

## **JUIZ DAS GARANTIAS COMO FIGURA INDISPENSÁVEL AO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA**

Genilson Agostinho da Silva Júnior<sup>1</sup>

Luiz Felipe Pinheiro Neto<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo analisar a viabilidade do juiz das garantias na legislação brasileira a partir da teoria da dissonância cognitiva, mostrando-se que tal instituto é inerente ao sistema acusatório. A pesquisa procedeu-se de forma bibliográfica, sendo usado o método de abordagem hipotético-dedutivo, uma vez que se busca tratar o juiz das garantias como figura essencial à manutenção da imparcialidade no processo penal e no sistema acusatório, além do método de procedimento histórico – por trazer o surgimento dos sistemas processuais – e o comparativo, uma vez que traz o juiz das garantias de outras nações. Conclui-se que o juiz das garantias é indispensável ao sistema acusatório sob o ponto de vista da teoria da dissonância cognitiva, visto que a atuação do juiz na fase pré-processual influencia de forma negativa sua cognição durante a fase processual.

**Palavras-chave:** Juiz das garantias. Sistema acusatório. Teoria da dissonância cognitiva. Imparcialidade.

### **GUARANTEE JUDGE AS A FIGURE INDISPENSABLE TO THE BRAZILIAN ACCUSATORY SYSTEM IN THE LIGHT OF THE COGNITIVE DISSONANCE THEORY**

### **ABSTRACT**

The present academic article aims to analyze the viability of the judge of guarantees in Brazilian legislation from the theory of cognitive dissonance, showing

---

<sup>1</sup> Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN - E-mail: genilsonajr@hotmail.com

<sup>2</sup> Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN - E-mail: professorluizpinheiro@gmail.com

that such institute is inherent to the accusatory system. The research was carried out in a bibliographic way, using the hypothetical-deductive approach method, since it seeks to treat the guarantees judge as an essential figure for maintaining impartiality in the criminal process and the accusatory system, in addition to the historical procedure method - for bringing the emergence of procedural systems - and the comparative one, since it brings the guarantees judge of other nations. It can be concluded that the judge of guarantees is indispensable to the accusatory system from the point of view of the theory of cognitive dissonance, since the judge's performance in the pre-procedural phase negatively influences his cognition during the procedural phase.

**Keywords:** Guarantees judge. Accusatory system. Cognitive dissonance theory. Impartiality.

## 1 INTRODUÇÃO

É sabido que o devido processo penal é formado por uma série de princípios e normas que visam garantir o justo julgamento das ações criminais que chegam ao conhecimento do Estado. Dentre esses princípios, está o da imparcialidade do juiz, tido como pressuposto da jurisdição, visto que ao magistrado é guardada a tarefa de equidistância das partes.

Dois são os sistemas processuais evidenciados no processo penal: o acusatório e o inquisitivo. O sistema acusatório se apresenta de forma democrática e pública, estando o juiz devidamente afastado de todo e qualquer ponto que ponha em xeque sua imparcialidade. O sistema inquisitivo, por sua vez, é evidenciado pela clara função instrutória e acusatória do juiz, confundindo-se ele, até mesmo, com uma parte do processo, o que gera questionamentos quanto à sua isenção cognitiva para julgar. Dessa forma, entende-se que a imparcialidade é fundamento do próprio sistema acusatório, sem a qual este não restaria de pleno observado.

No Brasil, por muito tempo, questionou-se se a prevenção do juiz da fase de investigação preliminar para atuar na fase processual não o colocaria em posição de parcialidade, vez que o magistrado teria contato com os elementos de informação e questões que aprofundam seu conhecimento num momento desprovido de

contraditório e ampla defesa, tese que ganhou força com a implementação dos estudos da teoria da dissonância cognitiva ao direito processual penal.

Diante desse contexto, o juiz das garantias surge como uma figura capaz de pôr fim às discussões sobre a parcialidade do magistrado em decorrência de sua atuação na fase pré-processual, tendo em vista que haveria uma separação do julgador das diferentes fases que formam a persecução penal, sendo o juiz garante o responsável pela salvaguarda de direitos e legalidade da instrução criminal.

Por conseguinte, o presente estudo, feito por meio de material bibliográfico, tem por escopo central expor e analisar, pelo método hipotético-dedutivo, que o juiz das garantias é figura essencial ao sistema acusatório com base na teoria da dissonância cognitiva, identificando como será sua atuação a partir da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), a qual positivou o juiz garante no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A GARANTIA DO JUIZ IMPARCIAL**

Tradicionalmente, o direito processual penal começa a ser estudado a partir da análise dos sistemas processuais penais, pois estes modelos são os principais norteadores de toda a atividade processual de um determinado Estado. Dessa forma, os sistemas processuais penais devem ser entendidos como “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto” (RANGEL, 2019, s.p.).

O regime político adotado num determinado espaço e tempo é primordial para se estabelecer a forma como as normas processuais passarão a ser aplicadas e confeccionadas. Comumente se dividem em dois os formatos sistêmicos: os modelos acusatórios, típicos dos países com governos democráticos, e os modelos inquisitórios, tidos como frequentes em pátrias despóticas.

Desse modo, entende-se que o cotejo entre a norma penal e a sua aplicação em concreto deverá observar o momento histórico pelo qual um povo ou nação está passando, posto que “os sistemas processuais inquisitório e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do direito penal e do Estado da época” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 143).

De acordo com Lima (2020, p. 44), o sistema acusatório foi aplicado durante quase todo o período da Antiguidade clássica, notadamente na Grécia e em Roma, também sendo o sistema vigente na Idade Média sob as diretrizes do direito germânico. O autor ainda sustenta que o fim de tal conjunto de ideias é iniciado a partir do século XIII, tempo em que passou a vigorar o sistema inquisitorial, o qual ganhou força e foi adotado pelo direito canônico, quando então “se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII” (LIMA, 2020, p. 42).

Na fase acusatória do processo penal, é possível ver uma clara separação entre o órgão julgador e o órgão acusador, paridade de armas entre as partes, publicidade dos atos, a imparcialidade do magistrado é resguardada, além de ser o acusado tratado como sujeito de direitos e devendo, em regra, responder à acusação em liberdade.

O sistema inquisitivo, por sua vez, apresenta-se em posição antagônica ao acusatório, pois nele havia forte supressão dos direitos e das garantias individuais do réu, fazendo-se ele, na maioria das vezes, na forma escrita e sigilosa. Consoante adverte Nucci (2020a, s.p) “esse sistema foi utilizado com sucesso em parte da Idade Média para combater os abusos cometidos pelos senhores feudais e pela aristocracia em detrimento de vassalos e pessoas pobres.”

No entanto, é na concentração de atividades nas mãos do Estado-juiz que o sistema inquisitorial apresenta sua principal e mais notável característica, uma vez que “o cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares.” (RANGEL, 2019, s.p.).

Sem prejuízo dos mencionados, houve doutrina defendendo o chamado “sistema misto” ou “acusatório formal”, o qual, como se depreende do próprio nome, trabalha com a junção de algumas regras dos sistemas acusatório e inquisitorial. Assim, nesse conjunto, o processo é formado por duas fases: a preliminar, secreta e sem contraditório, e a judicial, pública e com contraditório.

Em que pese a defesa e a coerência nos argumentos despendidos por tal teoria, de que nenhum sistema pode se apresentar de forma perfeita e inteiramente pura, cabe ressaltar que isso, por si só, não afasta a unicidade com que eles se exteriorizam, pois deve se analisar, antes de tudo, os princípios estruturais de cada

um, sob pena de esvaziar o sentido que neles se encontra. Nessa linha, Aury Lopes Junior (2016, p. 144) advoga:

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

Sem embargo da influência do espectro político sobre o sistema processual penal que um Estado adota, destaque-se a fundamental importância da posição do juiz, entendido como terceiro imparcial e desinteressado, perante à praxe judicante como forma de também se delimitar as direções a serem seguidas na aplicação da lei penal. Nesse diapasão, assevera Aury Lopes Junior (2016, p. 142):

[...] a posição do juiz no processo penal é fundante do sistema processual. Significa compreender que o processo penal – enquanto um sistema de repartição de justiça por um terceiro imparcial (já que a Imparcialidade é o Princípio Supremo do Processo [Werner Goldschmidt]) – está estruturado a partir da posição ocupada pelo juiz. Nesta estrutura dialética (*actum trium personarum*, Bulgaro), a posição do juiz é crucial para o (des)equilíbrio de todo o sistema de administração da justiça (e do processo, por elementar). Se a imparcialidade é o Princípio Supremo, deve ser compreendido que somente um processo penal acusatório, que mantenha o juiz afastado da iniciativa e da gestão da prova, cria condições de possibilidade para termos um juiz imparcial. Impossível a imparcialidade do juiz em uma estrutura inquisitória.

Note-se, portanto, que o magistrado se encontra em posição especial em relação aos demais sujeitos do processo, pois, a depender da posição que ocupa, poderá mudar as regras do jogo processual facilmente, ocasionando verdadeira e completa alteração estrutural em todo sistema com base apenas na sua atuação.

Assim, observando que o juiz possui a gestão da prova, bem como concentra em suas mãos as tarefas de julgar e acusar, sem prejuízo de outras características, resta óbvio que se está diante do sistema inquisitivo. Por outro lado, o sistema que se apresenta com as funções de acusação, defesa e julgamento separadas (*actum trium personarum*<sup>3</sup>), com a gestão da prova cabendo sobretudo às partes, deve ser concebido como acusatório.

---

<sup>3</sup> Ato de três personagens: juiz, autor e réu. (RANGEL, 2019).

## 2.1 O JUIZ IMPARCIAL E SUA CONFORMIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL

Por muito tempo se discutiu na doutrina e na jurisprudência qual sistema processual penal o ordenamento jurídico brasileiro teria adotado para informar sua instrução criminal: acusatório ou inquisitivo? Parece claro que, antes da Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Penal, datado de 1941, se baseou nas regras de outras legislações alienígenas caracterizadas por seguirem os ditames inquisitórios. Nesse sentido, ensinam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 55):

O Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, seguiu essa linha de raciocínio, inspirado que foi, em sua maior parte, no Código Rocco, da Itália, de inspiração fascista. Preponderava a ideia que colocava o juiz em uma posição hierarquicamente superior às partes da relação jurídica processual, como uma espécie de superparte, sem cautelas para preservar eficazmente sua imparcialidade.

Entretanto, tal discussão encontrou fim com o advento da Carta Política de 1988. O texto promulgado trouxe significativas preocupações com os direitos sociais e políticos, mas também se encarregou de ampliar e garantir a aplicação dos direitos individuais. Esses últimos são considerados de primeira dimensão, representando verdadeira limitação imposta pelos cidadãos frente ao Estado quando no exercício de suas atribuições, e possuem como escopo a proteção de direitos indispensáveis à pessoa humana.

Um desses direitos de primeira geração elencados no Texto Constitucional foi justamente a garantia a um julgamento imparcial, afirmação que se lastreia especialmente quando se vê que o *jus puniendi*<sup>4</sup> estatal é certificado de mecanismos que asseguram a sua isenção.

Quanto a esses mecanismos expostos na Lei Maior, pode-se citar a separação das funções de julgar, acusar e defender, exercidas, respectivamente, pelo Poder Judiciário (art. 92 e seguintes), Ministério Público (art. 127 e seguintes) e Advocacia (art. 133) e Defensoria Pública (art. 134).

---

<sup>4</sup> Poder do Estado exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal (LIMA, 2020, p. 41).

Ainda, é possível apontar alguns preceitos que deverão permear o poder-dever de punir do Estado, tais como: o princípio do devido processo legal<sup>5</sup> (art. 5º, inciso LIV), princípio do juiz natural<sup>6</sup> (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), princípio do contraditório e ampla defesa<sup>7</sup> (art. 5º, inciso LV), princípio da não-culpabilidade<sup>8</sup> (art. 5º, inciso LVII) e o princípio da fundamentação e publicidade das decisões judiciais<sup>9</sup> (art. 93, inciso IX).

A despeito de retirar esses elementos do próprio texto da Constituição e enveredar no sentido que eles garantem o julgamento imparcial, não se depreende da sua leitura uma expressa previsão de equidistância do juízo. Nada obstante, é bem verdade que o Brasil é signatário de tratados internacionais, dentre eles podendo apontar a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), subscrita em 22 de novembro de 1969, os quais “têm força de norma supralegal e infraconstitucional, segundo o STF, desde o julgamento do Recurso Extraordinário 349.703, de 2008, que julgou inválida a prisão civil do depositário infiel” (NUNES JÚNIOR, 2019, s.p.).

Sendo assim, considerando que é a Convenção Americana de Direitos Humanos instrumento normativo do qual o Brasil é signatário e que possui *status* supralegal, merece destaque o art. 8.1, o qual aduz: “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 [...]” (BRASIL, 2020, s.p.).

Dessa forma, constata-se que o direito a um julgamento imparcial passa de uma exegese implícita da Constituição para uma declaração expressa, pois, conforme Nucci (2020a, s.p.), “não somente o princípio do juiz imparcial decorre do juiz natural – afinal, este sem aquele não tem finalidade útil –, como também é fruto do Pacto de San José da Costa”.

---

<sup>5</sup> CF, art. 5º, inc. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>6</sup> CF, art. 5º, inc. XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; inciso LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

<sup>7</sup> CF, art. 5º, inc. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

<sup>8</sup> CF, art. 5º, inc. LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

<sup>9</sup> CF, art. 93, inc. IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Nada obstante, a discussão em torno da garantia de um juiz imparcial e do reconhecimento do sistema acusatório no Brasil, previstos em legislação expressa, parece ter chegado ao fim com a promulgação da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), a qual simbolizou um verdadeiro marco legal no ordenamento jurídico pátrio, mormente na seara criminal.

Destarte, narra o art. 3º-A<sup>10</sup> do Código de Processo Penal<sup>11</sup> após as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime: “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” (BRASIL, 2020, s.p.). Como se observa, o artigo reproduzido positiva de forma elucidativa qual sistema processual penal nosso complexo jurídico adotou.

Entretanto, o legislador foi além e acabou por trazer também a figura do “duplo juiz” para a *persecutio criminis*<sup>12</sup> nacional, em que “o primeiro intervém – quando invocado – na fase pré-processual até o recebimento da denúncia, encaminhando os autos para outro juiz que irá instruir e julgar [...]” (LOPES JUNIOR, 2020, s.p.), fato que evidencia, uma vez mais, a preocupação com a imparcialidade dos juízes, sobretudo a subjetiva, conformando todas as leis infraconstitucionais ao sistema acusatório, constitucional e supralegal vigente.

### **3 IMPARCIALIDADE, TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA E JUIZ DAS GARANTIAS**

A imparcialidade do magistrado quando no julgamento de ações penais sempre foi tema bastante polêmico, uma vez que, sem julgamento imparcial, não há devido processo legal, havendo que se falar até mesmo em nulidade dos atos eivados por este gravíssimo vício, conforme se observa no art. 564, inciso I do Código de Processo Penal<sup>13</sup>. Eugênio Pacelli (2020, s.p.) diz que as reiteradas discussões sobre

---

<sup>10</sup> O Ministro Luiz Fux, em razão das ADIs nº 6.298, 6.299 e 6.300 suspendeu *sine die, ad referendum* do Plenário do STF, a eficácia dos arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP (LIMA, 2020, p. 103).

<sup>11</sup> Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

<sup>12</sup> “O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.” (PACELLI, 2020, s.p.).

<sup>13</sup> CPP, art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz; [...]



esse instituto são fruto da incorporação do sistema acusatório e do sistema *adversary*<sup>14</sup> na estrutura jurídica brasileira.

Essa fundamental questão faz do princípio da imparcialidade o mais importante de todo o processo penal, pois dele advém todo o sentido de ser da jurisdição estatal hodierna. Frise-se que falar em juiz parcial chega a ser uma contradição em si, uma vez que a atividade jurisdicional pressupõe um terceiro imparcial e desinteressado apto a aplicar o direito objetivo ao caso concreto. Esta tese se mostra demonstrada no ordenamento jurídico quando o próprio CPP faz uso dos institutos de impedimento (art. 252<sup>15</sup>), suspeição (art. 254<sup>16</sup>) e incompatibilidade (art. 253<sup>17</sup>) do magistrado, os quais encontram arrimo na imparcialidade subjetiva e objetiva.

Guilherme Madeira Dezem (2016, s.p.) explica que a imparcialidade subjetiva se relaciona com as hipóteses de impedimento, suspeição e incompatibilidade do juiz, isto é, questões que estão ligadas ao vínculo dele com as partes, de modo geral. Por outro lado, aduz o autor citando o Caso Piersack vs. Bélgica, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que a imparcialidade objetiva é aquela em que o magistrado “deve oferecer garantias suficientes para excluir qualquer dúvida que haja sobre a sua imparcialidade ou não” (DEZEM, 2016, s.p.). Assim, não basta o juiz ser imparcial seguindo suas íntimas convicções, ele também deve parecer imparcial, sem denotar nenhuma característica externa ao processo que enseje dúvida em relação ao seu justo julgamento.

---

<sup>14</sup> Sistema em que o juiz se mostra excessivamente passivo na produção das provas, cabendo as partes a determinação do processo e a confecção probatória.

<sup>15</sup> CPP, art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

<sup>16</sup> CPP, art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

<sup>17</sup> CPP, art. 253. Nos júízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os júízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Alexandre Morais da Rosa (2015, p. 97) encara o processo penal sob a perspectiva da teoria dos jogos, tratando as figuras que participam do processo como mais do que meros sujeitos, pelo contrário, eles devem ser vistos como jogadores que buscam, ao fim e ao cabo, vencer a “partida”. Essa relação jurídica que se apresenta não deve ser interpretada como um jogo de azar, tal qual aqueles que as pessoas cotidianamente fazem em loterias e casas de aposta, contando apenas com a presença da sorte para alcançar o fim pretendido.

O jogo processual deve ser entendido como uma partida com lados antagônicos, da qual os jogadores lançam mão de suas habilidades teóricas e práticas para vencer o adversário e conquistar o prêmio, que neste caso se traduz na tutela jurisdicional em concordância com a tese, seja ela da acusação ou da defesa. Nesse sentido, é clara a posição de Morais da Rosa (2015, p. 23):

No jogo se pode unir tensão, estratégia, táticas, alegria, dissabor, mudanças repentinas de posição, enfim, o jogo é a metáfora da vida. Daí a pretensão de integrar o jogo no campo do processo penal. Robles, por sua vez, sustenta que o direito é comparável aos jogos já que em ambos aparecem comportamentos de cooperação, competência, luta e conflito, em que o resultado não depende somente da sorte, mas da performance dos jogadores em face do Estado Juiz.

Noutro pórtico, deve-se observar que o processo penal pode se fazer, não raro, um ambiente hostil e de rivalidades, fruto da característica comum ao direito material instrumentalizado por ele, uma vez que protege os bens considerados juridicamente mais importantes ao Estado e aos cidadãos, daí advindo o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal, o qual prega pela aplicação das leis criminais apenas quando as demais leis não forem suficientes para a tutela de tais bens jurídicos, visto que esse ramo do direito se manifesta de forma mais agressiva, penalizando condutas.

Por consequência, sobreleva notar que esse ambiente específico - condição exterior ao processo - não deve ser de todo desprezado no momento da análise da atuação dos sujeitos processuais, sobretudo com relação ao juiz, visto que sua imparcialidade pode ser colocada em questão a partir desses acontecimentos alheios ao mérito da acusação. Deve-se lembrar que o magistrado também é uma pessoa dotada de sentimentos e emoções, que está suscetível aos mais diversos problemas de saúde e porque não psicológicos. Chamando atenção para a questão psicológica do juiz também na teoria dos jogos, continua a dizer Morais da Rosa (2015, p. 97):

Assim é que abrir espaço para se reconhecer que os jogadores processuais e o julgador possuem inconsciente e que ele opera no ambiente forense é inadiável. Aproximar-se o processo penal com a psicanálise aumenta a complexidade, não fosse a simplicidade do sujeito consciente imaginário puro. E disso se faz processo penal.

Assim é que as discussões em torno da relação psicológica com a cognição do magistrado diante do julgamento de ações penais ensejaram em vários estudos ao longo do tempo, muito deles não afetos diretamente ao ramo do direito, mas que também trouxeram implicações a ele. Um desses estudos está ligado à psicologia social e foi denominado “Teoria da Dissonância Cognitiva”, estudada precipuamente por Leon Festinger, a qual “está fundamentada na ideia de que seres racionais tendem a sempre buscar uma zona de conforto, um estado de coerência entre suas opiniões (decisões, atitudes) [...]” (LIMA, 2020, p. 123).

Dessa forma, vê-se que a dissonância cognitiva gerada no indivíduo contribui significativamente nas suas ações e modo de agir, pois, segundo Flávio da Silva Andrade (2020, p. 1655), “o indivíduo modifica ou ajusta seu pensamento ou sua atitude com o propósito de manter a coerência entre suas cognições ou crenças contraditórias, afastamento a tensão psíquica que lhe gera incômodo ou angústia”.

Aury Lopes Junior (2020, s.p.) diz que os indivíduos se deparam no dia a dia com os mais diversos embates de ideias e pensamentos, estando eles fundamentados na cultura, crença, religião ou até mesmo opinião de quem os carrega. Esse fato tende a gerar uma sensação de desconforto para o indivíduo - chegando a criar, inclusive, ansiedade e estresse -, fazendo com que ele, diante de tais problemas, se veja obrigado a se desvincular deles, de modo a buscar uma consonância entre os elementos que estão lhe causando a dissonância cognitiva.

Como é cediço, a teoria da dissonância cognitiva aplicada ao processo penal trabalha com a ideia de que o juiz, enquanto ser humano, também está sujeito às incongruências de seus pensamentos e aos processos de compreensão equivocados que porventura há de ter na formação de suas convicções. Essa característica essencialmente humana se torna um problema quando o magistrado a leva para o próprio julgamento criminal, uma vez que, mesmo involuntariamente, ele busca confirmar as interpretações já pré-concebidas por ocasião de sua presença na fase de investigação policial, tida pacificamente como um procedimento desprovido de contraditório e ampla defesa - e, portanto, inquisitorial.

Esse modo de proceder causa grande desequilíbrio entre as partes no processo, uma vez que a defesa já inicia a fase judicial tendo que tentar, ao menos, igualar a paridade de armas que é garantida pelo ordenamento jurídico. Essa tentativa constitui tarefa quase impossível de ser alcançada, pois além da responsabilidade de defender o réu, à defesa caberá o ônus da busca da isonomia cognitiva do juiz. Nesse contexto, Ruiz Ritter e Aury Lopes Junior (2020, s.p.) dizem que:

A realidade do processo penal — e que não se quer desvelar — é: a defesa sempre entra correndo atrás de um imenso "prejuízo cognitivo". Ela sempre chega à fase processual em desvantagem e não raras vezes, já perdendo por um placar cognitivo negativo considerável, quando não irreversível. O processo não é mais que um faz de conta de igualdade de oportunidades e tratamento. O juiz já está — na imensa maioria dos casos — psiquicamente capturado pela tese acusatória, até então tomada como verdadeira e geradora de graves consequências decisórias.

Longe de ser uma tese sem aplicabilidade prática, a teoria da dissonância cognitiva encontra verdadeiro substrato empírico nas pesquisas realizadas por Bernd Schünemann, nas quais ele objetivou analisar como o contato do juiz com os autos do inquérito policial pode afetar a sua isenção cognitiva. Segundo Schünemann (2012, s.p.), "o conhecimento dos autos do inquérito tendencialmente incriminador leva, sem exceções, o juiz a condenar o acusado".

Essa conjuntura leva a crer que o magistrado é contaminado psicologicamente simplesmente por ter contato com elementos de informação constantes nos autos da investigação preliminar. À vista disso, passado o momento da investigação, o juiz iniciaria o processo judicial já com os elementos do procedimento inquisitorial no seu subconsciente, passando a potencializá-los e a se convencer favoravelmente à tese acusatória com as manifestações do Ministério Público, como a Denúncia, por exemplo. Dessarte, Schünemann (2012, s.p.) diz que:

O juiz tem a tendência de perseverar na descrição do crime, relatada no inquérito policial. Além do mais, o magistrado não só menospreza informações dissonantes, como também, e com frequência, não as aceita nem uma só vez como verdadeiras, o que, segundo a Psicologia Cognitiva, explica-se pela apercepção favorita e pela retenção de informações redundantes.

Parece evidente que o problema de quebra da imparcialidade do juiz, ainda que involuntariamente, nasce a partir de seu contato com os autos da investigação preliminar. Isso não significa dizer que o juiz, apenas por ainda não estar na fase

judicial, tem livre contato com tais autos e que poderá ter acesso sempre que assim desejar. Quando se diz que o magistrado tem contato com os autos de elementos de informação, se quer dizer, em verdade, que ele está decidindo sobre questões estritamente inerentes à essa fase da persecução criminal, como nos casos de autorização judicial para quebra de sigilo telefônico e bancário, conversões de prisões em flagrante em prisões preventivas, mandados de busca e apreensão e outras medidas.

Cabe destacar que a autoridade judiciária deverá decidir sobre essas questões incidentais de maneira fundamentada, devendo explicar os argumentos de fato e de direito que o levam a decidir daquela forma, chegando-se, muitas vezes, a aprofundar sua cognição inicial a fim fundamentar adequadamente. Dessa forma, há uma linha tênue entre as decisões da fase preliminar e as decisões da fase processual, uma vez que o magistrado fatalmente deverá adentrar no mérito para embasar sua deliberação, como ocorre no próprio art. 312 do CPP<sup>18</sup>, em que ele analisa a materialidade do crime e os indícios de autoria para decidir sobre a decretação da prisão preventiva ainda que na investigação policial (art. 311 do CPP<sup>19</sup>).

É de bom alvitre lembrar que as fundamentações adequadas proferidas na investigação preliminar pelo mesmo juiz que irá julgar a acusação poderão vincular aquelas que serão julgadas durante o momento processual, mormente a própria sentença criminal, uma vez que o magistrado poderá se ver pressionado cognitivamente a seguir as primeiras deliberações que chegaram a seu exame, sob pena de se contrariar ou mostrar que julgou de maneira incorreta. Essa tensão psicológica, como dito anteriormente, é o que leva o julgador a buscar uma consonância de pensamentos e ideias, que, neste caso, equivale a seguir as primeiras decisões proferidas. Conforme Fabiano Augusto Martins Silveira (2009, p. 89):

É fácil acompanhar o raciocínio. Não tendo emitido juízo sobre a oportunidade e conveniência de diligências que invadem direitos fundamentais do investigado, tampouco sobre pedidos cautelares, o magistrado entra no processo sem o peso de ter decidido a favor ou contra uma das partes. Não leva consigo o passivo da fase pré-processual. Não tem compromisso pessoal com o que se passou. Não colaborou na identificação das fontes de

---

<sup>18</sup> CPP, art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

<sup>19</sup> CPP, art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

prova. Não manteve o flagrante nem decretou a prisão preventiva. Não impôs o sequestro de bens. Não autorizou a interceptação de conversas telefônicas nem a infiltração de agentes, etc. etc. Quer dizer, em nenhum momento compartilhou a perspectiva dos órgãos de persecução penal.

Diante desse eminente problema que envolve a quebra de imparcialidade dos juízes criminais, bem como viola todo sistema acusatório brasileiro, passou-se a discutir como seria possível assegurar a originalidade cognitiva do julgador, isto é, como seria possível manter o julgamento imparcial ante o contato do magistrado com os próprios autos da investigação potencialmente contaminadores.

A opção por um juiz das garantias para ser a autoridade judiciária durante a fase investigatória aparenta ser a melhor escolha para sanar o problema de imparcialidade, uma vez que o juiz pode se tornar parcial de forma involuntária, sem notar que está julgando apenas com base nos elementos de informação ou de forma a ignorar e menosprezar as contraprovas e versão dos fatos trazidos pela defesa. Assim, a persecução penal nacional passaria a contar com dois juízes, cada qual para um momento dela, adotando-se o modelo conhecido como “duplo juiz”.

Nesse trilhar, o juiz das garantias seguiria como um guardião dos direitos e garantias fundamentais – não muito diferente do que ocorre com os outros juízes -, entretanto, sua atuação estaria atrelada apenas à investigação policial, observando a legalidade e constitucionalidade de todos os atos praticados durante tal fase e resolvendo as questões em que foi instado a decidir, ao passo que o segundo juiz ficaria responsável por presidir a instrução e o julgamento do processo. Nesse diapasão, tem-se a lição de Fabiano Augusto Martins Silveira (2009, p. 89):

A separação física entre juiz da investigação e juiz do processo é resultado de um percurso evolutivo que tem início, historicamente, na descentralização das funções de julgar e acusar. Juiz e Ministério Público descolaram-se um do outro. Esse rito de passagem – traumático em alguns países, como na Itália de hoje – foi decisivo para o debacle do paradigma inquisitorial. Agora, o juiz do processo quer descolar-se do juiz da investigação. Chegamos, então, a um nível de maior refinamento do processo penal acusatório, cuja estrutura aponta, por um lado, para a distinção dos papéis do juiz e do Ministério Público, e por outro, para a diferenciação interna do órgão judicial. Nos dois casos, fala mais alto o ideal de imparcialidade, sempre perseguido, dificilmente alcançado.

Assim, haveria a inversão da regra disposta no art. 83 do Código de Processo Penal<sup>20</sup>, o qual aduz ser o juiz que praticou algum ato em momento anterior ao oferecimento da denúncia<sup>21</sup> ou queixa-crime<sup>22</sup> competente por prevenção para o prosseguimento do processo criminal. O artigo mencionado segue a lógica do instituto da prevenção, que “é o conhecimento antecipado de determinada questão jurisdicional por um juiz, o que o torna competente para apreciar os processos conexos e continentes.” (NUCCI, 2020b, s.p). Entretanto, como já visto, é o conhecimento antecipado do juiz que o faz julgar com parcialidade, fazendo-se necessário tornar o juiz preventivo agora impedido, a fim de resguardar o sistema acusatório e a imparcialidade.

#### **4 LEI N° 13.964/2019 E O JUIZ DAS GARANTIAS**

Inicialmente, cumpre destacar que a implementação do juiz das garantias não é debate novo nas casas legislativas brasileiras, uma vez que tal figura havia sido proposta no Projeto de Lei n° 156/2009, de autoria do Senador José Sarney. Após a promulgação da atual Constituição Federal, o legislador passou a se preocupar com as incongruências entre o então Código de Processo Penal de 1941 e o Texto Constitucional de 1988, haja vista as incompatibilidades ocasionadas face a adoção de medidas tipicamente inquisitórias pelo CPP e o modelo adotado pela CFRB, de matriz eminentemente acusatória. Essa preocupação foi relatada na própria exposição de motivos do PL 156/2009 (BRASIL, 2009):

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

---

<sup>20</sup> CPP, 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

<sup>21</sup> A denúncia é feita nos crimes que devem ser processados por meio de ação penal pública, cuja titularidade é do Ministério Público, conforme art. 24 do CPP e art. 100, §1º, do CP.

<sup>22</sup> A queixa-crime é cabível para os casos de crimes processados mediante ação penal privada, a qual deverá ser apresentada pelo ofendido ou seu representante legal, consoante texto do art. 30 do CPP e art. 100, §2º, do CP.

Nesse caminhar, foi ganhando força a instituição de um juiz responsável pela salvaguarda de direitos durante a investigação criminal, até que, em 2019, o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) é proposto pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Fernando Moro. Entre as importantes alterações que essa nova lei trouxe às legislações criminais, estavam contidos o juiz das garantias e a expressa previsão de que o processo penal terá estrutura acusatória (arts. 3º-A<sup>23</sup> e 3º-B<sup>24</sup>, CPP).

O juiz garantidor da fase investigatória não constitui figura nova e exclusiva do ordenamento jurídico brasileiro, pois é possível notar a presença desse magistrado em países como França, Portugal, Espanha, Itália e Chile. Válido registrar que o Brasil é um dos poucos países na América Latina a não possuir, até a promulgação da Lei Anticrime, a figura do juiz das garantias, somando-se somente à Cuba nesse quesito (MILITÃO, 2020, s.p.).

Na França, segundo Cecilia Mello e Celso Cintra Mori (2020, s.p.), o juiz das garantias surgiu no ano 2000, a partir da Lei 2000-516, com a denominação “juiz das liberdades e da detenção”. Aduzem os mencionados autores que o citado juiz francês guarda a função de garantidor na fase pré-processual. Gustavo Chalfun e José Gomes de Oliveira Junior (2020, s.p.), explicam que o surgimento do juiz garantidor no período preliminar teve como escopo compensar a presença do juiz da instrução francês, ao qual competem as tarefas de investigar e as do próprio juiz.

Em Portugal, por sua vez, o juiz das garantias foi criado no ano de 1987 e está inserido no art. 328 do Código de Processo Penal português, sendo apadrinhado de “juiz da instrução”, conforme relatam Gustavo Chalfun e José Gomes de Oliveira Junior (2020, s.p.). Os autores ensinam que o modelo português é o que mais se assemelha ao brasileiro, uma vez que ele também decidirá os requerimentos de interceptação telefônica, buscas domiciliares, prisões cautelares, além de estar restringido apenas à fase inquisitorial.

Na Espanha, como em Portugal, há uma nítida separação entre as fases investigatória e processual, onde o legislador espanhol decidiu ser medida de garantia da imparcialidade um juiz para presidir cada etapa da persecução penal. Denominou-se ele “juiz da instrução”, previsto no art. 622 do Código de Processo Penal espanhol,

---

<sup>23</sup> CPP, 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.

<sup>24</sup> 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 [...]



o qual “preside a fase investigativa que antecede ao processo penal acusatório e encerra sua participação ao término da investigação criminal” (MELLO e MORI, 2020, s.p.).

Na Itália, fala-se no “juiz das apurações preliminares” (*giudice per le indagini preliminari*), instituído em 1989, o qual, segundo explicam Mello e Mori (2020, s.p.), veio para substituir o juiz da instrução, que tinha iniciativa probatória. Dessa forma, o juiz das apurações preliminares será o garantidor dos direitos e da legalidade das investigações instauradas, estando tal figura prevista no art. 328 do Código de Processo Penal italiano.

No Chile, o juiz das garantias foi instituído por ocasião da Lei n° 16.696/2000. Carvalho e Milanez (2020, p. 2-3) explicam que a criação do juiz das garantias na persecução criminal daquele país se deu após o fim da ditadura militar chilena, comandada pelo general Augusto Pinochet. Neste período (1973-1990), o juiz concentrava as atividades de acusar e julgar as ações penais, uma vez que, no Chile, até então, não existia Ministério Público. Dessa forma, com o objetivo de superar os problemas advindos desse sistema inquisitorial, instituiu-se o juiz das garantias na fase preliminar, ficando a acusação a cargo do *Parquet*.

Na sistemática brasileira, o legislador achou por bem seguir a mesma lógica adotada pelas supramencionadas nações, fazendo, por óbvio, as devidas adaptações à legislação pátria. Desse modo, decidiu-se fazer uma cisão de competências e atribuições na persecução penal, trazendo um juiz (o das garantias) para presidir a fase pré-processual e outro para presidir o processo, sendo o primeiro responsável, a teor do art. 3º-B do CPP, “pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”.

A positivação do juiz das garantias - e do próprio sistema acusatório - pelo Pacote Anticrime também trouxe discussões envolvendo o conflito de normas dentro do Código de Processo Penal. Isso ocorre porque, como dito alhures, o CPP de 1941 foi inspirado em legislações alienígenas inquisitórias, característica que não deixou de ser refletida na feitura das normas presentes em tal codificação, mesmo após as muitas reformas que ela sofreu sob o manto da Carta Cidadã de 1988, que, em tese, tiveram como objetivo adaptar o processo penal ao sistema constitucional que estava se estabelecendo.

As dúvidas se fundaram quanto à vigência das normas de cunho inquisitorial presentes no CPP, se elas estariam revogadas face a sua inconformidade com o novo texto de lei. Luiz Felipe Pinheiro Neto (2020, s.p.) defende que sim, aduzindo que, na verdade, as normas de matriz inquisitorial foram revogadas tacitamente, de forma silenciosa, em decorrência da estrutura acusatória adotada pelo art. 3º-A do CPP. “Seria o caso do artigo 156, CPP (poder instrutório do juiz) e artigo 385, CPP (possibilidade de o juiz condenar ainda que o Ministério Público pedisse a absolvição, nas ações penais de iniciativa pública)” (PINHEIRO NETO, 2020, s.p.).

#### 4.1 JUIZ DAS GARANTIAS: RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, PROVAS E PRISÕES

Após o fim da fase investigativa, é aberta vista dos autos ao Ministério Público, órgão ao qual incumbe o exame da justa causa, ou seja, verificar a existência de materialidade e mínimos indícios de autoria do delito. Em havendo justa causa, o órgão ministerial deverá oferecer denúncia, nos termos do art. 41 do CPP.

Questão interessante suscitada foi até que momento o juiz das garantias estaria limitado a atuar, isto é, qual ato marcaria a transição do juiz das garantias para o juiz da instrução. Os arts. 3º-B, inciso XIV<sup>25</sup>, e 3º-C<sup>26</sup> do CPP trouxeram regramento no sentido de que deve o juiz das garantias ficar até a fase do art. 399 do mesmo código, mas essa não parece ter sido a melhor solução legislativa, haja vista que

Fosse este o momento procedimental adequado para o juízo de admissibilidade da peça acusatória, então teríamos que concluir que tudo aquilo que antecede o art. 399 do CPP também seria da competência do juiz das garantias, a quem caberia, então, determinar a citação do acusado (CPP, art. 396), analisar a resposta à acusação apresentada por seu defensor (CPP, art. 396-A), bem como deliberar sobre uma possível absolvição sumária (CPP, art. 397). (LIMA, 2020, p. 158-159)

Esse fato colocaria o próprio sentido da existência de um juiz garante em contradição, pois faria o magistrado que teve contato com os elementos de informação decidir questões de mérito, o que inverteria o sistema acusatório e daria novamente nortes inquisitórios ao processo penal, vez que o julgador teria sua imparcialidade

---

<sup>25</sup> CPP, art. 3º-B, XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

<sup>26</sup> CPP, 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.

questionada. “Logo, onde está escrito ‘art. 399 deste Código’ devemos ler art. 396 do CPP, sob pena de desvirtuamento do sistema” (CUNHA, 2020, p. 91), afastando, por conseguinte, o juiz das garantias das teses defensivas.

Outra questão interessante é examinar como ficaria atuação do juiz das garantias em investigações preliminares em que ele não foi provocado. Neste caso, poder-se-ia falar em juiz das garantias? Lima (2020, p. 158) defende que sim, pois mesmo não decidindo questões atinentes ao momento pré-processual, o juiz garantidor ainda sim procederá com o recebimento da denúncia.

Assim, o recebimento da exordial acusatória marca o fim das atribuições do juiz das garantias, passando o juiz de instrução, doravante, a decidir sobre toda e qualquer matéria ventilada nos autos do processo criminal.

Com relação às provas sob o ponto de vista do juiz das garantias, é necessário observar os incisos VII<sup>27</sup> e XI<sup>28</sup> do art. 3º-B do CPP, uma vez que estes dispositivos trouxeram novos regramentos.

O inciso VII diz que o juiz das garantias decidirá sobre o requerimento de provas antecipadas quando estas forem urgentes e não repetíveis, isto é, quando não puderem ser produzidas em sede de juízo em razão de sua natureza limitada, como o exame de corpo de delito, por exemplo. O dispositivo ainda aduz que essa produção antecipada deverá respeitar o contraditório e ampla defesa em audiência pública e oral.

Vale salientar que esse inciso representa uma exceção à regra de que os autos da investigação preliminar deverão ficar acautelados na secretaria do juiz das garantias (art. 3º-C, §3º, CPP<sup>29</sup>), como bem observa Pinheiro Neto (2020, s.p.). A medida visa assegurar a imparcialidade do juiz da fase processual, pois não faria sentido remeter os autos da investigação ao magistrado que irá trabalhar a parte meritória, sob pena de contaminar sua cognição.

---

<sup>27</sup> CPP, art. 3º-B, 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;

<sup>28</sup> CPP, art. 3º-B, 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;

<sup>29</sup> CPP, art. 3º-C, §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 pensamento em apartado

Entretanto, como a prova antecipada foi produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não existiriam maiores problemas envolvendo a imparcialidade do juiz da instrução, não havendo que se falar em dissonância cognitiva, visto que ele não formaria seu convencimento a partir de um elemento de informação.

O inciso XI e suas respectivas alíneas, por sua vez, apregoam que caberá ao juiz das garantias decidir sobre os requerimentos das provas cautelares, ou seja, aquelas em que seu objeto poderá se perder em razão do decurso do tempo. Assim, decidirá o juiz garante sobre os pedidos 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 (e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

Todas as hipóteses acima elencadas mostram-se em conformidade com o sistema acusatório e com o juiz das garantias. Todavia, segundo Rogério Sanches Cunha (2020, p. 88), é preciso ter cautela com as alíneas “d” e “e”, pois elas são providências genéricas, não tão aceitas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no RE nº 1.055.941/2019<sup>30</sup>.

Por derradeiro, com relação ao tema prisões envolvendo o juiz das garantias, merecem destaque os incisos V<sup>31</sup> e VI<sup>32</sup> do art. 3º-B, o §2º<sup>33</sup> do art. 3º-C, ambos do CPP.

O inciso V consagra que o juiz das garantias será o responsável por decidir acerca dos requerimentos de prisões provisórias pré-processuais formulados pela autoridade policial, Ministério Público (nos casos de ação penal pública) e pelo ofendido (nos casos de ação penal privada), na forma do art. 282, §2º, do CPP.

---

<sup>30</sup> Na ocasião, o STF entendeu que: “É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos da persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.” (SANCHES, 2020, p.88)

<sup>31</sup> CPP, art. 3º-B, V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

<sup>32</sup> CPP, art. 3º-B, 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;

<sup>33</sup> CPP, art. 3º-C, §2º. As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Dessarte, qualquer outro requerimento de prisão provisória feito após o recebimento da denúncia deverá ser examinado pelo juiz da instrução.

O inciso VI, por sua vez, está em íntima relação com o inciso anterior, haja vista que traz à baila a possibilidade de prorrogação, pelo juiz garante, das medidas cautelares decretadas, bem como a sua substituição ou revogação, desde que exercido o contraditório em audiência pública e oral. Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 135), aduz que a realização dessa audiência tem o objetivo de alargar o campo cognitivo judicial, ensejando ao investigado e sua defesa o exercício do contraditório de maneira mais efetiva, a fim de arrazoar e contra-argumentar em face do pedido de prorrogação da medida cautelar.

O §2º do art. 3º-C traz à discussão a necessidade de reexame obrigatório no prazo de 10 (dez) dias, por parte do juiz da instrução, das medidas cautelares em curso decretadas pelo juiz das garantias. O dispositivo ainda prega que as decisões proferidas pelo magistrado da fase preliminar não vinculam as decisões do juiz da fase processual, confirmando a desvinculação desses magistrados a fim de se garantir a imparcialidade no curso do processo.

#### 4.2 CRÍTICAS AO JUIZ DAS GARANTIAS BRASILEIRO

A criação de um novo instituto é acompanhada por uma série de debates e análises acerca de sua implementação. Com o juiz das garantias não poderia ser diferente. Contudo, parece haver consenso entre a maior parte dos estudiosos sobre a importância do juiz garante na observância da imparcialidade e do devido processo penal, sendo a maior parte das críticas de ordem prática e orçamentária, conforme assevera Rogério Sanches Cunha (2020, p. 71).

Segundo narra Pinheiro Neto (2020, s.p.), em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305) propostas contra a Lei Anticrime, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), o Partido Podemos, o Partido Social-Liberal (PSL) e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) levantaram as teses de inconstitucionalidade material e formal dos dispositivos que contemplam a figura do juiz garantidor.

Na inconstitucionalidade formal, argumenta-se que o juiz das garantias padece de vício de iniciativa, vez que sua propositura deveria ter emanado do Poder Judiciário, nos termos do art. 96, I, “d”, e II, “b” e “d”, da CFRB<sup>34</sup>, ferindo, assim, a competência dos Tribunais para dispor sobre organização judiciária.

Todavia, tal tese não deve encontrar campo fértil, haja vista que, neste argumento, deve-se entender que a Lei n° 19.964/19 não dispôs sobre matéria de organização dos Tribunais, mas sim sobre direito processual penal, que é de competência da União. Outro não parece ser o entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 117):

Ora, firmada a premissa de que a norma de direito processual é aquela que afeta aspectos umbilicalmente ligados à tríade jurisdição, ação e processo, não há por que se afirmar que teria havido qualquer inconstitucionalidade nesse ponto, visto que os arts. 3°-A, 3°-B, 3°-C, 3°-D, caput, 3°-E e 3°-F do CPP estão diretamente relacionados a questões atinentes ao próprio exercício da jurisdição no processo penal brasileiro. [...] insere-se, portanto, no âmbito da competência legislativa privativa da União prevista no art. 22, inciso I, da Constituição Federal, porquanto versam sobre Direito Processual.

De outro modo, suscitou-se inconstitucionalidade material da referida norma no sentido de que ela não foi feita com prévia análise de dotação orçamentária para a implantação dos juízos das garantias, ferindo os arts. 99, *caput*<sup>35</sup>, e 169, §1º<sup>36</sup>, da CF.

Nesse ponto, uma vez mais, não parece haver supedâneo para que prospere tal argumento, visto que defende-se (LIMA, 2020, p. 118) não haver efetivamente a criação de um novo órgão judiciário, mas sim mera readequação e divisão de tarefas dentro do Poder Judiciário, havendo apenas a fixação das competências criminais por função, não ofendendo os dispositivos constitucionais supramencionados.

---

<sup>34</sup> CF, art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: d) propor a criação de novas varas judiciárias; II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

<sup>35</sup> CF, art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

<sup>36</sup> CF, art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. § 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

De ordem prática e orçamentária, também se comentou sobre a dificuldade em praticar o disposto no parágrafo único do art. 3º-D do CPP, que prega o rodízio de magistrados nas comarcas em que existe apenas um juiz.

Aury Lopes Jr (2020. s.p.). atenta para o fato de que essa questão não deve gerar grandes problemas, como algumas pessoas propõem. Para o autor, a implementação de inquéritos e processos eletrônicos facilitam a atuação do juiz garante, sendo possível a criação de centrais de inquérito em comarcas maiores para atender as demandas das menores, além da própria distribuição cruzada entre as comarcas menores, vez que possuem atuação *online*.

Quanto à aplicação do instituto do juiz das garantias, se levantou o questionamento de como ficaria a atuação dele diante dos processos em andamento. Pinheiro Neto (2020, s.p.), citando a decisão do Min. Luiz Fux quando da suspensão dos artigos relacionados ao juiz das garantias, defende que “o juiz que atuou na fase de investigação não será impedido de atuar na ação penal, e, nas investigações em andamento, já se aplicará o impedimento [...]”. Assim, diante da aplicação da lei processual penal no tempo, segue-se a máxima da aplicação imediata sem efeitos retroativos, como manda o art. 2º do CPP<sup>37</sup>.

## 5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, percebe-se que a discussão envolvendo o juiz imparcial sempre foi tema amplamente discutido, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988, que, somada aos Tratados Internacionais, previu o sistema acusatório como o conjunto processual a ser seguido na persecução penal, afastando, dessa forma, o conteúdo inquisitório de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, é bem verdade que ainda sobraram resquícios do sistema inquisitivo na legislação processual penal pátria, mormente quando observado que o juiz da fase investiga era, por regra de prevenção, competente para presidir a instrução e julgamento da fase processual, pondo dúvidas em relação à sua isenção cognitiva para decidir a acusação criminal e, por consequência, violando o próprio princípio da imparcialidade.

---

<sup>37</sup> CPP, art. 2º - A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

A parcialidade do magistrado que teve contato com os elementos de informação produzidos no bojo da investigação criminal se confirma quando analisada sob o ponto de vista da teoria da dissonância cognitiva. A teoria da dissonância cognitiva aduz que as pessoas tendem a buscar conformidade com pensamentos anteriormente concebidos, excluindo ou menosprezando ideias que venham a ser conflitantes a essa forma pensar. Assim, o magistrado que teve contato com os elementos de informação da fase pré-processual é levado, ainda que involuntariamente, a decidir de forma favorável a acusação feita pelo Ministério Público.

Diante desse impasse que fere o sistema acusatório e o princípio da imparcialidade, a figura do juiz das garantias representa a melhor via para solucionar o problema, tendo em vista que o magistrado pode ser contaminado pelos autos da investigação preliminar inconscientemente. Desta feita, o juiz da investigação estaria impedido de atuar durante a instrução e julgamento do processo, devendo seu último ato ser o recebimento da denúncia.

A tese do juiz das garantias foi aceita pelo legislador brasileiro, sendo tal figura firmada no ordenamento jurídico por ocasião da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), a qual delimitou o âmbito de atuação do juiz garante e sua implementação nas diversas comarcas ao longo do país.

Portanto, resta-se evidenciado que o juiz das garantias vai muito mais além do que mero capricho legislativo, sendo sua fixação na legislação nacional necessária e útil para a observância da imparcialidade, que, por sua vez, encontra arrimo definitivo na própria estrutura acusatória do processo penal, sem a qual não se mostraria plenamente contemplada.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1651-1677, set.-dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 16 set. 2020.



\_\_\_\_\_. Decreto-Lei Nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em: 16 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.964/2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019022/2019/lei/L13964.htm)> Acesso em: 17 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto Nº 592 de 06 de julho de 1992. **Atos internacionais. Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. Promulgação**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)> Acesso em: 18 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. **Reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>> Acesso em: 02 out. 2020.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz de garantias brasileiro e o juiz de garantias chileno: breve olhar comparativo**. 2020. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5645?show=full>>. Acesso em: 06 de nov. de 2020.

CHALFUN, Gustavo; OLIVEIRA JUNIOR, José Gomes de. Da análise do juiz das garantias sob a luz do direito comparado e das decisões liminares no STF. **Migalhas - UOL**, 06 de fev. 2020. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/319989/da-analise-do-juiz-das-garantias-sob-a-luz-do-direito-comparado-e-das-decisoes-liminares-no-stf>> Acesso em: 05 de nov. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP**. 1ª. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. Não paginado.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Não paginado.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_ ; RITTER, Ruiz. **Juiz das garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva...** 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/juiz-garantias-fim-faz-conta>> Acesso em: 10 out. 2020.

MELLO, Cecilia; MORI, Celso Cintra. **Juiz das garantias trará estrita legalidade ao processo penal.** 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-03/opiniao-juiz-garantias-trara-estrita-legalidade-processo-penal>> Acesso em: 05 nov. 2020.

MILITÃO, Eduardo. Como funciona o juiz de garantias pelo mundo, modelo nascido nos anos 70. **UOL**, Brasília, 15 de jan. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/15/como-e-juiz-de-garantias-pelo-mundo-alemanha-portugal-brasil-argentina.htm>> Acesso em: 05 nov. 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020a. Não paginado.

\_\_\_\_\_. **Código de processo penal comentado.** 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020b. Não paginado.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional.** 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Não paginado.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal.** 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2020. Não paginado.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 27 Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. Não paginado.

ROSA, Alexandre Moraes da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal.** 2. Ed. Lisboa: Rei dos Livros, Empório do Direito, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set. 2009.

PINHEIRO NETO, Luiz Felipe. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/2019.** 1ª. Ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2020. Edição do Kindle

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 12 Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. Não paginado.