidamente culpados e sobre eles recai a regra da prisão, cuja detenção preventiva é indefinida; desaparecem as nulidades absolutas (o silêncio do interessado sana toda nulidade), os recursos são obstaculizados por disposições taxativas, inclusive quando o acusado se oculta ou foge.” GIACOMOLLI, Nereu José. Op cit., p. 164.

necessidade de combater o acusado, a concepção de que o réu é inimigo do Estado, um inimigo da sociedade. Por isso, deve ser combatido. Guerra, combate, inimigo soavam como palavras de ordem. Nesse período, neutralizou-se o indivíduo (liberalismo) em face do Estado (fascismo). (...) Os direitos dos suspeitos, dos investigados, dos acusados foram colocados num segundo plano; nem sequer eram referidos, pois eram tidos como contrários à ordem constituída e à disciplina, em suma, um entrave ao desenvolvimento. O réu era visto como um inimigo do Estado e a defesa uma instituição contra o Estado e contra a sociedade.¹³⁹

Na mesma linha que o inimigo italiano (comunistas e outros) deveria ser combatido pela Política Criminal da Itália fascista, os inimigos tupiniquins (comunistas, pessoas contrárias à ditadura varguista) deveriam ser combatidos pela Política Criminal do Brasil, eis que

“Crer”, “combater” e “obedecer” eram princípios de Mussolini. Transferindo ao processo penal, verifica-se a crença de que todos os problemas serão solucionados pelo processo penal, no qual os agentes públicos fazem o bem. (...) O inimigo do Estado, ou seja, aquele que pratica uma infração criminal, há de ser combatido, pois dela deve ser alijado, excluído e escondido atrás dos muros dos cárceres.¹⁴⁰

O mais curioso é que apesar de transcorridos 08 (oito) décadas desde o advento da legislação supra, e depois de inúmeras mudanças no contexto político brasileiro, o diploma continua vigente¹⁴¹, com apenas pontuais alterações em seu conteúdo.

Com efeito, Gilberto Thuns salienta que, a partir da impregnação de valores inquisitivos em toda nossa história, “*mostra-se extremamente difícil a evolução legislativa brasileira no campo do sistema acusatório, que implicitamente foi adotado pela CF/88*”.¹⁴²

Significa dizer que continua em pleno vigor – mesmo após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 - um código de vertente autoritária, inspirado no Código de

¹³⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. Op cit., p. 146.

¹⁴⁰ Ibid. p. 147.

¹⁴¹ Entender a vigência por mais de 08 décadas de um código retrógrado e autoritário – lembrando que, comparativamente, o Código de Processo Civil já sofreu duas novas reformulações nesse hiato temporal (CPC/1973 e CPC/2015) - é tarefa demasiada complexa, a clamar por grandes estudos acerca do processo legiferante brasileiro durante toda essa época. Importante, todavia, trazer um alerta aduzido por Rubens Casara, eis que, segundo o autor, “*Não há como deixar de reconhecer que há algo de autoritário que é inafastável das ciências penais. Carlo Enrico Paliero, não por acaso, afirma que o “fundamento autoritário constitui, para o direito penal, uma característica genética e estruturalmente ineliminável”. A relação entre autoritarismo e ciências penais, produtos históricos e condicionados por relações de poder, é necessária, embora nem sempre percebida*”. CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo: Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. p. 127.

¹⁴² THUNS, Gilberto. O mito sobre a verdade e os sistemas processuais. In: CARVALHO, Salo de. *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 164.

Processo Penal fascista italiano (1930) de Mussolini. Apesar de algumas mudanças legislativas tentando trazer ares democráticos ao diploma, sua vigência é um ponto que merece a ponderação e justas críticas de todos os progressistas que visam a efetiva implementação de um Estado Democrático de Direito no Brasil, como bem apontado por Rubens Casara:

Para controlar o autoritarismo (sempre presente) nas ciências penais, é fundamental investir na formação de uma cultura democrática capaz de romper com a tradição autoritária até então verificada; exigir a formação de atores jurídicos comprometidos com a alteridade e dispostos à concretização do projeto constitucional de respeito aos direitos e garantias fundamentais.¹⁴³

Este é o contexto que se insere nosso Código de Processo Penal. Entendê-lo é de vital importância para compreendermos de onde saímos (diploma autoritário, pseudodireitos individuais, prevalência da tutela social sobre o indivíduo etc.) e aonde queremos chegar (diploma democrático, em consonância com a Constituição Cidadã, prevalência dos direitos e garantias individuais sobre a tutela social, juiz das garantias etc.)

4.2. A Função Jurisdicional Antes do Juiz das Garantias

A investigação preliminar é uma fase administrativa e preparatória do processo penal, que serve tanto para a instrumentalização de um futuro processo, bem como para a garantia do investigado contra processos levianos e infundados.¹⁴⁴

Nas espécies de investigação preliminar – aqui destacam-se o inquérito policial (IP) e o procedimento investigatório criminal (PIC)¹⁴⁵ – o juiz possui, em tese, a função de garantidor dos direitos do investigado, se manifestando somente para decidir incidentes que visem restringir os direitos do investigado.¹⁴⁶

¹⁴³ CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo*: Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. p. 134/135.

¹⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 41/50.

¹⁴⁵ “o Ministério Público não só está legalmente autorizado a acompanhar ativamente a atividade policial no curso do inquérito, como também a investigar e a realizar sua própria investigação preliminar, vista como um procedimento administrativo pré-processual.” Ibid. p. 157.

¹⁴⁶ Dentre esses incidentes, pode-se destacar o mandado de busca e apreensão, interceptação telefônica, infiltração de agentes e etc.

Nesse sentido, Fauzi Hassan Choukr leciona

A visão garantidora coloca o magistrado na posição fundamental de salvaguarda dos direitos do investigado ainda na fase preparatória (onde justamente as garantias constitucionais não aparecem com nitidez), dando-se tal proteção através da jurisdicionalização dos incidentes investigativos que necessitem a legítima violação de direitos constitucionalmente estabelecidos para a apuração dos fatos.¹⁴⁷

O que se deveria ter, portanto, é a figura de um juiz inerte, que somente atua para preservação dos direitos fundamentais do investigado, ao contrário da figura da polícia judiciária e do Ministério Público, que atuam ativamente na investigação do possível injusto penal.

Sobre a atuação do juiz na fase pré-processual, Elmir Duclerc dispõe que o juiz *“pode ser chamado a atuar no inquérito policial, mas nunca com funções de investigação, pois isso violaria flagrantemente o sistema acusatório.”*¹⁴⁸

Ocorre que, conforme já consignado no capítulo 2, inúmeros dispositivos do diploma processual penal permitem essa atuação imprópria do juiz, ao arrepio do sistema acusatório e, por via oblíqua, da Constituição Federal.

Mais preocupante é que esse juiz que tem a faculdade de atuar ativamente na investigação preliminar estará preventivo para o julgamento da causa, conforme vaticina o artigo 83 do CPP, o que fará com que leve sua possível contaminação até esgotada a sua jurisdição.

Com críticas à prevenção como critério definidor da competência, Aury Lopes destaca:

A nosso juízo, deveria ser uma causa de exclusão, pois, determinar que o mesmo juiz que homologou uma prisão em flagrante ou decretou a prisão temporária ou preventiva no curso do inquérito seja o que irá receber e julgar a causa não é o melhor critério. A prevenção pode fulminar a principal garantia das partes no processo penal: o direito a um juiz imparcial.¹⁴⁹

¹⁴⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. Brasil. In: MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (Orgs.). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 147.

¹⁴⁸ DUCLERC, Elmir. *Curso Básico de Direito Processual Penal*. 2. ed. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 164.

¹⁴⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 174.

Se por um lado a prevenção é defendida pela lógica de que o juiz que teve anterior contato com a causa conheceria melhor a situação e estaria mais apto a julgar, não se pode, contudo, deixar de lado que se o juiz já “*decretou uma medida cautelar anterior ao processo, já se pronunciou sobre os mesmos elementos (...) já antecipou a sua decisão nesse sentido, e por isso deve ser considerado impedido.*”¹⁵⁰

De grande valia se torna o afastamento da figura desse juiz que atuou na investigação preliminar da fase de conhecimento, bem como a desautorização de sua atuação positiva na fase preliminar, para garantia de um julgamento imparcial.

Para Alberto Bovino, o modo mais efetivo para assegurar a imparcialidade do juízo consiste em impedir que o julgador tome conhecimento da atividade prévia à iniciação do debate, noutras palavras, antes do início do efetivo contraditório,¹⁵¹ posição esta que o duplo juízo visa trazer, e que é cotejado pela exclusão física dos autos da investigação, à luz do que dispõe o artigo 3º-C, §3º do CPP, que, rememora-se, encontra suspenso judicialmente.¹⁵²

Suponha-se a seguinte hipótese: o juiz atua na fase de investigação, decreta a prisão temporária, a prorroga, após decreta a prisão preventiva – sob o fundamento da garantia da ordem pública, afirmando ser o investigado perigoso para a sociedade -, decreta a indisponibilidade de bens, a busca e apreensão e a produção de provas de ofício. Após, recebe a denúncia, indefere inúmeros pedidos de revogação de prisão preventiva, contudo, na fase de sentença, percebe que não há provas suficientes para condená-lo, observado o princípio do *in dubio pro reo*.

Nessa situação imaginária – porém não incomum no cotidiano forense – não é forçoso concluir que o magistrado, fortemente influenciado, por exemplo, por aspectos

¹⁵⁰ DUCLERC, Elmir. Op. cit., p. 68. Nessa mesma toada, “*a atuação no processo do mesmo magistrado que decretou medidas restritivas de direitos na fase pré-processual poderá gerar dúvida acerca de sua imparcialidade (...).*” GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 284.

¹⁵¹ BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998. p. 53.

¹⁵² § 3º *Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.*

psicológicos como a consonância cognitiva e a utilização do viés de confirmação, terá uma possível dificuldade em absolver o acusado.¹⁵³

Por isso, Fauzi Hassan Choukr assevera:

é de ser considerado que não há distinção entre a figura do juiz que acompanha as investigações (p. ex. determinando a prisão preventiva do suspeito), verificar a admissibilidade da ação penal e venha a julgar esta mesma ação. Trata-se, evidentemente, de fatos de complicação para a aplicação substancial da imparcialidade, na medida em que sua formação de convencimento já está comprometida com o desenrolar dos fatos desde antes do início da ação penal propriamente dita.¹⁵⁴

Por isso a necessidade da criação da figura do juiz de garantias, de modo a garantir a legalidade da investigação preliminar e afastar o temor de parcialidade que paira sobre o juiz da fase processual que atuou na fase anterior.

A importância de sua implementação pode ser observada no seguinte excerto:

A possibilidade da atuação de um juiz de garantias na fase preliminar do processo penal, diverso do que conduzirá o processo e julgará o imputado, oferece um espectro maior de diminuição de fatores de contaminação subjetiva, auxiliando na exclusão de dúvidas acerca da imparcialidade do julgador.¹⁵⁵

Com efeito, essa é a atuação do magistrado na atual sistemática processual penal, podendo produzir provas de ofício e sendo prevento para julgar a futura causa. Cumpre agora adentrar especificamente no novel instituto do juiz das garantias para delimitar seu âmbito de atuação e apontar as mudanças por ele ocasionada.

4.3. O Juiz das Garantias na Lei nº 13.964/2019

Apesar da aprovação do juiz das garantias pela Lei nº 13.964/2019, a sua discussão já remonta ao menos há uma década, a partir do PLS 156/2009 – posteriormente

¹⁵³ Simone Schreiber traz uma importante ponderação sobre o tema, ao assinalar que: “*se foi ele próprio (juiz) quem avaliou a pertinência e a legalidade das medidas probatórias realizadas na fase pré-processual, é bastante improvável que ele desqualifique a prova que foi produzida e mude de ideia quanto ao resultado que foi colhido*”. SCHREIBER, Simone. *O juiz de garantias no projeto do código de processo penal*. In: Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ago. 2010, v. 18, n. 213, p. 02/03.

¹⁵⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. Brasil. In: MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (Orgs.). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 141.

¹⁵⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 284.

encaminhado à Câmara dos Deputados e tombado sob o nº 8.045/2010 -, projeto de lei este que disciplina o novo Código de Processo Penal.

O advento de um novo código demonstra ser a decisão mais acertada, ao contrário de mudanças pontuais em um código retrógrado e antagônico com a Constituição Federal, para uma melhor adequação com o sistema acusatório e com os princípios explícitos e implícitos da Constituição Cidadã.¹⁵⁶

Nesse sentido, pontua Fabiano Augusto Martins Vieira:

Que um código, ao longo do tempo, seja reformado por sucessivas leis parece um fenômeno muito natural do processo legislativo. Portanto, não há nada de estranho no fato de que o Código venha a sofrer reformas de conteúdo mais ou menos extensas. É do jogo. É também um sinal de vitalidade do próprio diploma. (...) O problema é quando a estrutura já não suporta o peso de tantos retoques, culminando em disputas de sentido ou confusão normativa. O diploma torna-se um texto tumultuado e complexo, no sentido de que nele passam a conviver lógicas rivais. O desconforto surge, pois, quando precisamos de um novo Código e, no seu lugar, vêm reformas parceladas.¹⁵⁷

Contudo, a vontade política para a aprovação de um novel diploma processual não parece se avizinhar, eis que o trâmite do novo CPP se iniciou em 2009 e tramita, há mais de uma década, na Câmara dos Deputados. Além do longo hiato temporal transcorrido, outro fator diminui ainda mais a possibilidade de aprovação de um novo diploma na contemporaneidade, a saber, o autoritarismo e a crise nas Instituições que assola o país.

Apesar do momento complicado, a atividade legiferante é, genuinamente, um dos pilares que mantém o jogo democrático e que pode, em tempos estranhos e sombrios, demonstrar a sua grandeza contra aspirações autoritárias.

Prova disso ocorreu com a figura do juiz das garantias em 2019. A aprovação do “Pacote Anticrime”, proposta pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, era tida como certa no Congresso Nacional. A proposta originalmente apresentada representava um patente retrocesso em termos de Política Criminal, gerando crítica de

¹⁵⁶ Nereu Giacomolli, ao discorrer sobre a reforma parcial do CPP ocorrida em 2008 (por meio da Lei nº 11.690/08), destaca que *“As ditas reformas do processo penal de 2008, apesar da fragmentação e de algumas fissuras provocadas, mantiveram a base epistemológica da década de 1940, com frágeis interrogantes constitucionais (...) As novas perspectivas exigem rompimento com o entulho autoritário e repressivo, historicamente herdado, e imersão do processo penal na complexidade contemporânea. As pretendidas reformas mantiveram a estrutura inquisitória da década de quarenta (...)”*. GIACOMOLLI, Nereu José. *Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas*. Op cit., p. 159/162.

¹⁵⁷ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Op. cit., p. 79/80.

inúmeros juristas e entidades de classe face o recrudescimento penal, as políticas repressivas, o aumento de cumprimento da pena máxima etc.

Como forma de mitigação de danos – haja vista que, como dito, era certa a aprovação do “Pacote das Maldades” – inúmeros artigos do projeto do novo CPP foram incluídos por via de emendas apresentadas em plenário, sendo certo que, juntamente com dispositivos autoritários e de constitucionalidade duvidosa – ou melhor, de inconstitucionalidade patente –, foram aprovados dispositivos de caráter democrático, em estrita observância ao sistema acusatório, dentre eles, os artigos referentes ao juiz das garantias.

Comparando a disciplina do juiz das garantias tanto no Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal¹⁵⁸ quanto no aprovado pelo “Pacote Anticrime”, nota-se uma

¹⁵⁸ A figura do juiz das garantias se encontrava disciplinada nos artigos 14 ao 17. *In verbis*:

“Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555; III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal; V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º; XIV – arquivar o inquérito policial; XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37; XVI – deferir o pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a proposição da ação penal.

§ 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

§ 3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.

Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748

extrema similitude no tocante ao instituto, com apenas algumas mudanças que merecem uma breve explanação.

Ao que parece, a maior mudança diz respeito ao momento no qual é cessada a competência do juiz das garantias. E referida mudança merece ser comemorada.

Isso porque, no projeto do novo CPP, a competência do juiz das garantias cessaria com a propositura da ação penal (artigo 15). Já na Lei nº 13.964/2019, a competência do juiz das garantias cessa com o recebimento da denúncia ou queixa.

O acerto da mudança se manifesta pela necessidade de afastar o magistrado do processo de conhecimento dos elementos informativos colhidos na investigação criminal. De nada adiantaria a atuação do juiz das garantias na fase preliminar se, ao final, ficasse a cargo do juiz da fase de conhecimento a decisão sobre o recebimento ou não da denúncia ou queixa.

Ora, a decisão de recebimento da denúncia, ainda que pacificada na jurisprudência que não depende de motivação exaustiva, exige que o magistrado adentre minimamente no exame dos elementos informativos ou provas colhidas na fase de investigação preliminar¹⁵⁹, afastando-se, assim, do ideal de que o juiz da instrução só comece a atuar no momento ao qual é exercido o contraditório e a ampla defesa pelo acusado, ou seja, com plena abertura cognitiva para as partes.

Ademais, não se pode desconsiderar o fato de que o juiz das garantias está em contato com a investigação preliminar, sendo, portanto, mais especializado sobre a matéria da investigação, o que leva a um maior respaldo técnico para decidir sobre a formalização ou não da ação penal.¹⁶⁰

Apesar da correta mudança realizada, é necessário, novamente, ousar ir além para tecer algumas críticas e sugestões de aperfeiçoamento do instituto.

Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.”

¹⁵⁹ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal*: da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2011. p. 228.

¹⁶⁰ Ibid, p. 228/229.

Tudo indica que houve um possível erro material ou má técnica legislativa no artigo 3º-C do CPP¹⁶¹, ao dispor sobre a cessação da competência do juiz das garantias na forma do artigo 399 do CPP quando, na verdade, o correto seria que a cessação se desse na forma do artigo 396 do CPP.¹⁶²

E por que um possível erro material ou má técnica legislativa? Dispõe o artigo 396 do CPP que após o recebimento da denúncia ou queixa, o magistrado citará o acusado para a apresentação de resposta à acusação.¹⁶³ Já o artigo 399 do CPP se refere a momento posterior, no qual já houve a apreciação da resposta à acusação e a manutenção da decisão de recebimento, com a designação de audiência de instrução e julgamento.¹⁶⁴

Tem-se, assim, um problema cronológico, pois se a competência do juiz das garantias cessa com o recebimento da denúncia, logo, como poderia ele apreciar a resposta à acusação, que ocorre em momento posterior ao recebimento? Obviamente, é um ponto que precisa ser alterado.¹⁶⁵

Parece sutil a pequena impropriedade, mas a busca pelo aperfeiçoamento da nossa legislação é uma tarefa contínua e ininterrupta.

A não incidência do juiz das garantias nos processos de competência originária dos tribunais também deve ser reputado como uma falha do legislador, e não como um silêncio eloquente.¹⁶⁶ Apesar da colegialidade aparentemente reforçar a imparcialidade,

¹⁶¹ Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

¹⁶² O mesmo caminho deve trilhar o inciso XIV do artigo 3º-B, pois, onde se lê “XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;”, deve se ler “nos termos do art. 396 deste Código”;

¹⁶³ Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

¹⁶⁴ Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

¹⁶⁵ Outra crítica refere-se ao fato de que ninguém melhor do que o juiz da fase de conhecimento e sua serventia para designar o dia para a audiência de instrução e julgamento. O juiz das garantias não conhece a pauta do juízo da fase processual, notadamente quando se trata de juízes de comarcas diversas e às vezes até de cidades diferentes, o que seria levado a cabo com a regionalização do juiz das garantias, tema exposto mais abaixo.

¹⁶⁶ Importante alerta – e que parece se encaixar como uma luva na presente hipótese - é trazido por Leonel González e Marco Fandiño, para quem “*Los movimientos de reforma procesal penal en las últimas tres décadas provocaron numerosas transformaciones en los modelos procesales. Sin embargo, estos cambios técnico-jurídicos no siempre tuvieron un correlato en términos de modificaciones de las macro-estructuras de los Poderes Judiciales. La mayoría de cambios en la organización judicial afectaron a la primera instancia ya que por regla general, la segunda instancia logro que las reformas no afectasen a su forma de funcionamiento.*” GONZALEZ, Leonel; FANDIÑO, Marco. Balance y propuestas para la consolidación

esse não parece ser um motivo que, *per si*, justifica a não aplicação do instituto, mormente ante a quase ausência de divergência dos integrantes dos órgãos colegiados, que na esmagadora maioria dos casos seguem o voto do relator.¹⁶⁷

Seguindo essa mesma linha de pensamento, Julio B. J. Maier conclui que a colaboração de um juiz com sua imparcialidade afetada em uma votação dentro de um colegiado em sempre afetará o resultado, qualquer que haja sido a posição do juiz na deliberação ou votação.¹⁶⁸

Sobre o tema, leciona André Machado Maya

se por um lado, com o juiz de garantias, se alcança o ponto crítico da fase pré-processual, por outro, esse instituto, por si só, não alcança o problema gerado pela regra da prevenção em segunda instância, decorrente do conhecimento e julgamento de medidas recursais e de *habeas corpus* impetrado contra atos praticados pelo juiz durante a investigação ou instrução criminal.¹⁶⁹

Outrossim, a ideia da criação de um órgão de garantias nas instâncias superiores, vinculada somente às decisões do juiz das garantias, merece maior atenção do Congresso Nacional, pois todos os fatores psicológicos já esmiuçados no capítulo antecedente que justificam o duplo juízo na 1ª instância também se aplicam às instâncias superiores.

Em tempo, cumpre trazer uma última sugestão para uma futura discussão. Aparenta mais consonante com o sistema acusatório a possibilidade do acusado se manifestar em defesa preliminar perante o juiz das garantias após o oferecimento da denúncia/queixa e antes do seu recebimento, do mesmo modo como ocorre, a título exemplificativo, com a lei de competência originária dos tribunais superiores (Lei nº 8.038/90)¹⁷⁰, sem prejuízo de, após eventual instauração da ação penal, haja a manifestação do acusado em resposta à acusação para o juiz da fase de conhecimento.

de la justicia penal adversarial en América Latina. In Marie-Christine Fuchs (et. al.). *La Justicia Penal Adversarial En América Latina: hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*. CEJA, 2020. p. 625.

¹⁶⁷ Por todos, ver SILVA, Virgílio Afonso da. *Um voto qualquer?: O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal*. In: Revista Estudos Institucionais=Journal of Institutional Studies, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2016.

¹⁶⁸ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: parte general: sujetos procesales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. p. 565.

¹⁶⁹ MAYA, André Machado. Op. cit., p. 231.

¹⁷⁰ Art. 4º - Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias.

Refinando o argumento: é notória a importância do juiz das garantias também ter contato com as teses defensivas, ainda que em sede de cognição sumária e juízo de prelibação, evitando assim que acusações infundadas sejam levadas adiante, até porque o juiz das garantias não está imune a toda falibilidade psicológica, notadamente ao receber somente informações unilaterais dos órgãos de persecução. Portanto, reputa-se digno de registro essa sugestão para o aperfeiçoamento do debate. Retorna-se, agora, à discussão central do estudo em comento.

4.4. Objetivos do Juiz das Garantias

O duplo juízo não visa de modo algum se aproximar da figura do juiz ou juizado de instrução observados na Espanha e França, onde o juiz preside a investigação preliminar, que funciona como verdadeira instrução processual, restando para um magistrado diverso apenas a prolação da sentença, visto que não teve contato com as provas.¹⁷¹

Também em nada se assemelha com as Varas de Inquérito presentes em algumas localidades, a exemplo das cidades de São Paulo – SP e Belo Horizonte - MG.¹⁷² Vale lembrar que a especialização dessas varas de inquérito, a exemplo do que ocorreu no Departamento de Inquérito da Polícia Judiciária (DIPO) da cidade de São Paulo, foi

¹⁷¹ “países com longa tradição na adoção do sistema de instrução preliminar judicial – como França e Espanha – estão hoje em amplo debate e caminham no sentido de profundas reformas, pois um pensamento é unânime: o modelo de juiz instrutor está em crise. No mesmo sentido, países como Alemanha (1974), Itália (1988) e Portugal (1987 e 1995) romperam definitivamente com o sistema de juiz instrutor, por absoluta insatisfação.” LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 287.

¹⁷² A título de curiosidade, e corroborando o entendimento explanado, no próprio Relatório final da Comissão Temporária do Senado que examinou o PLS 156/2009 referente ao novo CPP, ficou consignado a diferenciação do juiz de garantias e o juiz da vara de inquérito: “*Todavia, é preciso ter claro que o juiz das garantias difere do juiz das varas de inquérito policial, hoje instituídas em algumas capitais, como São Paulo e Belo Horizonte. É que o juiz das garantias deve ser compreendido na estrutura do modelo acusatório que se quer adotar. Por conseguinte, o juiz das garantias não será o gerente do inquérito policial, pois não lhe cabe requisitar a abertura da investigação tampouco solicitar diligências à autoridade policial. Ele agirá mediante provocação, isto é, a sua participação ficará limitada aos casos em que a investigação atinja direitos fundamentais da pessoa investigada. O inquérito tramitará diretamente entre polícia e Ministério Público. Quando houver necessidade, referidos órgão dirigir-se-ão ao juiz das garantias. Hoje, diferentemente, tudo passa pelo juiz da vara de inquéritos policiais.*” SENADO FEDERAL. Parecer nº , de 2009. Da comissão temporária de estudo da reforma do código de processo penal, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que reforma o Código de Processo Penal, e proposições anexadas. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20091201-01.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

idealizado para aumentar a eficiência da tramitação dos inquéritos policiais da Capital paulista, e não visando um fortalecimento do princípio da imparcialidade ou do sistema acusatório.

O juiz das garantias possui, pois, uma atuação bem diferenciada dos dois institutos acima mencionados, já que idealizado para outro fim, qual seja, o fim de atender os comandos constitucionais do sistema acusatório e de disciplinar uma nova forma de impedimento decorrente do duplo juízo, com vistas a reduzir um temor de parcialidade.

Em verdade, o juiz das garantias é um refinamento do sistema acusatório, eis que vai além da necessidade de separação física do acusador e julgador – separação esta que hoje se mostra trivial – para uma maior sofisticação, ao separar o juiz que atua na fase pré-processual do juiz da fase de conhecimento.¹⁷³

Por isso, segundo André Machado Maya, na atuação do juiz de garantias:

competiria o resguardo da legalidade da investigação criminal e da irrestrita observância dos direitos fundamentais do suspeito, dependendo da sua autorização a concretização de medidas cautelares reais e pessoais e a busca de provas que impliquem ou possam implicar supressão de direitos fundamentais.¹⁷⁴

Feita a necessária diferenciação da figura do juiz das garantias para a figura do juiz de instrução europeu e do juiz da vara de inquérito de algumas cidades brasileiras, serão analisados os objetivos de sua implementação, com enfoque na sua atuação na investigação preliminar e consequente especialização na matéria.

As competências do juiz das garantias estão disciplinadas nos incisos do artigo 3º-B do CPP¹⁷⁵, sem prejuízo da cláusula aberta disposta no inciso XVIII, que demonstra de

¹⁷³ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Op. cit., p. 89.

¹⁷⁴ MAYA, André Machado. Op. cit., p. 221.

¹⁷⁵ Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal; II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; VIII - prorrogar o prazo de

maneira cabal se tratar de rol meramente exemplificativo, eis que compete ao juiz das garantias “*XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.*”

Com efeito, sua atuação encontra-se muito bem ilustrada no artigo 3º-B do CPP, sendo o magistrado 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*”.

O artigo supra soa pleonástico, pois as funções sobreditas são inerentes à função judicial, que só se justifica no processo penal como garantidora dos direitos individuais. Entretanto, não se deixa de endossar a importância desses comezinhos estarem disciplinados, para todos aqueles que seletivamente esquecem dessas funções possam ser constrangidos a delas lembrarem, a partir da simples abertura de seu *codex* processual.

Simone Schreiber ilustra que, no que tange ao juiz das garantias, sua função não “*é a de coadjuvar a polícia ou o ministério público na apuração dos fatos ocorridos, mas sim de garantir os direitos das pessoas eventualmente atingidas pela investigação.*”¹⁷⁶

duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI - decidir sobre os requerimentos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental; XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

¹⁷⁶ SCHREIBER, Simone. *O juiz de garantias no projeto do código de processo penal*. In: Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ago. 2010, v. 18, n. 213, p. 02/03.

É exatamente esse o papel que o juiz de garantias visa trazer. Preleciona Danielle Souza que “*O juiz garantidor, tal como propriamente concebido, não investiga; mantém-se afastado da investigação preliminar.*”¹⁷⁷ E continua a autora afirmando que cabe a ele a ingerência na matéria que afete ou limite direitos individuais, bem como de impugnações aos atos da polícia e do Ministério Público.¹⁷⁸

A ele não cabem funções meramente administrativa-burocráticas de requisitar diligências ordinárias e de fiscalizar cumprimentos de prazos de investigações, e sim verdadeiras funções de um magistrado em um sistema acusatório: a função de garantidor.¹⁷⁹

Isso porque sua atuação na fase pré-processual exige uma limitação muito bem desenhada, não como investigador ou instrutor, mas como garante da legalidade dos atos e protetor dos direitos fundamentais do sujeito investigado.¹⁸⁰

Em análise sobre o tema, Mauro Fonseca Andrade dissecou as funções do juiz de garantias na investigação preliminar:

a atividade de “controle da legalidade da investigação criminal”, tal como referido pelo *caput* do artigo 14 do projeto, remete a uma complementação da atividade de garante dos direitos fundamentais, também confiada ao juiz das garantias. Não por outro motivo, diz-se que “o controle é uma forma de garantia”, e, por sua vez, “a garantia se expressa através do controle.”¹⁸¹

A atuação do juiz das garantias deve ser lida em conjugação com o disposto no artigo 3º-A do CPP¹⁸², ao vedar qualquer iniciativa probatória do juiz na fase de investigação, sendo certo que caso ocorra uma atuação positiva – em franca afronta à

¹⁷⁷ CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. O Juiz de Garantias na Investigação Preliminar Criminal. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Orgs.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e pareceres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 39.

¹⁷⁸ Ibid. p. 43.

¹⁷⁹ Ibid. p. 37.

¹⁸⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. *A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a Partir da Teoria da Dissonância Cognitiva*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister, ago./set. 2016, v. 73. p. 14.

¹⁸¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das Garantias*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 81. Lembrando que aqui o autor trata do juiz das garantias no projeto do novo CPP, eis que seu livro data de antes da aprovação do instituto pela Lei 13.964/19.

¹⁸² 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.

necessidade de inércia -, haverá a nulidade absoluta dos atos, por violação ao artigo sobredito.¹⁸³

Impende salientar que na mesma toada que o juiz das garantias deve tutelar os direitos do investigado, há de se proteger também a defesa técnica, notadamente em casos de obstrução de acesso aos autos, ou de vedação, por parte dos órgãos de persecução, da atuação positiva da defesa técnica nessa fase pré-processual.

Como bem salienta Aury Lopes e Ruiz Ritter:

a intervenção do órgão jurisdicional deve ser contingente e excepcional. Isso porque o inquérito policial pode iniciar, desenvolver-se e ser concluído sem a intervenção do juiz, sendo chamado quando a excepcionalidade do ato exigir autorização ou controle jurisdicional ou ainda quando o sujeito passivo estiver sofrendo restrições no seu direito de defesa, à prova, acesso aos autos, etc., por parte do investigador.¹⁸⁴

Portanto, apesar da figura do juiz das garantias não trazer, *per si*, uma função de tamanha novidade no sistema processual penal – pois todo juiz deve ser garantidor dos direitos individuais e deve realizar o controle da legalidade das investigações -, quando se conjuga sua atuação com a impossibilidade de iniciativa probatória, bem como a cessação da competência após análise do recebimento ou não da exordial acusatória (duplo juízo), tem-se um prato cheio para afirmar, estreme de quaisquer dúvidas, que sua implementação é uma verdadeira guinada para um sistema acusatório e um processo penal democrático.

Não obstante todas as vantagens sobreditas, há também outra vantagem no plano da eficiência que o juiz das garantias visa trazer. Desde já se pontua o alerta que o tema eficiência, em se tratando de direito penal ou processual penal, pode tomar caminhos sinuosos que muitas das vezes levam a violação a direitos e garantias fundamentais.¹⁸⁵

¹⁸³ LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. *A Angústia de Decidir e o Juiz das Garantias no Projeto de Reforma do CPP: Uma importante Contribuição da Psicanálise para o Direito*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister, dez./jan. 2013, v. 51. p. 19.

¹⁸⁴ LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. Op. cit., p. 14.

¹⁸⁵ Desde Francisco Campos, na exposição de motivos do CPP/41: “*objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem*” ao Ministro Fux na decisão liminar que suspendeu o juiz das garantias: “*O segundo grupo de argumentos relativos à inconstitucionalidade material dos dispositivos [do juiz das garantias] analisa o impacto dessas novas funções aos valores constitucionais que militam pela eficiência do microsistema processual penal e, de modo mais abrangente, pela operação de mecanismos anti-criminalidade.*”

No entanto, a eficiência aqui caracterizada caminha no sentido da nossa Constituição, não havendo de se falar em possíveis violações a direitos fundamentais.

A especialização na matéria que é levada a cabo pelo juiz das garantias na fase de investigação preliminar é uma forma indubitável de aprimorar a investigação, vez que o magistrado se encontrará mais familiarizado com a temática, atuando, portanto, com maior expertise na matéria que é de sua competência.

Nessa tenda,

A nova figura [do juiz das garantias] atenderia a dois objetivos centrais. Primeiro, a previsão de um juiz que atue exclusivamente na investigação pode proporcionar as vantagens esperadas de todo e qualquer processo de especialização. Uma rotina específica de trabalho tende a gerar, com o tempo, expertise, eficiência e agilidade.¹⁸⁶

Sob outro prisma, mas não menos importante, além do aprimoramento da investigação pela especialização da matéria, haverá também uma maior celeridade para o julgamento dos processos, vez que os juízes das varas criminais poderão

dedicar-se exclusivamente à condução cuidadosa e célere do processo criminal, assegurando os direitos das partes de postulação e instrução e proferindo a sentença criminal válida e justa em prazo razoável.¹⁸⁷

Isso porque atualmente, a exemplo do que ocorre nas varas criminais federais, as secretarias das varas se subdividem entre o processamento de incidentes pré-processuais e congêneres relativos à investigação preliminar e o processamento das ações penais,¹⁸⁸ o que gera um maior acervo de trabalho tanto para os magistrados quanto para os serventuários da justiça, prejudicando o normal andamento dos feitos e, por conseguinte, a prestação jurisdicional efetiva e célere.

Outrossim, além de garantir uma especialização do magistrado no tópico da fase pré-processual, a implantação do juiz das garantias também se irradia no campo da ação penal, ajudando a amenizar o contingente de procedimentos investigatórios em trâmite nas varas criminais, criando desta maneira uma maior celeridade, em estrita consonância

¹⁸⁶ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Op. cit., p. 89.

¹⁸⁷ SCHREIBER, Simone. Op. cit., p. 03.

¹⁸⁸ Ibid. p. 03.

com o princípio da duração razoável do processo, esculpido no artigo 5º, inciso LXXVIII da CRFB.¹⁸⁹

4.5. O Impacto Orçamentário

O impacto orçamentário foi um tema que atormentou o debate do juiz das garantias desde os seus primórdios, no PLS 156/2009, até os dias de hoje, sob várias justificativas, dentre elas, que os Tribunais não teriam a capacidade orçamentária de arcar com os custos de sua implementação, que haveria a violação da lei de responsabilidade fiscal, pois cerca de 40% das comarcas estaduais são comarcas únicas, assim, haveria a necessidade de aumento do quadro de magistrados, servidores etc.¹⁹⁰

Entretanto, buscou-se soluções para esse problema efetivo e considerável para o instituto. A primeira solução tangencia a modernização dos procedimentos investigatórios com a viabilização do sistema de processo eletrônico nesta fase.

Denise Luz e Leon Murelli Silveira assim destacam:

No que tange à Justiça Federal, praticamente, todas as seções judiciais já estão usando o sistema de processo eletrônico – *E-Proc*. Por esse sistema, não faz sentido que se exija a presença física do juiz, permanentemente, para analisar o inquérito e decidir. A Justiça Estadual deve caminhar para o mesmo rumo, o da modernização dos procedimentos.¹⁹¹

Além da primeira solução de implantação do inquérito eletrônico, a segunda pode ser observada a partir da regionalização do juiz de garantias, “*de modo que um único juiz de garantias atenda a um grupo de comarcas próximas*”.¹⁹²

No mesmo norte, “*Poder-se-ia, por exemplo, implementar varas regionalizadas com um juiz de garantias atendendo várias comarcas próximas*.”¹⁹³

¹⁸⁹ LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁹⁰ Para uma exposição mais detalhada sobre as problemáticas acerca da figura do juiz das garantias aqui lançadas, imprescindível a leitura da Nota Técnica nº 10 de 17/08/2010, emitida pelo CNJ, cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Nota Técnica n. 10/2010. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/891>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

¹⁹¹ LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. Op. cit., p. 20.

¹⁹² LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. Op. cit., p. 24.

¹⁹³ LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. Op. cit., p. 21.

E estas soluções se mostram ainda mais pertinentes na atualidade, eis que, diante da pandemia de Covid-19 que assola o país desde março de 2020, houve a completa reestruturação – ou uma verdadeira revolução - da justiça criminal.

Hoje não se fala mais em impossibilidade de realização de audiências, despachos e demais atos judiciais de maneira remota. Essa é uma realidade que veio com a pandemia, e veio para ficar.

Sendo assim, pode muito bem um juiz das garantias regionalizado (que atenda, por exemplo, várias comarcas vizinhas de pequeno porte) atuar de maneira completamente remota.

De todas as funções atribuídas ao juiz das garantias, a única que necessita um contato físico seria, por exemplo, a apresentação de um preso que houvesse indícios da prática de tortura ou maus tratos por parte dos agentes estatais, na forma do inciso III do artigo 3º-B.¹⁹⁴ De resto, todas as funções são passíveis de serem exercidas remotamente.

Com a regionalização do instituto, a competência caracterizada pelo local do fato somente se aplicaria na fase processual, noutras palavras, o juiz das garantias da comarca da cidade X poderia atuar na fase preliminar de uma investigação que corre na comarca da cidade Y. Contudo, uma vez instaurado o processo, em respeito ao princípio do juiz natural, a causa será necessariamente julgada pelo juiz competente de acordo com as leis de organização judiciária, com o CPP e a CRFB, que, nesse caso, seria o da comarca da cidade Y, na forma do artigo 70 do CPP.¹⁹⁵

Com isso, demonstra-se *a priori* que, apesar de ser uma crítica muito importante ao instituto, soluções práticas e de baixo dispêndio orçamentário parecem terem sido encontradas.

A título argumentativo, ilustra-se com o exemplo da implementação do juiz das garantias no âmbito da Justiça Federal. Sobre o tema, discorre Nino Toldo que

No que toca ao CJF [Conselho da Justiça Federal], o grupo de trabalho abordou diversas possíveis soluções para a implementação do juiz de garantias (...) O grupo concluiu ser

¹⁹⁴ III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

¹⁹⁵ Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

possível a adoção de diversos modelos para a implementação do juiz das garantias nas cinco regiões, de acordo com as especificidades regionais, respeitando-se a autonomia administrativa de cada Tribunal Federal, a quem caberá a regulamentação necessária para o seu cumprimento e para a definição das regras de transição, conforme suas características próprias.¹⁹⁶

E o mesmo autor, que também é desembargador federal do TRF da 3ª região, destacou que, no âmbito do seu tribunal de lotação, a solução sugerida não envolve *“gastos relevantes, tratando-se mais de uma adequação às atividades dos juízes de primeiro grau, com adaptação do sistema eletrônico, sendo necessárias algumas regras de transição.”*¹⁹⁷

Fato é que não se pode invocar questões burocráticas e orçamentárias para deixar de instituir um marco tão importante para o processo penal e o sistema acusatório no Brasil.

Ainda mais quando é possível sentir que, escondidos sob o véu de plausíveis argumentos sobre eventuais dificuldades financeiras, se escondem objeções ao projeto de cunho corporativo ou objeções não manifestadas pelos interlocutores.

Com muito acerto, Fabiano Augusto Martins Silveira alerta:

Sendo previsível que a escassez de recursos humanos no Poder Judiciário opõe barreiras à execução da proposta, a pergunta é se devemos renunciar ao salto de qualidade que representa o juiz das garantias, simplesmente qualificando o projeto de inexecutável e ponto final. Receamos que essa postura tende a ser assumida por aqueles que, sem dizê-lo frontalmente, não se sentem entusiasmados nem convencidos da necessidade de mudança. Daí que o debate pode tomar um caminho sinuoso, onde posições contrárias ou céticas em relação ao juiz das garantias se escondem no argumento da inviabilidade material, sem aprofundá-lo.¹⁹⁸

Isto deve ser feito e as soluções discutidas e implementadas, posto que *“eventuais dificuldades burocráticas e operacionais de implementação da medida não devem ser invocadas para sua rejeição”*¹⁹⁹, vez que *“o resultado final será a instituição de uma Justiça criminal mais justa, garantista e eficiente.”*²⁰⁰

¹⁹⁶ TOLDO, Nino Oliveira. *Juiz das Garantias: como implementá-lo?* In: Boletim do IBCCRIM, São Paulo, jan. 2022, v. 18, n. 350. p. 04.

¹⁹⁷ Ibid. p. 05.

¹⁹⁸ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Op. cit., p. 92.

¹⁹⁹ SCHREIBER, Simone. Op. cit., p. 03.

²⁰⁰ Ibid. p. 03.

5. A SUSPENSÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS E O ATIVISMO JUDICIAL

5.1. O Papel do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito e a Supremocracia

O Brasil vem, desde sua redemocratização - notadamente nas duas últimas décadas -, vivenciando cada vez mais o protagonismo do Supremo Tribunal Federal no arranjo institucional brasileiro, com um papel de suma relevância no sistema político nacional.

O papel da Suprema Corte vem se expandindo cada vez mais, na medida que os Ministros vêm julgando inúmeros casos dos mais diferenciados temas, não se imiscuindo de adentrar no mérito de questões políticas, questões sensíveis ou de alta carga moral envolvida.²⁰¹

E isso se deve, em grande parte, a algumas escolhas do Poder Constituinte Originário, quando da elaboração de nosso Diploma Maior.

Com efeito, a concentração de poderes do STF pode ser vista sob alguns prismas, sendo certo que a primeira se refere à natureza ambiciosa da Constituição, que regulamentou inúmeras relações além dos temas propriamente constitucionais, o que gerou a possibilidade de que vários litígios fossem albergados pela chancela constitucional e, por conseguinte, pudessem ser levados à Corte para a sua solução.²⁰²

Já a segunda, a uma unificação de, em um único Tribunal, o exercício de três tipos distintos de Tribunais, a saber, Tribunal Constitucional (responsável pelo controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos, por exemplo), Tribunal de Recursos (responsável pelo julgamento de Recursos Extraordinários, por exemplo) e

²⁰¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana*. In: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. nº 60. abr/jun 2016. p. 59.

²⁰² VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Batalha dos Poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, Capítulo 4, “Supremocracia em crise”.

Tribunal de primeira e última instância (responsável pelo julgamento de causas de competência originária da Corte, por exemplo).²⁰³

Não obstante, também é causa desse agigantamento da Suprema Corte a escolha de atores políticos – que evitam desgastes políticos ao deliberarem sobre temas controversos e cuja defesa da pauta pode causar a perda de eleitores –, de levar as controvérsias para serem resolvidas em última instância pela cúpula do Judiciário²⁰⁴, que, como exerce a função de papel contra majoritário e independe de mandato popular, estaria mais apto a resolver esses tipos de questões.

Veja-se que, somada a essa grande variedade de funções incumbidas à nossa Suprema Corte, deve-se ainda salientar a grande quantidade de ações constitucionais e de atores aptos a buscarem diretamente uma resposta do Supremo, vislumbrado, por exemplo, no expressivo número de legitimados a acionar o STF para o exercício de suas funções típicas de Corte Constitucional²⁰⁵, na esteira do artigo 103 da CRFB/88.²⁰⁶

Contudo, seria equivocado afirmar que, logo após o advento da Constituição, a Suprema Corte assumiu esse papel central na arena política.

No começo do nosso período democrático, o STF atuou de maneira mais autorrestrita (*self-restraint*) aos demais Poderes, muito por conta de uma bagagem de deferência – ou melhor, omissão – construída durante a época da ditadura empresarial-

²⁰³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Op.cit.

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies*; Revista Direito e Práxis, *Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2017. p. 07. Para o autor, são exemplos de temas controversos: a união homoafetiva, aborto e a descriminalização das drogas.

²⁰⁵ A título meramente ilustrativo, é importante destacar que há posições contrárias à ideia amplamente divulgada e defendida sobre a legitimidade da realização do *judicial review* pelas Cortes Constitucionais, bem como sobre a sua atuação contra-majoritária. Por todos, ver WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichieri Moura. In.: *Limites do controle de constitucionalidade*. Coleção ANPR de direito e democracia. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 243/270.

²⁰⁶ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

militar (1964-1985), comportamento este que era “*mais adequado à sobrevivência institucional durante os períodos de autoritarismo governamental.*”.²⁰⁷

Com o passar dos anos – e, conseqüentemente, com a nomeação de novos Ministros – essa postura foi sendo modificada, até chegar à atuação proativa e, muitas das vezes, de patente desrespeito e falta de deferência, em flagrante violação à Separação de Poderes.²⁰⁸

Pois bem. Esse papel central do Supremo Tribunal Federal, aliado aos seus poderes quase ilimitados, à hiperconstitucionalização das relações cotidianas e à desconfiança da sociedade depositada no Poder Legislativo, criou esse Poder sem precedentes, ao qual Oscar Vilhena Vieira cunhou de Supremocracia.²⁰⁹

Face a brevidade da presente dissertação, não serão realizadas maiores digressões sobre a (i)legitimidade democrática da atuação “Supremocrática” do Supremo Tribunal Federal e outros aspectos conexos.

Cumpre-nos, ao entender o papel de nossa Suprema Corte, realizar um recorte e adentrar em um dos sintomas específicos resultantes desse arranjo institucional acima delineado, onde, quiçá, a exacerbação do poder é melhor representada: no ativismo judicial.

5.2. Breves Linhas Sobre o Ativismo Judicial

Ao tratar sobre o tema ativismo judicial, é inevitável discorrer, ainda que perfunctoriamente, acerca da forte influência da doutrina estrangeira, notadamente a

²⁰⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes*: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. p. 03.

²⁰⁸ Oscar Vilhena Vieira traz um importante levantamento sobre o papel desempenhado pelo STF nos governos pós ditadura, começando pelo Governo Fernando Collor. Em breves linhas, suscita que a Corte se manteve mais deferente nos Governos Collor, Itamar Franco e FHC, enquanto no período Lula, atuou de forma mais responsiva no campo dos direitos fundamentais, até chegar a um aumento vertiginoso de sua atuação nos Governos Dilma e Temer, muito por conta das crises políticas instaladas nesses períodos. Segundo o autor, a partir da crise política inaugurada a partir de 2013, “*o Supremo também tomou decisões que poderiam ser consideradas usurpadoras*”. VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit.

²⁰⁹ Ibid. Para o referido autor “[supremocracia] é o poder para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição. A Supremocracia é uma consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira.

norte-americana, onde o fenômeno do ativismo é estudado há tempos, haja vista que se confunde com a própria história do constitucionalismo estadunidense.²¹⁰

O que importa aqui é, para além das abundantes discussões realizadas nos EUA em torno do termo ativismo judicial e a atuação de sua Suprema Corte, trazer os aspectos fundamentais para a compreensão do tema. Nesse sentido, aponta Carlos Alexandre de Azevedo Campos que, da análise das decisões da Suprema Corte norte-americana, se extrai dois aspectos fundamentais do ativismo judicial, quais sejam,

primeiro, que as decisões ativistas são multifacetadas, isto é, se revelam por *diferentes dimensões* – a interpretação criativa e expansiva da Constituição, a aplicação direta de direitos fundamentais implícitos ou vagamente definidos, a falta de deferência à capacidade legal e sistêmica dos outros poderes, a superação de precedentes, etc.; *segundo*, que o ativismo judicial não é o resultado puro e simples de uma atitude deliberada dos juízes, mas sim, que ele responde a uma *pluralidade de fatores* que influenciam e podem explicar o comportamento mais ou menos ativista desses juízes e de suas cortes – principalmente, que *o ativismo judicial pode ser politicamente construído e direcionado*.²¹¹

Com efeito, o ativismo judicial parece ser uma realidade intrínseca do constitucionalismo norte-americano, inerente ao desenho institucional do papel da sua Corte. E, ao que tudo indica, também parece ser uma realidade insuperável da prática constitucional brasileira, posto que

o ativismo judicial do Supremo tem consistido em elemento não apenas constante, mas também relevante para a dinâmica política do Brasil de hoje. (...) Dessa forma, a ascensão do ativismo judicial do Supremo tornou-se, sem dúvida, uma parte importante da vida política e social do Brasil contemporâneo.²¹²

O ativismo pode ser caracterizado, nos dizeres de Luís Roberto Barroso, como uma atividade proativa na concretização dos valores disciplinados na Constituição

²¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana*. Op. cit., p. 61. Menciona o autor que uma das mais importantes decisões – se não a mais importante – da história da Suprema Corte norte-americana, proferida no caso Marbury v. Madison, fora ativista, eis que, em curtas linhas, não havia qualquer previsão constitucional ou legal para a Corte realizar o *judicial review*.

²¹¹ Ibid. p. 62

²¹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana*. Op. cit., p. 60. Também sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº1, 2012, p. 26. Sustenta o autor que: “O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista”.

Federal operada pelo Poder Judiciário, quando da inércia ou omissão dos outros Poderes em realizar sua efetivação.²¹³

Significa dizer que o ativismo judicial, ao contrário, por exemplo, da mera judicialização, está umbilicalmente ligado à atividade de adentrar no papel típico dos outros Poderes com o fito de que ditames constitucionais sejam observados e efetivados. Pelo menos em tese.

Em que pese a diferença semântica das expressões “judicialização”²¹⁴ e “ativismo judicial”, há muita confusão circulando a órbita deste último termo.

Para evitar maiores impropriedades ao conceito ativismo judicial, cumpre esclarecer quais são os papéis típicos da nossa Corte Constitucional, amparadas na CRFB/88 e que não constituem uma prática ativista. Leciona Georges Abboud e Gilmar Mendes que são legítimos:

i) o controle dos atos do Legislativo e do Judiciário, quando eles se mostrarem contrários formal e/ou materialmente, ao texto constitucional e às leis; ii) a atuação contramajoritária do Judiciário para proteger direitos fundamentais contra agressões do Estado ou de maiorias oriundas da própria sociedade civil e iii) atuação normativa do STF na correção de omissão legislativa nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, e.g., mandado de injunção.²¹⁵

Da simples leitura das funções legítimas de nossa Suprema Corte, é possível extrair algumas problemáticas sobre o ativismo judicial. Não alheio às mazelas do ativismo judicial, há autores que defendem, inclusive, que sua utilização para a defesa de direitos individuais não se mostra como a mais apropriada para sociedades democráticas livres, porquanto o ativismo judicial trata da “*suspensão, pelo Poder Judiciário, dos pré-*

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Op. cit., p. 25.

²¹⁴ “Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e Executivo.”. BARROSO, Luís Roberto. *Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies*. Op. cit., p. 08. Impende ressaltar que, para o autor, judicialização e ativismo judicial “*não são a mesma pessoa. São primos. Vêm da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas têm origens e causas imediatas diversas*”. Ibid. p. 11.

²¹⁵ ABOUD, Georges. MENDES, Gilmar Ferreira. *Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea*. In.: *Revista dos Tribunais*, vol. 1008/2019, out/2019. p. 03.

*compromissos democráticos (Constituição e leis), que dão lugar, pura e simplesmente, à subjetividade de quem estiver julgando”.*²¹⁶

E prosseguem os autores afirmando que

[o ativismo judicial] é a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia ou pela política; mais, pelo senso de justiça ou moralismo. (...) A partir dela, o Judiciário se agigante e invade, de forma indevida, a esfera dos outros Poderes (Legislativo e Executivo).²¹⁷

Fato é que, em terras tupiniquins, o ativismo judicial - apesar das críticas²¹⁸ - é visto, por alguns autores, com uma faceta positiva de concretização de direitos fundamentais. Não à toa, Luís Roberto Barroso assim assevera:

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia (...) o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema.²¹⁹

Sucedem que nem sempre a Suprema Corte, ao adotar uma postura ativista, atua de forma proativa para a concretização dos direitos fundamentais do cidadão - como será demonstrado abaixo - o que demanda um certo ceticismo sobre a sua aplicabilidade e efetividade.²²⁰

²¹⁶ ABBOUD, Georges. MENDES, Gilmar Ferreira. Op.cit., p. 03.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ A título exemplificativo, o próprio Barroso pontua 03 (três) críticas sobre o ativismo: (i) risco para a legitimidade democrática, diante do fato dos membros do Poder Judiciário não passarem pelo escrutínio do voto popular, tal qual os membros dos outros Poderes; (ii) risco de politização da Justiça e; (iii) capacidade institucional do Judiciário e seus limites, de modo a ressaltar a necessária observância e deferência das decisões técnicas de outros órgãos, mais capacitados para a análise de determinadas matérias. Apesar de trazer à baila as sobreditas críticas, o Autor as rebate integralmente, pois, como explicitado alhures, é um entusiasta do ativismo judicial. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Op. cit., p. 27/30.

²¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Op. cit., p. 31/32.

²²⁰ Também sobre o tema: “Marque-se bem: em que pese o Judiciário dever adotar uma postura ativista, participativa, o ativismo não é, só por si, sinônimo de atitude progressista, porquanto nada diz acerca do conteúdo do juízo. Ora, o ativismo judicial pode se manifestar como ativismo conservador e ativismo progressivo.”. OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 457.

5.3. Caracterizando a Decisão Liminar do Ministro Luiz Fux na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299 do Distrito Federal

Em linhas gerais, as ADIs que originaram a Medida Cautelar supra foram ajuizadas visando impugnar artigos recentemente alterados do Código de Processo Penal com a promulgação da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), dentre eles, artigos relacionados à criação da figura do juiz das garantias, quais sejam, artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F.

Após distribuição por prevenção²²¹, o pleito de concessão de medida cautelar ficou sob apreciação do Ministro Luiz Fux, sendo certo que, em 22 de janeiro de 2020, foi suspensa a eficácia, *ad referendum* do Plenário, da “*implantação do juiz de garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal)*”.²²²

Ressalva-se, por oportuno, que não serão tecidas críticas sobre outros dispositivos suspensos - e de enorme importância para a democratização do processo penal -, realizando-se um recorte específico da decisão para discorrer somente sobre a suspensão dos artigos sobreditos.

Na decisão em apreço, o Ministro Fux apontou, em apertada síntese, que a instituição da figura do juiz das garantias padecia, em uma análise preliminar, de inconstitucionalidade formal e material. Aquela, consubstanciada na violação ao artigo

²²¹ Prevenção oriunda das ADIs nº 6.298 (proposta pela AJUFE e AMB), 6.299 (proposta pelos partidos PODEMOS e CIDADANIA), 6.300 (proposta pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal - PSL) e 6.305 (proposta pela CONAMP). Importante ressaltar que no período de recesso judicial, o Ministro Dias Toffoli - no papel de Presidente da Suprema Corte - já havia concedido parcialmente a tutela para suspender alguns dispositivos da Lei Anticrime (cf. decisão no bojo da Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 6.298 do Distrito Federal), dentre eles, “(i) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único (...) e (ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão”. Deste modo, a decisão do Ministro Fux, que revogou a decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli, foi considerada como um desrespeito face à ausência de hierarquia entre os membros da Suprema Corte, o que gerou certo desconforto entre seus colegas, conforme se infere na reportagem: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/01/23/decisao-de-fux-e-descalabro-e-desgasta-imagem-do-stf-diz-marco-aurelio-mello.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299 Distrito Federal*. Decisão disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-atereferendo.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

96 da CRFB, vez que, por se tratar de norma de natureza híbrida (norma geral processual e norma de organização judiciária), reclamaria a observância de iniciativa legislativa própria do Poder Judiciário. Esta, pela ausência “*de dotação orçamentária e estudos de impactos prévios para implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade*”.^{223 224}

Quanto à suposta inconstitucionalidade formal, tem-se que a figura do juiz das garantias é norma de caráter processual, de competência legislativa privativa da União, no esteio do artigo 22, inciso I da CRFB.²²⁵

A disciplina de matérias como impedimento e suspeição de magistrados são matérias de nítido cunho processual, e em nada se confundem com normas de organização judiciária, posto que a União define em caráter geral as referidas hipóteses – para conferir tratamento uniforme à questão aos Estados - e, após, os Tribunais, atento às peculiaridades locais, definem como serão realizadas as distribuições de magistrados etc.

Fato é que sob a luz da temática da dissertação em apreço, a suposta inconstitucionalidade material merece maiores ponderações, diante dos argumentos lançados pelo Ministro para fundamentar sua decisão.

Nesse norte, o primeiro argumento é o de ausência de dotação orçamentária e estudos de impactos prévios, o que violaria, nos termos da decisão ora em comento, o Novo Regime Fiscal da União, balizado pela Emenda Constitucional nº 95/2016.

Ao contrário do que fez crer na decisão, a instituição do juiz das garantias já é tema tratado, pelo menos, desde 2009, quando da discussão sobre o novo Código de Processo Penal, no Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, posteriormente tombado na Câmara dos Deputados sob o nº PL 8.045/2010.

²²³ Ibid. p. 21.

²²⁴ Georges Abboud, ao discorrer sobre o ativismo consequencialista, indaga que “*será ativista toda decisão que não se embasa no direito e sim em fatores metajurídicos como a moral, economia, política dentre outros*”. ABBoud, Georges. Consequencialismo Jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. In.: Revista dos Tribunais, vol. 1009/2019, nov/2019. p. 05.

²²⁵ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Portanto, há mais de 10 (dez) anos o tema vem sendo debatido de maneira séria e prudente, inclusive com audiências públicas, manifestação de inúmeros participantes da sociedade civil, do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil e outros operadores do Direito. Nesse interregno temporal transcorrido, foram apresentados estudos de impactos prévios e inúmeras soluções financeiras para a implementação do Juiz das Garantias foram trabalhadas, de tal modo que não se pode falar em ausência desse requisito. Não obstante, e conforme delineado alhures, a nova realidade virtual causada pela pandemia da Covid-19 traz um novo panorama aos custos da implementação do juiz das garantias, certamente para um valor bem aquém do antes estipulado.

Utilizando a mesma linha de raciocínio da falta de dotação orçamentária e estudos de impactos prévios, poder-se-ia aduzir que inúmeros dispositivos aprovados na Lei nº 13.964/19 - que geraram, a título exemplificativo, aumento de pena de inúmeros tipos penais, redução das possibilidades de progressão de regime e livramento condicional do apenado na fase de execução penal - aumentarão demasiadamente o já inflado sistema carcerário do país. Consequentemente, haverá - ou pelo menos deveria haver - um aumento elevado de gastos do Estado para construção de novos presídios, contratação de servidores públicos que atuam no sistema penitenciário, custeio da manutenção cotidiana dos presos entre outros.

Causa espécie, portanto, que após um debate tão longo, sadio e republicano, a nossa Suprema Corte, em decisão monocrática e em sede de medida cautelar, suspenda todo um Projeto tão bem elaborado e enaltecido pelos militantes da aplicação de um sistema processual penal em consonância com nosso Diploma Maior.^{226 227}

²²⁶ Não se olvida do poder monocrático dos Ministros nos limites dos artigos 10 e seguintes da Lei nº 9.868/99, porém tal poder deve ser visto sempre com parcimônia e sob uma ótica crítica.

²²⁷ A atuação monocrática de Ministros vem sendo objeto de estudo e relevante preocupação de juristas brasileiros, ao passo que Diego Werneck e Leandro Molhano cunharam o termo “Ministocracia”, justamente para designar essa atuação individual, sem a participação efetiva do Plenário da Instituição. Sinalizam os referidos autores que, a partir da análise dos dados do projeto “Supremo em números”, é possível inferir que as liminares monocráticas permanecem em vigor, em média, por 02 (dois) anos, chegando algumas a vigor por 06 (seis) anos, o que acaba gerando uma confusão dos conceitos de decisão liminar e decisão de mérito diante dos efeitos ocasionados por tamanho hiato temporal. Ao lado dos poderes individuais dos Ministros de tomada de decisão, estão os poderes de definição de agenda (quando vão liberar um processo de sua relatoria para julgamento, quando vão devolver um pedido de voto-vista) e sinalização de preferências (indicação de votos em causas ainda *sub judice* ou críticas a votos de colegas). ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. In: Novos Estud. CEBRAP. São Paulo: V.37, n.01, jan-abr

Fato é que a mentalidade inquisitória, infelizmente, ainda permeia o imaginário dos operadores da justiça do país, notadamente os Magistrados e os membros do Ministério Público.

E esse sintoma é facilmente constatado não só pelos argumentos utilizados pelo Ministro Fux na decisão exposta alhures – e que serão detalhadas abaixo –, como também pelos próprios autores das ações diretas de inconstitucionalidade, dentre eles, associações de grande representatividade tanto da Magistratura quanto do MP.

Contudo, a argumentação delineada que mais reclama críticas é quanto à análise da inconstitucionalidade material realizada sob a ótica da “eficiência” no combate à criminalidade.^{228 229}

Há muito, a visão de que o Juiz deve ser um combatente da criminalidade, noutras palavras, deve ser mais um dos instrumentos estatais no combate ao crime organizado já se encontra superada.

Essa visão equivocada não conclama maiores devaneios, tendo em vista a farta doutrina indicando que, para que haja o devido processo legal, necessária a estrita observância ao princípio da imparcialidade do juiz, sendo imperioso ao Estado-Juiz abster-se de atividades proativas e manter equidistância das partes.

Segue o Ministro Fux afirmando que o sucesso da figura do juiz das garantias em outros países não pode, por si só, ser a prova cabal de que sua implementação em nosso ordenamento pátrio ensejaria os mesmos efeitos vislumbrados nestes outros ordenamentos jurídicos.

2018, p. 20/26. No tocante à questão temporal, é exatamente o que acontece *in casu*, uma vez que a liminar fora deferida em 22/01/2020, e sequer foi levada ao plenário para referendo.

²²⁸ Nos termos do Ministro: “*O segundo grupo de argumentos relativos à inconstitucionalidade material dos dispositivos analisa o impacto dessas novas funções aos valores constitucionais que militam pela eficiência do microsistema processual penal e, de modo mais abrangente, pela operação de mecanismos anti-criminalidade*”. BRASIL. Op. cit., p. 24.

²²⁹ O discurso sobre a “eficiência” no Direito Penal, à primeira vista, pode causar brilhos nos olhos daqueles que realmente se empenham por uma sociedade livre da corrupção e, em sentido amplo, da criminalidade. Ocorre que, para o observador atento, tal argumento só serve de sustentáculo para legitimar decisões ao arrepio da lei. Sobre o tema, “*o ativismo consequencialista altera o referencial positivo-normativo como elemento estruturante da decisão. Em seu lugar, é inserido o discurso pela eficiência em prol de um bem maior, o mais atual, é o combate à corrupção e a consequência normativa dessa postura é a retirada da eficácia normativa de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Vale dizer, a retórica da eficiência prevalece em detrimento do direito posto*.” ABBOUD, Georges. Op. cit., p. 06.

A par da verdade, tal afirmação está correta, eis que um viés um pouco cético sobre importações de institutos de países diferentes - muitas vezes com realidades totalmente distintas da nossa - é importante, inclusive, para emancipação de nossa cultura jurídica.

Sobre a importação de institutos estrangeiros sem a devida análise sobre sua aplicabilidade em nosso ordenamento, vale ressaltar as palavras de Virgílio Afonso da Silva, ao ponderar sobre as tão comumente importações de teorias constitucionais desenvolvidas no exterior, mormente da Alemanha:

Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, tudo o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis.²³⁰

A busca por um processo penal democrático - e institutos que fomentem a sua realização - não necessita, contudo, de um olhar somente para a Europa ou Estados Unidos. Significa dizer que podemos nos socorrer às lições de nossos vizinhos da América Latina para vislumbrar a urgente necessidade de implementação de um modelo de processo penal sob a luz de um Estado Democrático de Direito.

Por isso, causa certa estranheza a avaliação superficial feita pelo Ministro Relator, chegando inclusive a mencionar, como uma de suas preocupações centrais, a utilização do “*cherry-picking*”, usado, segundo seus dizeres, para selecionar “*estrategicamente um país ou caso estrangeiro que apresenta semelhanças pontuais com o caso paradigma com vistas a meramente reforçar o argumento comparativo (...)*”.²³¹

Por fim, sacramenta o Ministro afirmando que, em poucos países no mundo, houve a criação de uma jurisprudência tão extensa sobre o devido processo legal como o Brasil, utilizando como exemplo a possibilidade de que só haja cumprimento da pena definitiva após o esgotamento de todas as instâncias recursais.

Ou seja: há, explicitamente, a utilização de um argumento – errôneo diga-se de passagem - para justificar a suspensão de uma medida que coloca, de maneira salutar,

²³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116.

²³¹ BRASIL. Op. cit., p. 26.

ares democráticos ao processo penal, sob a escusa de que o país produz uma jurisprudência notadamente “garantista”.

É dizer que se utiliza de uma das disposições de nosso ordenamento digna de honrarias²³² para ceifar a importação de novo instituto também benéfico para o polo passivo do processo penal.

Esquece o Eminentíssimo Ministro que a prisão após esgotada todas as instâncias recursais é apenas cumprimento do disposto no artigo 5º, inciso LVII da CRFB²³³, conjugado com o artigo 283 do Código de Processo Penal²³⁴. Logo, não foi a jurisprudência o ator responsável pela construção dessa disposição “garantista”, e sim o Poder Constituinte Originário e o legislador ordinário.

Sob a luz do quadro delineado, é possível observar a ocorrência de ativismo judicial na decisão exarada nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 6.299 do Distrito Federal, de lavra do Ministro Fux.²³⁵

Ao contrário do que vaticinou Luís Roberto Barroso, nem sempre a Suprema Corte, ao exercer o ativismo judicial, atua na defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

²³² Veja-se que aqui não se defende, necessariamente, que o STF deve ter competência para julgamento de casos criminais em instância recursal. Defende-se, tão somente, que ao optar pela escolha da necessidade do trânsito em julgado para a execução da pena, há maiores garantias para os cidadãos em um sistema que, como exposto alhures, não coloca as garantias dos cidadãos em primeiro plano. Para uma crítica sobre a extensa competência do STF, ver OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 435/436, para quem: “*Postula-se também a criação de um Tribunal Constitucional, conforme a definição típica, ou seja, atribuições propriamente constitucionais (...) Um órgão estritamente concentrado em matérias constitucionais, não com a competência alargada como a do Supremo Tribunal Federal (...)*”.

²³³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

²³⁴ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

²³⁵ Nesse mesmo sentido, STRECK, Lenio. *O ativismo judicial e a vitória de Pirro na decisão de Fux*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-27/streck-ativismo-judicial-vitoria-pirro-decisao-fux>>. Acesso em: 29 mar. 2022. Em suas palavras: “*Tipicamente foi uma decisão [suspensão do Juiz de Garantias] que se enquadra no conceito de ativismo. Ao contrário de algumas teses e estatísticas que circulam misturando conceitos de judicialização e ativismo – que venho criticando – essa decisão é de caderninho*”.

A suspensão da figura do juiz das garantias - e outros artigos que contemplavam a implementação de um verdadeiro sistema acusatório no país – confirmam a hipótese sobredita, eis que em plena afronta aos direitos e garantias fundamentais irradiados pela nossa Constituição Federal.

A decisão é emblemática, e demonstra a necessidade de uma visão crítica e com temperamentos quando da abordagem do ativismo judicial realizado pelo Poder Judiciário.

Por isso, Georges Abboud e Gilmar Mendes salientam que não existe a dicotomia do bom e mau ativismo judicial, haja vista que todo ativismo “*é pernicioso para o Estado Democrático de Direito*”.²³⁶

Isso porque, no mesmo dia que o STF pode proferir uma decisão - considerada como “bom” ativismo judicial - que seja paradigmática e fomentadora dos direitos fundamentais -, no outro, pode proferir uma decisão como a explorada acima, em dissonância com nossa Constituição.

5.5. O Atual Trâmite da ADI 6.299/DF

O julgamento do mérito da ADI 6.299/DF (conjuntamente com as ADIs 6.298, 6.300 e 6.305) não parece se avizinhar.

E isso decorre pelo simples fato de que o julgamento não foi incluído na pauta do STF para o primeiro semestre do corrente ano (2022)²³⁷, lembrando que, como Presidente do Pretório Excelso, o Ministro Fux – coincidentemente também prolator da decisão liminar - é quem controla o calendário, exercendo o famigerado poder de pauta ou poder definidor de agenda.

²³⁶ ABOUD, Georges. MENDES, Gilmar Ferreira. *Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea*. Op. cit., p. 04.

²³⁷ *Juiz das garantias fica de fora da pauta do STF para o primeiro semestre de 2022*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-19/juiz-garantias-fica-fora-pauta-stf-semester>>. *Polêmico entre Toffoli e Fux, juiz de garantias não tem data no STF*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/360663/polemico-entre-toffoli-e-fux-juiz-de-garantias-nao-tem-data-no-stf>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

É mister lembrar que o julgamento das ações havia sido pautado para o dia 25/11/2021, contudo, o Ministro Fux retirou o julgamento de pauta quase na véspera do dia designado, sob o suposto pretexto de que *“o Congresso está com “discussões avançadas” para aprovação de prazos mais amplos para instituição do novo modelo de condução das investigações criminais.”*²³⁸

A despeito deste estado de coisas que se encontra o julgamento das referidas ações diretas, não se pode deixar de recordar que, em outubro de 2021, mais especificamente nos dias 25/10 e 26/10, foram realizadas, pelo Supremo Tribunal Federal, audiências públicas para a discussão tanto da figura do juiz das garantias, quanto do acordo de não persecução penal (ANPP) e o novo procedimento de arquivamento das investigações criminais.

Dentre os expositores, pode-se destacar tribunais federais (TRF da 2ª, 3ª e 5ª Região), tribunais estaduais (TJBA, TJCE, TJRS, TJRJ), CNJ, ministérios públicos de diversas localidades, defensorias públicas de diversas localidades, Conselho da Justiça Federal (CJF), polícia federal, OAB, órgãos classistas da advocacia, magistratura, ministério público, defensoria pública, polícias, entidades da sociedade civil entre outros.

No que tange ao primeiro eixo temático das exposições (juiz das garantias), foi de salutar e feliz surpresa o fato de que a quase totalidade dos expositores defenderam a constitucionalidade do instituto. Nesse ponto, muito importante a manifestação do Conselho da Justiça Federal e dos tribunais estaduais e federais sobre a possibilidade de implementação e os grupos de trabalho criados internamente para a sua consecução.

Obviamente que a defesa da constitucionalidade e possibilidade de implementação não deixou de lado críticas específicas a alguns pontos, como, por exemplo, a de uma possível inconstitucionalidade dos incisos IV, IX e X do artigo 3º-B do CPP²³⁹, bem como da crítica já exposta no capítulo anterior sobre o imbróglio do

²³⁸ Entretanto, a mídia especializada pontuou que a retirada se deu, em verdade, diante *“da dificuldade para chegar a um acordo com o colega [Ministro Gilmar Mendes] a respeito da mudança regimental que torna obrigatória a remessa de decisões monocráticas ao plenário.”* Fux e Gilmar disputam “juiz de garantias” há 2 anos. Disponível em: <<https://blogdacidadania.com.br/2021/12/fux-e-gilmar-disputam-juiz-de-garantias-ha-2-anos/>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

²³⁹ As críticas referente a estes incisos gravitam na argumentação de que se possibilitou alguns poderes ativos do juiz das garantias na fase pré-processual, em dissonância com a necessária inércia do juiz vaticinado no artigo 3º-A do CPP.

momento de cessação da competência do juiz das garantias (se seria na forma do artigo 399 do CPP, como disciplinado, ou na forma do artigo 396 do CPP, como soa tecnicamente correto).

Se mostraram contrários na totalidade apenas o CNJ, alguns ministérios públicos estaduais e os órgãos classistas da magistratura e do MP (como a AMB e a Associação Nacional de Membros do MP Pro-Sociedade), o que demonstra, *a priori*, que parece ter trilhado bem a crítica acerca dos interesses corporativos por detrás da não implementação do juiz das garantias.²⁴⁰

Ainda que sem previsão de inclusão em pauta, espera-se que as audiências públicas tenham jogado novas luzes à discussão, notadamente pela posição favorável dos tribunais estaduais e federais e do Conselho da Justiça Federal. Óbvio que aperfeiçoamentos são necessários, pois dificilmente uma legislação nascerá polida e perfeita a ponto de se tornar imutável. Contudo, o modo como isso tem sido realizado – diante de uma decisão liminar, estagnada há mais de dois anos – não parece a forma correta e mais republicana de se proceder ao debate acerca de um instituto tão importante, que pode ser considerado como a mudança processual penal mais importante desde a implementação da Constituição Cidadã de 1988.

²⁴⁰ Alinha-se ao pensamento de Fabiano Augusto Martins Silveira ao aduzir que “*Tudo se complica quando a lógica corporativa monopoliza e estrangula o debate*”. SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Op. cit., p. 81.

6. NOTAS SOBRE AS REFORMAS DA AMÉRICA LATINA

6.1. As Reformas Processuais Penais Realizadas

O presente tópico não tem como pretensão a exposição minuciosa de todas as reformas processuais penais realizadas na América Latina. Tal esforço seria demasiado longo para os fins da presente dissertação, bem como fugiria do assunto aqui abordado.

O que importa é vaticinar a ocorrência de uma onda de renovação nos sistemas processuais penais dos países dessa região do globo, que realizaram recentes reformas estruturais em seus sistemas processuais penais, a exceção do nosso tão abençoado e ao mesmo tempo ultrajado, Brasil.²⁴¹

Com efeito, diferentemente da grande maioria dos países latino-americanos, o Brasil não passou por uma reestruturação completa de seu diploma processual penal - vigente desde 1941. É o que leciona Antonio Pedro Melchior, para quem

Ao todo, como reação à experiência autoritária na região, 14 países latino-americanos reformaram integralmente o código de processo penal, adotando premissas do princípio acusatório.²⁴²

No particular da América Central, Sergio Terán afirma que

En la región centroamericana, desde inicio de los años noventa, coincidentemente con en señalamiento del profesor de la Universidad de Múnich, BERND SCHUNEMANN, en su trabajo, la marca triunfal del procedimiento penal americano en el mundo, tiene

²⁴¹ Necessário apontar como exceção, além do Brasil, a Justiça Federal da Argentina, diante da suspensão da entrada de vigência do novo Código de Processo Penal Federal (datado de 2014), sendo, deste modo, a Justiça Federal regida por um sistema acusatório misto, sob a luz do Código de Processo Penal sancionado em 1888 e reformado parcialmente em 1992. GONZÁLEZ, Leonel; FANDIÑO, Marco. Op. cit., p. 577/579.

²⁴² MELCHIOR, Antonio Pedro. Brasil. Justicia Federal. In Marie-Christine Fuchs (et. al.). *La Justicia Penal Adversarial En América Latina: hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*. CEJA, 2020. p. 141. Na mesma linha, Máximo Langer pontua que “*Las reformas procesales penales se han diseminado rápidamente en América Latina. En los últimos 15 años, 14 países latinoamericanos y un número sustancial de provincias y estados latinoamericanos han introducido nuevos códigos procesales penales. Estos códigos son, posiblemente, la transformación más profunda que los procesos penales latinoamericanos han experimentos en sus casi dos siglos de existencia. Si bien estas reformas no han sido exactamente iguales en todas estas jurisdicciones, los reformadores han descrito a estas reformas en términos similares, como una movida de un sistema inquisitivo a uno acusatorio o adversarial.*” LANGER, Máximo. *Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Centro de Estudios de Justicia de las Americas (CEJA). p. 04.

inicio la reforma de la justicia penal, la “gran reforma del siglo XX”, como de denominaron algunos académicos.²⁴³

E prossegue o autor afirmando que a supramencionada reforma se irradiou por todos os campos da justiça penal, sendo, contudo, seu maior impacto e sua maior transformação na reforma do caráter processual penal dos países da América Central.²⁴⁴

Não se pode deixar de lado a estreita ligação das reformas processuais penais com o processo de transição desses países de regimes autoritários para regimes democráticos²⁴⁵, bem como da crise na administração da justiça penal²⁴⁶. Nessa tenda, o respeito pelos direitos humanos das pessoas submetidas ao sistema de justiça penal foi a principal bandeira, o tema central das reformas, responsáveis pelo abandono dos sistemas inquisitivos por sistemas acusatórios.²⁴⁷

Diante do histórico de violação de direitos humanos nos países desta região do globo, exigia-se um novo modelo de juiz, noutras palavras, um juiz garantidor dos direitos humanos, assim como exigia-se uma grande cautela com vistas a evitar a influência do sistema inquisitivo de matriz europeia nos novos modelos propostos.

Não se trataram - e tratam - de reformas simples de serem realizadas. Isso porque, *“Quinientos años de cultura inquisitiva generaron un sistema de justicia penal burocrático, rígido, secreto, lento, ineficiente y extremadamente injusto que, además, ha resultado casi imposible de abandonar”*.²⁴⁸

²⁴³ TERÁN, Sergio J. Cuarezma. El rol de la defensa en la fase de investigación en el código procesal penal de la república de panamá. In: CORTÉS, Luis Alberto Canales; TERÁN, Sergio J. Cuarezma. *Las garantías constitucionales y convencionales, aplicadas al proceso*. Nicaragua: INEJ, 2017. p. 77.

²⁴⁴ Ibid. p. 77/78.

²⁴⁵ LANGER, Máximo. Op. cit., p. 17. Para o dito autor, as reformas possuem razões multifatoriais, inclusive influência de atores da ordem internacional. Em suas palavras, *“La Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID, por sus siglas en inglés), así como otras agencias y bancos internacionales, estaban buscando formas de fortalecer los sistemas legales latinoamericanos para incentivar el desarrollo económico y la democracia en la región. El grupo de entrepreneurs legales latinoamericanos los convenció de que la adopción de los nuevos códigos contribuiría a estos objetivos.”* Ibid. p. 04. Sobre a interessantíssima história da USAID, ver p. 31/36.

²⁴⁶ Segundo Alberto Bovino, *“Distintos factores, entre ellos la magnitud de la crisis de la administración de justicia penal, posibilitaron el nacimiento y desarrollo de un proceso de reforma estructural de la justicia penal que hoy se ha extendido a casi todos nuestros países.”*. BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 09.

²⁴⁷ RIEGO, Cristián, DUCE, Mauricio. *Prisión Preventiva Y Reforma Procesal Penal En América Latina: Evaluación y Perspectivas*. Santiago: CEJA, 2008. p. 09.

²⁴⁸ BOVINO, Alberto. Op. cit., p. 03. Como agravante dessa péssima herança herdada, ainda temos o fato de que, mesmo quando os países europeus foram paulatinamente superando seus sistemas inquisitivos para a adoção de sistemas mistos nos idos do século XIX, os países latinoamericanos preferiram não adotar essa mudança e mantiveram sistemas inquisitivos, conforme aponta Máximo Langer: *“Las élites*

Por óbvio que nem todas as reformas supramencionadas se deram da noite para o dia. Outrossim, para fins didáticos, elenca-se os anos de sanção das reformas processuais dos seguintes países da América Latina: Argentina (anos de 1992 e 2014), Bolívia (ano de 1999), Chile (ano de 2000), Colômbia (ano de 2004), Costa Rica (ano de 1996), Equador (ano de 2009), El Salvador (ano de 2008), Guatemala (ano de 1992), Honduras (ano de 1999), México (ano de 2014), Nicarágua (ano de 2001), Panamá (ano de 2008), Paraguai (ano de 1998), Peru (ano de 2004), República Dominicana (ano de 2002), Uruguai (ano de 2014) e Venezuela (ano de 1998),²⁴⁹ sendo certo que, em países como a Argentina, Chile, México, Panamá e Peru, optou-se por uma implementação gradual das reformas.²⁵⁰

É certo que não se trata de reformas acabadas e perfeitas, eis que muito recentes em comparação ao sistema inquisitorial herdado da cultura europeia e exercido por praticamente toda a história desses países. Por isso, as lutas pelas reformas e pela defesa do sistema acusatório e adversarial continuam vivas, prezando sempre pelo intercâmbio de ideias e experiências entre os nossos países.²⁵¹

De grande influência e como um verdadeiro norte para as reformas realizadas, se destaca o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, que

serviu de base para profundas e recentes reformas dos sistemas processuais como os da Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Chile, Venezuela, Bolívia, Paraguai e para os projetos de Honduras e do Equador, também alimentando reformas parciais no Brasil. E nas mesmas ideias fundaram-se as reformas dos códigos da Itália e de Portugal.²⁵²

latinoamericanas rechazaron estos códigos más liberales principalmente porque no les gustaban y desconfiaban profundamente de los juicios orales y públicos y por jurados, ya que pensaban que sus poblaciones no estaban preparadas para ellos. En su lugar, los procesos penales que las jóvenes repúblicas independientes adoptaron generalmente siguieron el modelo inquisitivo (creado por la Iglesia Católica y las monarquías absolutas) que había prevalecido en Europa continental e Hispano y Luso América entre los siglos XIII y XIX." LANGER, Máximo. Op. cit., p. 14.

²⁴⁹ GONZÁLEZ, Leonel; FANDIÑO, Marco. Op. cit., p. 579/581.

²⁵⁰ FANDIÑO, Marco (et. al.). *Desafíos de la reforma procesal en Chile: análisis retrospectivo a más de una década*. CEJA, 2017. p. 43.

²⁵¹ GONZÁLEZ, Leonel. Apresentação. In.: ÁLVAREZ, Rodrigo Ríos; MAYA, André Machado. *Derecho procesal penal: una mirada a 20 años de reformas en Chile y Brasil*. Santiago de Chile, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 07.

²⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 177. Referido Código Modelo pode ser acessado no link: <<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4215/textocodigoprocesalpenal.pdf?sequence=>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

A título exemplificativo, referido Código, resultado de um extenso trabalho por acadêmicos especialistas sobre a temática – formulado durante as jornadas do Rio de Janeiro de 1988 do Instituto Iberoamericano de Direito Processual²⁵³, com participação de eminentes juristas como Julio B. J. Maier, Ada Pellegrini Grinover, Jaime Bernal Cuéllar e Fernando de la Rúa²⁵⁴ – foi a fonte principal utilizada quando da elaboração do Código de Processo Penal Chileno.²⁵⁵

Apesar do Brasil não entrar na lista dos países que realizaram reformas estruturais recentes, é certo que, aos poucos, a nossa cultura jurídica vem abraçando cada vez mais a importação de reformas dos colegas latino-americanos. Nesse norte, aponta Leonel Gonzaléz que

Brasil há dado un paso muy significativo en las últimas décadas: pensar su reforma a la justicia penal desde la tradición latinoamericana. Tan acostumbrado a referenciarse en los sistemas europeos, en donde aún pervive fuertemente el sistema mixto en el que la judicatura tiene un papel preponderante en la investigación criminal, en los últimos años se han generado puentes de diálogo, conocimiento y crítica de los procesos que están ocurriendo en nuestra región.²⁵⁶

6.2. A Experiência do Chile

Ao contrário do Brasil, o Chile realizou a mudança do seu sistema processual penal de modo inverso. Primeiramente, pelo ordenamento infraconstitucional para, somente após, a tentativa de disciplinar a referida matéria no seio constitucional que, rememora-se, está em fase de elaboração de uma nova Constituição. É o que nos ensina Leonel González:

²⁵³ Sobre o mencionado Instituto, leciona Máximo Langer que “*El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal fue creado en 1957 con el fin de reunir procesalistas de América Latina, España, y Portugal. El primer presidente del Instituto, Niceto Alcalá Zamora y Castillo –procesalista penal español que estuvo exilado en Argentina y México durante el régimen de Franco– sugirió que la creación de un código procesal penal modelo para los países de Iberoamérica debía ser uno de los principales proyectos del Instituto. El Instituto sostenía que redactar códigos modelo contribuiría a la integración económica y política de América Latina que era necesaria en una era en la cual el mundo se estaba moviendo hacia la regionalización.*” LANGER, Máximo. Op. cit., p. 27.

²⁵⁴ LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. *Derecho Procesal Penal Chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 119/120.

²⁵⁵ Ibid. p. 23.

²⁵⁶ GONZÁLEZ, Leonel. Apresentação. In.: ÁLVAREZ, Rodrigo Ríos; MAYA, André Machado. *Derecho procesal penal: una mirada a 20 años de reformas en Chile y Brasil*. Santiago de Chile, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 07.

Brasil tiene por un lado el desafío central de concretar una reforma estructural en su sistema de enjuiciamiento penal que se encuentra vigente hace ochenta años, pero a su vez cuenta con una Constitución Política marcadamente social del año 1988. En cambio, Chile tiene el desafío inverso: ha logrado diseñar e implementar un sistema acusatorio y adversarial en la justicia penal que ha sido una referencia permanente en los últimos veinte años, pero en este momento enfrenta la necesidad de redactar una nueva Constitución mediante una Asamblea Constituyente.²⁵⁷

Repisa-se que a reforma processual ocorrida no Chile se deu de maneira gradual. Isso porque, referida reforma se iniciou em dezembro de 2000, e se encontra em pleno funcionamento em todo o país desde junho de 2005.²⁵⁸

Significa dizer que desde o ano de 2005 está vigente na totalidade do país um sistema adversarial, irradiado pelo princípio acusatório, princípio da oralidade dentre outros.²⁵⁹

Não obstante, não se pode deixar de citar também como um passo de suma importância para a implementação das reformas a própria criação do Ministério Público Chileno, que ocorreu de maneira muito tardia através da “Ley de reforma constitucional n° 19.519”, publicada em 16 de setembro de 1997.²⁶⁰

Apesar da criação do Ministério Público Chileno parecer algo até ordinário, uma vez que na contemporaneidade é difícil de se imaginar a concentração das funções de acusar e julgar na mão do Estado-Juiz, fato é que essa mudança não ocorreu sem resistências. É o que leciona María Lennon e Julián Masle:

El Poder Judicial resintió inicialmente con mucha fuerza esta situación, pues percibía como una pérdida de poder el traslado de la función de investigar desde los jueces del crimen a los fiscales. Prefería el modelo del juez instructor de los sistemas inquisitivos mixtos, con el argumento que Chile no estaba preparado para un cambio tan radical, “que dejaba fuera nuestra tradición.”²⁶¹

A passagem supra é demasiada interessante, e nos demonstra, *a priori*, que sempre quando há qualquer espécie de “retirada de poder” dos juízes, há uma forte resistência às

²⁵⁷ GONZÁLEZ, Leonel. Presentación. Op.cit., p. 07.

²⁵⁸ FANDIÑO, Marco (et. al.). *Desafíos de la reforma procesal en Chile: análisis retrospectivo a más de una década*. CEJA, 2017. p. 43. No mesmo sentido, RIEGO, Cristián, DUCE, Mauricio. Op. cit., p. 151.

²⁵⁹ ARELLANO, Jaime; FIBLA, Gonzalo. Chile. In Marie-Christine Fuchs (et. al.). *La Justicia Penal Adversarial En América Latina: hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*. CEJA, 2020. p. 72. María Lennon e Julián Lopez afirmam que a incorporação do princípio acusatório no sistema processual penal chileno foi, sem dúvidas, a maior mudança da reforma. LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. Op. cit., p. 44.

²⁶⁰ LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. Op. cit., p. 17.

²⁶¹ Ibid. p. 22.

reformas. Parece ser exatamente o que ocorre com a implementação do juiz das garantias no Brasil diante da retirada de poderes investigatórios e instrutórios do Estado-Juiz, face o artigo 3º-A do CPP que veda a “iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Prossegue-se. Com a reforma, houve a criação da figura do juiz de garantias e dos juizados de garantias que, segundo Jaime Arellano e Gonzalo Fibla:

Con la Reforma se crearon dos tribunales en la primera instancia penal a nivel nacional: los juzgados de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal. Los jueces de garantía ejercen principalmente funciones durante la investigación y audiencias preliminares, mientras que los jueces de tribunal de juicio oral ejercen funciones en la etapa de juicio.²⁶²

Curiosamente, o termo “juez de garantía” não fora o originalmente utilizado no projeto de lei do novo CPP Chileno. Quando enviado pelo Executivo, o projeto tratava sobre o “juez de control de la instrucción”, porém, no Senado, houve a mudança do termo, “*dado que su función no es controlar la instrucción sino garantizar el respeto de las garantías constitucionales de los intervinientes*”.²⁶³

Remonta-se novamente ao já explicitado nos capítulos supra: apesar de soar pleonástico – pois todo juiz deve ter a função de garantidor dos direitos e garantias individuais – entendemos pela importância da utilização do termo de maneira correta de modo a enfatizar a sua real função social.

Mas qual é a real função do juiz das garantias no sistema processual penal Chileno?²⁶⁴

Segundo María Lennon e Julián Lopez, o juiz das garantias tem a função de evitar que se afetem os direitos e garantias individuais do imputado e de terceiros durante a

²⁶² ARELLANO, Jaime; FIBLA, Gonzalo. Op. cit., p. 88.

²⁶³ LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. Op. cit., p. 70/71.

²⁶⁴ Segundo os artigos 9 e 70 do CPP Chileno, autorizar incidentes que demandem a cláusula de reserva jurisdiccional. In verbis: “Artículo 9º.- Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía. Artículo 70.- Juez de garantía competente. El juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que de lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución.”

investigação, ou que essa afetação seja a mínima possível e proporcional aos fins buscados pelo procedimento.²⁶⁵

Para os fins de possibilitar a correta compreensão do papel do juiz das garantias do Chile, cumpre explicar, sucintamente, como funciona o processo penal em 1ª instância.²⁶⁶

Para fins didáticos, divide-se o procedimento em 03 (três) fases distintas, sendo a primeira a etapa de investigação (título I do livro II do CPP Chileno), a segunda a etapa intermediária (título II do livro II do CPP Chileno) e a terceira e última a etapa do juízo oral (título III do livro II do CPP Chileno), sendo certo que a atuação do juiz das garantias recai nas duas primeiras etapas, enquanto um órgão colegiado composto por três membros – sendo um que dirige a audiência, na qualidade de juiz presidente - atua na terceira etapa, sem a possibilidade de que o juiz das garantias que atuou no feito componha o referido julgamento.²⁶⁷

²⁶⁵ LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. Op. cit., p. 447. E avançam: “*El juez de garantía deberá intervenir en la investigación en los siguientes casos: a) Cuando cualquier persona que se sienta afectada por una investigación del ministerio público que no ha sido formalizada judicialmente, solicite al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que sean objeto de la misma. El juez podrá fijarle al fiscal un plazo para que formalice la investigación (art. 186 CPP). Esta facultad puede operar como un mecanismo de aceleración del procedimiento a favor del imputado; b) Cuando el Órgano de persecución penal requiera que se realice una diligencia o medida cautelar que, según la Constitución y la ley, deba ser autorizada judicialmente. (...) c) Cuando el fiscal del ministerio público decida formalizar la investigación. Dicha actuación constituye generalmente un requisito previo para efectuar las siguientes solicitudes: a) Medidas cautelares personales y reales; b) Diligencias de investigación limitativas de derechos o medidas intrusivas; c) Suspensión condicional del procedimiento; d) Juicio inmediato; e) Prueba anticipada, y f) Resolución del caso en procedimiento simplificado.*”. Ibid. p. 505/506.

²⁶⁶ Sobre o tema, “*En el sistema procesal penal resultante de la reforma, las funciones de investigar y acusar están entregadas a un organismo autónomo, denominado Ministerio Público (art. 80 A CPR), mientras la función de decidir es entregada a un órgano jurisdiccional colegiado, integrado por tres jueces denominado Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Por su parte, la función de controlar el respeto a las garantías individuales durante la etapa de investigación, ha sido encomendada por la ley al Juez de Garantía, tribunal unipersonal distinto del llamado a decidir la controversia, a quien se priva de facultades de persecución penal y se le encomenda la etapa de preparación del juicio oral.*”. LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. Op. cit., p. 45.

²⁶⁷ LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. Op. cit., p. 208.

Em suma, a primeira etapa abarca a audiência de controle de detenção (audiência de custódia)²⁶⁸ e a audiência de formalização da investigação²⁶⁹, momento este que o Ministério Público comunica ao investigado que se desenvolve uma investigação contra ele, perante o juiz das garantias.²⁷⁰

A etapa intermediária tem por finalidade realizar uma análise dos elementos coligidos pelo Ministério Público durante a investigação e realizar uma filtragem dos casos que serão remetidos ao juízo oral, realizando a formalização da acusação contra o imputado.²⁷¹

Quanto à fase do juízo oral, é nela que se materializa a etapa principal do processo, e se irradiam de maneira mais enérgica a oralidade, imediação, publicidade, contraditório e concentração²⁷², ou seja, onde se mostra com maior nitidez o sistema adversarial.

Ultrapassadas as etapas do processo em primeira instância, é digno de nota o destaque de que reformas também influenciaram fortemente os poderes dos juízes, que agora se caracteriza pela sua absoluta passividade tanto na fase da investigação quanto na fase do juízo oral, vedando atos de investigação e a intervenção na produção da prova.²⁷³

Tal passividade não impede a obrigação de adotar, inclusive de ofício, medidas necessárias para permitir que o imputado exerça seus direitos assegurados na constituição,

²⁶⁸ Que ocorre de maneira bem similar à audiência de custódia disciplinada no Brasil, eis que “*La audiencia de control de detención es aquella instancia en la cual el imputado es llevado al juez de garantía para verificar que la detención de la que fue objeto se ajuste a la legalidad, habiendo para ello un plazo de 24 horas contados desde que la detención se hubiere practicado. Es necesaria tanto la presencia del abogado defensor como la presencia del fiscal o el abogado asistente del fiscal*”. ARELLANO, Jaime; FIBLA, Gonzalo. Op. cit., p. 75.

²⁶⁹ Audiência esta que “*es aquella en la cual el fiscal comunica al imputado, en presencia del juez de garantía, que se está siendo investigado por la comisión de uno o más hechos determinados que son constitutivos de delito (art. 229). El fiscal está obligado a formalizar cuando desea requerir de la intervención judicial para practicar determinadas diligencias de investigación, practicar la recepción anticipada de la prueba y solicitar la aplicación de una medida cautelar.*” Ibid. p. 76.

²⁷⁰ Ibid. p. 74.

²⁷¹ Ibid. p. 74. Nessa etapa, “*En la audiencia de preparación de juicio oral se resuelven las cuestiones planteadas o formuladas en la sub-fase escrita de la etapa intermedia. Además, se verifican los presupuestos procesales necesarios para pasar al juicio oral, por lo cual tiene una finalidad depuradora de determinadas incidencias antes de entrar al juicio mismo. En concreto, los debates que se pueden sustanciar en esta audiencia son: la corrección de vicios formales, la conciliación de la responsabilidad civil, las excepciones de previo y especial pronunciamiento y la depuración del objeto del proceso. En este último caso mediante convenciones probatorias y el debate de exclusión de pruebas por manifiesta impertinencia de la prueba, prueba ilícita, hechos públicos o notorios y prueba testimonial y documental con fines puramente dilatorios*” Ibid. p. 80.

²⁷² Ibid. p. 74.

²⁷³ LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. Op. cit., p. 42.

nas leis e nos tratados internacionais dos quais o Chile é signatário, conforme artigo 10 do CPP Chileno.²⁷⁴

Outro ponto interessante é a vedação de acesso aos autos da investigação pelo Tribunal de Juízo Oral (arts. 296 e 334 do CPP Chileno)²⁷⁵, similar ao que se propõe no Brasil no artigo 3º-C, §3º do CPP.²⁷⁶

6.3. O que o Brasil Pode Aprender com as Reformas?

A maior lição que podemos aprender com o Chile e com nossos outros colegas latino-americanos, quiçá, é que as reformas no modelo de justiça são, sim, de grande valia e importância para a mudança da cultura inquisitorial.

Contudo, os sobreditos países também nos ensinam que a maior mudança que deve ser produzida em um país é a mudança da mentalidade inquisitória dos operadores do Direito. E essa mudança, apesar de crucial, é de difícil realização. Mas não impossível.

María Lennon e Julián Masle, ao vaticinarem sobre a importância das mudanças culturais e de mentalidade necessárias para a efetivação do novo sistema processual penal chileno, indagam que o maior desafio “*consistia en emancipar a los jueces y demás operadores del sistema, de prácticas inquisitivas fuertemente arraigadas que podían poner en peligro el diseño y la lógica del nuevo sistema*”.²⁷⁷

Significa dizer que a maior dificuldade se dá no processo de ruptura efetiva com a tradição autoritária. E não parece temeroso que seja um processo gradativo e árduo, até porque não se eliminam centenas de anos de herança adquirida com poucos anos de luta.

²⁷⁴ Artículo 10.- Cautela de garantías. En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

²⁷⁵ LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. Op. cit., p. 46.

²⁷⁶ §3º - Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

²⁷⁷ LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. Op. cit., p. 196.

O que importa é a resiliência de continuar os sopros democráticos e de continuar a eterna luta pelo sistema acusatório e o respeito aos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

E são exatamente essas dificuldades que se enfrenta em *terrae brasiliis*, contudo, em graus distintos. Explicar o motivo de tamanha relutância do Brasil em realizar uma ruptura efetiva não é tarefa fácil, e, muito menos, de consenso entre os juristas.

Apesar da dificuldade encontrada, Antonio Pedro Melchior nos brinda com maestria uma proposta de explicação para esse estado de coisas. Pela didática, transcreve-se o excerto:

Os motivos pelos quais o Brasil, apesar da nova Constituição, não reformou o sistema de justiça criminal são multifatoriais e de difícil precisão. Uma hipótese factível é aquela que relaciona o ímpeto à reforma com as políticas destinadas a dar conta do encerramento do ciclo ditatorial. A integração e consenso entre a comunidade política, judiciário, militares e setores da sociedade sobre a legitimidade da repressão durante o regime autoritário, parece ser a chave para entender a dificuldade brasileira em aprovar e implementar um código de processo penal politicamente democrático (liberal) e processualmente acusatório. Essa dificuldade se mantém em pé e explicaria porque a estratégia de gestão do sistema de justiça criminal passou a ser o das meras reformas parciais, sempre pouco efetivas à democratização do sistema de justiça criminal.²⁷⁸

Os arroubos autoritários que ainda permeiam a mentalidade dos atores jurídicos parecem ser um entrave para a efetivação de um sistema acusatório. Exemplo riquíssimo dessa explanação é suspensão da vigência do juiz das garantias e outros dispositivos de suma importância para a efetivação de um sistema acusatório, a partir de uma decisão liminar e monocrática da nossa mais alta Corte do país, etiquetada como “Guardiã da Constituição”.

Não obstante, outras situações como: (i) o destrato com os direitos humanos; (ii) o não cumprimento das decisões da Comissão (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)²⁷⁹ e; (iii) o saudosismo com a ditadura empresarial-

²⁷⁸ MELCHIOR, Antonio Pedro. Brasil. Justicia Federal. In Marie-Christine Fuchs (et. al.). *La Justicia Penal Adversarial En América Latina: hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*. CEJA, 2020. p. 142.

²⁷⁹ Talvez o caso mais simbólico de descumprimento e que fomenta a dificuldade de ruptura efetiva com a tradição autoritária tenha ocorrido no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, no qual, apesar da Corte IDH entender a lei de anistia (Lei nº 6.683/1979) como inconveniente e inapta a vedar a investigação das graves violações de direitos humanos ocorrida no período da ditadura empresarial-militar, o STF entendeu como recepcionada a referida lei, a partir do julgamento da ADPF 153.

militar, dentre inúmeros outros, são fatores que alimentam e contribuem para essa malfadada mentalidade inquisitória.

Que o Brasil ainda necessita percorrer um grande caminho em direção à efetiva democratização do seu sistema de justiça penal é evidente. Espera-se que os inúmeros exemplos dados pelos países latino-americanos sirvam de marco teórico para as mudanças a serem aqui realizadas.

CONCLUSÃO

A presente dissertação buscou percorrer alguns campos de análise acerca da figura do juiz das garantias. A título conclusivo – e em sucinto desfecho –, pode-se extrair algumas conclusões parciais:

O juiz das garantias atende aos dispositivos da Constituição Cidadã, máxime ao efetivar o princípio da imparcialidade do juízo, assim como o princípio do contraditório, sendo este visto sob um prisma mais moderno, a saber, do contraditório como igualdade (ou originalidade) cognitiva. Ademais, também atende a dispositivos convencionais, eis que em franca consonância com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), mormente com seus artigos 14. n. 1 e 08. n. 1, respectivamente.

Os artigos 3º-A e 3º-B, todos do CPP, que dispõem sobre a escolha explícita do sistema acusatório e a impossibilidade de atuação de ofício do juiz nas fases investigatórias e instrutórias, bem como sobre as funções do juiz das garantias, revogam tacitamente inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal e da legislação extravagante que conferem poderes de atuação de ofício ao juiz, poderes estes exercidos ao arrepio do sistema acusatório.

Estes novos dispositivos são a maior guinada rumo ao sistema acusatório desde o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo que não é forçoso concluir que não só são dispositivos de constitucionalidade patente, como pode-se concluir que o fato de essas disposições estarem com a vigência suspensa judicialmente é inconstitucional.

A utilidade e efetividade do duplo juízo também possui base em ampla pesquisa da psicologia cognitiva, social e psicanálise, de modo que não se trata de um instituto criado com os olhos unicamente voltados para a dogmática do direito, sendo correto afirmar que se encontra referendado pelo escrutínio das outras áreas do saber, que demonstram haver um risco de parcialidade apto a criar uma nova forma de impedimento em nosso ordenamento pátrio do juiz que atuou na fase pré-processual para o juiz que atuará na fase processual.

Por isso, entende-se como inconstitucional, ativista e de matriz autoritária a decisão liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux nos autos da ADI nº 6.299/DF. Todavia, confia-se – espera-se que não ingenuamente – que, após a realização das audiências públicas junto ao Supremo Tribunal Federal, nas quais diversos atores jurídicos de suma importância no cenário jurídico brasileiro se manifestaram não só pela pertinência quanto pela aplicabilidade do instituto que, uma vez levada a ação ao Plenário, referida liminar será revogada e, por conseguinte, julgada improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que, por se tratar de uma ação de natureza ambivalente, servirá para assentar de uma vez por todas a constitucionalidade da figura do duplo juízo.

Com efeito, apesar da conclusão de que o juiz das garantias é uma figura imprescindível rumo à democratização do processo penal, não está blindado a críticas. E nem deveria estar.

Entende-se, outrossim, que alguns aprimoramentos ainda são passíveis de realização, como, por exemplo, a aplicação do juiz das garantias nos Tribunais e nos processos de competência originária.

O Chile e outros países, como Bolívia e Paraguai, que adotam a figura do juiz das garantias, também demonstram que o instituto não está imune a críticas e não se trata de algo perfeito e imutável, como bem apontam Leonel González e Marco Fandiño.²⁸⁰

Fato é que as mudanças realizadas – ou melhor, a serem realizadas - pelos dispositivos ora suspensos judicialmente são medidas imprescindíveis para “correr atrás do atraso” que o Brasil se encontra perante seus colegas latinos, que, na grandíssima maioria dos casos, realizaram reformas estruturais nas últimas três décadas em seus sistemas de justiça penal, adotando sistemas acusatórios e zelando pela primazia da defesa e promoção dos direitos humanos.

Adentrando em um recorte específico do Chile, cujas mudanças foram drásticas e não sem resistências – lembrar da resistência dos magistrados com a criação do Ministério Público Chileno em 1997 (!) – nos mostra que as reformas não ocorrem da noite para o

²⁸⁰ Algumas problemáticas destacadas são a confusão do papel do juiz das garantias, bem como a passividade do juízo frente a situações como verificação da ilegalidade da prisão, falta de controle sobre o prazo da prisão preventiva etc. Para entender o panorama completo, ver GONZÁLEZ, Leonel; FANDIÑO, Marco. Op. cit., p. 589/604, notadamente a página 602.

dia, e sim, são frutos de contínuas lutas pela democratização das instituições e, principalmente, dos operadores do Direito, de modo a finalmente extirpar a mentalidade inquisitória e promover a ruptura efetiva com a herança autoritária herdada.

Essa é uma batalha travada diuturnamente no Brasil por juristas e cidadãos progressistas. Ocorre que, por razões multifacetadas e de difícil compilação em curtas linhas, nosso país ainda demonstra muita resistência para mudanças estruturais, notadamente quando referidas mudanças visam a maior proteção dos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Apesar disso, acredita-se que uma vez reconhecida a constitucionalidade dos artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F, o Brasil dará um grande passo rumo ao caminho da ruptura efetiva com a tradição autoritária e da superação da mentalidade inquisitória e da sanha punitivista que assolam essa linda terra.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. Consequencialismo Jurídico: *o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista*. In.: Revista dos Tribunais, vol. 1009/2019, nov/2019. p. 01/09.

ABBOUD, Georges. MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: *notas introdutórias a uma polêmica contemporânea*. In.: Revista dos Tribunais, vol. 1008/2019, out/2019. p. 01/09.

ÁLVAREZ, Rodrigo Ríos; MAYA, André Machado. *Derecho procesal penal: una mirada a 20 años de reformas en Chile y Brasil*. Santiago de Chile, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das Garantias*. Curitiba: Juruá, 2011.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

ARELLANO, Jaime; FIBLA, Gonzalo. Chile. In Marie-Christine Fuchs (et. al.). *La Justicia Penal Adversarial En América Latina: hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*. CEJA, 2020. p. 71/92.

ARGUELHES, Diego Werneck. RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. In: Novos Estud. CEBRAP. São Paulo: V.37, n.01, jan-abr/2018. p. 13/32.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº1, 2012. p. 23/32.

BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: *The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies*; Revista Direito e Práxis, *Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2017. p. 01/58.

BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana*. In: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. nº 60. abr/jun 2016. p. 59/117.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. p. 01/48.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: CPDOC, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2016.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo: Ensaio sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

CASTRO, César San Martín. *Derecho Procesal Penal: Lecciones*. 2. ed. Perú: INPECCP y CENALES, 2020.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. O Juiz de Garantias na Investigação Preliminar Criminal. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Orgs.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e pareceres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 29/52.

CHILE. Código Procesal Penal (Ley 19696). Disponível em: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Brasil. In: MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (Orgs.). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 123/166.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DUCLERC, Elmir. *Curso Básico de Direito Processual Penal*. 2. ed. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FANDIÑO, Marco (et. al.). *Desafíos de la reforma procesal en Chile: análisis retrospectivo a más de una década*. CEJA, 2017.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

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

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

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2015. p. 143-165.

GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale. Introduction – Heuristics and Biases: Then and Now. In: KAHNEMAN, Daniel; GRIFFIN, Dale; GILOVICH, Thomas. *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgement*. Cambridge University Press, 2002. p. 01/18.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília,DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 261/288.

GONZÁLEZ, Leonel. Presentación. In.: ÁLVAREZ, Rodrigo Ríos; MAYA, André Machado. *Derecho procesal penal: una mirada a 20 años de reformas en Chile y Brasil*. Santiago de Chile, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

GONZÁLEZ, Leonel; FANDIÑO, Marco. Balance y propuestas para la consolidación de la justicia penal adversarial en América Latina. In Marie-Christine Fuchs (et. al.). *La Justicia Penal Adversarial En América Latina: hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*. CEJA, 2020. p. 577/644.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília,DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 01/14.

JUNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. [Livro digital].

LANGER, Máximo. *Revolución en el processo penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Centro de Estudios de Justicia de las Americas (CEJA). p. 01/60.

LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. *Derecho Procesal Penal Chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigacion*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal: e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [Livro digital].

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. *A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: Reflexões a Partir da Teoria da Dissonância Cognitiva*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister, ago./set. 2016, v. 73. p. 12/24.

LOPES JUNIOR, Aury. O problema da “verdade” no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 63/84.

LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. *A Angústia de Decidir e o Juiz das Garantias no Projeto de Reforma do CPP: Uma importante Contribuição da Psicanálise para o Direito*. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister, dez./jan. 2013, v. 51. p. 15/39.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: parte general: sujetos procesales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2011.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Brasil. Justicia Federal. In Marie-Christine Fuchs (et al). *La Justicia Penal Adversarial En América Latina: hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*. CEJA, 2020. p. 139/178.

MELCHIOR, Antonio Pedro. *Gestão da Prova e o Lugar do Discurso do Julgador: O sinthoma político no Processo Penal democrático*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2012.

NORES, José I. Cafferata. *Proceso penal y derechos humanos: La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RIBEIRO, Darcy. *Aos Trancos e Barrancos: como o Brasil deu no que deu*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1985.

RIEGO, Cristián, DUCE, Mauricio. *Prisión Preventiva Y Reforma Procesal Penal Em América Latina: Evaluación y Perspectivas*. Santiago: CEJA, 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2000.

SANTORO, Antonio; MALAN, Diogo; MIRZA, Flavio (Orgs.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

SCHREIBER, Simone. *O juiz de garantias no projeto do código de processo penal*. In: Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ago. 2010, v. 18, n. 213.

SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Editorial Dykinson, S. L.

SENADO FEDERAL DO BRASIL. Parecer nº , de 2009. Da comissão temporária de estudo da reforma do código de processo penal, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que reforma o Código de Processo Penal, e proposições anexadas. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20091201-01.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115/143.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *O código, as cautelares e o juiz das garantias*. In.: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a.46 n. 183 jul/set. 2009. p. 77/93.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TAYLOR, Shelley E. The availability bias in social perception and interaction. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge University Press, 1982. p. 190/200.

TERÁN, Sergio J. Cuarezma. El rol de la defensa em la fase de investigación em el código procesal penal de la república de panamá. In: CORTÉS, Luis Alberto Canales; TERÁN, Sergio J. Cuarezma. *Las garantías constitucionales y convencionales, aplicadas al proceso*. Nicaragua: INEJ, 2017. p. 77/92.

THUNS, Gilberto. O mito sobre a Verdade e os Sistemas Processuais. In: CARVALHO, Salo de. *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 153/176.

TOLDO, Nino Oliveira. *Juiz das Garantias*: como implementá-lo? In: Boletim do IBCCRIM, São Paulo, jan. 2022, v. 18, n. 350.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge University Press, 1982. p. 03/22.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Batalha dos Poderes: *Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WILSON, Timothy D.; CERTERBAR, David B.; BREKKE, Nance. Mental Contamination and the Debiasing Problem. In: KAHNEMAN, Daniel; GRIFFIN, Dale; GILOVICH, Thomas. *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgement*. Cambridge University Press, 2002. p. 185/200.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZINERMAN, David. E. *A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional. A crise do magistrado*. In: THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. vol. 4, 2006. p. 131/143.