



A implantação da figura do juiz das garantias no processo penal pátrio à luz do princípio da imparcialidade do órgão julgador

The implementation of the figure of the guarantor judge in the national criminal procedure in light of the principle of impartiality of the jurisdictional function

Thalia Ferreira Cirilo¹, Matheus Vítor Sousa Soares², Carla Pedrosa de Figueiredo³ e Giliard Cruz Targino⁴

v. 9/ n. 4 (2021)
Outubro/Dezembro

Aceito para publicação em
10/10/2021.

¹Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito vinculado à Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Graduada em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande, thaliaferreiracirilo@gmail.com;

²Doutorando e Mestre do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas vinculado à Universidade Federal da Paraíba; Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande, matheusmv200@hotmail.com;

³Mestra em Sistemas Agroindustriais pela Universidade Federal de Campina Grande; Professora do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande, carlapfigueiredo@gmail.com;

⁴Mestre em Sistemas Agroindustriais pela Universidade Federal de Campina Grande; Professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande, gilibrnb@hotmail.com.



<https://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RDGP/>

Resumo

O presente trabalho, cuja importância justifica-se pela necessidade da implantação da figura do juiz das garantias no processo penal pátrio, tem como objetivo geral analisar os reflexos desta figura na efetivação do princípio da imparcialidade do órgão julgador; como objetivos específicos, pretende-se desnublur aspectos importantes relativos aos sistemas processuais penais, dando um maior enfoque ao sistema acusatório, o qual fora adotado pelo texto constitucional, bem como examinar a figura do juiz das garantias à luz do princípio da imparcialidade da função jurisdicional. Para a consecução de tais objetivos, os métodos aplicados foram o investigativo, o descritivo e o dedutivo. Quanto aos procedimentos metodológicos, utilizaram-se o histórico, o comparativo e o exegético-jurídico. Ao final, constatou-se que a implantação da figura do juiz das garantias, respeitadas as opiniões em sentido contrário, é uma medida relevantíssima para a atualização do processo penal brasileiro, pois o torna mais compatível com o sistema acusatório inserido pelo texto da Constituição Federal. Ademais, pesquisas demonstram que o princípio da imparcialidade do juiz é imprescindível e somente será mais efetivo sob a ótica do processo penal, se na persecução criminal o juiz que atuou na fase investigativa, seja decretando prisões, medidas cautelares ou determinando a produção de determinadas provas, como por exemplo, uma busca e apreensão, não participar da fase processual.

Palavras-chave: juiz das garantias, sistemas processuais penais, princípio da imparcialidade.

Abstract

This paper, whose importance is justified by the need to implement the figure of the judge of guarantees in the Brazilian criminal procedure, has as its general objective to analyze the consequences of this figure in the implementation of the principle of impartiality of the judging body; as specific objectives, it intends to unveil important aspects related to the criminal procedure systems, giving greater focus on the accusatorial system, which was adopted by the constitutional text, as well as examine the figure of the judge of guarantees in the light of the principle of impartiality of the judicial function. To achieve these objectives, the methods applied were investigative, descriptive and deductive. As for the methodological procedures, the historical, comparative, and exegetical-legal ones were used. At the end, it was found that the implementation of the figure of the judge of guarantees, respecting the opinions to the contrary, is a very relevant measure for the updating of the Brazilian criminal procedure, because it makes it more compatible with the accusatorial system inserted by the text of the Federal Constitution. Furthermore, research has shown that the principle of the impartiality of the judge is indispensable and will only be more effective in criminal proceedings if the judge who acted in the investigative phase, either by decreeing arrests, precautionary measures or determining the production of certain evidence, such as a search and seizure, does not participate in the procedural phase.

Keywords: judge of guarantees, criminal procedural systems, principle of impartiality.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 inseriu no contexto do processo penal pátrio o sistema acusatório, fazendo com que vários dispositivos do Código de Processo Penal, datado de 1941, fossem considerados como não recepcionados pela atual ordem constitucional. O magistrado, no contexto deste sistema, tem que julgar o feito de modo imparcial devendo ser afastado da produção probatória.

O sistema acusatório é o sistema mais coerente com os postulados do Estado Democrático de Direito, e, no caso do Brasil somente veio a ser questionado e analisado com mais profundidade após o texto da Carta Magna. Com essa visão, tem-se que até a Constituição, o processo penal tinha mais um viés inquisitivo, vez que o magistrado possuía amplos poderes desde a fase investigativa podendo inclusive, determinar nesta fase e de ofício a prisão preventiva do investigado. Essa postura desde sempre foi alvo de críticas por doutrinadores mais modernos, pois mesmo com a vigência da norma constitucional isso ainda era admitido contrariando o sistema acusatório.

Essa realidade começou a mudar com algumas reformas pontuais feitas à legislação processual penal nos anos de 2008 e 2011, mas foi apenas com a lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, vulgarmente conhecida como o Pacote Anticrime, que o sistema acusatório passou a ter previsão expressa no Código de Processo Penal. Além disso, o legislador trouxe para o contexto pátrio, a figura do juiz das garantias, já presente em outros países como Chile e Espanha.

O juiz das garantias, mecanismo vital para a efetivação do sistema acusatório, atuará na fase pré-processual e após este momento ter-se-á a atuação do juiz processante. Essa medida também torna mais efetiva a garantia da imparcialidade do órgão julgador, podendo evitar decisões injustas no futuro.

A presente pesquisa justifica-se pela necessidade de demonstrar a importância da figura do juiz das garantias para a efetivação do princípio da imparcialidade, para o fortalecimento do sistema acusatório implementado pela norma constitucional e para evitar possíveis erros judiciários. Além disso, será demonstrado no decorrer deste artigo que o processo penal deve sempre obedecer e ser pautado pela CF/88, o que já deveria ser uma realidade, mas ainda se verifica a aplicabilidade de vários dispositivos inquisitoriais do CPP enfraquecendo cada dia mais o sistema acusatório. O objetivo geral é analisar os reflexos da implantação da figura do juiz das garantias para a efetivação do princípio da imparcialidade e os objetivos específicos são: examinar os sistemas processuais, estudar o princípio da imparcialidade, trabalhar com a teoria da dissonância cognitiva no contexto do processo penal e demonstrar a importância da figura do juiz das garantias para tornar o processo penal brasileiro mais justo e imparcial.

Em relação aos procedimentos metodológicos, serão utilizados o método exegético-jurídico e método dedutivo. A pesquisa classifica-se como sendo bibliográfica e documental, onde serão analisadas obras bibliográficas, artigos, legislação e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

2 Do sistema processual acusatório adotado no processo penal brasileiro

Antes de se iniciar o estudo acerca da figura do juiz das garantias, torna-se necessário examinar os sistemas processuais penais. *A priori*, quando se examina o sistema processual o intérprete deve ter em sua mente a ideia básica da interação entre as partes processuais no contexto do processo penal, pois é a partir dessa premissa que poderá ser feita a classificação do sistema processual em inquisitivo, misto ou acusatório. Ao examinar a doutrina especializada na presente temática, o sistema processual pode ser conceituado como um conjunto de princípios e regras constitucionais que vai estabelecer o caminho e os objetivos a serem seguidos na aplicação das normas penais a cada caso concreto. Desta forma, fica evidente que o sistema processual é atrelado ao momento político vivenciado por cada Estado (RANGEL, 2015).

Sob este viés, como compete ao Estado tornar efetiva a ordem normativa penal, deve ao mesmo ser assegurado conforme entendimento de Rangel (2015, p. 46-47) “a aplicação de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente pode ser feita através do processo, que deve revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória”. Nesta senda, convém destacar que se o Estado for autoritário, o sistema processual penal adotado pelo mesmo será o inquisitivo, visto que o sistema acusatório, no que lhe concerne, não se compatibiliza com os postulados de um Estado Democrático de Direito.

Feitas essas considerações gerais acerca do sistema processual, passa-se a examinar os sistemas inquisitivo, misto e acusatório, sendo dada uma maior ênfase a este último, pois é objeto do presente estudo.

O primeiro sistema a ser analisado é o inquisitivo, de origem no Direito Canônico, foi aplicado no período do século XIII ao século XVIII, tendo o seu ápice através das Santas Inquisições e começou a ruir com as críticas dos iluministas. Ao analisar este sistema, observa-se que as três funções do processo penal, quais sejam acusar, defender e julgar pertencem a um único órgão, ou seja, ao juiz inquisidor. Com isto, pode-se concluir que a defesa era meramente decorativa e a imparcialidade do juiz não existia. Neste contexto, como a defesa é inexistente então não há contraditório, pois nem sequer é possível ante a falta de contraposição entre a acusação e a defesa (LIMA, 2020).

No que concerne à gestão probatória, o juiz terá ampla liberdade para produzir a prova. Assim, pode o juiz determinar a produção de quaisquer provas de ofício e em qualquer fase processual. Neste ponto, o princípio adotado é o da verdade real e como o réu não é sujeito de direitos, é tratado como sendo apenas um objeto do processo e com isso era admitida a tortura com a finalidade de se obter a confissão, ou seja, para alcançar a verdade absoluta.

Ainda em relação ao sistema de provas, verifica-se a utilização do sistema de provas tarifada onde para cada prova é atribuído determinado valor, sendo a confissão considerada a rainha das provas. Assim, ocorrendo a confissão do acusado, o juiz parava com a produção probatória (RANGEL, 2015).

Por intermédio deste sistema, o processo penal era sigiloso, a única publicidade que se dava era apenas com a execução da sentença, a qual ocorria na presença da sociedade. Não existiam debates orais, dando-se preferência aos procedimentos escritos e os julgadores não estariam sujeitos à recusa (NUCCI, 2008).

A crítica que a doutrina faz a este sistema decorre do fato de que a concentração das três funções nas mãos do juiz e a iniciativa acusatória dela decorrente é totalmente incompatível com a garantia da imparcialidade prevista expressamente no artigo 8º, §1º da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), com as normas da Constituição Federal de 1988 e com os demais tratados que versam sobre os Direitos Humanos.

Ademais, um alerta deve ser feito ao leitor, o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 sofreu forte influência do fascismo italiano e por tal motivo parte dos seus dispositivos tem um caráter inquisitorial, devendo o mesmo se reexaminado de forma compatível com a norma constitucional de 1988 (LIMA, 2020).

O segundo sistema a ser examinado é o sistema misto ou francês tendo surgido na França após o Iluminismo e concentrou alguns itens do sistema acusatório, que chegou a ser empregado na Roma e na Grécia, com o sistema inquisitivo que perdurou do século XIII ao século XVIII. Com isso, parte da premissa de que a persecução penal possui duas fases bem distintas, quais sejam: 1ª Fase Inquisitorial empregada durante a investigação e a 2ª Fase Processual, a qual teria um viés acusatório. Tendo por base essa premissa, Nucci (2008) começou a defender minoritariamente que este sistema teria sido adotado pelo processo penal pátrio.

Para o respeitável doutrinador, a primeira fase, fase da investigação possuiria caracteres do sistema inquisitivo e a segunda fase, fase do processo, seriam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo, portanto, adotado nesta fase o sistema acusatório.

Este posicionamento não deve prosperar vez que a posição doutrinária dominante é no sentido de que a CF não adotou o referido sistema e segundo Lima (2020) a persecução penal ou criminal não possui fases, não existe essa divisão. Constata-se que na maioria dos países que adotam este sistema, a primeira fase é conduzida por um juiz inquisidor ou instrutor, o que não acontece no Brasil, vez que a investigação do fato delituoso e a condução do inquérito fica a cargo da autoridade policial, portanto, não há a figura do juiz instrutor ou investigador. Nesta senda, não é possível afirmar que o sistema processual penal brasileiro é o misto, como defende Nucci (2008).

O último sistema a ser examinado é o sistema acusatório, objeto do presente tópico. O sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa, em igualdade de condições (paridade de armas) e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial.

Aqui há uma separação das funções de acusar, defender e julgar e dessa forma o processo penal caracteriza-se como um legítimo *actum trium personarum*. O fundamento do mencionado sistema no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se previsto no artigo 129, I, da CF/88 quando esta prevê que o Ministério Público exerce de forma privativa a função acusatória no âmbito da ação penal pública.

No que se refere à questão da gestão ou do gerenciamento das provas constata-se que o ônus probatório recai sobre as partes. Com isso, na fase investigatória o magistrado só atua se for provocado, e desde que seja justificável a atuação judicial. Já durante a fase processual, ainda prevalece o posicionamento de que o juiz possui certa iniciativa probatória, podendo determinar a produção de provas de ofício, mas desde que a sua atuação seja residual ou subsidiária.

Sobre a produção da prova pelo juiz de ofício, encontra-se na doutrina a existência de duas correntes doutrinárias. A primeira defendida por Geraldo Prado (*apud* LIMA, 2020) sustenta que o magistrado não pode produzir provas de ofício, mesmo sendo na fase processual, visto que a atividade probatória deve ser uma preocupação das partes processuais. Defende-se que tal corrente é compatível com o sistema acusatório adotado no processo penal pátrio e com o princípio da imparcialidade do órgão julgador. A segunda corrente, por sua vez, defende que o juiz é dotado de iniciativa probatória podendo produzir provas de ofício exclusivamente durante a fase processual. São adeptos dessa corrente Oliveira (2019), Badaró (2017), Távora e Alencar (2017) e Lima (2020) e a mesma também encontra respaldo na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

No sistema acusatório, há observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o processo é regido pelo princípio da publicidade, o qual é relativizado em algumas situações, se, por exemplo, da publicidade dos atos processuais ocorrer violação à intimidade ou prejuízos para o interesse público.

Como o réu é visto como sendo um sujeito de direito, o Estado possui a obrigação de preservar os direitos fundamentais daquele. O sistema de provas adotado é o do convencimento motivado, tendo o juiz liberdade para apreciar as provas, podendo de modo fundamentado descartar provas que foram produzidas durante o processo. E, por fim, a liberdade do réu deve ser a regra (NUCCI, 2008).

O sistema acusatório é o que prevalece no processo penal pátrio em decorrência do artigo 129, I, da CF/88. Insta reforçar que a lei 13.964/19, vulgarmente conhecida como Pacote Anticrime, inseriu o artigo 3º A ao CPP, o qual estabelece 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”. Com esse dispositivo, ficou claro que o juiz não poderá requerer provas de ofício, seja na fase investigativa, seja na fase processual, vez que legislador foi claro em determinar que o magistrado não pode substituir a iniciativa da acusação. Dessa forma, a atividade probatória recairá sobre as partes. Ademais, insta mencionar que este dispositivo se encontra suspenso pela liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 em 20 de janeiro de 2020, sendo que esta questão ainda não foi discutida pelo Pleno do STF. A última informação que se tem é de que o julgamento das mencionadas ações foi excluído do calendário do STF no dia 17 de novembro de 2021.

3 Análise do princípio da imparcialidade do órgão julgador

Este importantíssimo princípio está consagrado expressamente no artigo 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, válido no Brasil como norma supralegal após o julgamento pelo STF do RE 466.343/SP e do HC 87.585/TO . No âmbito interno vislumbra-se que o mesmo está implícito no texto constitucional, decorrendo do princípio constitucional expresso do juiz natural, com a finalidade de complementá-lo, afinal de contas o magistrado pode até estar investido na jurisdição, mas mesmo assim não ser imparcial na sua atuação.

A doutrina pátria e estrangeira defende que a imparcialidade do órgão julgador é o postulado mais importante do processo penal, visto que é por meio dele que se garante a observância aos demais princípios como o contraditório, a paridade das armas, o devido processo legal, dentre outros. Deve ser garantido ao réu que ele será julgado por um órgão jurisdicional cuja competência já se encontra previamente delimitada pela norma constitucional (juiz natural) e que haverá tratamento isonômico entre as partes (paridade das armas). Pela imparcialidade tem-se que o magistrado irá julgar o processo como um terceiro imparcial, não devendo tomar partido por qualquer uma das partes.

É a garantia suprema do processo penal e que deve ser efetivada no curso do processo. Segundo Lopes Jr (2020): “a imparcialidade do órgão julgador é “um princípio supremo do processo” e como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparo justo. Sobre a base da imparcialidade está estruturado o processo como tipo heterônomo de reparo”.

Pela imparcialidade, o magistrado deve ficar equidistante das partes processuais, não pode fazer as vezes de parte, não pode coletar, buscar provas como parte fosse. Muito grave e danosa para a função jurisdicional a atuação de um magistrado que desce da sua posição e começa a ir atrás da prova seja para condenar ou absolver o réu, porque tal prática faz com que não tenhamos um processo justo. Isso deve ser vedado em todo o processo penal.

Diante disso, deve ser vedado ao juiz a iniciativa probatória, bem como ser atribuído ao mesmo poderes instrutórios ou investigatórios. A iniciativa ou gestão das provas nas mãos do magistrado, faz com que se tenha a instauração da figura juiz-ator, juiz-parte (e não mero expectador), núcleo essencial do sistema inquisitivo (LOPES JR, 2020).

No entanto, ressalte-se que a atuação neutra de um juiz não passa de um mito, pois ele, durante o julgamento, sempre é influenciado por seus valores pessoais. É por isso que a doutrina prefere utilizar a expressão “juiz imparcial”, no sentido de exigência de um dever de honestidade do magistrado, que deverá sempre cumprir a constituição, a legislação, prolatando decisões suficientemente motivadas (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Constata-se que a imparcialidade pela sistemática do CPP vigente sempre se viu ameaçada vez que o sistema pátrio ainda tem vários aspectos inquisitivos, os quais somente caíram por terra apenas no final de 2019 com a entrada em vigor da lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), que ao inserir o artigo 3º A, como foi visto, consagrou expressamente a adoção do sistema acusatório e, dessa forma, o legislador afastou por completo a atuação de ofício do juiz para a produção probatória, para a decretação da prisão preventiva, etc.

Como foi visto anteriormente, a redação do artigo 3º A introduzida no CPP pela Lei 13.964/19 encontra com a sua eficácia suspensa por decisão liminar do Ministro Fux nas ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Por se tratar de uma decisão provisória, tal dispositivo legal poderá ter a sua vigência restabelecida a qualquer momento. Interessante a colocação de Lopes Jr (2020) ao afirmar que enquanto o artigo 3º está com sua vigência suspensa, essa decisão do STF, proferida pelo Ministro FUX, faz com que “o processo penal segue com a estrutura inquisitória (do CPP) em confronto direto com o modelo acusatório desenhado pela Constituição, com gravíssimos sacrifícios para a garantia da imparcialidade”, sendo de um retrocesso sem tamanho.

O sistema acusatório exige que o juiz não seja ativo na produção probatória, pois quando este vai atrás da prova, a sua imparcialidade já foi violada e isso irá gerar sérios danos ao processo, vez que se terá uma terceira parte na relação processual. O juiz como já foi analisado não é parte e

por este motivo deve se manter equidistante das partes, bem como não possui competência jurisdicional para produzir provas.

Caso a parte acusatória não comprove que o réu praticou o ilícito penal não resta outro caminho ao magistrado senão absolvê-lo da imputação que lhe fora feita. Não se exige outra conduta do juiz e é como bem afirma Lopes Jr (2020) “a figura do juiz-espectador em oposição à figura inquisitória do juiz-ator é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório”.

Por fim, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos consagrou o entendimento de que o juiz com poderes instrutórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o magistrado exerceu uma função de investigação na fase pré-processual, não poderá, na fase processual julgar e sentenciar o caso, sob pena de assim o fizer violar o princípio da imparcialidade, garantia essa que deve ser observada e que está atrelada ao sistema acusatório instituído pela CF/88 (LOPES JR, 2020).

4 Considerações sobre a teoria da dissonância cognitiva e os seus reflexos na questão da imparcialidade do órgão julgador

Ao se analisar a imparcialidade do órgão julgador, mormente quando este tem acesso aos autos do inquérito policial ou quando vai receber a denúncia ou queixa-crime, e, posteriormente irá decidir o caso, torna-se necessário analisar a teoria da dissonância cognitiva. A mencionada teoria pertencente à área de Psicologia Social tornou-se conhecida no ano de 1957, por intermédio da obra “*A theory of cognitive dissonance*” de autoria de Leon Festinger e se trata, essencialmente de um estudo acerca da cognição e do comportamento humano (LOPES JR e RITTER, 2016).

A teoria da dissonância cognitiva tem por objetivo analisar as reações que um indivíduo pode desenvolver frente as suas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de “consonância” (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos), os quais possam reduzir a dissonância e, por conseguinte, a ansiedade e o estresse gerado. Dessa forma, constata-se que o indivíduo busca – como mecanismo de defender o seu próprio ego – buscar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e a sua opinião (LOPES JR, 2020).

Em suma, a mencionada teoria objetiva eliminar as contradições cognitivas conforme elucida Schünemann (*apud* LOPES JR, 2020). O mencionado autor trabalha com a aplicabilidade dessa teoria no contexto do processo penal, mormente de forma direta sobre a atuação do magistrado, na medida em que este se depara com duas situações totalmente antagônicas (teses de acusação e de defesa). Neste prisma, Lopes Jr (2020) defende que o magistrado constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito, bem como da denúncia ao recebê-la, sendo inevitável o seu pré-julgamento, o qual poderá ser ainda agravado quando o juiz decidiu anteriormente pela decretação de uma prisão, por exemplo.

Essa situação leva o juiz a se apegar a imagem já construída de modo que ele tentará confirmá-la na audiência (instrução), isto é, haverá uma tendência em superestimar as informações consonantes e menosprezar as informações dissonantes. Schünemann (*apud* LOPES JR, 2020) afirma que para diminuir a tensão psíquica ocasionada pela dissonância cognitiva, surtirão dois efeitos, quais sejam: a) o efeito inércia ou perseverança: onde se buscará a autoconfirmação de hipóteses, superestimando as informações anteriormente consideradas corretas, como no caso dos elementos oriundos do inquérito ou a da denúncia que foram utilizados pelo juiz na concessão de medidas cautelares requeridas pelo acusador e b) efeito de atuação, de busca seletiva de informações, onde o magistrado tende a coletar informações que confirmam a hipótese acatada em momento prévio acolhida pelo próprio ego, o que gera o efeito “confirmador-tranquilizador” (LOPES JR, 2020).

Ao se deparar com essas situações Schünemann desenvolveu uma interessante pesquisa de campo que acabou confirmando várias hipóteses, dentre elas a já sabida pela doutrina e pelos estudiosos do processo penal, qual seja “quanto maior for o nível de conhecimento ou envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, menor é o interesse dele

pelas perguntas que a defesa faz para a testemunha e (muito) mais provável é a frequência com ele condenará” (LOPES JR, 2020).

Pela análise da teoria da dissonância cognitiva restou comprovado que toda pessoa procura buscar um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. Dessa forma, a tese defensiva gera para o juiz uma relação contraditória com as hipóteses iniciais suscitadas pela acusação conduzindo à dissonância cognitiva (analisar a reação do indivíduo frente as duas ou mais posições antagônicas).

Essa situação se agrava no âmbito processual penal, onde o mesmo magistrado atua na fase investigativa, decretando uma prisão, por exemplo, depois recebe a peça acusatória inaugurando a fase processual, onde irá atuar e ao final decidirá o caso. Lopes Jr. e Ritter (2016) ensinam que tal problema seria resolvido com a implantação do juiz de garantias no processo penal para atuar na fase investigativa, pois se isso não ocorrer a quebra da imparcialidade do órgão julgador já restará prejudicada. Conforme demonstram os estudos de Schünemann (*apud* LOPES JR, 2020) o juiz quando recebe a denúncia e posteriormente começa a instruir o feito, passa a ocupar a posição de parte contrária ao próprio acusado, de forma que estará impedido psicologicamente falando de realizar uma atividade imparcial, ou seja, processar as informações de forma adequada.

Tal problema surge do fato de o juiz ler e estudar os autos do inquérito para decidir acerca do recebimento ou rejeição da denúncia/queixa, para decidir acerca da decretação ou não da prisão preventiva, formando uma imagem mental dos fatos para, só depois passar a buscar a confirmação dos fatos que o convenceram a decretar uma medida cautelar, por exemplo. A situação se torna mais complicada se for permitido ao juiz produzir a prova de ofício, que sequer foi requerida ou produzida pelo órgão acusatório, porque ele atuará de modo a substituir a atuação do acusador, o que fatalmente violará o princípio da imparcialidade da função jurisdicional do Estado. Neste contexto, o risco de pré-julgamento segundo LOPES JR (2020) “é real e tão expressivo que a tendência é separar o juiz que recebe a denúncia (que atua na fase pré-processual) daquele que vai instruir e julgar ao final”, por isso a importância da implantação do juiz de garantias conforme foi mencionado anteriormente.

Consoante os estudos de Schünemann (*apud* LOPES JR, 2020) tem-se que os juízes que tomam conhecimento dos autos da investigação não fixaram corretamente o conteúdo defensivo presente na instrução processual, porque eles “só apreendiam e armazenaram as informações incriminadoras” que confirmavam o que estava tanto na investigação como na acusação. Com isso, defende o mencionado autor que o juiz tem uma tendência de apego à imagem dos fatos que lhe foram transmitidos pelos autos da investigação, e neste ínterim informações dissonantes dessa imagem inicial tende a serem “não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas”.

Ante ao exposto, para garantir a imparcialidade do órgão julgador torna-se imprescindível a implantação do juiz das garantias com a separação entre o juiz que atua na fase processual e aquele que vai julgar. Com isso, torna-se necessária a exclusão física dos autos do inquérito conforme previsto no artigo 3º - C, § 3º do CPP, *in verbis*:

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 enviado 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 pensamento em apartado.

Tal dispositivo encontra-se suspenso pela liminar concedida pelo Ministro Fux. Além da exclusão dos autos do inquérito do processo, tem que ser efetivada a vedação dos poderes instrutórios do juiz, sendo necessária a implementação de diversas medidas que buscam dar eficácia ao devido processo legal, pois só assim estar-se-ia diante de um juiz imparcial. Dessa forma, não se pode mais fechar os olhos para essa triste realidade, que pode causar tantas injustiças no processo penal, exceto se for para defender um processo com viés inquisitorial e justiceiro (LOPES JR e RITTER, 2016), totalmente incompatível com o sistema acusatório adotado na CF/88 para o processo penal brasileiro.

5 A implantação da figura do juiz de garantias à luz do princípio da imparcialidade do órgão julgador

Pelos problemas reportados na sessão anterior, verifica-se que a implantação da figura do juiz das garantias no processo penal brasileiro, é uma medida que se faz necessária para garantir a efetividade do princípio da imparcialidade do órgão julgador, importante postulado do Direito Processual Penal.

A implantação do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, tem os seguintes pontos positivos: a) a implementação de uma vez por todas no processo penal do sistema acusatório tornando a previsão constitucional mais efetiva; b) a efetividade da garantia da imparcialidade do órgão julgador; c) a separação da função jurisdicional criminal, onde ter-se-á um juiz competente para resguardar a legalidade e os direitos individuais passíveis de relativização no contexto de uma investigação criminal e um outro responsável em conduzir o processo e ao final decidir o mérito; d) a proibição legislativa em enviar os autos do inquérito ao juiz processante, sendo tal medida positiva para não contaminar a imparcialidade do mesmo. Essa vedação coibirá a existência de injustas condenações, vez que o juiz da fase processual não será contaminado pelo que foi apurado durante as investigações; e) a figura do juiz das garantias já é adotado em inúmeros países, a exemplo do Chile, da Espanha, onde estudos demonstram a eficácia deste mecanismo para garantir a legalidade das investigações, bem como para resguardar a imparcialidade do órgão julgador (LOPES JR, 2020, LIMA, 2020).

Podem ser apontados os seguintes pontos negativos para a implementação da figura do juiz das garantias, quais sejam: a) a possibilidade de ocorrer a violação ao princípio do juiz natural previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF, vez que a instauração de rodízios entre juízes para a implementação do juiz das garantias pode levar os Tribunais de Justiça a determinarem qual magistrado irá julgar o fato após a sua ocorrência; b) vislumbra-se também a possibilidade de violação ao princípio constitucional de igualdade, vez que o legislador não estabeleceu a figura do juiz de garantias para a investigação de crimes praticados por agentes detentores do foro por prerrogativa de função; c) a insuficiência de juízes para o desempenho dessa nova função; d) a falta de previsão orçamentária para a implantação da figura do juiz das garantias, o que pode onerar os cofres públicos conforme petição da Associação dos Magistrados do Brasil (BRASIL, 2019).

Ao analisar os dois pontos, defende-se que os aspectos positivos para a inserção devem prevalecer, vez que no Brasil o sistema processual penal adotado é o sistema acusatório. Por este sistema, o órgão julgador deve julgar os fatos de forma imparcial e isso é uma garantia constitucional que deve ser sempre assegurada, pouco importando os custos desta implantação. Esse seria o preço a ser pago pelo país, uma vez que aceitou submeter-se ao sistema acusatório conforme extrai-se da norma constitucional. Cabe ressaltar também que, não se pode olvidar da necessidade da realização de estudos mais detalhados acerca do mencionado instituto, vez que o prazo de *vacatio legis* de 30 (trinta) dias é irrisório para que os Tribunais se organizem na implantação desta medida.

Convém destacar que a implantação do juiz das garantias no processo penal pátrio não viola o princípio do Juiz Natural como a AMB (BRASIL, 2019) defende ao questionar a (in)constitucionalidade da lei 13.964/19. Tal posicionamento não deve prosperar, pois a sua competência não é delimitada *pos factum*. A sua competência já está previamente prevista no CPP, bem como será regulamentada pelos Tribunais de Justiça dos Estados. A atuação do juiz das garantias encontra-se prevista nos artigos 3º B a 3º F do CPP e ele só irá atuar mediante provocação do Ministério Público, da autoridade policial, da vítima ou do investigado. Interessante notar que competirá ao mencionado juiz, analisar a legalidade das investigações conduzidas pela autoridade policial ou pelo órgão ministerial. Não se pode perder de vista de que a atuação do Poder Judiciário na fase pré-processual somente se justifica se for com o objetivo de proteger as garantias fundamentais do investigado (FERRAJOLI, 1998).

Ademais, é imperioso destacar que o instituto do juiz das garantias no processo penal pátrio fortalece o sistema acusatório, elimina o ranço inquisitorial presente em alguns dispositivos do CPP, e irá, sem sombra de dúvidas, fortalecer o princípio da imparcialidade do juiz sob um viés objetivo, pois deriva não da relação do juiz com as partes, mas da sua prévia relação com o objeto do processo. Defende-se que o magistrado não é um indivíduo neutro, sem personalidade, pois acaba construindo imagens mentais e concepções como todo e qualquer ser humano e o seu contato com a investigação poderá comprometer a sua imparcialidade. Se o magistrado que atuará na fase processual não tiver contato com os autos do inquérito, por exemplo, irá ser promovida a originalidade cognitiva e isso faz com que o juiz processante alcance o distanciamento necessário dos autos da investigação para julgar a demanda sem ter tido nenhum tipo de contaminação prévia. Tal entendimento encontra respaldo nos estudos de Lopes Jr e Ritter (2016) e deve ser levado em consideração para a implantação do juiz das garantias, essencial para a efetivação mais concreta do princípio da imparcialidade do órgão julgador, importante postulado do Direito Processual Penal.

6 Considerações finais

Ao estudar a temática da figura do juiz das garantias, ficou evidente a importância de se analisar os sistemas processuais penais. Neste estudo, restou demonstrado que o sistema acusatório é o que prevalece no processo penal e que foi inserido por intermédio da Constituição Federal de 1988. Este sistema veio a ser reforçado pela lei 13.964/19, quando foi previsto que o processo penal terá estrutura acusatória, sendo vedada a iniciativa probatória do magistrado.

O sistema acusatório preconiza que o magistrado deve ficar equidistante da produção probatória, sendo tal atividade exclusiva das partes e caso o juiz venha exercer a mesma, estará comprometendo a sua imparcialidade. A pesquisa defendeu e demonstrou que a imparcialidade do órgão julgador é o postulado mais importante do processo penal.

Dessa forma, é por meio do princípio da imparcialidade que se garante a observância aos demais princípios constitucionais do processo penal, como o contraditório, a paridade das armas, o devido processo legal, entre outros. Com isso, pode-se concluir que a imparcialidade é a garantia suprema do processo penal devendo ser efetivada no decorrer da relação processual.

A imparcialidade encontra-se atrelada ao sistema acusatório e a mesma exige que o magistrado não seja ativo na produção probatória. A conduta do juiz que desce da sua posição e vai atrás da prova, a sua imparcialidade já foi violada e isso irá causar sérios danos ao processo, porque ter-se-á uma terceira parte o que é inadmissível.

Com isso, se a acusação, por exemplo, não consegue comprovar que o réu praticou o ilícito penal não resta outro caminho ao magistrado senão decretar a absolvição daquele. Não se pode exigir outra conduta do juiz, pois este deve ser imparcial.

Ainda na temática da imparcialidade, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos consagra o entendimento de que o juiz com poderes instrutórios é incompatível com a função do julgador. Sob este viés, se o magistrado proferiu alguma decisão na fase pré-processual, não poderá, na fase processual julgar o caso, pois isso viola o princípio da imparcialidade, garantia que deve ser observada e encontra-se atrelada ao sistema acusatório instituído no Brasil por meio da norma constitucional.

A pesquisa trabalhou com a teoria da dissonância cognitiva, tema importante e que guarda forte relação com o princípio da imparcialidade e com o mecanismo da figura do juiz das garantias. Essa teoria tem por objetivo analisar as reações que um indivíduo pode desenvolver frente as suas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação de desconforto, bem como a forma de inserção dos elementos de consonância, os quais podem reduzir a dissonância e, por conseguinte, a ansiedade e o estresse gerado. Neste contexto, foi visto que o indivíduo busca – como mecanismo de defender o seu próprio ego – buscar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e a sua opinião.

A questão da teoria da dissonância cognitiva se agrava na sistemática atual do processo penal pátrio, onde o mesmo magistrado atua na fase investigativa, decretando uma prisão, por exemplo,

depois recebe a peça acusatória e ao final irá decidir o caso. Estudos demonstram que a tendência do magistrado será para o lado da acusação e pouco interesse terá pela tese defensiva. Neste caso, o juiz já terá formado o seu pré-julgamento sem sequer ter escutado a defesa.

Ante ao exposto, conclui que a implantação da figura do juiz das garantias é vital para o fortalecimento do sistema acusatório e do princípio da imparcialidade, o qual será efetivo através da separação entre o juiz que atua na fase processual e aquele que irá julgar a demanda. Ao final, o juiz das garantias irá resolver a questão da teoria da dissonância cognitiva, a qual é muito problemática no contexto do processo penal. Ademais, defende-se que o magistrado não é um indivíduo neutro, sem personalidade, uma vez que acaba construindo imagens mentais e concepções como todo e qualquer ser humano e o seu contato com a investigação poderá comprometer a sua imparcialidade no momento em que for decidir o mérito da relação processual.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivay. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689**. Estabelece o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.298**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.299**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203609&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.300**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342138713&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.305**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203607&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS Nº 87.585/TO**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 466.343/SP.**

Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444&pgI=101&pgF=105>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.** 3ª ed. Madrid: Trotta, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

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

LOPES JR, Aury. RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva.** Revista Duc In Altum. Cadernos de Direito, vol. 8, nº 16, set-dez. 2016. Disponível em: faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/3971381. Acesso em 22/11/2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** São Paulo RT, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** Salvador: Editora Juspodivum, 2017.