

DANIELLE NOGUEIRA MOTA COMAR

Imparcialidade e juiz das garantias

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Associado Dr. Maurício Zanoide de Moraes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2022

DANIELLE NOGUEIRA MOTA COMAR

Imparcialidade e juiz das garantias

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Maurício Zanoide de Moraes.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2022

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Comar, Danielle Nogueira Mota
Imparcialidade e juiz das garantias ; Danielle
Nogueira Mota Comar ; orientador Maurício Zanoide de
Moraes -- São Paulo, 2022.

545

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2022.

1. Processo Penal. 2. Imparcialidade. 3. Juiz das
Garantias. 4. Heurísticas e vieses. 5. Impedimento.
I. Zanoide de Moraes, Maurício, orient. II. Título.

Nome: COMAR, Danielle Nogueira Mota

Título: **Imparcialidade e juiz das garantias**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Maurício Zanoide de Moraes.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico este trabalho à minha amada mãe, minha coluna vertebral, exemplo de luta e de mulher, sem a qual desabo e que sempre me incentivou a estudar.

Ao meu marido Samuel, fonte de amor, experiências, incentivos e alegrias.

Ao meu irmão Rodrigo, por todo o incentivo e apoio que sempre me deu.

Esta dedicatória também se estende ao meu querido filho João Pedro, pelo tempo que estive ausente, desejando que se torne um homem livre, do mundo e sem preconceitos, alicerçado em valores e na educação. Meu filho querido, já te disse hoje que te amo? Agora podemos ter um cachorro SRD e assistir a todos os episódios de “Jovens Titãs em ação”, “Mandaloriano”, “Cobra Kai” e dançar e cantar todas as músicas do Rick Astley. Ah, e também quero que me explique todos os animes...

AGRADECIMENTOS

Ao começar a ler um livro, inicio sempre pelos agradecimentos. Eles revelam muito sobre aquela pessoa com um nome frio impresso no papel. Cá estou eu, agora, escrevendo os meus. Nem em meus melhores sonhos, imaginei, um dia, estudar na tradicional Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Foi muita ousadia e sem o auxílio, o apoio e as palavras de força de pessoas especiais, jamais teria realizado este sonho.

Esta Dissertação começou a ser escrita em 2018, quando não havia perspectiva de aprovação próxima do Projeto do Novo Código de Processo Penal (CPP). De repente, como presente de Natal de 2019, sobreveio a aprovação da Lei n. 13.964/2019 e com ela o juiz das garantias. A maior parte deste trabalho foi escrita durante a pandemia de 2020/2021 e durante a suspensão da eficácia dos artigos 3º-A a 3º-F do CPP, quando pairavam muitas dúvidas e aflições e com uma notória dificuldade de acesso a bibliotecas. Foi durante a escrita que encontrei muitas vezes o refúgio para um período tão conturbado. Mas, por muitas vezes também, senti-me como o homem do subsolo de Dostoiévski, com vozes internas questionadoras e turbulentas, sobretudo com um tema tão polêmico, que é frequentemente politizado, enquanto mantive a serenidade de uma postura estritamente técnica. Ao final, de forma desconcertante, percebi que escrever sobre juiz das garantias era, em certa medida, escrever sobre mim mesma e descobrir que nem sempre estou no comando de minhas próprias decisões.

Meus sinceros agradecimentos à sociedade paulista que, por meio dos impostos, possibilitou que eu estudasse em uma faculdade pública, gratuita e de qualidade. Igualmente à sociedade paranaense, que em 1991 me acolheu e que, igualmente, permite que eu sirva ao jurisdicionado paranaense no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Quando precisamos de um médico, procuramos o melhor, o mais preparado para cuidar de nossa saúde; quando precisamos de um engenheiro civil, procuramos as melhores indicações para construção do nosso lar. Contudo, quando precisamos de um juiz, não podemos escolhê-lo, por isso, é dever de cada Magistrado brasileiro sempre estudar e procurar se aprimorar para prestar o melhor serviço público possível. Acomodação é morte.

Meus amorosos agradecimentos à minha mãe e melhor amiga que sempre me incentivou a seguir em frente, mesmo nos momentos mais difíceis. Mãe, não sei o que eu seria hoje sem a sua fortaleza. Não vou economizar em palavras, minha querida mãe. A senhora sempre me ensinou a levantar e seguir; que o tempo tudo cura; que para tudo tem jeito, menos para a morte; que sonhos não têm idade; que a vida é muita curta para ser

pequena. Ensinou-me o valor do trabalho duro. Perdoe-me pelas faltas e impaciência ao longo destes quatro anos. Lutamos muito, mãe, eu e a senhora sabemos o quão foi árduo e pedregoso o trajeto. Mesmo com tantas dificuldades, tantas renúncias, a senhora sempre investiu cada centavo do pouco que tínhamos em educação. Seus exemplos de força, coragem e determinação sempre me impulsionaram a querer voar. A senhora é a melhor mãe do mundo e eu te amo.

Meu pai, por muito tempo pensei o que iria escrever. O susto do tumor, nos meses que antecederam o depósito da Dissertação, nos aproximou e me fez compreender que o tempo e a maturidade clareiam muitos aspectos da vida, cicatrizam feridas e trazem o perdão. A vida nem sempre é como gostaríamos que fosse, mas é preciso olhar para frente.

Ao meu irmão Rodrigo, pelo precioso auxílio e eterna preocupação com João Pedro, quando eu precisava me concentrar na leitura e escrita. Obrigada pelo cuidado que você tem com todos nós, pelo amor que você tem pelo João Pedro e pela enorme ajuda que me deu na logística de buscar e levar JP ao colégio.

Ao meu marido Samuel, que me inspirou a retomar a vida acadêmica e cujo exemplo de dedicação e de seriedade aos estudos sempre me impulsionou a colocar um tijolinho na parede do conhecimento. Obrigada pela família que construímos, pelo amor, pelo companheirismo, pela amizade, apoio e incentivo ao longo desses 15 anos. Obrigada pela compreensão, disposição e paciência em ouvir, repetidamente, minhas explicações sobre heurísticas e vieses e sobre o juiz das garantias. Foi um verdadeiro teste de amor. Juntos somos mais fortes.

Ao meu filho João Pedro, meu amigo, meu *ikigai*, hoje com dez anos que, às vezes, enquanto eu estudava, entrava eufórico no escritório e me entregava desenhos, me dava um beijinho, um sorriso e um abraço tão, mas tão caloroso, que renovava minhas forças e fazia renascer em mim a vontade de concluir este trabalho. Quando desafinados cantávamos juntos *Neverending Story* e me chamava para assistir *Stranger Things* e eu, muito constrangida, não podia assistir. Desde que você nasceu, minha vida nunca mais foi a mesma, porém é mais sonora, mais colorida e muito mais divertida. Lembro-me do dia que saímos da maternidade, você em meus braços era tão pequenininho e conversei amedrontada com Deus se eu teria capacidade para criar e educar uma criança. Como você cresceu enquanto eu estudava! Hoje você me pede para não te dar beijo na entrada da escola, porque é mico... Espero que um dia você tenha orgulho de sua mãe. Saiba que todo o tempo que dediquei a este trabalho me trouxe felicidade também. Eu aprendo todos os dias com você, tenho muito orgulho e o seu abraço é o lugar mais gostoso do mundo.

Conciliar magistratura, maternidade e mestrado foi uma das fases mais desafiadoras da minha vida. O mestrado foi, para mim, uma fase de muito autoconhecimento, de humildade, de descobrir minhas limitações e minhas forças, de aprender a pedir ajuda, de perceber que sou um grãozinho de areia na infinitude do multiverso.

Ao meu orientador Prof. Dr. Maurício Zanoide de Moraes que me tirou da escuridão da caverna e me trouxe um mundo de dúvidas, incertezas, incômodos, descobertas e autoconhecimento. Com muita paciência, tirou-me de uma falsa segura zona de conforto onde reinavam verdades absolutas e havia respostas prontas e soluções simplistas. Eu vivia no Sistema 1, no automático, no intuitivo. Mas o professor chacoalhou minhas estruturas inquisitoriais e resgatou-me do senso comum acrítico. Com seus ensinamentos, ingressei no Sistema 2, deliberativo, muitas vezes me fazendo refletir, por muito tempo e com muita energia, sobre o que acreditava, às vezes até heurísticamente, ser verdadeiro. Sentirei saudades dos cafés no Sogra às 7h. Palavras nunca serão suficientes para agradecer a transformação que o senhor propiciou em minha vida pessoal e profissional. Sou eternamente grata por acreditar em mim.

Ao Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes da Silveira, que já lecionou para duas gerações da minha família. Foi o senhor, pela primeira vez, que me despertou o interesse pelo tema desta Dissertação. Devo-lhe um agradecimento especial.

Aos Professores Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli, exemplo de professor e magistrado, e Dra. Marta Cristina Cury Saad Gimenes, inspiração de profissional e docente mulher, pelos valorosos apontamentos e preciosas lições quando da qualificação.

À bibliotecária Maria dos Remédios e aos valorosos servidores da Biblioteca da Faculdade de Direito da USP, pelo sempre pronto atendimento.

Ao Prof. Dr. André Luiz Lanza, pelo carinho, cuidado e profissionalismo na revisão deste trabalho acadêmico.

Aos colegas e amigos desta trajetória: Rodrigo Capez, Fernando Parente dos Santos Vasconcelos, William César Pinto de Oliveira e Maria Clara Hage Pereira (irmãzinha que a vida me deu) pelos momentos especiais que passamos juntos. Sem vocês não teria graça e aprendi muito com todos vocês. Em especial, para meus amigos mestrados William e Maria Clara: vocês são minha família, fazem parte da minha história, crescemos e nos divertimos juntos. Sempre os levarei em meu coração.

Aos meus assessores Eduardo Henrique Veiga, Leonardo Rodrigo Santos Dutra e, mais recentemente Juliana Padilha Bello de Souza, pelo time que somos, pelo apoio, discussões, compreensão e por dividirmos angústias e muito trabalho duro. Sem o auxílio de

vocês na atividade jurisdicional, tudo seria mais difícil. Seguramos a barra juntos em muitos momentos difíceis. Sou uma pessoa de muita sorte de tê-los em minha equipe e torço por todos vocês.

Aos amigos João Carlos Farracha de Castro e Tiago Gagliano Pinto Alberto, referências acadêmicas, pelo apoio, pelo incentivo e torcidas verdadeiras. À amiga Camila Scheraiber Polli, magistrada dedicada e exemplar, que sempre me ensina a enxergar a vida com leveza.

À Companhia Aérea Azul que nunca atrasou os voos para São Paulo que partiam nas glaciais madrugadas curitibanas, pontualmente às 6h da manhã.

A Deus que sempre foi muito bondoso comigo e me protegeu em toda essa caminhada. Espero, Senhor, ser um instrumento de empatia, trabalho sério e justiça. Muito obrigada, Senhor, por tudo que aconteceu em minha vida, bons e não tão bons momentos, que trouxeram crescimento e resiliência. *Amor fati* é o que tento trabalhar em mim todos os dias. Confio em ti porque sempre está no comando de tudo.

*"Maybe I'm foolish
Maybe I'm blind
Thinking I can see through this
And see what's behind
Got no way to prove it
So maybe I'm lying
But I'm only human after all
I'm only human after all
Don't put your blame on me
Don't put your blame on me
Take a look in the mirror
And what do you see
Do you see it clearer
Or are you deceived
In what you believe?
'Cause I'm only human after all
You're only human after all
Don't put the blame on me
(...)
I'm only human
I make mistakes
I'm only human
That's all it takes
To put the blame on me
Don't put the blame on me
'Cause I'm no prophet or Messiah
Should go looking somewhere higher
I'm only human after all
I'm only human after all
Don't put the blame on me
Don't put the blame on me
I'm only human
I do what I can
I'm just a man
I do what I can
Don't put the blame on me
Don't put your blame on me."*

(Human - Rag'n'Bone Man, 2016)

RESUMO

COMAR, Danielle Nogueira Mota. **Imparcialidade e juiz das garantias**. 2022. 545 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Entre diversas alterações processuais, a Lei n. 13.964/2019 introduziu a figura do juiz das garantias, o qual deverá zelar pelo controle da legalidade da investigação, pelos direitos e garantias fundamentais de todos os participantes desta primeira fase da persecução penal, bem como avaliar o juízo de admissibilidade da peça acusatória. Sua eficácia, todavia, encontra-se suspensa por força de medida liminar concedida nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF e sem previsão de julgamento. O presente trabalho analisa as atribuições legais conferidas ao juiz das garantias, os fundamentos de sua instituição e o porquê da necessidade de sua implementação como redutor de danos à imparcialidade, em busca de um verdadeiro sistema de estrutura acusatória. Adotou-se metodologia de revisão bibliográfica sobre a temática além de estudo interdisciplinar no campo da psicologia social e cognitiva, perscrutando sobre a incidência de heurísticas e vieses no sistema dual de tomada de decisão. Com isso, pretendeu-se compreender como a prévia atuação do juiz na fase investigativa pode prejudicar a imparcialidade esperada do julgador na fase processual. Por meio de estudo comparativo entre outros sistemas europeus e latino-americanos que adotam o sistema de duplo juiz, cada uma com suas peculiaridades, apurou-se influências de sistemas alhures no modelo idealizado para o ordenamento brasileiro. Analisam-se as críticas feitas ao novo sujeito processual, sugerindo-se soluções, inclusive, quanto a possíveis modelos de implementação, frente ao receio de impacto orçamentário aos Tribunais. Por fim, o presente trabalho apresenta contribuição para aperfeiçoamento legislativo do juiz das garantias, com a introdução de uma fase intermediária de saneamento processual e filtragem probatória, bem como a previsão de um juízo de garantias em grau recursal e em ação penal originária, visando a assegurar a imparcialidade em outras situações não previstas pelo legislador.

Palavras-chave: Processo Penal. Prevenção. Heurísticas e vieses. Imparcialidade. Impedimento. Juiz das garantias. Juiz da instrução e julgamento.

ABSTRACT

COMAR, Danielle Nogueira Mota. **Impartiality and Guarantee Judge**. 2022. 545 p. Dissertation (Master) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2022.

Among several procedural changes, Law n. 13,964/2019 introduced the figure of the guarantee judge, who must ensure the control of the legality of the investigation, the fundamental rights and guarantees of all participants in this first phase of criminal prosecution, as well as evaluate the admissibility of the indictment. Its effectiveness, however, is suspended by virtue of an injunction granted in the records of Direct Action of Unconstitutionality no. 6,298, 6,299, 6,300 and 6,305/DF and without an estimate date for the trial. The present work analyzes the legal attributions bestowed to the guarantee judge, the foundations of its institution and the reason for the need for its implementation as a damages reducer to impartiality, in search of a true accusatory structure system. This work adopts a bibliographic review methodology on the subject, in addition to an interdisciplinary study in the field of social and cognitive psychology, scrutinizing the incidence of heuristics and biases in the dual decision-making system. With this, the goal was to understand how a judge's previous performance in the investigative phase can harm the expected impartiality in the procedural phase. Using comparative study between other European and Latin American systems that adopt the double judge system, each one with its own peculiarities, the research found influences of systems elsewhere in the idealized model for the Brazilian order. This work analyzes the criticisms made to the new procedural subject, suggesting solutions even regarding possible implementation models, in face of the fear of budgetary impact on the Courts. Finally, this work presents a contribution to the legislative improvement of the guarantee judge, with the introduction of an intermediate phase of procedural sanitation and evidentiary filtering, as well as the prediction of a court of guarantees in appeal instance and in original legal action, aiming at ensure impartiality in other situations not provided for by the legislator.

Keywords: Criminal procedure. Prevention. Heuristics and biases. Impartiality. Impediment. Guarantee Judge. Investigating Judge and judgment.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Localização das unidades judiciárias da Justiça Estadual, Federal, Trabalhista e Militar	410
Figura 2 – Unidades judiciárias de 1º grau da Justiça Estadual, por competência.....	413
Figura 3 – Taxa de congestionamento dos processos de conhecimento criminais nas varas exclusivas criminais, segundo o Tribunal.....	414
Figura 4 – Número de unidades judiciárias	415
Figura 5 – Número de comarcas ou subseções judiciárias com uma única unidade judiciária de competência mista ou criminal.....	416
Figura 6 – Número de comarcas com uma única unidade judiciária de competência mista ou criminal, por Tribunal de justiça de portes grande e médio, ano 2019	417
Figura 7 – Número de comarcas com uma única unidade judiciária de competência mista ou criminal, por Tribunal de justiça de pequeno porte, ano 2019	418
Figura 8 – Número de subseções judiciárias com uma única unidade judiciária de competência mista ou criminal, por Tribunal Regional Federal, ano 2019	419
Figura 9 – Número de procedimentos investigatórios e casos novos por tipo de comarca, Justiça Estadual, ano 2018	420
Figura 10 – Número de procedimentos investigatórios e casos novos por tipo de comarca, Justiça Federal, ano 2018.....	420
Figura 11 – Percentual de casos novos e de procedimentos investigatórios iniciados no ano de 2018 segundo o tipo de comarca ou subseção judiciária	421
Figura 12 – Série histórica do percentual de processos eletrônicos	428
Figura 13 – Percentual de casos novos eletrônicos, por Tribunal	429

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Quadro comparativo entre as hipóteses de impedimento previstas no CPP de 1941 e CPC de 2015.....	52
Quadro 2 – Quadro comparativo entre as hipóteses de suspeição previstas no CPP de 1941 e CPC de 2015.....	57
Quadro 3 – Entendimento dos tribunais de vértice quanto ao impedimento e suspeição	67
Quadro 4 – Alterações no art. 282 do CPP de 1941 trazidas pela Lei n. 13.964/2019	100
Quadro 5 – Características atribuídas por vários teóricos aos dois sistemas de cognição	130
Quadro 6 – Distribuição dos juízes criminais e dos membros do Ministério Público	206
Quadro 7 – Juiz das garantias no Anteprojeto do Novo CPP	342
Quadro 8 – Juiz de Garantias no PLS n. 156/2009	344
Quadro 9 – Evolução do instituto do juiz de garantias no Projeto do Novo Código de Processo Penal	348
Quadro 10 – Quadro comparativo – Substitutivo PL 8045/2010 (13/06/2018) x Lei n. 13.964/2019 x Substitutivo PL 8045/2010 (26/04/2021).....	356
Quadro 11 – Quadro comparativo sobre a competência para o recebimento da peça acusatória ..	371
Quadro 12 – Quadro comparativo sobre o momento do recebimento da peça acusatória.....	376
Quadro 13 – Quadro comparativo sobre a introdução da investigação preliminar nos autos da fase processual.....	380

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AJUFE	Associação dos Juízes Federais
ANPP	Acordo de não persecução penal
Art.	Artigo
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal de 1988
Cfr	Conforme
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CPPi	Código de Processo Penal italiano
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
DJ	Data do Julgamento
EC	Emenda Constitucional
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOMAN	Lei Orgânica da Magistratura
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos
PL	Projeto de lei
PLS	Projeto de lei do Senado
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	27
2. IMPARCIALIDADE JUDICIAL NO PROCESSO PENAL	33
2.1. IMPARCIALIDADE: PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO.....	33
2.1.1. Garantias constitucionais para o exercício jurisdicional imparcial	42
2.2. O TRATAMENTO DA SUSPEIÇÃO E DO IMPEDIMENTO NA LEGISLAÇÃO E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS	49
2.3. A PREVENÇÃO COMO FATOR DE POTENCIAL QUEBRA DA IMPARCIALIDADE	78
2.4. INDEVIDAS ATIVIDADES OFICIOSAS DESENVOLVIDAS PELO JUIZ NA FASE DE INVESTIGAÇÃO.....	87
2.5. CONCLUSÕES PARCIAIS	105
3. PROCESSO DECISÓRIO E SUBJETIVIDADE	107
3.1. CRÍTICA AO MITO DA RACIONALIDADE	107
3.1.1. Modelos de como os juízes decidem	112
3.2. SISTEMAS DUAIS DE DECISÃO.....	128
3.2.1. A influência das heurísticas e vieses no processo decisório	135
3.3. <i>DEBIASING E INSULATING: MODALIDADES DE DESENVIESAMENTO</i>	181
3.4. TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA DE LEON FESTINGER.....	195
3.5. O CONTRIBUTO DO ESTUDO DE BERND SCHÜNEMANN E O EFEITO PERSEVERANÇA	204
3.6. CONCLUSÕES PARCIAIS	211
4. JUIZ DAS GARANTIAS E IMPARCIALIDADE: PERSPECTIVA COMPARADA, CORTES E TRIBUNAIS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS	215
4.1. A IMPARCIALIDADE JUDICIAL NA PERSPECTIVA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS	219
4.2. SISTEMAS EUROPEUS: A ATUAÇÃO DO JUIZ NA FASE INVESTIGATIVA	237
4.2.1. Juiz de instrução no modelo francês	237
4.2.2. Juiz da investigação preliminar no modelo italiano	244
4.2.3. Juiz de Instrução em Portugal	261
4.2.4. Juiz instrutor na Espanha	269
4.2.5. Juiz da instrução preliminar na Alemanha	280
4.3. A IMPARCIALIDADE JUDICIAL NA PERSPECTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	286
4.4. SISTEMAS LATINO-AMERICANOS: A ATUAÇÃO DO JUIZ NA FASE INVESTIGATIVA.....	293
4.4.1. <i>Juez de Garantía no Chile</i>	297
4.4.2. Juiz de garantia no Uruguai	306
4.4.3. <i>Juez de control no México</i>	312

4.5.	CONCLUSÕES PARCIAIS	323
5.	JUIZ DAS GARANTIAS E SUA INCLUSÃO NA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA	329
5.1.	O INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS: ORIGEM E JUSTIFICATIVA	329
5.2.	O JUIZ DAS GARANTIAS NO ANTEPROJETO DO NOVO CPP	333
5.3.	JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL 343	
5.4.	O JUIZ DAS GARANTIAS NA LEI N. 13.964/2019	354
5.4.1.	Controle da legalidade da prisão	364
5.4.2.	Controle da legalidade da investigação.....	365
5.4.3.	Análise de medidas cautelares reais, pessoais e probatórias requeridas pelo interessado 369	
5.4.4.	Juízo de admissibilidade da acusação	370
5.4.5.	Da não introdução da integralidade da investigação preliminar nos autos da fase processual: impactos no recebimento da peça acusatória e na instrução processual.....	379
5.5.	CRÍTICAS SISTÊMICAS À INTRODUÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. RESPOSTAS E PROPOSTAS PRÁTICAS.	390
5.5.1.	Desnecessidade da inovação e ausência de comprovação científica de contaminação judicial.....	390
5.5.2.	Desnecessidade de criação de nova regra de automático impedimento do juiz	395
5.5.3.	Inconstitucionalidades formal e material	399
5.5.4.	Dificuldades de ordem prática e financeira para implementação.....	406
5.5.5.	O rótulo juiz “das garantias”	434
5.6.	CONCLUSÕES PARCIAIS	437
6.	CONTRIBUIÇÃO PARA APRIMORAMENTO LEGISLATIVO DO JUIZ DAS GARANTIAS	443
6.1.	IMPLANTAÇÃO DE UMA VERDADEIRA FASE INTERMEDIÁRIA PRESIDIDA PELO JUIZ DAS GARANTIAS.....	443
6.1.1.	Contraditório prévio e oral ao juízo de admissibilidade da acusação.....	453
6.1.2.	Juiz das garantias como barreira da fase intermediária para evitar a contaminação do juiz do processo com provas ilicitamente obtidas.....	456
6.2.	CAMPOS DE ATUAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS	464
6.2.1.	Da indevida ampliação do campo de exclusão de atuação do juiz de garantias realizada pelo STF.....	466
6.2.2.	Da atuação do juiz das garantias no âmbito dos Tribunais	471
6.3.	PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE LEI COMO CONTRIBUIÇÃO ACADÊMICA PARA APERFEIÇOAMENTO DO JUIZ DE GARANTIAS	487
7.	CONCLUSÃO.....	503
	REFERÊNCIAS	515

1. INTRODUÇÃO

Há muito se defende a necessidade de elaboração de um novo Código de Processo Penal (CPP) consentâneo com a Constituição Federal (CF). Muitas foram as tentativas de reforma que esbarraram na natural complexidade de um processo legislativo desse porte. As pontuais reformas processuais penais de 2008 e 2011, embora tenham trazido importantes adequações, mostraram-se insuficientes, reforçando a premente necessidade de uma reforma global e sistemática.

O atual CPP, promulgado em 1941, sob a égide do Estado Novo e inspirado no Código Rocco de 1930, tem sido sistematicamente criticado por trazer em seu bojo inúmeros dispositivos inquisitoriais, incompatíveis com a matriz acusatória extraída da Constituição Federal de 1988. Não surpreende que o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha declarado a não recepção de inúmeros dispositivos infraconstitucionais, citando-se, como exemplo, a recente declaração de não recepção parcial do art. 260 do CPP.¹

Nesse contexto, em 2009, uma Comissão de Juristas foi convocada para elaboração de um Anteprojeto de um novo CPP, que culminou com o PLS n. 156/2009, no qual já se tentava introduzir a figura do juiz das garantias. Aprovado no Senado Federal, o projeto seguiu para a Câmara dos Deputados, doravante PL n. 8045/2010, mantendo-se a previsão do juiz das garantias.

Durante os debates legislativos sobre o projeto de um novo CPP, no meio jurídico críticas foram levantadas ao juiz das garantias, questionando-se a efetiva necessidade de sua implementação e a falta de estudos científicos quanto aos seus fundamentos. Àquela época, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Associação de Juízes Federais (AJUFE) posicionaram-se contrariamente à pretensão de instituição do juiz das garantias, ponderando a dificuldade prática de sua implementação, sobretudo em comarcas de juízo único.

Com a tramitação do projeto do novo CPP a passos lentos na Câmara dos Deputados, a comunidade jurídica foi surpreendida no final do ano de 2019 com a positivação da figura do juiz das garantias por meio da Lei n. 13.964/2019, com uma redação ligeiramente diferente daquela prevista no projeto do novo CPP, mas que em muito manteve a ideia original. Ao juiz das garantias atribuiu-se o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada, nessa fase, à prévia autorização judicial, além do juízo de admissibilidade da acusação.

¹ art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

Tão logo sancionada a Lei n. 13.964/2019, a comunidade jurídica mostrou-se dividida, havendo reações contrárias à inovação, com ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) no Supremo Tribunal Federal (STF), questionando a constitucionalidade formal e material do novel instituto, além dos impactos que sua implementação traria ao sistema processual penal brasileiro. Por força de liminar proferida pelo Min. Luiz Fux, os novos artigos 3º-A a 3º-F do CPP, que estabelecem a estrutura acusatória e preveem o juiz das garantias, encontram-se com a eficácia suspensa *sine die*.

Embora a inovação trazida pela Lei n. 13.964/2019 não seja absolutamente inédita – pois já é debatida, no Brasil, acadêmica e legislativamente, desde pelo menos 2009 – foi por meio da nova lei que os debates alcançaram maior proporção, mostrando-se necessária a discussão acadêmica, sobretudo porque é, possivelmente, um dos pontos mais polêmicos da Lei n. 13.964/2019. Sua justificativa encontra alicerces no argumento de proteção da imparcialidade e segue exemplo de modelos europeus e de países latino-americanos que, há algum tempo, ao enfrentarem debates semelhantes ao que hoje enfrentamos no Brasil, separam as figuras do juiz atuante na investigação daquele que preside a instrução e sentença.

A imparcialidade é uma construção jurídica. Nos bancos acadêmicos, costuma-se estudar a imparcialidade hermeticamente, com um recorte voltado apenas para o próprio Direito. Vale dizer, classicamente a imparcialidade é estudada de forma circular, por um viés da autopoiese e de autoprodução: alicerçada em conceitos jurídicos, conceitua-se o que é imparcialidade e procura-se elencar, aprioristicamente, situações em que se presume que não haverá jurisdição isenta, prevendo-se instrumentos que visam garantir *terzietà*. De forma autorreferencial, portanto, o Direito se auto explica, fechando-se para outras perspectivas de outros saberes.

Assim, o ordenamento jurídico com vistas a proteger a imparcialidade e gerar segurança aos jurisdicionados, com o fito de extirpar dúvidas, prevê mecanismos legais de recusa, pelas partes, quando presente alguma causa de suspeição, impedimento ou incompatibilidade (arts. 252 a 255 do CPP). Além disso, para garantir independência funcional, elenca no art. 95 da Constituição Federal as garantias orgânicas da magistratura de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios dos juízes. Outrossim, estabelece previamente o juiz natural da causa, impedindo a manipulação e designação de julgador posteriormente à ocorrência do fato. São importantes instrumentos para garantia da imparcialidade, mas é preciso avaliar se são, de fato, suficientes.

Apesar de não se negar a necessidade de segurança jurídica e de preservação do sistema, o que este trabalho propõe é um novo olhar sobre a imparcialidade, por uma perspectiva mais ampla e aberta a outros conceitos de outros saberes. Assim, pondera-se a necessidade de se compreender o juiz das garantias por meio de outras lentes, para além de uma visão tradicional da imparcialidade, dialogando interdisciplinarmente com outros saberes como a Psicologia e a Economia Comportamental. O trabalho é um convite à interlocução com outras competências, para uma nova perspectiva de compreensão da condição humana do aplicador do Direito. O ser humano integra uma realidade complexa, onde o magistrado naturalmente também se insere. Assim, o magistrado não convive apenas em um circuito fechado jurídico e não está blindado a influxos da sua própria natureza humana. Dessa maneira, o trabalho propõe uma expansão da compreensão da imparcialidade por meio de outros conceitos e o impacto que podem causar quanto à necessidade ou não de implantação do juiz das garantias.

O trabalho está dividido em cinco capítulos. O primeiro deles ocupa-se com a conceituação da imparcialidade judicial como princípio estruturante do processo penal acusatório, indispensável à heterocomposição dos conflitos. Analisam-se os instrumentos que a legislação atualmente dispõe para garantia de um julgamento imparcial e o entendimento jurisprudencial quanto a questionamentos de possíveis parcialidades. Além disso, identificam-se as atribuições do juiz na fase investigativa e apontam-se deturpações que aproximam o juiz da figura de um investigador. Ainda, avaliar-se-á se o atual critério de prevenção se mostra prejudicial à imparcialidade.

Ao aprofundar as leituras sobre a temática do juiz das garantias, observou-se praticamente um “mantra” de que juiz que atua na investigação está contaminado para atuar na fase processual. Para compreender se tal assertiva é efetiva, o estudo se propõe a uma análise interdisciplinar. Assim, o segundo capítulo se ocupa do processo decisório, da subjetividade e questionamentos quanto ao mito da racionalidade. O juiz é um ser humano e, como tal, sujeito a heurísticas e vieses no processo de tomada de decisão. Amparado em estudos do campo da psicologia cognitiva, pretendeu-se demonstrar que, embora o juiz tenha uma força ética condutora pela imparcialidade, não está isento a valer-se de atalhos cognitivos (heurísticas) quando da tomada de decisões que podem conduzir a erros de julgamento (vieses) e, assim, colocar em xeque a imparcialidade e, conseqüentemente, afetar a legitimidade da decisão judicial. Nessa linha, o estudo se propõe a avaliar o impacto da atuação do mesmo juiz ao longo de toda a persecução penal. Busca-se, também, examinar o acesso à integralidade dos elementos produzidos na investigação preliminar, pretendendo,

assim, avaliar se a prevenção deve ser revisada e perscrutar mecanismos para auxiliar em melhores processos de tomada de decisão com vistas a minimizar ou neutralizar a possibilidade de decisões judiciais enviesadas. Para tanto, discutir-se-ão as técnicas de *debiasing* e *insulating* como modalidades possíveis de desenviesamento do tomador de decisão. Ademais, pretende-se perscrutar se a instituição do juiz das garantias pode configurar uma medida precaucional antienviesante para possibilitar, ao máximo possível, um reforço à imparcialidade objetiva no Processo Penal.

A inovação pretendida com o juiz das garantias não é uma invenção brasileira e chegou por aqui, aliás, muito tardiamente. No terceiro capítulo, verificar-se-á, por uma perspectiva comparada que, guardadas as peculiaridades de cada sistema, já houve alhures preocupação de como a dupla atuação do juiz na persecução penal pode afetar a imparcialidade esperada. Outros ordenamentos tais como os da Itália (*giudice per le indagini preliminari*), de Portugal (juiz de instrução), da Espanha (*juez de instrucción*), do Chile (*juez de garantía*) e do México (juiz de controle) separaram a atuação judicial na fase investigativa da fase processual, tudo com vistas a assegurar a imparcialidade do julgador do mérito. Nesse contexto, é fundamental a análise da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) que originalmente diferenciou a imparcialidade por duas abordagens, uma do ponto de vista subjetivo e outro objetivo, e, a partir da análise de sua jurisprudência, averiguar se ampara a inovação aqui pretendida. Igualmente, é indispensável o estudo sobre a visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), especialmente porque o Brasil, signatário que é da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), está sujeito a controle de convencionalidade. Obviamente que cada sistema judicial estudado tem suas peculiaridades e não se pretende fazer uma importação acrítica das experiências estrangeiras, não se cogitando de um mero transplante de instituto sem observância das particularidades brasileiras.² Porém, ao longo do estudo do tema, entendeu-se fundamental avaliar como a

² Alerta Máximo Langer que não é adequado um mero transplante legal (*legal transplants*), um mero recorte e colagem de institutos de outros sistemas, com características próprias, para outro sistema receptor com realidades distintas. Necessário ponderar no aspecto de circulação de ideias jurídicas, o contexto das culturas processuais distintas, com diferentes linguagens e categorias teóricas, com diferentes estruturas de interpretação e significados e diferentes disposições individuais, com a formação do ser humano que atua em cada um dos modelos ideais (de disputa e de investigação oficial), onde cada ator processual detém poderes processuais. Assim, Máximo Langer propõe uma nova visão sob a ótica da tradução jurídica, sem desconsiderar as realidades do sistema receptor que pode, com a internalização do modelo original, ou bem ser superado pelo modelo importado/transplantado - fenômeno que o autor compara à figura do Cavalo de Troia – ou se adaptar para melhor atendimento de suas necessidades locais e da cultura de poder dominante em cada país. In: LANGER, Máximo. From Legal transplants to Legal translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 01, p. 01-65, 2004.

dupla atuação do juiz no decorrer da persecução penal foi debatida em outros sistemas jurídicos, avaliando-se os desafios enfrentados e as soluções empregadas por cada um deles.

O quarto capítulo traz, cronologicamente, a concepção brasileira para a adoção de um sistema duplo de atuação judicial nas fases da persecução penal. Analisa-se a tentativa de incorporação do juiz das garantias, desde o seu nascedouro (Anteprojeto do novo CPP), passando pelas redações dadas na Casa Iniciadora (PLS n. 156/2019) e na Revisora (PL n. 8045/2010), culminando com sua inclusão na Lei n. 13.964/2019 e, ainda, os impactos que a nova lei causou também na redação do projeto do novo CPP. Avaliar-se-ão as diferenças de redação, com inclusões e exclusões de atribuições, bem como divergências em relação à competência para o juízo de admissibilidade da peça acusatória e à inclusão ou não, no bojo do processo, da integralidade dos elementos levantados na fase de investigação preliminar. Outrossim, serão analisadas as justificativas invocadas pelos idealizadores do Anteprojeto que subsidiam a implantação do novo sujeito processual e, em contraponto, as principais críticas genéricas ao instituto, que perpassam pela desnecessidade do novel instituto, pela desnecessidade de uma nova hipótese de impedimento automática, pelas inconstitucionalidades formal e material. Ainda, examinam-se as críticas que apontam as dificuldades de ordem prática e financeira, ponderando-se o desafio de implementação da nova figura em um país de dimensões continentais. Atento a tais críticas, o presente estudo, alicerçado em dados oficiais recolhidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), avalia os possíveis protótipos idealizados por esse mesmo órgão para implementação do juiz das garantias, inclusive inserido em uma nova realidade de inquéritos e processos virtuais inevitavelmente presentes com a pandemia COVID-19.

Por fim, o último capítulo traz perspectivas futuras de contribuição para aprimoramento do juiz das garantias, sempre com vistas à proteção da imparcialidade. Embora a introdução do juiz das garantias possa ser vista como mais um passo em uma gradual caminhada rumo a um sistema processual penal verdadeiramente acusatório, a reforma promovida pela Lei n. 13.964/2019 cuida-se, mais uma vez, de um exemplo de insuficiente reforma parcial. A introdução foi feita em um contexto de reforma possível, porém pode ser aperfeiçoada e por isso sugerem-se novas previsões e alterações. Avalia-se a possibilidade de introdução de uma fase intermediária, presidida pelo juiz das garantias, servindo de filtro probatório e de organização processual. Examina-se também uma sensível omissão legislativa quanto à implementação de juiz das garantias em grau recursal e em ação penal originária, cujo silêncio certamente trará discussões nos meios doutrinário e jurisprudencial. Procurando aparar arestas deixadas pelo legislador e extrair do juiz das

garantias um melhor aproveitamento é que se perscrutaram sugestões de aperfeiçoamento de *lege ferenda*, como contribuição acadêmica ao tema.

O tema é atual e controvertido. A relevância em seu debate mostra-se premente, não só por conta da pendente análise sobre as inconstitucionalidades formal e material do instituto, mas, também, porque, mesmo que eventualmente venha a ser reconhecida alguma inconstitucionalidade, o tema pode voltar a ser aprovado por nova iniciativa legislativa ou mesmo no corpo do projeto do novo Código de Processo Penal, onde igualmente encontra assento, desde que sanadas inconstitucionalidades por ventura reconhecidas.

2. IMPARCIALIDADE JUDICIAL NO PROCESSO PENAL

Para compreensão do novo instituto do juiz das garantias, faz-se necessário revisar a imparcialidade como princípio norteador de um sistema de matriz acusatória. Compreender a importância da imparcialidade no processo penal é pressuposto para captar a ideia central que anima a necessidade de criação da atuação judicial nas fases de investigação e processual.

Tendo isso em conta, neste capítulo pretende-se avaliar o conceito de imparcialidade e sua importância para o sistema acusatório, as garantias constitucionais para sua efetivação, o tratamento legal e o enfoque jurisprudencial dado ao tema e, subsequentemente, problematizar o critério da prevenção como prejudicial à imparcialidade. Finalmente, demonstrar-se-ão os campos ideal e legal de atuação do juiz na fase sumária e como indevidas atribuições oficiosas investigativas e cautelares, em uma simbiose inaceitável entre juiz e órgão acusador, podem impactar a imparcialidade.

2.1. IMPARCIALIDADE: PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

Com o fim da vingança privada, o Estado tomou para si a tarefa do *jus puniendi*, vedando-se a autotutela. Foi proposto e consolidado um modelo sedizente mais racional em substituição à força entre as partes, tudo assentado em respostas exclusivamente estatais. A sanção não se aplica de imediato, há necessidade de um processo penal como instrumento para a aplicação da lei penal *lato senso* e para se coibir a autotutela,³ seja para absolver seja para condenar. No escólio de ROGERIO LAURIA TUCCI, é imprescindível a existência de processo (entendido como processo penal de conhecimento e caráter condenatório) em que, confrontado o *ius puniendi* do Estado com o *ius libertatis* do cidadão, tenha lugar, afinal, o julgamento, que imporá sanção se comprovada a culpa do acusado.⁴ Diferentemente do Direito Civil que é autoaplicável (eficácia direta e imediata) em sua quase totalidade, o Direito Penal necessita de um instrumental para a aplicação da sanção (preceito secundário

³ MISAKA, Marcelo Yukio. Os poderes instrutórios do juiz na investigação preliminar. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 323; PALAZZOLO, Massimo. **Persecução penal e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 122.

⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal** (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 165.

da norma penal incriminadora) em caso de cumprimento da norma (preceito primário).⁵ Dado esse caráter indireto da coação penal,⁶ o processo penal é “o caminho necessário para a pena”,⁷ ou, nas palavras de ROGÉRIO LAURIA TUCCI, a “indispensabilidade de jurisdicionalização da pena”.⁸

A imparcialidade guarda estreita relação com o sistema acusatório.⁹ No sistema de cariz inquisitório, naturalmente não há preocupação com a imparcialidade, porque há fusão de funções no julgador que investiga, acusa, conduz a causa e a julga. Nesse contexto, sendo o acusado mero objeto de investigação, “de certa forma desaparece o cidadão; ou pode desaparecer”.¹⁰ Já no sistema de viés acusatório, o juiz afasta-se das funções de investigar e acusar e, nesse quadro, a imparcialidade se mostra como elemento estruturante, porque, nessa outra realidade, há necessidade de um terceiro alheio aos interesses das partes para aplicar o direito.

⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60-62. Na mesma linha de instrumentalidade, afirmando que há uma “íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo”, ver: BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003, p. 111.

⁶ TUCCI, Teoria... op. cit., p. 166.

⁷ LOPES JUNIOR, **Fundamentos...** op. cit., p. 62. Geraldo Prado afirma que “se o juízo de partida de toda investigação penal é a incerteza, afirmada pela presunção de inocência, e a punição apenas estará legitimada quando superado este estado de incerteza, o tipo de ‘processo’ adequado constitucionalmente é aquele que se caracteriza por viabilizar o conhecimento da infração penal e sua autoria em um esquema lógico e jurídico que esteja apto a apoiar a decisão em um determinado contexto de ‘verdade’”. PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVEIRA, Edson Damas da. **Prova Penal**: Estado Democrático de Direito. 2015. Florianópolis: Empório do Direito; Rei dos Livros. 2015, p. 16.

⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 18.

⁹ “De fato, a preocupação, ao se delimitar o núcleo e princípios informador de cada sistema, deve girar em torno do binômio sistema processual/imparcialidade, sem jamais esquecer que esta última é assegurada no modelo acusatório, sacrificada no inquisitório”. In: RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 57. Ver também: “Assim, a cisão das funções de acusar e julgar é uma garantia básica para que se possa falar em imparcialidade e daí o fundamento de um órgão voltado para a acusação (o Ministério Público) que é uma ‘parte fabricada’ para salvaguardar a imparcialidade do magistrado”. In: LOPES JUNIOR, **Fundamentos...** op. cit., p. 151.

¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; AZEVEDO, Gabriella Saad (Orgs.). **Observações sobre a propedêutica processual penal**: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, v. 2, p. 126. Ferrajoli afirma que: “Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei *inquisitório* todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação de provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa. Está claro que aos dois modelos são associáveis sistemas diferentes de garantias, sejam orgânicas ou procedimentais: se o sistema acusatório favorece modelos de juiz popular e procedimentos que valorizam o contraditório como método de busca da verdade, o sistema inquisitório tende a privilegiar estruturas judiciárias burocratizadas e procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz, compensados talvez pelos vínculos das provas legais e pela pluralidade dos graus de juízo (instâncias)”. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 519-520.

LUIGI FERRAJOLI sustenta que a separação entre juiz e acusação é, de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, “por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros”. Segundo o autor, a garantia da separação representa uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa e é “a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, um pressuposto do ônus da contestação e da prova atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais do juízo”.¹¹

O juiz está sujeito à lei e não a “solidariedades ambíguas, uniões ou confusões entre as funções judicantes e postulantes”.¹² Para LUIGI FERRAJOLI, o juiz imparcial se posiciona externamente em relação aos sujeitos da causa e ao sistema político e é estranho aos interesses defendidos pelas partes. Sua função é decidir a controvérsia que é chamado a resolver, prolatando, ao final, qual, a seu juízo, é verdadeira e qual é falsa.¹³

Ainda segundo o jurista italiano, o juiz deve ostentar três perfis da imparcialidade: a) equidistância, que é o afastamento do juiz dos interesses das partes em causa; b) independência à sua exterioridade ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes; c) naturalidade à determinação de sua designação e à determinação das suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo.¹⁴ Para tanto, são necessárias as garantias orgânicas. Assim, em sua visão, só haverá imparcialidade se houver “separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer a sua separação institucional dos outros poderes do Estado e por outro lado a difusão da função judiciária entre sujeitos não dependentes um do outro”.¹⁵

Do asseverado, todo imputado tem direito a ser julgado por um juiz imparcial. De forma geral, o conceito de imparcialidade invoca a ausência de pré-juízos, de um terceiro estranho ao conflito em causa e *supra partes*. É qualidade “essencial à condição de juiz”.¹⁶

¹¹ FERRAJOLI, **Direito...** op. cit., p. 522. Essa visão, chamada de tradicional por uma parte da doutrina, é criticada por entender que não basta a separação das atividades de acusar, julgar e defender. Para tal corrente, além da separação das funções, exige-se, para garantir a imparcialidade do julgador, seu afastamento das atividades investigatória e instrutória. Ver: LOPES JUNIOR, **Fundamentos...** op. cit., p. 157. Já para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, na ideia de sistema, deve-se levar em conta um princípio unificador. Assim, os sistemas acusatório e inquisitório são compreendidos pelo seu núcleo de gestão da prova e dos princípios dispositivo (iniciativa probatória exclusiva das partes para o sistema acusatório) e inquisitivo (atividade probatória pelo magistrado no sistema inquisitório). *In*: COUTINHO, **Introdução...** op. cit., p. 28.

¹² FERRAJOLI, **Direito...** op. cit., p. 537.

¹³ *Ibid.*, p. 534.

¹⁴ *Ibid.*, p. 534.

¹⁵ *Idem.* Rui Ritter destaca que tão importante quanto à independência externa (relacionada às influências de outros poderes ou de outros setores), necessária também a independência interna (ligada ao próprio Poder Judiciário, especialmente das instâncias superiores). RITTER, **Imparcialidade...** op. cit., p. 67.

¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 313.

Na lição de GIULIO UBERTIS, a imparcialidade do juiz se refere especificamente à função desempenhada, de modo que a ausência de vínculos com as partes é necessária, assim como a indiferença em relação aos interesses conflitantes e a falta de preconceitos inerentes ao *thema decidendi*.¹⁷ Daí advém o conceito de “*terzietà*”¹⁸ do órgão jurisdicional que se refere “à colocação de equidistância entre as partes e, mais, super partes, do juiz no contexto da estrutura processual, devendo encontrar-se em uma posição que garanta sua estranheza aos deveres do acusado e da defesa, sem confusão de papéis entre partes e juiz”.¹⁹

Assim, o processo penal, entendido aqui como segunda fase da persecução penal,²⁰ constitui-se de um *actum trium personarum*, composto de sujeitos parciais (partes; no processo penal, a acusadora e a defensiva) e um imparcial (juiz) desinteressado em relação às partes.

LUIGI FERRAJOLI estabelece, entre seus dez axiomas do sistema garantista (SG), o de número A8 como o seguinte: *nullum iudicium sine accusatione*.²¹ Entende-se por esse axioma o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação, supondo “a configuração do processo como relação triangular entre três sujeitos, dos quais duas partes

¹⁷ Tradução livre de: “*si riferisca peculiarmente alla funzione svolta, per la quale sono necessarie l’assenza di legami con le parti, l’indifferenza riguardo agli interessi in conflitto e dunque al risultato della disputa, la mancanza di pregiudizi inerenti al thema decidendi*”. UBERTIS, Giulio. **Sistema di Procedura Penale: I principi generali**. 4. ed., Milano: Giuffrè Editore, 2017, p. 142.

¹⁸ O conceito de *terzietà* proposto pela doutrina italiana indica a imparcialidade como alheamento do julgador em relação às atividades das partes. O juiz posiciona-se como um terceiro indiferente às pretensões das partes, cujo interesse deve limitar-se à aplicação do Direito objetivo ao caso concreto. Nesse sentido: MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 80 e 113; LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal e sua conformidade...** op. cit., p. 403. Aury Lopes Junior defende que: “O juiz-no-mundo não é neutro, mas pode e deve ser imparcial, principalmente se compreendermos que a imparcialidade é uma construção técnica artificial do direito processual, para estabelecer a existência de um terceiro, com estranhamento e em posição de alheamento em relação ao caso penal (*terzietà*), que estruturalmente é afastado. É, acima de tudo, uma concepção objetiva de afastamento, estrutural do processo e estruturante da posição do juiz”. In: LOPES JUNIOR, Aury. Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz. **CONJUR**, São Paulo, 11 jul. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁹ Tradução livre de: “*alla collocazione di equidistanza tra le parti, e anzi, super partes, del giudice nell’ambito della struttura processuale, dovendosi egli trovare in una posizione, che – pure por gli aspetti di ordenamento giudiziario – garantisca la sua estraneità alle funzioni sia dell’accusa che della difesa, senza confusione di ruoli tra parti e giudice*”. In: UBERTIS, **Sistema...** op. cit., p. 143.

²⁰ Neste trabalho, entende-se por persecução penal um todo do qual são partes a investigação (de caráter preliminar e informativo) e a fase processual (instrutória e contraditória). Portanto, para os fins deste trabalho, entende-se o devido processo em uma feição constitucional de acepção larga, dividindo-se a persecução penal em duas fases, quais sejam, a investigativa e a processual. Persecução penal é gênero e se inicia com o primeiro ato investigativo, finalizando com uma decisão judicial com trânsito em julgado. No Código de Processo Penal de 1941, a persecução penal se divide em duas fases: investigação preliminar presidida, via de regra, pela Polícia Judiciária, e a fase processual, sob o comando do Poder Judiciário. O marco divisório entre as fases é a acusação formal que, se recebida, dá início à fase propriamente processual.

²¹ FERRAJOLI, **Direito...** op. cit., p. 91.

em causa e um terceiro super partes: o acusador, o defensor e o juiz”.²² O juiz, assim, deve se manter distanciado dos interesses perseguidos pelas partes.

A imparcialidade é “princípio supremo do processo”²³ e “núcleo duro do devido processo legal”,²⁴ inerente à própria ideia de jurisdição, já que inconcebível o retrocesso de cumulação de funções de acusar e julgar em um único ente; ou mesmo que se associem em um acerto de propósitos, mesmo que em separação de instituições. A ideia de jurisdição está indissociavelmente ligada à de juiz imparcial,²⁵ na medida em que, “se o processo é um meio de heterocomposição de conflitos, é fundamental que o terceiro, no caso, o juiz, seja imparcial, isto é, não parte”.²⁶

Leciona GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ:

Entretanto, é difícil responder à indagação: O que significa ser um juiz imparcial? Ou talvez fosse melhor formular uma pergunta menos pretenciosa: O que não torna o juiz parcial? Se não é possível saber, exatamente, o que é ser um juiz imparcial, é possível, por outro lado, identificar situações que permitem temer ou suspeitar pela parcialidade do julgador. Cabe ao legislador, na medida do possível, prever estas hipóteses e vedá-las (por exemplo, casos de impedimento e suspeição do juiz) ou, no mínimo, criar condições para que não possam operar.²⁷

Aqui é importante destacar que há conceitos afins, mas que não se confundem com imparcialidade. Citam-se: a) neutralidade; b) independência; c) *impartialidad*; d) impessoalidade.

É inviável exigir neutralidade na prestação jurisdicional.²⁸ Cada julgador tem sua história, suas concepções políticas, sua visão de mundo e um contexto social e histórico e tais embasamentos podem refletir na forma como interpretam a lei.²⁹ O juiz não é, portanto,

²² FERRAJOLI, *Direito...* op. cit., p. 535.

²³ ALONSO, Pedro Aragonés. **Proceso y derecho procesal**. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997, p. 127. Em igual sentido: MAYA, André. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz das garantias. São Paulo: Atlas, 2011, p. 113-117.

²⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 115.

²⁵ RITTER, **Imparcialidade...** op. cit., p. 66-73.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 50.

²⁷ Idem.

²⁸ Ruiz Ritter discorre que, no atual estágio de conhecimento, “falar em neutralidade pressupõe ignorar os estudos da psicanálise e da fenomenologia, primordialmente, que há muito denunciaram a inseparável relação do homem com seu meio social”, porque “(...) como ser humano comum o julgador jamais conseguirá se afastar de sua subjetividade para conduzir o processo”. RITTER, **Imparcialidade...** op. cit., p. 70. No mesmo sentido, explica Thimoty Capurso que decisões judiciais são afetadas pela visão do juiz de política pública e pela personalidade de cada juiz que proferiu a decisão. Movimentos políticos, econômicos, culturais e sociais, aliados com o temperamento individual do juiz, seus impulsos pessoais e experiências ao longo da vida, criam uma predisposição pela qual certos juízes tendem a chegar em certas decisões. Nunca pode haver um juiz sem predisposições ou preconceitos. In: CAPURSO, Thimoty J. How judges judge: Theories on Judicial Decision Making. *University of Baltimore Law Forum*, v. 29, n. 1, Article 2, Fall 1998, p. 6-7.

²⁹ BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 50.

a mera boca da lei preconizada por MONTESQUIEU, mas, ainda que dele não se possa esperar neutralidade, deve-se exigir que, processualmente, não se comporte de maneira a favorecer ou prejudicar quaisquer das partes e nem de forma a que o jurisdicionado venha a desconfiar da isenção do julgador, pois urge que os juízes “conscientes da impossibilidade de serem neutros, se abstenham de julgar, reconhecendo-se impedidos ou suspeitos, todas as vezes que seus pré-juízos ou pré-conceitos coloquem em risco sua condição de terceiro equidistante das partes”.³⁰ Dessa forma, não se desconhecendo a natureza humana do julgador,³¹ a imparcialidade se torna “um limite aos prejuízos que a subjetividade individual pode trazer para o processo”.³²

GABRIEL DIVAN define neutralidade como “elemento anímico, subjetivo-psicológico da pessoa do julgador (absolutamente suprajurídico, portanto)”, enquanto que no conceito de imparcialidade invoca a terceridade (*terzietà*) que “tem caráter processual relativo ao alheamento do julgador em relação às partes da causa e ao que nela é debatido”.³³

Segundo ANDRÉ MACHADO MAYA, carece de sentido a pretensão de se alcançar um juízo neutro, “isento de todo o tipo de influências, como se fosse possível falar desde lugar nenhum”, porque “toda fala, toda a sentença, é proferida desde um *locus*, um local de fala”.³⁴

Assim, é preciso ter claro que neutralidade não se confunde com imparcialidade. Se é inviável adentrar na *psique* do julgador, controlá-la e afastar o indivíduo que habita no magistrado, por outro este tem o dever de zelar por sua imparcialidade, elemento estruturante

³⁰ BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 51. No mesmo sentido: LORA, Deise Helena Krantz. **Subjetividade e imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant lo Banch, 2019, p. 147-149. Para André Machado Maya, impõe-se diferenciar imparcialidade e neutralidade, sendo essa uma “utópica abstração subjetiva, um completo isolamento do ser em relação ao contexto social em que está inserido”, sendo, portanto, “inalcançável ao homem e, como tal, ao julgador”. In: MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 113.

³¹ Rodrigo Dório Dantas defende que o estado natural de todo sujeito é, inicialmente, a parcialidade para tomada de decisões. Afirma que o mesmo fenômeno se dá para os julgamentos “dada a estrutura inconsciente do julgador, estrutura que implica em ter um Estado Natural de Parcialidade pela relação de transferência/contratransferência decorrente das relações vinculares afetivas que o formaram. Os julgadores, como todos os demais sujeitos do inconsciente, também seriam naturalmente parciais. Diante de tudo isso, conseguir constituir um Estado Mínimo de Imparcialidade passaria, obrigatoriamente, por um processo psíquico complexo e, muitas vezes, desgastante. Processo no qual é necessária essa ciência do julgador, a de que será afetado, ao menos inicialmente, pelos seus vínculos afetivos formativos. A partir dos sentimentos surgidos no contato com a causa, deverá ir, cada vez mais, distanciando-se – não da causa, não das partes, mas desses sentimentos iniciais –, a fim de atingir um Estado Mínimo de Imparcialidade”. In: DANTAS, Rodrigo D’Orio. **A imparcialidade no divã: por que árbitros e juízes são naturalmente parciais?** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 123.

³² RITTER, **Imparcialidade...** op. cit., p. 72.

³³ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2010, p. 61.

³⁴ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 61.

no processo penal acusatório e controlável, empenhando-se para afastar suas crenças, interesses e subjetividades próprias na definição da causa.

Avancemos para a “independência”, conceito diverso da imparcialidade mas a este complementar, pois “a independência é uma garantia de que o juízo possivelmente será imparcial”.³⁵ GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ assevera que apesar de os conceitos não se confundirem, a independência é condição necessária (embora não suficiente), para que se possa ter imparcialidade.³⁶ Diferencia, ainda, a independência externa da independência interna. A primeira condiz com a independência do Poder Judiciário perante os demais poderes de Estado, enquanto a segunda situa-se no âmbito do próprio Poder Judiciário, com uma hierarquia de derrogação (pela possibilidade de reforma da decisão do órgão judiciário inferior), mas jamais hierarquia de mando, estando os juízes livres e independentes para julgar conforme interpretam a lei, ainda que contrariamente ao posicionamento do Tribunal.³⁷

Assim, a independência reforça uma decisão imparcial, já que livre de pressões para decidir de uma forma ou de outra, o julgador terá maior tranquilidade para decidir o caso da maneira que entende correta e legal, não estando obrigado a “decidir conforme deseja a maioria”³⁸, apreciando livre e motivadamente os fatos e provas lhes apresentadas.

A imparcialidade também não é sinônimo de *imparcialidad*, essa relacionada à ideia de não ser parte.³⁹ Por certo que o fato de não ser parte conduz à imparcialidade, à ausência de interesse pessoal na resolução da causa de forma determinada, ao alheamento esperado daquele que se posiciona supra partes. Cada sujeito processual tem um papel delimitado na

³⁵ SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 87.

³⁶ BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 49-50.

³⁷ Ibid., p. 48-49. No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44-45; GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo, 2014, p. 276.

³⁸ “Então, no Estado Democrático de Direito, se o juiz não está obrigado a decidir conforme deseja a maioria, qual é o fundamento da independência do Poder Judiciário? O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal”. In: LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 70.

³⁹ RITTER, **Imparcialidade...** op. cit., p. 73.

persecução penal e juiz que se posiciona como parte⁴⁰ ou torce para um determinado resultado⁴¹ é suspeito.

A imparcialidade igualmente se distingue da “impessoalidade”. Aquela, reforçemos, é atributo inerente ao juiz⁴² que, como terceiro desinteressado e alheio às partes da relação processual, aplica o direito ao caso concreto. É considerada a “base e o elemento diferenciador da atividade jurisdicional em relação aos demais poderes”.⁴³ Por outro lado, de administradores exige-se a impessoalidade, princípio constitucional consagrado no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, da Autoridade Policial e do Ministério Público não se exige imparcialidade e sim impessoalidade. Por impessoalidade entende-se uma atuação de maneira a não prejudicar ou favorecer uma pessoa específica, nem tampouco o agir de forma seletiva ou orientada por pré-conceitos de quaisquer naturezas. Deve-se agir sem qualquer vinculação a um resultado pré-estabelecido diante da pessoa que se quer investigar ou incriminar, coletando todos os dados relevantes, sem olhar a quem ou se positivos para confirmar ou infirmar a tese persecutória. Deve-se preservar também os elementos de informação que favoreçam, inclusive, o imputado (investigado, suspeito, indiciado ou acusado). Precisa o Delegado ou o representante do Ministério Público pautarem suas condutas de forma exauriente, buscando todas as linhas investigativas para uma determinada situação, apresentando um trabalho investigativo e acusatório, respectivamente, de qualidade e eficiência.

ANTONIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO diferencia impessoalidade de imparcialidade ao definir a impessoalidade como princípio da Administração Pública (art.

⁴⁰ “(...) [N]o direito positivo brasileiro o juiz que exerce função de parte é suspeito. Constatado o desvio funcional, fica caracterizada a suspeição pelas hipóteses dos incisos II e/ou IV do art. 145 do CPC, devendo ser desfeito o ato praticado pelo juiz e remetidos os autos ao substituto legal”. *In*: SOUZA, Diego Crevelin de. **Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**. CARVALHO FILHO, Antônio; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Coord.). **Coleção devido processo legal 2**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 144.

⁴¹ Nesse sentido, o Projeto de novo Código de Processo Penal, redação dada pelo Substitutivo de 26/04/2021, estipula uma nova hipótese de suspeição: “art. 80. Em caso de suspeição, o juiz poderá ser recusado pelas partes. § 1º Há suspeição do juiz que manifestar parcialidade na condução do processo ou no julgamento da causa ou quando: (...) VI - tiver interesse no julgamento da causa em favor de uma das partes”. *In*: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8045 de 2010**. Substitutivo de 26 de abril de 2021. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1998270&filename=SBT+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁴² Giulio Ubertis afirma que a imparcialidade é natural à definição da figura do juiz: “Che l’imparzialità giurisdizionale sia un carattere del quale potrebbe affermarsi, quase per definizione, la connaturalità alla stessa qualità di giudice sembra un enunciato indiscutibile”. UBERTIS, **Sistema...** op. cit., p. 141.

⁴³ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. *In*: **Revista da Ajuris**, v. 34, n. 108, p. 167-182, dez. 2007, p. 167; MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 114. Em sentido contrário, defendendo que a imparcialidade não é uma característica exclusiva do Poder Judiciário e que o princípio da impessoalidade recomenda a imparcialidade no âmbito do direito administrativo: SOUZA, **A parcialidade...** op. cit., p. 49-50.

37, da CF) que se reflete para todos os funcionários públicos “[S]abidamente obrigados a assegurar a todas as pessoas tratamento isonômico, ‘lastreado na exigência de um máximo de objetividade no trato da coisa pública’. Todavia, o desrespeito à imparcialidade pode reverberar como violação à impessoalidade, por parte do funcionário público, cuja vontade sobrepôs-se à lei.”

Prossegue o autor ao definir, por sua vez, a imparcialidade judicial como “[Q]ualidade essencial do Poder Judiciário, inerente à função de realizar a justiça por meio do conhecimento do fato e da aplicação do Direito, que se exterioriza por atos do juiz, praticados sem preconceito, vínculo com o resultado do processo judicial ou desequilíbrio no tratamento dos sujeitos do processo⁴⁴.

Feita essa necessária distinção de conceitos afins, os quais não são objetos centrais deste trabalho, voltemos à nossa preocupação quanto à imparcialidade.

Embora não haja na Constituição Federal de 1988 uma previsão expressa da garantia a um juiz imparcial, tal ideia decorre da concepção de devido processo legal⁴⁵ (art. 5º, LIV, da CF), como princípio estruturante⁴⁶ da própria concepção de processo, pois “juiz parcial é uma contradição em termos”.⁴⁷

Ainda que assim não se entendesse, o art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988 acolhe princípios fixados por tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é

⁴⁴ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Imparcialidade da jurisdição**: problemas contemporâneos do processo penal. São Paulo: Singular, 2018, p. 54.

⁴⁵ “(...) Essa inserção, assim como toda a Magna Carta, representou histórica limitação do poder real por força da norma escrita. Politicamente, até nossos dias, segue sendo essa a utilidade da cláusula do devido processo legal: fazer com que a atuação do Estado, em sua atividade persecutória ou em sua atividade punitiva, sofra limitações em face dos direitos e garantias dos cidadãos. Ao ente público (pouco importa se integrante do Executivo, Legislativo ou Judiciário) não é dado descumprir, violar ou deixar de prestar algo que a lei determine ‘devido’ ao cidadão. Se o Estado assume para si o monopólio da função de julgar e aplicar pena, não pode deixar de cumprir esse mister segundo as regras de um atuar justo e predefinido em lei. No aspecto político, ainda, cabe observar que a palavra ‘devido’ da cláusula ‘devido processo legal’ indica que alguém deve e alguém é credor de um processo legítimo e previamente previsto em lei e, pela origem histórica e aplicação juspolítica que sempre se fez dessa cláusula, resta inegável que é o Estado que deve a seus cidadãos um processo que seja legalmente previsto e, em última análise, justo para cada situação concreta”. FRANCO, Alberto Silva; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. O princípio do devido processo legal. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 240.

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios e Garantias Constitucionais.” In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord). **A renovação processual penal após a constituição de 1988**: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1-21. p. 1-2. MAYA, **Imparcialidade**... op. cit., p. 115.

⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial**: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011., p. 343-363. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 12 abr. 2022.

parte. Logo, o art. 8.1 da CADH é expresso em garantir “um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela”.⁴⁸ O direito a um “Tribunal imparcial” é assegurado, também, pelo art. 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.⁴⁹ Assim, dúvidas não há de que a imparcialidade é garantia integrante de nosso sistema jurídico, com *status superior à legislação ordinária*⁵⁰ e, também, decorrente do devido processo legal como norma constitucional mater (art. 5º, LIV, da CF).

Nosso sistema processual penal deve primar pelo devido processo legal. A preocupação com a imparcialidade é fundamental, pois havendo dúvidas não se pode cogitar de um processo justo. A fim de garantir o exercício jurisdicional imparcial, a Constituição Federal prevê prerrogativas e garantias que permitem tanto ao juiz o exercício de seu mister de forma serena, como também ao jurisdicionado a segurança de um julgamento legítimo.

2.1.1. Garantias constitucionais para o exercício jurisdicional imparcial

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 previu extenso rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão. Houve uma escolha política por uma ampla gama de direitos e garantias fundamentais, o que demonstra o empenho do Constituinte de romper com o paradigma antidemocrático de redução das liberdades impostas ao povo brasileiro com a Constituição Federal de 1967 e os Atos Institucionais que se seguiram e, ao mesmo tempo, alinhar-se com as nações democráticas que firmaram tratados internacionais de direitos humanos. Havia, à época da Assembleia Nacional Constituinte, um forte

⁴⁸ O Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Em seu art. 1º, assentou-se o cumprimento, pelo Brasil, da CADH. A CADH foi internalizada no sistema jurídico nacional, como norma de caráter suprallegal (com status superior à legislação ordinária), consoante decisão do Supremo Tribunal Federal. STF. **Rext. n. 466.343/SP**, Relator: Min. Cezar Peluso, DJ: 22/11/2006. Ver também STF (2. Turma). **HC n. 90.172/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJ: 05/06/2007. Para compreender as correntes discutidas à época: “Acrescente-se que, além da concepção que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia constitucional (concepção defendida por este trabalho) e da concepção, que, ao revés, confere aos tratados status paritário à lei federal (posição majoritária do STF), destacam-se outras duas correntes doutrinárias. Uma delas sustenta que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supra-constitucional, enquanto que a outra corrente defende a hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal dos tratados de direitos humanos”. *In*: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 91.

⁴⁹ O Pacto Internacional de Direito Cívico e Político integra o ordenamento jurídico nacional, tendo sido promulgado internamente por meio do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Desde então, o Brasil comprometeu-se com a implementação e proteção dos direitos fundamentais previstos no Pacto.

⁵⁰ A preocupação com a imparcialidade é sentida igualmente na Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 10. Toda pessoa tem direito em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial) e no art. 6.1 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950 (“qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial”).

compromisso de cisão com os paradigmas autoritários até então vigentes e de aproximação do Brasil a um perfil mais democrático e respeitador dos direitos humanos, que se incorporaram como direitos fundamentais da nação.⁵¹

Daí porque a Constituição Federal de 1988, dentre as classificações apontadas pela doutrina, é considerada analítica,⁵² por se mostrar extensa e prolixa, pretendendo abarcar vários direitos e garantias fundamentais, visando a afastar a mancha de tempos de sujeição do cidadão ao arbítrio estatal. Era preciso revalorizar e dignificar a pessoa humana. Com isso, um punhado de direitos humanos, os quais já eram realidade internacionalmente, foram incorporados em nosso ordenamento jurídico.

Destaca-se, dentro da miríade de direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, dentre aqueles aplicáveis ao processo penal e mais voltados aos fins deste trabalho, a importância da garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e do juiz natural (art. 5º, XXXVII). Mas de nada adiantaria a previsão dessas garantias se não houvesse igual preocupação com a figura do juiz, concedendo-lhe prerrogativas que tranquilizassem seu espírito no desenvolvimento sereno de seu mister. No próximo tópico, trabalharemos conceitos igualmente importantes, que de forma correlata e integrada, visam a garantir um exercício jurisdicional imparcial.

2.1.1.1. Garantias funcionais do Poder Judiciário como mecanismo assecuratório de independência

Como já explicado,⁵³ independência e imparcialidade são conceitos complementares: assegurar o primeiro é reforçar o segundo.

A Constituição Federal de 1988 não dispõe expressamente sobre o princípio da independência do juiz, porém elenca as prerrogativas da vitaliciedade (art. 95, I), da inamovibilidade (art. 95, II) e da irredutibilidade de vencimentos (art. 95, III), instituídas para assegurar a independência e a imparcialidade dos juízes (art. 95, *caput*, da CF). Com isso, objetivou que interferências ou influências externas e internas não possam pressionar a

⁵¹ Sobre o tema da inserção de direitos humanos internacionalmente consagrados, após a Revolução Militar de 1964, na atual Constituição da República de 1988, ver: ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 187-192.

⁵² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 10.

⁵³ Cfr. item 2.1 supra.

decisão judicial, assegurando não só uma garantia ao cidadão de um julgamento isento como também ao julgador a tranquilidade para desenvolver seu mister.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, em linhas gerais, explica que a vitaliciedade implica que o juiz somente poderá ser afastado do cargo por vontade própria e apenas perderá o cargo por sentença judiciária ou aposentadoria compulsória ou disponibilidade. Já a inamovibilidade condiz com a permanência do juiz no cargo para o qual foi nomeado, não podendo ser removido, salvo a pedido ou por razões de interesse público por decisão da maioria absoluta do Tribunal. Por sua vez, a irredutibilidade de subsídios se relaciona com a proibição de redução do subsídio como forma de pressão, ressalvadas as hipóteses previstas na Constituição.⁵⁴

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ alerta que tais prerrogativas não podem ser encaradas como privilégios, mas sim com caráter rigorosamente instrumental, como meio de oferecer uma prestação jurisdicional efetivada por agentes imparciais.⁵⁵ É, assim, uma “prerrogativa da instituição judiciária, não da pessoa do juiz”.⁵⁶

A Constituição, ao prever tais garantias funcionais do Judiciário, acompanhou tratados internacionais de direitos humanos que enfatizam a garantia de julgamento por um Tribunal independente e imparcial. Nesse sentido, já se posicionavam a Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu art. 10;⁵⁷ o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 14.1;⁵⁸ a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 8.1;⁵⁹ os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial⁶⁰ e a Convenção

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 598.

⁵⁵ BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 50.

⁵⁶ SILVA, **Curso...** op. cit., p. 597.

⁵⁷ “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial”. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁵⁸ “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias, por um Tribunal competente, independente e imparcial”. BRASIL. Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8716, 7 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁵⁹ “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁶⁰ “A independência judicial é um pré-requisito do estado de Direito e uma garantia fundamental de um julgamento justo. Um juiz, conseqüentemente, deverá apoiar e ser o exemplo da independência judicial tanto no seu aspecto individual quanto no aspecto institucional”. Nações Unidas (ONU). Escritório Contra Drogas e

Europeia de Direitos Humanos, art. 6.1.⁶¹ Portanto, o juiz deve atuar livre de pressões internas oriundas da própria estrutura do Poder Judiciário e de pressões externas dos demais Poderes da nação.

Nos tempos atuais, contudo, deve socorrer-se das citadas prerrogativas constitucionais de sua função para também se manter livre e independente frente à pressão da mídia quando esta coloca-se a produzir, por interesses próprios, os denominados “julgamentos paralelos.”⁶² Não se pode descurar nossa cultura hodierna, que MARIO VARGAS LLOSA nominou de “civilização do espetáculo”, ou seja, uma cultura do grande público, voltada ao sucesso comercial, com a proliferação de meios de comunicação que informam, mas também visam ao entretenimento, à diversão das massas para saciar à exata demanda do público.⁶³ A liberdade de informação, a transparência e o próprio controle popular das decisões judiciais em uma democracia, conduzem a uma maior exposição dos julgamentos do magistrado, o que pode colocá-lo em uma situação de desassossego ante a opinião pública, pondo em risco a independência do julgador.⁶⁴

Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial** Trad. Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁶¹ “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”. UNIÃO EUROPEIA. **Convenção europeia dos direitos do homem**. Strasbourg: ECHR, [s/d]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁶² BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 29.

⁶³ VARGAS LLOSA, Mario. **A Civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 47-51.

⁶⁴ No sentido de que um juiz deve agir sem se preocupar com a aclamação popular ou com a crítica: “28. Um caso pode excitar a controvérsia pública com larga repercussão na mídia e o juiz pode estar no que pode ser descrito como o olho da tempestade. Algumas vezes o peso da publicidade pode tender consideravelmente em direção a um resultado desejado. Todavia, no exercício da função judicial o juiz deve estar imune aos efeitos de tal publicidade. Um juiz não deve considerar se as leis a serem aplicadas ou os litigantes perante a corte são ou não populares com o público, a mídia, funcionários governamentais ou amigos ou família do próprio juiz. Um juiz não deve se influenciar por interesses partidários, clamor público ou medo de críticas. A independência judicial protege a independência de todas as formas de influência externa”. *In*: Nações Unidas. Escritório Contra Drogas e Crime. **Comentários...** op. cit., p. 49.

2.1.1.2. Garantia do juiz natural como mecanismo assecuratório ao jurisdicionado a um julgamento imparcial

O “juiz natural” é garantia prevista no art. 8.1 da CADH⁶⁵ e foi expressamente inserida na Constituição Federal de 1988 ao dispor que as partes não devem ser processadas e julgadas por juízo ou Tribunal de exceção (art. 5º, inciso XXXVII, da CF)⁶⁶ e que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, inciso LIII, da CF), observando-se o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF). Ela prevê, ainda, que, no caso de medidas cautelares pessoais (prisões preventiva e temporária), “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente” (art. 5º, LXI). Caberá habeas corpus para afastar a ilegalidade decorrente de prisão ordenada por juiz incompetente (art. 648, III, do CPP).

Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCA FERNANDES, o princípio do juiz natural “é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível”. Sustentam que se trata de “verdadeiro pressuposto de existência do processo”.⁶⁷

A ideia central intrínseca é a garantia de um julgamento imparcial, impedindo a manipulação e designação de julgador posteriormente à ocorrência do fato,⁶⁸ com vistas a beneficiar ou prejudicar o imputado. Conforme leciona GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “a garantia do juiz natural é teleologicamente voltada para assegurar a imparcialidade do

⁶⁵ Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁶⁶ Para Vicente Greco Filho, a “instituição do órgão jurisdicional deve ser anterior aos fatos, de forma que, quando ocorram, já seja possível indicar o tribunal que decidirá a questão. O juiz natural, ademais, por força do princípio da isonomia, não deve ser destacado para casos determinados, mas naturalmente ter a competência para todos os que ocorrerem nas mesmas condições na circunscrição de sua atuação”. GRECO FILHO, **Manual...** op. cit., p. 45. Para Ada Pellegrini Grinover, existe, portanto, uma “proibição de subtrair o julgamento do juiz constitucionalmente competente”. GRINOVER, **Princípios...** op. cit., p. 9. Para Luigi Ferrajoli, essa garantia orgânica significa três coisas diferentes ainda que entre si conexas: a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*; a impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências, ou seja, de impossibilidade de alteração discricionária das competências judiciárias, e a proibição de juízes extraordinários e especiais, este último uma garantia de igualdade, satisfazendo o direito de todos a ter os mesmos juízes e mesmos procedimentos. FERRAJOLI, **Direito...** op. cit., p. 543.

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scaranca. **As nulidades no processo penal**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 41.

⁶⁸ BONATO, **Devido...** op. cit., p. 141. No mesmo sentido: COUTINHO, **Introdução...** op. cit., p. 38-40; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 157.

jugador”.⁶⁹ Portanto, a previsão da garantia do juiz natural é mais um mecanismo que assegura ao jurisdicionado o direito de ser julgado por um juiz imparcial.

O juiz natural é aquele que, segundo as regras abstratas de competência, é identificável ao tempo da prática delitiva, isto é, quando da prática do crime, o autor já sabe quem é o juiz competente para julgá-lo. “Não pode o réu escolher por quem quer ser julgado, nem o Estado designar determinado julgador para o caso concreto, mas é a lei e a Constituição que determina a competência”.⁷⁰ Desta forma, cada um tem o direito de ser julgado pelo “seu juiz”,⁷¹ e ninguém pode ser subtraído ao seu juiz constitucional e legalmente competente,⁷² por normas previstas antes da prática da conduta a ser julgada.

Tal conceito impede manipulações, artifícios jurídicos de organização judiciária e a designação de juízes específicos para atuar na persecução penal, com promoções ou remoções direcionadas para colocação ou exclusão de juiz com uma determinada linha de trabalho. Para evitar isso, a Constituição dispõe quanto à já citada garantia da inamovibilidade do juiz (art. 95, II, da CF), forma de assegurar sua independência profissional. Ainda, no art. 93, incisos II, VII e VIII, prevê rígidos critérios objetivos de promoção e remoção de magistrado; tudo na tentativa de evitar a escolha direcionada de juízes.⁷³ Igual transparência e previsibilidade se exige quanto aos juízes substitutos, com critérios objetivos e definidos antecipadamente, sob pena de designação arbitrária de juiz específico para atender finalidades estabelecidas por quem o designou ou evitar uma linha de trabalho indesejada com a remoção de um juiz que não atende às expectativas da cúpula do Tribunal.⁷⁴

A garantia do juiz natural se difunde por toda a persecução penal, abarcando, por conseguinte, também a fase da investigação preliminar.⁷⁵ GIULIO UBERTIS defende a necessidade de juiz pré-constituído para cada momento da persecução, inclusive na fase de investigação. Nesse sentido, o autor sustenta que a disposição constitucional não vale apenas para as “fases de julgamento e execução, mas inclusive para a investigação preliminar,

⁶⁹ BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 54.

⁷⁰ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2006, p. 124. Em igual sentido: BONATO, **Devido...** op. cit., p. 141.

⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília. a. 45, n. 179, p. 165-178, jul./set. 2008.

⁷² GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, **As nulidades...** op. cit., p. 43.

⁷³ A Resolução n. 106, de 06/04/2010 dispõe sobre critérios objetivos para promoção por merecimento. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 106, de 06 de abril de 2010.** Dispõe sobre critérios objetivos para promoção por merecimento. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/168>> Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷⁴ Nesse sentido: BONATO, **Devido...** op. cit., p. 146-147.

⁷⁵ BADARÓ, **Juiz...** op. cit., p. 238.

garantindo que em todo momento processual o órgão jurisdicional que intervém é o natural e preestabelecido por lei”.⁷⁶

No caso específico dos fins deste trabalho, como será visto com maior profundidade,⁷⁷ tal garantia tem incidência na forma de nomeação do magistrado atuante na investigação, cuja vaga deve ser provida por rígidos critérios constitucionais e previstos no Regimento Interno do Tribunal. Caso atuem juízes substitutos, são imprescindíveis prévios, claros e transparentes critérios definidores da forma de designação. Caso contrário, a designação pode ficar ao alvedrio da cúpula do Tribunal, o que fere a garantia do juiz natural, pois passível de manipulação *post factum*.

O regime legal de competência é aquele “vigorante no momento em que o crime foi praticado” e é definido “segundo todos os critérios de competência, sejam previstos na Constituição, sejam definidos em leis ordinárias e nas leis de organização judiciária”.⁷⁸

Desta forma, se houver intervenção do juiz na fase pré-processual, este deve verificar se tem competência para atuar naquela situação específica, exercendo, desde já, verdadeiro controle sobre a higidez de sua própria autorização legal para atuar. Deve, assim, verificar, pelos critérios de fixação de competência ao tempo da prática do ato delituoso, se é o juiz correto para atuar no caso. Tal análise é importante para evitar discussões futuras sobre incompetência⁷⁹ que, segundo o sistema originário do CPP de 1941, por força de prevenção seguirá em eventual fase processual.⁸⁰

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ leciona que, diante de vários atos praticados durante a investigação para os quais é necessária atuação jurisdicional, tem se admitido que seja ofertada a exceção de incompetência na fase de investigação preliminar, pois “o ordenamento não pode se comportar de forma diversa, com relação à imparcialidade, conforme se trate de ato jurisdicional a ser praticado na fase de investigação ou durante o processo”.⁸¹

⁷⁶ “*Inoltre, giova notare che la previsione costituzionale opera non solo per le fasi del giudizio e dell’esecuzione, ma anche per quella delle indagini e dell’udienza preliminari, garantendo che in ogni momento procedurale l’organo giurisdizionale che vi interviene sia naturale e precostituito per legge*”. In: UBERTIS, **Sistema...** op. cit., p. 151.

⁷⁷ Cfr. item 5.5.4.2, infra.

⁷⁸ BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 57-58.

⁷⁹ No que respeita à incompetência constitucional, sustentando uma nova leitura do art. 564, I, do CPP, pela não existência de nulidade, mas sim inexistência dos atos praticados pelo juiz incompetente: GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, **As nulidades...** op. cit., p. 45.

⁸⁰ O art. 3º-D do CPP, introduzido por força da Lei n. 13.964/2019, que acrescenta nova hipótese de impedimento judicial, encontra-se com a eficácia suspensa, por força da liminar concedida pelo Min. Luiz Fux na ADI n. 6.298. Assim, ainda hoje vigora a previsão originária do CPP de 1941, de prevenção do juiz que atuou na investigação.

⁸¹ BADARÓ, **Juiz...** op. cit., p. 236.

Percebe-se, então, quão grande foi a preocupação do legislador constitucional ao prever ferramentas assecuratórias da independência e da imparcialidade do juiz, que se aplicam inclusive na atuação na fase investigativa, de forma a garantir um devido processo penal constitucional.

No próximo tópico, veremos como a legislação concretiza a preocupação com a imparcialidade e como a jurisprudência trata a temática da suspeição e impedimento do magistrado.

2.2. O TRATAMENTO DA SUSPEIÇÃO E DO IMPEDIMENTO NA LEGISLAÇÃO E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

Passa-se à análise dos dispositivos legais que pretendem dar proteção à imparcialidade. Conforme ensina FREDIE DIDIER JUNIOR, as hipóteses de impedimento são “presunções legais de parcialidade. São situações que apontam, clara e objetivamente, a parcialidade do Juiz” ao passo que as hipóteses de suspeição são “indícios de parcialidade”,⁸² ou seja, “o legislador apenas sugere a incidência de certa desconfiança nesses casos”.⁸³ Segundo LUÍS FERNANDO DE MORAES MANZANO, nos casos de impedimento, a lei considera o juiz parcial. Há presunção absoluta (*juris et de jure*) de parcialidade, razão pela qual o juiz *não pode* jurisdicionar. Já nos casos de suspeição, há dúvida e presunção relativa de imparcialidade, mas que admite prova em contrário, razão pela qual o juiz *não deve* jurisdicionar.⁸⁴

Na atual sistemática, o legislador elegeu três situações de vícios de capacidade subjetiva do julgador, quais sejam, impedimento, suspeição e incompatibilidade.

As situações de impedimento do magistrado na esfera criminal decorrem de presunção absoluta de perda da imparcialidade objetiva. É “vedação insuperável, um verdadeiro obstáculo intransponível que, de todas as formas, proíbe o juiz de exercer sua função jurisdicional no processo”.⁸⁵ Não se dá por vínculo afetivo seu com algum outro participante da relação processual, mas sim por vínculo indevido ao objeto do processo.

⁸² DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 672-675.

⁸³ STJ. **RHC 37.813/SP**. Relator: Ministro Ribeiro DJ: 02/08/2018, DJe 15/08/2018.

⁸⁴ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 423-424.

⁸⁵ FRIEDE, Reis. **Vícios na capacidade subjetiva do julgador**: do impedimento e da suspeição do magistrado (no processo civil, penal e trabalhista). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 54.

Trata-se de relações viciadas no interior do processo, ou seja, com o seu conteúdo.⁸⁶ Ocorrida a subsunção às hipóteses legais, conseqüentemente considera-se abalada a imparcialidade.

As hipóteses de suspeição, diferentemente do impedimento, são causas subjetivas de afastamento do juiz de determinado feito. A perda da imparcialidade não decorre da ligação do juiz com o objeto do processo, mas sim um vínculo com as pessoas que nele figuram que pode acarretar em perda de sua imparcialidade, ou com situações fora do processo que afetam subjetivamente sua postura⁸⁷ ou, ainda, um interesse entre o julgador e a matéria em debate.⁸⁸ Considerando que possa haver uma infinidade de vínculos subjetivos com aptidão de colocar em xeque a imparcialidade do julgador, valeu-se o legislador da utilização de conteúdo aberto e conceitos indeterminados e subjetivos, que demandam interpretação.

Já as causas de incompatibilidades (art. 112 do CPP) provêm de graves razões de conveniência não incluídas entre os casos de suspeição ou impedimento, que impedem o magistrado, de maneira inconciliável, de julgar com serenidade.⁸⁹ Como o legislador não previu um rol casuístico de incompatibilidades, há quem defenda que aqui se incluiriam, por exemplo, as recusas do juiz sob o fundamento de razões de foro íntimo, bem como situação em que o cônjuge do juiz tenha sido ouvido como testemunha no processo que deve julgar.⁹⁰

⁸⁶ Nesse sentido: VIEIRA, Renato Stanzola. Título VIII: do juiz, do ministério público, do acusado e defensor, dos assistentes e auxiliares da justiça. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.). **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters. 2018, p. 489.

⁸⁷ Nesse sentido: VIEIRA, Título VIII... op. cit., p. 496. Na jurisprudência: “Suspeição ocorre quando há vínculo do juiz com qualquer das partes (CPP, art. 254). Impedimento configura-se quando há interesse do juiz com o objeto do processo (CPP, art. 252)”. STF. HABEAS CORPUS: HC 77.622-6. Relator Ministro Nelson Jobim. DJ: 17/11/1998. **Diário de Justiça da União**, 29 out. 1999, p. 2.

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 676.

⁸⁹ Nesse sentido: BARROS, Marco Antonio de. **Processo Penal: da investigação até a sentença**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 201; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. rev. de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraivam 2012, p. 685; FRIEDE, **Vícios**... op. cit., p. 47.

⁹⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas. 2018, p. 465-466.

Reconhecido algum vício de capacidade subjetiva, haverá absoluta nulidade⁹¹ (arts. 101 e 564, I, CPP e art. 146, § 7º, do CPC).⁹²

No quadro abaixo, na coluna à esquerda são arroladas as atuais hipóteses legais de impedimento previstas no Código de Processo Penal. Dado que é permitida a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como suplemento dos princípios gerais de direito (art. 3º do CPP), também é possível invocar, ao juiz penal, as vigentes causas de impedimento

⁹¹ O tema não é pacífico. Há discussões sobre as consequências da ocorrência do vício subjetivo, ora se reconhecendo a inexistência ora nulidade absoluta ou relativa. Na doutrina, entendendo que, uma vez reconhecida a perda da imparcialidade em função de suspeição, impedimento ou incompatibilidade, é caso de nulidade absoluta e não de inexistência, porque a imparcialidade não é requisito de existência do ato, mas sim de sua validade: VIEIRA, Título VIII... op. cit., p. 488; BARROS, **Processo...** op. cit., p. 201; MANZANO, **Curso...** op. cit., p. 423; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 409. Já para Renato Brasileiro de Lima, a atuação de juiz suspeito é causa de nulidade absoluta, enquanto que a de juiz impedido cuida-se de vício de maior gravidade, que acarreta a própria inexistência do ato jurídico. In: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 167. Para Nucci, o impedimento gera inexistência dos atos praticados, enquanto a suspeição gera nulidade relativa. In: NUCCI, **Código...** op. cit., p. 672-676. Na jurisprudência mais recentemente a 2ª Turma do STF, por maioria, concedeu a ordem em habeas corpus, determinando a anulação de todos os atos decisórios praticados pelo magistrado suspeito no âmbito da Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, incluindo os atos praticados na fase pré-processual. STF (2. Turma). **HC 164.493/PR**. Relator: Min. Edson Fachin. DJ: 23/03/2021. Porém, há julgados entendendo que há nulidade relativa: “(...) 2. A presunção de parcialidade nas hipóteses de suspeição é relativa, pelo que cumpre ao interessado argui-la na primeira oportunidade, sob pena de preclusão. Precedente. 3. (...) . 5. Ordem denegada. STF (1. Turma). HC 107.780/BA. Relator: Min. Carmém Lúcia – julgado em 13.09.2011”.

⁹² “O tribunal decretará a nulidade dos atos do juiz, se praticados quando já presente o motivo de impedimento ou de suspeição”.

previstas no Código de Processo Civil⁹³ (coluna da direita), até porque ontologicamente não há diferença de julgador.⁹⁴

Quadro 1 - Quadro comparativo entre as hipóteses de impedimento previstas no CPP de 1941 e CPC de 2015.

Hipóteses de impedimento no CPP de 1941	Hipóteses de impedimento no CPC de 2015
art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:	art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:
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;	I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;
II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;	II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;
III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;	III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

⁹³ Nesse sentido: “3. Interpretação extensiva em conformidade com o Código de Processo Civil. Sem prejuízo da análise das normas de impedimento previstas no CPP e sua interpretação à luz da Constituição Federal (recepção) e do Código Civil (acomodação no que tange aos parentescos e seu tratamento jurídico), o advento do novo CPC traz a necessária interpretação extensiva ao rol do art. 252 do CPP. Já se viu que o rol não é exaustivo e, com o advento do novo CPC, deve-se voltar os olhos, uma vez mais, à proteção contra a parcialidade do juiz e, se for o caso, amoldar-se a situação concreta verificada no processo penal à eventual omissão do legislador processual penal de 1941 que tenha sido suprida pelo legislador processual civil de 2015. O fundamento legal para tal percurso interpretativo expresso é o do art. 3º do CPP”. VIEIRA, Título VIII... op. cit., p. 489. No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1318. Na jurisprudência: “Embora se afirme que a enumeração do art. 254, do Código de Processo Penal, seja taxativa, a imparcialidade do julgador é tão indispensável ao exercício da jurisdição que se deve admitir a interpretação extensiva e o emprego da analogia diante dos termos previstos no art. 3º do Código de Processo Penal”. STJ (6. Turma). **REsp 245.629/SP**. Relator: Min. Vicente Leal, DJ 01/10/2001. **Em sentido contrário**, pela inadmissibilidade de analogia e integração com o CPC: “Sem embargo, em análise ulterior, firmou-se a percepção de que a aplicação subsidiária da regulamentação de uma dada matéria pelo Código de Processo Civil só é cabível quando o próprio Código de Processo Penal não dispõe a respeito dela. No caso em apreço, tem-se que as causas de impedimento e suspeição do julgador estão reguladas expressamente nos artigos 252 e 254, respectivamente, do Código de Processo Penal, razão pela qual não há espaço para integração, pela via da analogia permitida no art. 3º do CPP, das regras do CPC. Como se sabe, a analogia é técnica de colmatagem de lacunas. Só tem sentido quando a lei de regência, no caso CPP, silencia a respeito do tema. Aí, diante da ausência de regra legal, utiliza-se das regras do CPC como regulamentação da matéria. Tem-se, no caso, hipótese regulada no próprio Código de Processo Penal, que taxativamente expõe as hipóteses de suspeição, não contemplando a hipótese então aventada”. STF (Decisão monocrática). **Rcl 23.457/PR – 2º Ag-Reg na Reclamação**. Relator: Min. Edson Fachin, DJ: 23.02.2017.

⁹⁴ Nesse sentido: “A imparcialidade que se espera do magistrado há de ser a mesma, independentemente da natureza da *lide* em questão”. In: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 1318.

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.	IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;
	V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;
	VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;
	VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;
	VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;
	IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

Fonte: Elaborado pela autora.

Não divergem muito as hipóteses de impedimento previstas no Código de Processo Penal Militar,⁹⁵ com a ressalva de que, em seu parágrafo único do art. 37, expressamente se considera inexistentes os atos praticados por juiz impedido.⁹⁶ Também, na essência, não houve substanciais alterações das hipóteses previstas no revogado Código de Processo Civil de 1973⁹⁷ quando comparado ao vigente Código de Processo Civil de 2015. As diferenças

⁹⁵ “Impedimento para exercer a jurisdição. Art. 37. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: a) como advogado ou defensor, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar de justiça ou perito, tiver funcionado seu cônjuge, ou parente consanguíneo ou afim até o terceiro grau inclusive; b) ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; c) tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; d) ele próprio ou seu cônjuge, ou parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau inclusive, fôr parte ou diretamente interessado”. *In*: BRASIL. Decreto-lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. **Diário Oficial**, Brasília, DF, suppl., 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De11002.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁹⁶ Art. 37: “(...) Inexistência de atos: Parágrafo único. Serão considerados inexistentes os atos praticados por juiz impedido, nos termos deste artigo”. *In*: Idem.

⁹⁷ “Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I - de que for parte; II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa”. *In*: BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial**, Brasília,

merecedoras de destaque são as inserções do membro do Ministério Público e do defensor público, como postulantes equiparados ao advogado, assim como a ampliação do grau de parentesco, tanto em linha reta quanto na colateral, abarcado pela vedação legal.

Ainda, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, cite-se, como exemplo, a previsão da Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. As hipóteses de impedimento e suspeição são mais limitadas que as previstas na esfera judicial.⁹⁸ Destaca-se seu art. 18 que traz, como uma das causas de impedimento, a atuação em processo administrativo de servidor ou autoridade que: I - tenha interesse direto ou indireto na matéria, tratando-se de “norma aberta, onde poderá se incluir inúmeras outras hipóteses de parcialidade do dito servidor ou autoridade que não forem enquadradas nas demais hipóteses expressamente previstas”.⁹⁹ Observe-se que essa lei, publicada em 1999, já previa uma hipótese de impedimento sequer cogitado no âmbito do processo penal e que só é objeto de previsão semelhante em 2015, no novo CPC, como veremos na sequência, nas hipóteses de suspeição. O legislador nacional age em desarmonia e assistematicamente, munindo até julgamentos administrativos com mais garantias de um julgamento imparcial que a esfera de privação de liberdade do processo penal.

Voltando ao Código de Processo Penal de 1941, são quatro as situações de impedimento. O seu art. 252, incisos I e IV, traz situações de impedimento em decorrência de uma relação familiar. Demandam uma releitura constitucional e também à luz do Código Civil de 2002, pois se impõe a leitura da expressão “cônjuge” de forma mais abrangente para também englobar nas hipóteses de impedimento a constituição de entidade familiar igualmente decorrente de união estável e relações homoafetivas.

A hipótese do inciso IV implica intuitivo impedimento incompatível com o sistema acusatório. A interpretação do art. 252, IV, primeira parte, do CPP conduz no sentido de que

DF, p. 1, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁹⁸ Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I - tenha interesse direto ou indireto na matéria; II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro. art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstenendo-se de atuar. Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares. art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau. BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 1, 1 fev. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁹⁹ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Inibições processuais**: Abstenção, Impedimento e Suspeição no Processo Civil, Processo Administrativo e Arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011, p. 232.

somente há impedimento se o magistrado e parentes ali indicados forem partes, especificamente, no processo penal em que o magistrado exercer a atividade jurisdicional. Quanto ao art. 252, IV, *in fine*, há impedimento do juiz quando ele (“ninguém pode ser juiz em causa própria”¹⁰⁰) ou as pessoas a ele vinculadas possuem interesse direto no resultado do processo, o que ocorre nas situações em que os efeitos positivos da coisa julgada da seara penal repercutam, de maneira imediata, em relação jurídica material cível do magistrado ou das descritas pessoas a ele vinculadas.¹⁰¹

A hipótese do art. 252, inciso II, CPP trata do impedimento causado por exercício de uma prévia atividade na persecução penal. Se o Magistrado desempenhou, no caso apurado, papéis de outros sujeitos processuais especificados no inciso I, antes de investido de jurisdição ou, ainda, testemunhou sobre o fato, não terá imparcialidade para julgar o caso.¹⁰² Não se mostra aceitável que o juiz que anteriormente tenha atuado na causa, porém em outra função, possa agora vir a julgá-la. Nesse sentido, o STJ considerou que o magistrado que atuou no mesmo processo como membro do Ministério Público (e, nessa condição, requisitou a instauração de inquérito policial), e posteriormente veio a receber a denúncia como juiz da causa, enquadra-se na hipótese de impedimento em tela.¹⁰³

Nesse caso específico, o STJ entendeu que houve quebra da imparcialidade e da estrutura acusatória pois, quem suspeita da ocorrência de um fato delituoso e requisita a instauração de uma investigação, não pode, depois, de forma isenta receber a denúncia na condição de juiz do processo.

Por sua vez, o inciso III, do art. 252, do CPP traz previsão de impedimento em decorrência de intervenção na mesma causa, porém em grau de jurisdição distinto. Ocorrerá

¹⁰⁰ Nações Unidas. Escritório Contra Drogas e Crime. **Comentários...** op. cit., p. 76.

¹⁰¹ Do julgado, extrai-se, como exemplos de tais efeitos: “(...) em estado de litispendência ou não, seja em decorrência de sentença penal absolutória, com fundamento na prova de que o réu não concorreu para o fato, da inexistência do fato, ou da presença de causas justificantes reais (CPP, art. 386, I, IV, e VI, primeira parte, c/c arts. 65, 66 e 67), ou da norma individual do caso concreto constante da sentença penal condenatória, bem como seu efeito extrapenal (CP, art. 91, I, c/c CPP, art. 387, IV, c/c arts. 63 e 64)”. STJ (5. Turma). **RHC 57.488/RS**. Relator: Min. Ribeiro Dantas. DJ: 07/06/2016, DJe 17/06/2016.

¹⁰² Nesse sentido: “Se o magistrado, por alguma razão, tiver atuado, anteriormente à investidura, como advogado, promotor, delegado, auxiliar da justiça ou perito, bem como tiver servido como testemunha, no processo, deve dar-se por impedido. Aliás, essa é uma das hipóteses mais flagrantes de parcialidade, pois é ilógico exigir-se de alguém que atue diferentemente de posição anteriormente assumida”. *In*: NÚCCI, **Código...** op. cit., p. 647. No mesmo sentido: “O art. 252, II, do CPP, presume a perda da imparcialidade do magistrado caso ele mesmo tenha desempenhado, anteriormente, no mesmo feito, as funções de defensor, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito. Basta supor hipótese em que, antes de ser aprovado no concurso para magistratura, o juiz tivesse atuado como autoridade policial nas investigações do delito sob julgamento. É evidente que sua prévia atuação na fase investigatória colocaria em xeque sua imparcialidade para o julgamento do feito, daí por que deve se declarar impedido, ou, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes”. *In*: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 1315.

¹⁰³ STJ. **HC 42.952/MS**. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. DJ: 18/08/2005.

quando o juiz, após apreciar determinada questão, volte a apreciar a mesma causa, porém em outro grau de jurisdição, o que implicará seu impedimento por já ter se pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão. Segundo EUGÊNIO PACELLI, é necessária para configuração dessa hipótese que a prática do ato anterior tenha conteúdo decisório e não de simples movimentação processual, sem maiores consequências.¹⁰⁴

Ainda no campo dos impedimentos, nos juízos coletivos (nos tribunais) não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes (art. 253, CPP), prevendo o legislador a possível influência que o parentesco poderá gerar no espírito dos julgadores. Assim também nos procedimentos do Tribunal do Júri, são impedidos de servir no mesmo Conselho de Sentença os parentes especificados no art. 448 do CPP.

Esse é o atual estado legislativo sobre as hipóteses de impedimento do magistrado na esfera processual penal. Observe-se que as hipóteses atualmente vigentes no CPP não sofreram (até a Lei n. 13.964/2019) qualquer alteração desde sua redação original de 1941.

No Projeto de reforma global do CPP, mantêm-se as mesmas quatro hipóteses de impedimento. A única alteração substancial ocorreria no inciso III, com uma nova redação, para estipular que haveria impedimento quando “- tiver funcionado como juiz de outra instância, tendo atuado decisoriamente ou na instrução”.¹⁰⁵ Ou seja, para além de ter se pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão, decidindo-a, também fica impedido o juiz que instruiu o feito.

A Lei n. 13.964/2019, por sua vez, trouxe duas novas hipóteses de impedimento. A primeira, prevista no art. 3º-D do CPP,¹⁰⁶ cuja eficácia encontra-se suspensa por força de decisão liminar proferida pelo Min. Luiz Fux nas ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, que tramitam no STF. A segunda, inserida no § 5º, do art. 157 do CPP, proibindo que o juiz que conheça do conteúdo da prova declarada inadmissível profira sentença ou acórdão. Ambas situações serão pormenorizadamente analisadas mais adiante.¹⁰⁷

No que tange à suspeição, no próximo quadro, vê-se um comparativo entre as atuais hipóteses dispostas no CPP de 1941 (coluna da esquerda) e as previstas no CPC de 2015 (coluna da direita) que, por força do art. 3º do CPP, também podem ser invocadas na atuação

¹⁰⁴ PACELLI, Curso... op. cit., p. 462. No mesmo sentido: “Desse modo, o simples fato de o magistrado deprecado, em atendimento a carta precatória, determinar a oitiva de testemunha de defesa não constitui situação capaz de atrair a incidência da hipótese de impedimento prevista no art. 252, inciso III, do CPP. STF (1. Turma). **RHC 179272 SP**. Relatora: Min. Rosa Weber. DJ:09/02/2021.

¹⁰⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8045/2010**. Substitutivo de 26 de abril de 2021.. op. cit..

¹⁰⁶ art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

¹⁰⁷ Cfr. itens 5.5.2 e 6.1.2 infra.

do juiz criminal. Como ver-se-á abaixo, a mais recente legislação processual civil prevê hipóteses de suspeição mais ampliativas, de maneira que entender que tais hipóteses não são aplicáveis ao processo penal implicaria reconhecer que a proteção na esfera patrimonial deveria ser maior que àquela protetiva de liberdades e direitos fundamentais.

Quadro 2 – Quadro comparativo entre as hipóteses de suspeição previstas no CPP de 1941 e CPC de 2015.

Hipóteses de suspeição no CPP de 1941	Hipóteses de suspeição no CPC de 2015
art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:	art. 145. Há suspeição do juiz:
I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;	I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;
II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;	II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;
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;	III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;
IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;	IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.
V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;	§ 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.
VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.	

Fonte: Elaborado pela autora.

As hipóteses previstas no CPP comparativamente não divergem, na essência, das hipóteses de suspeição do CPPM.¹⁰⁸ À mesma conclusão chegamos na comparação entre as

¹⁰⁸ “Casos de suspeição do juiz. art. 38. O juiz dar-se-á por suspeito e, se o não fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: a) se fôr amigo íntimo ou inimigo de qualquer delas; b) se êle, seu cônjuge, ascendente ou descendente, de um ou de outro, estiver respondendo a processo por fato análogo, sôbre cujo caráter criminoso haja controvérsia; c) se êle, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim até o segundo grau inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; d) se êle, seu cônjuge, ou parente, a que alude a alínea anterior, sustentar demanda contra qualquer das partes ou tiver sido

causas de suspeição previstas no revogado CPC 1973¹⁰⁹ e o vigente CPC de 2015, que sofreram poucos ajustes e que, na essência, repetiu as causas de suspeição previstas na revogada legislação. Destaca-se apenas uma: agora, além de amigo íntimo ou inimigo da parte, estendeu-se tal situação também ao advogado.

São seis as hipóteses de suspeição previstas no CPP de 1941. A primeira delas (art. 254, I, CPP) relaciona-se com a suspeição decorrente de relação pessoal de amizade íntima¹¹⁰ ou inimizade figadal¹¹¹ não somente entre as partes, mas, agora com a previsão do art. 145, I, do CPC, também em relação aos advogados e representante do Ministério Público que

procurador de qualquer delas; e) se tiver dado parte oficial do crime; f) se tiver aconselhado qualquer das partes; g) se ele ou seu cônjuge fôr herdeiro presuntivo, donatário ou usufrutuário de bens ou empregador de qualquer das partes; h) se fôr presidente, diretor ou administrador de sociedade interessada no processo; i) se fôr credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes. Suspeição entre adotante e adotado. art. 39. A suspeição entre adotante e adotado será considerada nos mesmos têrmos da resultante entre ascendente e descendente, mas não se estenderá aos respectivos parentes e cessará no caso de se dissolver o vínculo da adoção. Suspeição por afinidade art. 40. A suspeição ou impedimento decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe deu causa, salvo sobrevivendo descendentes. Mas, ainda que dissolvido o casamento, sem descendentes, não funcionará como juiz o parente afim em primeiro grau na linha ascendente ou descendente ou em segundo grau na linha colateral, de quem fôr parte do processo. Suspeição provocada. art. 41. A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz, ou de propósito der motivo para criá-la.” *In*: BRASIL. Decreto-lei n. 1.002... op. cit.

¹⁰⁹ “art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo”. *In*: BRASIL. Lei n. 5.869... op. cit.

¹¹⁰ “(...) II - A amizade íntima destacada no art. 254, inciso I, do Código de Processo Penal é a intensa convivência, familiaridade e intimidade, a estreita proximidade, o profundo vínculo de bem-querença. Desse modo, a mera simpatia ou admiração e respeito profissional e intelectual, indicados em dedicatórias de obras acadêmicas, existentes entre o Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, autoridade excepta, e o ex-Juiz Sérgio Fernando Moro, não preenchem a hipótese de suspeição apontada”. STJ. **AgRg no HC 533831/PR**. Relator: Min. Felix Fischer, DJ: 01/09/2020. Na doutrina: “Amizade íntima é o forte e seguro vínculo de fidelidade e afeição nascido entre pessoas, implicando convívio amiúde. Logo, não se consideram laços superficiais, coleguismo profissional ou escolar, contatos sociais em clubes, associações ou outros lugares típicos de convívio, cordialidade no trato, tampouco pura afeição, simpatia ou ternura. Fosse assim e os motivos de suspeição cresceriam em medidas desproporcionais à intenção da lei, que é a de evitar a atuação de magistrados efetivamente parciais na apreciação do caso”. *In*: NUCCI, **Código...** op. cit., p. 678.

¹¹¹ “1. A inimizade capital como causa de suspeição exige a comprovação de fatos indicativos de ódio, rancor, desejo de vingança de malquerenças humanas (AO 848-AP, Rel. Min. Néri da Silveira). 2. In casu, inexistente comprovação de ocorrência de situação comprometedora da imparcialidade do julgador, a ensejar a rejeição da arguição. 3. Agravo a que se nega provimento”. STF (Tribunal Pleno). **AS 98 AgR**. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 06/03/2020. Na doutrina: “Inimizade capital é a aversão contundente e inequívoca entre duas pessoas, implicando conhecimento geral ou, ao menos, em notoriedade parcial, que transcenda a terceiros. Não se concebe que dois indivíduos sejam inimigos capitais sem que ninguém saiba disso. Por outro prisma, não se incluem nessas situações meras rusgas, discussões calorosas, desentendimentos no ambiente profissional ou escolar, disputas ou competições esportivas ou em outros setores, tampouco antipatia gratuita. É fundamental base solidificada de atritos e mútuas agressões, físicas ou verbais, para que a aversão seja considerada profunda, logo capital. As decisões jurisdicionais que o magistrado tome contra o interesse das partes – decretando a prisão cautelar do réu ou indeferindo pedido nesse sentido feito pelo promotor, por exemplo, ainda que com fundamentação entusiasmada – não dá margem à inimizade, mormente capital”. *In*: NUCCI, **Código...** op. cit., p. 678.

atuam no feito. Não é qualquer amizade nem inimizade que justificam o afastamento do magistrado. A amizade deve ser muito próxima, enquanto a inimizade deve ser pública, recíproca e fundada em atritos e agressões mútuas, não bastando para afastamento do magistrado meras rugas ocorridas no âmbito profissional.¹¹²

No que concerne à amizade íntima, interessante discussão se trava no que concerne à quarentena imposta a magistrados que se aposentam e pretendem exercer a advocacia. O art. 95, parágrafo único, inciso V, da Constituição Federal, veda ao juiz “exercer a advocacia no juízo ou Tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração”. Tal situação abarca juiz e ex-juiz que trabalharam durante anos no mesmo Juízo ou em uma mesma Câmara e têm convivência constante e próxima, o que impede, para garantia da imparcialidade, que o juiz aposentado passe a atuar como advogado no Tribunal ao qual estava vinculado antes de três anos de sua aposentadoria. A norma tem por finalidade evitar a influência do ex-magistrado ou a exploração de prestígio, em relação a seus antigos colegas e servidores da unidade judiciária onde exerceu funções jurisdicionais.

Caso emblemático envolvendo discussão quanto inimizade capital foi o recente julgamento do *Habeas Corpus* n. 164.493/PR em que era paciente o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Os impetrantes pediam o reconhecimento da suspeição, com fundamento no artigo 254, inciso I, do CPP, ou, alternativamente, com base no artigo 145, inciso IV, do CPC cumulado com o artigo 3º do CPP. Na ocasião, por maioria de votos, a 2ª Turma do STF¹¹³ declarou a suspeição do ex-magistrado Sérgio Fernando Moro e anulou todos os atos decisórios praticados pelo ex-magistrado, no âmbito da Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (Triplex do Guarujá), incluindo os atos praticados na fase pré-processual. Sem expressamente declinar em qual das hipóteses legais o caso se subsumiu, a 2ª Turma reconheceu que a atuação do ex-magistrado foi parcial, pautado em sete fatos que denotaram a violação do dever de imparcialidade judicial.¹¹⁴

¹¹² DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 7. ed, rev. atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 831.

¹¹³ Posteriormente, o *habeas corpus* foi submetido ao Plenário e a ordem foi concedida por maioria (7 x 4), sem acórdão publicado até o presente momento. Os votos dos Ministros encontram-se em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5581966> Acesso em: 12 abr. 2022.

¹¹⁴ Os sete fatos que ensejaram o reconhecimento da parcialidade do ex-magistrados são os seguintes: “(i) Deferimento da condução coercitiva do paciente e de familiares seus, ocorrida em 4.3.2016, sem que tenha havido prévia intimação para oitiva pela autoridade policial; (ii) Autorização para a interceptação de ramais telefônicos pertencentes ao paciente, familiares e advogados antes de adotadas outras medidas investigativas; (iii) Divulgação, no dia 16.3.2016, do conteúdo de áudios captados em decorrência das interceptações telefônicas autorizadas; (iv) No momento histórico em que tais provimentos jurisdicionais foram exarados, pontuando os impetrantes que as principais figuras públicas hostilizadas pelos apoiadores do impedimento

Seguindo na análise das hipóteses legais de suspeição, o inciso II, do art. 254, CPP, abarca a suspeição decorrente de estar respondendo processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia. Aqui a imparcialidade pode ser questionada diante da “predisposição em decidir de determinada forma com vistas a favorecer as pessoas ali nominadas¹¹⁵ em processo semelhante”¹¹⁶, gerando algum precedente que lhe possa ser favorável.

Já a hipótese do inciso III, do art. 254, CPP, alberga a suspeição decorrente de interesse em causa diversa, ou seja, do fato de o magistrado ou seus parentes serem autor ou réu em uma demanda que tenha de ser julgada por qualquer das partes. Aqui igualmente não haverá isenção suficiente quando o julgador criminal tem diante de si um quadro em que, a depender da decisão por si proferida, pode haver alguma espécie de favorecimento ou revanchismo pelo julgador do outro processo.¹¹⁷

A previsão do inciso IV do art. 254, CPP, cuida da situação de aconselhamento, em que pode haver aproximação do juiz com a causa por força dos conselhos a um dos envolvidos. Segundo RENATO STANZIOLA VIEIRA, “É, em suma, o aconselhamento profissional de onde se possa extrair que o juiz conhece detalhes relevantes da causa e pode contribuir para seu deslinde.”¹¹⁸

Por fim, as hipóteses dos incisos V e VI do art. 254 do CPP cuidam de suspeição por questões de cunho econômico que tiram do juiz a imparcialidade para apreciar o caso. Atuaria, assim, não de forma desinteressada, mas guiado por interesses próprios de sua situação de credor ou devedor. Tratando-se de tutor ou curador, o que move o magistrado será defender o bom exercício do *munus*. O mesmo raciocínio se aplica quando se tratar de magistrado sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo, havendo risco de favorecer interesses pessoais, destacando-se que por alteração legislativa posterior

eram a ex-Presidente Dilma e o Paciente; (v) Condenação do paciente, reputada injusta pela defesa técnica, em sentença proferida no dia 12.7.2017; (vi) Atuação impeditiva ao cumprimento da ordem de soltura do paciente exarada pelo Desembargador Federal Rogério Favreto, no dia 8.7.2018, em decisão liminar proferida nos autos do HC 5025614-40.2018.4.04.0000; e (vii) Aceitação do convite feito pelo Presidente da República eleito no pleito de 2018 para ocupar o cargo de Ministro da Justiça, a indicar que toda essa atuação pretérita estaria voltada a tal desiderato”. STF. **HC 164.493/PR**... op. cit..

¹¹⁵ Aqui igualmente se faz necessária uma leitura à luz da Constituição e legislações posteriores que implicou a não distinção de direitos entre filhos naturais e adotivos e quanto à natureza da entidade familiar, seja em razão de vínculo de casamento, seja união estável ou decorrente de união homoafetiva.

¹¹⁶ VIEIRA, Título VIII... op. cit., p. 497.

¹¹⁷ “Imagine-se que a vítima de um estelionato, igualmente magistrado, seja o juiz do processo de separação judicial do filho do julgador do caso criminal. Não haverá isenção suficiente para absolver, se for preciso, o réu, sabendo que, posteriormente, seu descendente terá importante questão da vida decidida por aquele que ficou inconformado com a sentença proferida”. In: NUCCI, **Código**... op. cit., p. 681.

¹¹⁸ VIEIRA, Título VIII... op. cit., p. 497.

decorrente da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, é vedado ao magistrado a administração de sociedades.¹¹⁹

Da comparação com as previsões do CPC (que ao processo penal se aplicam por força do art. 3º do CPP¹²⁰), impõe destacar a do art. 145, IV, CPC. Trata-se de uma cláusula genérica de suspeição,¹²¹ invocável igualmente na seara criminal, já que, como dito, não há diferença de essência de um julgador criminal e cível, sobretudo em Comarcas iniciais quando as duas competências são concentradas em um único juiz. Percebe-se, no que tange às hipóteses de suspeição, que o tratamento do CPC é mais amplo que o CPP, ao expressamente trazer uma situação de parcialidade por atuação de forma interessada no julgamento do processo em favor de alguma parte.

Ora, quem tem interesse em um determinado resultado é a parte, esta quer sempre sagrar-se vitoriosa. Logo, sendo o juiz um terceiro desinteressado no resultado, não é dado ao juiz assumir tarefas acusatórias ou defensivas. Atividades instrutórias ou de promoção de atos são inerentes das partes, de maneira que quando o juiz age em substituição a elas perde a imparcialidade e a *imparcialidad*.¹²² Juiz que exerce função de parte é suspeito.¹²³

¹¹⁹ “Art. 36 - É vedado ao magistrado: (...) I - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista; II - exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração”. In: BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 3689, 14 mar. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹²⁰ Nesse sentido: “XI - Ainda quando se admita ser meramente exemplificativo o rol das hipóteses de suspeição elencadas no art. 254 do CPP, e, por conseguinte, se admita ser aplicável o art. 145, IV, do CPC c/c o art. 3º do CPP - suspeição por existência de interesse do magistrado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes -, a Defesa não logrou demonstrar cabalmente a existência ou o indício de existência de vínculo subjetivo do Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto com o resultado do processo, consubstanciado em algum interesse pessoal em que se alcançasse provimento jurisdicional de conteúdo contrário aos interesses do recorrente na Apelação Criminal n. 5021365-32.2017.4.04.7000/PR” STJ. **AgRg no HC: 533831 PR 2019/0278129-8**. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 01/09/2020. DJe: 09/09/2020. No mesmo sentido: “Embora se afirme que a enumeração do art. 254, do Código de Processo Penal, seja taxativa, a imparcialidade do julgador é tão indispensável ao exercício da jurisdição que se deve admitir a interpretação extensiva e o emprego da analogia diante dos termos previstos no art. 3º do Código de Processo Penal”. STJ. **REsp: 245629 SP 2000/0004959-0**. Relator: Min Vicente Leal, DJ: 11/09/2001.

¹²¹ Nesse sentido: “Por conseguinte, mais condizente com a interpretação teleológica da norma é concluir ser o rol de causas de suspeição do art. 254 meramente exemplificativo (Precedentes do STJ e STF). A conclusão igualmente é corolário de interpretação sistêmica da tutela processual, pois, se há cláusula geral de suspeição no âmbito processual civil, que não tutela a liberdade de locomoção, imperativo que a citada abrangência seja conferida às partes do processo penal. Diante da ausência de previsão legal expressa, de rigor a aplicação subsidiária, nos termos do art. 3º do CPP, da cláusula geral de suspeição do art. 135, V, do CPC (Novo CPC, art. 145, IV), para considerar a existência de suspeição nas hipóteses em que houver interesses exoprocessuais do magistrado no julgamento da causa”. STJ (5. Turma). **RHC 57.488/RS...** op. cit. Na doutrina, em igual sentido: “essa cláusula aberta pode envolver qualquer situação fática importante e é desejável, pois a Constituição Federal exige o juiz natural e imparcial”. In: NUCCI, **Código...** op. cit., p. 677.

¹²² Cfr. item 2.1, supra.

¹²³ Nesse sentido: “La verdadera imparcialidad, en tanto que desinterés subjetivo, no puede simplemente suponer que el titular de la potestade jurisdiccional no puede ser parte en el proceso de que está conociendo,

Atualmente, há uma carência legal, na seara criminal, de hipótese de suspeição de magistrado que, em ofensa ao sistema acusatório, assuma tarefas acusatórias ou defensivas. De *lege ferenda*, no projeto de reforma global do CPP, aliás, a hipótese contida no art. 145, IV, do CPC passaria, expressamente, a fazer parte do rol de suspeição também na esfera criminal.¹²⁴ Porém, a preocupação na legislação projetada vai além, para prever, em seu art. 80, § 1º, também como causa de suspeição: “art. 80. Em caso de suspeição, o juiz poderá ser recusado pelas partes. § 1º Há suspeição do juiz que manifestar parcialidade na condução do processo ou no julgamento da causa ou quando: (...) VI - tiver interesse no julgamento da causa em favor de uma das partes”. Nesse sentir, a nova previsão de uma cláusula aberta é mais um reforço para recusa de magistrado que se mostrar parcial, devendo o excipiente comprovar que o juiz praticou atos de parte e, com isso, distanciou-se da imparcialidade.

Apresentado o estado legal atual e projetado, passa-se à análise do tratamento dado pela jurisprudência dos tribunais de vértice (STF e STJ) para apurar se as hipóteses legais de suspeição e impedimento são taxativas (*numerus clausus*¹²⁵) ou exemplificativas (*numerus apertus*¹²⁶). Ainda, se o enfrentamento da questão pela jurisprudência é o adequado.

Por rol taxativo, também denominado de exaustivo, entende-se aqui uma lista determinada, sem possibilidade de outras interpretações. Ou a hipótese fática se subsume à previsão legal ou a regra não incide. Por rol exemplificativo, ao contrário, entende-se aquele que estabelece apenas alguns exemplos possíveis, permitindo-se a ampliação de uma lista

sino que implica, sobre todo, que el juez no sirve a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso, esto es, que su juicio há de estar determinado sólo por el correcto cumplimiento de la función que tiene encomendada, es decir, por la actuación del Derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena al ejercicio de esa función influya en la decisión”. In: AROCA, Juan Montero. **Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 187-188.

¹²⁴ Pela redação do PL 8045/2010, Substitutivo de 26/04/2021, as hipóteses de suspeição passariam a ser as seguintes: “art. 80. Em caso de suspeição, o juiz poderá ser recusado pelas partes. § 1º Há suspeição do juiz que manifestar parcialidade na condução do processo ou no julgamento da causa ou quando: I - mantiver relação de amizade ou de inimizade com qualquer das partes ou seu advogado; II - seu cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau, inclusive, for parte ou interessado em ação judicial que venha a ser julgada por qualquer das partes; IV - tiver aconselhado qualquer das partes; V - mantiver relação jurídica, econômica ou social com qualquer das partes, da qual se possa inferir risco à imparcialidade; VI - tiver interesse no julgamento da causa em favor de uma das partes. § 2º O juiz, a qualquer tempo, poderá declarar-se suspeito, inclusive por razões de foro íntimo. art. 81. A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida quando a parte deliberadamente der motivo para criá-la.”. In: Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8045/2010**. Substitutivo de 26 de abril de 2021.. op. cit..

¹²⁵ Expressão em latim que significa “número fechado”. Locução empregada para exprimir que a enunciação é enumerativa, não exemplificativa, e por isso não admite acréscimo. In: SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 593.

¹²⁶ Expressão em latim que significa “enumeração aberta, exemplificativa”. In: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Manual de linguagem jurídico-judiciária**. 6. ed. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2012, p. 125.

por interpretação. Assim, nessa situação, não é imprescindível a adequação perfeita da situação fática a uma das hipóteses legais.

Com relação à suspeição, encontra-se na doutrina¹²⁷ e na jurisprudência entendimento ora no sentido de que o rol do art. 254 do CPP é exemplificativo,¹²⁸ ora afirmando que se trata de rol taxativo.¹²⁹

A suspeição pode espontaneamente ser declarada pelo juiz, motivada (art. 97, CPP) ou imotivadamente, nesse caso quando invocar razões de foro íntimo (art. 3º, CPP e art. 145, § 1º, do CPC).

Interessante anotar que o Código Ibero-Americano de Ética Judicial dispõe que “[O] Juiz tem a obrigação de abster-se de intervir naquelas causas nas quais se veja comprometida a sua imparcialidade ou, nas quais um observador razoável¹³⁰ possa entender que há motivo

¹²⁷ Na doutrina, entendimento de que se trata de rol **exemplificativo**: VIEIRA, Título VIII... op. cit., p. 496; FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luís. A imparcialidade do juiz. In: ZANIN MARTINS, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael (Coord.). **O Caso Lula**: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 168; NUCCI, **Código**... op. cit., p. 676; FRIEDE, **Vícios**... op. cit., p. 56; DEZEM, **Curso**... op. cit., p. 829; LIMA, **Manual**... op. cit., p. 1315; GIACOMOLLI, **O devido**... op. cit., p. 276. Em sentido contrário, entendendo que se trata de rol **taxativo**: “A relação de impedimentos, suspeição e incompatibilidade estampada na lei não pode ser ampliada, seu rol é taxativo. Do contrário, ficaria o juiz submetido ao crivo das partes e não poderia exercer a jurisdição e aplicar o direito ao caso concreto com serenidade e imparcialidade, vez que estaria sujeito a todo tipo de manobras protelatórias ou de má-fé”. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 398.

¹²⁸ Quanto ao STF, em nossa pesquisa, não encontramos julgados afirmando que o rol da suspeição é exemplificativo. No STJ, entendimento de que se trata de rol exemplificativo: **5ª Turma**: STJ. **AgRg no HC 533.831/PR**. Relator: Min. Felix Fischer. DJ: 01/09/2020; STJ. **AgRg no REsp 1.857.774/RS**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJe de 30.06.2020; STJ. **RHC n. 57.415/SP**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 4/10/2018; STJ. **RHC 69.927/RJ**. Relator: Min. Jorge Mussi. DJ: 28/06/2016; STJ. **HC 352.067/SP**. Relator: Min. Jorge Mussi. DJ: 28/06/2016; STJ. **HC 294.573/PR**. Relator: Min. Arruda Raposos. DJ: 18.06.2015; STJ. **HC 331.527/MG**. Relator: Min. Jorge Mussi. DJe: 21/10/2015; STJ. **HC 279.008/RS**. Relator: Min. Jorge Mussi. DJe: 22/10/2014; STJ. **REsp 1.379.140/SC**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. DJ. 27.08.2013; STJ. **HC 172.819/MG**. Relator: Min. Jorge Mussi. DJ: 28/02/2012; STJ. **HC 146.796/SP**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ: 04/03/2010, DJe 08/03/2010. **6ª Turma**: STJ. **AgRg no REsp 1721429/SP**. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. DJ: 19/11/2019; STJ. **HC 324.206/RJ**, Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe: 17/8/2015.

¹²⁹No STF: **1ª Turma**: STF. **RHC 173226**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 14/06/2021; STF. **HC 71560**. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 27/09/1994; STF. **HC 68784**. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 01/10/1991. **2ª Turma**: STF. **RHC 131735**. Relator: Min. Cármen Lúcia. DJ: 03/05/2016; STF. **HC 114649**. AgR, Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 02/06/2015; STF. **HC: 77930 MG**. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ: 09/02/1999; STF. **HC 77930**. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ: 09/02/1999. Por outro lado, no STJ: **5ª Turma**: STJ. **AgRg no AREsp: 1673264 PR**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 04/08/2020; STJ. **HC 478.645/RJ**. Relator: Min. Ribeiro Dantas. DJe: 4/6/2019; STJ. **RHC 17.949/MG**. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ: 19/9/2005; STJ. **ED em AgRgAI 125.202**. Relator: Min. Gilson Dipp. DJ: 23.11.1999; **6ª Turma**: STJ. **HC 99.945/SP**. Relator: Min. Og Fernandes. DJe 17/11/2008; STJ. **HC 99.945/SP**. Relator: Min. Og Fernandes. DJe de 17/11/2008; STJ. **RHC 4.074a**, DJU 20/02/1995.

¹³⁰ “77. O anteprojeto de Bangalore se refere a uma ‘pessoa sensata, justa e informada’ que ‘pode acreditar’ que o juiz é inapto a decidir o problema imparcialmente. A presente formulação – ‘pode parecer a um observador razoável’ – foi obtida em consenso na reunião de Haia com base em que ‘um observador sensato’ seria tanto justo quanto informado”. Nos Princípios de Bangalore, extrai-se que o observador razoável fará um teste objetivo: “Razoável apreensão de parcialidade. O critério geralmente aceito para desqualificação é a razoável apreensão de parcialidade. Diferentes fórmulas têm sido aplicadas para determi-nar se há uma

para pensar assim” (art. 11). Ainda, “[O] Juiz deve tratar de evitar as situações que, directa ou indirectamente, justifiquem afastar-se da causa” (art. 12) e, ainda, “[A] imparcialidade de juízo obriga que o Juiz crie hábitos rigorosos de honestidade intelectual e de autocrítica” (art. 17).¹³¹

Também nos Princípios de Bangalore, estabeleceu-se que se um juiz não parece ser imparcial, “a confiança do público no Judiciário é erodida. Desse modo, um juiz deve evitar toda atividade que insinue que sua decisão pode ser influenciada por fatores externos, tais como relações pessoais do juiz com uma parte ou interesse no resultado do processo”. Assim, “Um juiz deve considerar-se suspeito ou impedido de participar em qualquer caso em que não é habilitado a decidir o problema imparcialmente ou naqueles em que pode parecer a um observador sensato como não-habilitado a decidir imparcialmente”¹³².

Contudo, soa perigoso e não condiz com a ideia de segurança jurídica e de tratamento isonômico aos jurisdicionados esperar que o magistrado se autodeclare não ter imparcialidade para atuar em determinado caso. Aguardar uma autodeclaração é confessar a impossibilidade de controle objetivo e externo. Além disso, a autodeclaração pode servir de válvula de escape para o magistrado não atuar em casos selecionados (v.g. encaminhando para o substituto casos mais complexos ou situações que não queira atuar, por qualquer motivação intrínseca em casos específicos), mudando o juiz natural da causa sem explicação suficiente ou racionalmente controlável, sobretudo porque, no caso de foro íntimo, não está obrigado a declarar as razões que geram suspeição.¹³³

Por isso, o ordenamento jurídico deve ter instrumentos suficientes para afastar julgador que não aparente imparcialidade. Assim, além da autodeclaração, pode quaisquer

apreensão de parcialidade ou prejulgamento. Elas passaram de ‘uma alta probabilidade’ de parcialidade para ‘uma real probabilidade’, ‘uma substancial possibilidade’ e ‘uma razoável suspeição de parcialidade. A apreensão de parcialidade deve ser uma apreensão razoável, possuída por uma pessoa razoável, justa e informada, aplicando-se ela mesma na questão e obtendo sobre isso a informação requerida. O teste é ‘o que poderia essa pessoa, vendo o problema realística e praticamente – e tendo ponderado a respeito – concluir. Poderia essa pessoa pensar que é mais provável que o juiz, quer consciente quer inconscientemente, não decidira de modo justo’. O observador razoável hipotético da conduta do juiz é demandado de ordem a enfatizar se o teste é objetivo, é fundado na necessidade de confiança pública no Judiciário e não é baseado puramente na análise de outros juizes da capacidade de trabalho de um colega”. *In*: Nações Unidas. Escritório Contra Drogas e Crime. **Comentários...** op. cit., p. 75.

¹³¹ Código Ibero-Americano de Ética Judicial. Disponível em: http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2009/08/codigo_iberico_americano.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹³² Nações Unidas. Escritório Contra Drogas e Crime. **Comentários...** op. cit., p. 75.

¹³³ A Resolução n. 82/2009 do CNJ determinava ao juiz de primeiro grau que declarasse seus motivos para suspeição por foro íntimo à Corregedoria de seu Tribunal. Para o magistrado de segundo grau, porém, as explicações eram endereçadas à Corregedoria Nacional de Justiça. Sobreveio o CPC de 2015, que passou a prever, em seu art. 145, § 1º, que o juiz pode declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões. Assim, a Resolução n. 250/2018 do CNJ, para adaptar-se à previsão legal, revogou aquela normativa anterior e, desde então, não há obrigatoriedade de declinar os motivos de foro íntimo.

das partes recusar o juiz, via incidente processual próprio, a exceção processual de suspeição ou de impedimento (art. 95, I, CPP) ou questionar a suspeição por meio de *habeas corpus*, quando independente de dilação probatória.¹³⁴

Para a corrente que defende tratar-se de rol exemplificativo, se a hipótese fática não encontrar perfeito enquadramento nas hipóteses do art. 254 do CPP, ainda assim é possível questionar a imparcialidade do juiz. A parte aduzirá as razões, acompanhadas de prova documental ou rol de testemunhas (art. 97, do CPP).

As situações legais de suspeição atualmente vigentes no CPP não sofreram qualquer alteração desde sua redação original de 1941 e não abarcam todas as possíveis situações de vínculo subjetivo do juiz, simplesmente porque não há como o legislador prever todas as situações fenomênicas em que se possa cogitar de parcialidade. A vida, como ela é, apresenta-se muito mais complexa e dinâmica que as meras seis previsões constantes no art. 254 do CPP ou as que, por força do art. 3º do CPP, podem ser invocadas do art. 145 do CPC. Assim, o excipiente que alegar a suspeição deverá comprovar, caso a caso, no que consiste a quebra da imparcialidade, o que pode não ser tarefa simples.¹³⁵

¹³⁴ “A alegação de suspeição ou impedimento de magistrado pode ser examinada em sede de habeas corpus quando independente de dilação probatória. É possível verificar se o conjunto de decisões tomadas revela atuação parcial do magistrado neste habeas corpus, sem necessidade de produção de provas, o que inviabilizaria o writ”. STJ (2 Turma). **HC 95.518/PR**. Relator: Min. Eros Grau, Redator do Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 28/05/2013, publicado em 19/03/2014. No mesmo sentido: “É possível o exame da alegação de parcialidade do magistrado em sede de Habeas Corpus se, a partir dos elementos já produzidos e juntados aos autos do remédio colateral, restar evidente a incongruência ou a inconsistência da motivação judicial das decisões das instâncias inferiores. Precedentes: STF (2. Turma). **RHC AgR 127.256**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe 1/3/2016; STF (2. Turma). **RHC 119.892**, Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe 1/10/2015; STF (2. Turma). **HC 77.622**, Relator: Min. Nelson Jobim. DJ 29/10/1999; STF (2. Turma). **HC n.º 164.493/PR**. Relator: Min. Edson Fachin. DJ: 23/03/2021.

¹³⁵ 12. "Entrementes, não basta invocar causas de suspeição, em abstrato, do pantanoso rol *numerus apertus*, para que haja o reconhecimento do vício de parcialidade, pois o legislador apenas sugere a incidência de certa desconfiância nesses casos. Imprescindível, pois, que o excipiente demonstre - com elementos concretos e objetivos - o comportamento parcial do promotor na atuação processual, incompatível com seu mister funcional, sob pena de banalização do instituto e inviabilização do exercício de sua atuação" STJ. (1. Turma). **REsp 1.462.669/DF**, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves. DJe 23/10/2014; STJ. (Corte Especial). **APn 733/DF**, Relator: Min. Herman Benjamin. DJe 4/8/2015.

Já no que toca ao rol do art. 252 do CPP (impedimento), observa-se uma diretriz doutrinária¹³⁶ e jurisprudencial nos tribunais superiores (STF¹³⁷ e STJ¹³⁸) no sentido de que as hipóteses de impedimento são taxativas: as hipóteses legais são *numerus clausus*, sem possibilidade de criação ou ampliação por interpretação extensiva ou analógica.¹³⁹

O quadro abaixo sintetiza o entendimento dos tribunais de vértice, ao longo das duas últimas décadas. Para o STF e STJ, é firme o entendimento de que o rol de impedimento é taxativo. Há uma interpretação restrita, movida pela preocupação de impedir manipulação do juiz natural.¹⁴⁰ Já nos casos de suspeição, enquanto, para o STF, o rol é taxativo, para o STJ há uma tendência em reconhecê-lo exemplificativo, embora haja julgados, inclusive

¹³⁶ Pela **taxatividade** do rol de impedimento: BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal anotado**. 4. ed. atual. de acordo com a Lei n. 12.403/2011 (prisão). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 529; NUCCI, **Código...** op. cit., p. 673; FRIEDE, **Vícios...** op. cit., p. 56; SILVA, FREITAS, **Código...** op. cit., p. 398.

¹³⁷ **No STF, pela taxatividade** do rol do art. 252 do CPP – **Na 1ª Turma**: STF. **RHC: 179272 SP**. Relatora: Min. Rosa Weber, DJ: 09/02/2021; STF. **RHC 165.393-AgR/PE**. Relator Min. Luiz Fux. DJe de 27.3.2019; STF. **ARE 813.030-AgR/SP**. Relator: Min. Roberto Barroso. DJe de 29.9.2016; STF. **HC 120017**. Relator: Min Dias Toffoli. DJ: 27/05/2014; STF. **HC 73099 SP**. Relator: Min. Moreira Alves. DJ: 03/10/1995; STF. **RHC 98.091/PB**. Relator: Min. Carmen Lúcia. DJe 16/04/2010. **Na 2ª Turma**: STF. **HC 178.786-AgRED/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe de 03.9.2020; STF. **HC 130351 AgR**. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 12/05/2017; STF. **RHC 131735**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJ: 03/05/2016; STF. **RHC 131.544/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli. DJ: 21/06/2016; STF. **HC 112.121**. Relator: Min. Teori Zavascki. DJe: 2/3/2015; STF. **RHC 105.791/SP**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJe: 1/2/2013; STF. **HC 97.544**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 3/12/2010; STF. **HC 97544**. Relator Ministro Eros Grau. DJ: 21.09.2010; STF. **HC 92.893**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 12.12.2008; STF. Ação Ordinária 993 QO/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 19.12.2003. **No Tribunal Pleno**: STF (Tribunal Pleno). **AImp 4 AgR**, Relator: Min. Ayres Britto. DJ: 24/05/2012; STF (Tribunal Pleno). **HC 92.893/ES**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 12/12/2008.

¹³⁸ **No STJ, pela taxatividade** do rol do art. 252 do CPP: **Na 5ª Turma**: STJ. **AgRg no REsp 1518218/ES**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. DJe 26/8/2016. STJ. **HC 162.491/SC**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. DJ: 04/08/2016; STJ. **RHC 57.488/RS**. Relator: Min. Ribeiro Dantas. DJ: 07/06/2016; STJ. **HC 352.067/SP**. Relator: Min. Jorge Mussi. DJ: 28/06/2016; STJ. **HC 131.792/SP**. Relator: Min. Jorge Mussi. DJe: 6/12/2011; STJ. **HC 99945/SP**. Relator: Min. Og Fernandes. DJe 17/11/2008. **Na 6ª Turma**: STJ. **REsp 1171973/ES**. Relator: Min. Nefi Cordeiro. DJe 25/3/2015; STJ. **HC 324.206/RJ** Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe: 17/8/2015; STJ. **HC 283.532/PB**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. DJe: 25/4/2014; STJ. **REsp 1177612/SP**. Relator: Min. Og Fernandes. DJe: 17/10/2011; STJ. **RHC 4.074**. DJU 20/2/95.

¹³⁹ Na doutrina, criticando o entendimento restritivo das causas de impedimento: “O rol legal não pode prevalecer sobre a finalidade que tal regra pretende assegurar. As regras sobre impedimentos apenas estabelecem situações em que o legislador considera o juiz impedido – ou suspeito – de julgar, por reputar que haveria risco a sua imparcialidade. Por certo, nada impede que, diante de um caso não previsto em lei, mas que também coloque em risco a imparcialidade, se considere que o juiz deve se abster de julgar. É inaceitável que se admita o julgamento por um juiz parcial, sabidamente parcial, apenas e tão somente porque a situação da qual se infere o risco de parcialidade não esteja prevista em lei. Por exemplo: embora a lei preveja o impedimento do juiz cujo ‘cônjuge’ seja parte no feito (art. 252, IV, do CPP), não seria impedido de julgar o juiz que tivesse uma relação homoafetiva com o acusado? A resposta positiva parece evidente”. BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 323. No mesmo sentido: DEZEM, **Curso...** op. cit., p. 829; GIACOMOLLI, **O devido...** op. cit., p. 276.

¹⁴⁰ “2. As causas de impedimento e suspeição do julgador têm por escopo a garantia da imparcialidade mediante a observância dos postulados do juiz natural (artigo 5º, LIII, da CRFB) e do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CRFB), sendo descabida a interpretação ampliativa do artigo 252, III, do CPP que pudesse resultar na criação de situações que permitam à parte interessada escolher quem deixará de examinar sua pretensão, vulnerando-se, por via transversa, os referidos institutos”. STF (1. Turma). **AgR RHC: 165393 PE - PERNAMBUCO 0082765-12.2018.1.00.0000**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 15/03/2019. DJe-060 27/03/2019.

recentes, concluindo pela taxatividade, de maneira que, no âmbito do STJ, a questão da suspeição não é coesa.

Quadro 3 – Entendimento dos tribunais de vértice quanto ao impedimento e suspeição

	IMPEDIMENTO (art. 252, CPP)	SUSPEIÇÃO (art. 254, CPP)
STF	Rol taxativo	Rol taxativo
STJ	Rol taxativo	Rol taxativo Rol exemplificativo

Fonte: Elaborado pela autora.

Na pesquisa de elaboração deste trabalho foi possível concluir que, justamente sob o fundamento da taxatividade do rol do art. 252, do CPP, tanto o STF como o STJ já recusaram pedidos de uma mais larga interpretação das hipóteses de impedimento do magistrado.

Especialmente quanto ao inciso III, do art. 252, CPP, surgem algumas situações práticas que desafiam uma maior reflexão, sobretudo no que tange à possível prejulgamento da causa. Sabidamente, a sentença é o momento da marcha processual em que o juiz deve externar suas convicções sobre a situação controvertida, após a produção da prova e debates. Contudo, antes do momento processual adequado, pode ocorrer prejulgamento, entendido como o ato do juiz que, antes do tempo processual oportuno, firma ou externa uma posição antecipada sobre a questão que lhe é apresentada.¹⁴¹

Segundo WENDEL DE BRITO LEMOS TEIXEIRA, os requisitos para caracterização de prejulgamento são: a) existência do julgador responsável pelo processamento e/ou julgamento, pois somente prejulga quem julga; b) uma manifestação sobre a causa de pedir ou pedido da causa em concreto que venha a processar; c) que a manifestação ou julgamento tenha ocorrido no momento inapropriado, ou que já tenha havido anterior manifestação ou julgamento sobre a causa de pedir ou pedido da causa pelo mesmo julgador. Exemplificando, na esfera processual civil, o autor afirma que ocorrerá prejulgamento se o julgador se manifesta sobre o mérito da causa em sede de antecipação de tutela ou liminar, pois o momento apropriado para se adentrar no *meritum causae* é na sentença. Ou ainda, quando a manifestação ou julgamento anterior tenha abarcado parte ou a integralidade das questões submetidas posteriormente ao julgador (mesmo que em outra

¹⁴¹ Sobre prejulgamento como possível fundamento como causa de suspeição do art. 135, V (atual 145, IV, do CPC de 2015), ver: TEIXEIRA, **Inibições...** op. cit., p. 181-185.

esfera como na administrativa ou cível e depois vir a julgar ação criminal, sobre os mesmos fatos, porque sua convicção já está firmada).¹⁴²

O autor, outrossim, aponta como outras hipóteses de prejudgamento o excesso de linguagem, ou seja, a falta de tato na utilização das palavras, que pode configurar prejudgamento quando as considerações sobre as partes estiverem aliadas ao mérito da causa.¹⁴³ Ainda, quando o julgador categoricamente afirma que existe crime. Igualmente, quando o julgador profere sentença de mérito e esta vem a ser cassada pelo Tribunal, o mesmo julgador não pode conhecer novamente da mesma causa. De outra banda, quando o julgador tem contato com prova reconhecidamente ilícita pelo Tribunal, inviabiliza-se o julgamento pelo mesmo julgador que fora contaminado com tal prova, havendo necessidade de encaminhamento dos autos ao substituto legal, com vistas a eliminar qualquer efeito da sobre a formação da convicção judicial.¹⁴⁴

Em nosso ordenamento processual penal não existe previsão expressa de causa de inibição processual por prejudgamento,¹⁴⁵ a exceção da vedação do juiz de instância superior atuar quando já houver, preteritamente, decidido o mérito em instância inferior (art. 252, III, CPP) e de hipóteses de impedimento de jurado no Conselho de Sentença no Tribunal do Júri (art. 449, CPP).

A interpretação literal e restrita do inciso III do art. 252, CPP, é a de que a expressão “instância” equivale a “grau de jurisdição”, vale dizer, o juiz que atuou em primeiro grau, proferindo decisão sobre questão de fato ou de direito e, principalmente, sentenciando o feito, não poderá atuar em grau de recurso, caso tenha sido promovido.¹⁴⁶ A preocupação aqui condiz com a intangibilidade do duplo grau de jurisdição, assegurando que o julgador de segundo grau tenha originalidade cognitiva, ou seja, pressupõe dois julgamentos por juízes distintos. Somente assim pode-se garantir a possibilidade de um novo julgamento,

¹⁴² TEIXEIRA, **Inibições...** op. cit., p. 185-187.

¹⁴³ Neste ponto, no processo penal, defende Gustavo Henrique Badaró que, caso o juiz já tenha se pronunciado sobre o objeto do processo, emitindo juízos de valor que posam indicar um indevido prejudgamento (por exemplo, tendo afirmado ao receber a denúncia, que está convencido da autoria), deveria ser afastado para assegurar a imparcialidade objetiva. *In: BADARÓ, Processo...* op. cit., p. 326.

¹⁴⁴ TEIXEIRA, **Inibições...** op. cit., p. 188-192.

¹⁴⁵ “Questão extremamente relevante, mas pouco enfrentada pela doutrina e jurisprudência, é a exceção de suspeição do juiz por violação da imparcialidade em virtude de prejudgamentos. É por conta dessa realidade que, na reforma de 2019/2020, foi adotado o juiz das garantias e, com ele, a presunção de parcialidade de que o mesmo juiz atue do início até o fim do processo. Logo, o juiz que atua na fase pré-processual (juiz das garantias) e recebe a denúncia ou queixa (até o momento do art. 399) não poderá ser o mesmo a instruir e julgar. Além de suspeito, há um impedimento expresso no art. 3º-D”. *In: LOPES JUNIOR, Direito Processual Penal...* op. cit., p. 366.

¹⁴⁶ BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 324.

sem qualquer prejulgamento. Portanto, o impedimento em questão aplica-se somente aos casos em que o magistrado tenha atuado no mesmo processo em instâncias distintas¹⁴⁷.

Com isso em mente, consentâneo com a interpretação restritiva do rol de impedimento, vamos doravante ver algumas situações enfrentadas pelos tribunais de vértice, envolvendo a subsunção ou não de uma hipótese fática ao art. 252, III, CPP.

Afastou-se o argumento de quebra da imparcialidade na hipótese de julgador atuante na esfera disciplinar-administrativa e posteriormente na esfera penal¹⁴⁸, por não se considerar que a atuação em procedimento administrativo possa ser englobada na expressão “outra instância”.

¹⁴⁷ Nesse sentido, não implica impedimento quando o julgador atuou no mesmo processo, porém na mesma instância: “Habeas Corpus – Pretendido reconhecimento de nulidade de julgamento proferido pelo e. Superior Tribunal de Justiça – Alegado impedimento de Ministros que atuaram em julgamento antecedente naquela mesma corte superior – juízes que não oficiaram em instâncias diversas – situação não subsumível à hipótese de incidência inscrita no art. 252, III, do CPP – disciplina jurídica do impedimento e da suspeição no processo penal – matéria de direito estrito – doutrina – precedentes – parecer da Procuradoria-Geral da República pelo não provimento do agravo – recurso de agravo improvido”. STF (2. Turma). **Habeas Corpus 130351 AgR**. Relator: Min. Celso de Mello. DJe: 18/10/2017. STF, 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13857895>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁴⁸ 2. O disposto no inciso III do art. 252 do Código de Processo Penal merece interpretação restritiva, circunscrevendo-se o impedimento do juiz às causas em que tenha atuado em graus de jurisdição distintos, não comportando a norma ampliação da hipótese taxativamente estabelecida. 3. Ordem denegada. STF (1. Turma). **HC 120017/SP**. Relator: Min. Dias Toffoli. DJ: 27/05/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6478870>. Acesso em: 12 abr. 2022. Ver também: STF (2. Turma). **Habeas Corpus 112121**. Relator: Min. Teori Zavascki. DJ: 10/02/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7894159>>. Acesso em: 12 abr. 2022. No caso, o réu (magistrado) acusado da prática de crimes contra a Administração Pública, foi julgado penalmente, pelo órgão especial do TJ, órgão esse composto por alguns membros da Corregedoria-Geral de Justiça. Contudo, a alegação de impedimento não vingou, diante do entendimento consolidado da taxatividade do rol e que a concepção exposta no art. 252, III, do CPP não abrange a esfera administrativa. No STJ restou assentado que: “2. Denota-se do conteúdo do art. 252, III, do CPP, a impossibilidade de atuação do juiz, sobre os mesmos fatos, em diferentes graus de jurisdição; não se cuida, portanto, de atuação em esferas de naturezas distintas, a saber no caso concreto: a administrativa e a penal. 3. In casu, tratando-se de processos de origem administrativa e judicial, julgados pela Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo e pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, respectivamente, não há ofensa ao disposto no art. 252, III, do CPP o julgamento por magistrados que componham e tenham atuado em ambos os feitos, dada a essência diversa das esferas. 4. ‘Neste diapasão, buscando as esferas administrativa e criminal objetivos totalmente distintos, pois, em cada uma, a matéria é posta em análise sob diferentes enfoques, nada impede que o juiz da seara administrativa também o seja na criminal, nada obstando, inclusive, o seu sorteio como relator em qualquer delas’ (HC 42.249/RJ). 5. Constitui rol taxativo as hipóteses de impedimento do art. 252 do CPP, de forma que não se estende o conceito de ‘jurisdição’. 6. Ordem denegada”. Assim, o STJ entendeu, na espécie, que: “[...] Ademais, constituindo rol taxativo as hipóteses de impedimento do art. 252 do CPP, não há de se estender o conceito de jurisdição para abranger a esfera administrativa como vedação à atuação do mesmo magistrado em feitos de naturezas distintas, oriundas, contudo, dos mesmos fatos”. STF. **HC: 112121 SP**. Relator: Min. Ayres Britto. DJ: 02/02/2012.

Outrossim, para o STF¹⁴⁹, o mero juízo positivo de admissibilidade da acusação – considerado pela Suprema Corte como mero despacho de expediente sem cunho decisório¹⁵⁰ – não impede o julgador da análise do mérito em fase recursal.¹⁵¹

Ademais, seguindo na linha do entendimento de taxatividade, o julgador do mérito não está impedido de realizar o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário¹⁵², uma vez que não há diferença de instância. É que o juízo de admissibilidade de recursos aos Tribunais superiores é análogo ao que o juiz de primeiro grau realiza por ocasião do recebimento do recurso de apelação, situação que igualmente não constitui causa de impedimento.

Também não se considera englobado na expressão “instância” a atuação conjunta do magistrado no crime e no cível¹⁵³.

A contextualização com os exemplos até aqui citados é importante para se compreender, por meio de casos concretos, a firme jurisprudência dos tribunais superiores de interpretação restritiva do art. 252, III, do CPP¹⁵⁴.

¹⁴⁹ STF, RTJ 53/294; RT 638/271.

¹⁵⁰ Cfr. item 5.4.4 infra.

¹⁵¹ Criticando tal posição: “Há entendimento no sentido de que o juiz que recebeu a denúncia ou queixa não estará impedido, nos termos do inc. III do art. 252 do CPP, para atuar, no tribunal, julgando recursos sobre aquele processo. Discordamos de tal posicionamento por considerarmos que o recebimento da denúncia é decisão, em que se analisa a viabilidade da ação penal, visando às condições da ação e aos pressupostos processuais. Assim, o desembargador terá funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se de fato e de direito sobre a questão, sendo, pois, impedido de atuar. Com a instituição da figura do juiz das garantias, que terá competência para a decisão de recebimento da denúncia (CPP, art. 3º-B, XIV), e diante do expresso impedimento previsto no art. 3º-D, resta clara a impossibilidade de o juiz que recebeu a denúncia atuar como desembargador, em julgamento de recursos relativos às decisões proferidas no curso do processo e, em especial, julgar o recurso de apelação”. In: BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 326.

¹⁵² STF (2. Turma). **Habeas Corpus 94089**. Relator: Min. Ayres Britto. DJ: 14/02/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1791529>. Acesso em 12 abr. 2022; STF (1. Turma) **Habeas Corpus 97293**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJ: 16/06/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610050>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁵³ Habeas Corpus. 2. Magistrado que julgou o feito criminal e o de natureza cível decorrentes do mesmo fato. 3. Impedimento. art. 252 do CPP. Rol taxativo. 4. Impossibilidade de criação pela via da interpretação de causas de impedimento. Precedentes do STF. 5. Ordem denegada. STF. (2. Turma). **Habeas Corpus 97544/SP**. Relator: Min. Eros Grau. DJ: 21/09/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617434>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁵⁴ Gustavo Henrique Badaró critica essa interpretação literal, sustentando que a expressão “instância” merece uma leitura mais ampla, para incluir as situações em que o mesmo juiz tenha se pronunciado sobre o mérito em etapas anteriores da persecução penal, realizando um prejulgamento sobre o crime ou sua autoria, o que é capaz de comprometer sua imparcialidade vista, também, no aspecto objetivo. In: BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 324. No mesmo sentido: “Com efeito, o impedimento gerado pelo fato de haver ‘funcionado como juiz de outra instância’ não deve abranger apenas a competência funcional por *graus de jurisdição* (hierárquica ou recursal, no plano vertical), mas igualmente a competência funcional por *fases da persecução penal* (no plano horizontal) – como ocorre na divisão da competência funcional entre o juiz das garantias e o juiz da instrução e julgamento (arts. 3º-B a 3º-D do CPP)”. In: JUNQUEIRA, Gustavo *et al.* **Lei anticrime comentada**: artigo por artigo. Inclui a decisão liminar proferida nas ADIS 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 129-130.

No que condiz mais precisamente com o tema do juiz das garantias, observa-se que, no âmbito da jurisprudência do STF, não há impedimento para o juiz, que atua na fase pré-processual, atuar igualmente na fase processual, pois o juiz, ao presidir o inquérito, apenas “atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal”.¹⁵⁵ Outrossim, o juiz, ao supervisionar o inquérito policial “atua como verdadeiro moderador dos pedidos formulados, visando, sobretudo, a preservar a legalidade dos atos praticados”.¹⁵⁶ Mais uma vez, a interpretação dada ao inciso III é a de preservar tão somente o duplo grau de jurisdição.

Prosseguindo na análise de situações não enquadráveis na hipótese do art. 252, III, CPP, apurou-se que também não se aceita como causa de impedimento a atuação de juiz em

¹⁵⁵ Nesse sentido, é firme a jurisprudência do STF no sentido de que não há impedimento de atuação na fase processual do mesmo juiz que atuou na investigação: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRESIDÊNCIA DE INQUÉRITO. IMPEDIMENTO DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA. ART. 255 DO CPP. ROL TAXATIVO. PRECEDENTES. JUIZADO DE INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 75 DO CPP COM A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um numerus clausus. II - Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes. III - Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária. IV - O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. V - O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional. VI - Ordem denegada”. STF (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 92893**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 02/10/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=568515>. Acesso em: 12 abr. 2022. No mesmo sentido: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. IMPEDIMENTO. IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. INTERVENÇÃO PROBATÓRIA DO MAGISTRADO EM PROCEDIMENTO DE DELAÇÃO PREMIADA. NÃO CONFIGURAÇÃO DAS HIPÓTESES TAXATIVAS. INOCORRÊNCIA. ART. 252 DO CPP. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. (...) Como assentou a doutrina e a jurisprudência pátrias, não se adotou, no Brasil, a sistemática do juizado de instrução, em que o magistrado exerce, simultaneamente, as funções próprias da autoridade policial e do Parquet no tocante à coleta das provas. No modelo acusatório adotado em nosso ordenamento processual penal, caracterizado pela publicidade, pelo contraditório, pela igualdade entre as partes e pela neutralidade do juiz – e que não se confunde com o processo inquisitivo adotado alhures -, quando o magistrado preside o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. Não exterioriza qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito emergentes nessa fase preliminar que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. (...)”. STF. (1. Turma). **Habeas Corpus 97553/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli. DJ: 16/06/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614108>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁵⁶ “HABEAS CORPUS. 2. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. OFENSA AO DIREITO AO SILÊNCIO E À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. INOCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, XII, CF. 3. ACOMPANHAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. PARCIALIDADE DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DAS FUNÇÕES JURISDICIONAIS. 4. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO. 5. ORDEM DENEGADA”. STF. (2. Turma). **Habeas Corpus 103236/ES**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ: 14/06/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613901>. Acesso em: 12 abr. 2022.

ação conexa precedente,¹⁵⁷ nem tampouco a atuação do juiz em delação premiada em ação conexa,¹⁵⁸ não se podendo também nessas situações aplicar interpretação extensiva, já que não se trata, aqui também, de “graus de jurisdição distintos”, pouco importando que o juiz já tenha, inclusive, na ação conexa, feito juízos de valor sobre a imputação.

Ainda, traz-se para reflexão outra hipótese de questionamento sobre perda de imparcialidade, quando um processo anulado retorna para novo julgamento pelo mesmo juiz da primeira decisão anulada. Tome-se como exemplo, desta problemática, quando o juiz reconhece atipicidade e o Tribunal dá provimento ao recurso do Ministério Público, determinando novo julgamento pelo mesmo juiz.

Também não há previsão legal para não atuação do mesmo magistrado em processos com concurso de agentes, mas com desmembramento do feito por força do art. 80 do CPP. Não há, assim, vedação legal que impeça o juiz que sentenciou um dos réus, adentrando ao mérito da imputação, de sentenciar, posteriormente, o corréu no feito desmembrado processado pelo mesmo fato sobre o qual o mesmo juiz já se pronunciou anteriormente.

Já no âmbito do Tribunal do Júri, há entendimento sumulado no sentido de que “[É] nulo o julgamento ulterior pelo júri com a participação de jurado que funcionou em julgamento anterior do mesmo processo” (Súmula 206, STF). A lógica da súmula é que um jurado que tenha participado do júri anterior não goza de imparcialidade para o júri posterior. Afinal, já possui juízos de valor sobre a imputação posta a julgamento. Essa Súmula foi aprovada em sessão plenária em 13/12/1963¹⁵⁹, mas somente em 2008, por força das alterações legislativas fruto da Comissão Ada Pellegrini Grinover, o art. 449 do CPP passou a consagrar que o jurado não poderá servir quando: “I – tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento

¹⁵⁷ “4. A prolação de sentença em ação precedente, em que o magistrado, a título de fundamentação, examina todo o contexto de crimes e os personagens, não o torna suspeito para a ação conexa posteriormente reunida perante o mesmo juízo. 5. Exceção de suspeição criminal improvida”. TRF4. (8. Turma). **Exceção De Suspeição Criminal (TURMA) 5018556-69.2017.4.04.7000**. Relator: Des. João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 08/07/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9064099>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁵⁸ “2. Não é possível interpretar extensivamente o inciso III de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual ou em sede de procedimento de delação premiada em ação conexa desempenha funções em outra instância (o desempenhar funções em outra instância é entendido aqui como a atuação do mesmo magistrado, em uma mesma ação penal, em diversos graus de jurisdição”. STF (1. Turma). **Habeas Corpus 97553/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli, DJ: 16/06/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614108>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 206**. É nulo o julgamento ulterior pelo júri com a participação de jurado que funcionou em julgamento anterior do mesmo processo. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1964. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula206/false>. Acesso em: 12 abr. 2022.

posterior; II – no caso do concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado; III – tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado”.

RENATO BRASILEIRO DE LIMA explica que, em relação ao inciso I, mesmo antes do advento da Lei n. 11.689/08, doutrina e jurisprudência já entendiam que o jurado que havia atuado em julgamento anterior não poderia participar de um segundo julgamento do mesmo processo, nos termos do art. 252, III, CPP, e ressalva que no extinto protesto por novo júri, o revogado art. 607, § 3º, do CPP, dispunha expressamente que, no novo julgamento, não serviriam como jurados aqueles que tivessem tomado parte no primeiro julgamento. No que concerne ao inciso II, explica o autor que o raciocínio é que se o jurado já manifestou sua convicção quanto ao fato delituoso, mesmo que em relação a outro acusado, não possui imparcialidade suficiente para participar do julgamento do corréu. Por fim, quanto ao inciso III, não se deve admitir a participação de jurado que tenha externado predisposição para julgar em um ou outro sentido.¹⁶⁰

A parcialidade nessas hipóteses é presumida, um típico caso de impedimento. Contudo, embora a lei preveja que se aplicam aos jurados as regras de impedimento, suspeição e incompatibilidade (art. 448, § 2º, do CPP), a recíproca não é verdadeira, já que as hipóteses de impedimento do art. 449 do CPP não se aplicam ao juiz togado, uma vez que o firme entendimento jurisprudencial do STJ e STF é de que o rol de impedimentos do art. 252 é taxativo. Com isso, para o STF não há óbice para que o mesmo magistrado atue no segundo julgamento de processo anulado; não há impedimento para atuação do julgador togado que previamente já atuou em processo de corréu em ação conexa; não há óbice para juiz atuar em processo que tenha, por exemplo, atuado com excesso de linguagem ou com eloquência acusatória.¹⁶¹

Os incisos do art. 449 do CPP, ao pretender afastar do processo um julgador leigo por prejudicamento, acaba por dar um tratamento mais abrangente ao tema da imparcialidade

¹⁶⁰ LIMA, **Manual...** op. cit., p. 1500-1501.

¹⁶¹ Na jurisprudência, destaca-se o questionamento sobre impedimento de Ministro do STF que, ao receber a denúncia, “(...)‘por três vezes, referiu-se ao excipiente afirmando que este é *expert* em atividades de lavagem de dinheiro, tem expertise em crime de lavagem de dinheiro e é pessoa notória e conhecida por atividades de lavagem de dinheiro’. A Corte não acolheu a tese de impedimento, ao fundamento do entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal quanto à taxatividade das causas de impedimento do magistrado. Ademais, diante do contraditório que precede a deliberação acerca do recebimento, ou não, da denúncia, nas ações de competência originária dos Tribunais (arts. 1º ao 6º da Lei n. 8.038/90), exige-se do Relator e, por conseguinte, do próprio colegiado, fundamentação idônea e suficiente sobre a admissibilidade da ação penal, sobretudo no que tange à presença da materialidade e de indícios suficientes da autoria, sob pena de nulidade da decisão que recebe denúncia sem fundamentação suficiente sobre a admissibilidade da ação penal. STF (Tribunal Pleno). **AImp: 4 DF**. Relator: Min. Ayres Britto (Presidente). DJ: 24/05/2012, Data de Publicação: 29/06/2012.

se comparado às hipóteses do art. 252, do CPP tidas como taxativas e aplicáveis ao juiz togado.

ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES sustenta a necessidade de extensão de tais causas de impedimento igualmente ao juiz:

Quando o legislador não permite ser jurado alguém que manifestou prévia disposição para condenar ou para absolver, está fixando na lei um parâmetro normativo para a verificação da imparcialidade de quem julga, não somente do jurado. Em suma, consagrar a regra de que o julgador não pode, antes de decidir sobre a acusação, antecipar o seu julgamento, pois este somente poderá derivar do conjunto probatório a ser ainda produzido. Não pode, ainda, mostrar inclinação para as posições defendidas por qualquer das duas partes, deixando de agir de maneira imparcial. Nada justifica o enclausuramento da regra ao limite estreito dos processos do júri. Ela representa o enunciado de regra geral, extraída do princípio constitucional da imparcialidade, de que não pode ser juiz de uma causa quem, antecipadamente, já firmou a sua convicção, sendo favorável à pretensão de um dos litigantes. Conclui-se, dessa forma, pela possibilidade de se aplicar, no julgamento de suspeição do juiz criminal, por analogia os artigos 135, V, do Código de Processo Civil e o art. 499, III, do Código de Processo Penal, permitindo-se o seu afastamento quando seus atos e manifestações evidenciarem interesse no julgamento em favor da acusação ou prévia disposição para condenar. Não é possível imaginar solução diversa que, embasada na afirmação de impossibilidade de se aplicar analogicamente aqueles dispositivos ao artigo 254, apesar de a analogia ser aplicável ao processo penal, mantivesse no processo juiz que perdeu a sua isenção, em virtude de agir como se fosse parte ou de manifestar prévia disposição para condenar ou absolver.¹⁶²

É incompreensível que o legislador não tenha expandido as hipóteses do art. 449 do CPP, específicas para jurados, também ao juiz togado, estendendo tais causas de impedimento ao magistrado, vedando a sua atuação: I) quando já houvesse julgado o processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior; II) havendo concurso de pessoas, quando já houvesse julgado o mérito de ação conexa de corréu; III) quanto tivesse manifestado prévia disposição em condenar ou absolver. A imparcialidade do juiz togado igualmente é comprometida quando o magistrado realiza pré-juízos ou pré-conceitos sobre o fato que lhe é submetido a julgamento.

Por fim, cite-se outro cenário em que mais uma vez o STJ entendeu que não está impedido para officiar na fase processual o juiz que requisitou a instauração de inquérito policial que serviu de base à denúncia, desde que não tenha o Magistrado externado juízo axiológico indicativo de seu prévio convencimento sobre o fato ou sobre o investigado.¹⁶³

¹⁶² STJ (5. Turma). **Habeas Corpus 146796/SP**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ: 04/03/2010, fls. 1280-1281. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19155899/habeas-corpus-hc-146796-sp-2009-0175180-7/inteiro-teor-19155900>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁶³ STJ (6. Turma). **Habeas Corpus 418244/SP**. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. DJ: 25/06/2019. Disponível em: <http://portaljustica.com.br/acordao/2351502>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Percebe-se, até aqui, múltiplos questionamentos sobre quebra de imparcialidade, mas sem preciso enquadramento no art. 252, III, do CPP, eis que o entendimento consolidado dos Tribunais de vértice é que a expressão “instância” deve ser entendida como “grau diverso de jurisdição”.

A despeito do entendimento dominante prevalecente quanto à taxatividade do rol de impedimento, é preciso pontuar decisões isoladas e minoritárias que bem demonstram uma incipiente preocupação com a contaminação judicial, ainda que não propriamente se refiram à dupla atuação do juiz na persecução penal, foco deste trabalho.

No Habeas Corpus n. 86.963, o STF entendeu que houve quebra da imparcialidade em função da dupla atuação do julgador em processo administrativo e na esfera criminal. O caso envolvia um servidor da justiça demitido em processo administrativo e condenado por falsificação de documento público e peculato, na seara criminal. Um dos componentes do órgão colegiado que julgou a apelação havia sido relator do recurso administrativo contra decisão que demitiu o servidor. O STF, nesse caso, em uma situação rara, considerou que houve violação ao art. 252, III, do CPP¹⁶⁴ e, portanto, reconheceu o impedimento.

Em outro caso, o STJ já considerou impedido de atuar o juiz que participou de processo administrativo contra o réu, ao entender que a participação do juiz nessa seara, colhendo provas e pronunciando-se sobre o mérito, pode comprometer psicologicamente o magistrado para a decisão judicial na esfera criminal. O relator destacou a necessidade de se atribuir um significado mais amplo à expressão “instância”. Do julgado, extrai-se a seguinte passagem:

Sob o aspecto puramente ontológico, tanto o juiz que funcionou em procedimento administrativo e julgou judicialmente, como o sobrejuiz que atuou em 2.º grau, se acham de igual modo impedidos de julgar pela segunda vez. O que se quer é evitar ideias preconcebidas. É inegável que quem participou de procedimento administrativo, colhendo provas e decidindo, está moral, legal e psicologicamente comprometido para uma decisão judicial. Nesse caso, não se poderia falar em julgamento imparcial. Por outro lado, a palavra ‘instância’, como se sabe, pode oferecer conotação maior do que ‘grau de jurisdição’. Significa ‘conhecimento’. O que se quer evitar, repito, é que o julgador judicial já tenha ‘conhecido’ antes a mesma matéria de fundo.¹⁶⁵

O STF já teve oportunidade de reconhecer uma maior extensão ao inciso III, do art. 252, CPP. No Habeas Corpus n. 94.641/BA¹⁶⁶ houve discussão quanto ao impedimento ou

¹⁶⁴ STF (2. Turma). **Habeas Corpus 86963**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJ: 12/12/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479162>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁶⁵ STJ. (6. Turma). **RHC 4.591/MG**. Relator: Min. Adhemar Maciel, DJ: 12/06/1995.

¹⁶⁶ Habeas Corpus. Processo Penal. Magistrado que atuou como autoridade policial no procedimento preliminar de investigação de paternidade. Vedação ao exercício jurisdicional. Impedimento. art. 252, incisos I e II, do

não de juiz que atuou em procedimento administrativo (investigação oficiosa de paternidade) e posteriormente na ação penal que envolvia crime imputado ao pai contra seu filho. Nesse caso, o juiz havia desempenhado suas funções em procedimento administrativo de reconhecimento da paternidade de filha havida fora do casamento (Lei n. 8560/1992). Ocorre que o suposto pai foi acusado da prática de atentado violento ao pudor contra a menor e o juiz que havia conduzido o procedimento administrativo e colhido as provas recebeu a denúncia, decretou a preventiva e proferiu sentença. O STF, neste caso, entendeu ter havido quebra da imparcialidade, com violação do citado inciso III. No voto, o Ministro CEZAR PELUSO destacou que, pelas circunstâncias do caso, o mesmo juiz, ao conduzir e julgar a ação penal:

[N]ão conseguiu – nem poderia fazê-lo, dada a natural limitação do mecanismo de autocontrole sobre motivações psíquicas subterrâneas – despir-se da irreprimível influência das impressões pessoais gravadas já na instrução sumária do procedimento de investigação de paternidade.¹⁶⁷

Destacou que tanto na decisão de recebimento da denúncia como na decisão de decretação da prisão preventiva, o juiz demonstrou estar fortemente influenciado na formação e justificação do convencimento, pelas percepções adquiridas na investigação preliminar e, ainda, na sentença condenatória houve diversas remissões aos atos da investigação prévia. Ainda, o Ministro enfatizou que a regra do impedimento do art. 252, III, do CPP, não pode valer apenas para a hipótese da chamada progressão vertical do processo, ou seja, excluindo a atuação de juiz que haja atuado em outro grau de jurisdição da mesma causa (outra instância), porque as razões que sustentam tal exclusão também se aplicam no plano horizontal, “proibindo, diante de igual presunção de pré-juízo, exerça jurisdição, no processo principal, o juiz que tenha recolhido provas em procedimento preliminar sobre os fatos”¹⁶⁸.

Do corpo do acórdão, extrai-se:

Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar de ruptura da situação de imparcialidade objetiva, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isento da função jurisdicional. Tal qualidade, carente no caso, diz-se objetiva, porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de

Código de Processo Penal. Ordem concedida para anular o processo desde o recebimento da denúncia. STF. (2. Turma). **Habeas Corpus 94.641/BA**. Relator: Min. Ellen Gracie. DJ: 11/11/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁶⁷ STF. (2. Turma). **Habeas Corpus 94.641/BA**. Voto do Min. Cezar Peluso... op. cit.

¹⁶⁸ Ibid., p. 614-615.

que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Como é óbvio, sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional.¹⁶⁹

Os casos apresentados ao longo deste tópico têm por objetivo demonstrar o firme posicionamento de nossos tribunais de vértice que entendem que as hipóteses de impedimento são *numerus clausus*, sem possibilidade de interpretação para criação de novas situações que coloquem em xeque a imparcialidade, entre elas, e mais diretamente relacionado ao tema do juiz das garantias, a de que o juiz que atuou na fase inquisitorial estaria impedido de atuar na fase processual. Já quanto à suspeição, a jurisprudência é oscilante, ora reconhecendo tratar-se de rol taxativo, ora exemplificativo.

Conclui-se pela insuficiência dos atuais dispositivos legais que visam à proteção da imparcialidade. As hipóteses regradas pelo legislador nos artigos 252 e 254 do CPP não abarcam a complexidade do fenômeno da perda da imparcialidade e devem ser interpretadas ampliativamente. Seria impossível ao legislador prever, *a priori*, todas as múltiplas situações de presunção ou indícios de parcialidade apresentadas na realidade prática. O próprio pensamento científico e jurídico evolui e outras preocupações agitam-se na complexidade da vida.

Se por um lado existe a preocupação com indevidas manipulações de afastamento do juiz natural,¹⁷⁰ por outro há que se assegurar ao jurisdicionado a possibilidade de recusa de magistrado sobre quem paira dúvida de imparcialidade, desde que devidamente amparada em suporte probatório robusto.

Daí advém a crítica doutrinária de que “as hipóteses de impedimento e suspeição não são *numerus clausus*, mas constituem um simples rol exemplificativo ou *numerus apertus*”.¹⁷¹ O CPP de 1941 não apresenta solução adequada para algumas situações apontadas neste item. O sistema processual não deve ser condescendente com a parcialidade judicial em toda a medida e extensão que possa evitar.

No capítulo 4,¹⁷² veremos que o conceito de imparcialidade é trabalhado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em duas vertentes, a subjetiva e a objetiva. Enquanto aquela é presumida e se relaciona com o que o juiz pensava no seu foro íntimo em determinada

¹⁶⁹ STF. (2. Turma). **Habeas Corpus 94.641/BA**... op. cit., p. 609-610.

¹⁷⁰ “A dificuldade está em se estabelecer parâmetros objetivos para estas causas de imparcialidade. Estes parâmetros objetivos são importantes para que se evite indevidas manipulações e afastamentos do magistrado do processo por razões não democráticas. Precisamos desenvolver sólida jurisprudência para que as partes também fiquem protegidas de afastamentos indevidos do juiz da causa”. DEZEM, **Curso...** op. cit., p. 831.

¹⁷¹ BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 323; DEZEM, **Curso...** op. cit., . 831.

¹⁷² Cfr. item 4.1, infra.

circunstância, a objetiva é entendida como externalização de imparcialidade, ou seja, a de que o juiz deve oferecer garantias para as partes de que é imparcial, afastando qualquer dúvida legítima sobre tal aspecto.¹⁷³ Assim, a parte deve ter a possibilidade de, pela via processual adequada, recusar o julgador quando houver fundados temores de parcialidade.

É desse contexto que a Lei n. 13.964/2019 parece ter sido mais sensível ao problema da imparcialidade objetiva ao trazer uma nova hipótese de impedimento prevista no art. 3º-D do CPP, fruto de um olhar crítico¹⁷⁴ sobre a prevenção, passando-se a entender por uma presunção absoluta de parcialidade do magistrado que atua ao longo de toda a persecução penal. Em igual sentido é a preocupação do projeto do novo CPP que pretende trazer outras previsões legais de suspeição, com maior abertura para questionamento da quebra da imparcialidade.

No próximo item, pretende-se demonstrar como o instituto da prevenção pode ser prejudicial à imparcialidade, para se iniciar a compreensão do porquê da inovação legislativa de rompimento com este critério definidor de competência.

2.3. A PREVENÇÃO COMO FATOR DE POTENCIAL QUEBRA DA IMPARCIALIDADE

JOSÉ FREDERICO MARQUES, citando ENRICO FERRI, destaca que quando um delito é praticado, a respectiva *notitia criminis* “põe em movimento ‘as várias engrenagens da Justiça Penal’”,¹⁷⁵ visto que “o Estado se atira, pelos órgãos adequados, à atividade

¹⁷³ Dos Princípios de Bangalores, extrai-se: “Percepção de imparcialidade 52. A imparcialidade é a qualidade fundamental requerida de um juiz e o principal atributo do Judiciário. A imparcialidade deve existir tanto como uma questão de fato como uma questão de razoável percepção. Se a parcialidade é razoavelmente percebida, essa percepção provavelmente deixará um senso de pesar e de injustiça realizados destruindo, conseqüentemente, a confiança no sistema judicial. A percepção de imparcialidade é medida pelos padrões de um observador razoável. A percepção de que o juiz não é imparcial pode surgir de diversos modos, por exemplo, da percepção de um conflito de interesses, do comportamento do juiz na corte, ou das associações e atividades do juiz fora dela”. In: Nações Unidas. Escritório Contra Drogas e Crime. **Comentários...** op. cit., p. 65-66.

¹⁷⁴ Sobre o senso comum teórico dos juristas, vale a transcrição: “Presos a uma cultura jurídica estandardizada, ao formalismo, ao rigor metodológico que exige a conformação das nuances das situações concretas a um silogismo exato, esses profissionais estão mais preocupados em encontrar a técnica interpretativa adequada para garantir a coerência e a coesão do raciocínio hermenêutico do que em pensar a respeito da questão que lhes é apresentada. Agindo de forma rotinizada, como autômatos, não conseguem notar as obviedades dos problemas jurídicos e muito menos os momentos em que o discurso da ciência do Direito não é outra coisa senão um discurso de poder. E em face dessa dificuldade de visualizar o senso comum teórico em que estão mergulhados, conscientemente ou não, colaboram para a reprodução os valores por ele petrificados e para a manutenção do status quo”. SENA, Jaqueline Santa Brígida. **A neutralidade do juiz: uma leitura a partir da obra de Luís Alberto Warat**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 146.

¹⁷⁵ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**, 1931, p. 4, apud MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., v. 2. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense. 1965, p. 261.

persecutória, a fim de exercer o *jus puniendi* e procurar, dêsse modo, a restauração da ordem jurídica atingida e violada com o fato delituoso”.¹⁷⁶ A partir daí, continua o autor, forma-se um estado de pendência, entre os órgãos estatais da persecução penal e o indigitado autor do crime que, nas infrações de ação penal pública, somente se finda com o pronunciamento da autoridade judiciária. Mesmo antes de instaurada a relação processual, o conflito entre a pretensão punitiva do Estado e o direito de liberdade do indiciado já “apresenta aspirações contrastantes”, o que o autor chama de “estado de pré-litispendência, anterior à constituição da instância, que, ou se finda com o arquivamento das peças preliminares de investigação ou notícia do crime, ou se transforma em litispendência propriamente dita com a propositura da ação penal”.¹⁷⁷

Exercido o direito de ação penal, a pretensão punitiva torna-se processualmente pendente e a litigiosidade só desaparece “quando a *res judicanda* se transforma em *res judicata*”. Uma das vinculações oriundas da litispendência, ainda segundo JOSÉ FREDERICO MARQUES, é a *perpetuatio jurisdictionis*, porque em relação ao fato delituoso que se contém na imputação “livres já se não encontram as partes de se dirigirem a outro juízo”. No processo penal, “êsse fenômeno tem traços todos particulares advindos da pré-litispendência”. Ou seja:

desde que surge a *notitia criminis*, fica potencialmente preventa a jurisdição penal, para o litígio, visto que, sem decisão judiciária, êste não se encerra. Concretiza-se e atualiza-se essa prevenção, através da individualização do órgão competente para a solução da lide, antes mesmo da propositura da ação penal, *ex vi* do art. 83 do Cód. de Proc. Penal.¹⁷⁸

Prosseguindo no raciocínio de JOSÉ FREDERICO MARQUES, qualquer ato ou providência preliminar que se desenrole perante um dos órgãos da Justiça Penal, torna a jurisdição preventa e “sendo incompetente o órgão judiciário, não deve êle praticar êsses atos preparatórios, como é óbvio e evidente”. Logo, perpetua-se a jurisdição antes mesmo que se constitua a assim denominada primeira instância. Com o exercício do direito de ação, consolida-se a *perpetuatio jurisdictionis* e a litispendência aparece na instância na qual seja praticado. Em regra, é na instância de primeiro grau, perante juiz de direito, ou, ainda, excepcionalmente, perante os tribunais, nas assim denominadas “ações penais originárias”, estas últimas destinadas a pessoas cujas funções tragam prerrogativas de julgamento inicial

¹⁷⁶ MARQUES, *Elementos...* op. cit., p. 261.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 262.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 164.

plurânime. Assim, e voltando às palavras daquele processualista, “a pendência pré-processual transmuda-se em litigiosidade dentro do processo, ou litispendência”.¹⁷⁹

HÉLIO TORNAGHI, ao comentar o art. 83 do CPP,¹⁸⁰ também afirma que, na seara criminal, qualquer ato do processo ou relativo a ele, “mesmo anterior à denúncia ou queixa e, conseqüentemente, à citação, previne o juízo. Pode, portanto, haver prevenção antes de ser proposto o litígio (ajuizado), isto é, antes de haver litispendência”.¹⁸¹

RENATO BRASILEIRO DE LIMA explica que “a palavra prevenção deriva de *prevenire*, que significa vir antes, chegar antes, antecipar, significando em direito conhecimento anterior”.¹⁸² GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ define a prevenção como a “concentração, em um órgão jurisdicional, da competência que abstratamente pertencia a mais de um órgão, inclusive a ele próprio, por ter atuado, previamente, no processo”.¹⁸³

O CPP de 1941, em seu art. 69, elenca sete critérios para definição do juiz competente para o julgamento da causa e, dentre eles, no inciso VI, está prevista a prevenção como um dos critérios de determinação de competência.

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ esclarece que a prevenção, em tema de competência, assume diferentes naturezas. Ora atua como critério de definição de foro subsidiário (art. 72, §§ 1º e 2º, CPP); ora como critério de especificação do foro (art. 70, § 3º e art. 71, CPP) e, ainda, como fator de fixação da competência, em caso de conexão ou continência (art. 78, II, alínea c, CPP).¹⁸⁴

Contudo, para a compreensão do juiz das garantias, importa destacar os artigos 75, parágrafo único¹⁸⁵ e 83 do CPP, que estabelecem que o juiz que houver praticado atos na investigação deverá seguir como o competente na fase processual. Somem-se a tais

¹⁷⁹ Ibid., p. 264.

¹⁸⁰ Art. 83. “Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c)”.

¹⁸¹ TORNAGUI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1967, p. 344.

¹⁸² LIMA, **Manual...** op. cit., p. 634. No mesmo sentido: “a prevenção é o conhecimento antecipado de determinada questão jurisdicional por um juiz, o que o torna competente para apreciar processos conexos e continentes. A prevenção, como o próprio art. 83 demonstra ao final, consta em vários outros dispositivos do Código de Processo Penal e é sempre um critério residual, vale dizer, não havendo condições de determinar o juízo pelas regras usuais, como o lugar da infração ou o domicílio do réu, pois sempre existe a possibilidade de haver mais de um magistrado competente exercendo suas funções no mesmo local, utiliza-se a prevenção como subsídio”. In: NUCCI, **Código...** op. cit., p. 288.

¹⁸³ BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 285.

¹⁸⁴ Ibid., p. 285.

¹⁸⁵ Art. 75. “A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente. Parágrafo único. A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal”.

disposições as normativas dos Regimentos Internos dos Tribunais que compõem o Poder Judiciário, sendo que “de modo geral, e com ampla predominância, a distribuição aparece como ato processual responsável por tornar preventa a competência jurisdicional no âmbito dos tribunais”,¹⁸⁶ do que é exemplo o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, ao dispor em seu art. 71:

A distribuição da ação, do recurso ou do incidente torna preventa a competência do relator para todos os feitos posteriores referentes ao mesmo processo ou a processo conexo, inclusive na fase de cumprimento de decisão; a distribuição do inquérito e da sindicância, bem como a realizada para efeito da concessão de fiança ou de decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa, prevenirá a da ação penal.¹⁸⁷

ANDRÉ MACHADO MAYA, após cuidadosa pesquisa, conclui que no primeiro grau o instituto da prevenção atua como regra de determinação – ou de fixação – da competência, de natureza residual, subsidiária, porque “incidente somente nos casos em que os demais critérios de determinação do juízo competente se mostrarem insuficientes”. Assim também o é em segunda instância, valendo a premissa de que o juízo que tomou conhecimento do caso penal está melhor preparado para julgar o seu mérito.¹⁸⁸

RENATO BRASILEIRO DE LIMA observa que enquanto no cível, o simples registro ou a mera distribuição da petição inicial já tem o condão de tornar prevento o juízo (art. 59 do CPC de 2015), no âmbito criminal qualquer ato do processo praticado pelo juiz “que contenha certa carga decisória, ainda que anterior ao oferecimento da peça acusatória, já é suficiente para prevenir a jurisdição”. Prossegue o autor afirmando que para a fixação da competência por prevenção, duas condições devem estar presentes, quais sejam, a existência de prévia distribuição (por isso não previnem, por exemplo, a competência decisões de juiz de plantão), além de a medida ou a diligência apresentar um caráter cautelar ou contra cautelar, tal qual exemplificado no art. 75, parágrafo único, do CPP.¹⁸⁹

Prossegue RENATO BRASILEIRO DE LIMA citando exemplos de diligências que previnem o juízo, tais como, concessão de fiança, conversão da prisão em flagrante em preventiva ou temporária; decretação da prisão preventiva ou de prisão temporária; pedidos de medidas assecuratórias dos artigos 125 a 144 do CPP; análise de pedidos de expedição de

¹⁸⁶ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 136. Para consulta, o autor também traz outras hipóteses de afastamento da regra da prevenção em hipóteses de não conhecimento ou recurso ou ação autônoma de impugnação prejudicados.

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **TÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS - Artigos 66 a 138 - Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/article/view/488/3927>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁸⁸ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 142.

¹⁸⁹ LIMA, **Manual...** op. cit., p. 635.

mandado de busca e apreensão, interceptação telefônica ou quebra de sigilo bancário; manifestação do juízo acerca da regularidade da prisão em flagrante delito. Tais exemplos justificariam a prevenção por se configurarem ato jurisdicional com carga decisória que, “implicando pronunciamento sobre a probabilidade de existência do mesmo direito alegado na ação principal, antecipa o conhecimento (ainda que superficial) do mérito a ser decidido na discussão da causa trazida na ação principal”¹⁹⁰.

Nessa toada, o regime originário do CPP de 1941 traz uma “hipótese de competência funcional positiva, pelas fases da persecução penal”,¹⁹¹ ou seja, um sistema de vinculação do mesmo órgão competente deve exercer diversas funções ao longo da persecução penal. Assim, o juiz que atuou na fase de investigação atuará também na análise de eventual pedido de arquivamento (redação original do CPP de 1941), no juízo de admissibilidade da peça acusatória, na instrução e em sentença.

Contudo, entende-se que é preciso um olhar crítico sobre a prevenção. Isso porque ao atuar na fase de investigação e, igualmente, nas fases instrutória e decisória, o juiz pode introjetar em seu *iter* de tomada de decisão informações percebidas e internalizadas por conta da atuação na fase pré-processual. A instituição do juiz das garantias, ao pretender romper com a regra de prevenção e transformá-la em regra de impedimento, minimizará riscos que afetam a imparcialidade do julgador,¹⁹² criando uma competência funcional por fases do processo em que “as diferentes funções exercidas para a mesma atuação da lei são atribuídas a órgãos jurisdicionais diversos”.¹⁹³

¹⁹⁰ LIMA, **Manual...** op. cit., p. 636. Para Aury Lopes Junior e Ricardo Gloeckner: “No processo penal, *ab initio* o juiz está obrigado a realizar juízos provisionais sobre a questão de fundo, sem que possa, como no processo civil, deixar o direito material para a sentença. Se no processo civil a mais infundada das demandas pode dar lugar a um processo, que seguirá até o final, sempre que se cumpram os requisitos formais, no processo penal não, pois todo o sistema está estruturado no juízo de pré-admissibilidade da acusação, que encerra não só um juízo formal, mas, também, um juízo provisional sobre o mérito, sobre os pressupostos materiais do delito”. In: LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 427.

¹⁹¹ BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 290.

¹⁹² É preciso que se compreenda que a prevenção, como critério de fixação de competência, não deixará de existir. O que ocorrerá, se confirmada pelo STF a inovação trazida com a Lei n. 13.964/2009, é que haverá uma revogação tácita do art. 75, parágrafo único, e art. 83, uma vez que a finalidade de tais artigos é evitar uma nova distribuição após o recebimento da peça acusatória, o que cairá com o impedimento judicial criado com o art. 3º-D, do CPP. Nesse sentido: BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 289. No mesmo sentido: “a prevenção continuará funcionando como critério residual de fixação da competência, até mesmo porque não há como sobrevivermos sem ela, mas encontrará como limite temporal o recebimento da denúncia pelo juiz das garantias. Ou seja, dentre juízes de garantia de primeira instância ou nos Tribunais, a prevenção continuará funcionando como causa de fixação de competência. Porém, uma vez recebida a peça acusatória pelo juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, XIV), a prevenção não mais terá o condão de mantê-lo competente para o processo e julgamento do feito, haja vista a causa de impedimento hoje introduzida no art. 3º-D, *caput*, do Código de Processo Penal”. In: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 171. Ainda, na mesma linha: “a prevenção precisa ser ressignificada para adequar-se à nova sistemática processual, sem deixar, todavia, de existir”. In: LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 290.

¹⁹³ BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 290.

Sustenta AURY LOPES JUNIOR que a prevenção deveria ser uma causa de exclusão da competência, pois não é o melhor critério determinar que o mesmo juiz que homologou a prisão em flagrante ou decretou a prisão temporária ou preventiva no curso do inquérito seja o que irá receber e julgar a causa. A prevenção “pode fulminar a principal garantia das partes no processo penal: o direito a um juiz imparcial”.¹⁹⁴ Prossegue AURY LOPES JUNIOR:

A nosso ver, no processo penal brasileiro, o juiz prevenido, ainda que não atue como um instrutor, inegavelmente tem comprometida sua imparcialidade objetiva, entendida como aquela que deriva não da relação do juiz com as partes, mas sim de sua relação com o objeto do processo. Principalmente se levarmos em consideração que a prevenção vem dada por um prejulgamento que se realiza no curso da investigação preliminar (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica etc.).¹⁹⁵

À primeira vista, a prevenção é sedutora e até pode ser vista como um ganho, pois, afinal, o juiz já adentra à fase processual conhecendo os fatos e suas circunstâncias,¹⁹⁶ especialmente nos casos mais complexos em que há ampla divisão de tarefas entre os vários investigados. Mas esse é um ganho ilusório. Em realidade, a prevenção pode causar inconvenientes à imparcialidade, trazendo riscos de prejulgamentos e contaminações.¹⁹⁷

A contaminação cognitiva do magistrado, no sistema atual de prevenção, ocorre no plano do involuntário, no inconsciente do julgador, ao ter contato com os elementos informativos e unilaterais colhidos no inquérito, seja homologando um flagrante seja decretando medidas cautelares reais ou pessoais ou, ainda, deferindo medidas probatórias e,

¹⁹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 261. No mesmo sentido, criticando a prevenção como critério residual determinante de competência: MOREIRA, Rômulo de Andrade. O processo penal como instrumento de democracia. **Migalhas**, 18 ago. 2004. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/6301/o-processo-penal-como-instrumento-de-democracia>>. Acesso em: 12 abr. 2022; MODESTO, Danilo Von Beckerath. O critério da prevenção como afronta à imparcialidade do juiz criminal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 12, n. 1511, 21 ago. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10306>. Acesso em: 12 abr. 2022; CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. **A investigação preliminar nos delitos de competência originária de Tribunais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 241.

¹⁹⁵ LOPES JUNIOR, **Sistemas...** op. cit., p. 262.

¹⁹⁶ A favor da prevenção: “(...) essa prevenção, que vigora hoje, é excelente sob o prisma da compreensão do processo como um todo, até em obediência às obrigações processuais penais positivas”. In: FISCHER, Douglas. Os novos impedimentos do juiz. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (Coord.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão; MPF, 2020. Coletânea de artigos. v. 7. p. 216. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/cr2/publicacoes>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁹⁷ Nesse sentido, observe-se as Recomendações de Toledo: “Recomendação 4. Na fase de julgamento, deve decorrer da presunção de inocência a exigência de imparcialidade do julgador. Esta pressupõe que a fase de investigação deva ser levada a cabo por uma entidade distinta daquela a quem cabe a fase do julgamento. Assim, o juiz do julgamento não deve participar em actos das fases anteriores. É ainda altamente recomendável, que o juiz do julgamento seja distinto daquele que decide sobre o recebimento da acusação”. In: RECOMENDAÇÕES de Toledo para um processo justo. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 4, n. 3, p. 437-441, jul./set. 1994, p. 438.

por fim, ao exercer o juízo de admissibilidade da acusação formal, instauradora do processo penal, do qual tornou-se o juiz natural e único em sua instância.

No ponto que interessa ao presente trabalho, vimos previamente¹⁹⁸ que a firme jurisprudência do STF e do STJ é no sentido de que não é possível interpretação extensiva ou analógica, para subsumir, na hipótese do art. 252, III, do CPP, a proibição do juiz que atuou na fase pré-processual de atuar na fase processual. A expressão “instância” não tem outra interpretação a não ser a de “grau de jurisdição”. Porém, uma parte da doutrina discorda dessa posição jurisprudencial, entendendo ser inadmissível a atuação dúplice do juiz nas fases pré-processual e processual, mostrando necessária uma reflexão sobre a prevenção.¹⁹⁹

Observe-se que, dada a obrigação de motivação das decisões judiciais (art. 93, incisos IX e X, da Constituição Federal e mais recentemente também no art. 315, do CPP), como forma, inclusive, de limitação do poder, o magistrado, quando de sua atuação na fase de investigação, poderá ter de atuar em situações de reserva jurisdicional, ao decidir pedido sobre uma determinada medida cautelar, de ordem real ou pessoal, e deverá indicar quais os elementos constantes dos autos que permitiram uma determinada decisão.²⁰⁰ Logo, o magistrado deve “(...) analisar o caso, fundamentando sua conclusão, mas utilizando uma linguagem sóbria e comedida, que externar tranquilidade inerente de quem ainda não decidiu”²⁰¹ e, mesmo adotando todos esses cuidados, ainda poderá haver o prejudgamento.

¹⁹⁸ Cfr. item 2.2, supra.

¹⁹⁹ Nesse sentido: “(...) não se pode aceitar que o juiz que antecipe uma conclusão, ou mesmo um pré-juízo ou pré-conceito sobre a culpabilidade de um investigado, na fase pré-processual, seja considerado isento para julgá-lo. Haverá o comprometimento da imparcialidade, posto que será razoável suspeitar que o juiz não será neutro, isento e equidistante. Segundo a teoria da aparência de imparcialidade, para preservar a confiança que a sociedade deve ter nos tribunais, deve ser impedido de atuar todo juiz sobre o qual haja dúvida de imparcialidade. Sem uma garantia total de imparcialidade, o julgador não poderá legitimamente exercer a função jurisdicional”. BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 322. Igualmente contrários a utilização da prevenção como critério de fixação de competência, defendendo que dever ser, em verdade, critério de exclusão: GIACOMOLLI, **O devido...** op. cit., p. 285; LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 290; LIMA, **Manual...** op. cit., p. 169; MAYA, André Machado. A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Constitucional da Espanha. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília. **ANAIS** [...]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/04_258.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

²⁰⁰ Nesse sentido: “Aliás, é justamente em razão dessa posição de garante que o juiz não pode limitar-se a uma análise superficial dos elementos de prova que lhe são apresentados, como depoimentos, filmagens ou outros documentos. Ao contrário, deve proceder a um exame real, efetivo, no intuito de verificar a plausibilidade das alegações e dos requerimentos que lhe são formulados, seja por parte dos órgãos de investigação, seja por parte do investigado ou suspeito. O cerceamento da liberdade, ou mesmo de garantias outras como a inviolabilidade de dados e das comunicações, e ainda da propriedade, é medida de extrema gravidade, e exige, por isso, uma decisão devidamente fundamentada”. MAYA, A prevenção... op. cit.

²⁰¹ LOPES JÚNIOR, **Direito...** op. cit., p. 525.

Vale dizer que, mesmo um julgador ciente de seu papel constitucional, que se utilize de expressões como “em tese”, “supostamente”, “aparentemente”, “há indícios de prática delituosa”, “tudo leva a crer que”, tendentes a demonstrar isenção e evitando a eloquência acusatória, em verdade, pode já ter valorado e formado uma convicção sobre o caso e, mesmo com tal linguagem supostamente isenta de valoração, já valorou a causa penal e seu suposto autor. Aí reside um problema, pois, segundo AURY LOPES JUNIOR, “quando ocorre o prejulgamento, o julgador não admite mais a hipótese de ‘absolvição’ como válida”.²⁰²

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI sustenta que, quanto à regra da prevenção, “não se trata de simples opção metodológica e nem de organização judiciária, mas revolve uma opção política de processo penal, isto é, um processo penal democrático ou totalitário”.²⁰³

A impressão causada com a apreensão preliminar do conteúdo do inquérito (seja quando o juiz de ofício determina provas ou pela natureza das deliberações daquela fase) acaba sendo levada para a fase processual e dificilmente é afastada durante todos os atos do *iter* procedimental, gerando um quadro decisório do primado das hipóteses sobre os fatos.

Isso porque, consoante ALBERTO BINDER:

Quando afirmamos que esta primeira fase do processo penal é “preparatória”, queremos dizer, fundamentalmente, que os elementos de prova que ali estão reunidos não valem ainda como “prova”. Já vimos que existe uma garantia básica que consiste no julgamento prévio, ou seja, que nenhuma pessoa pode ser condenada sem um julgamento no qual seja apresentada a prova que permitirá comprovar a sua culpabilidade ou sua inocência. O julgamento é, portanto, o momento da prova, em um sentido básico. O anterior não é senão a coleta dos elementos que servirão para provar a acusação durante o julgamento; este é precisamente, o sentido das palavras “preparatório da acusação”, com as quais qualificamos o procedimento anterior ao julgamento.

(...)

Apesar disso, devemos reconhecer que nossos sistemas processuais funcionam sobre a base de uma *conversão automática* em “prova” dos elementos reunidos pela investigação, mesmo que estes sejam produzidos diretamente no julgamento. Desse modo, na prática, as sentenças são proferidas quase exclusivamente com base no “sumário”, e isto significa *prescindir do julgamento prévio, ou seja, proferir sentenças inconstitucionais*.²⁰⁴

²⁰² LOPES JÚNIOR, **Direito...** op. cit., p. 525. Sobre a necessidade de verificar a fundamentação dada pelo julgador que atua na fase do inquérito policial e se verificado um claro e efetivo prejulgamento, seja quanto à existência do crime, seja quanto à sua autoria, haverá a quebra da imparcialidade objetiva, a justificar o impedimento do magistrado, para afastar do processo o juiz que tenha emitido juízos de valor que possam indicar uma propensão condenatória, ver: BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 325.

²⁰³ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p. 63.

²⁰⁴ BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 181.

Para ANDRÉ MACHADO MAYA, com a separação de atuação nas duas fases preservar-se-á a imparcialidade do juiz competente para o julgamento do mérito da ação penal, evitando-se, assim, a contaminação subjetiva inerente à fase pré-processual e otimizando-se a garantia do contraditório. Assim, o julgador formará sua convicção apenas com a prova produzida em instrução criminal, com a paritária participação da acusação e defesa.²⁰⁵

Ainda que não exista no sistema processual penal brasileiro a figura de um juiz instrutor,²⁰⁶ o juiz que aqui atua na investigação preliminar faz subsunções provisórias dos fatos à norma e, assim, os valora na medida em que profere decisões importantes que afetam a esfera jurídica do investigado, formando, voluntariamente ou não, convicções sobre os elementos informativos e sobre as pessoas.

A prevenção, portanto, pode acabar atuando como um *nudge*²⁰⁷ ou um estímulo (*trigger*²⁰⁸) viesador que pode conduzir à tomada de decisão tendencial e potencialmente parcial. Por isso a arquitetura do procedimento penal precisa ser revista para assegurar julgamentos o mais imparciais possíveis, minimizando a influência dos vieses de cognição.²⁰⁹ Para tanto, é preciso compreender, no plano psicológico, e com o auxílio de outros saberes, o prejuízo que pode ser causado à imparcialidade o fato de o juiz ter atuado previamente na fase investigativa. A imparcialidade é uma meta a ser alcançada,²¹⁰ um ideal esperado na atuação do julgador, contudo, não se pode ignorar as inúmeras circunstâncias que podem acabar direcionando o entendimento do julgador, sendo a prevenção uma delas.

Avançando na compreensão dessa dimensão, passaremos a estudar quais as atividades desenvolvidas pelo juiz brasileiro na primeira fase da persecução penal e como tal atuação pode acabar por impactar negativamente na imparcialidade.

²⁰⁵ MAYA, André Machado. Outra vez sobre juiz das garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 215, out. 2010, p. 14.

²⁰⁶ Nereu José Giacomolli destaca que em sistemas processuais de modelo investigatório do Juizado e Instrução, o comando e direção da investigação preliminar do processo penal fica sob responsabilidade de um juiz de direito. Aponta que se tentou introduzir o sistema no Brasil, em 1936, pelo então Ministro da Justiça Vicente Ráo, porém não foi admitido no CPP de 1941. Afirma que o juizado de instrução representa um retrocesso em termos de processo penal democrático e humanitário e sua atividade denuncia traços inquisitoriais, na medida em que há um comprometimento da originalidade da fase judicial, sendo inviável uma conciliação entre os objetivos e as funções da fase preliminar e os do juízo. *In*: GIACOMOLLI, **A fase preliminar...** op. cit., p. 46.

²⁰⁷ *Nudge*, em inglês, significa “dar um empurrãozinho”, “cutucar”.

²⁰⁸ *Trigger*, em inglês, significa um “gatilho”, um “estímulo”.

²⁰⁹ Cfr. item 3.2.1, *infra*.

²¹⁰ Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a imparcialidade é uma *meta optata*, ou seja, “uma meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição, razão porque se busca criar mecanismos capazes de garanti-la”. COUTINHO, **Introdução...** op. cit., p. 37.

2.4. INDEVIDAS ATIVIDADES OFICIOSAS DESENVOLVIDAS PELO JUIZ NA FASE DE INVESTIGAÇÃO

É reducionista assimilar investigação preliminar a inquérito policial, como se este fosse a única forma de apuração de um ato criminoso. A apuração inicial do fato pode se dar por outros meios, por exemplo, Investigação Legislativa por meio de Comissão Parlamentar de Inquérito – art. 58, § 3º, da Constituição Federal;²¹¹ Procedimento Investigatório Criminal – PIC²¹²; Procedimentos Disciplinares para apurar infrações funcionais e aplicar penalidades aos agentes públicos no âmbito federal – Lei n. 8.112/1990; Inquérito administrativo para apuração de crimes concorrenciais no âmbito do CADE – Lei n. 12.529/2011; Inquérito Policial Militar previsto no Código de Processo Penal Militar.

Todavia, fazendo um corte metodológico aos fins do presente trabalho, concentrar-se-á a investigação preliminar realizada por meio de inquérito policial, por ser a forma mais corriqueira de apuração preliminar criminal e, também, por ser o *locus* comum de atuação do juiz de garantias.

Ao longo da persecução penal, tem-se uma gradação de termos em relação à pessoa, a depender do acervo colhido para imputação de responsabilidade. Na fase pré-processual, na base dessa gradação, tem-se o *investigado*, com o menor grau de convicção. Uma denúncia anônima basta para iniciar uma investigação, mas é imprestável, por si só, para autorizar medidas mais restritivas de direitos. Diz-se *suspeito* alguém com um maior grau de convicção a ponto de já ser possível adentrar na esfera de direitos fundamentais. *Indiciado* é o máximo de qualificação jurídica que a autoridade policial pode realizar. O art. 2º, § 6º,

²¹¹ Art. 58, § 3º: As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

²¹² No RE 593727, o STF fixou a seguinte tese: “Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado”. STF. **Recurso Especial 593727**, Repercussão Geral. Relator: Min. Cezar Peluso, Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, DJ: 14/5/2015, publicação em 8/9/2015. Em 2017, sobreveio a Resolução n. 181/2017 do CNMP, posteriormente alterada pela Resolução n. 183/2018, que dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. O PIC “terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal”. Igualmente aqui, quando houver necessidade de medida mais invasiva aos direitos fundamentais, o juiz será chamado a decidir.

da Lei n. 12.830/2013, estabelece que o indiciamento²¹³ é ato privativo e fundamentado do Delegado de polícia, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias. Essa primeira fase da persecução penal se inicia por um juízo de possibilidade²¹⁴ e busca-se um juízo de probabilidade, com indícios de autoria em desfavor do imputado,²¹⁵ expressão essa geral para indicar uma suspeita em relação a uma pessoa e um fato determinado.²¹⁶

Relatado o inquérito pela autoridade policial, os autos serão remetidos ao Ministério Público ou, se for o caso, ao acusador privado, que analisará os elementos de informação existentes e se entender pela existência de um lastro probatório mínimo em desfavor do então *indiciado*, oferecerá acusação formal (denúncia ou queixa-crime) com a qual se dá início à fase processual. O juiz, ao receber a peça de acusação, transmuda a posição de *denunciado/querelado* para *acusado*. Para esse estágio da persecução penal é necessário o

²¹³ Nereu José Giacomolli critica a ausência de um momento claro do indiciamento, o que “paralisa o exercício dos direitos do investigado”. Prossegue afirmando que a imputação policial, por alterar o *status* jurídico do sujeito, de investigado para indiciado (isso quando não é tratado, externamente, como mera testemunha), há de “ocorrer sempre que se apresentarem elementos suficientes da autoria e da materialidade do fato e não somente ao final do inquérito, em ato conjunto com o relatório”. Assim, já há delimitação da autoria e da materialidade, quando da prisão em flagrante, dos pedidos de prisão preventiva e de medidas protetivas do *status libertatis*, quando o indiciamento, ainda que provisório, já deveria ocorrer nestes momentos procedimentais, sob pena de fragilizar o exercício pleno da reação defensiva. *In: GIACOMOLLI, A fase preliminar...* op. cit., p. 56.

²¹⁴ “Juízo possível consiste naquele que, logicamente, não é contraditório. Inexistem motivos fortes pró ou contra. Emerge neutral, assim: é possível que o homem seja o homicida, mas é possível que não seja. Aflora como suspeito”. *In: PITOMBO, Sérgio Marcos Moraes. O indiciamento como ato de polícia judiciária. Revista dos Tribunais online*, n. 577, p. 313-316, nov. 1983.

²¹⁵ Sobre o uso do termo “imputado” como o primeiro degrau da escalada do sujeito passivo: “*La imputación es el primer peldaño de la escalera. Cuando me he puesto a examinar bajo este aspecto el contenido, me ha parecido que pueda atribuírsele el carácter de un juicio de posibilidad, más bien que el de probabilidad. (...) A la verdad, así es: es necesario, para juzgar definitivamente, pasar a través de una serie de juicios provisionales; la escala de los juicios, precisamente. La escala de la paciencia, en fin de cuentas. El proceso penal debería ser un juego de paciencia más largo que el proceso civil. Antes de poder castigar a un hombre, es preciso condenarlo; pero antes de condenarlo, preciso es juzgar si puede ser sometido a debate; y antes de someterlo al juicio acerca de la posibilidad de someterlo a debate, hay todavía un juicio anterior. Ese juicio es la imputación: el primer peldaño de la escalera*”. Tradução livre: “A imputação é o primeiro degrau da escada. Quando comecei a examinar o conteúdo deste ponto de vista, pareceu-me que poderia ser atribuído o caráter de um julgamento de possibilidade, em vez de probabilidade (...). Na verdade, é assim: é preciso, para julgar definitivamente, passar por uma série de sentenças provisórias; a escala dos julgamentos, precisamente. Afinal, a escala da paciência. O processo penal deve ser um jogo de paciência mais longo do que o processo civil. Antes que um homem possa ser punido, ele deve ser condenado; mas antes de condená-lo, é necessário julgar se ele pode ser sujeito a debate; e antes de submetê-la a julgamento sobre a possibilidade de submetê-la a debate, há ainda um julgamento prévio. Esse julgamento é a imputação: o primeiro degrau da escada”. CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro. 1960, p. 138-139.

²¹⁶ Para melhor compreensão: PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Breves notas sobre o anteprojeto de lei, que objetiva modificar o Código de Processo Penal, no atinente a investigação policial. **Revista Cejap**, Campinas, n. 2, p. 3-16, 2000., p. 11; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Decisão Judicial e medidas cautelares pessoais: em busca de um modelo decisório ideal. *In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (Orgs.). Eficiência e garantismo: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 291; LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 419-422 e 426-428.

juízo positivo de *probabilidade*, o qual se atinge com um lastro probatório mínimo (justa causa) a autorizar a instrução da causa penal sob a tutela judicial.²¹⁷

O inquérito policial é atividade pública exercida por autoridade policial, tem natureza administrativa e finalidade judiciária,²¹⁸ com vistas à averiguação de eventual conduta delituosa e indícios de sua respectiva autoria.

O inquérito policial é dispensável. A *opinio delicti* do acusador pode estar amparada em outras formas de investigação preliminar ou em outros elementos de informação. Como exemplo, a previsão do art. 27 e art. 39, ambos do CPP, que dispõem que qualquer pessoa do povo, incluindo o ofendido quando da representação, poderá levar ao conhecimento do Ministério Público elementos, por escrito, sobre o fato e a autoria que, se suficientes, dispensam o inquérito.

A despeito das críticas ao inquérito policial,²¹⁹ o legislador definiu, no art. 2º, da Lei n. 12.830/2013, que essa modalidade de investigação criminal conduzida por Delegado de polícia é essencial e privativa do Estado. Diz-se privativa do Estado, porque efetuada pela Polícia Judiciária Civil ou Federal²²⁰ que, segundo o art. 144, § 1º, inciso I e § 4º, da Constituição Federal de 1988, tem a atribuição de apurar infrações penais. Com isso, tem-se

²¹⁷ Segundo o magistério do Professor Maurício Zanoide de Moraes, a fase de investigação não se conclui apenas com o juízo de certeza; bastando o juízo de probabilidade de que o fato tido como criminoso ocorreu ou não e quem é seu eventual agente. A maior qualidade da investigação relaciona-se com uma maior probabilidade de que o ato foi praticado ou não. Ensina que uma boa investigação não é apenas a que conclui pela probabilidade da ocorrência da hipótese criminosa e seu autor, mas também a que conclui pela probabilidade de que o fato não ocorreu, não é crime ou que o suspeito não foi seu agente. A investigação não tem compromisso com a certeza, mas com a probabilidade (quanto mais alta melhor) de ser ou não ser. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. 1º e 2º semestre de 2018, notas pessoais de aula da graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Nesse sentido também: “Juízo provável é o verossímil. Aproxima-se da verdade, sem, necessariamente, ser verdadeiro. Parte de razões robustas, porém ainda não decisivas. Não bastante suficientes, senão para imputar. Surge aneutral, assim: é provável que o homem seja o homicida, por causa dos meios de prova colhidos, mas talvez não seja. Deve, portanto, ser indiciado”. In: PITOMBO, O indiciamento... op. cit. Ainda, sobre o nível indiciário de cognição, buscando-se na investigação um juízo conclusivo, positivo ou negativo, de probabilidade (e não de certeza) criminosa, que legitime o início ou não do processo penal: MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido. 2018, p. 104.

²¹⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro** [livro eletrônico]: atualizado com a lei da prisão: Lei 12.403/2011. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2019, p. 51. No mesmo sentido: GIACOMOLLI, **A fase preliminar**... op. cit., p. 53.

²¹⁹ Críticas são feitas por conta da deficiência e anacronismo encontrados na prática. Reconhece-se a necessidade de sua manutenção, porém de forma aperfeiçoada, para torná-lo mais racional e produtivo, “separando-se desse momento o juiz, que tomará conhecimento apenas dos incidentes que necessitem de jurisdicionalização”. SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 142; LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação**... op. cit., p. 127-132.

²²⁰ Ambas integradas por delegados de carreira e cuja atividade é controlada externamente pelo Ministério Público (art. 129, VII, da Constituição Federal de 1988).

que tal fase pré-processual tem caráter “administrativo na forma e na substância, e judiciária no tocante à sua finalidade”.²²¹

No que tange à essencialidade como característica da função de investigação, o inquérito policial tem natureza cautelar de preservação de eventuais elementos de prova, colhendo-os tão logo cheguem ao conhecimento da autoridade policial, para que não se percam pela ação do tempo.²²² Assim, compete à autoridade policial, prontamente, realizar diligências para documentar, preservar e conservar os elementos de informação que possam revelar a materialidade e indícios de autoria, com vistas a “esclarecer a prática criminosa”²²³ (função preparatória) para formação da *opinio delicti* do órgão acusador, que pode ensejar um pedido de arquivamento ou o oferecimento da ação penal.

Propagar que o órgão acusador é o único destinatário do inquérito policial é uma visão ultrapassada.²²⁴ Em verdade, o interesse na apuração do fato não se limita ao órgão acusador, mas se estende à vítima, ao imputado, ao juiz que decide e assegura o cumprimento de direitos fundamentais nessa fase, bem como à sociedade, que, no contexto de um Estado Democrático, tem o direito de conhecer e fiscalizar as atividades públicas.²²⁵

MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES assevera que os dados colhidos no inquérito “não só informam, mas convencem”.²²⁶ Ou seja, as declarações de vítimas, os depoimentos de testemunhas, as declarações dos acusados e outras diligências investigativas servem não só para subsidiar o Ministério Público sobre a viabilidade ou não da ação penal, como também servem de elemento de convicção na tomada da decisão judicial em pedidos que tangenciam direitos fundamentais e no juízo de prelibação quando da análise da existência de justa causa para recebimento da ação penal.²²⁷

Para NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, a fase preliminar do processo penal “possui duas funções essenciais e contrapostas”, pois “sua função é de viabilizar e, ao mesmo tempo,

²²¹ TUCCI, *Direitos...* op. cit., p. 51.

²²² GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no Inquérito Policial. *RDPJ*. Brasília, a. 2, n.4, jul./dez. 2018, p. 61. Na mesma esteira: RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 259.

²²³ TUCCI, *Persecução Penal...* op. cit., p. 44.

²²⁴ Nesse sentido, em uma perspectiva democrática, não mais se sustenta a afirmação de José Frederico Marques, ao sustentar que: “É para acusar que o Estado investiga o delito e sua autoria e propõe, posteriormente, a ação penal. Donde inferir-se que a *persecutio criminis* tem por objeto: a) preparar a acusação; b) invocar a tutela jurisdicional do Estado-Juiz para julgar a acusação”. In: MARQUES, *Elementos...* op. cit., p. 131.

²²⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. 1º e 2º semestre de 2018, notas pessoais de aula da graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

²²⁶ GIMENES, Defesa... op. cit., p. 63.

²²⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 144.

de impedir o exercício da ação penal”,²²⁸ na medida em que o inquérito policial também serve para filtrar acusações infundadas e precipitadas. Desta forma, também tem natureza cautelar no sentido de “evitar excessos que a imediatidade de eventual ação penal poderia trazer à honra e à reputação do envolvido no processo penal”.²²⁹ AURY LOPES JÚNIOR igualmente destaca a necessidade da investigação preliminar com a função de filtro processual, evitando acusações infundadas, seja porque despidas de lastro probatório suficiente, seja porque a conduta não se reveste de aparência criminosa. Argumenta que “o processo é uma pena em si mesmo, pois não é possível processar sem punir e tampouco punir sem processar, pois é gerador de estigmatização social e jurídica (etiquetamento) e sofrimento psíquico”.²³⁰

AURY LOPES JÚNIOR destaca, ainda, a função “simbólica”, pois a visibilidade da atuação estatal investigatória contribui para o “restabelecimento da normalidade social abalada pelo crime, afastando o sentimento de impunidade”.²³¹

Outrossim, os elementos de informação²³² apurados no inquérito servem de subsídio para que o juiz analise pedidos de medidas cautelares (reais ou pessoais), meios de obtenção/investigação de prova e a admissibilidade da acusação.²³³ A partir da instauração do inquérito policial, inúmeras diligências podem ser adotadas que impliquem restrição a direitos fundamentais do suspeito, por afetarem sua liberdade, seu patrimônio, seu direito ao silêncio ou, em um sentido maior, seu direito de não produzir prova contra si, entre outras situações que demandem a intervenção judicial. MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES leciona, ainda, que na investigação o juiz não zela apenas pelos direitos fundamentais do imputado, mas, da mesma forma, tem que garantir os direitos da vítima, das testemunhas e mesmo dos agentes policiais (p.ex., em ações infiltração policial); pois, a atuação judicial,

²²⁸ GIACOMOLLI, **A fase preliminar...** op. cit., p. 50-51.

²²⁹ GIMENES, *Defesa...* op. cit., p. 61.

²³⁰ LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 120. No mesmo sentido: MACHADO, **Introdução...** op. cit., p. 106-107.

²³¹ LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 120.

²³² Conforme leciona Maurício Zanoide de Moraes, em regra, não se produz elemento de prova em investigação criminal, mas elemento de informação, pois elemento de prova necessita de contraditório perante o juiz. É o que se extrai do art. 155 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. *In*: ZANOIDE DE MORAES, Maurício. 1º e 2º semestre de 2018, notas pessoais de aula da graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

²³³ Sobre o valor probatório do inquérito policial, ver: LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 321-326.

pautada pela legalidade, não deve estar direcionada apenas às garantias de um dos envolvidos na persecução, mas de todos por ela atingidos.²³⁴

Nesta fase preliminar, uma abordagem constitucional conduz a que a atuação judicial deve se focar no controle da legalidade dos atos praticados no inquérito policial, como também análise de situações que somente podem ser autorizadas por um juiz (reserva de jurisdição).²³⁵ Na fase pré-processual, o juiz exerce atividade eventual, pois condicionada a haver um direito fundamental com risco de violação; seja quem for o seu titular.²³⁶ Diz-se uma atividade eventual porque pode ou não atuar no inquérito e, quando o faz, compete-lhe analisar e decidir questões que envolvam os direitos fundamentais não só do imputado, como também de todos aqueles que possam ser atingidos pela investigação.

Portanto, nem sempre o juiz atuará na fase de investigação.²³⁷ Há situações em que não pratica um ato sequer na investigação que tramita diretamente entre Delegacia e Ministério Público. É o caso, por exemplo, de inquérito instaurado via portaria, em cujo desenrolar não se faz necessário nenhum pedido ao juiz que dele somente virá a tomar conhecimento ao final, quando advier eventual pedido de arquivamento (redação originária do art. 28 do CPP) ou de oferecimento de acusação formal. Contudo, há casos outros em que o juiz atuará na investigação quando houver providência que interfira em direitos e garantias fundamentais. É o caso, por exemplo, de preso em flagrante, quando necessariamente o juiz vai atuar ao menos na audiência de custódia,²³⁸ para verificação da regularidade da prisão em flagrante e, se homologada, analisar a necessidade de conversão da prisão em preventiva, concessão da liberdade provisória com ou sem medida cautelar diversa da prisão. Ou, ainda, quando no curso da investigação houver necessidade de uma decisão judicial (reserva de jurisdição) sobre um pedido de prisão ou sobre medidas de obtenção de prova, tais como interceptação telefônica, busca e apreensão, infiltração policial, ação controlada, quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático.

A Constituição Federal delinea um sistema processual acusatório, com papéis definidos, conferindo ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal

²³⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. 1º e 2º semestre de 2018, notas pessoais de aula da graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

²³⁵ Nesse sentido: SILVA, A **atuação...** op. cit., p. 108.

²³⁶ Cfr. item 5.5.5, *infra*.

²³⁷ “O juiz, na fase investigativa, tem papel eventual, ‘contingente e excepcional’”. *In*: LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 260.

²³⁸ A audiência de custódia (que passou a ter previsão legal com a Lei n. 13.964/2019) é de realização obrigatória, segundo a Resolução n. 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, que, embasada em tratados internacionais aos quais o Brasil aderiu, determinou a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

pública, tendo na Polícia Judiciária o apoio operacional. Igualmente, o sistema acusatório é reforçado no CPP, sobretudo com a nova previsão do art. 3º-A do CPP²³⁹ que expressamente atribui ao processo penal brasileiro uma estrutura acusatória, restando vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Com isso, claramente se extraem duas conclusões: a) não compete ao magistrado iniciativa investigativa: a atividade investigativa compete exclusivamente aos órgãos encarregados constitucionalmente para tanto; b) não compete ao juiz arvorar-se no papel probatório que compete à parte acusatória; c) compete ao juiz decidir sobre *status libertatis* e medidas que demandam reserva jurisdicional, zelando pela legalidade na condução a investigação.

Juiz, portanto, não pode dirigir a investigação,²⁴⁰ devendo manter-se distante, para não estabelecer uma pré-concepção da situação investigada. Compete-lhe, tão somente, no papel constitucional que lhe é outorgado, zelar pela higidez da investigação e decidir acerca dos incidentes jurisdicionalizados nessa fase.

Quando o legislador atribui ao juiz poderes investigativos evidencia um resquício de inquisitorialismo²⁴¹ e uma manifestação de suspeita de que o aparato policial e o Ministério Público são incapazes de cumprirem seus misteres. O juiz que substitui o investigador²⁴²

²³⁹ O art. 3º-A do CPP, ao tempo da elaboração desta dissertação, encontra-se com eficácia suspensa por força das ADIs n. 6298, 6299 e 6300. Tem a seguinte redação: “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”. Na ADI 6.305, pede-se a declaração de inconstitucionalidade, ou, pelo menos, declarar a sua interpretação conforme a Constituição da República, para reconhecer que a vedação à atividade probatória do magistrado deve ser compreendida para as partes da relação jurídico-processual e não somente para o órgão de acusação.

²⁴⁰ “É justamente a intermediação do julgador em atos de natureza meramente administrativa da condução do inquérito que pode desnaturar a acusatoriedade do sistema, por comprometer a sua imparcialidade e a igualdade dos sujeitos do processo”. In: SILVA, A atuação... op. cit., p. 109.

²⁴¹ A problemática nessa situação (julgador que investiga) reside na formação de quadros mentais paranoicos que conduz ao primado da hipótese sobre os fatos conforme Franco Cordero: “A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Chamemo-os ‘primado da hipótese sobre os fatos’: quem investiga segue uma delas, às vezes com os olhos fechados; nada a garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem esse mister estimula, cautelarmente, a autocrítica; assim como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele que as coloca sobre a mesa, aponta na direção da ‘sua’ hipótese. Sabemos com quais meios persuasivos conta (...) usando-a orienta o êxito para onde quer”. In: CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p. 51.

²⁴² Pimenta Bueno, citado por Joaquim Canuto Mendes de Almeida, destaca a problemática da perda da imparcialidade quando o juiz indevidamente acumula papéis: “É essencial combinar o que a ordem pública reclama com as garantias das liberdades individuais. Que faz o juiz quando procede *ex officio*? Constitui-se simultaneamente julgador e parte adversa do delinqüente; dá denúncia a si próprio, escolhe as testemunhas e inquire-as, perguntando o que julga conveniente; e, por fim, avalia as provas que ele criou, e pronuncia ou não, como entende. Há nisto garantia alguma? O juiz não deve ser senão juiz, árbitro imparcial, e não parte. Ainda mesmo prescindindo dos abusos que essa acumulação facilita, tal confusão tende, por si mesma, a desvairar o espírito do julgador. Em verdade, quando ele é obrigado a criar em seu próprio espírito as primeiras suspeitas de quem seja o autor do crime, em vez de somente apreciar as que lhe são apresentadas, essas impressões

para suprir uma deficiência ministerial ou policial, a pretexto de fortalecer os trabalhos investigativos, na verdade enfraquece tais instituições que deveriam internamente gestionar por níveis de excelência de seus profissionais no desenvolvimento de suas atividades.

ADA PELLEGRINI GRINOVER afirma que juízes “têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual”.²⁴³ Juiz não é investigador de fontes de prova²⁴⁴ e tampouco deve determinar a produção de meio de obtenção de prova de ofício, porque aqui, sem dúvida, a imparcialidade corre perigo, na medida em que se elegem hipóteses e busca-se confirmá-las.

As fontes de prova²⁴⁵ são anteriores ao processo e os elementos de informação produzidos na fase inquisitorial se prestam diretamente a subsidiar a justa causa, um lastro probatório mínimo suficiente para oferecimento de uma acusação. Já os meios de obtenção²⁴⁶ de prova (também chamados de meios de pesquisa²⁴⁷ ou meio de investigação²⁴⁸) implicam restrição a direitos fundamentais do suspeito e se prestam para

influirão depois por modo perigoso. O amor próprio de sua previdência convidará a que não aprecie bem as contradições ou razões opostas, a que faça triunfar sua penetração; ele julgará antes de ser tempo de julgar. Em todo o caso, a dignidade do juiz, seu prestígio, a crença de sua imparcialidade, sobre que deve descansar a confiança pública, e que ele deve inspirar ao próprio delinqüente, sofrem ou desaparecem”. BUENO, José Antonio Pimenta. Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro. 5. ed., Jacinto Ribeiro dos Santos, editor, 1922, p. 105-106, apud ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Processo penal, ação e jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 115-116.

²⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Que juiz inquisidor é esse?. **Boletim IBCCrim**, n. 30, jun. 1995, p. 1.

²⁴⁴ “A distinção entre fonte de prova e meio de prova é relevante na medida em que possibilita compatibilizar o processo penal acusatório com os poderes instrutórios do juiz. O juiz não pode ser um investigador de fontes de prova. Como já visto, a atividade de investigação pressupõe a eleição mental, ainda que provisória, de uma hipótese preferível a ser investigada. E nessa escolha há um comprometimento psicológico com a hipótese eleita, que coloca em risco a imparcialidade do investigador. Portanto, quem investiga não pode julgar. Coisa diversa, porém, é admitir que, uma vez existindo nos autos do processo a notícia de uma fonte de prova – que não foi investigada pelo julgador, mas que se teve conhecimento por atividade das partes – o juiz possa determinar sua introdução no processo, mediante a produção do meio de prova correspondente”. In: BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 432. Para compreensão quanto à terminologia da prova: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flavio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (orgs.). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303-318.

²⁴⁵ “A fonte de prova é tudo que é idôneo a fornecer resultado apreciável para a decisão do juiz, por exemplo, uma pessoa, um documento ou uma coisa. As fontes de prova são anteriores ao processo (por exemplo, alguém que viu um acidente é testemunha do acidente, mas o meio de prova somente ocorrerá se houver um depoimento judicial dessa testemunha)”. In: BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 431. Para compreensão quanto à terminologia da prova: GOMES FILHO, Notas... op. cit., p. 303-318.

²⁴⁶ No estudo do direito probatório, destacam-se como meios de obtenção de prova, previsto no CPP, a busca e apreensão (equivocamente classificada como meio de prova) e, em leis especiais, a interceptação telefônica, quebras de sigilo bancário e fiscal, infiltração de agentes e ação controlada. Uma das características dos meios de obtenção de prova é a surpresa e o contraditório diferido. Por implicarem restrição a direitos fundamentais do investigado, demandam decisão judicial fundamentada (reserva jurisdicional). In: BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 433-435.

²⁴⁷ DEZEM, **Curso...** op. cit., p. 601.

²⁴⁸ “Os meios de pesquisa ou investigação dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo)”. In: GOMES FILHO, Notas... op. cit., p. 309.

coleta de fontes ou elementos de prova. Portanto, o destinatário direto desses resultados é o acusador.

Sendo, portanto, ínsita à atividade investigativa a busca de fontes de prova e a provocação quanto à necessidade de um meio de obtenção de prova, a atuação judicial, nessa fase, depende de pedido expresso. Quando provocado, portanto, deverá o juiz analisar o pedido e verificar o preenchimento dos requisitos legais e constitucionais para deferimento ou não da medida, em decisão fundamentada, o que implica a necessária análise dos elementos informativos colhidos pela autoridade policial (ou em PIC) que subsidiam o pleito. Isso é o que se espera em uma persecução penal de feição acusatória.

Contudo, há na legislação brasileira previsões de atuação de ofício do juiz na fase de investigação incompatíveis com a postura imparcial que se espera do julgador. Neste sentido, destacam-se três situações: a previsão do art. 156, I, do CPP; a determinação oficiosa de medidas de obtenção de prova e, por fim, a decretação de medidas cautelares de ofício.

Não são poucas as críticas doutrinárias²⁴⁹ quanto à previsão do art. 156, I, do CPP²⁵⁰, que, na contramão do sistema acusatório, faculta ao juiz, de ofício, ordenar, ainda na fase de investigação, a produção antecipada de provas, consideradas urgentes e relevantes. Fruto da reforma parcial do CPP de 2008²⁵¹, o art. 156, I, do CPP permite ao juiz a iniciativa probatória na fase de investigação, quando ainda sequer há acusação formada.²⁵²

²⁴⁹ Nesse sentido: MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 63; ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 148 e 165. Em sentido contrário, de que não se pode criticar de inconstitucional o art. 156, I, do CPP: MISAKA, Marcelo Yukio. Os poderes... op. cit., p. 339-341.

²⁵⁰ Art. 156. “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”.

²⁵¹ A redação é fruto do Projeto de lei n. 4.205/2001, transformado na Lei n. 11.690/2008. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=597>>. Acesso em: 12 abr. 2022. A redação original do art. 156 do CPP era a seguinte: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Conforme leciona Antonio Magalhães Gomes Filho, na redação original, o art. 156 do CPP, já previa a questão do ônus da prova e tratava dos poderes instrutórios do juiz no curso da instrução ou antes de proferir sentença. Porém, com a Lei n. 11.690/2008, introduziu-se, quanto aos poderes do juiz, uma ampliação para dizer que podem ser utilizados antes mesmo de iniciada a ação penal (art. 156, I). GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas: lei 11.690, de 09.06.2008*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 255.

²⁵² Para Antonio Magalhães Gomes Filho, a inovação do inciso I do art. 156 não atribui poderes de investigação ao juiz penal, pois “é difícil imaginar que um juiz ativo na fase de investigação possa ser, ao mesmo tempo, um magistrado imparcial no momento da decisão, porque a tarefa de recolher elementos para a propositura da ação penal é, por natureza, parcial e, no nosso sistema, realizada unilateralmente pelos órgãos oficiais incumbidos da persecução”. Com isso, o autor afirma que o novo texto do inciso I do art. 156 do CPP só pode ser lido à luz da Constituição e, em especial, no quadro do modelo de processo acusatório que ela consagra, porque somente assim, afasta a figura do juiz investigador. Como exemplo, cita o autor a decisão da ADIn

Na fase de investigação, entende-se pela impossibilidade de atribuição de poderes instrutórios ao juiz, ou seja, inconcebível que o julgador atue como investigador de fontes de provas.²⁵³ Iniciativas instrutórias *ex officio* na fase de investigação são inconcebíveis, de forma que o art. 156, I, do CPP, tem a sua constitucionalidade criticável, na medida em que tira o juiz de seu papel constitucional de imparcialidade, usurpando atribuições que não são suas, pois a nenhum juiz cabe investigar. Nem mesmo a obrigatoriedade de motivação da “necessidade, adequação e proporcionalidade da medida” é capaz de legitimar a iniciativa instrutória. Tal motivação estará sujeita a um controle apenas *a posteriori*, na fase processual, pelo próprio juiz que determinou a sua realização, porque preventivo.²⁵⁴

Também há, na legislação brasileira, previsões de atuação de ofício do juiz na determinação da produção de meios de obtenção de prova, sendo tal atividade incompatível com o que se espera de um juiz no sistema acusatório.

Assim o é na previsão de busca e apreensão. Pode o juiz, de ofício ou mediante requerimento (art. 242, do CPP), decidir sobre busca e apreensão de bens (arts. 240 a 250 do CPP), domiciliar ou pessoal e, para tanto, deverá verificar a existência de “fundadas razões” (art. 240, § 1º, do CPP), quando da busca em domicílio, e “fundada suspeita” (art. 240, § 2º, do CPP), quando se tratar de busca pessoal.

A Lei n. 9.034/1995, que tentou instituir a figura do juiz investigador, teve pronta repulsa na doutrina²⁵⁵ e também do STF. Na ADI 1570,²⁵⁶ declarou-se a

1.570/DF, em que se julgou inconstitucional previsão da Lei 9.034/1995 que permitia ao juiz penal realizar pessoalmente diligências de colheita de dados sigilosos, em qualquer fase da persecução penal, quando o STF assentou que isso viola a imparcialidade judicial, já que os juízes não têm competência para investigar em âmbito extraprocessual. GOMES FILHO, Provas... op. cit., p. 260-261.

²⁵³ Nesse sentido, a observação de Gilberto Thums, de que “É absurdo imaginar um juiz ativo, investigador, inquisidor, à procura de provas para se convencer”. In: THUMS, **Sistemas...** op. cit., p. 126.

²⁵⁴ A tentativa de remodelação global do CPP procura trazer uma perspectiva coerente, tanto que o art. 156, I, do atual CPP não encontra qualquer correspondente no projeto do novo CPP. Tanto assim o é que se insere nas atribuições do juiz de garantias *decidir* sobre o pedido de produção antecipada de prova (art. 15, inc. VI). Mas a Lei n. 13.964/2019, no influxo das indesejáveis reformas parciais, não revogou expressamente o art. 156, I, do CPP, muito embora a leitura conjugada com o novo art. 3º-A do CPP, quando este tiver sua vigência, implique, forçosamente, a conclusão por sua revogação tácita.

²⁵⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211. Também criticando a revogada Lei n. 9.034/1995: PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 176.

²⁵⁶ Ementa: “Juiz de instrução. Realização de diligências pessoalmente. Competência para investigar. Inobservância do devido processo legal. Imparcialidade do magistrado. Ofensa. Funções de investigar e inquirir. Mitigação das atribuições do Ministério Público e das Polícias Federal e Civil. (...)”. Neste julgamento da ADI 1570, o Ministro Relator afirmou que “ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade”. STF (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1570**. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ: 12/04/2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1662827>>. Acesso em: 12 abr. 2022. Posteriormente, a Lei foi revogada pela Lei n. 12.850/2013.

inconstitucionalidade do art. 3º,²⁵⁷ restando reconhecido, por maioria, que os dispositivos legais que atribuíam ao juiz poder de investigação, inclusive competência para diligenciar pessoalmente a obtenção de provas pertinentes à persecução penal, é manifestação de um resquício inquisitorial, violador do princípio do devido processo legal e comprometedor da imparcialidade do juiz. A referida lei, ao permitir que o juiz colhesse pessoalmente “dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais” que poderiam servir, adiante, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão, comprometia a imparcialidade judicial.

DENISE NEVES ABADE destaca que, mesmo após o advento da Constituição Federal, prosseguiu o legislador a promulgar leis em desacordo com os ditames constitucionais do processo penal acusatório, citando, além da Lei n. 9.034/95, as de n. 9.296/96²⁵⁸ e n. 9.613/98,²⁵⁹ que “contemplam uma larga margem de interferência do juiz na fase de investigação”.²⁶⁰

GERALDO PRADO destaca que o legislador, atribuindo tais poderes ao juiz, deseja maior “eficácia persecutória, mais repressão, e por essa razão antecipa a intervenção judicial, oferecendo ao juiz as condições que o titular da ação penal deveria dispor”, exigindo do juiz a “incorporação de um interesse público ou institucional voltado à repressão de delitos”.²⁶¹ Assim, tanto na Lei n. 9.034/1995 como na Lei n. 9.296/1996, a criticada atuação do juiz, sobretudo quando não há ação penal proposta, importa para o julgador na emissão de “juízos

²⁵⁷ Art. 3º “Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça”.

²⁵⁸ Outro evidente descompasso com o sistema acusatório é a possibilidade de o juiz, de ofício, determinar a interceptação telefônica, autorizado que está pelo art. 3º da Lei n. 9.296/1996 (art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento). Há, inclusive, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 4112), em trâmite no STF, por meio da qual se pretende o reconhecimento da inconstitucionalidade desse dispositivo, argumentando-se que, nessa parte, a norma compromete o princípio da imparcialidade e cria a figura de um “juiz inquisidor”, inaceitável em um sistema acusatório em que cada ator processual tem um papel constitucionalmente definido. Observe-se que o juiz atuante na investigação está prevento (art. 83 do CPP) para atuar em uma eventual fase subsequente (processual), instaurada a partir do recebimento da peça acusatória. Nesse contexto, uma interceptação telefônica iniciada pelo mesmo juiz que adiante julgará o caso penal afeta a imparcialidade do julgador, na medida em que ao autorizar a interceptação e acompanhá-la diretamente (autorizando, por exemplo, prorrogações, outros alvos ou, ainda, outros meios de obtenção de prova dela decorrentes), dificilmente o magistrado consegue se afastar de uma hipótese pré-concebida na fase de investigação.

²⁵⁹ Art. 4º: “O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes”.

²⁶⁰ ABADE, **Garantias...** op. cit., p. 166.

²⁶¹ PRADO, **Sistema...** op. cit., p. 176.

de mérito antecipados”²⁶² e que, ao assim agir, acaba por colaborar com a futura ação penal, pois “implementa providências que denunciam a sua suspeita em relação ao investigado”, com a inversão da presunção de inocência e, portanto, são inconstitucionais, por ofensa ao princípio acusatório.²⁶³

Nesse sentido, AURY LOPES JÚNIOR critica previsão legal que consagra a figura do “juiz-instrutor-inquisidor, com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos”. Decorre daí a incoerência, porque “decide primeiro, a partir da prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formaliza essa decisão”.²⁶⁴

Além de ferir o princípio da imparcialidade e o sistema acusatório, a iniciativa probatória do juiz na fase investigativa fere a presunção de inocência em seus três aspectos. O primeiro deles como “norma de tratamento”, porque ao sair à cata de fontes de prova confirmatórias de uma tese pré-estabelecida, enxerga no imputado um potencial autor do fato, cuja acusação sequer foi formulada. O segundo aspecto como “norma probatória”, na medida em que usurpa atribuições que não lhes são próprias, mas dos órgãos persecutórios. Por fim, como “norma de juízo”, que igualmente afeta o estado de inocência, ao considerar insuficiente o material probatório até então produzido para subsidiar uma acusação formal e sua admissibilidade e, sendo de fato insuficiente, deveria conduzir a rejeição da peça acusatória, por ausência de justa causa.²⁶⁵

Como terceiro eixo de criticáveis atuações oficiosas do juiz estão as medidas cautelares, pessoais ou reais. No âmbito das medidas cautelares pessoais, o juiz terá de resolver questões sobre a liberdade dos imputados, o que perpassa pela análise de prisões cautelares e medidas cautelares diversas da prisão. Na seara patrimonial, como medidas assecuratórias, o juiz poderá ter que analisar medidas cautelares reais como sequestro e arresto de bens.²⁶⁶ No campo das medidas cautelares pessoais, o juiz deverá analisar o auto de prisão em flagrante, verificando se os requisitos legais foram observados. Se não for o caso de relaxamento, uma vez homologado o auto de prisão em flagrante, deve o juiz ponderar sobre o cabimento de liberdade provisória, com ou sem fixação de medida cautelar diversa da prisão e, como *extrema ratio*, se é o caso de conversão do flagrante em prisão preventiva. O juiz deverá motivadamente indicar os pressupostos e requisitos legais, embora

²⁶² PRADO, **Sistema...** op. cit., p. 177.

²⁶³ *Ibid.*, p. 185.

²⁶⁴ LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 64-65.

²⁶⁵ ZANOIDE DE MORAES, **Presunção...** op. cit., p. 469.

²⁶⁶ LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 113.

não se possa exigir uma cognição profunda dos pressupostos fáticos, o que não cabe na fase investigativa.

No que se refere às medidas cautelares pessoais, reformas parciais foram gradualmente retirando a atuação de ofício do juiz. Na redação original do art. 311 do CPP de 1941, o juiz, poderia, de ofício, decretar a prisão preventiva em qualquer fase da persecução penal.²⁶⁷ Com a reforma parcial de 2011, a Lei n. 12.403/2011 alterou a redação do art. 282, introduzindo o § 2º que limitou a atuação oficiosa do juiz para decretação de prisão preventiva na fase de investigação: “§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”. A separação é nítida: a) antes de iniciada a fase processual, o juiz não poderia decretar medidas cautelares de ofício; e b) já em fase processual, o juiz poderia decretá-las de ofício.²⁶⁸ Percebe-se já, aqui, uma preocupação do legislador em vedar a decretação de prisão de ofício na fase de investigação, de forma a impedir o comprometimento psicológico do magistrado.

Mais recentemente a redação do § 2º do art. 282 foi alterada pela Lei n. 13.964/2019 para vedar a decretação de medida cautelar de ofício pelo juiz, condicionando-a a “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”. É mais uma clara indicação da opção legislativa por um sistema acusatório, sem atuação de ofício pelo juiz, desta feita, em nenhuma fase da persecução penal. A Lei n. 13.964/2019 também alterou o § 4º, do art. 282, acabando com a possibilidade de atuação oficiosa do juiz no caso de descumprimento de qualquer de medidas cautelares. O Quadro 4 abaixo apresenta as alterações no art. 282 do CPP de 1941 trazidas pela Lei n. 13.964/2019.

²⁶⁷ Art. 311. “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria”. BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, p. 19699, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.html. Acesso em: 12 abr. 2022.

²⁶⁸ Andrey Borges de Mendonça destaca a similitude com o art. 194, § 1º, do CPP português, segundo o qual: “(...) as medidas de coação e de garantia patrimonial são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e depois do inquérito mesmo oficiosamente, ouvido o Ministério Público”. In: MENDONÇA, **Prisão...** op. cit., p. 65.

Quadro 4 - Alterações no art. 282 do CPP de 1941 trazidas pela Lei n. 13.964/2019

Redação anterior do CPP de 1941	Redação dada pela Lei n. 13.964/2019
art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:	art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.	§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público
§ 3º (...)	§ 3º (...)
§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único)	§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código

Fonte: Elaborado pela autora.

Mutatis mutandis, se no Processo Civil fala-se em vedação da surpresa (art. 10 do CPC²⁶⁹), impedindo que o juiz surpreenda as partes ao privilegiar o contraditório sobre uma circunstância fática, por maior razão neste campo das cautelares processuais penais, que pode implicar uma medida de *extrema ratio* como a prisão preventiva.

Veja-se, ainda, a impossibilidade de conversão de ofício, no contexto da audiência de custódia, de prisão em flagrante em prisão preventiva. É necessário que haja um requerimento do Ministério Público ou uma representação da autoridade policial, provocando o juiz quanto à efetiva necessidade de conversão, como *ultima ratio*, não podendo o juiz de ofício converter ou decretar a preventiva, o que afrontaria o sistema acusatório.²⁷⁰

²⁶⁹ Art. 10 do CPC. “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

²⁷⁰ STF (6. Turma) **EDcl no AgRg no HC 653425/MG**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. DJ:16/11/2021, DJe 19/11/2021; STF (5. Turma). **AgRg no HC 700246/MG**. Relator: Min. Ribeiro Dantas. DJ: 09/11/2021, DJe 16/11/2021; STF (6. Turma). **HC 673223/BA**. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. DJ: 09/11/2021, DJe 12/11/2021; STF (6. Turma). **AgRg no HC 688702/DF**. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª REGIÃO). DJ: 14/10/2021, DJe 04/11/2021; STF (6. Turma). **AgRg no HC 652886/MT**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. DJ: 28/09/2021, DJe 30/09/2021; STF (5. Turma). **AgRg no HC 668973/SE**. Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF). DJ: 14/09/2021, DJe 24/09/2021. No mesmo sentido: “A reforma introduzida pela Lei n. 13.964/2019 (‘Lei Anticrime’) modificou

Encerrando qualquer dúvida que eventualmente pudesse ainda existir quanto à atuação do juiz, de ofício, em sede de medidas cautelares pessoais, a nova redação do art. 311 do CPP deixa claro que: “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”. Fica evidente a intenção do legislador de impedir qualquer atuação oficiosa do magistrado, seja convertendo um flagrante ou decretando uma prisão cautelar.

No caso da prisão temporária, prevista na Lei n. 7.960/89 que, por expressa disposição legal, não pode ser decretada de ofício (art. 2º), exige-se motivação do juiz acerca das “fundadas razões” sobre a existência do crime e de sua autoria ou participação e a “imprescindibilidade” para investigação preliminar.²⁷¹

Já no que tange às medidas assecuratórias (cautelar real), deverá o juiz perscrutar, além da indispensável análise sobre o *fumus commissi delicti e periculum in mora*, sobre a “existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens” (nos casos de

a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. - A Lei n. 13.964/2019, ao suprimir a expressão ‘de ofício’ que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio ‘requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público’ (grifo nosso), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação ‘ex officio’ do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. - A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência. [...] - A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, no contexto da audiência de custódia, somente se legitima se e quando houver, por parte do Ministério Público ou da autoridade policial (ou do querelante, quando for o caso), pedido expresso e inequívoco dirigido ao Juízo competente, pois não se presume - independentemente da gravidade em abstrato do crime - a configuração dos pressupostos e dos fundamentos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, que hão de ser adequada e motivadamente comprovados em cada situação ocorrente”. STJ (S3 - Terceira Seção) **RHC: 131263 GO 2020/0185030-3**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. DJ: 24/02/2021, DJe 15/04/2021. Em sentido contrário: “[A] posterior manifestação do órgão ministerial ou da autoridade policial pela conversão ou decretação de prisão cautelar supre o vício de não observância da formalidade do prévio requerimento para a prisão preventiva decretada de ofício.” STJ (5. Turma). **AgRg no RHC 152473/BA**. Relator: Min. João Otávio de Noronha. DJ: 19/10/2021, DJe 25/10/2021; STJ (6. Turma). **HC 687351/MG**. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. DJ: 14/10/2021, DJe 19/10/2021; STJ (5. Turma). **AgRg no HC 619360/PR**. Relator: Min. Ribeiro Dantas. DJ: 03/08/2021, DJe 09/08/2021; STJ (5. Turma). **AgRg no HC 650907/RS**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. DJ: 15/06/2021, DJe 22/06/2021; STJ (5. Turma). **AgRg no HC 652072/ES**. Relator: Min. Felix Fischer. DJ: 18/05/2021, DJe 25/05/2021; STJ (5. Turma). **RHC 147229/AL (decisão monocrática)**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Dj: 12/05/2021, DJe 13/05/2021.

²⁷¹ STF. (Plenário). **ADI 4109/DF e ADI 3360/DF**. Relatora: Min. Carmen Lúcia, redator para o acórdão Min. Edson Fachin, DJ: 11/02/2022.

sequestro)²⁷² e “certeza da infração e indícios suficientes de autoria” (nos casos de hipoteca legal e arresto).²⁷³

Tal exigência de motivação implica ao magistrado, no processo de tomada de decisão, que

examine atentamente os elementos indiciários colhidos na investigação policial e forme um juízo ‘provisório’ sobre a existência do crime (em grau de certeza, repita-se, no que concerne ao arresto e a hipoteca legal) e eventual aquisição dos bens com proventos criminosos (quando se tratar de sequestro).²⁷⁴

MARCELLUS POLASTRI LIMA defende a inconstitucionalidade da decretação de sequestro de ofício na fase de investigação, pois o juiz não pode, na fase de investigação, abandonar sua imparcialidade para, “violando o princípio *ne procedat ex officio*, substituir a parte”.²⁷⁵

Por outro lado, MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES, em aprofundado estudo sobre as medidas assecuratórias do CPP, destaca que a decretação de medidas cautelares patrimoniais, no processo penal, somente pode ser procedida pela autoridade judicial competente, o que ocorre mediante provocação ou, em algumas hipóteses, de ofício. Ressalta a autora que o CPP é “extremamente confuso e assistemático”. O estatuto processual prevê, expressamente, que o juiz, de ofício, pode decretar sequestro, o que também ocorre no sequestro previsto na Lei n. 9.613/1998. Questiona se “deveria ser imposta alguma limitação a tal poder do juízo, tendo em conta que os direitos patrimoniais da vítima são renunciáveis e, portanto, nada guardariam com o poder-dever do Estado” e, por isso, destaca críticas que são feitas aos poderes conferidos ao juiz e, também, por outro lado, se tal poder não deveria se estender a todas as demais medidas cautelares patrimoniais.²⁷⁶

Prossegue MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES no sentido de que há argumentos favoráveis à decretação da providência acautelatória de ofício porque ao juiz

²⁷² Art. 126 do CPP: “Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”. art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

²⁷³ Art. 134 do CPP. “A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria. E art. 137 “Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis”.

²⁷⁴ RITTER, **Imparcialidade...** op. cit., p. 167.

²⁷⁵ LIMA, **A tutela...** op. cit., p. 168. No mesmo sentido: LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 710.

²⁷⁶ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 127.

compete tutelar pela efetividade de suas decisões e existe interesse público na reparação integral do dano, como consequência, inclusive do efeito civil da sentença penal condenatória.²⁷⁷ Mas alerta que é possível criticar tal entendimento, pois, se fosse o mote do interesse público o pagamento de despesas e pena pecuniária, tal previsão de decretação de ofício também deveria se estender para a especialização da hipoteca legal e arresto, o que não ocorre na atual sistemática. A autora, de *lege ferenda*, propõe uma sistematização das medidas cautelares patrimoniais, defendendo que o juiz possa, de ofício, decretar não só o sequestro, como também o arresto e a especialização da hipoteca legal, desde que presente a justa causa, pois a ele cumpre garantir a eficácia dos efeitos de eventual decisão penal condenatória. Segundo a autora, “a medida poderia ser por ele decretada tendo em vista a garantia da reparação do dano à vítima, o asseguramento do pagamento das despesas e/ou o pagamento de multa”,²⁷⁸ ao tempo que reconhece a necessidade de aprimoramento da redação, para exclusão da expressão indícios “veementes”.²⁷⁹

Tem-se que a imparcialidade fica especialmente comprometida nas hipóteses em que o juiz, ao motivar o deferimento de uma medida cautelar, vale-se da eloquência acusatória, ou seja, de afirmações categóricas sobre a culpabilidade do imputado. Isso é particularmente pertinente à medida em que o juiz, na concessão da medida cautelar, precisa fundamentar a “existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens” (nos casos de sequestro) e “certeza da infração e indícios suficientes de autoria” (nos casos de hipoteca legal e arresto).

Para HÉLIO TORNAGHI, a expressão indício veemente é um resquício do sistema das provas legais, pois “são os que levam a grave suspeita, os que eloquentemente apontam um fato, gerando uma suposição bem vizinha da certeza”.²⁸⁰ Assim, sustenta que a lei faculta ao juiz a decretação de ofício, condicionada à prudente descrição do juiz, pois “só êle pode julgar se existem indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”(sic).²⁸¹ Partindo do conceito de “grave suspeita” e “vizinha da certeza”, parece-nos que há um comprometimento psicológico do magistrado que, na fase de investigação, decreta de ofício a providência.

²⁷⁷ GIMENES, As medidas... op. cit., p. 127-128.

²⁷⁸ Ibid., p. 217.

²⁷⁹ Ibid., p. 111.

²⁸⁰ TORNAGUI, Hélio. **Instituições de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense. 1959, v. 5, p. 126. No mesmo sentido, acrescentando, ainda, que o termo também consiste em “probabilidade mais elevada, a que conduz a prova indireta”, ver: BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense. 1982, p. 418.

²⁸¹ TORNAGUI, **Instituições...** op. cit., p. 128.

Outro destaque é a previsão da Lei n. 9.613/1998, que no art. 4º prevê a apreensão e sequestro de bens ilícitos, o que pode ser feito, inclusive, de ofício pelo juiz, com contraditório diferido, para instrução de inquérito policial. Não bastasse isso, a lei ainda previa no revogado art. 4º § 4º (Revogação dada pela Lei n. 12.683/2012), que “a ordem de prisão de pessoas ou da apreensão ou sequestro de bens, direitos e valores, poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações”. Assim, as medidas cautelares reais e pessoais poderiam ser prorrogadas e executadas no momento mais oportuno pelo juiz quando previsse que seu cumprimento poderia comprometer o andamento das investigações. Atente-se para a redação revogada: se não houvesse provocação, seria possível depreender hipótese em que o juiz de ofício determinaria uma medida cautelar real e, suspeitando da inconveniência de execução da medida por ele já deferida, consultaria o Ministério Público sobre suas suspeitas, em uma espécie de parceria, para não comprometer as investigações.

Tal suspensão deveria ocorrer a pedido e por iniciativa do Ministério Público, restringindo-se o juiz a autorizar ou não o pedido feito pelo órgão de acusação. Não é papel do juiz preocupar-se com o comprometimento de investigações.²⁸²

Por todo o exposto, percebe-se que, dentre as atividades que competem ao juiz na fase investigativa integrante de uma persecução penal de feição constitucional, não está nenhuma atividade investigativa, seja em busca de fontes de provas, seja decretando de ofício medidas de obtenção de prova. Também não deve agir de ofício para decretar cautelares pessoais ou para assegurar o resultado prático de uma eventual condenação, quando sequer a acusação formal foi formulada.²⁸³ O papel do magistrado nesta etapa da persecução penal é de fiscalizar a legalidade da investigação e, quando provocado, decidir medidas que envolvam direitos fundamentais.

²⁸² ABADE, **Garantias**... op. cit., p. 172.

²⁸³ Nesse sentido, Andrey Borges de Mendonça argumenta que, tal qual a inviabilidade dos poderes do art. 156, I, do CPP, não deve o juiz, na fase de investigação, agir de ofício igualmente no que tange a medidas cautelares, nem para decretar uma medida, nem tampouco para determinar a realização de medida cautelar mais gravosa do que aquela solicitada pelo Ministério Público. Invoca dois motivos: a) o destinatário principal do inquérito policial na ação penal pública é o Ministério Público e, portanto, é a instituição que deve “perquirir acerca da necessidade e oportunidade de diligências cautelares neste momento”; e b) na fase de investigações, não é ainda certo que haverá realmente uma acusação, tudo a depender das provas a serem produzidas e da opinião delicti do Ministério Público. Assim, para o autor, se o magistrado, de ofício na fase de investigação, determinar medidas cautelares “estará fazendo um juízo antecipado, no mínimo, de que há *fumus bonis iuris* e, com isso, externando seu julgamento, antes que o próprio titular da ação penal tenha afirmado se é o caso ou não de oferecimento da ação penal”. In: MENDONÇA, **Prisão**... op. cit., p. 63-64.

Quando o magistrado viola a inércia, atua como verdadeiro juiz inquisidor na fase do inquérito, usurpando atribuições que são constitucionalmente asseguradas à Polícia Judiciária e ao Ministério Público, afetando a imparcialidade.

2.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

Neste capítulo, foi trabalhado o conceito de imparcialidade e sua importância central e estruturante no sistema acusatório. A imparcialidade, como uma construção jurídica, é absolutamente indispensável na heterocomposição dos conflitos. É necessário um sujeito supra partes, mas, mais do que isso, que não tenha vínculos ou parceria com uma tese ou com um sujeito da persecução penal.²⁸⁴

Ponderou-se, igualmente, as garantias funcionais destinadas ao magistrado para atuar com independência e preservar sua imparcialidade. Por outro lado, a estipulação do juiz natural é a segurança ao jurisdicionado de prévia determinação de quem será o julgador, sem manipulações posteriores. Exploraram-se, ainda, as hipóteses de impedimento e suspeição que visam a dar concretude ao princípio da imparcialidade. A leitura jurisprudencial de que o rol de impedimento é taxativo não resguarda integralmente a imparcialidade, pois há situações que acabam por ficar sem proteção o que pode deslegitimar a decisão judicial.

Na primeira fase da persecução penal, o papel do juiz não deve ser outro que o de zelar pela legalidade da investigação e, quando provocado, analisar matérias que envolvam violação ou preservação de direitos fundamentais individuais (seja do investigado, do ofendido ou terceiros), tais como medidas que implicam lesão a direitos de liberdade, privacidade, propriedade, entre outros.

Não compete ao juiz, no contexto de um sistema de estrutura acusatória, ter atuações de caráter investigativo, seja determinando, de ofício, produção de meios de obtenção de prova seja estipulando quais fontes devem ser buscadas. São disfuncionais as previsões legais que autorizam ao juiz a realização de atividades próprias de investigação e a decretação de ofício de medidas cautelares pessoais e reais, desvirtuando o seu papel como terceiro imparcial, desinteressado e alheio aos interesses das partes.

Na fase investigativa, a sua iniciativa instrutória é totalmente indevida, porque uma vez fixadas hipóteses investigativas fundadas em suspeitas, compromete-se

²⁸⁴ “É de afirmar, e o Tribunal tem-se manifestado várias vezes em relação a essa questão, que o juiz é órgão de controle no processo criminal. Tem uma função específica. Ele não é sócio do Ministério Público e, muito menos, membro da Polícia Federal, do órgão investigador, no desfecho da investigação”. STF (2. Turma). **HC 95518**, Relator: Min. Eros Grau. DJ: 28/05/2013.

psicologicamente com uma determinada proposição, não reunindo condições posteriores de atuar com isenção na fase processual.

Embora não exista em nosso sistema processual penal brasileiro a figura de um juiz instrutor, o juiz brasileiro, atuante na investigação preliminar, faz subsunções provisórias dos fatos à norma. Por obrigação constitucional e legal, deve motivar suas conclusões e isso implica uma valoração dos elementos de informação que lastreiam decisões que afetam a esfera jurídica do investigado, formando, conscientemente ou não, prejudgamentos sobre as pessoas envolvidas e sobre os elementos informativos desprovidos de contraditório.

Tamanha a preocupação com a imparcialidade que o legislador incluiu uma nova hipótese de impedimento no art. 3º-D do CPP, rompendo com a prevenção no sentido de vedar que o juiz que tenha atuado na fase de investigação atue também na fase processual. Isso porque entendeu-se que a atuação dupla do juiz nas duas fases da persecução penal causa prejuízos à imparcialidade.

É nesse contexto que surge o juiz das garantias, o qual não é um juiz instrutor, nem tampouco investigador. Não será “titular e nem o coordenador da fase preliminar, como o é o juiz instrutor”.²⁸⁵ Sua função é de tutela das garantias fundamentais de todos aqueles que possam ser atingidos nesta fase, “guardião das regras do jogo, e não senhor da investigação preliminar”.²⁸⁶ Pretende-se, com isso, reposicionar o juiz em seu papel constitucional, sem iniciativas investigativas que o vinculem psicologicamente e maculem a imparcialidade.

No capítulo seguinte, procuraremos demonstrar que os processos de tomada de decisão podem não ser exclusivamente racionais, uma vez que o inconsciente pode exercer influência, por meio de processos involuntários tais como as heurísticas e os vieses. A incidência de tais fenômenos pode não ser necessariamente ruim em decisões corriqueiras da vida e, muitas vezes, são frutos da própria sobrevivência e da evolução humana. Contudo, no campo do processo penal, pensar que nem sempre uma decisão é embasada em influxos exclusivamente racionais é preocupante, daí a necessidade de se compreender o porquê da adoção de medidas precaucionais antienviesantes de forma a assegurar a legitimidade da decisão judicial.

²⁸⁵ GIACOMOLLI, A fase preliminar... op. cit., p. 69.

²⁸⁶ LIMA, Manual... op. cit., p. 119.

3. PROCESSO DECISÓRIO E SUBJETIVIDADE

O Direito não deve ser um campo do saber ensimesmado. Urge compreender, com o auxílio de outros saberes, o enorme prejuízo que a prevenção pode causar à imparcialidade.

Não somos seres completamente racionais e nem sempre agimos conscientemente. Tal afirmação traz impactos processuais importantes, colocando em questionamento a própria ideia de imparcialidade, como pressuposto da jurisdição.

No estudo sobre a introdução do juiz das garantias, praticamente é um “mantra” a afirmação de que o juiz que atuou na investigação pode estar contaminado para atuar na fase processual. A exata compreensão dessa dita contaminação implica um estudo interdisciplinar, já que o Processo Penal, em si, não dá conta de explicar o que ocorre no plano psicológico e, por vezes, involuntariamente.

3.1. CRÍTICA AO MITO DA RACIONALIDADE

É do senso comum a afirmação de que o homem é um animal racional. Embora o ser humano seja constituído de razão e emoção, há milhares de anos, “a filosofia ocidental idolatra a razão e desconfia das paixões”.²⁸⁷ O embate entre emoção e razão é profundo na filosofia, mas para os fins deste trabalho, selecionamos duas visões sobre o tema que bem representam a questão.

PLATÃO (428-348 a.C.), em “A República”, invocava que a alma é dividida em três partes: razão, espírito e apetite. A razão, associada à cabeça, é a parte da alma responsável pelo pensamento e que toma decisões racionais, busca conhecimento e sabedoria e controla as demais partes da alma. Já no que concerne ao espírito (associado ao peito) ou parte irascível da alma, para o filósofo refere-se ao coração, cuja função é das emoções e sentimentos. A parte apetitiva, localizada no baixo-ventre, relaciona-se com os desejos e impulsos sexuais. Para PLATÃO, a parte racional da alma é a parte mais desenvolvida e controla as demais. Afinal: “[A]ssim posto, não seria apropriado que o elemento racional governasse, sendo ele sábio e exercendo previsão a favor da alma inteira, cabendo ao elemento da animosidade obedecer-lhe e ser seu aliado?”.²⁸⁸ Em Fedro, PLATÃO vale-se da alegoria do cocheiro e dos cavalos alados, o que demonstraria o desafio dos seres humanos

²⁸⁷ HAIDT, Jonathan. **A mente moralista**: por que pessoas boas são segregadas por política e religião. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020, p. 30.

²⁸⁸ PLATÃO. **A República**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2019, p. 215.

para dominar a si mesmos. Os seres humanos seriam os condutores de uma carruagem (biga), conduzida por dois cavalos, distintos entre si: um deles, belo e bom, representaria a alma dócil que tende a dirigir-se ao céu, o mundo das ideias; o outro seria o oposto, pesado, voltado ao prazer e excessos, dirigido pelos impulsos instintivos. Figurativamente, pode-se extrair dessa alegoria que a alma humana possui uma dimensão racional e outra irracional. Quando o cocheiro, que simboliza a parte intelectual, não consegue domar os cavalos, é difícil manejar a carroça, que simbolicamente representa a vida²⁸⁹ e o quão difícil é o domínio sobre si mesmo. Para o ateniense, o bom cocheiro saberia conduzir a alma, elevando-a ao plano dos deuses.

Reposicionando a primazia da razão, DAVID HUME (1711-1776), em “O Tratado da Natureza Humana”, ofereceu um novo modelo afirmando que “a razão é, e deve ser, apenas a escrava das paixões, e não pode aspirar a outra função além de servir e obedecer a elas”.²⁹⁰ Para a filosofia humeana, não há desmerecimento da razão, apenas o seu reposicionamento.

Nada é mais comum na filosofia, e mesmo na vida corrente, que falar no combate entre a paixão e a razão, dar preferência à razão e afirmar que os homens só são virtuosos quando se conformam a seus preceitos. Afirma-se que toda criatura racional é obrigada a regular suas ações pela razão; e se qualquer outro motivo ou princípio disputa a direção de sua conduta, a pessoa deve se opor a ele até subjugá-lo por completo ou, ao menos, até torná-lo conforme àquele princípio superior. A maior parte da filosofia moral, seja antiga ou moderna, parece estar fundada nesse modo de pensar. E não há campo mais vasto, tanto para argumentos metafísicos como para declamações populares, que essa suposta primazia da razão sobre a paixão. A eternidade, a invariabilidade e a origem divina da razão têm sido retratadas nas cores mais vantajosas; a cegueira, a inconstância e o caráter enganoso da paixão foram salientados com o mesmo vigor. Para mostrar a falácia de toda essa filosofia, procurarei provar, primeiramente, que a razão sozinha, não pode nunca ser motivo para uma ação da vontade; e, em segundo lugar, que nunca poderia se opor à paixão na direção da vontade.²⁹¹

DAVID HUME define as paixões como uma “emoção violenta e sensível da mente, que ocorre quando se apresenta um bem ou um mal, ou qualquer objeto que, pela formação original de nossas faculdades, seja propício a despertar um apetite”. Já a razão é definida

²⁸⁹ “A alma se parece por certo a uma potência que une naturalmente uma biga e um ariga alados. Dos deuses, no entanto, os cavalos e aurigas são todos bons e de boa origem, enquanto dos outros são uma mistura. Porém no nosso caso, primeiro, aquilo de que o condutor tem as rédeas é uma parelha e ainda um dos cavalos é belo e bom e de uma origem tal e qual, mas o outro é o posto e também e origem oposta: é inevitável então que seja difícil e penosa a ação do auriga no que concerne a nós”. PLATÃO. **Fedro**. Tradução do grego, apresentação e notas de Maria Cecília Gomes dos Reis; introdução de James H. Nichols Jr. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2016, p. 99.

²⁹⁰ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução: Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 451.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 449.

como “afetos exatamente da mesma espécie que os anteriores, mas que operam mais calmamente, sem causar desordem no temperamento”. DAVID HUME afirma, contudo, que essa tranquilidade da razão faz que nos enganemos a seu respeito, vendo tais afetos “exclusivamente como conclusões de nossas faculdades mentais”.²⁹² A oposição entre razão e paixão é, portanto, falsa, pois cada uma tem seu papel, podendo ou não uma influenciar a outra, mas jamais assumir o papel da outra, pois a razão julga sobre a verdade e a falsidade enquanto a paixão sobre o bem e o mal.²⁹³

Com vistas a fugir e negar as amarras do divino como centro do mundo, acreditou-se que a racionalidade (e não a espiritualidade) higienizaria o homem de seus males. Tornava-o, pela racionalidade, menos imperfeito, pois o homem, no antropocentrismo, passava a ser a referência. Na virada do século XVII para o século XVIII, o Iluminismo (ou também chamado “Era da Razão”²⁹⁴) mostrou-se como movimento crítico à tradição filosófica até então vigente e à intolerância religiosa. Tal movimento imaginou que seria possível uma evolução através do conhecimento e da razão (luzes), mudando-se o foco da fé no divino (as trevas) para a fé na razão e no conhecimento humano. Entendia-se que era preciso exercer o ceticismo, questionando-se as verdades estabelecidas para, assim, afastar-se das trevas da ignorância, quando tudo se atribuía ao divino, para buscar respostas através do conhecimento. IMMANUEL KANT (1724-1770), em “Resposta à pergunta: que é ‘Esclarecimento’?” invocou a frase “*Sapere aude!*” (Ouse usar seu intelecto!) como lema do Iluminismo. Dizia que para sair da menoridade, o homem necessitava de esclarecimento e que “[O] homem é o próprio culpado dessa menoridade se a causa dela não se encontra na falta de entendimento, mas na falta de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem”.²⁹⁵

RENÉ DESCARTES (1596-1650), considerado o pai do racionalismo moderno, em sua principal obra intitulada ‘Discurso do Método’, adotou a dúvida sistemática como meio para encontrar a verdade. É conhecido pela máxima “Penso, logo existo”.²⁹⁶ Segundo ele,

²⁹² HUME, **Tratado...** op. cit., p. 473.

²⁹³ SANTOS, Rubens Sotero dos. A crítica de David Hume à razão. **Theoria - Revista Eletrônica de Filosofia Faculdade Católica de Pouso Alegre**, v. VI, n. 16, p. 179-190, 2014.

²⁹⁴ KLEINMAN, Paul. **Tudo o que você precisa saber sobre Filosofia: de Platão e Sócrates até a ética e metafísica**, o livro essencial sobre o pensamento humano. Tradução Cristina Sant’Anna. São Paulo: Editora Gente, 2014, p. 125.

²⁹⁵ KANT, Immanuel. **Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?**. 5 Detemb. 1783, S. 516. Disponível em: <https://joocamillopenna.files.wordpress.com/2018/03/kant-resposta-acc80-pergunta-que-ecc81-esclarecimento1.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

²⁹⁶ Nas palavras de Marconi Pequeno, Hume poderia ser lembrado pela máxima “Sinto, logo existo”, como uma retaliação possível ao cogito cartesiano e seu culto exacerbado nos poderes da razão. Segundo o autor, somos “*homo sentiens*, antes de nos tornar *homo sapiens*”. PEQUENO, Marconi. **10 lições sobre Hume**. Petrópolis: Vozes, 2012, introdução.

deveríamos duvidar de tudo. Para esse iluminista, a dúvida acabaria pela comprovação científica das coisas ou dos seres. Os humanos teriam a capacidade da razão, pois sem ela o indivíduo simplesmente não seria humano. Assim, pela habilidade da razão os humanos conquistavam o verdadeiro conhecimento científico e a confiança na ciência. Com isso, tem-se o dualismo cartesiano, isto é, a ideia de que mente e corpo eram substâncias separadas, e que a mente racional está no controle do corpo, mas que o corpo podia influenciar a mente a agir irracionalmente ao agir com paixão, por exemplo.²⁹⁷

O paradigma científico de RENÉ DESCARTES foi aproveitado como a base da ideia de uma neutralidade e pureza do conhecimento jurídico, impassível de equívocos, fundado na soberania da razão enquanto “núcleo central da consciência”²⁹⁸. Durante esse período da história do pensamento, “acreditou-se que era possível ao homem, enquanto sujeito cognoscente, anular-se completamente nas relações de conhecimento. Com isto, procurava-se um tipo de saber que não estivesse eivado de qualquer imperfeição humana”.²⁹⁹ Toda a lógica cartesiana é “inteiramente arquitetada para uma concepção racionalista”.³⁰⁰

NIETZSCHE (1844-1900) e FREUD (1856-1939) se opuseram a essa concepção. NIETZSCHE traz uma visão filosófica antagônica à doutrina cartesiana, a ponto de ser “a própria antítese à tese cartesiana”,³⁰¹ destacando que os sentimentos estão presentes e, assim, derrubando o mito da neutralidade.³⁰² Já no campo psicanalítico, FREUD traz o conceito de inconsciente, ao trazer o modelo de mente dividido em três partes: o Id (as forças pulsionais, instintivas, da natureza mais primitiva), o Ego (a dimensão mais consciente) e o Superego (a consciência moral, uma voz interna nos dizendo como deve ser). Assim, FREUD destrona a consciência como centro racional e único de decisão.³⁰³ Com FREUD e a psicologia, “o império da razão ruiu”, refutando-se a possibilidade de “um juízo absolutamente

²⁹⁷ KLEINMAN, **Tudo...** op. cit., p. 90-91.

²⁹⁸ DIVAN, **Decisão...** op. cit., p. 36.

²⁹⁹ COUTINHO, **Introdução...** op. cit., p. 32.

³⁰⁰ DIVAN, **Decisão...** op. cit., p. 25.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 51.

³⁰² Afirma Nietzsche: “nossos pensamentos, na verdade, são sempre as sombras dos nossos sentimentos; são sempre mais obscuros, mais vazios e muito mais simples do que estes”. *In*: NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Tradução de Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 107.

³⁰³ “A noção de inconsciente, formulada por Freud, revelou que a razão é menos poderosa do que se supunha, pois a consciência é, em grande parte, dirigida e controlada por forças profundas e desconhecidas. Essa noção pôs em dúvida a crença dos racionalistas e empiristas, segundo a qual a verdade habita a consciência”. *In*: PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 6. ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 49; MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 62-65.

cartesiano”.³⁰⁴ DAVID ZIMERMAN afirma que “(...) o inconsciente comanda a vida da espécie humana muito mais do que, a uma primeira vista, possa se imaginar”.³⁰⁵

LEONARD MLODINOW ressalta que o trabalho feito pelo inconsciente é uma parcela crucial do nosso mecanismo evolutivo de sobrevivência e que dispomos de uma vida inconsciente rica e ativa, que funciona em paralelo com nossos pensamentos e sentimentos conscientes, exercendo poderoso efeito sobre eles. O autor nomina de “subliminar” esses processos da parte inconsciente da mente e que são invisíveis para nós, porém influenciam nossa experiência do mundo de um modo fundamental, inclusive nossa “capacidade de fazer julgamentos rápidos e tomar decisões que às vezes significam a diferença entre a vida e a morte e as ações que adotamos como resultado de todas essas experiências instintivas”.³⁰⁶

A despeito disso, o raciocínio lógico sistemático, inicialmente aplicado ao saber natural e às ciências exatas por força da revolução científica, transcendeu para espaços jurídicos.³⁰⁷ No âmbito jurídico, predomina a crença em um modelo de racionalidade, “ancorado na tradição de que a decisão decorre de um silogismo perfeito”, pois temos a “sincera sensação de que todas as decisões são produto de nossa racionalidade e de escolhas conscientes do que e como agir”.³⁰⁸

O Direito atual foi construído sobre o paradigma da racionalidade moderna da ciência, fundado na crença universal da razão, em que o homem teria controle sobre todas as coisas. LÍDIA REIS DE ALMEIDA PRADO afirma que o Direito, de modo exacerbado, seguiu essa propensão racionalista, pois a desqualificação do sentimento intensifica-se porque “um dos instrumentos de trabalho dos magistrados é a lei – regra abstrata de conduta imposta à observância geral –, que pertence ao mundo da racionalidade, muito distanciado

³⁰⁴ PIMENTA, Marcus Vinícius. **Poder-saber inquisitório**: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 25.

³⁰⁵ ZIMERMAN, David. Uma resenha simplificada de como funciona o psiquismo humano. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; BIZZI, Idete Zimerman (Orgs.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas: Millennium, 2018, p. 118.

³⁰⁶ MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 8-9.

³⁰⁷ LORA, **Subjetividade**... op. cit., p. 17.

³⁰⁸ NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 25.

do da emoção”.³⁰⁹ Temos a crença no poder da racionalidade e de escolhas conscientes das simples decisões diárias até decisões de maior complexidade.³¹⁰

JONATHAN HAIDT chama esse fenômeno de supremacia da razão, superior e soberana, de “delírio racionalista”, pois “quando um grupo de pessoa cria algo sagrado, os membros do culto perdem a capacidade de pensar claramente sobre isso”.³¹¹ Critica a “ilusão racionalista” que invade as universidades como sendo uma ilusão em massa consistente na crença em uma “capacidade de raciocínio confiável, capaz de operar de forma eficaz e imparcial, mesmo quando o interesse próprio, as preocupações com a reputação e os conflitos entre grupos conduzam a uma determinada conclusão”.³¹²

Todavia, consoante JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, porque todo conhecimento é fruto de determinado momento de uma certa sociedade, sendo, portanto, “histórico e dialético”, tal discurso universalista não mais se sustenta, de forma que “todo saber é condicionado e condicionante”.³¹³ A complexidade da dinâmica humana não mais justifica um saber segmentado, alheio à influência de outros ramos científicos, até para que o Direito compreenda suas próprias limitações.

3.1.1. Modelos de como os juízes decidem

Não é o objetivo deste trabalho aprofundar teorias de comportamento judicial. Para tanto, sugere-se o trabalho do magistrado e pesquisador estadunidense RICHARD POSNER, em cuja obra *How Judge Think* enumera nove teorias para a análise do comportamento

³⁰⁹ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; BIZZI, Idete Zimerman (Orgs.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas: Millennium, 2018, p. 86.

³¹⁰ “*In epoca preilluministica il processo penale era pura manifestazione del potere da parte dell'autorità. Il monarca, attraverso i giudici, esercitava il proprio potere punitivo senza limiti di sorta e senza la necessità di dar conto con il verdetto delle ragioni di una condanna. Il paradigma era destinato a cambiare solo con l'età dei lumi. Il processo penale postilluministico e moderno, che della poggia sull'assunto che le decisioni nei giudizi criminali devono trovare il loro fondamento nella razionalità*”. Tradução livre: “Em época pré-iluminista, o processo penal era pura manifestação de poder pela autoridade. O monarca, por meio dos juízes, exercitava seu poder punitivo sem limites e sem a necessidade de dar conta das razões a um veredito condenatório. O paradigma estava destinado a mudar apenas com a Era das Luzes. O processo penal pós-iluminista e moderno, que se baseia na suposição de que decisões em julgamentos criminais devem encontrar seu fundamento na racionalidade”. In: FORZA, Antonio; MENEGON, Giulia; RUMIATI, Rino. **Il giudice emotivo: la decisione tra ragione ed emozione**. Bologna: Il Mulino, 2017, p. 21.

³¹¹ HAIDT, **A mente...** op. cit., p. 31.

³¹² HAIDT, Jonathan. A psicologia moral e o direito: como as intuições direcionam o raciocínio, o julgamento e a busca por evidências. In: NOJIRI, Sérgio (Org.). **O direito e suas interfaces com a psicologia e a neurociência**. Curitiba: Appris, 2019, p. 19.

³¹³ COUTINHO, **Introdução...** op. cit., p. 34.

judicial.³¹⁴ Aqui, com vista a melhor compreensão dos processos que serão abordados adiante³¹⁵ de tomadas de decisão intuitiva e deliberativa, pretende-se destacar duas categorias trabalhadas por PAOLA BIANCHI WOJCIECHOWSKI e ALEXANDRE MORAIS DA ROSA os quais afirmam que, no âmbito jurídico, pode-se indicar dois modelos de julgamento que tentam explicar como os juízes julgam: o formalista e o realista.³¹⁶

Para os formalistas, juízes aplicam a lei aos fatos de um caso de maneira lógica, mecânica e de forma deliberativa, aplicando um raciocínio dedutivo, em um processo de silogismo. Tal teoria sofre a crítica de que se a conclusão é manifestada por aplicação de uma fórmula matemática, a mesma conclusão deveria ser alcançada por qualquer outro jurista usando a mesma fórmula em circunstâncias semelhantes.³¹⁷ Todavia, isso não ocorre, porque bem sabemos que casos semelhantes recebem, por vezes, decisões completamente distintas, mesmo quando se trata de matéria de direito que, desde os iluministas, seria um produto da racionalidade aceita e compreendida por todos.

ANTONIO FORZA, GIULIA MENEGON e RINO RUMIATI afirmam que o trabalho judicial sempre foi considerado como um exercício de pura racionalidade, em que a decisão final é vista como um processo de justificação lógica de um veredito de inocência ou culpabilidade, quase como uma conclusão mecânica de um silogismo aristotélico.

³¹⁴ No original: “*There are many positive (that is, descriptive as distinct from normative) theories of judicial behavior. Their primary focus is, as one would expect, on explaining judges’ decisions. The theories are the attitudinal, the strategic, the sociological, the psychological, the economic, the organizational, the pragmatic, the phenomenological, and, of course, what I am calling the legalist theory. All the theories have merit and feed into the theory of decision making that I develop in this book. But all are overstated or incomplete. And missing from the welter of theories—the gap this book endeavors to fill, though in part simply by restating and refining the existing theories—is a cogent, unified, realistic, and appropriately eclectic account of how judges actually arrive at their decisions in nonroutine cases: in short, a positive decision theory of judging*”. Tradução livre: “Há muitos aspectos positivos (isto é, descritivos, distintos dos normativos) teorias do comportamento judicial. Seu foco principal é, como seria de esperar, explicar as decisões dos juízes. As teorias são as atitudinais, o estratégico, o sociológico, o psicológico, o econômico, o organizacional, o pragmático, o fenomenológico e, claro, o que eu estou chamando a teoria legalista. Todas as teorias têm mérito e alimentam-se a teoria da tomada de decisão que desenvolvo neste livro. Mas todas são exageradas ou incompletas. E faltando na confusão de teorias – a lacuna que este livro procura preencher, embora em parte simplesmente reafirmando e refinar as teorias existentes – é um relato convincente, unificado, realista e apropriadamente eclético de como os juízes realmente chegam às suas decisões em casos não rotineiros: em suma, uma teoria da decisão positiva do julgamento. In: POSNER, Richard A. **How judges think**. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England, 2008, p. 19. Ver também: MARTINO, Fabio Nunes de. Ciências Cognitivas e o Direito: compreendendo como se dá a mecânica da decisão judícia. In: WOLKART, Erick Navarro; FERREIRA, Matheus Milan (coord.). **NeuroLaw: Direito, Neurociência e Sistema de Justiça**. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021, p. 95-132.

³¹⁵ Cfr. item 3.2, *infra*.

³¹⁶ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; DA ROSA, Alexandre Morais. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018, p. 16.

³¹⁷ CAPURSO, How judges... *op. cit.*, p. 9.

Contudo, as coisas não se passam exatamente assim, pois a emoção desenvolve um papel fundamental, sem exceção, em todos os processos decisórios.³¹⁸

O realismo jurídico, por sua vez, traz uma visão contrastante à teoria formalista. Ele retrata o juiz como um ser humano e não como um indivíduo desprovido de emoções, ao afirmar que o juiz decide primeiro pelo sentimento e por meio de palpites³¹⁹ e somente depois usa faculdades deliberativas não apenas para justificar a intuição para si mesmo, mas para fundamentar a decisão pré-concebida, mediante um raciocínio deliberativo.³²⁰ Assim, primeiro o juiz decide com base em um senso intuitivo do que é certo ou errado, naquele caso particular, para depois empregar os meios disponíveis e justificar sua decisão. As decisões judiciais são apenas reflexões posteriores de noções preconcebidas já instaladas na mente judicial.³²¹ Com isso, “a mente do juiz primeiro antecipa a decisão que considera justa

³¹⁸ “*Le emozioni possono essere fonti di pregiudizio e renderci osservatori parziali e interessati. Ma, proprio per le stesse motivazioni per cui possono essere un ostacolo alla formazione di corrette credenze, le emozioni possono anche essere un importante aiuto dal punto di vista epistemologico*”. Tradução livre: “As emoções podem ser fontes de preconceito e nos tornam observadores parciais e interessados. Mas, justamente pelas mesmas razões pelas quais elas podem ser um obstáculo à formação de crenças corretas, as emoções também podem ser uma ajuda importante do ponto de vista epistemológico”. In: FORZA, MENEGON, RUMIATI, **Il giudice...** op. cit., p. 17-19 e 59. No mesmo sentido, Juarez Freitas quando afirma que “a velha disputa filosófica entre razão e emoção não faz mais sentido, nos dias que correm, em face da constatação insofismável de integração de ambas, sobretudo em zonas pré-frontas do cérebro”. In: FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**. v. 40, n. 130, jun. 2013, p. 227.

³¹⁹ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: how judges decide cases. **Cornell Law Faculty Publications**, Paper 917, nov. 2007, p. 2; CAPURSO, How judges... op. cit., p. 6.

³²⁰ GUTHRIE, RACHLINSKI, WISTRICH, Blinking... op. cit., p. 2. Para Timothy J. Capurso, uma vez que o juiz chegou a uma conclusão, ele ou ela irá procurar princípios em jurisprudência ou a lei para apoiar a conclusão. In: CAPURSO, How judges... op. cit., p. 5; COSTA, **Levando...** op. cit., p. 76. Zajonc afirma que primeiro decidimos intuitiva e sentimentalmente e depois buscamos justificativas para fundamentar nossa decisão: “*We sometimes delude ourselves that we proceed in a rational manner and weight all the pros and cons of the various alternatives. But this is probably seldom the actual case. Quite often ‘I decide in favor of X’ is no more than ‘I like X’. Most of the time, information collected about alternatives serves us for making a decision than for justifying it afterward. (...) We buy the cars we ‘like’, choose the jobs and houses that we find attractive, and then justify those choices by various reasons that might appear convincing to others who never fail to ask us, ‘Why this car?’ or ‘Why this house?’ We need not convince ourselves. We know what we like.*” Tradução livre: “Às vezes nos iludimos de que procedemos de maneira racional e ponderamos todos os prós e contras das várias alternativas. Mas este provavelmente raramente é o caso real. Muitas vezes, “eu decido a favor de X” não é mais do que “eu gosto de X”. Na maioria das vezes, as informações coletadas sobre alternativas nos servem menos para fazer uma decisão do que para justificá-la posteriormente. (...) Compramos os carros de que gostamos, escolhemos os empregos e as casas que achamos atraentes e justificamos essas escolhas por vários motivos que podem parecer convincentes para outras pessoas que nunca deixam de nos perguntar: ‘Por que esse carro?’ ou ‘Por que esta casa?’ Não precisamos nos convencer. Nós sabemos do que gostamos. In: ZAJONC, R. B. Felling and thinking: Preferences need no inferences. **American Psychologist**, v. 35, n. 2, p. 151-175, Feb. 1980, p. 155.

³²¹ CAPURSO, How judges... op. cit., p. 6; Daniel Kahneman também explica que o Sistema 1 emite intuições, palpites, gerando uma conclusão precipitada e, posteriormente, quando submetida essa intuição ao Sistema 2, os argumentos se seguem, que podem confirmar ou infirmar aquela conclusão inicial. In: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. 12. ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 60. Eduardo José da Fonseca Costa sugere o “combate a decisões judiciais baseadas tão somente em intuições subjetivas ou ideias preconcebidas, segundo as quais se chega antes à conclusão e depois

(dentro da ordem jurídico-positiva) e depois procura a norma que pode servir de fundamento a essa solução, atribuindo aos fatos a qualificação apropriada”, de maneira que “aspectos extralógicos, relacionados com conteúdos subjetivos do juiz” integram o processo decisório.³²²

A crítica feita pelo realismo jurídico traz à tona que o juiz, no exercício da tomada de decisão, não está imune a intuições, inconsciente, sensações, impulsos e sentimentos.³²³

Essa corrente realista nos remete ao modelo intuicionista social de julgamento moral de JONATHAN HAIDT, para quem o raciocínio moral é escravo das emoções morais, o que é um desafio à abordagem racionalista que dominava a psicologia moral.³²⁴ O autor criou uma metáfora para dois tipos de cognição (o raciocínio e a intuição): o ginete e o elefante. O ginete é o condutor posicionado em cima do elefante. Enquanto aquele se refere aos processos controlados, incluindo o “raciocinar por quê”, este (elefante) se refere a processos automáticos, incluindo a emoção, intuição e todas as formas de “ver que”. Para JONATHAN HAIDT, os “processos automáticos governam a mente humana, da mesma forma que administram a mente dos animais há 500 milhões de anos”. O ginete pode ajudar o elefante a tomar melhores decisões, e é hábil em inventar explicações *post hoc* para o que o elefante acabou de fazer e, também, é habilidoso para encontrar razões para justificar o que o elefante quiser fazer em seguida.³²⁵ Assim, a linha mestra do modelo defendido pelo autor é que

se elegem fundamentos *ad hoc* para justificá-las”. In: COSTA, **Levando...** op. cit., p. 126. Por sua vez, “*Il ragionamento che si trova nella motivazione della sentenza potrebbe essere qualcosa che viene dopo e serve quasi a validare un’ipotesi già metabolizzata dal giudice. (...) prima si assumono le decisioni, a livello inconscio, e poi si vestono con una motivazione razionale*”. Tradução livre: “O raciocínio encontrado nos fundamentos da sentença pode ser algo que vem depois e serve quase para validar uma hipótese já metabolizada pelo juiz. (...) primeiro as decisões são tomadas, no nível inconsciente, e depois se vestem com uma motivação racional”. In: FORZA, MENEGON, RUMIATI, **Il giudice...** op. cit., p. 144.

³²² PRADO, **O Juiz...** op. cit., p. 39. No mesmo sentido, Forza, Menegon e Rumiati, ao explicar o pensamento do maior expoente do realismo jurídico (Jerome Frank (1889-1957), de que o julgamento do juiz não é previsível, pois não é o resultado do raciocínio, mas das intuições pelas quais o juiz chega à decisão final, mesmo antes de tentar motivá-la e explicá-la. In: FORZA, MENEGON, RUMIATI, **Il giudice...** op. cit., p. 33.

³²³ Paola Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa explicam que enquanto para a corrente formalista o papel dos juízes estaria circunscrito à realização de operações silogísticas (subsunção do fato –premissa menor – à lei geral – premissa maior), os adeptos do realismo jurídico sustentam que a decisão penal seria conformada pelas sensações, sentimentos, intuições e impressões, ou seja, por todos os traços conscientes e inconscientes do juiz. In: WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 16; GUTHRIE, RACHLINSKI, WISTRICH, *Blinking...* op. cit., p. 2. Para os fins deste trabalho, valemo-nos dos conceitos empregados pela Neurociências que diferenciam emoções e sentimentos: “Em suma, emoções são respostas comportamentais e cognitivas automáticas, geralmente inconscientes, disparadas quando o encéfalo detecta um estímulo significativo, positiva ou negativamente carregado. Sentimentos são as percepções conscientes das respostas emocionais”. LEDOUX, Joseph E.; DAMASIO, Antonio R. *Emoções e Sentimentos*. In: KANDEL, Eric R. et al. (Ed.). **Princípios de Neurociências**. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014. p. 938.

³²⁴ HAIDT, **A mente...** op. cit., p. 26.

³²⁵ *Ibid.*, p. 48-49.

“primeiro vêm as intuições, depois o raciocínio estratégico”. Primeiro se julga e depois se justifica. Afirma o autor:

A verdade é que a mente humana, assim como a mente dos animais, reage de maneira constante e intuitiva a tudo o que percebe e baseia suas respostas nessas reações. No primeiro segundo em que vê, ouve ou conhece outra pessoa, o elefante já começou a se aproximar ou se afastar, e essa inclinação influencia o que você pensa e faz a seguir. As intuições vêm primeiro.³²⁶

A crítica que se faz ao realismo é de minimizar o papel da regra da lei (especialmente nos casos em que as questões são meramente de direito e pura subsunção do fato à norma, sem discricção judicial) e dos precedentes judiciais.

A bem da verdade, nenhum dos modelos é satisfatório, porque podem os juízes ter interferência das intuições, como também são capazes de aplicar regras legais e precedentes aos fatos.³²⁷

CHRIS GUTHRIE, JEFFREY RACHLINSKI e ANDREW WISTRICH propõem um modelo novo de como a decisão judicial é formada, a que chamam de “formalismo realista” (*realistic formalism*) ou modelo supra-intuitivo (*intuitive-override model*).³²⁸ Nele se misturam os modelos realista e formalista, pois ao tempo em que reconhece o pressentimento judicial, também reconhece a importância da deliberação, como forma de restringir a intuição,³²⁹ ativando-se assim o Sistema 2 como fiscal do Sistema 1.³³⁰ Tal modelo, portanto, não compactua com um juiz puramente dedutivo dos formalistas, nem

³²⁶ HAIDT, **A mente...** op. cit., p. 62-63.

³²⁷ GUTHRIE, RACHLINSKI, WISTRICH, *Blinking...* op. cit., p. 2-3. No mesmo sentido: “O juiz pode ouvir sua intuição, mas deve voltar seus olhos para a realidade que o cerca, decidindo à luz das provas e da lei, a partir da contribuição das partes, de modo a afastar o excesso de subjetivismo e o risco de decisionismo (decisão orientada apenas pelo sentimento e pela consciência do juiz)”. In: ANDRADE, Flávio da Silva. **Julgamentos Criminais na Perspectiva da Psicologia: heurísticas e vieses, dissonância cognitiva, falsas memórias e participação**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 59.

³²⁸ Os autores realizaram em 295 magistrados um teste chamado CRT (*Cognitive Reflection Test*), também conhecido como o teste do bastão e bola, composto de três perguntas. 1) Um bastão e uma bola custam R\$ 1,10 no total. O bastão custa US \$ 1,00 mais do que a bola. Quanto é que a bola custar? 2) Se 5 máquinas levam 5 minutos para produzir 5 widgets, quanto tempo levaria 100 máquinas para fazer 100 widgets? 3) Em um lago, há uma proliferação de plantas sobre a sua superfície. Todos os dias, a proliferação dobra de tamanho. Se demora 48 dias para que se cubra toda a superfície do lago, quanto tempo levaria para a proliferação cobrir apenas a metade de toda a superfície deste mesmo lago? Respostas intuitivas têm como resultado: 1º Questão: A bola custa R\$ 0,10; 2º Questão: 100 minutos (100 minutos); 3º Questão: 24 dias. Contudo, um raciocínio mais deliberativo traria como respostas corretas: 1º Questão: A bola custa R\$ 0,05 e o bastão R\$ (1,00 +0,05) = R\$1,05; 2º Questão: 5 minutos; 3º Questão: 47 dias. Os autores chegaram à conclusão de que os juízes tendem a favorecer faculdades intuitivas em lugar de deliberativas, pois a maioria dos juízes respondeu às questões incorretamente, valendo-se de respostas intuitivas, acionando o Sistema 1. O estudo evidencia, assim, que mesmo sujeitos inteligentes do ponto de vista cognitivo não estão imunes às heurísticas e intuições. In: GUTHRIE, RACHLINSKI, WISTRICH, *Blinking...* op. cit., p. 10-12.

³²⁹ “(...) os juízes geralmente tomam decisões intuitivamente, mas, às vezes, a deliberação sobrepe-se à intuição”. In: GUTHRIE, RACHLINSKI, WISTRICH, *Blinking...* op. cit., p. 03.

³³⁰ Esta classificação é feita por Daniel Kahneman e será melhor explicada no item 3.2, infra. Por ora, fiquemos com a ideia central de que o Sistema 1 é o automático e que comanda decisões rápidas, enquanto o Sistema 2 é o concebido como o deliberativo, responsável por decisões mais elaboradas.

com o intuitivo dos realistas, mas “com uma pessoa comum que tende a ser levada por intuições, embora seja capaz de superá-las por meio do pensamento complexo e deliberativo”.³³¹

Mas é importante ter em conta que as operações mentais não são exclusivamente conscientes e voluntárias. O processo de tomada de decisão é complexo e não exclusivamente racional, pois, segundo PAOLA BIANCHI WOJCIECHOWSKI e ALEXANDRE MORAIS DA ROSA “impressões, sensações, sentimentos e pensamentos emergem sem que saibamos indicar o caminho percorrido para se chegar até eles”, o que se contrapõe à ideia de que “nossas decisões são tomadas sempre com base na análise cuidadosa das opções disponíveis”.³³²

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO expõe que:

Normalmente, a consciência está envolvida no ato de pensar e de julgar, mas, como julgamos inúmeras questões ao longo do dia, muitas vezes, a consciência não está presente em todos os momentos. A consciência não é sempre necessária para discriminar, decidir, julgar questões de menor importância. Julgamos, muitas vezes, automaticamente. O processo decisório judicial não é estruturalmente diferente de qualquer outro processo decisório. Diferente é o método: o direito moderno ocidental.³³³

O autor questiona o processo de tomada de decisões do juiz e “até que ponto o juiz é dono de sua consciência”.

Freud já dizia que o ego não é o senhor de sua própria casa, no que foi secundado por Jung, ainda que os dois tenham se distanciado quanto a real função do inconsciente. Disse Jung: “Tudo o que conheço, mas não penso num dado momento, tudo aquilo de que já tive consciência mas esqueci, tudo o que foi percebido por meus sentidos e meu espírito consciente não registrou, tudo o que involuntariamente e sem prestar atenção (isto é, inconscientemente), sinto, penso, relembro, desejo e faço, todo o futuro que se prepara para mim e que só mais tarde se tornará consciente, tudo isso é conteúdo do inconsciente... São percepções que também podem determinar ideias criativas e processos decisórios sem que a consciência possa se dar conta”.³³⁴

³³¹ COSTA, **Levando**... op. cit., p. 76-77.

³³² WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça**... op. cit., p. 17. Ver também Daniel Kahneman que, ao longo de toda a sua obra, traz estudos experimentais que questionam a pressuposição de que a mente humana é racional e lógica, uma vez que nossas mentes são suscetíveis a erros sistemáticos causados por preferências intuitivas que violam as regras de escolha racional. In: KAHNEMAN, **Rápido**... op. cit., p. 17-18. No mesmo sentido é o alerta: “*Ma l’esperienza e la pratica quotidiana inducono a ritenere che le cose non stiano proprio così, anzi, un’osservazione accorta porta a concludere che, anche nel mondo della giustizia come nella realtà di tutti i giorni, sentimenti ed emozioni influenzano prepotentemente i processi di ragionamento, in maniera del tutto involontaria*”. Tradução livre: “Mas a experiência e a prática cotidiana nos levam a acreditar que as coisas não são assim, pelo contrário, uma observação cuidadosa leva à conclusão de que, mesmo no mundo da justiça e na realidade cotidiana, sentimentos e emoções influenciam fortemente os processos de raciocínio, de maneira totalmente involuntária”. In: FORZA, MENEGON, RUMIATI, **Il giudice**... op. cit., p. 24.

³³³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Subjetivismo judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 120, maio/jun.2016.

³³⁴ O autor, ainda, destaca que em quatro momentos de atuação do juiz no processo penal (no juízo de admissibilidade da denúncia, no juízo da necessidade da prisão, por ocasião da gestão da prova e quando da

Acreditar que decisões são sempre estritamente racionais seria esperar do tomador de decisões a figura do homem econômico, que idealmente, na perspectiva econômica tradicional, pensa e toma decisões sempre levando em conta todas as possibilidades para promover uma escolha racional, maximizando utilidades e resultados e minimizando dor.

O ser humano é a base de toda a Economia, sendo esta a ciência que estuda a alocação de recursos limitados, tais como o tempo e a energia. O tempo inteiro estamos em relações econômicas, alocando os recursos limitados que estão à nossa disposição e deixando de alocar em muitas outras situações.

Como explica LUCIANA YEUNG, a ciência econômica tem como objetivo descrever e prever o comportamento humano, entendido este como algo resultado de uma decisão consciente. Segundo a autora, diferentemente de outros cientistas humanos, o economista não considera que as decisões humanas sejam tomadas de maneira aleatória; pelo contrário, assume-se que exista um processo coerente – que inclusive diferencia seres humanos de outros animais, podendo-se afirmar que existe uma racionalidade por trás da tomada de decisão humana. Na perspectiva econômica, uma decisão racional avalia todas as oportunidades existentes, identifica aquela com menor custo, e decide com base nela. O conceito de custos de oportunidade, então, também é inerente à decisão racional. Desta forma, a autora resume o conceito de escolha baseada na racionalidade econômica como aquela baseada na análise de benefício-custo que os indivíduos (seja com alta escolaridade ou sejam analfabetos) farão quando confrontados com uma situação em que há diversas escolhas possíveis e os recursos são limitados.³³⁵

Entretanto, esse modelo ficcional de agente racional tem sido criticado,³³⁶ porque humanos reais (e aqui se inserem os julgadores) não são *homo economicus*, são *homo*

fixação da pena em sentença condenatória criminal) é possível que pré-juízos e pré-conceitos operem e é possível que também operarão quando do exame final do mérito. *In*: CARVALHO, Subjetivismo..., op. cit.

³³⁵ YEUNG, Luciana. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). **Direito e Economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 116-117.

³³⁶ Richard H. Thaler sustenta que as teorias baseadas na premissa de que todo mundo é um Econ não devem ser descartadas. Elas continuam sendo úteis como ponto de partida para modelos mais realistas. Porém, precisamos parar de presumir que esses modelos são descrições acuradas do comportamento e parar de basear decisões sobre política em tais análises falhas. Deve-se prestar atenção aos fatores supostamente irrelevantes e romper com modelos tradicionais de economia movendo-se para uma “versão enriquecida” de teoria econômica. O autor esclarece que esse campo veio a se tornar conhecido como “economia comportamental”, que não se trata de outra disciplina: ainda é economia, porém economia feita com fortes contribuições de psicologia e de outras ciências sociais. Então, a razão básica para adicionar pessoais reais (os Humanos) às teorias econômicas é melhorar a acurácia das predições feitas a partir delas”. *In*: THALER, Richard H. **Misbehaving: a construção da economia comportamental**. Tradução George Schlesinger. Rio de Janeiro: Instrínseca, 2019, p. 21-23 e p. 267-268.

sapiens,³³⁷ que têm dificuldades para tomar decisões difíceis e são suscetíveis a adotar atalhos cognitivos no processo de tomada de decisão e, por vezes, vulneráveis a falhas. Assim, até mesmo aquelas propostas e comportamentos que acreditamos serem frutos de raciocínio deliberado e cuidadoso podem ser resultado da confiança em heurísticas intuitivas.³³⁸

O decisor econômico plenamente racional, em um modelo ideal e referencial das teorias econômicas clássicas, indica um indivíduo que conhece completamente as opções e suas consequências decisórias e age sempre buscando a maximização de suas preferências. HERBERT SIMON desafiou esse conceito ao constatar que tal modelo não passa de uma idealização, porque pessoas reais, de “carne e osso” (aqui incluídos os juízes), tomam decisões de forma diferenciada. Ao contrário do que os modelos econômicos ideais apregoam, o ser humano real tem memória e habilidades computacionais limitadas, cometendo erros cognitivos. Assim, qualquer processo cognitivo humano vai muito além da razão por estar sujeito a ingerências cognitivas como heurísticas que podem incidir em vieses e erros de julgamento.³³⁹ DANIEL KAHNEMAN alerta que as pesquisas no campo da psicologia cognitiva e social vem demonstrando que “as escolhas humanas se desviam das regras de racionalidade” e trazem um “profundo desafio à pressuposição de racionalidade favorecida pela economia clássica”.³⁴⁰

O cérebro humano, até por questões evolutivas, quer poupar energia e, assim, constrói modelos simplificados que captam as características essenciais dos problemas sem considerar toda a sua complexidade. Desta forma, o decisor analisa alternativas até encontrar uma que seja “suficientemente boa”, ou seja, que alcance um nível aceitável de desempenho. Assim, a primeira alternativa que atender ao critério de suficientemente boa encerrará a

³³⁷ SUNSTEIN, Cass R; THALER, Richard H. **Nudge**. Tradução: Angelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 15; KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 513-519. Eduardo José da Fonseca Costa assenta que a racionalidade total ou plena, que está na base da ficção neoclássica do *homo economicus*, é um standard muito pouco realista ao juízo humano, que tem uma capacidade computacional limitada. In: COSTA, **Levando...** op. cit., p. 79-85.

³³⁸ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 26.

³³⁹ PI, Daniel; PARISI, Francesco; LUPPI, Barbara. Biasing, Debiasing, and the Law. **Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-08**; **U of St. Thomas Legal Studies Research Paper No. 13-02**. February 11, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2215117>>. Acesso em: 12 abr. 2022. Ver também: JOLLS, Christine. Behavioral Law and Economics. **NBER Working Paper 12879**. Cambridge. January 2007. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w12879>. Acesso em: 12 abr. 2022, p. 10-12; MLODINOW, **Subliminar...** op. cit., p. 38.

³⁴⁰ KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 23-24. No mesmo sentido: “Se até há pouco tempo os psicólogos e acadêmicos relutavam em aceitar o poder do inconsciente, o mesmo aconteceu nas ciências sociais. Os economistas, por exemplo, constroem suas teorias de livros-texto baseados na suposição de que as pessoas tomam decisões segundo seus próprios interesses, pesando os fatores relevantes de forma consciente. Se o novo inconsciente for tão poderoso quando os psicólogos e neurocientistas contemporâneos acreditam, os economistas vão ter que reavaliar essas hipóteses”. In: MLODINOW, **Subliminar...** op. cit., p. 30.

procura e leva a uma acomodação ao invés de se concluir pela melhor escolha. Os decisores, ao aceitarem uma primeira decisão satisfatória descobrem que “ao invés de maximizar os resultados com sua decisão eles procuram otimizar os recursos que dispõem no processo decisório”.³⁴¹ Com isso, na tomada de decisões, o ser humano considera cada opção e seleciona uma satisfatória ou boa o suficiente. É o que MICHAEL EYSENCK chama de “satisfaciente” (neologismo formado a partir das palavras satisfatório e suficiente). Para o autor, a opção que é satisfaciente nem sempre é a melhor decisão, mas é (a que parece, no momento de sua tomada, a mais) útil.³⁴²

EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA sustenta que o ser humano não reflete sobre todas as opções possíveis e não calculamos depois com cuidado qual, dentre todo o universo de opções, maximizará nossos ganhos e minimizará nossas perdas. Ao revés, refletimos sobre o menor número possível de opções necessárias até chegar a uma decisão que satisfaça requisitos mínimos, chegando-se a uma decisão subótima ou boa o suficiente (“*good enough*”) para cumprir nosso nível mínimo de estabilidade.³⁴³

RICHARD THALER pondera que as pessoas reais diferem das ficcionais que habitam nos modelos econômicos. Os Econs (abreviação do *Homo econominus* pelo autor) “não tem paixões, são otimizadores de sangue-frio”. Para o autor, a premissa central da teoria econômica é que as pessoas escolhem por otimização, já que se presume que as crenças que motivam as escolhas das Econs sejam imparciais, embasado por aquilo que os economistas chamam de ‘expectativas racionais’, capazes de chegarem às melhores escolhas guiadas pela lógica. Porém, na verdade o problema está no modelo usado pelos economistas, que substituiu o *Homo sapiens* por uma criatura ficcional (*Homo econominus*). Assim, em comparação com esse mundo imaginário de Econs, os Humanos não são autômatos e incidem em vários desvios, decidindo com falhas, o que significa que os modelos econômicos fazem previsões ruins.³⁴⁴

Não somos, portanto, completamente racionais e nem sempre agimos conscientemente. Apesar de sermos animais com capacidade de raciocinar, nem sempre raciocinamos profundamente sobre um problema apresentado. AROLDO RODRIGUES, EVELINE ASSMAR e BERNARDO JABLONSKI afirmam que somos “avaros

³⁴¹ MACEDO, Marcelo Alvaro da Silva; OLIVEIRA, Murilo Alvarenga; ALYRIO, Rovigati Danilo; ANDRADE, Rui Otávio Bernardes de. **Heurísticas e vieses de decisão**: a racionalidade limitada no processo decisório. Disponível em: http://www.each.usp.br/rvicente/0176_ArtigoIAMDecisao.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

³⁴² EYSENCK, Michael W. **Manual de psicologia cognitiva**. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 578.

³⁴³ COSTA, **Levando...** op. cit., p. 86-90.

³⁴⁴ THALER, **Misbehaving...** op. cit., p. 18-21.

cognitivos”, vale dizer, nem sempre utilizamos nossa racionalidade para tomar decisões. Prosseguem os psicólogos:

Não nos damos ao trabalho de processar a informação com o cuidado necessário e de forma exaustiva e não tendenciosa, como um cientista; ao contrário, lançamos mão de expedientes cognitivos que nos fornecem atalhos (heurísticas) para chegarmos ao resultado desejado, mormente no meio extremamente complexo e carregado de informações em que vivemos. Se nos propuséssemos a proceder a análises exaustivas e aprofundadas diante de todas e quaisquer tarefas rotineiras, viveríamos constantemente assoberbados e sobrecarregados, exibindo neste caso um comportamento não adaptativo. Por outro lado, porém, a adoção sistemática de heurísticas pode, como vimos nos exemplos anteriores, nos levar a incorrer em erros.³⁴⁵

DAN ARIELY assevera que reconhecer a irracionalidade humana é perceber o quão distantes estamos da perfeição. Compreendendo-a podemos projetar melhores ações e decisões. O autor afirma que “não apenas somos irracionais, mas também *previsivelmente irracionais* – nossa irracionalidade ocorre sempre da mesma maneira, repetidas vezes”. Assim, sustenta que entender como somos previsivelmente irracionais fornece um ponto de partida para melhorar nossos processos de tomada de decisão. Os comportamentos irracionais, portanto, “não são aleatórios nem sem sentido, e sim sistemáticos e previsíveis, já que sempre os repetimos”.³⁴⁶

CARLOS MARDEN e LEONARDO MARTINS WYKROTA afirmam, com razão, que a atividade judicial, bem como a própria existência de um Poder Judiciário, se assentam na premissa questionável de que os processos serão decididos por um terceiro que seja não apenas imparcial, mas também racional.³⁴⁷ Em verdade, é como afirmam JEFFREY J. RACHLINSKI e ANDREW J. WISTRICH: juízes exercem um enorme poder e “a sociedade espera demais de seus juízes”³⁴⁸ que “ficam aquém do ideal elevado ao qual a

³⁴⁵ RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia Social**. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 81.

³⁴⁶ ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**: as forças invisíveis que nos levam a tomar decisões erradas. Tradução Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2020, p. 15-16.

³⁴⁷ MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, 2018 p. 56.

³⁴⁸ No original: “*Society expects a lot from its judges. Most people have opinions and beliefs that arise from their identities, but we expect judges to set these aside. Most people overreact to mechanisms of accountability, but we expect judges to respond in a measured fashion. Most people rely too heavily on intuition and heuristics, but we expect judges to be deliberative and logical. Emotions and biases influence people too readily, but we expect judges to decide within the law and on the record. The research suggests that judges fall short in some respects*”. Tradução livre: “A sociedade espera muito de seus juízes. A maioria das pessoas tem opiniões e crenças que surgem de suas identidades, mas esperamos que os juízes as deixem de lado. A maioria das pessoas reage exageradamente aos mecanismos de responsabilidade, mas esperamos que os juízes respondam de forma ponderada. A maioria das pessoas também confia fortemente na intuição e na heurística, mas esperamos que os juízes sejam deliberativos e lógicos. Emoções e preconceitos influenciam as pessoas com muita facilidade, mas esperamos que os juízes decidam dentro da lei e no registro. A pesquisa sugere que os juízes falham em alguns aspectos”. In: RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges, **13 Annual Review of Law and Social Science**, 2017. Disponível

sociedade os atribui”, porque “um corpo crescente de pesquisas apoia a conclusão de que embora os juízes geralmente sejam excelentes tomadores de decisão, eles têm vulnerabilidades”³⁴⁹ e muitas vezes confiam excessivamente em um raciocínio intuitivo,³⁵⁰ mesmo quando acreditam que não estão fazendo isso.

Ocorre que a duvidosa premissa da racionalidade no processo decisório é criticável e traz impactos importantes no campo do Processo Penal, colocando em questionamento a própria ideia de imparcialidade, como pressuposto da jurisdição. A complexidade do mundo atual traz críticas ao modelo racional de tomada de decisão e impõe uma leitura interseccional para compreensão de questões complexas, sob pena de “um (falho) acolhimento monocromático de uma teia que comporta uma realidade complexa ao nível do impensável”.³⁵¹ Portanto, mostra-se necessário perquirir quanto aos influxos subjetivos e do inconsciente no processo decisório e, com isso, pensar em mecanismos desviesadores, capazes de neutralizar ou minimizar a influência de vieses.³⁵² Não se quer aqui dizer que as heurísticas e os vieses são necessariamente ruins. Por vezes, decisões precisam ser tomadas rapidamente, em nosso dia-a-dia, até por intuito de sobrevivência. Por vezes, decisões tomadas sem toda a informação relevante podem, inclusive, mostrar-se, ao fim e ao cabo, corretas e razoavelmente precisas.³⁵³ Para muitos julgamentos diários usamos estratégias heurísticas porque são relativamente "baratas" em termos de esforço mental e, na maioria

em: < <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2668&context=facpub>>. Acesso em: 12 abr. 2022, p. 31

³⁴⁹ No original: “*The available research on judges suggests that they sometimes fall short of the lofty ideal to which society holds them. A growing body of research supports the conclusion that although judges are often excellent decision makers, they have vulnerabilities*”. In: RACHLINSKI, WISTRICH, *Judging...* op. cit., p. 2.

³⁵⁰ “*Judicial performance on the cognitive reflection test (CRT) provides a prime demonstration that judges often rely too heavily on intuitive reasoning (...) Are judges, as a group, particularly deliberative? No. Judges, like most adults, get most of the CRT questions wrong (Guthrie et al. 2007). Although judicial tasks commonly require suppressing intuitive reactions and deliberating carefully, most judges do not naturally stop to suppress their intuition. Most of them rely on their first instinct on the CRT, even though it is wrong. Unlike engineers (who score well on the CRT; Frederick 2005), judges seem to be intuitive thinkers*”. Tradução livre: “O desempenho judicial no teste de reflexão cognitiva (CRT) fornece uma demonstração primordial de que os juízes muitas vezes confiam demais no raciocínio intuitivo (...) Os juízes, como grupo, são particularmente deliberativos? Não. Os juízes, como a maioria dos adultos, erram a maioria das questões do CRT (Guthrie et al. 2007). Embora as tarefas judiciais geralmente exijam a supressão de reações intuitivas e deliberação cuidadosa, a maioria dos juízes não para naturalmente para suprimir sua intuição. A maioria deles confia em seu primeiro instinto no CRT, mesmo que esteja errado. Ao contrário dos engenheiros (que pontuam bem no CRT; Frederick 2005), os juízes parecem ser pensadores intuitivos”. In: RACHLINSKI, WISTRICH, *Judging...* op. cit., p. 13.

³⁵¹ DIVAN, **Decisão...** op. cit., p. 17.

³⁵² LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). **Direito e Economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 108-109.

³⁵³ Nesse sentido: EYSENCK, **Manual...** op. cit., p. 623; MLODINOW, **Subliminar...** op. cit., p. 55-56.

das condições, fornecem boas decisões. Contudo, para o processo penal, como veremos nos itens seguintes, o enviesamento pode trazer prejuízos à imparcialidade.

Longe, portanto, de se defender a figura de um juiz Hércules, preconizado por RONALD DWORKIN, que idealiza uma figura “mítica possuidora de virtudes, tais como paciência, sabedoria e habilidade sobre-humana, devendo ser cômico e cumpridor de suas responsabilidades”.³⁵⁴ O juiz real, embora imbuído do sincero desejo ético de cumprir com imparcialidade seu mister, não está imune às influências inconscientes das heurísticas que podem ensejar vieses,³⁵⁵ que, por vezes, podem ser perigosos ao processo de tomada de decisão.

Na compreensão do ser humano como um ser-no-mundo,³⁵⁶ inserido em um contexto social, mostra-se “impossível pensá-lo como um ser isolado no mundo, isento de valores e emoções, apto a colocar-se diante de controvérsias jurídicas sem experimentar, diante delas, nenhuma sensação emotiva”.³⁵⁷ Nessa linha, ANTONIO DAMÁSIO concluiu que emoções e paixões se inserem nas atividades cognitivas e que razão e emoção são inseparáveis, porque sentimento e emoção são essenciais ao humano.³⁵⁸ Sustenta ANDRE MACHADO MAYA que, na falta desses ingredientes, a razão é incompleta e o homem mostra-se incapaz de raciocinar, de tomar decisões pautadas por um juízo lógico e racional.³⁵⁹ Para ANTONIO DAMÁSIO, “a mente não está vazia no começo do processo de raciocínio. Pelo contrário, encontra-se repleta de um repertório variado de imagens, originadas de acordo com a situação enfrentada”.³⁶⁰

Assim, não mais se pode sustentar um discurso exclusivamente pautado no mito da racionalidade, deixando de lado a influência do sentimento e da intuição na tomada das mais variadas decisões inerentes à vida humana e, no caso desta pesquisa, nas decisões

³⁵⁴ ALVEZ, Cristiano Botelho. A mítica do “juiz Hércules” de Dworkin na solução dos casos difíceis (hard cases): fábula ou esforço interpretativo? **Emporio do Direito**, 11 maio 2015. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-mitica-do-juiz-hercules-de-dworkin-na-solucao-dos-casos-dificeis-hard-cases-fabula-ou-esforco-interpretativo-por-cristiano-botelho-alves>. Acesso em: 12 abr. 2022.

³⁵⁵ Heurísticas são atalhos cognitivos que fornecem respostas rápidas para perguntas complexas. Quando se toma uma decisão de forma heurística, podem-se incidir em vieses ou ilusões cognitivas, conforme veremos no item 3.2.1, infra.

³⁵⁶ André Machado Maya traduz o pensamento de Heidenger como forma de “destacar a simbiose existente entre o homem e o meio em que vive, a ensejar uma interação contínua do homem com a sua existência no contexto social”. In: MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 59.

³⁵⁷ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 66.

³⁵⁸ DAMÁSIO, Antonio. **O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano**. 2. ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 13-15; 156 e 172.

³⁵⁹ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 69.

³⁶⁰ DAMÁSIO, **O erro...** op. cit., p. 202.

judiciais.³⁶¹ Não se trata de desautorizar RENÉ DESCARTES, mas “balancear os avanços inegáveis impulsionados por suas considerações, bem como o apuro para avaliar aquilo que da ótica cartesiana vem derivado na prática científica e à sua evolução é prejudicial”.³⁶²

A racionalidade tem sua importância, mas não é “via única e excludente de outras possibilidades e fontes cognitivas”.³⁶³ Estudos em neurociências tem demonstrado que a emotividade é componente de qualquer ato humano que demande uma decisão, é essencial para a racionalidade, de forma que a apregoada concepção de neutralidade racional cartesiana é colocada em xeque.³⁶⁴

O ser humano possui um sistema psíquico complexo, cujo consciente representa somente um dos processos mentais. O juiz, humano que é, “não está imune ao seu inconsciente”.³⁶⁵ Vieses cognitivos são inerentes à tomada de decisão humana, inclusive de magistrados com larga experiência. Como veremos logo mais adiante,³⁶⁶ no processo de tomada de decisão, por vezes, por economia de energia, de forma rápida e intuitiva, adotam-se atalhos (as chamadas heurísticas) que não necessariamente são sempre ruins. Entretanto, há situações que envolvem um raciocínio mais complexo e deliberativo, em que as heurísticas podem gerar distorções cognitivas (chamados de vieses cognitivos ou *cognitive*

³⁶¹ PRADO, **O Juiz...** op. cit., p. 143. Flávio da Silva Andrade adverte que o juiz jamais deve prescindir do pensamento racional e lógico, desenvolvido a partir do contraditório, mas também não pode desconhecer a influência que heurísticas e vieses de julgamento no processo de tomada de decisão e, consciente disso, busque tomar decisões de maneira mais deliberativa e menos intuitiva, evitando-se, assim, decisionismos e arbitrariedades, que tornam imprevisível o resultado. A intuição que é “uma voz que vem do inconsciente” e “aflui em um rompante” pode ser “perigosa em muitas situações”. In: ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019. p. 512-513 e 532 Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>> Acesso em: 12 abr. 2022.

³⁶² DIVAN, **Decisão...** op. cit., p. 29. Nesse sentido, igualmente: “É preciso salientar que a intenção desses autores, bem como a minha, não é de depreciar a racionalidade, mas questionar a ênfase unilateral que lhe foi conferida durante tanto tempo no Ocidente, em detrimento da importância do emprego do sentimento e da intuição em quase todas as circunstâncias, inclusive nas decisões. Admitir a emoção dos juízes na prolação das sentenças não significa propor o drástico abandono da racionalidade no Direito, mas um uso equilibrado dela”. PRADO, Lídia Reis de Almeida. Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; BIZZI, Idete Zimerman (Orgs.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas: Millennium, 2018, p. 92.

³⁶³ DIVAN, **Decisão...** op. cit., p. 32.

³⁶⁴ DAMÁSIO, **O erro...** op. cit.

³⁶⁵ PRADO, Racionalidade... op. cit., p. 87-88. No mesmo sentido: “*Oggi com un linguaggio più aggiornato possiamo parlare di mente inconscia. I giudici non si sottraggono a questo fenomeno psichico. Così come tutti noi decidiamo il più delle volte senza una riflessione analitica o, più esattamente, prima di una riflessione consapevole, anche i giudici sono condizionati dai giudizi istintivi*”. Tradução livre: “Hoje, com uma linguagem mais atualizada, podemos falar de uma mente inconsciente. Os juízes não escapam desse fenômeno psíquico. Assim como todos nós decidimos na maioria das vezes sem uma reflexão analítica ou, mais precisamente, antes de uma reflexão consciente, os juízes também são condicionados por julgamentos instintivos”. Caso contrário teríamos, segundo os autores, um *homo juridicus*, metáfora como o *homo economicus* como agente racional na teoria padrão da decisão. In: FORZA, MENEGON, RUMIATI, **Il giudice...** op. cit., p. 136 e 215.

³⁶⁶ Cfr. item 3.2.1, infra.

biases). Por isso, é importante ter-se em conta que a racionalidade e a inteligência não se confundem.³⁶⁷

Um ponto fundamental que precisa ficar claro é que muitas vezes, sem termos consciência, pensamos de maneira automática ao fazermos julgamentos e escolhas.³⁶⁸ Esses processos de pensamento automático podem ser descritos pelas heurísticas, e podem sistematicamente nos levar a fazer julgamentos e escolhas mais pobres do que faríamos pensando de uma maneira mais controlada sobre nossas decisões. Contudo, isso não quer dizer que o pensamento deliberado e controlado é sempre perfeito, ou mesmo sempre melhor do que pensamento intuitivo.³⁶⁹ Na verdade, há vantagens nos dois modos de pensar, mas o ponto deste trabalho é alertar para quando processos intuitivos, na seara da tomada de decisão no processo penal, podem causar prejuízos à imparcialidade.

Em nossa proposta de pesquisa, não há nenhuma pretensão em exaurir conteúdos psicanalíticos, neurológicos e filosóficos, mas tão somente agregar um suporte teórico para o trabalho, para além do Direito, enriquecendo o debate e promovendo uma crítica quanto à estrutura procedimental e mecanismos enviesantes que podem causar questionamentos à imparcialidade.

Para tanto, novamente enfatiza-se que é necessário um estudo interdisciplinar³⁷⁰ para compreender a interferência do fenômeno da subjetividade (psíquica, emotiva, ideológica) no processo de tomada de decisão no processo penal e, a partir dessa compreensão,

³⁶⁷ Utiliza-se o termo *disracionalia* para se referir à “incapacidade de pensar e agir racionalmente, apesar de ter a inteligência adequada. Por que isso ocorre? A maioria das pessoas (incluindo aquelas com altos QIs) é econômica cognitivamente, preferindo resolver os problemas com estratégias rápidas e fáceis do que com estratégias trabalhosas, mas precisas”. In: EYSENCK, **Manual...** op. cit., p. 628.

³⁶⁸ “Os seres humanos também desempenham inúmeros comportamentos automáticos, inconscientes, mas tendem a não perceber isso porque a interação entre nossa mente inconsciente e a consciente é muito complexa. Essa complexidade tem raízes na fisiologia do nosso cérebro. Como mamíferos, possuímos outras camadas de córtex erigidas sobre a base do cérebro reptiliano mais primitivo; e, como homens, temos ainda mais matéria cerebral por cima. Possuímos uma mente inconsciente e, superposta a ela, um cérebro consciente. Quantos de nossos sentimentos, juízos e comportamentos se devem a cada uma dessas estruturas, isso é muito difícil de saber, pois estamos sempre alternando entre as duas”. In: MLODINOW, **Subliminar...** op. cit., p. 19.

³⁶⁹ HASTIE, Reid; DAWES, Robyn M. **Rational Choice in an uncertain world: The Psychology of Judgment and Decision Making**. 2. ed. United States of America: Sage Publications. 2010, p. 25.

³⁷⁰ Nesse sentido: PRADO, **O Juiz...** op. cit., p. 31-36; 45. Por isso a necessidade de se compreender como a Psicologia Cognitiva e Psicologia Social podem auxiliar, através de experimentos e teorias, a perceber a ocorrência de pensamentos surgidos do Sistema 1 e a influência no processo dual de decisão e como as heurísticas e vieses afetam a almejada imparcialidade. In: WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 80; KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 19; ANDRADE, A tomada... op. cit. Com propriedade, Carlos Maximiliano, quando afirma: “Não é possível isolar as ciências jurídicas do complexo de conhecimentos que formam a cultura humana: quem só o Direito estuda, não sabe Direito”. In: MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 180. Eduardo José da Fonseca Costa lamenta que “No Brasil, porém, essa interdisciplinaridade ainda está longe de ocorrer”. In: COSTA, **Levando...** op. cit., p. 121. Contra o uso da psicologia para explicar a necessidade de implantação do juiz das garantias em nosso país, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2020, p. 138.

vislumbrar alternativas para redução de danos à imparcialidade. O Direito não deve ser um saber ensimesmado, como se, em si, trouxesse todas as respostas para a complexidade hodierna,³⁷¹ provocando uma “perda da visão da totalidade”.³⁷² É preciso ter consciência de suas limitações. Por isso, propõe-se um olhar *macro*, para fora de uma caixa hermética, que avance sobre a análise tradicional da imparcialidade. Nesse sentido, não se pode ignorar estudos desenvolvidos pela psicologia e neurociência acerca do cérebro e do comportamento humano. A psicologia comportamental e a psicologia cognitiva³⁷³ podem contribuir em muito para a compreensão do processo de tomada de decisão como um todo, onde se inclui a decisão judicial. Aliás, desde a década de 1970, psicólogos vem estudando e realizando experimentos sobre os limites da cognição e racionalidade humana. No Brasil, contudo, a psicologia da tomada de decisão não tem sido suficientemente explorada academicamente, com raras exceções entre as citadas neste estudo.

Felizmente, ao menos nos concursos públicos para ingresso na Magistratura, passou-se a exigir, desde 2009, conhecimentos em Formação Humanística, incluindo a exigência de conhecimentos em Psicologia Judiciária e Economia Comportamental, consoante previsão da Resolução n. 75/2009, do Conselho Nacional de Justiça e, mais recentemente, o conhecimento específico sobre heurísticas, vieses cognitivos e processo cognitivo de tomada de decisão.³⁷⁴ Essa nova exigência nos concursos públicos segue a orientação contida no item 6.3 dos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, segundo o qual:

³⁷¹ Jonathan Haidt sustenta que: “Em conclusão, há uma ilusão espreitando a academia. Não apenas nos departamentos de Psicologia e de Filosofia, mas também nas escolas de Direito e no mais alto tribunal do país. É crença de que existe uma capacidade de raciocínio confiável, capaz de operar de forma eficaz e imparcial, mesmo quando o interesse próprio, as preocupações com a reputação, conflitos intergrupos e uma doação de três milhões de dólares conduzem a uma determinada conclusão”. O autor sugere que a prática e o ensino do Direito poderia ser melhorado pela “incorporação de mais psicologia no currículo”, pois “Os juizes devem avaliar as leis com uma compreensão adequada da natureza humana e suas vicissitudes, tão importante quanto isso, eles devem ter uma boa compreensão de si mesmos e de suas próprias limitações”. HAIDT, A psicologia moral... op. cit., p. 35. No mesmo sentido: “Por isso, não é concebível que, num tempo em que não mais se discute a importância dessa instância do psiquismo, o Judiciário persista na adoção de critérios apenas formais na seleção, preparação e aperfeiçoamento daqueles que vão decidir o destino dos indivíduos e dos grupos sociais”. In: PRADO, **O Juiz**... op. cit., p. 102.

³⁷² Lídia Reis de Almeida Prado destaca que a ênfase dada ao método científico e ao pensamento racional e estendida para as ciências humanas gerou “uma dificuldade de compreensão do mundo. O homem, que aprendeu a dissecar o objeto de sua observação para entendê-lo, tornou-se um especialista em partes, mas ignorante em relação à totalidade”. In: PRADO, **O Juiz**... op. cit., p. 31-33.

³⁷³ A psicologia cognitiva é o ramo da psicologia experimental que estuda, entre outros campos, processos mentais de memória, raciocínio, julgamento, tomada de decisão e linguagem. Já a psicologia comportamental foca-se em comportamentos observáveis diretamente, servindo como nova ferramenta de estudo no processo e estruturas de pensamento. Eduardo José da Fonseca Costa propõe a expressão “psicologia comportamental cognitiva”, como processo cognitivo estudado a partir de comportamentos externos objetivamente observáveis. In: COSTA, **Levando**... op. cit., p. 50-51.

³⁷⁴ Em 24 de setembro de 2021, durante a 93ª Sessão Virtual do CNJ, nos autos n. 0006767-49.2021.2.00.0000, o Ministro Luiz Fux ressaltou a crescente interdisciplinaridade que é exigida dos magistrados na atuação

Um juiz deve tomar medidas sensatas para manter e aumentar o seu conhecimento, habilidade e qualidades pessoais necessárias para a execução apropriada dos deveres judiciais, tomando vantagem, para esse fim, de treinamentos e outros recursos que possam estar disponíveis, sob controle judicial, para os juízes.³⁷⁵

Destaca-se, no Código de Ética da Magistratura Brasileira, “[A] exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados tem como fundamento o direito dos jurisdicionados e da sociedade em geral à obtenção de um serviço de qualidade na administração de Justiça” (art. 29) e que “[A] obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais” (art. 31).³⁷⁶

Em síntese, há necessidade de um olhar “fora do Direito” que auxilia a entender o ser humano melhor, inclusive o juiz, trazendo à tona a figura do ser humano concreto que atua por detrás da toga e que também tem suas limitações. Com isso, melhor compreendendo-o, é possível aprimorar e controlar o processo decisório do aplicador do Direito. Compreendendo os fenômenos que se sucedem em qualquer processo de tomada de decisão é possível melhor compreender criticamente a imparcialidade, inclusive.

O que existe é um esforço pela imparcialidade, que não é uma qualidade nata. É, como dito, uma meta, um esforço ético de autocontenção. A pretensão de uma atuação jurisdicional isenta pretende eliminar a subjetividade do ato do julgador, o que, como veremos adiante,³⁷⁷ é inviável, mas é possível conhecer e controlar o conteúdo de uma decisão jurídica.

O ato de julgar representa um sentir.³⁷⁸ Como asseveram AURY LOPES JUNIOR e ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, não se trata de afastar a razão, a qual deve presidir os julgamentos, “mas a intuição e os julgamentos contaminados por estereótipos e lugares comuns adentra ao jogo processual, embora sejam silenciados por argumentos retóricos e/ou formais”. Prosseguem os autores, ao defenderem que:

[H]á um jogo cognitivo velado, de ampla carga valorativa e emocional, em que o que vai na consciência em termos de valores, convicções morais dita as entrelinhas

jurisdicional, acrescentando às disciplinas humanísticas, dentre outros temas, “3 – Economia comportamental. Heurística e vieses cognitivos. A percepção de Justiça. Processo cognitivo de tomada de decisão”. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/plenario-virtual/?sessao=722>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

³⁷⁵ Nações Unidas (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore...** op. cit.

³⁷⁶ BRASIL. CNJ. **Código de Ética da Magistratura**. Brasília: CNJ, 2008. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

³⁷⁷ Cfr. item 3.2.1.1, infra.

³⁷⁸ A etimologia da palavra sentença vem de *sentire*, isto é, experimentar uma emoção, uma intuição emocional. In: PRADO, O Juiz... op. cit., p. 39.

decisórias, que dão o tom sob uma roupagem jurídica apropriada ao ambiente do jogo processual penal e lhes servem de pano de fundo.³⁷⁹

Nos tópicos seguintes, veremos como o processo de tomada de decisão, que envolve a escolha de uma opção entre várias possíveis, acontece em duas frentes simultâneas. Veremos também como as heurísticas, que a princípio não são de todo negativas, podem acabar por produzir vieses. Para o processo penal, tais vieses são preocupantes, trazendo soluções subótimas por maior que seja o desejo e intenção consciente do julgador de atuar de forma (apenas) racional e, no que acredita, isenta de emoções e, pela doutrina clássica, “mais” imparcial.

3.2. SISTEMAS DUAIS DE DECISÃO

MAX BAZERMAN e DON MOORE afirmam que um processo racional de tomada de decisão adotado pela teoria econômica tradicional implicaria adotar etapas, que para os autores incluiriam: 1) definição de um problema; 2) identificação de todos os critérios relevantes no processo de tomada de decisões para aquele problema, na medida em que o tomador de decisões racional deve identificá-los; 3) ponderar com precisão todos esses critérios; 4) conhecimento de todas as alternativas relevantes; 5) avaliação com previsão de cada alternativa, permitindo ao tomador de decisão racional seja capaz de avaliar as consequências potenciais da escolha de cada uma das soluções alternativas segundo cada critérios identificado; e 6) calcular as alternativas com previsão e, finalmente, escolha da de maior valor percebido.³⁸⁰

Porém, nem tudo na vida funciona assim tão matemática e deliberadamente. Em verdade, como já explicado no item anterior,³⁸¹ os estudos da psicologia têm demonstrado que a crença de que a decisão é apenas racional “não passa de um equívoco”.³⁸² Em muitas ocasiões (se não, sempre) o ser humano age e decide (ao menos em parte) com base em instintos, intuições e emoções.

Os debates filosóficos ao longo dos séculos sobre a dualidade da mente humana são precursores do que hoje se chama *dual-process theories*. Desde as décadas de 1960/1970,

³⁷⁹ LOPES JUNIOR Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A decisão tem razões que a própria razão desconhece. **CONJUR**, 28 abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-28/limite-penal-decisao-razoes-propria-razao-desconhece?> Acesso em: 12 abr. 2022.

³⁸⁰ BAZERMAN, Max H; MOORE, Don. **Processo decisório**. 8. ed. Tradução Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 3-4.

³⁸¹ Cfr. item 3.1.1, supra.

³⁸² NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 26.

muito se tem investigado sobre teorias de processo duplo por pesquisadores em psicologia e neurociência, incluindo raciocínio dedutivo, tomada de decisão e julgamento social. Essas teorias nem sempre convergem e este trabalho não tem a pretensão de explorar profundamente as mais diversas vertentes existentes.

JONATHAN EVANS e KEITH FRANKISH explicam as várias correntes, destacando que inicialmente, cogitou-se de um sistema implícito e outro explícito, com a primazia daquele e a chegada tardia da consciência em termos evolutivos. Para essa corrente, a cognição inconsciente é o sistema padrão e dominante, enquanto a cognição consciente é exclusivamente humana e adquirida recentemente que faz muito menos do que geralmente assumimos. Outra corrente propôs uma integração com as ideias cognitivas sobre o inconsciente de Freud, vinculando o processamento emocional ao que agora se tornou conhecido como Sistema 1, enquanto haveria outro sistema consciente, deliberativo, analítico, rotulado de sistema racional. Os termos “Sistema 1” e “Sistema 2” foram cunhados por Stanovich (1999), mas é importante frisar que a teoria do sistema dual foi concebida por uma combinação de autores e tem origens anteriores.³⁸³

Para os fins deste trabalho, e sem verticalizar em demasia as variadas teorias, observou-se que há concordância entre os pesquisadores na existência de dois processos cognitivos distintos. Um é caracterizado como “rápido”, sem esforço, automático, inconsciente e pouco exigente de trabalho; o outro como “lento”, trabalhoso, deliberativo, controlado, consciente, flexível, exigente da memória de trabalho.³⁸⁴

THOMAS E. GLADWIN e BERND FIGNER destacam vários modelos de sistema dual, para os quais são utilizados vários termos: “*hot*” versus “*cold*”, “*impulsive*” versus “*reflective*”; “*reflexive*” versus “*reflective*”; *the “X-” versus “C-” systems*; “*system I*” versus “*system II*”; “*top-down*” versus “*bottom-up*”; “*automatic*” versus “*controlled*”. Os autores destacam que enquanto há diferenças importantes entre essas variantes, as dicotomias propostas compartilham uma semelhança familiar. Os processos são caracterizados como menos *versus* mais consciente, intencional, eficiente e controlável

³⁸³ EVANS, Jonathan; FRANKISH, Keith. The duality of mind: as historical perspective. In: EVANS, Jonathan; FRANKISH, Keith. **In two minds**: dual processes and beyond. New York: Oxford University Press, 2009, p. 16.

³⁸⁴ Sobre a evolução das teorias de sistema duais, ver: EVANS, FRANKISH, The duality... op. cit., p. 1-33; OSMAN, Magda. As evaluation of dual-process theories of reasoning. **Psychonomic Bulletin & Review**, v. 11, n. 6, p. 988-1010, 2004; DICKERT, Steffhan; VÄSTFJÄLL, Daniel; SOLVIC, Paul. Neuroeconomics and Dual Information Processes Underlying Charitable Giving. In WILHELMS, Evan A.; REYNA, Valerie F. (Ed.). **Neuroeconomics, judgment, and decision making**. New York: Psychology Press. 2015. p. 183-184.

versus incontrolável, ou inconsciente *versus* consciente, implícito *versus* explícito, baixo *versus* alto esforço, paralelo *versus* sequencial.³⁸⁵

Apesar dos vários rótulos para os dois processos e das particularidades de cada corrente, as características comuns atribuídas por vários teóricos aos dois sistemas podem ser destacadas na seguinte forma, conforme o Quadro 5 abaixo:

Quadro 5 – Características atribuídas por vários teóricos aos dois sistemas de cognição

Sistema 1	Sistema 2
Evolutivamente velho	Evolutivamente recente
Inconsciente, pré-consciente	Consciente
Compartilhado com animais	Exclusivamente (distintamente) humano
Implícito conhecimento	Explícito conhecimento
Automático	Controlado
Rápido	Devagar
Paralelo	Sequencial
Alta capacidade	Baixa capacidade
Intuitivo	Reflexivo
Contextualizado	Abstrato
Pragmático	Lógico
Associativo	Baseado em regras
Independente da inteligência geral	Ligado à inteligência geral

Fonte: EVANS, FRANKISH, The duality... op. cit., p. 16-17.

Para entender a existência desses dois sistemas, é preciso compreender, ainda que sem qualquer pretensão de aprofundamento, o funcionamento do cérebro humano. Segundo MAX BAZERMAN e DON MOORE, o cérebro humano evoluiu por milênios usando estratégias que ajudaram nossos ancestrais a sobreviver e reproduzir, mas, por outro lado, “permanecemos completamente ignorantes quanto ao funcionamento interno de nossas mentes e dos processos”.³⁸⁶

A espécie *homo sapiens* tem pouco mais de 300 mil anos e seu comportamento moderno tem cerca de 50 mil anos de existência. Nossa espécie tem um cérebro altamente desenvolvido, com inúmeras capacidades como o raciocínio abstrato, a linguagem e a

³⁸⁵ GLADWIN, Thomas E.; FIGNER, Bernd. “Hot” Cognition and Dual Systems: introduction, criticisms, and Ways Forward. WILHELMS, Evan A.; REYNA, Valerie F. (Ed.). **Neuroeconomics, judgment, and decision making**. New York: Psychology Press. 2015, p. 164.

³⁸⁶ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 87.

resolução de problemas complexos.³⁸⁷ A neurociência vem demonstrando que o cérebro humano é uma rede complexa de sistemas, um conjunto de partes interdependentes que formam um todo, bem como é o resultado de uma longa evolução, mas mantém estruturas mais primitivas, localizadas mais ao fundo do cérebro, que coordenam funções basais. Grosso modo, as estruturas mais profundas do cérebro tendem a ser mais primitivas. Quanto mais para o topo, encontram-se as estruturas mais modernas, como por exemplo o córtex pré-frontal, localizado bem à frente da cabeça e que ajuda a frear as emoções.³⁸⁸

Nesse contexto, é natural compreender que muitas de nossas reações são herdadas de reações cerebrais mais primitivas, instintivas, inconscientes e sem autocontrole. A raça humana, há milhares de anos, vivia em um ambiente altamente ameaçador. O homem caçador-coletor vivia em pequenos grupos, constantemente em mudança. Quando o ser humano se sentia ameaçado, precisava agir rapidamente, ter atitudes autoprotetoras e habilidades para sobrevivência, pois facilmente poderia morrer, sendo devorado por um animal, morto por uma tribo rival ou mesmo de fome. O instinto de sobrevivência o obrigava a tomar decisões extremamente ágeis e graças, inclusive, a esse potencial do cérebro humano a raça humana não se extinguiu.³⁸⁹

Como dito, foge ao objeto deste trabalho explicar os mais variados modelos de sistema dual e o complexo funcionamento do cérebro, mas para que se possa compreender a conexão com o tema objeto da presente pesquisa, teceremos considerações sobre três desses modelos.

JANET METCALFE e WALTER MISCHEL propõem dois tipos de processamento no cérebro: quente e frio.³⁹⁰ No famoso Teste do *Marshmallow*, WALTER MISCHEL estuda as raízes do autocontrole. Crianças são submetidas a um doce e são desafiadas a aguardar um tempo e receber como recompensa o doce em dobro ou podem comê-lo, mas, se optarem pelo imediatismo, comerão apenas um único doce. Com o teste, o autor demonstra como processos quente e frio interferem em nosso processo de tomada de decisão. O estímulo apetitoso e tentador tem uma qualidade motivadora que desperta a vontade de comer o

³⁸⁷ Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Humano#cite_note-7. Acesso em: 12 abr. 2022.

³⁸⁸ MISCHEL, Walter. **O teste do marshmallow**: por que a força de vontade é a chave do sucesso. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2016, p. 40; KANDEL, Eric R.; HUDSPETH, A. J. O encéfalo e o comportamento. In: KANDEL, Eric R. et al. (Ed.). **Princípios de Neurociências**. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014. p. 5.

³⁸⁹ HASTIE, DAWES, **Rational Choice**... op. cit., p. 20.

³⁹⁰ METCALFE, Janet; MISCHEL, Walter. A Hot/Cool System Analysis of Delay of Gratification: Dynamics of Willpower. **Psychological Review**, v. 106, n. 1, p. 3-19, 1999. Criticando a nomenclatura utilizada associada à temperatura e advertindo sobre a necessidade de se ter cautela para evitar criar confusões quando do uso de conotações associadas à quente e frio para explicar fenômenos psicológicos, ver: GLADWIN, FIGNER, "Hot"... op. cit., p. 158-160.

marshmallow, o que, ao ser feito, é prazeroso. É um foco quente, que desperta a reação impulsiva e instintiva de comer, proveniente do sistema límbico, parte mais primitiva do cérebro, que regula impulsos básicos e emoções essenciais para a sobrevivência como defesa a ameaças, medo, raiva, fome e procriação. O sistema emocional quente ajudou nossos ancestrais a enfrentar os diversos perigos selvagens e se alimentar. Pelas estruturas do sistema límbico, mobiliza-se o corpo para a ação, pois:

Não dá tempo para pensamentos nem para reflexões, tampouco para preocupações com as consequências de longo prazo. Hoje, nosso sistema límbico ainda atua como o dos nossos ancestrais. Continua sendo o impulso quente para a ação, o Vá!, especializado em respostas rápidas a estímulos emocionais fortes e excitantes, que provoca automaticamente prazer, dor e medo.³⁹¹

O sistema quente é emocional, automático, rápido e, em grande parte, inconsciente. Porém, sustenta WALTER MISCHEL que esses impulsos quentes não são úteis quando o sucesso em determinada situação demanda calma, planejamento e solução de problemas com base na racionalidade. É aqui que se insere o sistema frio que é cognitivo, complexo, ponderado e de ativação lenta. O sistema frio se localiza nas partes mais evoluídas do cérebro humano, em grande parte no córtex pré-frontal. É o sistema que permite decisões prospectivas (pensar friamente) e o exercício do autocontrole.³⁹²

Outra possibilidade de compreender o processamento quente/frio é o que se denomina de processos *bottom-up* e *top-down*. *Bottom-up* (de baixo para cima) para indicar os processos mentais que se originam nas profundezas do cérebro mais primitivo e se direcionam para as partes superiores onde se localizam os campos mais modernos do cérebro. São “quentes”, automáticos, inconscientes, impulsivos e extremamente rápidos, em que o tomador da decisão tem muito pouco controle, porque não estão dentro do controle volitivo, e não geram sensação de esforço. Já os processos *top-down* (de cima para baixo) são os processos de decisão que partem dos centros mais modernos (córtex pré-frontal) para os mais profundos, indicando os processos “frios”, ou seja, mais lentos, não automáticos, conscientes, com maior autocontrole e que demandam mais tempo e gasto de energia.³⁹³

Outros pesquisadores preferiram nominar essas mesmas classificações de Sistema 1 (o equivalente aos sistemas quente, rápido, *bottom-up*) e Sistema 2 (frio, devagar, *top-down*).

³⁹¹ MISCHEL, O teste... op. cit., p. 39-40.

³⁹² Ibid., p. 40.

³⁹³ Sobre os processos *bottom-up* e *top-down*, ver: BARROS FILHO, Clóvis de; CALABREZ, Pedro. **Em busca de nós mesmos**: diálogos sobre o ser humano e seu lugar no universo. Porto Alegre: CDG, 2017, p. 54; DALLEY, J. W.; EVERITT, B. J.; ROBBINS, T. W. Impulsivity, Compulsivity, and Top-Down Cognitive Control. *Neuron Review*, n. 69, p. 680-690, Feb. 24, 2011; OCHSNER, Kevin N. et al. Bottom-Up and Top-Down Processes in Emotion Generation: Common and Distinct Neural Mechanisms. *Psychological Science*, v. 20, n. 11, p. 1322-1331, Nov. 2009.

Neste trabalho, valemo-nos, doravante, da denominação utilizada por vários pesquisadores e originalmente cunhada por STANOVICH e WEST³⁹⁴, mas mais popularizada por DANIEL KAHNEMAN, psicólogo e vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 2002 com um trabalho exatamente sobre essa temática.³⁹⁵

É importante frisar que a divisão em dois sistemas é uma construção teórica para didaticamente facilitar a compreensão do tema, porque na verdade os dois sistemas não estão separados, mas estão conectados e interagem de forma contínua e integrada, em reciprocidade.³⁹⁶ Os dois sistemas informam e influenciam um ao outro.³⁹⁷

Para DANIEL KAHNEMAN,³⁹⁸ MAX BAZERMAN e DON MOORE³⁹⁹ o Sistema 1 se refere ao sistema intuitivo que normalmente é rápido, automático, sem esforço, implícito e emocional. Tomamos a maioria das decisões na vida usando o Sistema 1, simplificando atividades cerebrais rotineiras.⁴⁰⁰ Se assim não fosse, nossa própria sobrevivência estaria correndo risco. Por sua vez, o Sistema 2 refere-se ao raciocínio mais lento, consciente e esforçado, deliberado e controlado, incrédulo, empregando maior atenção e concentração, para resolver questões complexas. O rápido Sistema 1 é imprescindível para certas ações, porém, para outras tarefas mentais mais complexas, que exigem atenção e reflexão, o Sistema 2 precisa ser igualmente acionado, com maior energia mental.⁴⁰¹ Somente o Sistema 2 “possui a exclusiva habilidade para lidar com a abstração inerente às normas e princípios

³⁹⁴ DICKERT, VÄSTFJÄLL, SOLVIC, *Neuroeconomics...* op. cit., p. 183.

³⁹⁵ KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit.

³⁹⁶ MISCHER, **O teste...** op. cit., 40.

³⁹⁷ DICKERT, VÄSTFJÄLL, SOLVIC, *Neuroeconomics...* op. cit., p. 184.

³⁹⁸ KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 29.

³⁹⁹ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 5.

⁴⁰⁰ Para Jonathan Haidt, a maior parte da cognição humana é como a de outros animais. Revolvemos problemas, em grande parte, por correspondência de padrões e esse tipo de processo acontece de forma rápida e automática. Ao abrir os olhos, reconhecemos objetos e rostos, não há aí nenhum trabalho consciente e esse tipo de trabalho possui centenas de milhões de anos. Mas há uma cognição que é exclusivamente humana, que é a capacidade de raciocinar usando a linguagem, processo esse lento e trabalhoso. Na visão do autor, as intuições vêm em primeiro lugar, o raciocínio em segundo; decisão e justificação são dois processos separados. *In: HAIDT, A psicologia moral...* op. cit., p. 22-26.

⁴⁰¹ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 34. Daniel Kahneman afirma que “quando pensamos em nós mesmos, nos identificamos com o Sistema 2, o eu consciente, raciocinador, que tem crenças, faz escolhas e decide o que pensar e o que fazer a respeito de algo. Embora o Sistema 2 acredite estar onde a ação acontece, é o automático Sistema 1 o herói deste livro. Descrevo o Sistema 1 como originando sem esforço as impressões e sensações que são as principais fontes de crenças explícitas e escolhas deliberadas do Sistema 2. As operações automáticas do Sistema 1 geram padrões de ideias surpreendentemente complexos, mas apenas o Sistema 2, mais lento, pode construir pensamentos em séries ordenadas de passos. Também descrevo circunstâncias em que o Sistema 2 assume o controle, dominando os irrefreáveis impulsos e associações do Sistema 1”. *In: KAHNEMAN, Rápido...* op. cit., p. 29. Ver também COSTA, **Levando...** op. cit., p. 72.

jurídicos”⁴⁰² e “assume o controle, dominando os irrefreáveis impulsos e associações do Sistema 1”.⁴⁰³

Na maior parte das vezes, o pensamento no Sistema 1 é suficiente e, também, não seria prático raciocinar logicamente em cada escolha.⁴⁰⁴ O Sistema 1, segundo DANIEL KAHNEMAN, “opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário”.⁴⁰⁵ Para DANIEL KAHNEMAN, as capacidades do Sistema 1 incluem habilidades inatas que compartilhamos com outros animais, mas também se tornam rápidas e automáticas por meio de prática prolongada. O conhecimento fica armazenado na memória e é “acessado sem intenção e sem esforço”, de forma involuntária.⁴⁰⁶

Há constante interação entre o Sistema 1 e o Sistema 2. Enquanto aquele fornece respostas rápidas e coerentes, esse atua como um “fiscal da coerência do sistema 1”.⁴⁰⁷ Contudo, o Sistema 2 é “preguiçoso” e, em algumas situações, apenas ratificará impressões advindas do Sistema 1. “Quanto mais consistente e coerente for a história gerada a partir dos *inputs* do Sistema 1, mais o Sistema 2 vai tender a simplesmente endossá-la, sem modificações”.⁴⁰⁸

⁴⁰² WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 35.

⁴⁰³ KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 29. Ver também COSTA, **Levando...** op. cit., p. 71-75.

⁴⁰⁴ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 5. Heurísticas são “automatismos inconscientes (sistema 1: rápido e instintivo) decorrentes da base de experiências e conhecimentos acumulados ao longo da vida” que permitem às pessoas desenvolver atividades comezinhas “sem despende grande esforço mental em torno de tais atividades”. *In*: NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 30; KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 23. Em “Blink”, o autor explica o “fatiar fino”, consistente na capacidade de cognição rápida do inconsciente de encontrar padrões em situações e comportamentos com base em fatias muito finas de experiência. Tomam-se decisões intuitivas com poucas informações. Contudo, ao mesmo tempo que o fatiar fino oferece com frequência uma resposta melhor do que cuidadosas e exaustivas formas de pensar - o que assegura nossa sobrevivência e nos protege rapidamente de muitas ameaças do mundo exterior - pode, por outro lado, nos colocar em situações complicadas. Diz o autor: “Levar a sério a cognição rápida – reconhecer o incrível poder, para o bem e para o mal, desempenhado pelas primeiras impressões – exige que tomemos providências ativas para administrar e controlar essas primeiras impressões”. *In*: GLADWELL, Malcolm. **Blink**: a decisão num piscar de olhos. Tradução: Nivaldo Montingelli Júnior. Rio de Janeiro: Sextante, 2016, p. 25-46 e 92.

⁴⁰⁵ KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 29.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 30. É nesse ponto que entra a heurística proporcionada pelo conhecimento do inquérito policial. O viés cognitivo advém do fato de que para passar à fase processual há juízos de valor negativos sobre o imputado e a conduta e isso vai se cristalizando na mente e convicção do juiz, conforme veremos no item 3.2.1.1.a, *infra*.

⁴⁰⁷ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 61.

⁴⁰⁸ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 28. Daniel Kahneman explica que “O Sistema 1 funciona automaticamente e o Sistema 2 está normalmente em um confortável modo de pouco esforço, em que apenas uma fração de sua capacidade está envolvida. O Sistema 1 gera continuamente sugestões para o Sistema 2: impressões, intuições, intenções e sentimentos. Se endossados pelo Sistema 2, impressões e intuições se tornam crenças, e impulsos se tornam ações voluntárias. Quando tudo funciona suavemente, o que acontece na maior parte do tempo, o Sistema 2 adota as sugestões do Sistema 1 com pouca ou nenhuma modificação. Você geralmente acredita em suas impressões e age segundo seus desejos, e tudo bem – normalmente”. *In*: KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 33-34.

A seguir, veremos como essa dinâmica do sistema dual pode acarretar heurísticas e vieses que, para o processo penal, pode se mostrar preocupante.

3.2.1. A influência das heurísticas e vieses no processo decisório

O Sistema 1, dada à característica da rapidez, opera por heurísticas, também chamados de atalhos cognitivos ou *cognitive shortcuts* “a fim de resolver questões complexas, fornecendo respostas adequadas, porém, geralmente imperfeitas”.⁴⁰⁹ Sem que tenhamos consciência, os eventos mentais do Sistema 1 operam silenciosamente e produzem “impressões, sensações, intenções, inclinações, sentimentos e, até mesmo, decisões e julgamentos”.⁴¹⁰

As heurísticas são diversas estratégias simplificadoras ou regras práticas ao tomar decisões, as quais servem como um mecanismo para enfrentar o ambiente complexo em torno de nossas decisões e simplificar/facilitar o processo de tomada de decisões,⁴¹¹ tornando-o eficiente. Segundo EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, trata-se de “juízos intuitivos, não fundamentados, baseados em conhecimento parcial, experiência ou suposições, que às vezes são corretos e às vezes são errados”, sem levar em consideração todas as informações e contando com “um conjunto limitado de pistas”.⁴¹² As heurísticas, portanto, consistem em um procedimento de simplificação que ajudam a encontrar respostas, “ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis”.⁴¹³ O problema é que “(...) nós, seres humanos, com frequência falhamos em discernir as limitações dessas heurísticas e, assim, nem sempre tomamos decisões sensatas. (...) [As] mesmas estratégias que nos orientam para a decisão correta podem às vezes nos enganar”.⁴¹⁴

⁴⁰⁹ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça**... op. cit., p. 24. Ver tabela com alguns exemplos de vieses e heurísticas em: COSTA, **Levando**... op. cit., p. 72-73; NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando**... op. cit., p. 65-67.

⁴¹⁰ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça**... op. cit., p. 23.

⁴¹¹ BAZERMAN, MOORE, **Processo**... op. cit., p. 8 e 85; COSTA, **Levando**... op. cit., p. 53; ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el fator humano. Uma aproximación. **InDret Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, n. 2, abril 2011, p. 3; RODRIGUES, ASSMAR, JABLONSKI, **Psicologia Social**... op. cit., p. 83; EYSENCK, **Manual**... op. cit., p. 549.

⁴¹² COSTA, **Levando**... op. cit., p. 53.

⁴¹³ KAHNEMAN, **Rápido**... op. cit., p. 127.

⁴¹⁴ MATLIN, Margaret W. **Psicologia Cognitiva**. 5. ed., Tradução: Stella Machado. Rio de Janeiro: LTC Editora, 2004, p. 268. No mesmo sentido: “A heurística fornece uma maneira rápida de escolher esquemas que – embora estejam longe de ser infalíveis – frequentemente nos ajudam a fazer uma escolha eficaz em meio a considerável incerteza”. *In*: MICHENER, H. Andrew; DELAMATER, John D; MYERS, Daniel J. **Psicologia Social**. Tradução Eliane Fittipaldi e Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005, p. 152; ARANGUREN, La influencia... op. cit., p. 3.

DANIEL KAHNEMAN assevera que, quando se é confrontado com uma questão difícil, é da essência das heurísticas intuitivas valer-se de atalhos e, assim, responde-se a um questionamento da forma mais fácil em lugar da mais difícil, facilitando a decisão.⁴¹⁵ São mecanismos cognitivos para facilitar a tomada de uma decisão complexa, com economia de recursos mentais.

O Sistema 1, assim, ao se deparar com uma pergunta complexa, substitui a pergunta alvo – cuja resposta exigiria um raciocínio cuidadoso – pela pergunta heurística, sem que tenhamos consciência dessa substituição.⁴¹⁶ Muitas vezes, o Sistema 1 acaba chegando a conclusões precipitadas a partir de evidência limitada.⁴¹⁷ Com isso, erros intuitivos podem ocorrer, os quais somente podem ser evitados com uma intervenção deliberada do Sistema 2. Dentro de um determinado contexto provável próprio, o Sistema 1 aposta numa solução e essa aposta é orientada pela experiência.⁴¹⁸

O ser humano age e decide com base em intuições, instintos e crenças. Resolvemos os problemas pela lógica do menor esforço, utilizando-se do processo intuitivo acumulado ao longo da vida, valendo-se de informações constantes em um banco de dados mental e, com isso, quando nos deparamos com uma situação que envolva informações preteritamente já conhecidas, o ser humano tende a “automaticamente, se valer da informação constante em seu banco de dados mental de modo a formular respostas cognitivas automáticas.”⁴¹⁹

Porque o Sistema 1 implica menos gasto de energia, é preferido e mais natural. Por isso é rápido e instintivo. Assim, há uma tendência mental de substituir questões mais difíceis por questões mais simples. No entanto, tais atalhos cognitivos ou simplificações, ao tempo que podem levar a resultados corretos, podem, por outro lado, levar a conclusões

⁴¹⁵ KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 22 e 127.

⁴¹⁶ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 24. Os autores exemplificam a questão no ambiente forense pela substituição da dúvida sobre a presença dos requisitos para condenação pela pergunta singela: o acusado tem antecedentes? Da resposta positiva, parte-se para a condenação, enquanto a negativa exige maior esforço cognitivo. Sobre a influência dos antecedentes criminais e taxas de condenação ver também: TEICHMAN, Doron; ZAMIR, Eyal, Judicial Decisionmaking: A Behavioral Perspective. *In*: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. (eds.). **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, 2014, p. 8-9. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2366678>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁴¹⁷ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 28. No mesmo sentido, “O Sistema 1 se antecipa aos fatos ao construir uma imagem rica com base em fragmentos de evidência. Uma máquina de tirar conclusões precipitadas agirá como se acreditasse na lei dos pequenos números. De modo geral, vai produzir uma representação da realidade que faz sentido demais”. *In*: KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 146.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 103-104.

⁴¹⁹ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 49-50.

equivocadas e decisões subótimas, especialmente nos casos em que se exija o processamento de informações complexas⁴²⁰ e quando se está diante de um quadro de incertezas.

A tomada de consciência acerca das ilusões cognitivas é um importante passo para tomar decisões mais deliberadas, em que haja efetivo trabalho do Sistema 2⁴²¹, mas tal consciência acerca das falhas cognitivas não necessariamente enseja uma mudança de atitude em relação a elas, porque tal conhecimento “não promove uma imunização aos *inputs* do Sistema 1”, já que tais operações automáticas não são passíveis de controle.⁴²²

O Sistema 1 opera automaticamente e não pode ser desligado quando se deseja e, assim, erros do pensamento intuitivo são difíceis de prevenir, criando ilusões cognitivas. Tais vieses nem sempre podem ser evitados, porque às vezes o Sistema 2 não os detecta.⁴²³

O mundo moderno é um lugar grande, complicado e confuso. A quantidade de dados, de informação e o grau de complexidade estão se expandindo rapidamente. A incerteza é um aspecto inevitável da condição humana e porque nós normalmente não dispomos de modelos para computar as probabilidades de cada evento, julgamentos intuitivos são frequentemente o único método prático para avaliar a incerteza.⁴²⁴ O cérebro humano atua tomando decisões que são processos cognitivos de redução de incertezas. Ocorre, porém, que temos recursos limitados e nem sempre é possível estar plenamente informado e consciente de todas as consequências.

Por isso os indivíduos contam com ferramentas cognitivas que são adquiridas ao longo de uma vida de experiências.⁴²⁵ Essas regras práticas, as chamadas heurísticas, servem para reduzir as demandas de processamento de informação da tomada de decisões. As heurísticas reduzem o esforço que as pessoas devem fazer na tomada de decisões, permitindo-lhe examinar menos informações, simplificar os pesos de diferentes informações, processar menos dados e considerar menos alternativas na tomada de decisões, gerando, portanto, ganhos ao reduzir o esforço cognitivo. São maneiras eficazes de lidar com problemas complexos e as heurísticas frequentemente produzem decisões eficientes e “não

⁴²⁰ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 52; WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 17; COSTA, **Levando...** op. cit., p. 54; DROR, Itiel E; FRASER-MACKENZIE, Peter. Cognitive biases in human perception, judgment, and decision making: Bridging theory and the real world. In: ROSSMO, Kim. (Coord.). **Criminal Investigative Failures**. London: Taylor & Francis, 2008, p. 53-67.

⁴²¹ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 64;

⁴²² Idem.

⁴²³ KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 38-39.

⁴²⁴ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Representativeness and availability. In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel. (eds.). **Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment**. United States of America: Cambridge University Press. 2002, p. 19.

⁴²⁵ Veremos algumas no item 3.2.1.1, infra.

podemos encarar os vieses e as heurísticas como um defeito humano, mas como uma característica evolutiva⁴²⁶ da racionalidade humana.

Porém, tais atalhos cognitivos (heurísticas) podem nos fazer decidir com deturpações, de forma enviesada,⁴²⁷ sem levar em consideração toda a informação relevante. Portanto, são “erros de raciocínio causados por estratégias mentais de simplificação geradas no esforço de processamento de informações”.⁴²⁸

Os vieses “ilustram as irracionalidades sistemáticas que podem ocorrer em nosso julgamento quando não estamos conscientes dessa tendência”.⁴²⁹ Necessário que se compreenda que quase todos estão sujeitos a vieses de julgamento e que tê-los “não implica que você seja um mau tomador de decisões, mas, apenas, que é humano”.⁴³⁰ Dizer que o ser humano é irracional não significa dizer que é inábil ou incompetente em suas decisões ou que tomou más decisões. Irracionalidade não é algo necessariamente ruim; é, simplesmente, humano. Quando se afirma que o homem é irracional quer se contrapor à ideia dos princípios do *Homo economicus*, porque naturalmente o homem não calcula matemática e racionalmente todas as decisões da vida, ou seja, não há sempre um raciocínio de maximização de benefícios e redução de custos. Nem sempre há plena informação sobre todas as opções e consequências e, por vezes, sofre-se com fatores externos que influenciam a tomada de decisão.

Heurísticas e vieses, como dito, são reflexo de uma evolução da racionalidade humana. A limitada capacidade do Sistema 1 foi “eficiente em um ambiente primitivo – onde a percepção tardia de um perigo ou a reação lenta ao ataque de um predador poderia ser

⁴²⁶ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 30. Para maior compreensão do tema, sugere-se também a leitura de: HASTIE, DAWES, **Rational Choice...** op. cit., p. 114-145; MYERS, David. G. **Psicologia Social**. 10. ed. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: AMGH Editora Ltda. 2014, p. 93.

⁴²⁷ A palavra viés (em inglês *bias*) é utilizada na psicologia cognitiva no sentido de tendencioso, preconceito, propensão, inclinação. Nesse mesmo contexto, as noções de *biased/unbiased*: parcial, viesado, tendencioso/imparcial, não viesado, não tendencioso. In: KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 10.

⁴²⁸ MACHADO, André Mendonça. O impacto de vieses cognitivos sobre a imparcialidade. **Revista Brasileira de Inteligência**, Brasília, n. 13, dez. 2018, p. 2.

⁴²⁹ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 69.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 326. No mesmo sentido: “Daí por que não se pode confundir inteligência com racionalidade: pessoas de inteligência elevada não são imunes a vieses ou predisposições automáticas”. In: COSTA, **Levando...** op. cit., p. 59.

decisiva para a sobrevivência”.⁴³¹ Respostas rápidas e intuitivas imprimem velocidade no processo diário de tomada de decisões⁴³² e são importantes mecanismos para o cotidiano.

Contudo, atalhos mentais simplificadores tornam-se potencialmente perigosos em contextos complexos em que a substituição da pergunta mais difícil por uma pergunta mais simples pode gerar visões distorcidas da realidade.⁴³³ Tais ilusões podem gerar entendimentos equivocados que podem “levar a decisões incautas ou superconfiantes”.⁴³⁴

Portanto, erros ou vieses têm muito mais chances de ocorrer no pensamento com o Sistema 1 do que o Sistema 2. Cada vez que o sujeito se especializa em uma tarefa determinada, o Sistema 2, que é preguiçoso, diminui a atuação. O esforço cognitivo do Sistema 2 é árduo, daí a tentação do conforto cognitivo da heurística, que tudo simplifica.

Nosso lado racional quer acreditar que o modo analítico de pensamento do Sistema 2 afasta intuições e impressões mais primitivas (Sistema 1), o que nem sempre é verdadeiro. O Sistema 2, porque monitora e controla os pensamentos e ações do Sistema 1 e exige alocação de atenção, acredita ter sempre a última palavra, mesmo quando se limita a endossar uma resposta surgida automaticamente no âmago do Sistema 1,⁴³⁵ e conseqüentemente, produz visões distorcidas e irrefletidas da realidade (vieses).

As crenças intuitivas geradas a partir de poucas informações e confirmadas pelo Sistema 2 é o que DANIEL KAHNEMAN denominou de “WYSIATI”, sigla para “*what you see is all there is*”, o que significa tirar conclusões precipitadas com base em informações

⁴³¹ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 25; KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 117. Para Eduardo José da Fonseca Costa a linha divisória entre os dois sistemas é arbitrária, pois as bases sobre as quais se caracterizam as operações mentais são contínuas. A vigilância contínua do Sistema 1 pelo Sistema 2 seria “impraticável, desagradável e tediosa” e, dessa maneira, é “indispensável” que o Sistema 1 se encarregue da tomada de decisões rotineiras, especialmente nas emergências e nas ações de autoproteção”. In: COSTA, **Levando...** op. cit., p. 72.

⁴³² Nesse sentido: COSTA, **Levando...** op. cit., p. 53.

⁴³³ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 25.

⁴³⁴ CHABRIS, Christopher F; SIMONS, Daniel. *O gorila invisível e outros equívocos da intuição*. Tradução Angela Lobo de Andrade. Rio de Janeiro: Rocco, 2011, p. 25. Em igual sentido: “*Ma se, nel corso del lungo cammino evolutivo dell’uomo, l’intuizione lo ha aiutato a risolvere i problemi contingenti, ad affrontare i pericoli e le difficoltà improvvise, questa forma di conoscenza istintiva, e spesso inconsapevole, nelle aule di giustizia può rivelarsi un pericolo*”. Tradução livre: “Mas se, durante a longa jornada evolutiva do homem, a intuição o ajudou a resolver os problemas contingentes, a enfrentar os perigos e as súbitas dificuldades, essa forma de conhecimento instintivo e muitas vezes inconsciente nos tribunais pode se revelar um perigo” In: FORZA, MENEGON, RUMIATI, **Il giudice...** op. cit., p. 17.

⁴³⁵ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 32; KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 34.

escassas, limitadas e evidências unilaterais.⁴³⁶ Com isso, “nos concentramos na evidência existente em detrimento da evidência ausente, a qual com frequência é negligenciada”.⁴³⁷

Assim, nem sempre as decisões tomadas levam em consideração toda a gama de informações possíveis. Isso porque também pode se fazer presente uma série de limitações que influenciam na tomada de decisão: restrições de tempo e custo limitam a quantidade e a qualidade de informação disponível; a retenção de uma pequena quantidade de informações na memória utilizável; limitações de inteligência e erros de percepção restringem a capacidade que os tomadores de decisões têm de calcular com precisão a escolha ideal dentre o universo de alternativas disponíveis.⁴³⁸ Os tomadores de decisões “abrirão mão da melhor solução em favor da que seja mais aceitável ou razoável. Ou seja, nós nos damos por satisfeitos: em vez de examinar todas as alternativas possíveis, procuramos até encontrarmos uma solução satisfatória que seja suficiente porque alcança um nível de desempenho aceitável”.⁴³⁹

Observe-se que refletir e julgar demanda tempo, mas o mecanismo de decisão precisa de resultados. Daí porque o saber especializado, acrescido das regras de heurísticas, substitui o pensamento complexo – lento, trabalhoso e reflexivo – por respostas prontas, fáceis, menos complexas e mais rápidas.⁴⁴⁰

Transportada toda essa ideia para o processo penal, pode-se concluir que muitas vezes o juiz deve decidir rapidamente, com base em informações unilaterais e até de forma intuitiva, mas não munido de todas as informações aplicáveis ao caso concreto. Sobretudo na fase investigativa, precisa o magistrado decidir rapidamente dada a urgência de uma

⁴³⁶ Daniel Kahneman destaca o fenômeno do *jumping to conclusions*, que ocorre no que ele denomina de WYSIATI, quando se tiram conclusões precipitadas sem estar de posse de todos os fatos ou informação. Tirar conclusões precipitadas é eficaz se há grande probabilidade de que as conclusões estejam corretas e se “o custo de um ocasional erro for aceitável, e se o ‘pulo’ poupa grande tempo e esforço”. Mas, em se tratando de decisões pouco familiares e quando há muita coisa em jogo e pouco tempo para reunir mais informação, pular para as conclusões é arriscado. Nesses casos, os erros intuitivos são prováveis, mas podem ser evitados com uma intervenção deliberada do Sistema 2. In: KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 103. Dror e Fraser-Mackenzie afirmam que quando as pessoas usam fracas evidências para formar uma hipótese inicial apresentam dificuldade em interpretar corretamente informações subsequentes, mais detalhadas. Com isso, nossas expectativas causam uma interpretação da informação visual em um determinado sentido e o que vemos se conforma com essas nossas expectativas. No original: “*People who use weak evidence to form initial hypotheses have difficulty correctly interpreting subsequent, more detailed, information. This has implications for a wide range of forensic evidence, such as fingerprints and closed-circuit television images, where initial information can be of low quality. (...) our expectations cause us to interpret visual information in a certain way, and what we see conforms to our expectations.*” In: DROR, FRASER-MACKENZIE, *Cognitive...* op. cit., p. 58.

⁴³⁷ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 29.

⁴³⁸ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 8; RODRIGUES, ASSMAR, JABLONSKI, **Psicologia Social...** op. cit., p. 86.

⁴³⁹ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 8.

⁴⁴⁰ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 61.

determinada medida, com um tempo escasso, sob pressão e com incompletude de informações. Já na fase processual, ainda que exercido o contraditório, há uma demanda por julgamentos rápidos (em observância à garantia da razoável duração do processo), pela constante pressão sofridas pelos juízes para julgar com celeridade⁴⁴¹ e cumprir metas impostas pelo CNJ, quase como um método “fordista” de produção que exige mais resultados quantitativos que qualitativos. Como o Sistema 2 implica um maior investimento de raciocínio, tempo e maior reflexão e, muitas vezes, o magistrado assoberbado pelo volume de serviço e pressionado por demandas quantitativas, não tem o tempo necessário para uma análise detida,⁴⁴² pode se valer, inconscientemente, de heurísticas para uma rápida tomada de decisão.

Essas estratégias, como dito, solucionam questões cotidianas – sem as quais nossa própria sobrevivência correria riscos – e, também, auxiliam em situações complexas, nas quais é preciso decidir rapidamente, com um tempo escasso, sob pressão e com incompletude de informações. Portanto, é preciso deixar claro que em geral as heurísticas são úteis, mas por vezes a sua utilização pode levar a erros graves,⁴⁴³ quando se está diante de situações

⁴⁴¹ Jeffrey J. Rachlinski e Andrew J. Wistrich destacam que juízes que enfrentam pressões extremas de tempo tendem a ter um desempenho pior que os que têm tempo suficiente. Afirmam que juízes em todos os lugares enfrentam gabinetes lotados e pressão de tempo. Como justiça atrasada é justiça negada, o juiz ocupado nem sempre tem o luxo de constantemente revisar constantemente sua abordagem para cada caso. Assim, pessoas sob pressão de tempo confiam mais em simples estratégias cognitivas, reações emocionais e estereótipos e sugerem que uma estratégia para melhorar a tomada de decisão é garantir que juízes não enfrentem uma carga de casos tão esmagadora que os pressionem a fazer um julgamento rápido após o outro”. *In: RACHLINSKI, WISTRICH, Judging... op. cit., p. 32.*

⁴⁴² A preocupação com a pressa é externada por Flávio da Silva Andrade, ao expor que “Assim, nem sempre decidir a partir das heurísticas, de forma rápida e intuitiva, é o melhor a fazer. Há situações ou momentos em que o ato decisório deve ser precedido de raciocínio e de ponderação, avaliando-se com logicidade os prós e contras de uma escolha. Decidir sem pressa, seguindo critérios lógicos, avaliando as alternativas, sopesando vantagens e desvantagens, é sempre a forma adequada para se fazer a escolha mais racional e certa”. *In: ANDRADE, A tomada... op. cit., p. 519.* Décio Alonso Gomes, em interessante abordagem sobre a dromologia e a necessidade de reconstrução do tempo a partir da teoria da relatividade de Einstein, sustenta que: “Porém, não se pode perder de vista que o processo demanda, por seus rituais e prescrições, um tempo próprio, diferente do tempo social, prenhe de cinesis por aceleração, dentro de um grande fetiche por altas velocidades”. *In: GOMES, Décio Alonso. (Des)Aceleração Processual: Abordagens Sobre Dromologia na Busca do Tempo Razoável do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 131.* “A lógica da heurística é que, na média, qualquer perda na qualidade da decisão será contrabalançada pelo tempo poupado. E, de fato, tais “atalhos” levam com muito mais frequência a decisões adequadas do que às ruins”. Mas “a maioria de nós não está consciente da existência da heurística e do seu impacto constante sobre o nosso processo de decisão. Consequentemente, falhamos ao distinguir entre situações em que las são benéficas e situações em que elas são potencialmente danosas”. *In: BAZERMAN, MOORE, Processo... op. cit., p. 86-87.* Sobre o efeito da pressão do tempo e julgamentos enviesados, ver DROR, FRASER-MACKENZIE, *Cognitive... op. cit., p. 56.*

⁴⁴³ “Resta então um dilema: quando podemos confiar em nossos instintos e quando devemos nos precaver contra conclusões precipitadas?” e “as conclusões rápidas e o julgamento baseado na primeira impressão podem ser controlados e aperfeiçoados”. *In: GLADWELL, Blink... op. cit., p. 18; WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, Vieses da justiça... op. cit., p. 17; PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. Court Review, v. 49, i. 2, 2013. p. 114. Disponível em: <https://digitalcommons.unl.edu/ajacourtreview/422>. Acesso em: 12 abr. 2022; “A intuição pode ser bastante*

que envolvem um raciocínio mais complexo próprio do Sistema 2, em que as heurísticas podem gerar distorções cognitivas (vieses cognitivos ou *cognitive biases*).

Assim, é preciso perquirir até que ponto as heurísticas incidentes no processo decisório do campo jurídico podem causar enviesamento e, ciente disso, averiguar meios e instrumentos processuais para que ocorra o desenviesamento (*debiasing*), quando se mostrar necessário. A heurística oferece a profissionais pressionados pelo tempo um modo simples de tratar com um mundo complexo.⁴⁴⁴ São, frise-se, atalhos mentais que facilitam o processo de tomada de decisão sem uma análise cuidadosa, mas que podem levar a decisões irracionais, o que para o processo penal pode custar muito caro.

Nesse sentido, um modelo constitucional de processo penal, que leve a sério a imparcialidade, deve dar conta de institutos que possam gerar enviesamentos cognitivos do processo de decisão e extirpá-los do ordenamento, dado os efeitos nocivos que os vieses de cognição podem causar no processo de tomada de decisão jurisdicional. Necessário, portanto, verificar quais os estímulos para a tomada de decisão mais deliberativa e menos intuitiva, de forma contraintuitiva.⁴⁴⁵

As heurísticas e vieses “maculam a legitimidade das decisões jurídicas tendo em vista o fato de conduzirem a um quadro de desprezo pelo órgão jurisdicional de princípios como os da imparcialidade e do contraditório dinâmico (garantia de influência e não surpresa)”.⁴⁴⁶ O julgador pode “estar preso aos julgamentos preliminares e tidos como verdadeiros *ex ante*”.⁴⁴⁷

PAOLA BIANCHI WOJCIECHOWSKI e ALEXANDRE MORAIS DA ROSA evidenciam que sob determinados estímulos (*triggers*), os julgadores encontram-se inclinados à resposta intuitiva.⁴⁴⁸ Eis aqui um primeiro ponto: a prevenção pode, nesse sentido, ser vista como um estímulo para um pensamento potencialmente enviesado. A atual estrutura procedimental da organização judiciária facilita tais vieses e heurísticas, sendo o

precisa, mas muitas vezes cometemos erros exatamente por confiar demais no Sistema Automático”. In: SUNSTEIN, THALER, **Nudge**... op. cit., p. 31; GUTHRIE, RACHLINSKI, WISTRICH, *Blinking*... op. cit.; KAHNEMAN, **Rápido**... op. cit., p. 19.

⁴⁴⁴ BAZERMAN, MOORE, **Processo**... op. cit., p. 11. Interessante percepção de Christopher Chabris e Daniel Simons: “Nosso sistema de cognição rápida é excelente na solução dos problemas para os quais o cérebro evoluiu, mas as culturas, sociedades e tecnologias de hoje são muito mais complexas que as de nossas ancestrais. Em muitos casos, a intuição está mal adaptada para resolver problemas no mundo moderno. Pende duas vezes antes de decidir confiar na intuição em detrimento da análise racional, principalmente em matérias importantes, e cuidado com as pessoas que lhe dizem que a intuição é uma panaceia para todos os males da tomada de decisões. In: CHABRIS, SIMONS, **O gorila**... op. cit., p. 288.

⁴⁴⁵ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça**... op. cit., p. 57.

⁴⁴⁶ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando**... op. cit., p. 47.

⁴⁴⁷ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça**... op. cit., p. 57.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 65.

juiz das garantias um obstáculo funcional para diminuir a incidência de heurísticas e vieses no processo decisório judicial, ou, nas palavras de EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, importante “medida precaucional antienviesante, em reforço à imparcialidade objetiva no âmbito do processo penal”.⁴⁴⁹

Há várias heurísticas e vieses descritos na literatura,⁴⁵⁰ convindo destacar apenas alguns dos principais que podem influenciar a decisão judicial e que se relacionam à proposta do trabalho. A literatura jurídica estadunidense se debruça há algum tempo sobre a influência de heurísticas no processo de tomada de decisão, em especial porque o currículo das faculdades de Direito mantém um frequente diálogo com outras disciplinas, como economia e psicologia.⁴⁵¹ Outros sistemas jurídicos começam a se aperceber e se preocupar com a necessidade de mitigar as consequências dos vieses.⁴⁵² No Brasil, verifica-se um incipiente estudo sobre a influência das heurísticas e vieses no processo de tomada de decisão judicial.⁴⁵³ Entender tais fenômenos é fundamental para prevenir seus efeitos e compreender a necessidade de implantação do juiz das garantias em busca de um sistema que neutralize/minimize os riscos de quebra da imparcialidade.

Doravante, apresentaremos algumas das heurísticas e vieses que podem se fazer presentes no cotidiano e no processo de tomada de decisão judicial e qual a possível influência para justificar a adoção do juiz de garantias.

3.2.1.1. Exemplos de heurísticas encontrados no processo decisório judicial que justificam a implementação do juiz das garantias

Neste item, apresentaremos algumas heurísticas que podem se fazer presentes no processo de tomada de decisão. Na vasta listagem de heurísticas catalogadas pelos especialistas, optamos por apresentar, para os fins deste trabalho, as heurísticas da disponibilidade, da representatividade e do excesso de confiança, como possíveis ocorrências no processo penal a justificar a implementação do juiz das garantias.⁴⁵⁴

⁴⁴⁹ COSTA, **Levando...** op. cit., p. 161 e 200; ANDRADE, A tomada... op. cit.

⁴⁵⁰ Ver tabela com alguns exemplos de vieses e heurísticas em: COSTA, **Levando...** op. cit., p. 60-70; NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 65-66.

⁴⁵¹ ARANGUREN, La influencia... op. cit., p. 12.

⁴⁵² Citam-se os trabalhos aqui estudados de Arturo Muñoz Aranguren (Espanha) e Antonio FORZA, Giulia MENEGON e Rino RUMIATI (Itália), à guisa de exemplo.

⁴⁵³ Ao longo deste trabalho destacaram-se as pesquisas promovidas por Eduardo José da Fonseca Costa, Dierle Nunes, Natanael Lud, Erick Navarro Wolkart, Flávio Quinaud, Flávio da Silva Andrade, Aury Lopes Júnior, Ruiz Ritter, Alexandre Moraes da Rosa e Paola Bianchi Wojciechowski.

⁴⁵⁴ O Min. Luiz Fux, quando do julgamento da medida cautelar da ADI 6298, criticou à alegada presunção de que os juízes que acompanham investigações tendem a produzir vieses que prejudicam o exercício imparcial

a) *Heurística da Disponibilidade (availability heuristic)*

Existem situações em que as pessoas avaliam a frequência ou a probabilidade de um evento pela facilidade com que ocorrências podem ser trazidas à mente. A *heurística da disponibilidade* pode ser definida como a facilidade com que situações relevantes vêm à mente ou são recuperadas da memória,⁴⁵⁵ a partir de seu conhecimento ou suas experiências prévias. REID HASTIE e ROBYN M. DAWES explicam que muitos dos julgamentos que fazemos são baseados na memória, porque não temos os dados necessários para fazer o julgamento, mas apreendemos informações no passado, armazenados na memória de longo prazo, que são relevantes para a decisão. Esta forma simples de pensamento associativo é chamada pelos pesquisadores de heurística da disponibilidade, pois contamos com a facilidade de recuperação para os mais diversos tipos de julgamentos.⁴⁵⁶ Supõe-se que se exemplos são trazidos para mente rapidamente, então deve haver muitos deles, ou se uma associação é facilmente feita, então deve ser precisa, uma vez que os laços associativos são construídos com experiência.⁴⁵⁷

Assim, quanto mais facilmente nos recordamos de alguma coisa, mais provável ela parece e mais saliente ela será para a mente humana. Quanto mais facilmente disponível está uma informação na memória, mais isso é saliente na mente humana e ganha destaque na mente. É o que ocorre, por exemplo, quando se sofre um recente acidente de carro: nas próximas semanas, tende-se a ficar muito mais atento, porque está plenamente disponível na

da jurisdição, especialmente na fase processual penal. Sustentou Sua Excelência que se devem evitar generalizações inadequadas, porque “[A] base das ciências comportamentais é o caráter empírico de seus argumentos. A existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Mais ainda, também não se pode inferir, a partir desse dado científico geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução. Defensores desse argumento sequer ventilam eventuais efeitos colaterais que esse arranjo proposto pode produzir, inclusive em prejuízo da defesa”. Assim, o Ministro sustentou a necessidade de aprofundamento desse tópico, incabível na análise liminar da questão, demandando aprofundamento posterior, sobretudo sobre dados empíricos disponíveis sobre “os impactos que o juiz de garantias ensejará aos diversos interesses constitucionalmente tutelados, sob pena de se recair em uma análise baseada em meras especulações que carecem de consistência empírica”. In: STF. **ADI 6298 MC/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 15/01/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁴⁵⁵ POHL, Rüdiger F. **Cognitive Illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory**. Hove and New York: Psychology Press, 2004, p. 19 e 148. Ver também: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. **Judgment under uncertainty: Heuristics and biases**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 164; EYSENCK, **Manual...** op. cit., p. 552; MYERS, **Psicologia Social...** op. cit., p. 94-95; ANDRADE, A tomada... op. cit., p. 519.; BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 11; KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 165-166; MICHENER, DELAMATER, MYERS, **Psicologia...** op. cit., p. 153.

⁴⁵⁶ HASTIE, DAWES, **Rational Choice...** op. cit., p. 116.

⁴⁵⁷ KAHNEMAN, SLOVIC, TVERSKY, **Judgment...** op. cit., p. 192.

memória o que aconteceu, passando-se a acreditar que é mais provável um novo acidente e, por isso, tende-se a ficar mais cauteloso.

A disponibilidade é uma pista útil para avaliar a frequência ou a probabilidade, porque exemplos de classes frequentes são geralmente alcançadas melhor e mais rápido do que as menos frequentes.⁴⁵⁸ Tome-se, por outro exemplo, um acidente de avião. Logo após um acidente, muitas pessoas deixam de viajar de avião, impactadas pelo evento recente e disponível em suas memórias. Embora as estatísticas apontem para um número muito baixo de acidentes aéreos comparado ao número de voos realizados, a heurística da disponibilidade acaba por influenciar a decisão das pessoas de viajarem de carro, aumentando o número de acidentes terrestres.⁴⁵⁹

Assim também o é em relação a homicídios que podem estar mais disponíveis porque tais casos de morte são cobertos com mais frequência e vividez na mídia do que os casos de morte por câncer de estômago.⁴⁶⁰ Pelos mesmos motivos, a ocorrência de enfartos pode ser superestimada por alguém pela lembrança de pessoas conhecidas que sofreram desse mal súbito; taxas de divórcios podem ser superestimadas pela lembrança de pessoas conhecidas que se divorciaram.⁴⁶¹ Portanto, julgamos a frequência de um evento ou de uma categoria conforme a facilidade com que as ocorrências vêm à mente.⁴⁶²

Resumindo: uma informação fica mais disponível na memória quando é recente,⁴⁶³ frequente e quando existe uma carga afetiva naquela memória, acabando por deixar “imagens que posteriormente impregnam nossos juízos.”⁴⁶⁴ Muitas decisões que tomamos são afetadas pela vividez da informação. Nossas memórias, recordações e experiências recentes tem um impacto muito forte, ainda que de forma inconsciente, sobre nossas decisões, nossos processos mentais, influenciando nossos julgamentos.⁴⁶⁵

⁴⁵⁸ KAHNEMAN, SLOVIC, TVERSKY, **Judgment**... op. cit., p. 11.

⁴⁵⁹ “Uma vez que filmagens de desastres aéreos são uma memória prontamente disponível para a maioria das pessoas – sobretudo desde 11 de setembro de 2001 –, com frequência supomos que corremos mais risco viajando em aviões comerciais do que em automóveis. Na verdade, de 2003 a 2005, os viajantes nos Estados Unidos tinham 230 mais chances de morrer em um acidente de carro do que em um voo comercial percorrendo a mesma distância (National Safety Council, 2008). Em 2006, relata a Flight Safety Foundation, houve um acidente com avião de passageiros para cada 4,2 milhões de voos por jatos comerciais de fabricação ocidental (Wald, 2008). Para a maioria das pessoas que viaja de avião, a parte mais perigosa da viagem é o deslocamento até o aeroporto”. In: MYERS, **Psicologia Social**... op. cit., p. 95.

⁴⁶⁰ POHL, **Cognitive**... op. cit., p. 154.

⁴⁶¹ KAHNEMAN, SLOVIC, TVERSKY, **Judgment**... op. cit., p. 164.

⁴⁶² KAHNEMAN, **Rápido**... op. cit., p. 165-185.

⁴⁶³ KAHNEMAN, SLOVIC, TVERSKY, **Judgment**... op. cit., p. 11.

⁴⁶⁴ MYERS, **Psicologia Social**... op. cit., p. 94.

⁴⁶⁵ BAZERMAN, MOORE, **Processo**... op. cit., p. 55. No mesmo sentido: “[S]e uma das funções centrais do inconsciente é preencher as lacunas diante da informação incompleta, a fim de construir uma imagem da realidade que nos possa ser útil, o quanto dessa imagem é realmente acurada? Por exemplo, vamos supor que

Como qualquer heurística, sob algumas circunstâncias, o uso da heurística de disponibilidade leva a conclusões perfeitamente apropriadas e fornecem mais respostas certas do que erradas, tomando por conta um sentido de custo/benefício, valendo a pena o tempo e energia economizados. Portanto, a heurística da disponibilidade pode ser uma estratégia de tomada de decisões muito útil, uma vez que exemplos de eventos de maior frequência geralmente se revelam mais rapidamente nas nossas mentes do que eventos menos frequentes. Conseqüentemente, essa heurística muitas vezes levará a um julgamento preciso. Entretanto, ela é falível, porque a disponibilidade de informações também é afetada por fatores que não estão relacionados com a frequência objetiva do evento julgado, como a vividez da lembrança, a familiaridade, a facilidade com que é imaginado, o que pode influenciar de forma inadequada o julgamento e levar a ocorrência de vieses⁴⁶⁶, seguindo-se conclusões errôneas.

Assim, o mau uso da heurística da disponibilidade pode ocasionar erros sistemáticos no processo decisório (...), pois “precisamos entender quando a barreira da intuição nos engana, de modo a podermos evitar a armadilha de selecionar a opção mais disponível em sua mente”.⁴⁶⁷ Uma amostra experienciada de um evento armazenado na memória de longo-prazo e, posteriormente, recuperada pode ser enviesada, porque pode não representar propriamente um evento, podendo introduzir vieses sistemáticos em julgamentos baseados na memória.⁴⁶⁸

Embora o julgamento feito a partir de heurística da disponibilidade possa ser corrigido com informações posteriores, percepções errôneas com severas conseqüências podem, sob certas circunstâncias, persistir. É o caso de estereótipos (p.ex., preconceitos por

ocorre quando você conheceu alguém. Você tem uma conversa rápida com essa pessoa e, baseado em aparência, maneira de vestir, etnia, sotaque e gestos – e talvez um pouco de pensamento positivo de sua parte –, forma uma avaliação sobre esse indivíduo. Mas quanto você pode confiar que sua imagem é verdadeira? (...) A percepção visual é apenas uma das muitas arenas de processamento mental, em que partes do cérebro que funcionam no nível inconsciente fazem truques para preencher a informação que falta. A memória é outra, pois a mente inconsciente se envolve ativamente na tarefa de moldar nossa memória”. *In: MLODINOW, Subliminar...* op. cit., p. 63.

⁴⁶⁶ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p.12; KAHNEMAN, SLOVIC, TVERSKY, **Judgment...** op. cit., p. 11 e 200; SOUZA, Altay Alves Lino de Souza. **A influência de atributos físicos na formação de primeiras impressões: Uso do TAT e impacto no processo decisório de profissionais de Recursos Humanos.** 2010. Tese (Doutorado em Psicologia) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2010, p. 60-64.

⁴⁶⁷ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 56-57. Christopher Chabris e Daniel Simons destacam que o que aceitamos e acreditamos intuitivamente provém daquilo que supomos e entendemos coletivamente, aquilo que existe no senso comum, e a intuição influencia nossas decisões automaticamente, sem reflexão. Mas nossas intuições, fruto de um pensamento rápido e automático originário do Sistema 1, podem nos levar a erros perigosos que “podem nos custar uma fortuna, a saúde e até a vida se as seguirmos cegamente”. *In: CHABRIS, SIMONS, O gorila...* op. cit., p. 276-277.

⁴⁶⁸ HASTIE, DAWES, **Rational Choice...** op. cit., p. 119.

raça, religião ou sexo serem mais ou menos propenso a determinado comportamento), pois se houver um viés na formação de um julgamento, pode, por sua vez, levar a um viés em manter esse julgamento por meio da estrutura cognitiva (neste caso, um estereótipo) que é formado em decisões futuras. Esses preconceitos podem, como consequência, ser altamente resistentes a contra-evidências. Na medida em que existem, podem ter um efeito prejudicial.⁴⁶⁹

FLÁVIO DA SILVA ANDRADE sustenta que a heurística da disponibilidade é empregada pelo juiz, pois toma decisões a partir de informações que estão disponíveis em sua mente a partir de seu conhecimento jurídico e de sua experiência profissional. Diz o autor que tal heurística incide especialmente nos casos mais simples e rotineiros. Isso porque, “o número de ações é tão elevado na maioria das unidades judiciárias que a necessidade de dar vazão à demanda impele o juiz a decidir se orientando pelo que já sabe, pelo que pode ser facilmente acessado na memória”.⁴⁷⁰

No processo penal a influência dessa heurística é perceptível, pois na medida em que dados podem ser recuperados da memória, pode fazer com que casos anteriores e similares, que estejam disponíveis na memória do julgador, influenciem a visão acerca do caso presente em análise e, com isso, desconsiderem-se as peculiaridades deste caso penal.⁴⁷¹

Outrossim, a literatura especializada indica que a heurística da disponibilidade pode influenciar na formação de julgamentos de culpa aparente.⁴⁷² Assim, se transportarmos essa ideia para a análise do juiz das garantias, é perceptível a influência a que o julgador está sujeito ao tomar contato com os elementos unilaterais da fase investigativa: podem impregnar no juiz a formação enviesada de um estereótipo de culpado e aparente culpabilidade (como, por exemplo, realização de audiência de custódia para análise da prisão em flagrante, posse da *res furtiva*, presença de sangue na roupa do evento recente, decretação de prisão preventiva, fundamentação de decisões concessivas de medidas cautelares), em que a vividez do contato com a pessoa do acusado e a recente deliberação sobre um caso em condições de incerteza podem conduzir a um quadro mental resistente a contra-evidências na fase processual, ficando tais informações disponíveis na memória do julgador.

Inegável a atuação da heurística da disponibilidade, máxime ao se notar que o “relembrado” é o mesmo caso que se está a julgar na fase judicial, acarretando prejuízos à

⁴⁶⁹ KAHNEMAN, SLOVIC, TVERSKY, **Judgment**... op. cit., p. 200.

⁴⁷⁰ ANDRADE, **Julgamentos**... op. cit., p. 43.

⁴⁷¹ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça**... op. cit., p. 51; ARANGUREN, *La influencia*... op. cit., p. 5.

⁴⁷² POHL, **Cognitive**... op. cit., p. 156.

imparcialidade que deve nortear as decisões mais profundas da fase judicial e que, portanto, precisam ser feitas pelo crivo do Sistema 2, que pode ser desestimulado pela atuação da heurística da disponibilidade. Nesse ponto, o conhecimento do inquérito policial pode incutir no magistrado juízos de valor negativos sobre o imputado e sua conduta cristalizados na mente e convicção do juiz.

Está posta, assim, a heurística que pode levar a uma armadilha cognitiva, conduzindo a enormes prejuízos ao imputado na fase judicial.

b) Heurística da representatividade (representativeness)

A segunda heurística a ser enfrentada é a da representatividade (*representativeness*). Ao fazer um julgamento sobre um indivíduo (ou objeto ou evento), as pessoas tendem a estimar probabilidades e procurar peculiaridades que ele possa ter que correspondam a estereótipos formados pelo julgador anteriormente,⁴⁷³ associando-se à uma categoria em nosso banco de dados da experiência, “buscando elos que seriam responsáveis por tomar o todo pela parte”.⁴⁷⁴ Assim, quando usamos a heurística da representatividade, as probabilidades de um evento são estimadas pelo grau de similaridade, ou seja, em que a situação X presente é semelhante à Y passada, ou seja, pelo grau em que uma situação X é representativa de Y. Surge, naturalmente, a tendência de aproximar, às vezes errônea e artificialmente, as situações. As previsões que seguem essa heurística, como qualquer outra heurística, podem ser acuradas. Contudo, em outras situações, os estereótipos são falsos e isso pode trazer representações errôneas.

O Sistema 2 irá monitorar e controlar a saída do Sistema 1, com a implicação de que os julgamentos por representatividade (tal qual outros julgamentos heurísticos) só são expressos abertamente se endossados por aquele. Podemos, portanto, pensar em julgamentos de probabilidade como um compromisso entre processos espontâneos simples e sem esforço, por um lado, e procedimentos de revisão mais lentos e cuidadosos, de outro. Se, no final, os julgamentos serão tendenciosos ou não, depende sobre a adequação do pensamento intuitivo, bem como o peso atribuído pelo Sistema 2.⁴⁷⁵

⁴⁷³ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 12. Ver também: TEIGEN, Karl Halvor. Judgments by representativeness. In: POHL, Rüdiger F. (editor). **Cognitive Illusion: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory.** Hove and New York: Psychology Press, 2004, p. 165-182.

⁴⁷⁴ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 54; MICHENER, DELAMATER, MYERS, **Psicologia...** op. cit., p. 153. Em igual sentido: “quando solicitadas a fazer um julgamento, as pessoas frequentemente raciocinam a partir de um caso representativo ou típico, tratando esse caso como se ele fosse inteiramente descritivo da gama total de casos possíveis”. In: COSTA, **Levando...** op. cit., p. 136.

⁴⁷⁵ TEIGEN, Judgments... op. cit., p. 180.

Para melhor compreensão, analisemos a seguinte situação retirada aleatoriamente da amostra de 30 engenheiros e 70 advogados: divorciado duas vezes, Frank passa a maior parte de seu tempo livre no *country club*. Suas conversas no bar do clube com frequência giram em torno de seu arrependimento por ter tentado seguir os passos de seu estimado pai. As muitas horas que dedicou à labuta acadêmica teriam sido melhor investidas no aprendizado de como ser menos brigão em suas relações com outras pessoas. Pergunta: Qual é a probabilidade de Frank ser advogado em vez de engenheiro?

DAVID MYERS aponta que 80% dos alunos entrevistados supuseram que ele era um dos advogados e quando a descrição de exemplo foi apresentada a outro grupo de alunos, modificada para agora informar que 70% eram engenheiros, absolutamente nada mudou. Os alunos não levaram em conta a taxa básica de engenheiros e advogados, porque em suas mentes, Frank era mais representativo dos advogados, e isso era tudo que parecia importar.⁴⁷⁶

Julgar algo comparando-o intuitivamente à nossa representação mental de uma categoria é usar a heurística da representatividade. A representatividade geralmente é um guia razoável, mas, nem sempre funciona e pode levar a conclusões irracionais. LEONARD MLODINOW pondera que nós não teríamos sobrevivido como espécie sem nossa capacidade de categorizar. Isso pode ser útil e economizar energia. O desafio, para o autor, não é deixar de categorizar, mas como se tornar ciente de quando fazemos isso e conseguir ver as pessoas individualmente, como elas são.⁴⁷⁷

O autor complementa afirmando que nós gostamos de pensar que julgamos as pessoas como indivíduos e às vezes tentamos de forma consciente avaliar os outros com base em suas características específicas. Em geral conseguimos fazer isso, mas se não conhecemos bem uma pessoa, nossa mente procura respostas em sua categoria social. A memória, então “acrescenta detalhes de uma cena de que nos lembramos em pinceladas imprecisas e fornecem uma imagem vívida e completa de um rosto, mesmo que nosso cérebro retenha apenas seus aspectos gerais”.⁴⁷⁸

Aplicada a referida heurística ao processo penal, pode-se citar alguns exemplos do enviesamento causado pelo uso da representatividade. Como primeiro exemplo, FLAVIO DA SILVA ANDRADE defende que a heurística da representatividade orienta a tomada de decisão “a partir da alta probabilidade de que alguém ou algo se encaixa num determinado modelo ou é similar a um protótipo representativo de uma classe ou categoria”.⁴⁷⁹ Dito isso,

⁴⁷⁶ MYERS, **Psicologia Social**... op. cit., p. 93.

⁴⁷⁷ MLODINOW, **Subliminar**... op. cit., p. 186.

⁴⁷⁸ Ibid., p. 181.

⁴⁷⁹ ANDRADE, A tomada... op. cit., p. 518.

o autor alerta que na rotina judicial, a heurística da representatividade está bem presente, pelo sistema de precedentes judiciais, com caráter vinculante. Assim, o julgador verifica se já há jurisprudência sobre o assunto e, de forma rápida e sem esforço, resolve a controvérsia. Se de um lado, isso gera celeridade, igualdade e segurança jurídica (argumentos que são de todos válidos para a propriedade da instituição de um sistema de precedentes), por outro traz um inconveniente, pois, com a aplicação automática de um determinado precedente (muitas vezes causado pela pressão por celeridade e produtividade), pode não haver a resolução mais correta para a causa, não se observando as peculiaridades do caso concreto que podem levar a uma superação (*overruling*) ou distinção (*distinguishing*) do precedente.⁴⁸⁰

Outro exemplo de enviesamento causado pela heurística da representatividade, que também pode atuar em um nível inconsciente, é uma pessoa tomar parte de uma discriminação racial ou outro comportamento que se consideraria moralmente repreensível em um nível consciente.⁴⁸¹ LEONARD MLODINOW, após estudos sobre preconceitos implícitos,⁴⁸² afirma que “podemos ser duas pessoas diversas ao mesmo tempo: um ‘eu’ inconsciente, que nutre sentimentos negativos em relação a negros – ou a pessoas mais velhas, mais gordas, gays, muçulmanos -, e um ‘eu’ consciente, que abomina o preconceito”.⁴⁸³

Outro exemplo trazido por EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA diz com a influência que situações anteriores e representativas de uma determinada situação podem ser evocadas quando da valoração das partes e testemunhas. Assim, juízes profissionais e jurados, quando de um julgamento, podem raciocinar a partir de um caso representativo ou típico, “tratando esse caso como se ele fosse inteiramente descritivo da gama total de casos possíveis.”⁴⁸⁴

Segundo o autor, isso leva a um quadro de *juízos categóricos*, ou seja, quando se pondera sobre a probabilidade de o acusado ser culpado, por uma conclusão de que uma evidência concreta analisada representa uma categoria invocada pelo julgador. Assim, a depender do comportamento do réu durante a audiência, estar-se-ia frente a uma categoria, de culpabilidade ou inocência do réu. Se a amostra se apresentar “representativa ou similar

⁴⁸⁰ ANDRADE, A tomada... op. cit., p. 524-525.

⁴⁸¹ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 13; RODRIGUES, ASSMAR, JABLONSKI, **Psicologia Social...** op. cit., p. 84.

⁴⁸² O teste de Associação Implícita, ou IAT, na sigla em inglês, tornou-se uma das ferramentas-padrão de psicologia social para medir o grau com que um indivíduo associa inconscientemente traços a categorias sociais e ajudou a revolucionar a maneira como os cientistas veem a estereotipagem. In: MLODINOW, **Subliminar...** op. cit., p. 183.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 211.

⁴⁸⁴ COSTA, **Levando...** op. cit., p. 136.

à categoria” (ex: réu se mostra nervoso durante o interrogatório), o juiz tenderia a assimilar tal comportamento à categoria de culpabilidade. Quando a amostra não se parece com a categoria (ex: réu se mostra calmo diante do juiz), o julgador tenderia a ver nisso uma prova de inocência.⁴⁸⁵

Esses ‘juízos categóricos’ podem levar também a ilusões de confiança, retratada na obra “O gorila invisível e outros equívocos da intuição” de DANIEL SIMONS e CHRISTOPHER CHABRIS, ao relatarem um caso real de uma vítima de estupro, extremamente confiante no reconhecimento pessoal do suposto agressor, foi tida como informante exemplar. Contudo, anos depois de prisão, o imputado foi absolvido por prova de DNA. Concluem os autores que o sistema judiciário necessita de reforma para que se possa compreender como a mente humana funciona e que todos os intervenientes na persecução penal são suscetíveis a ilusões.⁴⁸⁶

EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA afirma que a afetação do juiz instrutor pela heurística de representatividade tem levado legisladores de vários países separaram as funções instrutória e decisória, para que o juiz que instrui uma causa não possa sentenciar sobre ela. Prossegue o autor afirmando que isso “revela o perigo de uma das mais importantes derivações do princípio da oralidade, que é o chamado princípio da identidade física do juiz”. Embora o autor destaque pontos positivos da oralidade e da imediação na relação entre juiz e sujeitos processuais, faz um contraponto ao afirmar que “por absoluto desconhecimento científico”, quando os tribunais brasileiros sistematicamente entendem que a função de julgar consiste em valorar as diversas declarações dadas em juízo, acabam por gerar um grave risco de distorções cognitivas e arbitrariedades judiciais, à medida em que o juiz poderia valorar gestos, atitudes, perturbações e supressa de todos os atores da audiência, ou seja, avaliaria tanto aspectos verbais como não verbais. Assim, a separação da atuação de juízes (um para a instrução e outro para a sentença) seria uma solução para neutralizar ou mitigar o viés da representatividade.

GLAUCO GUMERATO RAMOS chega ao ponto de defender, como garantia de um maior grau de imparcialidade, um “sistema de enjuizamento escalonado ou procedimento judicial funcionalmente escalonado” para o processo civil, em que atuariam juízes diversos para cada etapa processual: “um juiz para urgência, um para instrução e um para sentença”; ou, ainda, “o juiz da instrução e/ou da prova de ofício não poderá ser o mesmo da resolução do mérito”. Na visão do autor, “evita-se, como isso, a figura do juiz onipotente e dos riscos

⁴⁸⁵ COSTA, **Levando**... op. cit., p. 136. No mesmo sentido: ARANGUREN, La influencia... op. cit., p. 3.

⁴⁸⁶ CHABRIS, SIMONS, **O gorila**... op. cit., p. 144.

que invariavelmente o respectivo acúmulo de poder possa trazer ao jurisdicionado. Relativiza-se, portanto, o arbítrio judicial”, porque o juiz distinto do mérito estaria com “seu espírito livre das impressões subjetivas que as fases anteriores de urgência ou de instrução acarretam à condição humana”.⁴⁸⁷ Assim, haveria uma “especialização funcional dos juízes”,⁴⁸⁸ evitando-se que “enviesadas impressões subjetivas do juiz da audiência – nascidas do contato direto e vivo com as partes e testemunhas – sejam co-constituintes irracionais, dos fundamentos ocultos da sentença”.⁴⁸⁹

Aplicada a heurística da representatividade ao juiz das garantias, seguindo a lógica de precaução de vieses, uma solução proposta por GUTHRIE, RACHLISNKI e WISTRICH é a separação de função dos juízes, ou seja, haveria “juízes destinados apenas ao gerenciamento do caso” (*judges functioned solely as case managers*) e outros “destinados tão somente ao julgamento propriamente dito” (*judges functioned solely as adjudicators*).⁴⁹⁰

Respeitosamente, não parece ser viável uma tripartição de funções, tal qual acima preconizado, ao sistema brasileiro. Embora este trabalho sustente a necessidade de separação dos juízes da fase investigativa e da fase de instrução processual, a entrada de outro juiz para o fim específico de sentenciar desprestigiaria o princípio processual da oralidade e da identidade física do juiz. O controle da motivação é que deve aferir a racionalidade do *iter* decisório do julgador.

Defende-se, no processo penal, que para evitar o influxo da propensão à representatividade, é necessário que se adote um sistema de duplo juiz: um que atue na fase de inquérito e outro na fase processual, o que permitirá a este último uma verdadeira

⁴⁸⁷ RAMOS, Glauco Gumerato. Sistema de enjuizamento escalonado (ou procedimento judicial funcionalmente escalonado): repensando o modelo de processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, a. 18, n. 71, p. 65-68, jul./set. 2010.

⁴⁸⁸ COSTA, **Levando**... op. cit., p. 143.

⁴⁸⁹ Eduardo José da Fonseca Costa sugere que: “ainda que os juízes da coleta da prova oral e da sentença não sejam os mesmos, é preciso que o segundo não tenha contato com a gravação audiovisual da audiência presidida pelo primeiro, já que isso seria uma via transversa de dar ao sentenciador acesso indesejado a gestos, atitudes, perturbações e surpresas”. Assim, na seara previdenciária, o juiz da instrução ao invés de condenar o INSS na concessão de aposentadoria por idade rural não poderia fazê-lo com base em impressões meramente subjetivas, como testa e braços queimados do sol, mãos calejadas e com superfície áspera, fala característica e trejeitos específico. Deveria transcrever as suas impressões num auto de inspeção judicial direta, instruí-lo com fotografias ou filmagem e dar vista às partes (o INSS poderia redarguir as impressões alegando que o bronzeamento e o calejamento são típicos de atividade urbana, como pedreiro ou mecânico), remetendo em sequência os autos para o segundo juiz. Com isso, segundo o autor, garante-se que o juiz só leve em consideração no julgamento os elementos de prova que estão dentro dos autos e, portanto, passíveis de um controle objetivo racional. In: COSTA, **Levando**... op. cit., p. 144-145.

⁴⁹⁰ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. **Cornell Law Faculty Publications. Paper 814**. 2001. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/814>>. Acesso em: 12 abr. 2022; COSTA, **Levando**... op. cit., p. 143-144.

originalidade cognitiva sobre o caso posto, uma vez que não tomará a visão unilateral do inquérito (parte) como representativo do todo (que advém do contraditório).

c) Heurística do excesso de confiança

FLÁVIO DA SILVA ANDRADE adverte que “o excesso de confiança nos conhecimentos já adquiridos pode ser a mãe de muitos erros”.⁴⁹¹ As pessoas tendem a ser superconfiantes em relação à correção de suas decisões, opiniões e conhecimentos. Uma das razões para a superconfiança é que as pessoas muitas vezes não sabem que seu conhecimento se baseia em pressuposições muito tênues e incertas e em informações de fontes não confiáveis ou inadequadas.⁴⁹²

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA e PAOLA WOJCIECHOWSKI destacam que a pessoa deposita alto grau de confiança em suas decisões e respostas, “pouco importando se essa consistência foi obtida amparada em pouca informação e de baixa qualidade”, propiciando a “supressão da ambiguidade e dúvida, levando as pessoas a se convencerem de respostas ou decisões simplesmente pela confiança subjetiva nelas depositada, sem aferir a acuricidade das informações”.⁴⁹³

Segundo MAX BAZERMAN e DON MOORE, uma das formas de excesso de confiança é o excesso de precisão, fazendo com que se acredite que estamos certos a respeito de tudo o tempo todo. O excesso de precisão acaba nos tornando muito seguros de nossos julgamentos, o que nos torna relutantes para adotar outras visões sobre um determinado assunto, “suspeitando daqueles cujas visões diferem da nossa, muito rápido para atuar sobre nossas opiniões, e muito lento para atualizar nossas crenças errôneas”.⁴⁹⁴

Esse excesso de confiança pode também ser visto à luz do efeito DUNNING-KRUGER,⁴⁹⁵ segundo o qual frequentemente superestimamos nossas habilidades e somos imprecisos em avaliar a extensão de nossos conhecimentos e habilidades, como frequentemente superestimamos o quanto sabemos. Assim, ocorre uma superioridade ilusória, julgando-se melhores que os outros, incapazes de reconhecer sua própria

⁴⁹¹ ANDRADE, A tomada... op. cit., p. 523.

⁴⁹² MATLIN, **Psicologia**... op. cit., p. 286. Ver também: CAMERER, Colin F.; LOVALLO, Dan. Overconfidence and Excess Entry: An Experimental Approach. *In*: KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (editores). **Choices, values and frames**. United States of America: Cambridge University Press, 2000, p. 558. Ver também: MYERS, **Psicologia Social**... op. cit., p. 90-91.

⁴⁹³ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça**... op. cit., p. 46.

⁴⁹⁴ BAZERMAN, MOORE, **Processo**... op. cit., p. 31.

⁴⁹⁵ KRUGER, Justin; DUNNING, David. Unskilled and Unaware of It: How Difficulties in Recognizing One's Own Incompetence Lead to Inflated Self-Assessments. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 77, n. 6, p. 1121-1134, 1999.

incompetência,⁴⁹⁶ ao que DAVID DUNNING e JUSTIN KRUGER chamaram de “idiotas confiantes”. Há uma falta de consciência de nossa ignorância precisamente porque há uma falta de conhecimento. Aqueles com menos habilidades são os que mais provavelmente superestimam suas habilidades, inflamando seus desempenhos e capacidade.⁴⁹⁷ Essa ilusão de confiança implica que “o tipo mais perigoso de superconfiança em nossa capacidade não aparece quando já estamos hábeis, mas quando ainda não estamos”.⁴⁹⁸

Com isso, desconhecemos nossa própria incompetência, sendo incapazes de auto-observação, superestimando um conhecimento que não se tem. Pessoas com menos habilidades e menos conhecimento tendem a avaliar suas habilidades tão positivamente quando aos reais *experts* no assunto, mas isso acaba não sendo notado pela própria pessoa, dada a sua própria incompetência que limita a sua capacidade de reconhecer os próprios erros.

Contudo, as pessoas geralmente admitem seus defeitos quando conseguem percebê-los e, para os pesquisadores DUNNING-KRUGER, talvez, por isso, pessoas com um conhecimento mediano, com experiência ou capacidade moderadas, normalmente são menos confiantes em suas habilidades, justamente porque sabem o suficiente para saber que o que sabem não é tudo e que muito ainda precisa ser conhecido⁴⁹⁹. Por outro lado, os *experts* têm

⁴⁹⁶ “*These shards of empirical evidence suggest that incompetent individuals have more difficulty recognizing their true level of ability than do more competent individuals and that a lack of metacognitive skills may underlie this deficiency*”. Tradução livre: “Esses fragmentos de evidências empíricas sugerem que os indivíduos incompetentes têm mais dificuldade em reconhecer seu verdadeiro nível de capacidade do que indivíduos mais competentes e que a falta de habilidades metacognitivas podem estar subjacentes a essa deficiência”. In: KRUGER, DUNNING, Unskilled... op. cit., p. 1122.

⁴⁹⁷ “*The central proposition in our argument is that incompetent individuals lack the metacognitive skills that enable them to tell how poorly they are performing, and as a result, they come to hold inflated views of their performance and ability. Consistent with this notion, we have shown that incompetent individuals (compared with their more competent peers) are unaware of their deficient abilities (Studies 1 through 3) and show deficient metacognitive skills*”. Tradução livre: “A proposição central em nosso argumento é que indivíduos incompetentes não possuem as habilidades metacognitivas que lhes permitem dizer quão mal eles estão executando e, como resultado, eles apresentam visões infladas de seus desempenhos e capacidades. Consistente com essa noção, mostramos que indivíduos incompetentes (comparados com seus pares mais competentes) não têm conhecimento de suas habilidades deficientes (Estudos 1 a 3) e mostram meta-habilidades cognitivas deficientes (Estudo 3)”. KRUGER, DUNNING, Unskilled... op. cit., p. 1127.

⁴⁹⁸ CHABRIS, SIMONS, **O gorila**... op. cit., p. 114. Sobre o efeito Dunning-Kruger, ver também DUNNING, David. **Why incompetent people think they're amazing**. Disponível em: <https://ed.ted.com/lessons/why-incompetent-people-think-they-re-amazing-david-dunning>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁴⁹⁹ Não à toa, é atribuído a Sócrates a célebre frase “Só sei que nada sei”, no exercício da atitude da irônica socrática. A atitude irônica consiste em despojar-se de todas as ideias preconcebidas e adquiridas acriticamente, para então empreender a procura da verdade a partir da ignorância, ou seja, fazer tábula rasa. In: DAL MASCHIO, E. A. **Platão: A verdade está em outro lugar**. Tradução: Filipa Velosa. São Paulo: Editora Salvat, 2015, p. 33. Ainda, para exemplificar o fenômeno do efeito DUNNING-KRUGER, atribui-se a Charles Darwin “a ignorância gera mais frequentemente confiança do que o conhecimento”; a Bertrand Russel “o problema com o mundo é que os estúpidos são excessivamente confiantes e os inteligentes são cheios de dúvidas”; a Santo Agostinho “o reconhecimento da própria ignorância é a primeira prova de inteligência”; a Thomas Jefferson “*He who knows most, knows best how little he knows*”, a René Descartes “Daria tudo que sei por

consciência de quanto sabem, mas cometem um erro diferente, porque acreditam que todos possuam o mesmo conhecimento, que os outros também sabem o bastante sobre o tema que dominam e, assim, acabam se subestimando e minando a autoconfiança, na chamada “síndrome do impostor”. Assim, sejam as pessoas ineptas ou altamente qualificadas estão em uma “bolha de autopercepção distorcida”, porque quando não são gabaritadas, não conseguem ver suas próprias falhas (quanto menos sabemos sobre um tema, mais tendemos a achar que sabemos o suficiente) e, no outro extremo, quando são altamente competentes, os especialistas não percebem suas habilidades, tendendo a subvalorizar suas aptidões.⁵⁰⁰

PI, PARISI e LUPPI destacam que outra espécie de otimismo é o “viés do ponto cego” (*blind spot bias*), em que indivíduos podem ser bem informados sobre os preconceitos, mas subestimam sua própria suscetibilidade a eles, isto é, “eles estão enviesados sobre serem enviesados”. Mesmo quando são informados sobre vieses comuns, eles podem falhar para corrigir esse erro de julgamento em suas próprias decisões, já que otimisticamente consideram-se imunes ou menos influenciados por vieses destrutivos. Reside aqui um problema, pois indivíduos que sofrem de viés de ponto cego tendem a ser resistentes a muitas medidas de *debiasing*⁵⁰¹ (por exemplo, é improvável que a educação sobre enviesamento tenha algum resultado sobre indivíduos tendenciosos que não acreditam que a informação melhorada é aplicável a si próprios).⁵⁰²

Na área jurídica, a superconfiança do julgador pode trazer danos irreparáveis às partes envolvidas. Esta “obstaculiza a autorreflexão acerca das próprias limitações, impedindo que os juízes se vejam como seres falíveis”,⁵⁰³ tal como pode acontecer no julgamento dos embargos de declaração, pois o juiz “não modifica seu ponto de vista, não reconhece a falha no *decisum* por já estar preso a uma crença ou compreensão, preferindo ignorar os argumentos que a infirmam”. Isto traduz não só o viés da confirmação, mas também uma “falta de humildade para reconhecer um erro”.⁵⁰⁴

Na seara do processo penal a superconfiança pode ser perceptível quando há um excesso de linguagem do juiz na fase investigativa, quando ainda não está de posse de todos

metade do que ignoro”, a Hipócrates “há verdadeiramente duas coisas diferentes: saber e crer que se sabe. A ciência consiste em saber; em crer que se sabe reside a ignorância”; a Cícero “a ignorância e a maior enfermidade do gênero humano” e a Arthur Schopenhauer “Quanto mais claro é o conhecimento do homem - quanto mais inteligente ele é - mais sofrimento ele tem; o homem que é dotado de gênio sofre mais do que todos”.

⁵⁰⁰ DUNNING, **Why incompetent...** op. cit. Sobre o tema, sugere-se a visualização do vídeo de Daniel Luzzi, disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=x8458ls4Eml>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁵⁰¹ Cfr. item 3.3, infra.

⁵⁰² PI, PARISI, LUPPI, *Biasing...* op. cit.

⁵⁰³ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 46 e 54.

⁵⁰⁴ ANDRADE, A tomada... op. cit., p. 529.

os elementos que serão produzidos em contraditório judicial. Assim, o julgador se concentra na informação que já possui, mas ignora os elementos faltantes e desconhecidos, incidindo em uma ilusão do saber.

A homologação de um flagrante pode ser um exemplo de incidência da heurística da excessiva confiança do juiz em suas intuições, uma vez que se julga com base em incertezas. Afinal, tudo que o magistrado tem em mãos naquele momento inicial são apenas informações unilaterais, mas precisa decidir sem estar de posse de informações contraditórias que somente chegam ao conhecimento do juiz posteriormente. Lembre-se que na própria audiência de custódia é vedado adentrar o mérito, de maneira que tudo que o juiz tem, naquele momento para decidir, é o que se apresenta no auto de prisão em flagrante.⁵⁰⁵

Ademais, em alguns casos, isso pode gerar uma superconfiança em relação à correção de suas decisões. Por exemplo: quando o juiz, que decretou uma medida de ofício (art. 156, I, do CPP) ou provocado para deferir realização de uma determinada prova, convalida a decisão de sua própria autoria em etapas seguintes, superestimando-a, imune à falibilidade quando confrontando com o pedido de reconsideração ou revogação da decisão. Assim o pode ser, somado ao viés de confirmação, quando confrontado com questionamentos sobre a “necessidade, adequação e proporcionalidade da medida” concedida com fundamento no art. 156, I, do CPP; quando confrontado com um argumento de nulidade de uma prova pelo juiz autorizada; quando confrontado com um argumento sobre relaxamento/revogação de uma prisão ou em resposta à acusação sobre a correção da decisão que recebeu a denúncia.

3.2.1.2. Exemplos de vieses encontrados no processo decisório judicial que justificam a implementação do juiz das garantias

Na vasta listagem de vieses catalogados pela literatura especializada, optamos por apresentar, para os fins deste trabalho, os vieses de confirmação, de ancoragem e ajustamento, do trancamento (*lock-in effect*), de custo perdido (*sunk coast bias* ou viés de custo afundado) e escalada do comprometimento, e de aversão à perda, como possíveis ocorrências no processo penal a justificar a implementação do juiz das garantias.

⁵⁰⁵ “Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: (...) § 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer (...)”. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 213 de 15 de dezembro de 2015**. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Tais vieses, por vezes, não incidem isoladamente. É possível, portanto, que operem simultaneamente em determinadas situações. Em determinados momentos, eles aparecem também associados a efeitos como *efeito halo* e *efeito priming*. Para fins didáticos, serão aqui explicados separadamente, porém, há situações em que os vieses se interrelacionam, até confundindo-se, mostrando-se difícil distingui-los dada a complexa incidência, por vezes, de vários vieses em um mesmo fenômeno. O importante é compreender como atuam em situações cotidianas da vida, bem como nos processos de tomada de decisão judicial e, especialmente, na seara processual penal a justificar a implantação do juiz das garantias.

a) *Viés de confirmação (confirmation bias)*

Pelo ‘viés da confirmação’, ao invés de predominar um pensamento exploratório, as pessoas preferem tentar reafirmar uma hipótese a tentar refutá-la. Há uma supervalorização da evidência corroborativa e uma subconsideração de evidências contrárias.⁵⁰⁶ Isso porque há uma tendência natural em um conforto cognitivo, pelo que se buscam informações que confirmem nossas crenças e expectativas. Dessa forma, sustenta RAYMOND S. NICKERSON que uma vez que uma crença ou opinião tenha sido formada, pode o tomador de decisão ser muito resistente a mudanças, mesmo diante de evidências bastante convincentes de que está errado⁵⁰⁷.

Procuram-se e interpretam-se evidências de modo a que deem suporte às conclusões que já se está tendente a ter desde o início⁵⁰⁸. É “a tendência do observador de procurar ou interpretar informações de forma que estas confirmem concepções próprias”⁵⁰⁹ dele (o

⁵⁰⁶ “(...) illustrates the overweighting of supportive evidence and the underweighting of opposing evidence”. NICKERSON, Raymond S. Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises. **Review of General Psychology**, v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998. p. 181. No mesmo sentido: “Somos ávidos por confirmar nossas crenças, mas menos inclinados a buscar evidências que possam refutá-las, fenômeno denominado viés de confirmação”. In: MYERS, **Psicologia Social**... op. cit., p. 92.

⁵⁰⁷ NICKERSON, Confirmation Bias... op. cit., p. 187.

⁵⁰⁸ BAZERMAN, MOORE, **Processo**... op. cit., p. 15; COSTA, **Levando**... op. cit., p. 156. Flávio Andrade da Silva também chama esse viés de “perseverança de crença”, que se manifesta na “clara preferência por confirmar ideias ou conceitos prévios, mesmo quando seus fundamentos já foram desacreditados ou refutados por provas em contrário”. In: ANDRADE, A tomada... op. cit., p. 521. Na literatura brasileira, vale mencionar a obra “Dom Casmurro”, de Machado de Assis, na qual Bentinho é convicto de que seu filho Ezequiel é fruto da traição de sua esposa Capitu com seu melhor amigo Escobar. Cada vez que Bentinho olha para Ezequiel vê nele o falecido amigo. Bentinho condenou Capitu ao exílio, de forma sumária, sem lhe dar direito ao contraditório. Enxergava somente o que queria ver, angustiado em seu viés confirmatório da traição sofrida por seu eterno amor e namorada de infância. In: ASSIS, Machado de. **Dom Casmurro**. Porto alegre: L&PM, 2019, p. 242.

⁵⁰⁹ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando**... op. cit., p. 80; ANDRADE, A tomada... op. cit., p. 519. No mesmo sentido, Raymon Nickerson sustenta que: “A great deal of empirical evidence supports the idea that the confirmation bias is extensive and strong and that it appears in many guises. The evidence also supports the view that once one has taken a position on an issue, one’s primary purpose becomes that of defending or

observador). Assim, as pessoas ao terem “preconcepções ou hipóteses sobre um determinado assunto, tendem a favorecer informações e argumentos que correspondem às suas crenças primárias, deixando de lado evidências que apontem para conclusão oposta”.⁵¹⁰

Em nosso processo decisório usamos dados seletivos de forma involuntária,⁵¹¹ o que pode nos levar a deixar de lado causas alternativas.⁵¹² O viés de confirmação faz com que as pessoas pesquisem, codifiquem e interpretem as informações de maneira consistente com suas suposições, levando-os a julgamentos e decisões tendenciosas a suas pré-compreensões.⁵¹³

justifying that position”. Tradução livre: Uma grande quantidade de evidências empíricas apoia a ideia de que o viés de confirmação é extenso e forte e que aparece de várias formas. A evidência também apoia a visão de que uma vez alguém tenha se posicionado sobre uma questão, o objetivo principal passa a ser o de defender ou justificar essa posição. *In: NICKERSON, Confirmation Bias... op. cit., p. 177.* Forza, Menegon e Rumiati explicam que no cérebro opera um mecanismo segundo o qual, uma vez realizada uma escolha, ocorre uma inibição neural, pelo qual a hipótese alternativa acaba sendo excluída. *In: FORZA, MENEGON, RUMIATI, Il giudice... op. cit., p. 83.* Ver também: OSWALD, Margit E.; GROSJEAN, Stefan. Confirmation Bias. *In: POHL, Rüdiger F. (editor). Cognitive Illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory.* Hove and New York: Psychology Press, 2004, p. 79-96.

⁵¹⁰ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 81; DROR, FRASER-MACKENZIE, Cognitive... op. cit., p. 57; ARANGUREN, La influencia... op. cit., p. 8; PEER, GAMLIEL, Heuristics... op. cit., p. 114-115.

Disponível em https://www.researchgate.net/publication/307607064_Heuristics_and_biases_in_judicial_decisions/link/5c4c54e1299bf12be3e565a6/download. Acesso em: 12 abr. 2022; WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 44. No mesmo sentido, Raymon Nickerson assevera que: “*Preferential treatment of evidence supporting existing beliefs. Closely related to the restriction of attention to a favored hypothesis is the tendency to give greater weight to information that is supportive of existing beliefs or opinions than to information that runs counter to them. This does not necessarily mean completely ignoring the counterindicative information but means being less receptive to it than to supportive information—more likely, for example, to seek to discredit it or to explain it away*”. Tradução livre: Tratamento preferencial da evidência que apóia crenças existentes. Intimamente relacionado à restrição de atenção de uma hipótese favorecida é a tendência a dar maior peso à informação que apóia crenças ou opiniões existentes do que informações contrárias a eles. Isso não significa necessariamente ignorar por completo as informações contra indicativas, mas significa ser menos receptivo a isso do que informações de suporte - mais provavelmente, por exemplo, procurar descreditá-lo ou explicá-lo. *In: NICKERSON, Confirmation Bias... op. cit., p. 178.*

⁵¹¹ “*It refers usually to unwitting selectivity in the acquisition and use of evidence. The line between deliberate selectivity in the use of evidence and unwitting molding of facts to fit hypotheses or beliefs is a difficult one to draw in practice, but the distinction is meaningful conceptually, and confirmation bias has more to do with the latter than with the former. The assumption that people can and do engage in case-building unwittingly, without intending to treat evidence in a biased way or even being aware of doing so, is fundamental to the concept.*” Tradução livre: Refere-se geralmente à seletividade involuntária na aquisição e uso de evidências. A linha entre seletividade deliberada no uso de evidência e moldagem involuntária de fatos para se encaixar é difícil traçar na prática, mas a distinção é significativa conceitualmente, e o viés de confirmação tem mais a ver com o último do que com o primeiro. A suposição de que as pessoas podem e se envolvem involuntariamente, sem pretender tratar evidências de maneira tendenciosa ou mesmo consciente disso, é fundamental para o conceito. *In: NICKERSON, Confirmation Bias... op. cit., p. 175-176.*

⁵¹² BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 14. No mesmo sentido: DROR, FRASER-MACKENZIE, Cognitive... op. cit., p. 54.

⁵¹³ Os autores relatam um estudo realizado na Universidade de Stanford, em que participantes que eram a favor ou contra a pena de morte leram sobre estudos que apoiaram ou desafiaram a pena capital. Foi demonstrado que os participantes favoreceram estudos que seguiram suas atitudes anteriores: aqueles que eram a favor de pena de morte concordaram mais com estudos que confirmaram posição e classificaram esses estudos como melhores, enquanto aqueles que eram contra a pena de morte favoreceram os estudos que argumentaram contra. P PEER, GAMLIEL, Heuristics... op. cit., p. 115. Deve-se destacar, no entanto, o pensamento de Raymond

Segundo o princípio da busca seletiva, procuram-se, predominantemente, informações que

[C]onfirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita (<<acolhida pelo ego>>), tratem-se elas de informações consonantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador.⁵¹⁴

O ‘viés da confirmação’ está presente em situações cotidianas, como a dificuldade de comprar uma outra marca, mesmo diante de evidências de que a marca preferida não funciona; uma idolatria a um político em que somente se foca em informações que lhes são favoráveis, desconsiderando seletivamente críticas comprovadas de sua atuação. No âmbito da política internacional quando, em um conflito entre dois países, o governo de cada um obtém apoio para a sua causa, evitando ir ao encontro de informações que indiquem que sua posição pode não estar correta.

O ‘viés da confirmação’ também é comum nos tribunais.⁵¹⁵ Cita MARGARET MATLIN o fato de que os julgadores que acreditam que o réu seja culpado raramente procurarão provas de atestem a inocência dessa pessoa.⁵¹⁶ O inverso também pode ser verdadeiro: se o julgador quiser deliberadamente absolver pode desprezar irresponsavelmente as evidências que lastreiam uma condenação.

Há um grave risco de a primeira impressão causar tamanho impacto e ser difícil de desconsideração:

É muito mais fácil para nós nos atermos à nossa primeira decisão e muito difícil procuramos evidências que desconfirmem este julgamento. O grande obstáculo para o questionamento de sua intuição inicial é o viés da confirmação; é um dos vieses mais fortes e indelévels na literatura da Psicologia cognitiva e social. É a constatação de que, quando avaliamos uma proposição, não procuramos por evidências nos dois lados, para, em seguida, ponderarmos qual lado é provavelmente o verdadeiro. Em vez disso, iniciamos com um palpite e depois partimos para ver se conseguimos encontrar qualquer evidência para

Nickerson, no sentido de que, no campo da ciência pode-se argumentar que um grau de conservadorismo desempenha um papel estabilizador na ciência e protege o campo contra acrítica aceitação das chamadas descobertas que não conseguem resistir ao teste do tempo. (“*However, it can be argued that a degree of conservatism plays a stabilizing role in science and guards the field against uncritical acceptance of so-called discoveries that fail to stand the test of time*”). In: NICKERSON, Confirmation Bias... op. cit., p. 207.

⁵¹⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 208.

⁵¹⁵ “*Related work shows that judges suffer from another logical fallacy that arises from an excessive reliance on an intuitive response: confirmation bias. Confirmation bias is an effort to seek out information that is consistent with one’s prior beliefs, while ignoring or avoiding information that could refute them (Wason 1968)*”. Tradução livre: “Trabalho relacionado mostra que os juízes sofrem de outra falácia lógica que surge de uma dependência excessiva de uma resposta intuitiva: viés de confirmação. O viés de confirmação é um esforço para buscar informações que sejam consistentes com as crenças anteriores, ignorando ou evitando informações que poderiam refutá-los (Wason 1968)”. In: RACHLINSKI, WISTRICH, Judging... op. cit., p. 15.

⁵¹⁶ MATLIN, **Psicologia**... op. cit., p. 266-267.

160umenta160-lo. Se, ao final, encontramos uma evidência qualquer, confirmamos a proposição e paramos de pensar.⁵¹⁷

No processo penal, a ocorrência do ‘viés de confirmação’ é preocupante, porque “é o viés que acaba desencadeando ou combinando-se com outras heurísticas e vieses, de modo a produzir efeitos nefastos”,⁵¹⁸ especificamente quando o magistrado

[S]e filia a fundamentos que confirmam suas próprias crenças, preferências, opiniões, ou mesmo à decisão liminar proferida, em análise perfunctória, ainda que estes elementos sejam subjetivos ou inconsistentes, desprezando argumentos às vezes contundentes que poderiam infirmar a decisão tomada pelo julgador.⁵¹⁹

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA e PAOLA WOJCIECHOWSKI, amparados nos estudos de DANIEL SIMONS, explicam o fenômeno da “visão tunelada” (o qual pode agir em conjunto com o viés da confirmação), fazendo com que, uma vez eleita uma hipótese, focam-se nas evidências confirmatórias daquela hipótese e se ignoram outras evidências contrárias.⁵²⁰ Vão além e defendem que o viés confirmatório poderá se manifestar durante toda a instrução processual e “guiar a forma através da qual o julgador interpretará as evidências colhidas”,⁵²¹ o que poderá enviesar todo o processo interpretativo, não só de provas como também dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais adotados ao caso.⁵²²

Outra situação em que juízes podem ser afetados pelo ‘viés da confirmação’ ocorre quando ouvem e avaliam as provas apresentadas perante eles em um Tribunal. Juízes podem

⁵¹⁷ HAIDT, A psicologia moral... op. cit., p. 26-27. No mesmo sentido: COSTA, **Levando**... op. cit., p. 156.

⁵¹⁸ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça**... op. cit., p. 48.

⁵¹⁹ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando**... op. cit., p. 83. No mesmo sentido: “quando, num determinado caso, o viés confirmatório permeia o pensamento do juiz, torna-se obstáculo para que ele valere as provas com imparcialidade, para que seriamente sopesse os argumentos contrários à sua pré-compreensão”. Desta forma, o viés impede que o juiz reveja seu ponto de vista sobre uma questão, por já estar psicologicamente comprometido com uma posição, não mudando de entendimento a despeito das evidências ou argumentos em sentido contrário. In: ANDRADE, A tomada... op. cit., p. 525-526.

⁵²⁰ Os autores problematizam isso citando a tendência dos investigadores, ao rotular alguém com o *status* de suspeito/indiciado, a focar nas evidências que apontem para a autoria desse suspeito e ignorar toda evidência que aponte no sentido da sua inocência. In: WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça**... op. cit., p. 49. Ver também: MARTINS, Cristiano Zanin; AMBROSIO, Graziella. O juiz das garantias e a *tunnel vision*. **CONJUR**, 20 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-20/zanin-ambrosio-juiz-garantias-tunnel-vision-parte>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁵²¹ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça**... op. cit., p. 49. Na mesma linha, defendendo que pelo viés da confirmação, juízes podem ser tendenciosos em favor de provas que confirmem suas hipóteses anteriores e podem prescindir de uma prova que não corresponda às suas suposições anteriores. In: COSTA, **Levando**... op. cit., p. 158. Ver também: NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando**... op. cit., p. 84.

⁵²² WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça**... op. cit., p. 49. Os autores afirmam que “No decorrer do processo, as interpretações do julgador em relação aos elementos probatórios determinarão se ele pedirá por prova adicional, admitirá determinadas provas, bem como qual é o peso que será dado a cada uma delas. Ademais, o viés confirmatório pode ser determinante para a elaboração dos questionamentos endereçados à testemunha, bem como para a credibilidade dada ao testemunho” Idem.

ser tendenciosos em favor de evidências que confirmem suas hipóteses anteriores e podem desconsiderar evidências que não correspondem às suas premissas anteriores.⁵²³

Pode-se citar, ainda, como efeito do viés confirmatório (como também da visão de túnel já referida), a condenação impulsionada por um decreto de prisão preventiva prévio. RICARDO GLOECKNER, após levantamento de dados empíricos perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, concluiu que uma prisão processual não deve decidir o mérito da causa, porém seus estudos apontaram que a prisão em flagrante se tornou um local “de verdade”, um “regime de evidência”, que é precisamente aquilo que dispensa a prova. O autor conclui que a prisão em flagrante acaba funcionando em um regime de veridicidade, determinando e pautando a política da prova no processo.⁵²⁴

Outro perigoso efeito no âmbito judicial é destacado por RAYMOND NICKERSON ao asseverar que os jurados, no Tribunal do Júri estadunidense, são aconselhados a manter a mente aberta durante a parte do julgamento quando a evidência está sendo apresentada (antes da fase de deliberação do júri) e de que não devem formar opiniões prematuras sobre o veredicto até que todas as evidências tenham sido apresentadas. A advertência de manter a mente aberta durante a fase de apresentação de evidências do julgamento parece projetada para combater a tendência de formar uma opinião no início de um processo de avaliação de evidências e, em seguida, mais evidências com um viés que favorece essa opinião inicial.⁵²⁵

De outra banda, muitas vezes, os juízes se engajam em uma tentativa de corroborar a denúncia, ancorados nela – ou mesmo guiado por intuições, sensações ou impressões geradas pelo Sistema 1 e, na sequência, o pensamento se ajusta para buscar evidências que corroborem a acusação.⁵²⁶

Um verdadeiro processo democrático implica que os argumentos jurídicos lançados pelas partes sejam analisados e considerados. Quando o magistrado está afetado pelo viés da

⁵²³ PEER, GAMLIEL, Heuristics... op. cit., p. 115.; WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça**... op. cit., p. 49.

⁵²⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. Na mesma linha: WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça**... op. cit., p. 61-62; ANDRADE, A tomada... op. cit., p. 526.

⁵²⁵ NICKERSON, Confirmation Bias... op. cit., p. 193. Ver também: MYERS, **Psicologia Social**... op. cit., p. 442.

⁵²⁶ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça**... op. cit., p. 50. “(...) *per evitare il rischio che il giudice, orientato dalla sola narrazione del pubblico ministero, possa seguire l’istruzione dibattimentale con più attenzione alle circostanze che confermano l’ipotesi accusatoria, piuttosto che a quelle che possono avvalorare la storia alternativa proposta dall’imputato*”. Tradução livre: (...) para evitar o risco de que o juiz, guiado apenas pela narração do Ministério Público, possa acompanhar a instrução com mais atenção às circunstâncias que confirmam a hipótese acusatória, e não àquelas que podem apoiar a história alternativa proposta pelo réu”. In: FORZA, MENEGON, RUMIATI, **Il giudice**... op. cit., p. 194.

confirmação, produzirá uma decisão subótima, dotada de subjetividade decorrente de uma análise viciada dos fatos e das provas dos autos, pois “ainda que de forma às vezes inconsciente, dá maior valor às provas e argumentos que confirmam sua opinião ou crença primária sobre o caso, desconsiderando outros potenciais aspectos que poderiam infirmar sua decisão”.⁵²⁷

MAX BAZERMAN e DON MOORE asseveram que se pudermos aprender a contornar o viés da confirmação e considerar uma faixa de explicações alternativas a explicações consideradas originalmente, podemos melhorar a qualidade de nossas decisões.⁵²⁸ Mas, para tanto, é preciso que o tomador da decisão se dê conta do enviesamento, o que nem sempre acontece, porque muito desse fenômeno ocorre inconscientemente e o julgador, que se considera racional, não negará que pondera sim as explicações alternativas, fruto do contraditório. Contudo, por se tratar de fenômeno inconsciente, pode ser que essa “faixa de explicações alternativas”, que no processo penal, adviriam fruto do contraditório, não seja suficiente para afastar ideias e crenças pré-concebidas.

Um alicerce que explica a necessidade de instituição do juiz das garantias é o viés confirmatório, que se mostra particularmente grave ao propiciar que o juiz que tenha atuado na fase investigativa atue também no julgamento. Daí porque a adoção do sistema de duplo juiz é uma medida que pode neutralizar ou reduzir os danos decorrentes do viés confirmatório. Na medida em que o juiz da instrução e julgamento inicia o conhecimento da causa na fase processual, terá originalidade cognitiva, não sofrendo os inconscientes influxos confirmatórios de uma prévia atuação na fase de investigação.

b) Viés de ancoragem e ajustamento (anchoring and adjustment bias)

O ‘viés da ancoragem’ consiste na “tendência a confiar demais” ou “ancorar-se” em uma referência do passado ou em uma parte da informação no momento de tomar decisões.⁵²⁹ Por vezes, podemos desenvolver estimativas começando com uma âncora inicial (um ponto de partida) e ajustamos nossa resposta final pela âncora. Com isso, iniciamos um evento com uma primeira aproximação (a âncora) e depois, induzidos por essa informação

⁵²⁷ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 89.

⁵²⁸ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 85.

⁵²⁹ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 65.

inicial, fazemos ajustes com base em informações extras.⁵³⁰ A existência de uma âncora leva as pessoas a pensarem na informação como “coerente com essa âncora”⁵³¹ e muitas vezes a ancoragem depende da heurística da disponibilidade, porque é provável que as informações disponíveis sirvam como âncora.⁵³²

No jargão popular diz-se que a primeira impressão é a que fica e “todos nós já fomos vítimas da síndrome da primeira impressão”.⁵³³ EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA chega a afirmar que a ancoragem é “um efeito psicológico forte, robusto e persistente em vários domínios do julgamento e da tomada de decisões”.⁵³⁴

O nome “ancoragem e ajustamento” implica um particular processo cognitivo por meio do qual o decisor primeiro foca na informação âncora e depois faz uma série de ajustes dinâmicos em direção à estimativa final. Como esses ajustes são insuficientes, a resposta final é enviesada em direção à âncora.⁵³⁵ Como outras heurísticas, a ancoragem e o ajustamento podem ser um caminho útil para fazer julgamentos, mas pode resultar em respostas enviesadas.⁵³⁶

A ancoragem ocorre quando as pessoas consideram um valor particular para uma quantidade desconhecida antes de estimar essa quantidade. O que ocorre é que a estimativa fica perto do número que as pessoas consideraram – por isso a imagem de uma âncora. Imagine um barco ancorado em algum lugar: ele pode se mover, mas não irá tão longe para fora de um raio de deslocamento.

Como exemplo, DANIEL KAHNEMAN traz uma experiência com dois grupos de estudantes: a um grupo foi apresentada a multiplicação na ordem decrescente

⁵³⁰ MATLIN, **Psicologia...** op. cit., p. 278; “É a tendência das pessoas a se fiar a um valor particular – o primeiro valor disponível a elas – para estimar uma quantidade desconhecida, ajustando a partir desse valor”, servindo de “padrão de referência para julgamentos numéricos”. In: WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 39. Hastie e Dawes afirmam que a “âncora”, que por vezes pode ser inteiramente arbitrária, serve como um ponto de partida para a estimativa e pode ter efeitos dramáticos. O que acontece é que as pessoas vão ajustar suas estimativas a partir desta âncora, mas ainda assim permanecerão próximo a ela, por fazerem um ajuste insuficiente, e isso está relacionado à credibilidade da âncora original e a quantidade de informações relevantes que o julgador tem disponível na memória ou à mão. In: HASTIE, DAWES, **Rational Choice...** op. cit., p. 98-99.

⁵³¹ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 74.

⁵³² MATLIN, **Psicologia...** op. cit., p. 278

⁵³³ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 76. No mesmo sentido: “*La prima impressione è come una fotografia che tavolta rimane impressa in modo indelebile nella mostra memoria*”. Tradução livre: “A primeira impressão é como uma fotografia que às vezes permanece indelevelmente impressa em nossa memória”. In: FORZA, MENEGON, RUMIATI, **Il giudice...** op. cit., p. 102.

⁵³⁴ COSTA, **Levando...** op. cit., p. 148. Nesse sentido também: MUSSWEILER, Thomas; ENGLISH, Birte; STRACK, Fritzp. Anchoring effect. In: POHL, Rüdiger F. (editor). **Cognitive Illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory.** Hove and New York: Psychology Press, 2004, p. 196.

⁵³⁵ CHAPMAN, Gretchen B; JOHNSON, Eric J. Incorporating the irrelevant: Anchors in judgments of belief and value. In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel. (eds.). **Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment.** United States of America: Cambridge University Press. 2002, p. 127.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 120.

8x7x6x5x4x3x2x1 e, ao segundo, na ordem crescente 1x2x3x4x5x6x7x8. O primeiro grupo, que partiu de valores mais altos, estimou o resultado médio em 2.250, enquanto o segundo grupo estimou em 512, quando o resultado correto era 40.320.⁵³⁷

Outro exemplo cotidiano de ancoragem e ajuste ocorre em técnicas de venda: o vendedor ancora um preço inicial alto, fazendo parecer que outras opções são mais acessíveis, criando uma ilusão no comprador de que fez um bom negócio, comprando algo mais barato. Assim, exemplificando, é mais fácil vender um relógio de mil reais, com características semelhantes a um outro que vale cinco vezes mais. Apresentando o mais caro primeiro, ele passa a ser inacessível e acaba por destacar o de mil reais, que tem reais chances de ser vendido. Em cardápios, costuma-se dispor pratos caros no início. O consumidor após olhar os outros com preços mais baixos, passa a vê-los como mais atrativos. Ainda, em venda de imóveis: o corretor pode oferecer imóveis mais caros para ancorar o comprador que, ao ser apresentado a outros imóveis de preços menores, passa a perceber esses como mais plausíveis.

PAOLA BIANCHI WOJCIECHOWSKI e ALEXANDRE MORAIS DA ROSA citam que embora a ideia de ancoragem e ajuste tenha sido elaborada a partir de experimentos relacionados a estimativas numéricas,⁵³⁸ as “âncoras também valem para opiniões, uma vez que quando uma pessoa é instada a fazer julgamentos rápidos, desempenha uma auto-ancoragem (*self-anchoring*) de tal sorte a ficar sempre ancorada a sua opinião original”.⁵³⁹

O mencionado efeito pode se manifestar em várias situações no processo de tomada de decisão judicial. Por exemplo, no julgamento dos recursos de apelação, guiados pelo efeito da ancoragem em relação à decisão judicial anterior⁵⁴⁰ e, ainda, no julgamento colegiado, o restante da turma julgadora poderá fazê-lo ancorado no voto do relator.⁵⁴¹

É perceptível, também, para a fixação do montante indenizatório, quando o juiz toma como âncora o montante atribuído no pedido inicial que, muitas vezes, são requeridos em valores altos para que o juiz acabe se balizando por aquele valor inicialmente posto.⁵⁴²

⁵³⁷ KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 152-153.

⁵³⁸ Nesse sentido, ver também: MICHENER, DELAMATER, MYERS, **Psicologia...** op. cit., p. 153; COSTA, **Levando...** op. cit., p.145-147.

⁵³⁹ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 41.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 52.

⁵⁴¹ COSTA, **Levando...** op. cit., p. 149. Sobre pseudocolegialidade, ver: NUNES, Dierle. Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015 **Revista Brasileira de Direito Processual –RBDPro**, Belo Horizonte, a. 23, n. 92, p. 61-81, out./dez. 2015.

⁵⁴² CHAPMAN, JOHNSON, *Incorporating...* op. cit., p. 137. Ver também: HASTIE, DAWES, **Rational Choice...** op. cit., p. 106; TEICHMAN, ZAMIR, *Judicial...* op. cit., p. 15-17; MARTINS, Cristiano Zanin;

A ancoragem igualmente pode se manifestar entre juízes e promotores de justiça, quando o juiz acaba por se ancorar na estimativa numérica da dosimetria da pena efetuada pelo Ministério Público e, ainda, quando o juiz pressupõe que o Ministério Público tem melhor conhecimento do caso, por haver dedicado mais tempo ao seu estudo.⁵⁴³ Também verifica-se esse viés em juízes que atuam na segunda instância, quando decidem de forma “relativamente próximas ao julgamento realizado na instância inferior”. É que os desembargadores podem acabar por se ancorarem na decisão de primeiro grau, ajustando seus próprios processos decisórios àquela.⁵⁴⁴

DIERLE NUNES, NATANAEL LUD e FLÁVIO QUINAUD PEDRON também alertam para o viés da ancoragem quando há contato de juízes (profissionais ou leigos) com a prova ilícita, por conta da inabilidade de se ignorá-las. Assim, as provas ilícitas funcionariam como âncoras “em relação à moldagem da solução que será dada ao caso, ainda que os juízes saibam que não deveriam ser suscetíveis a estas influências”.⁵⁴⁵

O efeito *priming* pode ocorrer associado à ancoragem.⁵⁴⁶ Certas ideias evocam/estimulam outras ideias, ações e até emoções,⁵⁴⁷ sem que tenhamos qualquer controle voluntário sobre esse mecanismo. As primeiras impressões causam impactos no processo cognitivo e podem orientar as impressões posteriores a ela, despertando ou ativando algumas associações.⁵⁴⁸ Desta forma, as primeiras informações recebidas têm mais peso que as demais (efeito primazia) e, com isso, as características posteriores são ajustadas àquela impressão inicial. Dito de outra maneira, no processo inconsciente de *priming* “pensamentos recentes influem no processamento da informação que lhes segue”,⁵⁴⁹ sendo mais um dos comportamentos que se pode adotar automaticamente. São, nas palavras de ERICK

AMBROSIO, Graziella. Efeitos da ancoragem na sentença criminal. **CONJUR**, 26 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/zanin-ambrosio-efeitos-ancoragem-sentenca-criminal>. Acesso em: 12 abr. 2022; RACHLINSKI, WISTRICH, Judging... op. cit., p. 19.

⁵⁴³ ARANGUREN, La influencia... op. cit., p. 19-20.

⁵⁴⁴ PASSOS, Hugo Malone; DUARTE, Sidiney Ribeiro. Duplo grau de jurisdição, a colegialidade e seus vieses cognitivos. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 12, n. 02. 2020. Disponível em: <https://doaj.org/article/a76ac360354b4184ae59fc7c3e5c0725>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁵⁴⁵ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 110-112. Ver também: RACHLINSKI, WISTRICH, Judging... op. cit., p. 21-24.

⁵⁴⁶ MUSSWEILER, ENGLISH, STRACK, Anchoring effect... op. cit., p. 190.

⁵⁴⁷ Cita-se o experimento com alunos da Universidade de Nova York, em que quando jovens deveriam montar frases a partir de palavras associadas a pessoas idosas – Flórida, esquecido, careca, grisalho, ruga – atravessaram um corredor de modo significativo mais lento quando comparados àqueles cuja tarefa não envolvia a temática idosa. WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 31; TEICHMAN, ZAMIR, Judicial... op. cit., p. 21-24.

⁵⁴⁸ MYERS, **Psicologia Social...** op. cit., p. 82.

⁵⁴⁹ RODRIGUES, ASSMAR, JABLONSKI, **Psicologia Social...** op. cit., p. 72-77.

NAVARRO WOLKART, como “marolas em um lago”, porque ideias evocadas por uma determinada exposição têm a capacidade de evocar outras ideias e assim sucessivamente.⁵⁵⁰

Além disso, pode-se fazer associado também o efeito halo, relacionado por DANIEL KAHNEMAN com a tendência de gostar (ou desgostar) de tudo que diz respeito a uma pessoa. Com isso, a emoção ligada à primeira impressão tem um grande peso.⁵⁵¹ Ele explica que a ordem com que uma pessoa observa uma série de eventos vai influenciar o julgamento final a respeito dessa sequência. O efeito halo aumenta o peso das primeiras impressões em relação às seguintes, às vezes a tal ponto que a informação subsequente é em grande parte desperdiçada.⁵⁵² Assim, a reação inicial positiva ou negativa afeta intensamente suas escolhas e isso é difícil de controlar, porque a informação recebida é impossível de ignorar e muitas vezes difícil de esquecer, amplificando-se o efeito das impressões iniciais e reduzindo-se o impacto da informação contraditória.⁵⁵³

DANIEL KAHNEMAN exemplifica com o seguinte experimento: para um grupo de pessoas, foram apresentadas características de duas pessoas e pediu-se comentários sobre suas personalidades. Alan: inteligente – esforçado – impulsivo – crítico – obstinado – invejoso. Ben: invejoso – obstinado – crítico – impulsivo – esforçado – inteligente. Embora o conjunto de palavras seja exatamente o mesmo, apenas com a ordem invertida, a maioria das pessoas veem Alan mais favoravelmente, porque os primeiros adjetivos é que definem a pessoa e não se dá a mesma importância a informação subsequente.⁵⁵⁴

Transplantando tais conceitos para o processo penal, entende-se que a prevenção reforça toda essa dinâmica do efeito *priming*, do efeito halo e do viés confirmatório, na medida em que o juiz tem, já no início da persecução, diante de si um suspeito, muitas vezes preso em flagrante, com quem teve contato na audiência de custódia ou com o caso

⁵⁵⁰ WOLKART, Erick Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 606.

⁵⁵¹ KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 107-108.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 108.

⁵⁵³ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído**: uma falha no julgamento humano. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021, p. 169-170.

⁵⁵⁴ KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 107-108. Embora se reconheça o efeito de primazia, ou seja, a maior influência de informações anteriores sobre o julgamento final, alguns estudos, no entanto, demonstraram um efeito de recência, ou seja, um maior impacto das últimas informações no julgamento final. É o caso, por exemplo, de julgamentos, em que normalmente o autor (em casos civis) ou o promotor (em casos criminais) apresentam primeiro as provas e, em seguida, o réu apresenta as suas. Quando os juízes e jurados analisam as evidências do promotor ou demandante, eles esperam ouvir evidências e argumentos conflitantes por parte do réu. Embora os mecanismos psicológicos subjacentes não sejam totalmente claros, os estudos no contexto judicial apontam consistentemente para um efeito de recência: é vantajoso ser o segundo apresentador e, para cada parte, é geralmente preferível apresentar por último suas evidências e argumentos mais fortes. *In*: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. **Behavioral law and Economics**. New York: Oxford University Press, 2018, p. 83 e 533.

apresentado para análise de medidas cautelares. Uma série de informações passam a atuar no imaginário do juiz que cria um desenho mental inicial do imputado. Depois, novamente é forçado a avaliar se deve avançar para a fase processual, quando, mais adiante, toda a lógica da presunção de inocência pode já estar seriamente afetada.

A lógica do impacto dos efeitos *priming* e *halo* poderia ser assim traduzida: preso em flagrante – homologação do flagrante – conversão em prisão preventiva – indeferimento de revogação da prisão preventiva – concessão de meios de obtenção de prova – concessão de medidas acautelatórias – recebimento da peça acusatória. Todo esse histórico prévio pode ativar um juízo negativo sobre o acusado, de maneira que a presunção de inocência pode ser prejudicada.

O ‘viés da ancoragem’ também explica a necessidade de instituição do juiz das garantias, uma vez que o contato inicial com o inquérito pode gerar o fenômeno da auto-ancoragem, ocorrendo verdadeira inversão do princípio da presunção de inocência.⁵⁵⁵ Apesar da vedação contida no art. 155 do CPP, que expressamente proíbe a utilização de elementos de investigação para embasar, exclusivamente, uma condenação, o conhecimento dos autos do inquérito policial pelo julgador, no momento da sentença, pode gerar a ancoragem. Assim, se provas incriminadoras não forem colhidas na esfera judicial, esse viés pode incidir, mediante a tendência de orientação pela informação primeira, ou seja, o juiz pode ancorar-se nas informações do inquérito policial e apresentar dificuldade de afastamento da primeira impressão adquirida a partir da leitura e intervenção do mesmo julgador nessa etapa inicial da persecução penal.⁵⁵⁶

Reconhecer tais conceitos propicia questionar que a primeira impressão colhida pelo juiz na fase investigativa pode causar um “desgostar”, atribuindo um grande peso às informações voltadas à imputação, de maneira a não se abrir para as informações subsequentes. A ancoragem pode se dar nas conclusões parciais da investigação ou em suas próprias decisões e razões lá declinadas, podendo os juízes ficarem suscetíveis à tentativa de corroboração da acusação, buscando apenas evidências que ratificam suas primeiras

⁵⁵⁵ 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 na fase processual em desvantagem e não raras vezes, já perdendo por um placar cognitivo negativo (no sentido de imagem mental e convencimento do juiz) 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 - psicologicamente capturado pela tese acusatória, até então tomada como verdadeira e geradora de graves consequências decisórias. *In*: LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. Juiz das garantias: para acabar com o faz-de-conta que existe igualdade cognitiva... **Boletim IBCCRIM**, a. 28, n. 330, maio. 2020. p. 29-30.

⁵⁵⁶ ANDRADE, A tomada... op. cit., p. 530.

conclusões, por mais que o magistrado esteja aberto ao contraditório, já que as “armadilhas” dos vieses operam no nível do inconsciente.

c) Viés de trancamento (lock-in effect)

Outro enviesamento passível do juiz é o chamado ‘viés de trancamento’ ou *lock-in effect*. Trata-se de uma tendência de validar uma decisão inicial, que demandou tempo e energia. KEVIN LYNCH explica-o no processo de decisão de liminares em que o juiz, sem a totalidade das informações e pressionado pelo tempo, deve analisar um pedido liminar e posteriormente ter que revisitar sua decisão quando analisa o mérito. Embora seu estudo esteja relacionado mais ao processo civil,⁵⁵⁷ o autor nos alerta para esse importante viés que economistas e psicólogos identificaram como ‘viés de trancamento’ ou também conhecido como ‘efeito de bloqueio’.⁵⁵⁸

O autor explica que quando o juiz é provocado para decidir uma liminar em um estágio inicial, sem estar de posse de todas as informações e sob a pressão do tempo, pode avaliar a questão submetida de forma incorreta e causar um dano irreparável ao autor, como resultado do indeferimento de uma liminar por ausência de comprovação de uma verossimilhança. Por conta disso, mais adiante, quando tiver de avaliar o mérito, o juiz enfrentará uma forte motivação para validar sua avaliação anterior, procurando uma autojustificação da decisão, mesmo diante de novas evidências ou após uma reflexão mais aprofundada. O juiz sofrerá pressões internas e externas para justificar o dano que ocorreu com o indeferimento da liminar,⁵⁵⁹ sendo menor a probabilidade de que o juiz reverta mais

⁵⁵⁷ Lynch explora a premissa de que o juiz quando é provocado para decidir uma liminar, sem informações completas e pressionando pelo tempo, ao indeferir esse pedido de urgência e acabar causando um dano irreparável ao autor, quando deparado com informações supervenientes, acaba por incidir no efeito de trancamento, pois procura se auto-justificar quanto à correção da decisão tomada anteriormente, incidindo nesse processo consciente ou não, o viés confirmatório e a dissonância cognitiva. Embora o juiz possa rever sua decisão, ele pode se tornar mais cético em relação às evidências que apoiam os argumentos do autor, acabando por desfavorecer o autor que não logrou êxito na liminar. *In: LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions, Florida Law Review*, v. 66, n. 2, 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol66/iss2/5>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁵⁵⁸ Segundo Kevin Lynch esse viés também pode ser referido como escalation of commitment, entrapment, face-saving, self-justification, effort justification ou path dependence. *In: LYNCH, The Lock-in... op. cit.*

⁵⁵⁹ “*The ‘reasons’ why this lock-in occurs involve a desire, whether conscious or subconscious, to justify a past decision. This self-justification motivation could include both an internal component—a ‘desire to demonstrate rationality to himself or restore consistency between the consequences of his actions and a self-concept of rational decision making’—and an external component—an ‘attempt to demonstrate rationality to others or to prove to others that a costly error was really the correct decision over a longer-term perspective’*”. Tradução livre: “Os ‘motivos’ pelos quais esse lock-in ocorre envolvem um desejo, seja consciente ou subconsciente, para justificar uma decisão passada. Esta autojustificação da motivação pode incluir um componente interno - um ‘desejo de demonstrar racionalidade para si mesmo ou restaurar a consistência entre as consequências de suas ações e um autoconceito de decisão racional’ - e um componente externo - uma ‘tentativa de demonstrar

tarde sua decisão, quando tiver de proferir sua decisão final, mesmo à luz de novas informações ou depois de mais tempo para reflexão. Nesse sentido:

Dito de maneira geral, este artigo emprega o ter “o "aprisionamento" para descrever uma situação em que um tomador de decisão chega a uma decisão inicial sobre uma questão, o que leva a alguma alocação de recursos, e então revisita essa decisão mais tarde. O efeito *lock-in* refere-se à extensão que o tomador de decisão tem menos probabilidade de mudar sua decisão, mesmo à luz de novas informações ou depois de mais tempo para reflexão, do que ela teria se ela nunca tivesse sido solicitada a tomar a decisão inicial. *Lock-in* ocorre por causa da tendência de querer justificar a alocação inicial de recursos confirmando que a decisão inicial estava correta. A mais provável situação para o *lock-in* ocorrer é quando uma mudança na decisão de revisão posterior implicaria que a alocação anterior de recursos não foi o melhor curso de ação.⁵⁶⁰

O autor destaca que naturalmente o tomador de decisão pode mudar de ideia, mas isso é menos provável de acontecer em função da tendência de querer honrar ou justificar uma inicial alocação de recursos confirmando que sua decisão inicial estava correta.⁵⁶¹

DIERLE NUNES, NATANAEL LUD e FLÁVIO QUINAUD PEDRON conceituam o aludido viés como a “tendência de se filiar a uma escolha anterior ainda que tenha sido tomada sem uma cognição plena da questão, pelo motivo de se sentir pressionado pelo tempo ou quantidade de trabalho”. Os autores, estudiosos do processo civil, demonstram a preocupação em relação ao magistrado que analisou liminarmente o pedido de tutela provisória, de urgência ou de evidência (com base em uma análise perfunctória dos elementos trazidos aos autos) e que deverá proferir a decisão final. Desta forma, incide o viés do *lock-in effect* em conjunto com o viés da confirmação e o magistrado se vincula à decisão liminar proferida, analisando todas as demais provas e evidências do processo sob o prisma da conclusão jurídica adotada inicialmente, atribuindo maior ou menor representatividade às provas conforme contribuam para sua ratificação, inabilitando o princípio da imparcialidade.⁵⁶²

KEVIN LYNCH expõe que uma das principais causas do aprisionamento é a autojustificativa, consciente ou não, embora outras causas, como viés de confirmação, viés

racionalidade para os outros ou para provar aos outros que um erro caro foi realmente a decisão correta em uma perspectiva de longo prazo”. LYNCH, *The Lock-in...* op. cit.

⁵⁶⁰ No original: “*Stated generally, this Article employs the term “lock-in” to describe a situation where a decision maker reaches an initial decision on an issue, which leads to some allocation of resources, and then revisits that decision later. The lock-in effect refers to the extent that the decision maker is less likely to change her decision, even in light of new information or after more time for reflection, than she would have been if she never were asked to make the initial decision. Lock-in occurs because of the tendency to want to justify the initial allocation of resources by confirming that the initial decision was correct. The most likely situation for lock-in to occur is when a change in the decision upon later review would imply that the earlier allocation of resources was not the best course of action*”. In: LYNCH, *The Lock-in...* op. cit.

⁵⁶¹ LYNCH, *The Lock-in...* op. cit.

⁵⁶² NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 91-98.

de custo perdido⁵⁶³ e dissonância cognitiva⁵⁶⁴ (a tentativa de evitar um desconforto psicológico), contribuem para o *lock-in effect*.⁵⁶⁵ Essa autojustificação pode vir de duas fontes diferentes: (1) o desejo de demonstrar racionalidade para si mesmo; e (2) uma tentativa de demonstrar racionalidade para outros ou provar que uma decisão foi correta a longo prazo.⁵⁶⁶

Embora o tomador da decisão, quando posteriormente, no processo dialético e após o contraditório, tenha uma visão mais completa do caso apresentado e possa reverter a decisão denegatória da liminar com base nas informações adicionais, pode acabar por olhar de forma mais cética as evidências que apoiam a reivindicação do autor, até porque o dano, a depender do caso, já estaria configurado.

O magistrado brasileiro trabalha constantemente pressionado pelo tempo, seja pela própria urgência da medida que precisa decidir seja porque é cobrado pelo atingimento de metas pelos órgãos correccionais, decorrência da própria busca da razoável duração do processo. É afetado pela hiperjudicialização sem um proporcional aumento do número de juízes e estrutura de trabalho, o que gera um passivo volumoso para enfrentar e uma constante angústia para dar vazão ao serviço diário.⁵⁶⁷

⁵⁶³ O viés de custo perdido será avaliado cfr. item 3.2.1.2.d, infra. Kevin Lynch associa a intercorrência dos vieses no fenômeno, operando simultaneamente: “*Lock-in can occur when a decision maker has reason to honor or validate resources already invested (known as ‘sunk costs’) by allocating further resources towards a suboptimal course of action. (...) Confirmation bias and cognitive dissonance are also important processes that lead to lock-in, and each are discussed in turn below*”. Tradução livre: “O aprisionamento pode ocorrer quando um tomador de decisão tem razão para honrar ou validar os recursos já investidos (conhecido como ‘custos afundados’) alocando recursos adicionais para um curso abaixo do ideal de ação. (...) Viés de confirmação e dissonância cognitiva também são processos importantes que levam ao aprisionamento, e cada um é discutido abaixo”. LYNCH, The Lock-in... op. cit.

⁵⁶⁴ Cfr. item 3.4, infra.

⁵⁶⁵ “*The ‘reasons’ why this lock-in occurs involve a desire, whether conscious or subconscious, to justify a past decision. This self-justification motivation could include both an internal component—a “desire to demonstrate rationality to himself or restore consistency between the consequences of his actions and a self-concept of rational decision making”—and an external component—an “attempt to demonstrate rationality to others or to prove to others that a costly error was really the correct decision over a longer-term perspective.” Confirmation bias and cognitive dissonance are also important processes that lead to lock-in*”. Tradução livre: “As ‘razões’ pelas quais esse aprisionamento ocorre envolvem um desejo, seja consciente ou subconsciente, para justificar uma decisão passada. Essa autojustificativa a motivação pode incluir tanto um componente interno - um “desejo de demonstrar racionalidade para si mesmo ou restaurar a consistência entre os conseqüências de suas ações e um autoconceito de decisão racional tomada”- e um componente externo - uma “tentativa de demonstrar racionalidade para os outros ou para provar aos outros que um erro caro era realmente a decisão correta em uma perspectiva de longo prazo”. Viés de confirmação e dissonância cognitiva também são processos importantes que levam ao aprisionamento. *In*: LYNCH, The Lock-in... op. cit., p. 785.

⁵⁶⁶ LYNCH, The Lock-in... op. cit., p. 786.

⁵⁶⁷ O “Justiça em Números 2021” do CNJ demonstra que, apesar do alto volume de trabalho, o magistrado brasileiro tem alto nível de produtividade. Durante o ano de 2020, foram proferidas 25 milhões de sentenças e decisões terminativas, com redução de 6.569 mil casos (-20,8%) em relação a 2019. O relatório aponta que é provável que tais números também tenham sido impactados pela pandemia de 2020, tendo em vista que o primeiro grau, onde houve mais queda, 23,3%, exige uma instrução probatória mais detalhada. Outrossim, para os magistrados, o volume de processos médio sob sua gestão foi de 6.321 em 2020 (diminuição de -22% em

Segundo apurado no Relatório Justiça em Números 2021, do CNJ, em média, cada magistrado, decidiu 1.643 processos em 2020, ou seja, uma média de 6,5 casos solucionados por dia útil do ano. Esse alto índice de produtividade (ainda que afetado pela pandemia COVID-19) também é fruto da pressão constante por celeridade processual e cumprimento de metas. Com isso, o *lock-in effect* pode entrar em cena associado ao viés confirmatório, na medida em que o magistrado pode acabar por se vincular à uma decisão anterior, na qual investiu tempo e pesquisa,⁵⁶⁸ para apresentar índices de resolução de demandas.

Na esfera criminal, poder-se-ia cogitar do viés do trancamento em situações de alienação antecipada de bens apreendidos prevista no art. 144-A do CPP, em que, de praxe, os bens quando vendidos, o são por valor muito aquém do de mercado;⁵⁶⁹ ou, ainda, nos casos em que foi autorizado uso provisório de bens apreendidos (art. 62 da Lei n. 11.343/2006⁵⁷⁰) em processos criminais que apuram supostas situações de tráfico de drogas. Havendo absolvição ao final, haverá desconforto cognitivo do magistrado e, por vezes, inviabilidade de recomposição integral do patrimônio do acusado ao *status quo ante*. Com isso, pode haver uma tentativa de demonstrar racionalidade para outros ou provar que uma decisão foi correta ao menos naquele momento passado.

Outro exemplo é o da fundamentação *per relationem* (ou aliunde), entendida como a motivação remissiva ou fazendo referência às alegações de uma das partes, a precedente ou a decisão anterior proferida no mesmo processo.⁵⁷¹ Especificamente, quando o juiz se reporta

relação a 2019, que era de 7.004). O relatório também aponta que, no que tange aos indicadores de produtividade por magistrado, houve crescimento desde 2014, atingindo o maior valor da série histórica no ano de 2019, com 2.106 casos baixados por magistrado, e em 2020 retornando ao patamar de 2011-2012, número também afetado pela pandemia de covid-19. Alcançou ainda a média de 1.643 processos baixados por magistrado em 2020, ou seja, uma média de 6,5 casos solucionados por dia útil do ano, sem descontar períodos de férias e recessos. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021, p. 104, 117 e 118. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁵⁶⁸ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 93.

⁵⁶⁹ Nesse sentido, é a previsão do art. 61, § 11, da Lei n. 11.343/2016: “§ 11. Os bens móveis e imóveis devem ser vendidos por meio de hasta pública, preferencialmente por meio eletrônico, assegurada a venda pelo maior lance, por preço não inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor da avaliação judicial”.

⁵⁷⁰ Art. 62. “Comprovado o interesse público na utilização de quaisquer dos bens de que trata o art. 61, os órgãos de polícia judiciária, militar e rodoviária poderão deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público e garantida a prévia avaliação dos respectivos bens”.

⁵⁷¹ “1. É nulo, por falta de fundamentação, o acórdão de apelação que se limita a ratificar a sentença e adotar o parecer ministerial, sem sequer transcrevê-los, deixando de afastar as teses defensivas ou apresentar fundamento próprio. 2. A jurisprudência tem admitido a chamada fundamentação *per relationem*, mas desde que o julgado faça referência concreta às peças que pretende encampar, transcrevendo delas partes que julgar interessantes para legitimar o raciocínio lógico que embasa a conclusão a que se quer chegar. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecendo nulo o acórdão que julgou apelação da defesa, determinar ao Tribunal de origem que refaça o julgamento. STJ. (6. Turma). **HC 214.049/SP**. Relator: Min. Nefi Cordeiro, Relator p/ Acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJ: 05/02/2015, DJe 10/03/2015.

a uma decisão anterior, mas sem refutar os novos argumentos supervenientes a ela, pode indicar a incidência do viés de trancamento, preso que está à sua decisão primeva, sem abertura dialética.

No caso das medidas cautelares pessoais, como a prisão preventiva, pode o juiz incidir, ainda que inconscientemente, no viés de trancamento, indeferindo, motivadamente, sucessivos pedidos de revogação da prisão cautelar, para demonstrar que uma decisão foi correta a longo prazo, inclusive para evitar a pecha de abuso de autoridade.⁵⁷²

RENATO BRASILEIRO DE LIMA questiona se esse juiz teria imparcialidade para julgar o acusado, porque nessa hipótese estaria assumindo, em uma posição absolutamente desconfortável para qualquer ser humano, que sua decisão anterior de prisão preventiva possa ter sido equivocada. Prossegue o autor, afirmando que não é tarefa fácil para nenhum ser humano reconhecer um erro, principalmente se deste resultar a aplicação de uma medida injusta. Por consequência, segundo o autor, é natural que este indivíduo se “feche”, não se permitindo uma “abertura” para aceitar situações que possam representar uma ameaça de tensão psicológica consigo mesmo. O reconhecimento de um equívoco irá lhe causar grande sofrimento psíquico, assim, voluntária ou involuntariamente o juiz se fecha para aceitar toda e qualquer versão em sentido contrário à decisão por ele já adotada.⁵⁷³

No que concerne ao juiz de garantias, o *lock-in-effect*, associado ao viés de custo perdido e o comprometimento escalonado, pode ser invocado para explicar quando o juiz analisa medidas cautelares reais e pessoais na fase de investigação e, por força da prevenção, passa a atuar na fase processual, proferindo a decisão final. Há uma possibilidade de o juiz, ao ter de revisitar uma decisão anterior, a ela se vincule pelo fato de nela ter investido, anteriormente, tempo e pesquisa, especialmente quando pressionado pelo cumprimento de metas e prazos. A possibilidade de absolvição pode ser prejudicada, pois o juiz pode ter internalizado em seu inconsciente, por força da motivação das decisões anteriores, que tal hipótese não é viável.

⁵⁷² A Lei n. 13.869/2019, tipificou como crime de abuso de autoridade: “art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de: I - relaxar a prisão manifestamente ilegal; II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível; III - deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível.”. O crime, todavia, somente se configura quando provado o disposto no art. 1º, § 1º, da mesma lei: “§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”.

⁵⁷³ LIMA, **Manual...** op. cit., p. 122-123.

d) *Viés do custo perdido (sunk cost bias ou viés de custo afundado) e escalada do comprometimento*

O ‘viés do custo perdido’ ou também conhecido como ‘viés do custo afundado’ (*sunk cost bias*) é um processo comportamental que ocorre quando se emprega dinheiro ou tempo em algo e, mesmo após se aperceber que não se conseguirá atingir um determinado objetivo, há uma tendência das pessoas em continuar a investir dinheiro, tempo ou energia naquele investimento inicial. Por isso o nome ‘custo afundado’, porque a pessoa persiste na má decisão, devido a um apego irracional.

Esse fenômeno irracional ocorre em uma série de situações envolvendo leigos e profissionais. Na vida cotidiana, um bom exemplo é trazido por MICHAEL EYSENCK ao comentar um estudo em que os participantes foram informados de que dois indivíduos tinham feito um depósito não restituível de \$100 para reserva de um fim de semana em um *resort*. Entretanto, no caminho, ambos se sentiram indispostos e consideraram que provavelmente ficariam melhor se ficassem em casa. Muitos participantes argumentaram que os dois deveriam seguir dirigindo para o *resort* a fim de evitar o desperdício dos \$100 – o efeito do custo perdido. Ainda que essa decisão envolva custos extras (o dinheiro a ser gasto no *resort*) e os dois preferissem ficar em casa, a ideia de sofrer um prejuízo pesou mais na decisão dos participantes.⁵⁷⁴

MICHAEL EYSENCK explica que por força desse viés (que por ele é chamado de efeito do custo perdido), há uma tendência de se seguir um determinado curso de ação, mesmo após ter se mostrado não ideal, uma vez que nele foram investidos recursos. Para o autor, esse fenômeno é descrito pelo dito “*throwing good money after bad*”, que em tradução livre, significaria “desperdício de dinheiro”.⁵⁷⁵

⁵⁷⁴ EYSENCK, *Manual...* op. cit., p. 568. Na mesma linha: “Na primeira questão o discente deveria decidir entre uma viagem a Porto Seguro, considerando que foram gastos 1.200,00 reais com a compra da passagem, ou uma cortesia para comparecer a Salvador. No tocante aos dados retratados na Tabela 7, constata-se que 60,62% dos participantes escolheram a viagem de Porto Seguro. A maioria das justificativas daqueles que optaram por Porto Seguro estão relacionadas ao valor desembolsado e ao planejamento antecipado da viagem. Os discentes que escolheram Salvador, 39,38% dos respondentes, fundamentaram suas decisões no valor agregado, ou seja, na comodidade e na diversão que a viagem a Salvador poderia oportunizar a eles. Os resultados preliminares comprovam um considerável efeito *sunk costs*, visto que a maioria dos respondentes priorizaram a viagem que foi paga”. In: SANTOS, Marcos Igor da Costa; SANTOS, Rayane Farias dos; CALLADO, Antônio André Cunha. O efeito Sunk Cost no Processo decisório dos discentes de Instituições de Ensino Superior. **RC&C - Revista Contabilidade e Controladoria**, Curitiba, v. 13, n. 2, p. 113-129, mai./ago. 2021. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rcc/article/download/79197/44562>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁵⁷⁵ EYSENCK, *Manual...* op. cit., p. 568.

Pode-se observar outros exemplos de viés de custo perdido,⁵⁷⁶ por exemplo, um estudante que se sente compelido a terminar uma faculdade já iniciada, embora saiba que aquela profissão não o agrada. Após dinheiro, tempo e esforço já investidos naquele curso, a propensão a continuar investindo naquela escolha, mesmo não havendo mais interesse, é alta.⁵⁷⁷ Situação similar pode ser verificada em pessoas que cursam uma pós-graduação e já duvidam se é isso que querem para suas vidas⁵⁷⁸ ou, ainda, que prestam concurso público, após anos de estudo e privações, sem êxito em aprovação, mas insistem no sonho de alcançar um cargo público, diante da energia, investimentos em livros e material de estudos dedicados a tal objetivo. É similar ao que ocorre na manutenção de um casamento que não traz mais satisfação.⁵⁷⁹ Ainda, a dificuldade que um escritor tem de cortar partes de um texto longo demais para chegar a uma redação final.⁵⁸⁰

EYAL ZAMIR e DORON TEICHMAN apontam numerosos experimentos empíricos e estudos de laboratório e de campo os quais documentam que, muitas vezes, as pessoas não desconsideram os custos irrecuperáveis em suas decisões. Ao invés, elas tendem a persistir em empreendimentos quanto mais recursos, tempo ou esforços já investiram neles. Como exemplo, quem pagou por um ingresso mais caro, assistiu a mais peças de teatro que aqueles que pagaram mais barato. Da mesma forma, outro estudo demonstrou que tendo comprado dois itens com preços diferentes e forçado o participante a escolher apenas um deles para consumir, a maioria das pessoas escolhe consumir o item mais caro, mesmo que pudesse ter preferido o outro ou não tivesse nenhuma preferência particular. Na mesma linha, empresários continuam investindo em projetos fracassados e países persistem em guerras sem esperança.⁵⁸¹

MAX BAZERMAN e DON MOORE agregam a tal fenômeno a “escalada do comprometimento” com uma decisão inicial, o que ocorre quando se precisa tomar uma

⁵⁷⁶ Relatos de outros exemplos podem ser consultados também em: THALER, Richard H. Mental Accounting Matters. **Journal of Behavioral Decision Making**, v. 12, p. 183-206, 1999. Disponível em: https://www.anderson.ucla.edu/faculty/keith.chen/negot.%20papers/Thaler_MentalAccounting99.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁵⁷⁷ DOMINGOS, Naiára Tavares. **Custos Perdidos e Insistência Irracional: Um Estudo do Comportamento de Alunos de Graduação de Cinco Cidades Brasileiras Frente a Decisões de Alocação de Recursos**. Dissertação (Mestrado em Contabilidade) – Programa Multiinstitucional e Inter-Regional de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, Universidade de Brasília, Universidade Federal da Paraíba, Universidade Federal de Pernambuco e Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2007, p. 22. Disponível em: <http://ppgcont.unb.br/images/PPGCCMULTI/mest_dissert_133.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁵⁷⁸ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 177-178.

⁵⁷⁹ Embora, hoje em dia, em tempos de “Amor líquido” preconizado por Zigmund Bauman, isso possa até ser questionado. BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

⁵⁸⁰ THALER, **Misbehaving...** op. cit., p. 86.

⁵⁸¹ ZAMIR, TEICHMAN, **Behavioral...** op. cit., p. 56.

decisão resultante de uma decisão anterior. Então, diante de uma situação inicial em que se investiu tempo, esforços e recursos, ao invés de focar nos custos e benefícios futuros associados a cada alternativa, o tomador de decisão olha para as despesas e tempo já investidos (por eles chamados de “custos submersos”). Prosseguem os autores, exemplificando com situações rotineiras do cotidiano que convidam à escalada. Assim, por exemplo, com a contratação de um funcionário, após bastante investimento e treinamento e reiteradas tentativas, apresenta um desempenho constantemente abaixo do esperado. Quando se deve desistir desse “investimento”? Ou, ainda, quando se aceita um cargo em uma prestigiada empresa, mesmo não conseguindo o reconhecimento que acha que merece, mas já contando com anos nessa organização. A pessoa já está com quase 40 anos e sente que investiu seus melhores anos nessa empresa. Desistiria do emprego e perderia os benefícios já adquiridos? Outro exemplo: um gerente de banco, após uma cuidadosa análise de crédito, concede um empréstimo de US\$ 2 milhões de dólares a uma empresa. Um ano mais tarde, o cliente noticia que a empresa está enfrentando problemas e necessita de um novo empréstimo. Seria racional concedê-lo?⁵⁸²

Perceba-se que em cada um desses casos é necessário tomar uma decisão resultante de uma decisão anterior e em todas as situações investiu-se tempo, esforços e recursos no curso de ação, mas agora tais situações não estão funcionando de maneira ótima.

Esclarecem os autores:

Frequentemente enfrentamos decisões semelhantes de importâncias variadas. Será que você deve enterrar mais dinheiro naquela velharia caindo aos pedaços que você chama de carro? Quanto tempo você deve esperar ao telefone antes de desligar? Quando um investimento começa a dar errado você deve insistir? A inércia muitas vezes nos leva a continuar no curso de ação que escolhemos previamente, ou podemos sentir que “investimos muito para desistir”. Como saber quando desistir? Em que ponto continuar no mesmo curso de ação se torna irracional? E por que, quando tal comportamento se torna irracional, isso é tão comum? (...)

Embora nos ensinemos desde tenra idade que devemos “tentar e tentar novamente”, o fato é que a persistência mal direcionada pode levá-lo a desperdiçar muito tempo, energia e dinheiro. Entretanto, persistência direcionada pode levar a compensações proporcionais. A chave para tomar decisões inteligentes em contextos dinâmicos como os apresentados anteriormente é ser capaz de discernir entre situações nas quais a persistência compensará e situações que não compensará.⁵⁸³

Com isso, os autores concluem que, quando uma pessoa precisa tomar uma sequência de decisões relacionadas, em geral as decisões tenderão a sofrer vieses das ações passadas, havendo uma tendência individual para escalar o comprometimento, particularmente após

⁵⁸² BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 175-176.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 177.

receber retornos negativos. Esse comprometimento com um curso de ação escolhido previamente gera a uma escalada irracional. Isso porque especialistas de economia e contabilidade indicam que em determinadas situações é preciso reconhecer que o tempo e as despesas já investidos afundaram, foram embora, ou seja “esses custos são históricos, irre recuperáveis e não devem ser considerados em qualquer curso de ação futuro”.⁵⁸⁴ Nessa linha de pensamento, “nosso ponto de referência para ação deve ser nosso estado corrente e devemos considerar todos os cursos alternativos de ação avaliando somente os custos e benefícios futuros associados a cada alternativa”.⁵⁸⁵ Em outras palavras: é necessário desapegar e olhar daqui para frente, focar nos futuros custos e benefícios. Ou, em nossa língua, o conhecido ditado popular “não chorar sobre o leite derramado” e “deixar o passado para trás”.⁵⁸⁶

Porém, “o conselho que os livros didáticos dão sobre ignorar os custos submersos raramente são trazidos para a resolução de problemas do mundo real”⁵⁸⁷ e, muitas vezes, se persiste irracionalmente, alocando recursos, em algo fadado ao insucesso.

EYAL ZAMIR e DORON TEICHMAN explicam que vários determinantes – econômicos, organizacionais, sociais e psicológicos – podem influenciar a escalada de comprometimento. No aspecto psicológico, uma das explicações é a autojustificação que está relacionada ao viés de confirmação, pelo que as pessoas tendem a coletar informações de maneira que estejam de acordo com seus compromissos anteriores e não querem admitir para si mesmas e para os outros que sua decisão inicial provou ser errada e um desperdício⁵⁸⁸ e, assim, tende a aumentar a incidência do *sunk cost*.⁵⁸⁹

Afirmam MAX BAZERMAN e DON MOORE que diversos estudos têm tentado separar os tomadores de decisões e, verificou-se que, quando um outro tomador herda a

⁵⁸⁴ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 177.

⁵⁸⁵ Idem.

⁵⁸⁶ THALER, **Misbehaving...** op. cit., p. 78.

⁵⁸⁷ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 178. Nesse sentido: “A teoria da utilidade esperada postula que, ao escolher entre diferentes cursos de ação, apenas custos e benefícios futuros devem ser levados em consideração. Custos irre recuperáveis incorridos que não afetaria os custos futuros ou benefícios não deve afetar as decisões, uma vez que o passado não pode ser mudado”. In: ZAMIR, TEICHMAN, **Behavioral...** op. cit., p. 56.

⁵⁸⁸ ZAMIR, TEICHMAN, **Behavioral...** op. cit., p. 57.

⁵⁸⁹ César Augusto Tibúrcio Silva e Naiára Tavares Domingos afirmam que: “A insistência irracional também tem sido atribuída a um mecanismo psicológico de autojustificação, ou seja, os indivíduos teriam dificuldades em aceitar que tomaram uma decisão errada e persistiriam no erro para tentar justificar a sua escolha, tanto para si mesmo, quanto para as demais pessoas”. In: SILVA, César Augusto Tibúrcio; DOMINGOS, Naiára Tavares. **Sunk Cost e insistência irracional: o comportamento face às decisões de alocação de recursos. Advances in Scientific and Applied Accounting**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 41–64, 2011. Disponível em: <<https://asaa.anpcont.org.br/index.php/asaa/article/view/5>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

decisão inicial, tende a ter menor interesse por ela. Isso porque, o mesmo tomador, pode incidir numa escalada de comprometimento como um mecanismo de autojustificativa.⁵⁹⁰

Exemplificando, um estudo solicitou a um grupo de participantes (denominado ‘participantes de alta responsabilidade’) que alocassem fundos de pesquisa e desenvolvimento a uma de duas divisões de operação de uma organização. Então, os participantes eram informados de que, após três anos, o investimento foi bem-sucedido ou malsucedido e, agora, deveriam tomar uma segunda decisão de alocar ou não mais dinheiro. Um segundo grupo (denominado ‘participantes de baixa responsabilidade’) foi informado que outro colega da área da empresa tinha tomado uma decisão que teria sido bem-sucedida ou malsucedida e que deveriam fazer uma segunda alocação de fundos. Concluíram que, quando o resultado da decisão anterior era negativo (investimento malsucedido), os participantes de alta responsabilidade alocaram significativamente mais recursos na segunda alocação do que os participantes de baixa responsabilidade. Diferentemente, no caso de decisões iniciais bem-sucedidas, a quantidade de dinheiro alocada na segunda decisão foi aproximadamente a mesma por todos os participantes.⁵⁹¹ Porém, EYAL ZAMIR e DORON TEICHMAN destacam que “embora a escalada de compromisso seja mais forte quando o tomador de decisão é responsável pelo investimento inicial, também é evidente quando a decisão inicial foi tomada por outra pessoa”.⁵⁹²

Em resumo: há uma tendência de apego do decisor, incidindo em uma maior escala de comprometimento, quando sua decisão anterior se mostra malsucedida. Sofre-se com vieses de ações passadas e há uma tendência individual de escalar o comprometimento, particularmente após receber retornos negativos.⁵⁹³

Com esses conceitos em mente, transportando-os para a atuação judicial, o *lock-in-effect*, associado ao viés de custo perdido e o comprometimento escalonado, bem como ao viés de confirmação, podem ser invocados para explicar casos em que o juiz é provocado, em juízo de retratação, a avaliar embargos de declaração e recurso em sentido estrito e se

⁵⁹⁰ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 175-181. Ver também: EYSENCK, **Manual...** op. cit., p. 576-577.

⁵⁹¹ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 179.

⁵⁹² No original: “*While escalation of commitment is stronger when the decision-maker is responsible for the initial investment, it is also evident when the initial decision was made by someone else*”. In: ZAMIR, TEICHMAN, **Behavioral...** op. cit., p. 57.

⁵⁹³ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 181.

apega à decisão proferida, desconsiderando os apontamentos recursais, autojustificando sua escolha.⁵⁹⁴

Ainda, poder-se-ia cogitar da incidência do viés, especialmente no que tange ao juiz de garantias, quando o magistrado analisa medidas cautelares reais e pessoais na fase de investigação e, por força da prevenção, é provocado a revisar uma decisão anterior, podendo a ela se apegar pelo fato de nela ter investido, anteriormente, tempo e pesquisa, quando então surge a preocupação de a absolvição não ser mais uma opção válida, dada as decisões seriadas proferidas pelo mesmo julgador. Assim, para evitar ou ao menos minimizar a escalada do comprometimento, um segundo decisor (no caso o juiz da instrução e julgamento) não teria, em tese, amarras com a decisão anterior que não é de sua autoria, por não estar psicologicamente vinculado a ela e não haver uma necessidade de autojustificação. Contudo, é importante destacar que nada impediria que o juiz da instrução e julgamento, por comodidade, respeito, admiração, coleguismo, viés de grupo⁵⁹⁵ ou por, efetivamente, concordar com a decisão anterior, entre na escalada do comprometimento, ratificando as decisões iniciais de lavra de outro magistrado.

É nesse sentido, inclusive, que se defende que o não encarte da integralidade da investigação ao processo aliado à cisão de julgadores poderia auxiliar na evitação dessa escalada de comprometimento.

e) Viés de aversão à perda (loss aversion)

Trata-se de um viés comportamental, segundo o qual as pessoas são mais afetadas pelas perdas do que pelos ganhos. Diante de uma escolha a ser feita, o ser humano tende a priorizar a alternativa que oferece menor risco de perdas comparadas a outras que possam

⁵⁹⁴ Porém é importante destacar: “De outro lado, nem sempre a manutenção de um entendimento representa a referida preservação de uma crença. Ela também pode indicar a coerência do julgador. Se o juiz, num determinado caso, firmou o entendimento quanto à certa questão jurídica, entendendo que a pessoa não faz jus ao direito que alega, ele dificilmente decidirá de modo diferente em ações manejadas por quem está em situação similar, pois está firme sua convicção ou crença quanto o assunto”. In: ANDRADE, **Julgamentos...** op. cit., p. 54.

⁵⁹⁵ Este viés cognitivo causa um erro de avaliar determinada situação de determinada maneira pelo único motivo de pertencer a um grupo. Pode ocorrer, no âmbito jurídico, quando o juiz pressupõe que o Ministério Público tem melhor conhecimento do caso, por haver dedicado mais tempo ao seu estudo. Na medida em que ambos são funcionários públicos, muitas vezes trabalhando no mesmo espaço físico do Fórum, criando laços mais fortes ou não de amizade e respeito, especialmente em Comarcas menores, isso pode levar o juiz a valorar de forma mais positiva e receptiva as ponderações jurídicas do Ministério Público em comparação à defesa. Isso também pode ocorrer em julgamentos colegiados, quando o julgador é integrante do quinto constitucional, podendo incidir no viés de grupo tanto para a acusação, quanto para à defesa, a depender da origem (Ministério Público ou Ordem dos Advogados do Brasil). Sobre viés de grupo, ver: ARANGUREN, *La influencia...* op. cit., p. 17-19. Ver também: PASSOS, DUARTE, *Duplo grau...* op. cit.

acarretar inclusive maiores chances de ganho. Isso porque a dor da perda é sentida com muito mais intensidade do que o prazer com o ganho, daí a aversão à perda.⁵⁹⁶

Segundo EYAL ZAMIR e DORON TEICHMAN muitos estudos apontaram para a existência de um viés de negatividade, ou seja, o fenômeno em que as experiências negativas têm um impacto maior sobre os indivíduos do que as positivas. Estudos de excitação fisiológica, v.g. como dilatação da pupila e aumento da frequência cardíaca, demonstraram de forma semelhante que eventos ou resultados negativos geram maior excitação do que os positivos.⁵⁹⁷

O viés de aversão à perda, segundo DIERLE NUNES, NATANAEL LUD e FLÁVIO QUINAUD PEDRON, está “amplamente relacionado a uma perspectiva de representatividade social e à forma como o agente é visto pelos seus pares”. Na seara jurídica, os citados autores afirmam que tal fenômeno pode ser observado em órgãos colegiados, representando um “temor de que os demais membros do grupo enxerguem o agente negativamente, dependendo de seu sucesso ou insucesso em suas atividades”. Assim, existe uma “tendência de que evitemos estabelecer uma divergência de entendimento em razão de uma aversão à hipótese de que saíamos derrotados”.⁵⁹⁸ Tal fenômeno acaba por prejudicar a estrutura dialógica onde o dissenso é importante, inclusive, para própria evolução da jurisprudência, em casos tais como o *distinguish* e *overruling*.

Por conta do viés de aversão à perda, componentes de uma turma julgadora, por vezes, podem deixar de manifestar uma dissonância de interpretação “pelo receio de que seu voto seja minoritário dentre os decisores, o que representaria uma suposta desvalorização de sua posição naquele grupo”.⁵⁹⁹ Além do que, optando por não abrir uma divergência, por “temor de perder uma discussão no colegiado, resolve aderir à maioria, sem resistência argumentativa”,⁶⁰⁰ o julgador renuncia a suas convicções contrárias e evita ter de lavrar um

⁵⁹⁶ Sobre o viés de aversão à perda, ver: HASTIE, DAWES, **Rational Choice**... op. cit., p. 324-326; KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Loss Aversion in Riskless Choice: A Reference-Dependent Model. In: KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (editores). **Choices, values and frames**. United States of America: Cambridge University Press, 2000, p. 217-235.

⁵⁹⁷ ZAMIR, TEICHMAN, **Behavioral**... op. cit., p. 44.

⁵⁹⁸ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando**... op. cit., p. 121.

⁵⁹⁹ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando**... op. cit., p. 121. No mesmo sentido: “Para isso, é indispensável que os desembargadores se atentem, por exemplo, ao viés de aversão à perda, que diz respeito à forma como o magistrado é aceito pelos demais membros do órgão colegiado. A partir desse viés, o juiz de segunda instância, muitas vezes, deixa de manifestar ponto de vista diverso do grupo, com receio de incorrer em voto minoritário e de ser visto negativamente a partir de suas opiniões”. In: PASSOS, DUARTE, Duplo grau... op. cit.

⁶⁰⁰ FREITAS, A hermenêutica... op. cit., p. 234. É o que se chama de heurística do consenso que pode ocorrer nos órgãos colegiados, que ocorre quando um número razoavelmente elevado de pessoas concorda na avaliação de um evento, os indivíduos singularmente considerados tendem instintivamente a adequar-se ao ponto de vista comum, manifestando, assim, uma conduta conformística. In: FORZA, MENEGON, RUMIATI, **Il giudice**... op. cit., p. 171.

voto divergente comodamente, especialmente diante do volume de serviço que deve enfrentar.⁶⁰¹

DIERLE NUNES, NATANAEL LUD e FLÁVIO QUINAUD PEDRON esclarecem que o viés da aversão à perda indica o “desinteresse em aparentar uma derrota”, como também tem um viés político, pois não demonstrando dissidência a seus pares previne-se que “outros julgadores divirjam de seu entendimento em situações que lhe sejam interessantes”.⁶⁰²

Poder-se-ia cogitar do referido viés no contexto do juiz das garantias pois, no atual sistema da prevenção, o juiz na fase de sentença dificilmente reconhecerá algum equívoco de alguma decisão, por ele mesmo prolatada, na fase inquisitorial. Ainda que aberto ao processo dialético da fase processual, se levados em conta os influxos dos demais vieses já explicados anteriormente, é de se cogitar se o juiz, ao analisar o juízo de admissibilidade da peça acusatória, reconheceria ilegalidade de um meio de obtenção de prova cuja produção ele próprio deferiu. Ou ainda, se o juiz reconheceria o equívoco de uma decisão que decretou alguma medida cautelar real ou pessoal que tenha causado prejuízos ao imputado. Outrossim, se estaria aberto a rejeitar uma peça acusatória por ele próprio anteriormente recebida. Ou, por fim, se o juiz, na fase de sentença, reconheceria uma prova ilegítima ocorrida durante a instrução conduzida por ele próprio. Por fim, questiona-se se o juiz reconheceria a desnecessidade, inadequação e desproporcionalidade de uma prova antecipadamente por ele determinada, de ofício.

Não se está aqui a afirmar que o juiz seja invariavelmente inflexível e que não esteja sujeito a mudanças de entendimentos ao longo do *iter* processual, mas tão somente apontar que, dada a incidência dos vieses já destacados, é possível cogitar que pode ocorrer um apego a decisões proferidas pelo mesmo juiz a quem se atribui um erro.⁶⁰³ Daí porque entendemos, também por esse ângulo, a necessidade de um sistema de duplo juiz, para que o juiz da instrução e julgamento não se sinta vinculado às decisões anteriores, podendo se posicionar

⁶⁰¹ “No Brasil, não temos certeza se a reputação do juiz dissidente perante seus pares tende a ser menos baixa. No entanto, danos à reputação devem ocorrer ao menos no que se refere àqueles juízes da corte de revisão que terão aumento de trabalho em razão dos diversos recursos atacando a decisão divergente”. In: WOLKART, **Análise...** op. cit., p. 498.

⁶⁰² NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 121.

⁶⁰³ “Uma das implicações da aversão à perda é que os indivíduos têm uma forte tendência de permanecer no *status quo*, porque as desvantagens de deixá-lo assomam mais do que vantagens”. KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias. In: KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (editores). **Choices, values and frames**. United States of America: Cambridge University Press, 2000, p. 241.

crítica e livremente em relação às decisões anteriores de outro colega, sem necessidade de autojustificação.

Enfim, dado todo o exposto, o que se pretendeu destacar ao longo de todo este item é que não se pode ignorar a ocorrência de heurísticas e vieses a que o julgador possa estar propenso no processo de tomada de decisão judicial, por força da arquitetura procedimental da prevenção, por mais ético que seja e comprometido com uma atuação imparcial. Conhecendo-os é necessário partir para um novo desafio que é perscrutar sobre a precaução de não enviesamento ou ao menos minimizá-los ao máximo. Negar tais ocorrências é acreditar, ilusoriamente, em processos decisórios exclusivamente racionais, como se o ideal de imparcialidade, uma construção jurídica, fosse imune aos naturais influxos humanos de julgamento.

3.3. *DEBIASING E INSULATING*: MODALIDADES DE DESENVIESAMENTO

Doravante, avaliar-se-ão técnicas para melhorar o julgamento e a tomada de decisão em resposta a heurísticas e vieses cognitivos. Ressalvem-se situações de má-fé em que o tomador de decisão deliberadamente quer alcançar um específico resultado, porque, nesse caso, de nada adiantarão técnicas de desenviesamento se quem estiver julgando o faz intencionalmente de forma desviada.

Como visto, são várias as heurísticas, os vieses e os efeitos cognitivos que podem exercer influência sobre a atividade decisória de qualquer pessoa. Mas no âmbito de tomada de uma decisão judicial, a situação demanda atenção, porque:

[S]ão diversas motivações implícitas tocantes às decisões judiciais, que acabam por fomentar o uso da discricionariedade e do decisionismo, tornando a decisão dos magistrados um produto subótimo decorrente da influência de fatores externos relacionados à subjetividade do julgador.⁶⁰⁴

Não podemos, simplesmente, nos desligar das heurísticas em nossos cérebros, mas, se somos previsivelmente irracionais,⁶⁰⁵ podemos aprender a ter consciência delas e tentar minimizar a ocorrência de vieses. Para melhorar o processo de tomada de decisão (inclusive a judicial⁶⁰⁶) no contexto da *bounded rationality* e, especificamente no campo processual,

⁶⁰⁴ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 70.

⁶⁰⁵ ARIELY, **Previsivelmente irracional...** op. cit., p. 15-16.

⁶⁰⁶ Há uma crítica de que os experimentos que envolvem o comportamento judicial e vieses precisam de aprofundamento e tem sido mais comuns em casos de jurados e juízes leigos em situações de laboratório. Mas há estudos realizados em juízes profissionais que indicam que esses também estão provavelmente sujeitos a ilusões cognitivas, pelo que “a judicatura se deve cercar de *cuidados institucionalizados*, que propiciem a

resguardar ou pelo menos chegar o mais perto do melhor possível da imparcialidade judicial, a literatura sugere medidas de desviesamento (*debiasing* em sentido lato sensu⁶⁰⁷) que podem ser de duas modalidades: *debiasing* (espécie) e *insulating*. É importante compreendê-las porque o simples risco de que o modelo da racionalidade limitada seja verídico justifica a “reforma cautelar” dos sistemas processuais, de forma a propiciar “procedimentos técnicos de isolamento e desviesamento até então ignorados”.⁶⁰⁸

Utilizar-se-á aqui o termo "*debiasing*" como termo genérico para indicar técnica que busca prevenir ou mitigar os efeitos de julgamentos tendenciosos. Como espécies, a diferença é que *debiasing* combate o próprio viés por meio de educação ou informação dos indivíduos tendenciosos para eliminar ou reduzir o preconceito em si, enquanto o isolamento (*insulating*) permite que indivíduos enviesados permaneçam tendenciosos e, em vez disso, busca remover a tomada de decisão tendenciosa por meio da remoção do tomador de decisão.⁶⁰⁹ Vamos avaliar tais possibilidades em um contexto geral e, posteriormente, vamos aplicar tais situações ao âmbito da decisão judicial.

Segundo EYAL ZAMIR e DORON TEICHMAN, são três as estratégias da espécie de *debiasing*: tecnológicas, motivacionais ou cognitivas.⁶¹⁰ O *debiasing* pela estratégia

mitigação, a neutralização ou a eliminação mesma dessas ilusões, garantindo uma margem segura de atuação funcional imparcial”. Assim, a incerteza científica deve militar em favor da imparcialidade, sob pena de se consentir com inconstitucionalidades. In: COSTA, **Levando...** op. cit., p. 115. Em igual sentido material, Tversky e Kahneman afirmam que “a confiança nas heurísticas e a prevalência de vieses não estão restritas aos leigos. Pesquisadores experientes também são propensos aos mesmos vieses – quando pensam intuitivamente”. Para os autores, inteligência difere de racionalidade e não torna as pessoas imunes a vieses. In: KAHNEMAN, **Rápido...** op. cit., p. 536. No mesmo sentido: “*Judges suffer from the same cognitive biases that afflict the rest of us. They use shortcuts to help them deal with the uncertainty and time pressure inherent in the judicial process*” e “*as it turns out, ‘smarter’ people are even more subject to cognitive biases than the general population*”. Tradução livre: “Juizes sofrem dos mesmos vieses cognitivos que afligem o resto de nós. Eles usam atalhos para ajudá-los a lidar com a incerteza e com a pressão do tempo inerente ao processo judicial” e “acontece que pessoas “mais inteligentes” estão ainda mais sujeitas a vieses cognitivos do que a população em geral. In: LYNCH, *The Lock-in...* op. cit., p. 779-780.

⁶⁰⁷ Eduardo José de Fonseca divide, quanto ao âmbito de aplicação, o *debiasing* lato sensu em duas categorias: i) *debiasing* “dentro da lei” e ii) *debiasing* “fora da lei”. No primeiro (i), há atuação da lei, pois com a modificação de normas do ordenamento, ocorre há neutralização ou eliminação do viés cognitivo. Pode ser i.i) substancial e i.ii) processual. Já no *debiasing* “fora da lei” há uma mudança cultural pessoal e de postura profissional, o que pode ser obtido, por exemplo: a) com cursos de aperfeiçoamento interdisciplinar em *cognitive bias* nas escolas de magistratura; b) com a técnica do “advogado do diabo” ou do “considerar o oposto”; c) criação de varas e turmas especializadas de julgamento para propiciar experiência em determinadas matérias e feedback para evitarem erros; d) recomendação para que os juízes não sentenciem em própria audiência, para permitir que o Sistema 2 alcance a velocidade do Sistema 1, o que se chama de comutação de tarefa (*task switching*); e) estimular os juízes para que percam mais tempo em cada caso. In: COSTA, **Levando...** op. cit., p. 121-126. Pi, Parisi e Luppi explicam que as estratégias para o *debiasing through law* podem ser divididos em duas categorias: a processual e a substantiva. A processual envolve a eliminação ou mitigação dos vieses na adjudicação, enquanto a substantiva envolve a eliminação da mitigação de vieses em áreas substantivas da lei. In PI, PARISI, LUPPI, *Biasing...* op. cit., p. 14. Ver também: JOLLS, *Behavioral...* op. cit., p. 34-36.

⁶⁰⁸ COSTA, **Levando...** op. cit., p. 115. No mesmo sentido: ARANGUREN, *La influencia...* op. cit., p. 28-34.

⁶⁰⁹ PI, PARISI, LUPPI, *Biasing...* op. cit., p. 09.

⁶¹⁰ ZAMIR, TEICHMAN, **Behavioral...** op. cit., p. 128.

tecnológica visa a substituir um julgamento intuitivo por outro com análises estatísticas e objetivas, fazendo uso de ferramentas computacionais como *software* de análise estatística que em vez de depender de avaliações intuitivas de probabilidade provavelmente melhoraria o desempenho de alguém. Os autores citam como exemplo a transformação do mercado de jogadores profissionais de beisebol nos Estados Unidos após a adoção de métodos estatísticos rigorosos baseados em evidências, em vez dos tradicionais métodos, com base em observadores e opinião de especialistas. Da mesma forma, sustentam os autores que uma lista de verificação (*check list*) é uma ferramenta simples – e frequentemente muito eficaz – para “superar o esquecimento, especialmente quando as tarefas de decisão são complexas e os tomadores de decisão podem estar cansados ou estressados”. O uso de listas de verificação garante que todas as considerações sejam levadas em conta e que todos os testes ou ações relevantes sejam realizados.⁶¹¹ Nesse segundo caso, pense-se como exemplo o dever de conferência pelo piloto de avião, de posse de um *check list*, para verificar se todos os protocolos de segurança estão cumpridos para decolagem.

Ainda, na estratégia tecnológica, EYAL ZAMIR e DORON TEICHMAN citam a adoção de ferramentas de modelos lineares e exemplificam com situação de seleção de um profissional. Assim, com base na análise estatística de correlações entre vários atributos (por exemplo, registro de publicações e experiência de ensino), e seus valores (por exemplo, número de publicações), os modelos lineares fornecem uma pontuação combinada para cada alternativa (por exemplo, cada candidato para uma determinada posição acadêmica), com base no valor de cada atributo. O uso de tais valorações é superior à tomada de decisão holística e discricionária, que pode refletir em vieses cognitivos. No mínimo, tais modelos garantem que todos os atributos sejam considerados, e que as conclusões resultantes sejam consistentes,⁶¹² inclusive objetivamente controláveis por todos os participantes.

A segunda estratégia de *debiasing* é a motivacional, cujas técnicas (incentivo e *accountability*) se concentram em aumentar a motivação para um bom desempenho. Isso pode ser feito fornecendo incentivos para superar erros de decisão e também pedindo às pessoas que exponham aos demais os motivos de suas decisões (*accountability*). Assim, alguns estudos têm demonstrado que grandes incentivos financeiros, na faixa de centenas de dólares, foram eficazes em induzir pessoas obesas a perder peso, ajudar os fumantes a parar de fumar, e formar o hábito de praticar exercícios na academia. Mas EYAL ZAMIR e DORON TEICHMAN ponderam que as evidências, no entanto, estão longe de ser

⁶¹¹ ZAMIR, TEICHMAN, *Behavioral...* op. cit., p. 129.

⁶¹² *Idem*.

conclusivas. Os incentivos podem ser fornecidos externamente, no entanto, as pessoas podem também criar incentivos para si próprios por meio de vários dispositivos de compromisso.⁶¹³

Já quanto à *accountability* (a necessidade de justificar suas decisões para os outros), sustentam os autores que, para entender o efeito da responsabilidade no julgamento e na tomada de decisões das pessoas, algumas distinções devem ser feitas. Um diz respeito ao tempo: quando uma pessoa é solicitada a justificar uma decisão que ela já tomou, a *accountability* não pode afetar a decisão. No entanto, a *accountability* tem consequências quando uma pessoa toma uma decisão inicial e depois enfrenta outras. Já que as pessoas não gostam de admitir que sua decisão inicial estava errada,⁶¹⁴ a *accountability* pode aumentar o viés de confirmação e exacerbar a escalada de compromisso.⁶¹⁵

Segundo RICHARD P. LARRICK, o principal mecanismo pelo qual a *accountability* melhora a tomada de decisões é uma autocrítica preventiva. Em preparação para justificar suas decisões para os outros e uma forte necessidade social para parecer consistente para os demais, os tomadores de decisão antecipam as falhas em seus próprios argumentos, melhorando assim seus processos de decisão e resultados.⁶¹⁶

Outro ponto que interfere na *accountability* é a distinção entre os casos em que as opiniões do público alvo são conhecidas ou não. Na primeira situação, a *accountability* provavelmente induz as pessoas para deslocar seus julgamentos e decisões para mais perto do público, resultando em um julgamento ou decisão tendenciosa. Em contraste, *accountability* a um público cujas opiniões são desconhecidas tem muito mais probabilidade de resultar em uma consideração completa de mais informações e argumentos conflitantes, a fim de preparar o tomador de decisões para possíveis objeções – um processo que ajuda a

⁶¹³ ZAMIR, TEICHMAN, *Behavioral...* op. cit., p. 130. Ver também: LARRICK, Richard P. Debiasing. In: KOEHLER, Derek J.; HARVEY, Nigel (Eds.). **Blackwell Handbook Of Judgment And Decision Making**. Cornwall/United Kingdom: Blackwell Publishing Ltd. 2004. p. 321-322.

⁶¹⁴ Erick Navarro Wolkart leciona que “Dizer que as pessoas preocupam-se com a própria reputação é afirmação quase tautológica. Além da necessidade de reconhecer-se no outro, a reputação está diretamente ligada à ideia de prestígio, poder e influência na sociedade. É, em última análise, um tipo de bem que confere grande *utilidade* ao indivíduo. Todos desejam a amizade e a influência de pessoas com alto *status* social, ao mesmo tempo em que temem sua inimizade pelas consequências negativas potencialmente daí advindas. A história biológica e psicológica da humanidade comprova, ainda, que a busca feroz pela reputação (ou *status* social) tem sido um importante mecanismo de evolução social”. In: WOLKART, *Análise...* op. cit., p. 503-504.

⁶¹⁵ ZAMIR, TEICHMAN, *Behavioral...* op. cit., p. 132.

⁶¹⁶ LARRICK, Debiasing... op. cit., p. 322.

superar preconceitos cognitivos.⁶¹⁷ No entanto, os autores advertem que o efeito benéfico da *accountability* não é garantido.

Embora os incentivos e a *accountability* às vezes ajudem a superar os vieses cognitivos, eles não são uma panaceia. Dependendo de circunstâncias, eles podem não conseguir melhorar julgamentos e escolhas, e até mesmo piorar as coisas.⁶¹⁸

Apresentadas as estratégias de *debiasing* tecnológico (que podem ser muito caros para a tomada de decisões do dia a dia) e motivacionais (que muitas vezes são ineficazes), a terceira estratégia de *debiasing* é a cognitiva, que visa ajudar as pessoas a “superar seus vieses cognitivos, ou para modificar o ambiente de decisão de modo que os processos cognitivos comuns das pessoas trariam melhores julgamentos e decisões”.⁶¹⁹

EYAL ZAMIR e DORON TEICHMAN distinguem a estratégia cognitiva em técnicas de remoção direta e indireta. Enquanto aquelas visam a ajudar as pessoas a tomarem decisões mais racionais (ou pelo menos mais consistentes), essas se esforçam para neutralizar o efeito de alguns vieses, desencadeando outros vieses. Exemplos de *debiasing* direto incluem chamar a atenção do tomador de decisão para a existência do viés, pedir às pessoas que pensem sobre possibilidades ou perspectivas alternativas e treinar o raciocínio probabilístico. Por sua vez, exemplos de *debiasing* indireto incluem a definição de um padrão benéfico, por exemplo, uma reorganização da exibição de alimentos em uma cafeteria para estimular o consumo de alimentos saudáveis. Enquanto o *debiasing* direto invoca o pensamento do Sistema 2 para corrigir os vieses do Sistema 1, o *debiasing* indireto utiliza os vieses do Sistema 1 para neutralizar outros vieses. Portanto, o *debiasing* indireto não exige que o tomador de decisão esteja ciente do seu enviesamento. Em verdade, segundo os autores, pode ser mais eficaz quando o tomador de decisão não tem conhecimento dos

⁶¹⁷ ZAMIR, TEICHMAN, **Behavioral**... op. cit., p. 133. No mesmo sentido: “*First, accountable decision makers tend to ‘give the people what they want’. If they know their audience’s preference for a specific decision outcome, decision makers distort their decision process to justify that outcome; (...) Consequently, justifying a decision to an audience with unknown preferences leads to pre-emptive self-criticism, but justifying a decision to an audience with known preferences leads to biased rationale-construction*”. Tradução livre: “Em primeiro lugar, os tomadores de decisão responsáveis tendem a ‘dar as pessoas o que elas querem’. Se eles souberem a preferência do público por um determinado resultado da decisão, os tomadores de decisão distorcem seu processo de decisão para justificar esse resultado; (...) Consequentemente, justificando uma decisão para um público com preferências desconhecidas levam à autocrítica preventiva, mas justificam a decisão de um público com preferências conhecidas leva a uma construção racional enviesada”. LARRICK, *Debiasing*... op. cit., p. 323.

⁶¹⁸ ZAMIR, TEICHMAN, **Behavioral**... op. cit., p. 134; LARRICK, *Debiasing*... op. cit., p. 323.

⁶¹⁹ ZAMIR, TEICHMAN, **Behavioral**... op. cit., p. 134.

processos cognitivos envolvidos. Afirmam os autores, que as medidas de *debiasing* indireto estão intimamente ligadas às noções de *nudges* e paternalismo libertário.⁶²⁰

Prosseguem EYAL ZAMIR e DORON TEICHMAN que a reação mais direta aos vieses cognitivos é chamar a atenção dos tomadores de decisão para sua existência. Por exemplo, estudos sobre a eficácia de avisos que as avaliações estavam muito próximas de uma determinada âncora falhou em desviesar o efeito de ancoragem e ajuste. Outra técnica, que se mostrou mais eficaz do que simples avisos, é pedir às pessoas para considerarem evidências ou argumentos que podem conduzir a uma conclusão diferente (“considere o oposto”), ou para gerar alternativas adicionais para escolher,⁶²¹ pensando em motivos pelos quais as conclusões poderiam estar erradas (raciocínio vulgarmente denominado de “advogado do diabo”), o que pode levar à redução dos efeitos do excesso de confiança e da ancoragem.⁶²²

Explicam EYAL ZAMIR e DORON TEICHMAN que, uma vez que muitos vieses são o resultado do Sistema 1 (pensamento associativo), ao invés de uma consideração sistemática de argumentos e possibilidades, essa técnica simples induz as pessoas a empregar um modo de pensar mais analítico. Assim, informam os autores que a estratégia de considerar o oposto foi considerada eficaz, por exemplo, na redução do efeito de ancoragem e do excesso de confiança. Mas alertam os autores que essas técnicas nem sempre são eficazes e, mesmo quando são, geralmente apenas reduzem vieses cognitivos e não os

⁶²⁰ ZAMIR, TEICHMAN, **Behavioral...** op. cit., p. 134. Sobre *nudges* e paternalismo libertário: “O paternalismo libertário é um tipo de paternalismo relativamente fraco, brando e não intrusivo, pois não cria impedimentos ou obstáculos às escolhas. Se as pessoas querem fumar, se entupir de doces, escolher um tipo de plano de saúde pouco vantajoso ou torrar todo o dinheiro antes da aposentadoria, os paternalistas libertários não vão forçá-las a fazer o contrário – aliás, nem sequer vão colocar empecilhos nessa jornada. Ainda assim, a abordagem que recomendamos é considerada paternalista, pois os arquitetos de escolhas, sejam elas públicas ou privadas, não estão apenas identificando ou colocando em prática as decisões que esperam que as pessoas tomem; na verdade, estão, conscientemente, induzindo as pessoas a seguir caminhos que melhorarão sua vida. Estão dando um nudge. Esse nudge, na nossa concepção, é um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão; é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento de pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos. Para ser considerada um nudge, a intervenção deve ser barata e fácil de evitar. Um nudge não é uma ordem. Colocar as frutas em posição bem visível é um exemplo de nudge. Simplesmente proibir a junk food, não”. In: SUNSTEIN, THALER, **Nudge...** op. cit., p. 14.

⁶²¹ ZAMIR, TEICHMAN, **Behavioral...** op. cit., p. 135-136. No mesmo sentido: LARRICK, *Debiasing...* op. cit., p. 323.

⁶²² BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 324. Pi, Parisi e Luppi afirmam que o otimismo pode levar os litigantes a superestimar a força de seus casos, o que diminui a margem para negociação. Assim, o fato de se apontar para uma parte as fraquezas em seu caso pode efetivamente recalibrar as expectativas, promovendo o desviesamento. Desta forma, uma alteração dos procedimentos judiciais para forçar os litigantes a refletir sobre o mérito das reivindicações de seus oponentes (e as suas próprias fraquezas) pode levar a uma taxa mais alta de acordos. In: PI, PARISI, LUPPI, *Biasing...* op. cit., p. 18. Nesse sentido, ver também: JOLLS, *Behavioral...* op. cit., p. 24 e 34; NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 205; BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 326.

eliminam.⁶²³ Outro exemplo consiste em induzir as pessoas a considerarem mais informações e perspectivas adicionais, delineando os prós e contras, e pedir-lhes que façam o mesmo julgamento ou estimativa duas vezes, possivelmente com um intervalo de tempo entre as duas avaliações, ou usando diferentes modos de pensamento e, em seguida, calcular a média das respostas.⁶²⁴

EYAL ZAMIR e DORON TEICHMAN afirmam que a vasta literatura sobre *debiasing* não fornece uma conclusão geral clara, pois “algumas técnicas de *debiasing* são mais eficazes do que outras, a eficácia varia de um contexto para outro, e algumas estratégias são contraproducentes”. Além disso, advertem que alguns dos vieses identificados em experimentos de laboratório podem desaparecer em contextos da vida real, bem como que medidas de *debiasing* que se mostraram eficazes no laboratório não seriam tão eficazes no mundo real, se é que seriam.⁶²⁵

Ocorre que o *debiasing* pode ser insuficiente, porque, por vezes, não conseguimos nos dar conta do próprio enviesamento ou sequer aceitamos que isso possa ocorrer. Nesse sentido, MAX BAZERMAN e DON MOORE destacam que “se fôssemos todos apropriadamente humildes em relação à qualidade de nossos julgamentos, poderíamos mais facilmente verificar melhor nossas opiniões e corrigir nossas falhas”. Contudo, “continuamos a acreditar que nossas visões e julgamentos estão corretos, apesar da abundante evidência de nossa própria falibilidade”.⁶²⁶

Explicadas as estratégias de *debiasing*, passemos à segunda modalidade de desenviesamento. O isolamento (*insulating*), por sua vez, permite que indivíduos enviesados permaneçam como estão, removendo-os da tomada de decisão. A diferença é que não se trata de provocação do Sistema 2 para atuar sobre o Sistema 1, mas sim de remover/isolar o agente enviesado e substituí-lo por outro menos sujeito a vieses. Dado que as pessoas confiam excessivamente em suas decisões, para MAX BAZERMAN e DON MOORE a instituição de um agente externo à visão do agente interno é uma importante ferramenta para melhorar a tomada de decisão. Assim, “o agente interno é o tomador de decisões enviesado que vê cada situação como única. O externo, por outro lado, é mais capaz de generalizar situações

⁶²³ ZAMIR, TEICHMAN, **Behavioral...** op. cit., p. 135-136.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 136-137.

⁶²⁵ *Ibid.*, p. 137.

⁶²⁶ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 22-23; WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 54. Sobre o excesso de confiança nos julgamentos judiciais, consultar: OSKAMP, Stuart. Overconfidence in case-study judgments. **Journal of Consulting Psychology**, v. 29, n. 3, p. 261-265, 1965.

e identificar semelhanças”.⁶²⁷ Assim, um agente externo faria melhores estimativas e decisões do que um interno.

Tendo tais conceitos em mente, é possível traçar um paralelo com a seara jurídica. A judicatura pressupõe a atividade de um sujeito racional, contudo, pelo que já foi demonstrado,⁶²⁸ a influência de heurísticas e vieses afasta a segurança que se deve ter na imparcialidade, porque “mesmo que imbuído da persecução de uma decisão correta o juiz pode se ver enviesado, sem mesmo perceber esta possibilidade e que a possibilidade de ilusões cognitivas ainda pode ocorrer”.⁶²⁹

No que tange à modalidade de *debiasing*, especificamente o desenviesamento pela estratégia tecnológica é de se questionar sobre o uso de inteligência artificial, de ferramentas computacionais e algoritmos para auxiliar o magistrado, indicando-lhe precedentes (até os por ele mesmo usados em situações idênticas⁶³⁰), julgamentos repetitivos e entendimentos vinculantes, apontando-lhe um eventual possível enviesamento por força de avaliações intuitivas.

Já quanto à estratégia de *debiasing* motivacional (por meio de técnicas de incentivo e *accountability*), poder-se-ia cogitar em técnica de incentivo consistente em critérios negativos para promoção, por exemplo, juiz que tenha decisão anulada, por falta de fundamentação por não ter enfrentado os argumentos delineados em contraditório, ou revista porque não seguiu um determinado precedente vinculante ou deixou de fundamentar seu afastamento.⁶³¹ Assim, um incentivo negativo como impedimento de figurar em listas de promoção por merecimento, caso apresente significativas quantidades de sentenças reformadas, poderiam provocar no decisor a procura por melhorias em sua atividade decisória, esforçando-se em apresentar trabalhos de melhor qualidade. Nesse sentido, ao ter

⁶²⁷ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 331.

⁶²⁸ Cfr. item 3.2.1, supra.

⁶²⁹ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 75.

⁶³⁰ “Nessa linha de mapeamento da conduta de juízes ao longo de sua judicatura, bem como de pesquisa de precedentes e tendências das cortes, existem sistemas bastante modernos de *machine learning* capazes de operar verdadeira revolução. Um deles é o Ravel Law. Desenvolvido por ex-alunos de Stanford e com apoio da Harvard Law School Library, o sistema é capaz, por exemplo, de mapear o posicionamento de um específico juiz em relação a uma questão predominantemente de direito, adentrando detalhes como quais as leis e precedentes que o juiz mais cita sobre aquela questão, e até mesmo que tipo de abordagem do tema costuma ter mais sucesso no histórico decisório daquele magistrado”. In: WOLKART, **Análise...** op. cit., p. 751.

⁶³¹ “Assim, de forma a estimular o comportamento cooperativo de efetivamente seguir os precedentes obrigatórios já existentes, sugerimos considerar a *taxa de reversão de julgados* como um dos critérios de ‘promoção’, valendo isso para todas as instâncias da justiça, de modo que o critério teria de ser fixado pelo Conselho Nacional de Justiça”. In: WOLKART, **Análise...** op. cit., p. 499-500.

acesso a *feedbacks*,⁶³² pode o magistrado educar-se sobre seu próprio comportamento subótimo e, assim, encorajar-se a uma deliberação mais racional.

Por sua vez, na técnica de *accountability*, o magistrado, ao ter de justificar uma decisão, procuraria se certificar de sua correção para, assim, evitar causar uma má-impressão aos destinatários da decisão e aos seus pares.⁶³³ A motivação das decisões judiciais é imperativo constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal) e reforçada também no plano legal (art. 315, § 2º, do CPP e 489, § 1º, do CPC). Com a motivação, exige-se do julgador a demonstração de uma argumentação racional e dos motivos que orientam uma determinada decisão.⁶³⁴

Ocorre que dificilmente as pessoas percebem que sofreram, no processo decisório, a influência de heurísticas e vieses. Ter ciência da influência dos vieses não nos torna insuscetíveis aos seus efeitos. O contraditório, no processo judicial, por vezes pode apontar eventual equívoco, quando traz situações que contrariem e coloquem em dúvida a decisão inicial tomada. Mas também, por outro lado, a primeira impressão pode estar, de fato, correta. Contudo, pode acontecer, ainda que com o aporte de informações novas supervenientes, de o julgador incidir em outros vieses para se manter na decisão preteritamente tomada.

A motivação supõe, segundo ARTURO MUÑOZ ARANGUREN, um “freio aos impulsos decisionistas do julgador” e se permite a revisão por parte do juízo *ad quem*. Desta forma, permite-se que a atividade judicial de valoração probatória, inicialmente realizada no campo da subjetividade, transcenda a um plano objetivo, suscetível a controle e crítica quanto à sua racionalidade e coerência, permitindo-se, com isso, a correção de decisões enviesadas.⁶³⁵ Entretanto, a motivação que sempre foi tida como uma forma de controle de

⁶³² “*Judges also need more feedback. The courtroom provides little feedback to judges. Appeal is uncommon, and absent an extreme ruling, most decisions judges make cannot easily be categorized as correct or incorrect*”. Tradução livre: “Os juízes também precisam de mais feedback. O tribunal fornece pouco feedback aos juízes. O recurso é incomum e, na ausência de uma decisão extrema, a maioria das decisões que os juízes tomam não podem ser facilmente categorizadas como corretas ou incorretas”. In: RACHLINSKI, WISTRICH, *Judging...* op. cit., p. 32.

⁶³³ HORTA, Ricardo de Lins e.; COSTA, Alexandre Araújo. Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade. **Cadernos Adenauer** XVIII, n. 1, p. 17-25, 2017.

⁶³⁴ “Técnicas semelhantes podem ser utilizadas pelas partes para monitorar o comportamento dos magistrados (*accountability*). Quando tratamos do comportamento cooperativo de juízes, observamos a ausência de incentivos cooperativos, identificados pela inexistência de consequências negativas para posturas não cooperativas. Ao saber da existência desses sistemas, que inclusive podem ser implantados pelos tribunais, o *credible threat* estará presente para o magistrado em ao menos duas frentes: na reputacional, uma vez que a postura contraditória ou violadora da norma da corte ficará exposta para advogados, colegas, membros da corte superior e sociedade de forma geral; na de planejamento da carreira, pois será muito fácil para o tribunal identificar comportamento inadequados que podem gerar penalidades administrativas ao juiz (...)”. In: WOLKART, **Análise...** op. cit., p. 750.

⁶³⁵ ARANGUREN, *La influencia...* op. cit., p. 27.

juízos arbitrários, por si só, não é suficientemente capaz de depurar os enviesamentos que, como se sabe, ocorrem no plano do inconsciente.

Por sua vez, no que tange à terceira estratégia de *debiasing* (cognitiva), poder-se-ia citar a necessidade de realização de cursos de aperfeiçoamento nas Escolas de Magistratura, embasados em perspectivas comportamentais e psicológicas, que poderiam dar ciência sobre a influência de heurísticas e vieses nos julgamentos criminais, permitindo um automonitoramento do magistrado. Aliás, percebe-se a preocupação recente com a formação de futuros magistrados nessa temática, já que com a Resolução n. 423, de 05 de outubro de 2021, do CNJ (que alterou a Resolução n. 75 de 12 de maio de 2009) passou-se a exigir dos candidatos à magistratura o conhecimento sobre economia comportamental, heurística e vieses cognitivos e processo cognitivo de tomada de decisão.⁶³⁶

Uma outra possível classificação quanto ao desenviesamento tem por critério o momento em que ele ocorre. Aqui valemo-nos de DIERLE NUNES, NATANAEL LUD e FLÁVIO QUINAUD PEDRON que trabalham com uma outra perspectiva, qual seja, de “*debiasing* preventivo” e outro “corretivo”.

Na perspectiva preventiva, os autores destacam a importância de uma separação entre as fases preparatória e de julgamento, consistente em uma etapa intermediária. No processo civil, o art. 357 do CPC dispõe sobre a fase de saneamento. Os autores sustentam que os ganhos com a adoção de uma fase intermediária podem ser percebidos pela eficiência quantitativa (relacionado à velocidade dos procedimentos e redução de custos) e sob uma perspectiva qualitativa (objetiva uma maior qualidade das decisões judiciais e fundamentação jurídica). Além disso, gera um aprimoramento da organização do processo o que conduz a um melhor aproveitamento da cognição, melhorando o debate e diminuindo as taxas de recursos.⁶³⁷

Segundo os autores, a inexistência de uma fase intermediária que visa à preparação do caso para julgamento é um “fator que favorece a persistência de distorções cognitivas, capazes de induzir o julgador a erro”. Contudo, uma fase intermediária coparticipativa, em que as partes participam e dialogam quanto ao saneamento e à organização, induz a uma melhora no debate, reduz a contaminação cognitiva relacionada às impressões prévias e amplia “as chances de que o sistema 2 passe a predominar no processo decisório e se mitigue os efeitos heurísticos (automatismos mentais) dos vieses cognitivos”.⁶³⁸

⁶³⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 75** de 12 de maio de 2009. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/100>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁶³⁷ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 221-223.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 229 e 234.

Já no processo penal, a inclusão de uma fase intermediária, presidida pelo juiz das garantias, mostrar-se-ia como importante medida de precaução de vieses, na medida em que se prestaria como fase de organização e preparação do processo, agindo como um filtro, inclusive evitando que avancem para a fase processual elementos ilicitamente obtidos na fase pré-processual.⁶³⁹

Na perspectiva corretiva, DIERLE NUNES, NATANAEL LUD e FLÁVIO QUINAUD PEDRON afirmam que “os mesmos vieses de cognição que acometem o julgador de primeiro grau podem também exercer influência sobre os julgadores responsáveis pela revisão dos entendimentos em grau recursal”.⁶⁴⁰ Sustentam os autores que a despeito do princípio da colegialidade (o qual, ao menos *a priori*, traz um incremento dos níveis de debate⁶⁴¹, reduzindo a possibilidade de influência dos vieses de cognição) existem vieses próprios da atividade recursal em órgãos colegiados, como é o caso dos vieses de aversão à perda, de confirmação, de ancoragem, *lock-in effect* e *status quo*.⁶⁴²

Alertam os autores também que os relatores acabam tendo um excesso de atribuições, em detrimento dos vogais, o que acaba gerando uma degeneração por eles chamada de *pseudocolegialidade*, quando efetivamente o esperado seria a livre discordância:

O quadro atual da dinâmica dos processos nos tribunais permite distorções que favorecem a incidência e a manutenção de vieses de cognição, sobretudo dos vieses de confirmação, *lock-in effect*, ancoragem e ajustamento, *status quo* e aversão à perda, visto que o princípio da colegialidade das decisões em segundo grau fica relegado a uma mera formalidade, ou a uma *pseudocolegialidade*.⁶⁴³

Na prática, o que os autores destacam é que, em grande parte dos recursos de apelação e agravo de instrumento, os julgamentos são unânimes em que “os vogais simplesmente votam de acordo com o voto proferido pelo relator”, que acaba concentrando em si a direção e o julgamento do recurso.⁶⁴⁴ Muito disso se deve ao período de hiperjudicialização que

⁶³⁹ Cfr. item 6.1, *infra*.

⁶⁴⁰ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 238.

⁶⁴¹ LARRICK, *Debiasing...* op. cit., p. 326. Ver também: VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O Julgamento nos Tribunais: colegialidade e deliberação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 203.

⁶⁴² “Por meio do viés de *status quo*, os tomadores de decisão, diante da necessidade de analisar e decidir entre situações alternativas, tendem a manter a posição já consolidada. Seguir a alternativa em vigor (*status quo alternative*) significa, para o tomador de decisão, uma diminuição de seu trabalho em relação à necessidade de análise da questão, pois não precisará empregar um novo raciocínio ao manter uma decisão anterior”. *In*: NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 115.

⁶⁴³ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 242. Ver também: NUNES, *Colegialidade...* op. cit.

⁶⁴⁴ Além disso, há o problema do excesso de decisões monocráticas, que afeta a colegialidade. Segundo se extrai do Relatório Estatístico do STJ, do total processos (503.699) julgados em 2020 (incluindo AgInt, AgRg e EDcl), 398.507 (79,11%) são processos decididos monocraticamente e 105.192 (20,89%) são processos julgados em sessão. Segundo se extrai do Relatório, os julgamentos em processo principal apresentaram redução de 11,86% (50.282), interrompendo sequência de cinco anos de crescimento e retornando ao menor valor desde 2015, enquanto os julgamentos em recursos internos (AgInt, AgRg e EDcl) continuam em

causa um excesso de trabalho quando o tempo é escasso para análise individualizada do caso. Assim, para os autores, a colegialidade aliada à oralidade deve ser vista como uma instância de diálogo e de controle como forma de *debiasing corretivo* para a formação de uma decisão pluripessoal, na medida em que a instância revisora permite que vários julgadores identifiquem pontos de enviesamento cognitivo.⁶⁴⁵

No que se refere ao *insulating*, no plano jurídico são manifestações as regras de impedimento e suspeição do magistrado,⁶⁴⁶ o impedimento causado pela contaminação com a prova ilícita (art. 157, § 5º, CPP) e o juiz das garantias. Em todas essas três manifestações, percebe-se uma preocupação sistêmica de proteção da imparcialidade judicial.

Como exemplo, EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA sugere o afastamento do processo do juiz que concedeu “tutela sumária mediante juízo de probabilidade do direito afirmado pelo autor”, evitando-se a incidência do viés de confirmação. Ainda, sugere-se a adoção do “*outside directors*”, ou seja, de um agente externo para evitar o “viés de otimismo” ou a “ilusão do saber” que podem incidir quando da tomada de decisão pelos

crescimento com aumento de 8,78% (10.488) em 2020 e expansão média de 7,64% anualmente, o que indica que não há, efetivamente, plena colegialidade. In: BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Relatório Estatístico 2020**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=357>>. Acesso em: 12 abr. 2022. Já no STF, o problema é semelhante: Sugere-se a leitura de pesquisa realizada pela FGV, a partir de dados descritivos do projeto “Supremo em Números”, abarcando o período de 1988 a 2018, e os tipos de decisões proferidas pelos ministros do STF, concluindo-se que processos com decisões presenciais (e não virtuais) e com análise específica (e não “em lista”) são a esmagadora minoria, ou seja, compreendem apenas 1% dos processos que recebem decisões efetivamente colegiadas. O tribunal investe mais atenção colegiada e presencial em processos mais diretamente voltados para a garantia da Constituição – ADIs, ADPFs, ADCs e Mandados de Injunção. Em contraste, processos em que o Supremo atua como um tribunal recursal tendem a ser enfrentados com o menor grau de atenção decisória, demonstrando um uso puramente formal da categoria “decisões colegiadas”, quando em verdade o volume de decisões em que os ministros de fato interagem em tempo real para ouvir os votos de seus colegas é ínfimo. Assim, o estudo demonstra que grande parte das decisões dos ministros do tribunal são ou monocráticas ou “em lote”, para fazer frente ao grande volume de casos distribuídos anualmente. In: PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de. **VIII Relatório Supremo em Números: Quem decide no Supremo? : tipos de decisão colegiada no tribunal**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/29679>. Acesso em: 12 abr. 2022. Em outra pesquisa, também conduzida pela FGV, concluiu-se que a partir de 2013 o Supremo Criminal tem crescido mais do que o Supremo Constitucional, sendo que em 2017, 1 em cada 5 processos no Supremo tinha natureza criminal. O que mais cresce dentro da expansão do Supremo Criminal é o número de HC, cujo ingresso representa mais de 50% do volume processual em matéria criminal no Supremo. Além disso, na seara criminal do STF, 77,59% das decisões criminais são monocráticas. Porém, por outro lado, a pesquisa mostra que o índice de reversão colegiada de liminares monocráticas vem crescendo. In: FALCÃO, Joaquim *et al.* **VI Relatório Supremo em Números: a realidade do Supremo Criminal**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2019. Disponível em: <https://editora.fgv.br/produto/vi-relatorio-supremo-em-numeros-a-realidade-do-supremo-criminal-3463>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁶⁴⁵ NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 246-249. Sobre a incidência de vieses cognitivos e colegialidade meramente simbólica, ver: PASSOS, DUARTE, Duplo grau... op. cit. Ver também: NUNES, Colegialidade... op. cit.

⁶⁴⁶ HORTA, COSTA, Vieses... op. cit., p. 26; NUNES, LUD, PEDRON, **Desconfiando...** op. cit., p. 204.

“*inside directors*”.⁶⁴⁷ Aqui, precisamente, a ideia converge com a noção da figura do juiz das garantias, pois com um sistema de duplo juiz, evitar-se-ia a incidência do viés confirmatório mais propenso a incidir quando do julgamento do mérito. Focalizando uma tarefa, as pessoas perdem muita informação óbvia no seu mundo visual (exemplo do teste do gorila de DANIEL SIMONS e CHRISTOPHER CHABRIS⁶⁴⁸). As pessoas têm uma tendência de não ver o que não estão procurando, mesmo quando estão olhando diretamente para isso. Desta forma, a cegueira consequente de desatenção leva a maioria dos tomadores de decisão a desconsiderar muitas informações que estão prontamente disponíveis no ambiente.⁶⁴⁹ Um observador externo, que não está focado em determinada tarefa, pode, portanto, auxiliar na visão mais global do que se passa.

Outro possível exemplo de *insulating*, seguindo a mesma lógica de precaução de vieses, é a solução proposta por GUTHRIE, RACHLISNKI e WISTRICH de separação e função dos juízes, ou seja, haveria “juízes destinados apenas ao gerenciamento do caso (*judges functioned solely as case managers*) e outros “destinados tão somente ao julgamento propriamente dito (*judges functioned solely as adjudicators*).⁶⁵⁰

O ponto negativo é que o *insulating* não é necessariamente gratuito e, quando este custo for substancial, o *debiasing* pode representar uma melhor alternativa estratégica.⁶⁵¹ A questão é que o *debiasing* pode se mostrar útil em determinados contextos, porém pode ser insuficiente para deseviesar o magistrado criminal. Aliás, uma das críticas ao juiz das

⁶⁴⁷ COSTA, **Levando...** op. cit., p. 118. Sobre a “visão do agente externo” (*outside view*) como técnica de deseviesamento, e o viés do otimismo e excesso de confiança, ver BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 331-333; PI, PARISI, LUPPI, *Biasing...* op. cit., p. 10.

⁶⁴⁸ O teste do gorila retrata dois times de basquete, um vestido de branco e outro de preto. Propõe-se ao espectador a contagem de quantas vezes os jogadores da equipe de branco trocam a bola entre eles. Enquanto o espectador se concentra na contagem, um gorila, vestido de preto, entra em cena, olha para a câmera e bate no peito. Quando se pergunta às pessoas se viram o gorila, muitas relatam não terem se apercebido de sua aparição. A ideia do experimento era mostrar que a atenção humana é falha. As pessoas focavam no desafio da tarefa proposta, mas não percebiam um evento inesperado acontecendo bem em sua frente. Ver a obra de: CHABRIS, SIMONS, **O gorila...** op. cit., p. 15-17.

⁶⁴⁹ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 96-97; EYSENCK, **Manual...** op. cit., p. 142-152. Sobre o experimento do gorila invisível, recomenda-se a obra de CHABRIS, SIMONS, **O gorila...** op. cit., p. 15-18.

⁶⁵⁰ COSTA, **Levando...** op. cit., p. 143-144; CHABRIS, SIMONS, **O gorila...** op. cit., p. 156; GUTHRIE, RACHLINSKI, WISTRICH, *Inside...* op. cit. Glauco Gumerato Ramos chega a defender, como garantia de um maior grau de imparcialidade, um “sistema de enjuizamento escalonado ou procedimento judicial funcionalmente escalonado” para o processo civil, em que atuariam juízes diversos para cada etapa processual: “um juiz para urgência, um para instrução e um para sentença”; ou, ainda, “o juiz da instrução e/ou da prova de ofício não poderá ser o mesmo da resolução do mérito”. Na visão do autor, “evita-se, como isso, a figura do juiz onipotente e dos riscos que invariavelmente o respectivo acúmulo de poder possa trazer ao jurisdicionado. Relativiza-se, portanto, o arbítrio judicial”, porque o juiz distinto do mérito estaria com “seu espírito livre das impressões subjetivas que as fases anteriores de urgência ou de instrução acarretam à condição humana”. *In*: RAMOS, *Sistema de enjuizamento...* op. cit., p. 65-68.

⁶⁵¹ PI, PARISI, LUPPI, *Biasing...* op. cit., p. 10.

garantias (como técnica de *insulating*) é a de uma dita onerosidade excessiva, o que será debatido em tópico específico.⁶⁵²

KEVIN LYNCH também destaca como uma potencial cura para o *lock-in effect* a introdução de um segundo tomador de decisão, com o que se poderia remover as motivações de autojustificação que levam ao efeito de trancamento ou bloqueio. Contudo, o autor traz um importante contraponto, indicando que “a introdução de um segundo tomador de decisão pode ser insuficiente se não houver também separação entre os tomadores de decisão”. Isso porque podem ocorrer “conexões psicológicas” que podem minar a tentativa de curar o efeito do trancamento/bloqueio, já que “as pessoas se sentem conectadas às outras quando eles compartilham semelhanças sutis, como participação em grupos comuns, nomes e até o mesmo aniversário”.⁶⁵³ Assim, existindo essa conexão psicológica, um tomador de decisão pode ficar preso à decisão anterior de outro, como se fosse sua a decisão de outrem. Segundo KEVIN LYNCH, experimentos mostram que a tomada de perspectiva (imaginando como o outro tomador de decisão sentiu e pensou enquanto tomava sua decisão, ou simplesmente imaginar um dia no lugar do outro) leva a um bloqueio indireto.⁶⁵⁴

Tal fenômeno pode também ser explicado pelo viés de grupo⁶⁵⁵ e, nessa perspectiva, ainda que se aloque um segundo julgador, esse pode se ancorar na decisão anterior, por entender que o primeiro decisor dedicou tempo e estudo na tomada da decisão e, afinal, ambos são colegas, pertencentes ao mesmo grupo, muitas vezes trabalhando no mesmo espaço físico, criando laços mais fortes ou não de amizade, respeito e admiração.⁶⁵⁶

Trazendo essa ideia para o tema deste trabalho, na modalidade de *insulating*, pode ser que não baste remover o julgador, mas também isolar o novo julgador das peças

⁶⁵² Cfr. item 5.5.4, *infra*.

⁶⁵³ LYNCH, The Lock-in... op. cit., p. 790..

⁶⁵⁴ *Ibid*.

⁶⁵⁵ Cfr. item 3.2.1.2.d. *supra*.

⁶⁵⁶ “However, given the recent experiments identifying “vicarious entrapment,” an alternative solution is preferable. Judges may readily be expected to exhibit many “psychological connections” that would make separating preliminary from final determinations on the merits an insufficient remedy. Judges belong to their own group and might be readily expected to exhibit collegiality to other members of their court. Judges will have an easy time seeing a case from the perspective of another judge, and may not want to make a colleague look bad. Additionally some judges will share additional attributes, such as their alma mater, political party, prior work experience, etc.” Tradução livre: “No entanto, dadas as recentes experiências que identificaram aprisionamento, é preferível uma solução alternativa. Dos juízes pode-se prontamente esperar exibir muitas ‘conexões psicológicas’ que tornariam a separação das determinações preliminares das finais sobre os méritos um remédio insuficiente. Os juízes pertencem ao seu próprio grupo e podem ser facilmente esperados a exibir colegialidade com outros membros de seu tribunal. Juízes terão uma fácil visão de um caso da perspectiva de outro juiz e pode não querer fazer com que um colega fique mal. Além disso, alguns juízes compartilham atributos adicionais, como sua alma mater, partido político, experiência de trabalho, etc.” *In*: LYNCH, The Lock-in... op. cit., p. 814.

informativas que subsidiaram a decisão do primeiro julgador⁶⁵⁷ e também de decisões do seu antecessor, para que, dentro do máximo possível, decida sem ancoragem.

Concluindo, neste item analisamos as possibilidades de desviesamento do tomador de decisão. O *debiasing* pode ser “útil para se opor à armadilha da confirmação – a tendência de buscar informações que deem suporte ao nosso ponto de vista escolhido e deixar de lado as evidências contrárias”.⁶⁵⁸ Tal processo também é útil para reduzir o excesso de confiança, incentivando o hábito em se adotar medidas para desconfiar das próprias crenças, pois “nem sempre é divertido considerar as maneiras como poderíamos estar errados, mas esse é um passo fundamental quando decisões sensatas e julgamentos precisos são mais importantes do que a gratificação do ego”.⁶⁵⁹

O *debiasing*, embora útil, pode ser insuficiente para desviesar o magistrado criminal. Daí porque a adoção do juiz das garantias, como modalidade de *insulating*, pode blindar o juiz do processo dos vieses explicados ao longo deste capítulo. A se manter a estrutura de um único juiz para investigação, instrução e julgamento, com acesso ao inquérito, o julgador está exposto a “elementos que estimulem as pré-noções ou pré-juízos” obstaculizando essa tarefa deliberativa.⁶⁶⁰

Nos itens seguintes, passaremos a estudar a necessidade de implantação do juiz das garantias também sob a perspectiva da teoria da dissonância cognitiva e pela influência que o inquérito policial pode causar no sentenciamento.

3.4. TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA DE LEON FESTINGER

A Teoria da Dissonância Cognitiva, estudada na Psicologia Social por LEON FESTINGER⁶⁶¹ em 1957, traz uma importante contribuição para o processo penal. Em linhas gerais, entende-se por tal teoria a tendência das pessoas na manutenção de um estado de coerência consigo mesmas. Um indivíduo, quando tem uma convicção qualquer, uma crença, valores ou uma opinião e é confrontado com informações opostas que demonstram que a crença original pode ser falsa, depara-se com um estado de angústia no cérebro. A presença de uma incoerência (ou dissonância) gera um “desconforto psicológico”, um stress psíquico,

⁶⁵⁷ Cfr. item 5.4.5, *infra*.

⁶⁵⁸ BAZERMAN, MOORE, **Processo...** op. cit., p. 326.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 327.

⁶⁶⁰ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 67.

⁶⁶¹ FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1975.

uma pressão para reduzi-la ou até eliminá-la. Isso gera angústia, inconsistência, pois ninguém gosta de estar errado ou admitir que está errado. Afinal, como afirma RUIZ RITTER, “no âmbito da cognição e do comportamento humano, *crer* que se tem razão (autoconvencer-se disso), é mais importante do que, de fato, a *ter*”.⁶⁶²

No intuito de proteger o ego e manter uma coerência (ou consonância) – até porque “a dissonância decorre do fato de nós não gostarmos de parecer estúpidos ou imorais –⁶⁶³ o cérebro tenta desconsiderar a nova informação apresentada, ignorando tudo que se apresente no sentido oposto à crença original. Naturalmente, não se pode generalizar tal fenômeno e, também, há que se levar em conta a personalidade⁶⁶⁴ do sujeito decisor e a magnitude da dissonância que pode ser maior ou menor. Um grupo de pessoas são mais suscetíveis que outras; algumas podem ser impactadas pela nova informação e mudar sua crença, mas outras ficam presas à sua convicção original: o cérebro persiste na crença e nega dados e evidências para não ter que admitir que houve um erro, o que é natural do ser humano.

Portanto, partindo da premissa de que o indivíduo tenta sempre estabelecer uma harmonia interna entre suas opiniões, ações e crenças, ao se deparar com um desequilíbrio (o que FESTINGER chama de *dissonância*), entre essas cognições há um processo involuntário de redução ou eliminação dessa incoerência entre os conhecimentos e um afastamento de possíveis novas fontes que possam recrudescer esta incongruência.⁶⁶⁵

FESTINGER explica que: a) a existência de uma dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância; b) quando a dissonância está presente, a pessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância.⁶⁶⁶

FESTINGER traz à tona o exemplo ilustrativo do fumante para explicar como o ser humano se posiciona para reduzir uma dissonância cognitiva. Diante da informação de que fumar é prejudicial para a saúde, o fumante tem três opções. A primeira consiste em poder deixar de fumar e desta forma sua cognição do que faz (ação) é consonante/coerente com o seu conhecimento (cognição) de que o fumo é nocivo à saúde. Com isso, o sujeito elimina o estado de dissonância anterior. A segunda opção é continuar fumando e, para tanto, pode

⁶⁶² RITTER, **Imparcialidade...** op. cit., p. 112.

⁶⁶³ RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia Social**. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 176.

⁶⁶⁴ Sobre as diferenças de personalidade e a maneira como reagem à existência de dissonância, ver: FESTINGER, **Teoria...** op. cit., p. 234-238.

⁶⁶⁵ RITTER, **Imparcialidade...** op. cit., p. 102. Ver também: MYERS, **Psicologia Social...** op. cit., p. 125-129.

⁶⁶⁶ FESTINGER, **Teoria...** op. cit., p. 12; RODRIGUES, ASSMAR, JABLONSKI, **Psicologia...** op. cit., p. 180-181.

mudar os seus conhecimentos sobre os efeitos do fumo, acreditando que o fumo não tem, em verdade, efeitos prejudiciais, desqualificando os estudos críticos ao fumo ou buscando seletivamente informações sobre os bons efeitos do fumo, tornando os aspectos nocivos desprezíveis e, com isso, reduzir ou eliminar a dissonância entre o que faz e o que sabe. A derradeira opção é continuar fumando, porque parar de fumar, a despeito de saber que é prejudicial, é por demais penoso para suportar, buscando informações que corroborem o ponto de vista de que fumar não é tão pernicioso assim.⁶⁶⁷ Há, nesse caso, uma busca seletiva e desejada por informações consonantes com a cognição já existente e de modo a eliminar (negando com informações contraditórias, pouco importando se verdadeiras ou não) ou mitigar (aceitando que é danoso, mas não na intensidade apregoada) a informação contrária à cognição prévia e já assumida como ideal e verdadeira, porquanto a sua e com a qual já se identificou ou produziu atos dela decorrentes.

A presença da dissonância, como visto, acarreta pressões para reduzi-la ou eliminá-la, “tal como a presença de fome, por exemplo, conduz à ação para reduzir a fome”.⁶⁶⁸ Dentre as possibilidades para redução da dissonância, FESTINGER aponta a adição de novos elementos cognitivos que corroboram a crença inicial e com isso a “dissonância total é reduzida pela redução da importância da dissonância existente”.⁶⁶⁹ Com isso, há uma busca ativa de informação que produza uma nova cognição em consonância com as cognições pré-existentes e a evitação de informação que aumente a dissonância.⁶⁷⁰

RUIZ RITTER explica que em relação à adição de elementos cognitivos consonantes à cognição já existente, embora o sujeito se exponha voluntária e seletivamente à aquisição de novas informações congruentes, inúmeras vezes “o contato com elementos *dissonantes* é inevitável e forçado”, ensejando técnicas diferentes para obstaculizar a dissonância.⁶⁷¹ Isso é particularmente interessante no Direito, à medida em que o julgador é invariavelmente exposto à informação dissonante (tese da acusação e antítese da defesa), decorrente do próprio contraditório e da dialética processual. Assim, como explica FESTINGER, “se a

⁶⁶⁷ FESTINGER, **Teoria...** op. cit., p. 15-16.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 25. No mesmo sentido: “se sentimos fome, fazemos alguma coisa para reduzir a fome; se sentimos medo, fazemos alguma coisa para reduzir o medo; e se sentimos dissonância, fazemos alguma coisa para reduzi-la também”. In: FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977, p. 356.

⁶⁶⁹ FESTINGER, **Teoria...** op. cit., p. 29. No mesmo sentido: “Quanto mais elementos consonantes houver no sistema, menos dissonância é produzida por um elemento dissonante isolado”. In: FREEDMAN, CARLSMITH, SEARS, **Psicologia...** op. cit., p. 357.

⁶⁷⁰ FESTINGER, **Teoria...** op. cit., p. 133.

⁶⁷¹ RITTER, **Imparcialidade...** op. cit., p. 109.

dissonância já estiver presente, a pessoa estará alerta para proteger-se de nova informação”.⁶⁷²

FESTINGER expõe três técnicas diferenciadas para obstaculizar a dissonância, ou seja, evitar informações contrárias ou infirmadoras das crenças prévias do observador.

A primeira delas é a “percepção errônea”, pois as pessoas interpretam informações de modo a ajustá-las àquilo em que já acreditam.⁶⁷³ Desta forma, para manter a coerência, a informação dissonante é involuntariamente distorcida para tornar-se congruente.⁶⁷⁴

Como segunda técnica tem-se a “negação de validade” (invalidação), que se baseia na máxima de que toda a regra possui exceção. Na seara do Direito, pode-se pontuar a existência dessa técnica à medida em que é possível selecionar entendimentos jurisprudencial ou doutrinário favoráveis àquela posição já internalizada. FESTINGER assevera que, ainda que a informação a que uma pessoa foi involuntariamente exposta seja conscientizada, é comum a possibilidade de minimizar a dissonância que é gerada mediante a invalidação dessa informação e “o método mais fácil de fazê-lo é não aceitar a nova informação como fatural”, tal qual o fumante que, mesmo sabedor da predisposição ao câncer de pulmão, continua a fumar, apresentando ceticismo a respeito das conclusões críticas ao hábito de fumar.⁶⁷⁵

Uma terceira técnica é a do “esquecimento seletivo”, em que se verifica uma predisposição no indivíduo a esquecer os elementos cognitivos dissonantes.⁶⁷⁶ Talvez se possa cogitar dessa situação em casos em que o julgador despreza ou “esquece” de valorar meios de prova dissonantes ou que coloquem em xeque à concepção já internalizada ou sobre a culpabilidade do acusado ou sobre sua inocência.

Nos processos pós-decisórios também ocorre a dissonância, pois, ao se tomar uma decisão, pode na sequência surgir um desconforto causado pela rejeição de outra situação igualmente atraente, “em face de expectativas não confirmadas”.⁶⁷⁷ Uma vez tomada a decisão, isso acaba por originar processos que tendem a estabilizar a escolha feita, gerando uma tendência de o indivíduo se “apegar à sua decisão”, o que se denomina de “efeito de

⁶⁷² FESTINGER, *Teoria...* op. cit., p. 137.

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 137.

⁶⁷⁴ RITTER, *Imparcialidade...* op. cit., p. 110.

⁶⁷⁵ FESTINGER, *Teoria...* op. cit., p. 140.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 143; RITTER, *Imparcialidade...* op. cit., p. 111. Também vale a reflexão: “Um método final de reduzir a dissonância é eliminar ou minimizar os próprios elementos dissonantes. Um meio possível consiste, simplesmente, em ignorar ou tentar esquecer um elemento dissonante. Infelizmente, isso não é fácil não maioria das situações. O elemento dissonante existe e, embora possamos tentar não pensar nisso, é provavelmente árduo esquecê-lo por completo. O que poderemos fazer, entretanto, é mudar um dos elementos para que ele deixe de ser dissonante com o outro”. *In*: FREEDMAN, CARLSMITH, SEARS, *Psicologia...* op. cit., p. 358.

⁶⁷⁷ FREEDMAN, CARLSMITH, SEARS, *Psicologia...* op. cit., p. 358.

congelamento” da decisão ao estabelecer elementos cognitivos consonantes com a deliberação e eliminar os elementos dissonantes:

O resultado final seria que, tendo tomado a decisão e empreendido a ação consequente, o indivíduo começará a alterar a cognição de modo que as alternativas que antes eram quase igualmente atraentes deixem de sê-lo. A alternativa escolhida parecerá muito mais atraente, e a alternativa rejeitada começará a parecer menos atraente do que tinha sido. O resultado do processo será estabilizar ou “congelar” a decisão.⁶⁷⁸

Assim, após a decisão, “todos os bons aspectos da alternativa preterida e todos os maus aspectos da alternativa adotada são dissonantes em relação ao que se decidiu”.⁶⁷⁹ Depois de tomada a decisão, o indivíduo pode chegar a passar por uma fase de arrependimento que é passageira, pois para manter um estado de harmonia, a alternativa escolhida acaba sendo mais valorizada e a preterida é desvalorizada.⁶⁸⁰ Portanto, “depois de ser tomada uma decisão, há uma tendência para passar a gostar mais daquilo que se escolheu e a gostar menos do que não se escolheu”,⁶⁸¹ em um verdadeiro sentimento de apego ou viés de *status quo*.

AURY LOPES JUNIOR e RUIZ RITTER, invocando a obra de LEON FESTINGER, igualmente explicam o processo involuntário e inevitável de tentar afastar qualquer argumento contrário ao estado de coerência já formado pelo indivíduo.

Deve-se avaliar duas hipóteses: (a) existindo dissonância cognitiva haverá também uma pressão involuntária e automática para reduzi-la; e (b) quando há essa dissonância, além da busca pela sua redução, há também um processo de evitação ativa de contato com situações que possam aumentá-la. Assim, admitindo-se que o indivíduo tenta sempre estabelecer uma harmonia interna entre suas opiniões, ações, crenças, etc., havendo dissonância entre essas cognições, dois efeitos subsistirão imediatamente: uma pressão para a redução/eliminação dessa “incoerência” entre os “conhecimentos” ou “entre a ação empreendida e a razão”; e um afastamento ativo de possíveis novas fontes de aumento dessa incongruência, ambos responsáveis pelo desencadeamento, no indivíduo, de comportamentos involuntários direcionados à recuperação desse “status” de congruência plena que tanto é favorável.⁶⁸²

Tal situação, segundo os autores, é um fenômeno muito mais comum do que possa aparentar e que se traduz no processo de tomada de decisões (o que se denominou dissonância pós-decisória) e no contato com informações sobre alguém que coloque em xeque a primeira impressão fixada sobre essa pessoa (efeito primazia).⁶⁸³

⁶⁷⁸ FESTINGER, **Teoria...** op. cit., p. 38; FREEDMAN, CARLSMITH, SEARS, **Psicologia...** op. cit., p. 359.

⁶⁷⁹ FREEDMAN, CARLSMITH, SEARS, **Psicologia...** op. cit., p. 359.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 361-362.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 359.

⁶⁸² LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, a. XIII, n. 73, ago./set 2016, p. 18.

⁶⁸³ LOPES JUNIOR, RITTER, A imprescindibilidade... op. cit., p. 19.

Resumidamente, no que diz respeito à *tomada de decisão* como causa inevitável de dissonância, isso ocorre porque “após a decisão, todos os bons aspectos da alternativa preterida e todos os maus aspectos da alternativa adotada são dissonantes em relação ao que se decidiu”. Muito mais do que “apenas fazer uma escolha”, decidir é assumir (fiel e involuntariamente) o compromisso de conservar uma posição, que decisivamente vinculará o seu responsável por prazo indeterminado, já que tudo que a contrariar produzirá dissonância e deverá ser evitado, ou se não for possível, deturpado, em prol da decisão tomada. Na mesma linha vêm os estudos sobre o “efeito primazia”, que revela que as informações posteriores a respeito de um indivíduo, são, em geral, consideradas no contexto da informação inicial recebida, *sendo esta, então, a responsável pelo direcionamento da cognição formada a respeito da respectiva pessoa e pelo comportamento que se tem para com ela*.⁶⁸⁴ (destaques no original).

No Processo Penal, no contexto da prevenção, o julgador é involuntariamente exposto a informações que são potencialmente geradoras de dissonância, muitas vezes confrontantes com o que ele próprio decidiu na fase pré-processual.

Diante do fenômeno da dissonância pós-decisória, observam-se, segundo FESTINGER, três maneiras principais para se reduzir a dissonância e retomar o estado de coerência. A primeira consiste na mudança ou revogação da decisão, mas isso implica em admitir que se fez a escolha errada. A segunda implica mudança da atratividade das alternativas envolvidas na escolha (maneira essa mais usual de reduzir a dissonância pós-decisão) consistente em “aumentar a proporção de elementos cognitivos importantes em consonância com a ação empreendida e, por conseguinte, diminuir a dissonância total existente”, enaltecendo novas vantagens que não havia percebido antes e desvalorizando elementos cognitivos dissonantes.⁶⁸⁵ Com isso, aumenta-se a atratividade da alternativa escolhida e se rebaixa a opção preterida. Por fim, pode ocorrer o estabelecimento da sobreposição cognitiva entre as alternativas envolvidas na escolha, em que quanto mais os elementos cognitivos correspondentes às diferentes alternativas envolvidas numa decisão forem semelhantes, menor será a dissonância resultante.⁶⁸⁶ Procura-se verificar os pontos semelhantes entre as alternativas escolhidas e, dessa forma, reduz-se a dissonância.

É a lição de ALEXANDRE MORAIS DA ROSA ao afirmar que tomada a decisão, perante um novo argumento/informação dissonante à cognição pré-existente, faz com que haja maior pressão para se reduzir a dissonância introduzida, “impondo ao sujeito que manipule (consciente ou inconscientemente) as razões para manutenção da crença, comportamento, opinião ou atitude”. Complementa: “O sujeito convence-se de que está

⁶⁸⁴ LOPES JUNIOR, RITTER, A imprescindibilidade... op. cit., p. 19.

⁶⁸⁵ “Na maioria dos casos, quando optamos por uma dentre duas alternativas depois de ponderar os prós e os contras de cada uma, tendemos a valorizar a alternativa escolhida e a desvalorizar a alternativa rejeitada”. In: RODRIGUES, ASSMAR, JABLONSKI, **Psicologia...** op. cit., p. 176. No mesmo sentido: MICHENER, DELAMATER, MYERS, **Psicologia...** op. cit., p. 182-183.

⁶⁸⁶ FESTINGER, **Teoria...** op. cit., p. 46-49. Ver também RITTER, **Imparcialidade...** op. cit., p. 105-110.

certo, obliterando (invalida, distingue, excepciona, nega, evita etc.) o que não convém. O efeito do compromisso se manifesta, justamente porque a premissa é mantida, mesmo com incremento de informação contrária”.⁶⁸⁷

Percebe-se como a teoria da dissonância cognitiva é particularmente interessante na seara processual penal.

Como visto anteriormente⁶⁸⁸ que o Sistema 2 muitas vezes é guiado por uma impressão inicial originada do Sistema 1. Com isso, o julgador pode ajustar o Sistema 2 para colher apenas evidências que confirmem a tese condenatória, negligenciando, assim, correntes contrárias.⁶⁸⁹

Como consequência deste raciocínio, pode-se perquirir acerca da tendência de um magistrado preventivo que, na fase investigativa, autorizou medidas extremas submetidas à reserva jurisdicional (por exemplo, interceptação telefônica e sucessivas renovações, prisão preventiva, etc.) e, ao adentrar à fase processual contraditória, seja tomado de dissonância, justamente ao confrontar sua cognição inicial com novos elementos cognitivos divergentes, frutos da dialética própria da fase processual.

Igual preocupação reveste-se quando este mesmo juiz preside a instrução processual, indeferindo perguntas como produto de uma espécie de “evitação ativa do aumento de elementos cognitivos dissonantes”. Desta forma, havendo uma pressão intensa para se reduzir ou eliminar a dissonância existente, “concomitantemente a isso haverá também um processo de evitação do seu aumento, caracterizado pela fuga ativa de contato com elementos possivelmente dissonantes.”⁶⁹⁰ Por isso é tão importante a originalidade cognitiva, já que o primeiro contato cognitivo em instrução reduz uma postura de evitação da dissonância.

Outra situação que se poderia refletir sobre o impacto da teoria em tela no processo penal é uma possível tendência de o magistrado não acatar argumentos questionadores de uma determinada medida judicial, objetando, por exemplo, sua correção/licitude. O juiz tenderia, assim, a não acolher aqueles argumentos, pois age para justificar convenientemente seu acerto, ou seja, “justificar-se”. Reconhecer a validade do argumento a ele oposto e, portanto, a ele dissonante, seria quase reconhecer um “erro próprio”. Nas palavras de

⁶⁸⁷ ROSA, Alexandre Morais. Dissonância cognitiva no interrogatório malicioso: não era pergunta, era cilada. **CONJUR**, 17 fev. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/limite-penal-efeito-dissonancia-cognitiva-interrogatorio-malicioso>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁶⁸⁸ Cfr. item 3.2, supra.

⁶⁸⁹ WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 35.

⁶⁹⁰ RITTER, **Imparcialidade...** op. cit., p. 111.

DAVID MYERS, “uma vez tomadas, as decisões criam suas próprias pernas autojustificadoras de apoio”.⁶⁹¹

É o escólio de ALEXANDRE MORAIS DA ROSA:

A cada subjogo probatório são tomadas diversas decisões pelos jogadores, em especial pelo julgador. Deferir perguntas, acolher/rejeitar pedidos cautelares, decretação de prisões etc., todos os momentos exigem antecipação cognitiva. E a explicação posterior, a saber, pós-decisão, é local adequado para justificativas consonantes forçadas, ao mesmo tempo em que pode implicar na tendência à evitação de novos elementos dissonantes, em geral, com viés de confirmação.⁶⁹²

Em resumo, a teoria expõe uma tendência natural de equilíbrio/coerência entre nossas cognições (conhecimentos, opiniões, crenças, ações, etc.) sob pena de experimentarmos desconfortável desequilíbrio no sistema psíquico, daí porque, para manter a harmonia, adequamos informações no mesmo sentido de outras que possuímos anteriormente sobre a mesma pessoa ou objeto.⁶⁹³

Todos nós buscamos internamente manter a coerência entre comportamentos, opiniões, crenças e atitudes, e a cada nova informação advinda do exterior, precisamos atualizar o nosso conhecimento e, para tanto, realizamos o processo voluntário ou não de manutenção/modificação das nossas premissas mentais.

O magistrado, como ser humano que é, não está isento desta tendência de equilíbrio cognitivo.⁶⁹⁴ Busca estabelecer coerência entre cognições iniciais fixadas quando de uma primeira impressão do caso penal que lhe foi apresentado, podendo ser impactado pelos elementos unilaterais de tal maneira a ponto de, para evitar a dissonância cognitiva com o já então decidido naquele primeiro momento, desconsiderar, ainda que inconscientemente, informações posteriores que coloquem em xeque a sua pretendida harmonia cognitiva com o novo material fático ou argumentativo. Cegar-se para tal situação é permanecer em uma “fantasia infantil de que a jurisdição criminal brasileira é exercida por seres dotados de superpoderes – imunes a fenômenos naturais à condição humana – ou se admite a falibilidade das decisões e julgamentos humanos”.⁶⁹⁵

⁶⁹¹ MYERS, *Psicologia Social*... op. cit., p. 128.

⁶⁹² ROSA, *Dissonância*... op. cit.

⁶⁹³ RITTER, Ruiz; ROSA, Alexandre Morais da. Entenda como você pode ser enganado pelo Efeito Halo no Processo Penal. *Conjur*, 28 fev. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-fev-28/limite-penal-entenda-voce-enganado-efeito-halo>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁶⁹⁴ “Qual é a dificuldade, afinal, de se compreender que todos os seres humanos – juízes, inclusive! - possuem uma tendência de equilíbrio cognitivo (leia-se coerência entre crenças, opiniões, ações, etc. – cognições), cujo rompimento, por insuportável, se busca sempre evitar, ou, não sendo possível, restaurar, por meio de processos cognitivo-comportamentais involuntários³ - como desde a década de 50 revela a teoria da dissonância cognitiva⁴ -, sendo inconcebível que alguém que criou uma imagem mental unilateral sobre um fato receba uma versão oposta acerca do mesmo fato sem desacreditá-la diante do mal estar psíquico que inexoravelmente representa?”. In: LOPES JUNIOR, RITTER, *Juiz das garantias*... op. cit., p. 30.

⁶⁹⁵ LOPES JUNIOR, RITTER, *Juiz das garantias*... op. cit.

A teoria de FESTINGER, entretanto, não é isenta de críticas, que vão desde a falta de clareza, uso excessivo de generalizações, a própria rigidez da teoria fundada na imutabilidade do comportamento humano, falta de precisão e de rigor nas proposições fundamentais teóricas e falta de rigor metodológico.⁶⁹⁶ Critica-se, também, o fato de que a teoria se dedicou a avaliar atividades distintas do juiz (FESTINGER, no começo da obra, explica que a origem dos estudos se deu por consulta da Fundação Ford, que estava interessada em estudos voltados à comunicação e influência social).⁶⁹⁷ Mesmo assim, não se pode negar o seu valor e se “constitui, inegavelmente, uma das mais frutíferas em Psicologia Social”,⁶⁹⁸ que inspirou uma intensa gama de experimentos realizados para testar suas hipóteses.⁶⁹⁹

Sem aprofundar as críticas, mas apenas noticiando-as, fato é que o “núcleo da teoria, porém, parece que permanecerá para sempre como um diamante bruto que sofre subsequentes trabalhos de lapidação” de forma que o “saldo a favor da teoria é positivo”.⁷⁰⁰ Eis que o livro de FESTINGER traz inúmeros experimentos que apontam que, ao se deparar com um estado de dissonância pós-decisória, dá-se origem a processos de redução ou eliminação das incoerências através das técnicas supra expostas para se alcançar um estado de harmonia. É incontestável a problematização do estudo de FESTINGER no campo do processo penal, em especial para o objeto desta dissertação, em que se analisa um possível prejuízo à imparcialidade causado pela dupla atuação do juiz, por força da prevenção, e os reflexos no processo de tomada de decisão e quanto ao comprometimento psicológico com o trabalho desenvolvido na fase pré-processual. Nesse campo não há certezas, não se trata de matemática, mas a teoria do campo psicológico, ao menos, acaba por trazer um alerta para a seara processual penal.⁷⁰¹

⁶⁹⁶ Na Psicologia Social, há exposição de críticas e menção de experimentos naquele campo que infirmam a teoria de Festinger, citadas em: RODRIGUES, ASSMAR, JABLONSKI, **Psicologia...** op. cit., p. 184-185. Ver também: HARMON-JONES, Eddie (editor). **Cognitive Dissonance: Reexamining a Pivotal Theory in Psychology**. Washington, DC: American Psychological Association, 2019. No campo jurídico, sobre as críticas à Teoria da Dissonância Cognitiva, ver: ANDRADE, **Juiz das Garantias**. 3. ed... op. cit., p. 135-138; RITTER, **Imparcialidade...** op. cit., p. 141-144.

⁶⁹⁷ FESTINGER, **Teoria...** op. cit., p. 7.

⁶⁹⁸ RODRIGUES, ASSMAR, JABLONSKI, **Psicologia...** op. cit., p. 175, 184-186; GOLDSTEIN, Jeffrey H. *Psicologia Social*. Trad. Por José Luiz Meurer. Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 1983, p. 111.

⁶⁹⁹ MICHENER, DELAMATER, MYERS, **Psicologia...** op. cit., p. 184-186.

⁷⁰⁰ RODRIGUES, ASSMAR, JABLONSKI, **Psicologia...** op. cit., p. 185.

⁷⁰¹ “Todos esses estudos e pesquisas acerca da teoria da dissonância cognitiva demonstram, à evidência, que se não há certezas quanto à perda de parcialidade do magistrado, pelo menos se cria uma fundada suspeita acerca de possíveis prejuízos à garantia da imparcialidade em um processo penal que admite a atuação de ofício do juiz na fase investigatória e judicial da persecução penal, que permite que um mesmo magistrado intervenha na fase investigatória, proferindo decisões que tangenciam o mérito da imputação, e, diante da prevenção,

3.5. O CONTRIBUTO DO ESTUDO DE BERND SCHÜNEMANN E O EFEITO PERSEVERANÇA

Partindo da teoria da “dissonância cognitiva”,⁷⁰² BERND SCHÜNEMANN desenvolve um experimento e perscruta a influência do prévio conhecimento do inquérito na tomada de decisão judicial como fator de retenção de informações que são concordantes. Questiona o professor alemão se a leitura prévia dos autos de investigação condiciona uma imagem unilateral, o que acabaria por determinar uma busca seletiva de informações em prejuízo da imparcialidade.

O autor lança quatro hipóteses para apurar a vinculação psicológica do juiz ao inquérito: a) juízes condenam mais frequentemente quando, antes da audiência de instrução e julgamento, tiveram conhecimento do conteúdo do inquérito se comparados àqueles que não tiveram tal conhecimento; b) o conhecimento da investigação policial acarreta equívocos na compreensão das informações que advieram na fase processual; c) a menor quantidade de erros no caso de inexistência de conhecimento dos autos será ainda menor se o juiz puder inquirir pessoalmente as testemunhas; d) o conhecimento de informações prévias do inquérito acarreta um maior questionamento às testemunhas em audiência.⁷⁰³

As duas primeiras hipóteses colocam em relevo o problema do efeito perseverança, ou seja, a persistência da imagem do crime assimilada quando da leitura do inquérito, com a

venha a atuar, depois, como julgador do mesmo caso penal e, que permite, ademais, o livre contato do julgador com os autos do inquérito policial, cujos elementos informativos poderiam, até bem pouco tempo, ser utilizados de maneira subsidiária para fins de formação do convencimento do juiz (CPP, art. 155, *caput*, com redação dada pela Lei n. 11.690/08). *In*: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 124-125.

⁷⁰² Schünemann, valendo-se da Teoria da Dissonância Cognitiva de Festinger, na versão reformulada de Irle, parte do pressuposto de que cada pessoa ambiciona um equilíbrio em seu sistema cognitivo, buscando obter relações harmônicas entre seu conhecimento e suas opiniões. Desse quadro emergem o efeito perseverança e o princípio da busca seletiva de informações. O efeito perseverança ou inércia ou mecanismo de autoafirmação da hipótese preestabelecida faz com que as informações, previamente consideradas corretas à ratificação da hipótese preconcebida, sejam sistematicamente superestimadas, enquanto que as informações dissonantes sejam sistematicamente subavaliadas. Já o princípio da busca seletiva de informações favorece a ratificação da hipótese originária que tenha sido, na autocompreensão individual, aceita pelo menos uma vez. Isso ocorre pelo viés confirmatório, ou seja, com a busca de informações que confirmem uma preconcepção, o que pode se dar tanto pela coleta de informações em consonância com a hipótese, quanto pela de informações dissonantes facilmente refutáveis, ou seja, informações dissonantes que atuem com efeitos ratificadores. Schünemann afirma que é natural que o magistrado busque confirmar o inquérito na audiência de instrução e julgamento de acordo com as informações tendencialmente supervalorizadas e em desacordo com as tendencialmente subvalorizadas. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, set./dez. 2012, p. 34. Quanto aos pontos da reformulação proposta por Irle, ver: PIMENTA, **Poder-saber...** op. cit., p. 49-51.

⁷⁰³ SCHÜNEMANN, O juiz... op. cit., p. 35.

retenção de informações consonantes⁷⁰⁴. A terceira hipótese traz à tona o nível de atenção do juiz que é elevado ao inquirir pessoalmente as testemunhas. A quarta hipótese questiona se, por meio de uma imagem pré-formada do crime, estimula-se e intensifica-se a busca por informações e dados que corroborem esta concepção inicial⁷⁰⁵.

Participaram do experimento 58 juízes criminais e promotores. Todos analisaram o mesmo caso penal que relatava um fato real (crime de libertação, indução ou auxílio à fuga de preso) e, segundo descrito no experimento, o substrato fático-probatório poderia ensejar tanto uma condenação como uma absolvição. As variáveis eram o conhecimento dos autos do inquérito e a faculdade de inquirição pessoal na audiência de instrução e julgamento pelo magistrado. O inquérito foi apresentado de forma escrita e todos os participantes tiveram idêntico acesso ao conteúdo das informações. Aqueles que tinham direito a inquirir na audiência, formulavam as perguntas a um programa de computador que tinha respostas pré-programadas. Os que não tinham direito de inquirir, recebiam a totalidade de dados e informações para realizarem seus julgamentos, de maneira que todos tinham idêntica base de dados.⁷⁰⁶

Os 58 participantes foram divididos em 4 grupos: O grupo 1 era composto de 14 participantes (8 juízes e 6 promotores) os quais tinham conhecimento dos autos do inquérito e a eles era permitido inquirir testemunhas na audiência; o grupo 2 era composto de 14 participantes (9 juízes e 5 promotores) que tinham conhecimento dos autos de inquérito, porém não lhes era permitido inquirição de testemunhas; o grupo 3 era composto por 17 participantes (11 juízes e 6 promotores) que não possuíam conhecimento dos autos, mas poderiam perguntar às testemunhas na audiência; e, por fim, o grupo 4, composto de 13 participantes (7 juízes e 6 promotores) que não possuíam conhecimento dos autos e estavam proibidos de inquirir testemunhas. O quadro a seguir representa a divisão dos participantes no experimento:

⁷⁰⁴ Aury Lopes Junior descreve o mencionado efeito como a tendência de perseverar na descrição do crime relatada no inquérito policial, mostrando-se como um mecanismo de autoconfirmação de hipóteses, “superestimando as informações anteriormente consideradas corretas (como as informações fornecidas pelo inquérito ou a denúncia, tanto que ele as acolhe para aceitar a acusação, pedido de medida cautelar, etc.)” em detrimento daquelas contraditórias a essa. *In*: LOPES JUNIOR, Teoria... op. cit.

⁷⁰⁵ SCHÜNEMANN, O juiz... op. cit., p. 35.

⁷⁰⁶ SCHÜNEMANN, O juiz... op. cit., p. 35. A metodologia empregada é criticada por Mauro Fonseca Andrade, ao afirmar que “O fato de Bernd Schünemann haver se aproximado ao ‘máximo das condições de campo’ não foi suficiente para dar credibilidade científica às conclusões que aquele autor sustenta, pois foi justamente a não reprodução das mesmas condições – aliás, houve, intencionalmente, a piora nestas condições - que levou os julgadores a apresentarem resultados distorcidos, caso houvessem se submetido às mesmas condições de julgamento a que estão diariamente expostos”. *In*: ANDRADE, **Juiz das Garantias**. 3. ed... op. cit., p. 136.

Quadro 6 – Distribuição dos juízes criminais e dos membros do Ministério Público

Base Fática para Análise do Problema	Com a Possibilidade de Inquirir Testemunhas	Sem a Possibilidade de Inquirir Testemunhas
Autos do Inquérito e Audiência de Instrução e Julgamento	14 (8 Juízes e 6 Membros do MP)	14 (9 Juízes e 5 Membros do MP)
Apenas a Audiência de Instrução e Julgamento	17 (11 Juízes e 6 Membros do MP)	13 (7 Juízes e 6 Membros do MP)

Fonte: SCHÜNEMANN, O juiz.... op. cit., p. 37.

A primeira hipótese foi confirmada⁷⁰⁷, concluindo o autor que “o conhecimento dos autos do inquérito tendencialmente incriminador leva, sem exceções, o juiz a condenar o acusado”. Todos os juízes que tiveram conhecimento dos autos de investigação preliminar condenaram. Concluiu BERND SCHÜNEMANN que esta tendência permanece mesmo diante de uma audiência de instrução e julgamento ambivalente, ou seja, o conteúdo fático poderia ensejar tanto uma condenação como uma absolvição.⁷⁰⁸

A segunda hipótese (se o conhecimento da investigação policial influencia a compreensão das informações advindas da fase processual) é indicativa do efeito perseverança da decisão. BERND SCHÜNEMANN concluiu que “os juízes dotados de conhecimento prévio do inquérito quase não notaram e não retiveram o conteúdo defensivo produzido na audiência de instrução e julgamento”.⁷⁰⁹ Isso se deu, segundo o autor, porque os magistrados apenas se recordaram das (redundantes) informações incriminadoras por eles já conhecidas e constantes do inquérito. Ou seja, busca-se a harmonia cognitiva, já que as potenciais informações dissonantes trazidas pela defesa são seletivamente ignoradas.

Segundo o professor alemão, os autos de investigação são normalmente compostos, em grande medida, pelos registros (*Protokollen*) das inquirições de testemunhas feitas em sede policial. Ocorre que tais registros não são uma mera reprodução do quadro fático ao estilo fotográfico, mas “produto da interação entre a testemunha e os funcionários públicos encarregados da inquirição” e “forte e massivamente influenciado pelas hipóteses formuladas pelo policial” sobre os contornos dos fatos que orientam as perguntas. Como não

⁷⁰⁷ De acordo com os resultados obtidos, todos os 17 juízes criminais, que conheceram o inquérito, condenaram. Por outro lado, os juízes, que não tiveram acesso ao inquérito, sentenciaram com maior nível de ambivalência, tanto que, neste subgrupo, 8 condenaram e 10 absolveram o acusado.

⁷⁰⁸ SCHÜNEMANN, O juiz... op. cit., p. 39.

⁷⁰⁹ Idem.

há participação e controle pela defesa, o depoimento testemunhal é “sistematicamente tendencioso no sentido de confirmar as hipóteses e conjecturas imaginadas pelos funcionários responsáveis pela inquirição sobre o fato e sobre o seu autor”. Os autos de investigação preliminar servem de “rota de marcha” ao juiz, já que ao analisar o recebimento da denúncia, precisa o magistrado se manifestar sobre a idoneidade para “fundamentar uma alta probabilidade de condenação”. Daí advém o efeito perseverança ou inércia, porque inconscientemente “o juiz analisa o resultado da produção de provas da audiência de instrução e julgamento não mais de forma neutra, mas na direção das hipóteses da acusação, de uma forma, portanto, desfigurada e assimétrica”.⁷¹⁰

A pesquisa de BERND SCHÜNEMANN demonstra que uma estrutura que mantenha a investigação preliminar no bojo do processo pode atentar contra a imparcialidade, pois o juiz pode, inconscientemente, buscar elementos que confirmem aquela imagem concebida com os elementos unilaterais construídos pela polícia e acusação. O contato do juiz com os elementos da investigação, segundo BERND SCHÜNEMANN, já interfere na imparcialidade. Mas, há casos em que o juiz é provocado a decidir medidas cautelares nessa fase e isso também pode afetar a maneira como ele se abre para novas informações na fase processual, com a ocorrência da dissonância cognitiva e busca seletiva por informações consonantes, gerando o efeito “confirmador-tranquilizador”.⁷¹¹

A terceira hipótese pretendia apurar se “a redução do juiz a um papel totalmente passivo, análogo ao do júri no sistema processual penal anglo-americano, melhora ou piora a assimilação das informações”. Nessa hipótese, procurou-se averiguar se a memorização do juiz é melhor se puder inquirir pessoalmente os sujeitos de prova em audiência. O autor observou que a impossibilidade de o juiz formular seus próprios questionamentos às testemunhas reduziu claramente a atenção e que o grupo que absolveu sem conhecimento do inquérito, mas com possibilidade de inquirir pessoalmente as testemunhas, apresentou melhor memorização dos fatos,⁷¹² podendo-se daí extrair a importância da originalidade cognitiva. Sustenta BERND SCHÜNEMANN que o melhor modelo é deixar o juiz equipado com a faculdade processual de formular suas próprias perguntas, mas sem acesso ao inquérito.

⁷¹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? – Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Orgs.) **Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012.** São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 640-641.

⁷¹¹ LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 144.

⁷¹² SCHÜNEMANN, O juiz... op. cit., p. 39.

Por fim, em relação à quarta hipótese (se o conhecimento de informações prévias do inquérito acarreta um maior questionamento às testemunhas em audiência), os resultados indicaram que a maioria das perguntas foi formulada por aqueles que condenaram e tinham conhecimento do inquérito e o subgrupo que menos formulou perguntas foi constituído pelos que absolveram e não tiveram acesso ao inquérito, concluindo-se que a quantidade de perguntas nada tem a ver com a qualidade do processamento das informações e, ainda, que “a formulação de perguntas mais se aproxima de uma autoconfirmação da hipótese de partida do que de um aprimoramento na assimilação das informações”.⁷¹³ Em outras palavras, o juiz que conhece o inquérito faz mais perguntas do que aqueles que não tiveram acesso prévio ao caderno investigativo.

O estudo ainda analisou um outro caso de recebimento de denúncia de um crime de estelionato e, segundo BERND SCHÜNEMANN, havia fundamentos tanto para o oferecimento e recebimento da denúncia, como também para o não oferecimento e o não recebimento. Com isso, pretendia o autor averiguar o impacto do inquérito policial no juízo de admissibilidade, apontando o estudo que há uma atitude pouco crítica na análise da verossimilhança de uma futura sentença condenatória. Consoante o autor, as decisões proferidas não passaram de “mera rotina” e os juízes “não levam a sério a fase entre o oferecimento e o recebimento da denúncia”.

Isso é explicado por BERND SCHÜNEMANN com a suspeita de que o juiz é “movido pela singela confiança de que o Ministério Público já examinou o inquérito e houve por bem a existência de prova suficiente de fato e de sua autoria”⁷¹⁴. Incide aqui um viés da ancoragem⁷¹⁵ e o viés de grupo⁷¹⁶, fenômeno que BERND SCHÜNEMANN enquadra como “Teoria da Comparação Social” em que o magistrado “ao se encontrar numa turva, orienta-se pela avaliação precedente e oriunda de uma pessoa por ele aceita como adequada a uma comparação comportamental”. Esse espelhamento é particularmente perigoso, pois se “o membro do Ministério Público tomar uma decisão equivocada, na maioria das vezes, esse erro não será corrigido pelo juiz criminal, mas será levado adiante”, já que o Ministério Público “assume a tarefa de guia” e, assim, o magistrado “opera inconscientemente apenas uma dispendiosa e encenada chancela dos resultados já antecipados pelo Ministério Público”,⁷¹⁷ espelhando-se no entendimento ministerial.

⁷¹³ SCHÜNEMANN, O juiz... op. cit., p. 40.

⁷¹⁴ Ibid., p. 42.

⁷¹⁵ Cfr. item 3.2.1.2.b, supra.

⁷¹⁶ Cfr. item 3.2.1.2.d, supra.

⁷¹⁷ SCHÜNEMANN, O juiz... op. cit., p. 42-43 e 46.

Incide aqui o efeito perseverança, concluindo BERND SCHÜNEMANN que “os juízes dotados de conhecimento prévio do inquérito quase não notaram e não retiveram o conteúdo defensivo produzido na audiência de instrução e julgamento” e atribuiu tal consequência pelo fato de que “os magistrados apenas se aperceberam e depois se recordaram das (redundantes) informações incriminadoras, por eles, já conhecidas e constantes do inquérito”.⁷¹⁸

BERND SCHÜNEMANN assevera que “é balela a afirmativa de que continua sendo possível fazer uma avaliação imparcial da causa – no sentido de um processamento ideal das informações” quando o juiz tem conhecimento dos autos do inquérito, e, com base nisso, realiza o juízo de admissibilidade da denúncia e ainda exerce “atividade inquisitória na audiência de instrução e julgamento”.⁷¹⁹ Com o agravante de que na Alemanha o juiz tem obrigação de buscar a verdade, o magistrado tem um papel ativo na coleta de informações e acaba exercendo uma atividade inquisitória, transmutando-se na posição de parte.

BERND SCHÜNEMANN indica que o juiz tem a tendência de preservar na descrição do crime, relatada no inquérito policial e que 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.⁷²⁰

BERND SCHÜNEMANN, ceticamente, chega a afirmar que a ideia de um juiz como terceiro superior cede espaço à ideia de um terceiro manipulado, porque “o juiz, na maioria das vezes, opera inconscientemente apenas uma dispendiosa e encenada chancela dos resultados já antecipados pelo Ministério Público”, porque, segundo o autor, é distorcida a assimilação de informações pelo juiz, voltada à perspectiva investigativa, não se apercebendo com o rigor que deveria das informações dissonantes trazidas na fase processual.⁷²¹

Diz o ditado popular que “a primeira impressão é a que fica”. O experimento de BERND SCHÜNEMANN parece deixar patente a veracidade desta lição popular. Assim, com a separação de atuação dos juízes – um para a fase processual e outro para a fase investigativa – espera o legislador brasileiro evitar contaminações, prejuízos e prejuízos originados quando da atuação do magistrado na fase pré-processual.

⁷¹⁸ SCHÜNEMANN, O juiz... op. cit., p. 39.

⁷¹⁹ Ibid., p. 33.

⁷²⁰ Ibid., p. 49.

⁷²¹ Ibid., p. 50.

A atuação dúplice do mesmo juiz na fase investigativa e na fase processual pode gerar no magistrado uma tendência de procurar elementos convergentes com a decisão inicialmente tomada e afastar os que a ela se contrapõem. O julgador, que se utilizou dos elementos de informação para tomar decisões importantes, pode tentar manter o estado de coerência, diminuindo o nível de atenção para os novos elementos surgidos na fase processual.

Veja-se o que conclui BERND SCHÜNEMANN sobre o experimento por ele conduzido:

O inquérito tem sido alvo de muitas críticas em razão de ser formado apenas do ponto de vista da perspectiva policial e, também, porque o inquérito relega um papel geralmente inferior à defesa nesta fase pré-processual, ou seja, à defesa não é destinado qualquer lugar. Em consequência disso, enquanto o juiz não reconhece, uma única vez, uma dúvida sequer, o defensor criminal, em sua visão, pode acreditar na descoberta de algo que desmorone totalmente a acusação. Não é por outro motivo que, de certo modo, na audiência de instrução e julgamento, o princípio do *in dubio pro reo de facto* fica na cabeça do defensor, já que ele precisa provar a inconsistência da acusação, caso queira obter uma sentença absolutória.⁷²²

Pondera MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES que é inumano exigir do juiz que, simplesmente, esqueça tudo que já analisou na fase investigativa e adentre à fase processual livre de prejulgamentos.⁷²³ Só com uma “lobotomia epistêmica”⁷²⁴ é que se poderia esperar um juiz com *virgin mind*,⁷²⁵ isento de qualquer prévio conhecimento parcial marcadamente do órgão acusatório. Não há tábula rasa.

Afinal, nas palavras de AURY LOPES JUNIOR e RUIZ RITTER:

Que blindagem psíquica possuem os juízes brasileiros que os diferenciam dos demais? E não só os diferencia dos demais juízes, senão dos demais seres humanos? Nenhuma. A premissa é: o juiz, enquanto ser-no-mundo, também constrói imagens mentais a priori (no sentido kantiano adaptado, ou seja, antes ‘a experiência completa’), também decide primeiro para depois buscar os argumentos que justificam a decisão já tomada (parafrazeando a clássica passagem de Franco Cordero), e também padece com a dissonância cognitiva e o efeito primazia. São diversos os estudos e pesquisas de campo demonstrando o imenso prejuízo cognitivo que decorre dos pré-juízos (ferindo de morte, ainda, a imparcialidade).

Por outro lado, quantos estudos comprovam a fantástica ‘blindagem’ psíquica dos juízes brasileiros? Como justificar que uma mesma pessoa possa atuar na investigação preliminar, proferindo diversas decisões complexas e invasivas, para

⁷²² SCHÜNEMANN, O juiz... op. cit., p. 45.

⁷²³ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Quem tem medo do “juiz das garantias”? **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, a. 18, ed. especial, 2010, p. 22.

⁷²⁴ FRÍAS, Eduardo Gallardo. Conferencia Inicial del Tercer mentalidade inquisitoria. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: Estudos sobre a reforma do CPP no Brasil. v. 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 58.

⁷²⁵ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao Direito Processual Penal**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 56; LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 145.

depois entrar no processo com ‘abertura cognitiva’ suficiente para dar ensejo a um contraditório real e efetivo? Podemos prescindir do modelo de ‘doble juez’, ou da prevenção como causa de exclusão da competência (no sentido de que não pode ser o mesmo juiz da fase pré-processual aquele que ao final irá instruir e julgar)? Não existe nenhuma teoria de base e pesquisa para justificar esse argumento.⁷²⁶

3.6. CONCLUSÕES PARCIAIS

A atividade judicial se ampara na premissa de que os processos são decididos por um terceiro imparcial e racional. Ocorre que, como visto ao longo do capítulo, somos seres previsivelmente irracionais: a ideia de que o ser humano é um agente racional, que faria de tudo para maximizar a utilidade de uma decisão e minimizar os custos de maneira plenamente informada, considerando todas as opções e consequências, é incondizente com a realidade da natureza humana.

A racionalidade tem sua importância, mas não é a única possibilidade cognitiva. O *Homo economicus* não passa de uma figura caricaturada idealmente concebida, porque na verdade, nós, humanos de carne e osso, estamos distantes da perfeição. Somos bem menos racionais em nossa tomada de decisão do que afirma a teoria econômica tradicional.

Nossos comportamentos irracionais não são, contudo, aleatórios, mas, em verdade, são sistemáticos e previsíveis. Há décadas psicólogos e economistas comportamentais vêm apontando como as heurísticas e os vieses estão presentes nos processos de tomada de decisão. Justamente por ser difícil pensar sempre consciente e racionalmente sobre as nossas decisões, o que demandaria muito tempo e energia, a nossa irracionalidade se vale, vantajosamente, de atalhos cognitivos, que nos apresentam um jeito suficientemente bom de decidir, trazendo soluções subótimas. Esses atalhos podem ser úteis em alguns contextos, mas em outros podem conduzir a vieses, afetando nossos julgamentos e comportamentos e incidindo em ilusões cognitivas.

Ao longo do capítulo, destacaram-se heurísticas e vieses que podem afetar o processo de tomada de decisão, inclusive a judicial, trazendo julgamentos subótimos que podem colocar em xeque a imparcialidade e, conseqüentemente, afetar a legitimidade da decisão judicial.

É preciso, portanto, dar-se conta desta irracionalidade para saber lidar com ela. O magistrado, humano que é, não está imune aos influxos inconscientes de irracionalidade. Isso não significa despreparo, imperícia ou incompetência, apenas que é demasiado humano.

⁷²⁶ LOPES JUNIOR, RITTER, Juiz das garantias... op. cit., p. 29.

Decisões judiciais, diferentemente de outros atos corriqueiros do cotidiano, demandam muito raciocínio e reflexão, avaliando-se provas e argumentos contrários, mas ainda assim não são isentas da incidência de heurísticas e de vieses. Por isso, é preciso que se conheçam os atalhos cognitivos e as ilusões deles decorrentes, para que se busquem decisões de forma mais deliberativa e menos intuitiva.

O Direito, por si só, não explica o fenômeno da possível contaminação judicial decorrente da dúplici atuação do magistrado. Há necessidade de se compreender o juiz das garantias para além de uma compreensão tradicional da imparcialidade, por meio de uma interdisciplinaridade de saberes entre Direito, Psicologia e Economia Comportamental.

Ao longo do presente capítulo, demonstrou-se como a dúplici atuação do magistrado brasileiro nas duas fases da persecução penal, aliado ao acesso da íntegra da investigação preliminar, pode propiciar a ocorrência de heurísticas da disponibilidade, da representatividade e do excesso de confiança e acentuar a ocorrência de vieses de confirmação, de ancoragem, de trancamento, de custo afundado, de aversão à perda, implicando tomadas de decisão subótimas que podem amplificar a dissonância cognitiva e causar dúvidas sobre a imparcialidade esperada do julgador.

Nesse contexto, é preciso revisar a ideia de prevenção e desenvolver mecanismos para auxiliar em melhores processos de tomada de decisão com vistas a minimizar ou neutralizar a possibilidade de decisões judiciais enviesadas. Para tanto, destacaram-se as técnicas de *debiasing* e *insulating* como modalidades possíveis de desenviesamento do tomador de decisão.

Enquanto o *debiasing* combate o próprio viés e o faz educando ou informando indivíduos enviesados para, por si próprios, eliminarem ou reduzirem o próprio viés, o *insulating* permite que indivíduos enviesados continuem enviesados, e, ao invés de procurar remover a tomada de decisão tendenciosa, remove o próprio decisor enviesado.

O legislador nacional, ao criar uma nova hipótese de impedimento do art. 3º-D, do CPP, instalou a técnica de *insulating*, com a implantação do juiz das garantias procurando preservar o juiz do processo de prejulgamentos advindos da intervenção na fase pré-processual, evitando que se levem, para a fase processual, julgamentos parciais e, com isso, esvaziar o devido processo legal. Isola-se o juiz das garantias na fase de investigação e um outro juiz adentra à fase processual sem prejulgamentos advindos da intervenção na fase investigativa e sem conhecimento de informações unilaterais repetíveis, evitando-se, com isso, a incidência dos vieses expostos ao longo do capítulo, tais como de ancoragem, confirmação e de trancamento.

O juiz das garantias é, nesse sentido, medida precaucional antienviesante com vistas a preservar a imparcialidade objetiva no Processo Penal. É, portanto, um mecanismo de proteção do próprio magistrado contra possíveis decisões enviesadas.

No capítulo seguinte, vamos avaliar como outros ordenamentos jurídicos enfrentaram a problemática de contaminação judicial pela dúplice atuação com o objetivo de compreender como tais experiências influenciaram a adoção do juiz de garantias no processo penal brasileiro, inclusive para perscrutar se a moldagem trazida pela Lei n. 13.964/2019 foi suficiente e adequada.

4. JUIZ DAS GARANTIAS E IMPARCIALIDADE: PERSPECTIVA COMPARADA, CORTES E TRIBUNAIS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A figura de um juiz atuante na investigação diverso daquele da fase de julgamento não é criação nacional e nem recente; faz parte de muitas legislações e tem se mostrado uma busca de um melhor julgar. Em diversos ordenamentos, há figuras semelhantes ao juiz das garantias nos moldes do que se pretende estabelecer no ordenamento jurídico nacional. É originário da Europa, muito influenciada pelas decisões do TEDH, e tem inspiração nas reformas processuais penais pós redemocratização na América Latina. Segue o Brasil, portanto, uma tendência.

Os primeiros questionamentos quanto à imparcialidade do juiz instrutor aos moldes da experiência europeia levaram o TEDH a decidir que juiz investigador não poderia julgar. Esse foi o embrião da inserção de um juiz diferente atuar na investigação, iniciando pela reforma processual na Alemanha, em Portugal e na Itália. Por força da colonização espanhola, muitos países latino-americanos contavam com a figura do juiz de instrução, o que também foi gradualmente sendo revisto no caminho da implementação de juízes diversos para atuar nas fases de investigar e de julgar.

Não se desconhecem as peculiaridades históricas e culturais existentes nas legislações estrangeiras em comparação à nossa tradição nacional. O nosso modelo de persecução penal é muito peculiar e apresenta um sistema de investigação preliminar a encargo, em regra, da polícia judiciária e com atuação e destinação deste material ao órgão acusador. No Brasil, nunca houve o juiz de instrução ao modelo europeu, a exemplo do que existe na Espanha e França, o qual consiste no magistrado que conduz a investigação criminal, colhe elementos informativos, formaliza a acusação, preside a instrução e julga.

Mesmo ausente o juiz de instrução, no Brasil o juiz participa da investigação criminal preliminar sempre que tenha que se decidir sobre restrição a direitos fundamentais, sejam eles do imputado, da vítima, testemunhas ou dos próprios agentes públicos que participam da investigação; p.ex., nesse último caso, na infiltração de agentes⁷²⁷. O juiz brasileiro,

⁷²⁷ Art. 10. “A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites”. BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e

portanto, não raro, conhece de elementos informativos e unilaterais de investigação, gerando uma cognição sobre a culpabilidade do imputado, ainda que provisória. Decide e externaliza suas convicções, ainda, sobre medidas cautelares pessoais e reais e, não raro, decide sobre meios de obtenção de prova; sempre meios invasivos de direitos fundamentais.

O próprio TEDH, que inicialmente tinha uma jurisprudência no sentido de que juiz que investiga não pode julgar, posteriormente flexibilizou tal entendimento para, em análises casuísticas e de acordo com a legislação de cada país aderente, perscrutar se dada situação concreta ofenderia ou não a imparcialidade. Segundo ANDRÉ MACHADO MAYA, por esse caminho seguiu a Espanha, enquanto que “outros países, como Itália e Portugal, e também os latino-americanos, optaram por um recorte bem demarcado entre as duas fases da persecução penal”.⁷²⁸ O que se pretende, enfim, a partir da experiência de outros países, é trazer uma reflexão crítica sobre a inclusão do juiz das garantias no Processo Penal nacional, sua configuração na proposta do novo Código de Processo Penal e a trazida pela Lei n. 13.964/2019.

PIERRE LEGRAND alerta para o equívoco de tentar ler o direito estrangeiro sob as próprias lentes daquele que pretende comparar sistemas jurídicos diversos, ou seja, carregando consigo uma experiência cultural e formação jurídica que molda a leitura do alheio, marcada por pré-compreensões.⁷²⁹

A leitura do tema “juiz das garantias” necessita ser feita com alteridade jurídica. O olhar comparativo, ao mesmo tempo que detecta similitudes e diferenças, impõe o necessário reconhecimento e respeito às outras experiências jurídicas.⁷³⁰ Caso contrário, se este tema for lido de forma ensimesmada e sem uma visão interdisciplinar, o risco de incompreensão é maior.

Nesse sentido, os estudos jurídicos comparativos não devem ter como escopo unificar ou uniformizar os diferentes ordenamentos a partir da construção forçada, artificial e fictícia de supostas similaridades, mas sim conhecer as especificidades da realidade do outro, perceber o que ele apresenta de diferente em sua cultura jurídica, e valer-se dessa experiência para refletir criticamente a respeito de “seu” próprio Direito – não como o propósito de realizar “transplantes jurídicos” de um sistema a outro de forma automática, acrítica e descontextualizada, mas com o intuito de criar soluções jurídicas próprias ao Direito nacional, compatíveis com a

o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: edição extra, Brasília, DF, p. 3, 5 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷²⁸ MAYA, André Machado. **Juiz de garantias**: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 136-137.

⁷²⁹ LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Daniel Wunder Hachem (tradução). São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 34-36.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 82-83.

cultura jurídica na qual ele está inserido, a partir de uma inspiração suscitada por meio da escuta da vivência do outro.⁷³¹

O Direito estrangeiro é a expressão de uma outra racionalidade, que não é melhor nem pior, mas que retrata valores de um determinado momento histórico de uma determinada sociedade. Não se pode, portanto, tentar compreender o sistema processual estrangeiro com os olhos e o vivenciar da nossa experiência. Assim, é preciso a devida cautela para evitar apressadas comparações, já que cada sistema penal tem suas peculiaridades.

No presente capítulo, buscar-se-á analisar o papel do juiz criminal em outros ordenamentos jurídicos. O que se percebe, nos processos penais da Europa a seguir analisados, é que “o papel do juiz está se esfacelando numa diversidade de funções”.⁷³² Mas não é preciso atravessar o oceano Atlântico para perceber que as funções judiciais também estão sendo remodeladas na América Latina, onde observou-se um afastamento do juiz do protagonismo investigativo, com a introdução de uma cultura nova e acusatória.

Na Europa continental havia uma gama completa de poderes exercidos pelos juízes, condizentes com a tradição do sistema inquisitivo, o que gerava uma grande confusão de papéis. Daí adveio historicamente a necessidade de separação de poderes para o exercício da persecução e da investigação que, originalmente, dentro da lógica inquisitiva, eram exercidos apenas pelo juiz.⁷³³ Na Alemanha, a conexão entre essas funções é fraca, enquanto que na Itália e França é muito forte, tanto que nesses dois países uma única palavra engloba juízes que desenvolvem ambos os tipos de funções (*magistrature* e *magistratura*) e na Itália a promotoria italiana é composta por *magistrati*.⁷³⁴

Movendo-se na direção de um modelo de disputa, de influência norte-americana, países da Europa Continental e da América Latina tentaram “tornar o juiz um ator mais passivo, aumentando a confiança na acusação e na defesa para investigar e conduzir procedimentos”.⁷³⁵ Assim, determinados países eliminaram a figura do juiz de investigação (na França, conhecidos como *Juge d’Instruction*; o *Untersuchungsrichter* na Alemanha; o *Giudice Istruttore* na Itália e o *Juez de Instrucción* na América Latina), símbolo do processo inquisitorial, tentando substituir tal figura por uma investigação preliminar conduzida pelo Ministério Público (no Chile sequer existia tal órgão até a reforma que implantou o sistema

⁷³¹ LEGRAND, *Como ler...* op. cit., p. 14-15.

⁷³² SALAS, Denis. O Papel do Juiz. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos Penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 509.

⁷³³ *Ibid.*, p. 516.

⁷³⁴ SALAS, O papel... op. cit., p. 517.

⁷³⁵ LANGER, Máximo. From Legal... op. cit.

acusatório). Assim, “durante a fase da investigação preliminar o papel do juiz é agora amplamente limitado às decisões sobre a emissão de mandados de busca e apreensão, prisões cautelares e fianças, muito próximo do sistema anglo-americano”.⁷³⁶

Os exemplos internacionais que veremos na sequência são importantes ferramentas comparativas, no sentido de aprender com as experiências reformistas de outros países, bem como de troca de experiências e análise de êxitos e desacertos. Mas é importante ter em mente, como aguçadamente alerta MÁXIMO LANGER, que não é adequado um mero transplante legal (*legal transplants*), um mero recorte e colagem de institutos de outros sistemas, com características próprias, para outro sistema receptor com realidades distintas.

Necessário ponderar no aspecto de circulação de ideias jurídicas, o contexto das culturas processuais distintas, com diferentes linguagens e categorias teóricas, com diferentes estruturas de interpretação e significados e diferentes disposições individuais, com a formação do ser humano que atua em cada um dos modelos ideais (de disputa e de investigação oficial), onde cada ator processual detém poderes processuais. Assim, MÁXIMO LANGER propõe uma nova visão sob a ótica da tradução jurídica, sem desconsiderar as realidades do sistema receptor que pode, com a internalização do modelo original, ou bem ser superado pelo modelo importado/transplantado – fenômeno que o autor compara à figura do Cavalo de Troia – ou se adaptar para melhor atendimento de suas necessidades locais e da cultura de poder dominante em cada país.⁷³⁷

Tal preocupação foi externada pelo Min. LUIZ FUX, quando do julgamento da medida cautelar da ADI 6298. Sua Excelência, embora sensível à utilização de argumentos do Direito comparado e atento ao pronunciamento de outras Cortes Constitucionais e à contribuição de doutrinadores estrangeiros, destacou sua preocupação com o rigor metodológico à comparação, para se evitar o chamado “*cherry-picking*”. Nele, seleciona-se estrategicamente um país ou um caso estrangeiro que apresenta semelhanças pontuais com o caso paradigma, com vistas a meramente reforçar o argumento comparativo, sem se ter o cuidado de se justificarem os motivos pelos quais o caso em comparação realmente se adequa ao paradigma, desconsiderando as peculiaridades institucionais, de cultura política, divergências doutrinárias, jurisprudenciais e contextuais.⁷³⁸

Portanto, neste capítulo, propõe-se analisar como Cortes internacionais e outros ordenamentos jurídicos se debruçaram sobre a questão da dupla atuação do magistrado nas

⁷³⁶ LANGER, Máximo. From Legal... op. cit.

⁷³⁷ Idem.

⁷³⁸ STF. **ADI 6298 MC/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 15/01/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 12 abr. 2022.

fases investigativa e de julgamento e os impactos ou não sobre a proteção da imparcialidade de modo a, cautelosamente, ponderar sobre os subsídios que dessa análise se pode extrair na visão crítica do modelo proposto em nosso país.

4.1. A IMPARCIALIDADE JUDICIAL NA PERSPECTIVA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

O TEDH, foi fundado em 1959 e com sede em Estrasburgo (França), é composto por 47 Estados membros⁷³⁹ que estão adstritos às decisões da Corte, cuja finalidade é verificar se as decisões proferidas por estes Estados observaram os princípios da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, assinada em Roma em 04/11/1950. Seus julgados quanto a questionamentos sobre a imparcialidade judicial remontam à década de 1980 e influenciaram mudanças legais e jurisprudenciais em vários dos países integrantes, por isso a importância de se avaliar, antecipadamente, suas decisões mais emblemáticas, em um vasto repertório de julgados,⁷⁴⁰ a fim de entender as mudanças implementadas em cada Estado-parte.

Dentre os princípios e as garantias previstos na Convenção, destaca-se, para os fins deste trabalho, o art. 6º, que dispõe sobre o “Direito a um processo equitativo” e no item 1 prevê que

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um Tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo Tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça⁷⁴¹.

⁷³⁹ Albânia, Alemanha, Andorra, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bielorrússia, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Letónia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Macedónia do Norte, Malta, Moldávia, Mónaco, Noruega, Países Baixos, Polónia, Portugal, Roménia, Reino Unido, República Tcheca, Rússia, San Marino, Sérvia, Eslováquia, Eslovênia, Suécia, Suíça, Turquia e Ucrânia.

⁷⁴⁰ Para um panorama geral sobre os julgados do TEDH quanto ao item 6.1 da Convenção, recomenda-se a leitura do “*Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Derecho a un proceso equitativo (parte penal)*”. STRASBOURG. TEDH. **Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Derecho a un proceso equitativo (parte penal)**. TEDH, 2014. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_SPA.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷⁴¹ STRASBOURG. TEDH. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Roma, 4.11.1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

O presente estudo versa sobre a primeira parte desse dispositivo, com enfoque no conceito de imparcialidade e sua relação com o juiz de garantia.

A partir do julgamento pelo TEDH do caso *Piersack vs. Bélgica*, distinguiu-se o conceito de “imparcialidade objetiva” da “subjetiva”.⁷⁴² No aspecto subjetivo, verifica-se a convicção de um juiz no caso concreto, “o que o juiz pensava no seu foro íntimo em determinada circunstância”⁷⁴³, é dizer, “*determinar la convicción o el interés personal de un juez en particular en un caso concreto*”.⁷⁴⁴ Mas essa garantia, que se presume até prova em contrário, é insuficiente, necessitando-se da imparcialidade no aspecto objetivo, que “dissipe todas as dúvidas ou reservas”.⁷⁴⁵ É necessário apurar se o juiz oferece garantias suficientes para afastar qualquer dúvida razoável sobre sua imparcialidade, devendo ser “recusado todo o juiz impossibilitado de garantir uma total imparcialidade”.⁷⁴⁶

No aspecto objetivo, observa-se a “confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática” e, nesse mesmo julgado, fixou-se o entendimento de que é possível afirmar que o exercício prévio no processo de determinadas funções processuais pode provocar sérias dúvidas de parcialidade.⁷⁴⁷ Desta forma, a imparcialidade objetiva do juiz resta comprometida quando o magistrado realiza pré-conceitos sobre o fato posto a julgamento, pelo que “a imparcialidade é denominada ‘objetiva’ justamente porque deriva não da relação do juiz com as partes, mas de sua prévia relação com o objeto do

⁷⁴² “30. *Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6 § 1 (art. 6-1) de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime*”. Tradução livre: “30. Embora a imparcialidade seja geralmente definida pela ausência de preconceito ou prejuízo, ela pode, em particular nos termos do artigo 6 § 1 (art. 6-1) da Convenção, ser apreciada de várias maneiras. Podemos distinguir, a este respeito, entre uma abordagem subjetiva, tentando determinar o que tal juiz pensou em seu íntimo em tal circunstância, e uma abordagem objetiva que leva a descobrir se ele ofereceu garantias suficientes para excluir a esse respeito qualquer dúvida legítima”. In: STRASBOURG. TEDH. **Piersack vs. Belgium**. 01/10/1982. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62115>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷⁴³ BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Européia de Direitos do Homem Anotada**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 150-161.

⁷⁴⁴ STRASBOURG. TEDH. **Guía...** op. cit.

⁷⁴⁵ BARRETO, **A Convenção...** op. cit., p. 150-161. No mesmo sentido, Giulio Ubertis diferencia imparcialidade subjetiva que presta atenção ao “foro interior” do magistrado, presumindo-se imparcial até prova contrária. E no aspecto objetivo, que envolve a mesma confiança que os órgãos jurisdicionais devem inspirar nos cidadãos e, sobretudo, no acusado, de considerar que situações externas, mesmo nas simples aparências, consideradas em grau de colocar objetivamente em dúvida o asseguramento de uma justiça imparcial. In: UBERTIS, **Sistema...** op. cit., p. 143.

⁷⁴⁶ STRASBOURG, TEDH. **Piersack vs. Belgium...** op. cit.

⁷⁴⁷ “*Si un juge, après avoir occupé au parquet une charge de nature à l'amener à traiter un certain dossier dans le cadre de ses attributions, se trouve saisi de la même affaire comme magistrat du siège, les justiciables sont en droit de craindre qu'il n'offre pas assez de garanties d'impartialité*”. Tradução livre: “Se um juiz, depois de ter exercido um cargo no Ministério Público susceptível de o levar a tratar de determinado processo no âmbito das suas atribuições, se encontra vinculado ao mesmo processo como um magistrado, os litigantes têm o direito de temer que não oferece garantias suficientes de imparcialidade”. In: Idem.

processo”.⁷⁴⁸ É o que se nominou de “teoria da aparência”, ou seja, de uma “estética de imparcialidade”.⁷⁴⁹

Vale dizer, a análise da imparcialidade dá-se em duas frentes: a subjetiva, que se afere por meio da convicção pessoal do magistrado e é presumida (demanda prova em contrário⁷⁵⁰), e a objetiva que se constata por meio da efetivação de garantias e providências que excluam qualquer dúvida a respeito de que aquele juiz atuará com imparcialidade naquela causa e para aqueles envolvidos (vítima, imputado, testemunha), embora, por vezes, seja difícil separar as duas perspectivas.⁷⁵¹

No caso *Piersack vs. Bélgica* (1982) discutiu-se se houve violação ao direito a um juiz imparcial porque o magistrado que presidiu o Tribunal e condenou o reclamante era coordenador da promotoria que investigou o caso.⁷⁵² Não se discutiu, aqui, se uma mesma pessoa que havia atuado como juiz instrutor proferiu a sentença, mas sim a incompatibilidade existente pelo fato de o juiz ter tido atuação prévia no caso como integrante do Ministério Público. O TEDH considerou violado o direito a juiz imparcial por entender que, mesmo

⁷⁴⁸ BADARÓ, Direito... op. cit. No mesmo sentido, ficou reconhecido no julgamento de caso espanhol no STC 42/1997, de que a imparcialidade objetiva pretende evitar que o órgão julgador possa ter qualquer tipo de ideia preconcebida na hora de exercer a função jurisdicional por sua própria intervenção na causa, seja na fase de instrução (investigatória) ou na fase intermediária, garantindo-se, assim, que não se prejulgue a culpabilidade do acusado antes ou durante a celebração do júízo oral. ESPANHA. STC. **SENTENCIA 42/1997**. DJ: 10/03/1997. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3307>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷⁴⁹ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 142. Uma simples noção da questão da estética de imparcialidade está no assento do Promotor de Justiça “no mesmo plano e imediatamente à direita” do julgador (art. 18, I, a, da lei Complementar 75/1993). Diferentemente, no Chile, em Curso de 24 a 29/09/2018, promovido pelo CEJA, observou-se que fiscalia e defesa sentam-se ladeadas, no mesmo plano, ambos de frente para o juiz, invocando a ideia real de igualdade das partes e de que o Ministério Público não trabalha conjuntamente com o Judiciário.

⁷⁵⁰ Extraí-se do TEDH: “69. *En cuanto al tipo de prueba requerida, el Tribunal ha verificado, por ejemplo, la validez de las alegaciones según las cuales un juez había manifestado algún tipo de hostilidad o, motivado por razones personales, había logrado obtener la asignación de un caso (De Cubber c. Bélgica párrafo 25).* 70. *Aunque a veces es difícil aportar pruebas que desvirtuen la presunción de imparcialidad subjetiva de un juez, el requisito de imparcialidad objetiva proporciona una garantía adicional importante. El Tribunal reconoce la dificultad de acreditar la existencia de una violación del artículo 6 por parcialidad subjetiva y, por tanto, recurre en la mayoría de los casos a la prueba objetiva (Kyprianou c. Chipre [GS], párrafo 119)*”. STRASBOURG. TEDH. **Guía...** op. cit.

⁷⁵¹ Extraí-se do TEDH: “67. *Sin embargo, la frontera entre ambas nociones no es hermética, ya que no sólo la conducta de un juez puede, desde el punto de vista de un observador exterior, conllevar dudas objetivamente justificadas en lo referente a su imparcialidad (criterio objetivo), sino que también puede afectar a su convicción personal (criterio subjetivo). Por lo tanto, la aplicabilidad de uno u otro criterio, o de ambos, dependerá de las circunstancias particulares en las que se inscribe dicho comportamiento (Kyprianou c. Chipre [GS], párrafo 119 y 121)*”. STRASBOURG. TEDH. **Guía...** op. cit.

⁷⁵² Em nosso ordenamento, desde a edição do CPP de 1941, há previsão de impedimento no art. 252, II, do CPP, para a hipótese em que um promotor de justiça tiver atuado no caso e depois alça o cargo de juiz: “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”.

indiretamente, houve superposição das funções de acusar e de julgar. O TEDH assentou premissas gerais de que a imparcialidade se define por “ausência de prejuízos ou parcialidades” e a distinguiu em dois aspectos, um subjetivo (convicção pessoal de um juiz sobre determinado caso concreto) e objetivo (oferecer garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável a seu respeito. Assim, porque até as aparências tem certa importância, havendo razões legítimas para dúvidas de sua imparcialidade, deve o juiz se abster de conhecer a causa e os cidadãos “possuem o direito de temer a inexistência de suficientes garantias de imparcialidade”,⁷⁵³ porque o que está em jogo é a confiança que o Tribunal deve inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática.⁷⁵⁴ Esse simples fato, no entender do TEDH, foi suficiente para criar uma dúvida razoável sobre a imparcialidade do magistrado e destruir a confiança do jurisdicionado em um Tribunal imparcial, restando, portanto, violado o art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Dois anos depois, no caso *De Cubber vs. Bélgica* (1984), o TEDH voltou a ser provocado sobre violação do art. 6.1 da Convenção. Esse novo caso enfrentou precisamente a questão de atuação de um juiz instrutor. A discussão central foi sobre a imparcialidade de julgador que compôs um colegiado de três juízes para julgamento da causa, mas que havia conduzido a investigação como juiz de instrução por dois anos.

O magistrado havia decretado a prisão preventiva e presidido vários interrogatórios na condução de atos de investigação para esclarecer os fatos tidos como crime. Segundo o TEDH, aparentemente, o magistrado poderia já ter uma opinião formada sobre o caso sendo relevante a preocupação do interessado, não podendo o mesmo juiz que investigou o caso participar do julgamento. O TEDH entendeu que o fato de um juiz de instrução ser também o juiz do mérito da mesma causa constituía um elemento objetivo suficiente para considerar quebrada a confiança do processado na imparcialidade do Tribunal.⁷⁵⁵ O juiz estar tanto na investigação quanto na fase processual era um fator a abalar o conceito de “imparcialidade

⁷⁵³ “*Si un juge, après avoir occupé au parquet une charge de nature à l’amener à traiter un certain dossier dans le cadre de ses attributions, se trouve saisi de la même affaire comme magistrat du siège, les justiciables sont en droit de craindre qu’il n’offre pas assez de garanties d’impartialité*”. Tradução livre: “Se um juiz, depois de ter exercido um cargo no Ministério Público susceptível de o levar a tratar de determinado processo no âmbito das suas atribuições, se encontrar vinculado ao mesmo processo como magistrado, os litigantes têm o direito de temer que não oferecem garantias suficientes de imparcialidade”. In: STRASBOURG, TEDH. **Piersack vs. Belgium...** op. cit..

⁷⁵⁴ “(...) [a]ny judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw. What is at stake is the confidence which the courts must inspire in the public in a democratic society”. Tradução livre: “(...) qualquer juiz em relação ao qual exista uma razão legítima para temer a falta de imparcialidade deve retirar-se. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar ao público numa sociedade democrática”. In: Idem.

⁷⁵⁵ STRASBOURG, TEDH. **De Cubber vs. Bélgica. Application n. 9186/80.** 26/10/1984. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465>. Acesso em: 12 abr. 2022.

objetiva” que havia sido construído no seu precedente (Caso Piesack vs. Bélgica, 1982). Assim, concluiu pela violação do art. 6.1 do Convênio. Após esse julgamento, passou-se a genericamente dizer que o juiz que investiga não pode julgar, devendo haver separação das funções de investigar e de julgar.⁷⁵⁶

Nesse julgamento, o TEDH afirmou que havia uma situação jurídica diferente do caso Piersack, consistente no exercício sucessivo das funções de juiz de instrução e juiz de primeira instância por uma mesma pessoa em um mesmo caso.⁷⁵⁷ Além disso, o TEDH destacou que por meio dos vários meios de investigação utilizados naquela fase, o juiz de instrução já terá adquirido, bem antes da audiência, um conhecimento particularmente detalhado do caso. Consequentemente, o TEDH entendeu que é perfeitamente concebível que ele pudesse, aos olhos do acusado, parecer ter uma opinião pré-formada que pudesse pesar no momento da decisão.⁷⁵⁸

O TEDH mantém aqui a visão de uma imparcialidade objetiva em que até as aparências têm importância para recusar um juiz sempre que se possa legitimamente temer uma fala de imparcialidade, dada a necessidade de confiança que os tribunais devem inspirar em uma sociedade democrática, concluindo que não é possível acumular, em uma mesma pessoa, a função de instrução e a função decisória, porque isso supõe uma vulneração do direito a um Tribunal imparcial.

Assim, após o julgamento dos casos Piersack vs. Bélgica e De Cubber vs. Bélgica passou-se a entender que a imparcialidade, em seu conteúdo objetivo, resta comprometida nos casos em que havia a intervenção prévia do julgador na fase de investigação, o que

⁷⁵⁶ “Na própria direção, praticamente exclusiva, da instrução preparatória das ações penais empreendidas contra o Requerente, o citado magistrado havia formado já nesta fase do processo, segundo toda verossimilhança, uma ideia sobre a culpabilidade daquele. Nestas condições, é legítimo temer que, quando começaram os debates, o magistrado não disporia de uma inteira liberdade de julgamento e não ofereceria, em consequência, as garantias de imparcialidade necessárias”. In: STRASBOURG. TEDH. **De Cubber vs. Bélgica...** op. cit.

⁷⁵⁷ “27. *Despite some similarities between the two cases, the Court is faced in the present proceedings with a different legal situation, namely the successive exercise of the functions of investigating judge and trial judge by one and the same person in one and the same case*”. Tradução livre: “Apesar de algumas semelhanças entre os dois casos, o Tribunal depara-se no presente processo com uma situação jurídica diferente, nomeadamente o exercício sucessivo das funções de juiz de instrução e juiz de instrução por uma mesma pessoa num mesmo processo”. In: STRASBOURG. TEDH. **De Cubber vs. Bélgica...** op. cit.

⁷⁵⁸ “29. *Furthermore, through the various means of inquiry which he will have utilised at the investigation stage, the judge in question, unlike his colleagues, will already have acquired well before the hearing a particularly detailed knowledge of the - sometimes voluminous - file or files which he has assembled. Consequently, it is quite conceivable that he might, in the eyes of the accused, appear, firstly, to be in a position enabling him to play a crucial role in the trial court and, secondly, even to have a pre-formed opinion which is liable to weigh heavily in the balance at the moment of the decision. In addition, the criminal court (tribunal correctionnel) may, like the court of appeal (see paragraph 19 in fine above), have to review the lawfulness of measures taken or ordered by the investigating judge. The accused may view with some alarm the prospect of the investigating judge being actively involved in this process of review*”. In: STRASBOURG. TEDH. **De Cubber vs. Bélgica...** op. cit .

poderia inculcar no acusado uma suspeita legítima de que não seria julgado por um juiz ou Tribunal imparcial.

Em 1987, o caso *Ben Yaacoub vs. Bélgica*⁷⁵⁹, mais um envolvendo a Bélgica, chegou ao TEDH. Tratava-se de um cidadão tunisiano que residia na Bélgica e que fora preso preventivamente por ordem do juiz investigador por suspeita de participação em crime de roubo qualificado. A prisão foi confirmada pela *chambre du conseil*, ou seja, um Tribunal Criminal composto somente por um juiz, e prorrogada por três vezes. Ocorre que, alguns meses depois, o Tribunal Criminal, em julgamento agora presidido pelo mesmo magistrado que confirmou a prisão do reclamante, condenou o acusado a três anos de prisão. Ben Yaacoub interpôs dois recursos, mas a sentença foi mantida e ele acabou sendo expulso do país. Porém, antes mesmo de o TEDH analisar a demanda, a Bélgica reconheceu a violação ao artigo 6.1 do Convênio e propôs uma indenização, a qual foi aceita pelo reclamante, ficando prejudicado o julgamento do mérito do caso perante o Tribunal Europeu.

É preciso esclarecer que nos casos citados da Bélgica os juízes atuaram na fase de investigação como “juiz de instrução”, isto é como diretores da instrução preparatória, conduzindo e presidindo atos de colheita de elementos de informação, ou seja, atuaram como verdadeiros investigadores na fase criminal preliminar.

Em resumo, o TEDH entendia, até aquele momento, que a assunção pelo juiz sentenciador de funções investigativas em momentos anteriores ao processamento implicava, em si mesmo, uma suspeita de perda de imparcialidade – *to fear a lack of impartiality* – que pode ser suficiente para entender vulnerado o art. 6.1 do Convênio.

Contudo, em 1989, o TEDH começa a se desviar do caminho até então traçado. Embora tenha, novamente, reconhecido como violado o art. 6.1 da Convenção, foi no caso *Hauschildt vs. Dinamarca*⁷⁶⁰ que o Tribunal passou a ter outra postura na avaliação da imparcialidade. Nessa nova linha decisória, entendeu-se que nem sempre que ocorra a sucessiva atuação do juiz se está à frente de um juiz parcial,⁷⁶¹ mas que a imparcialidade

⁷⁵⁹ STRASBOURG, TEDH. *Ben Yaacoub vs. Bélgica*. *Application n. 9976/82*. 23.11.1987. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:%22001-57437%22}>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷⁶⁰ STRASBOURG, TEDH. *Hauschildt vs. Dinamarca*. *Application n. 10486/83*. 24/05/1989. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57500>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷⁶¹ Afirmou o TEDH: “*In the Court’s view, therefore, the mere fact that a trial judge or an appeal judge, in a system like the Danish, has also made pre-trial decisions in the case, including those concerning detention on remand, cannot be held as in itself justifying fears as to his impartiality*”; Tradução livre: “*Na visão do Tribunal, portanto, o simples fato de um juiz de primeira instância ou um juiz de apelação, em um sistema como o dinamarquês, ter também tomado decisões antes do julgamento em relação ao caso, incluindo aquelas a respeito de detenção preventiva, não pode ser tido, por si só, como justificador de temores acerca de sua imparcialidade*”. Contudo, a decisão não foi unânime. Destaca-se o voto dissidente do juiz De Meyer: “*In my view, the mere fact that a trial judge has previously exercised such functions in the case which he has to try,*

deverá ser aferida de acordo com as circunstâncias especiais do caso concreto. O simples fato de que um juiz tenha tomado decisões anteriores não justifica, em si, apreensões quanto à sua imparcialidade.⁷⁶² Passou-se de uma posição abstrata de violação para uma análise do caso concreto, da natureza dos atos praticados pelo julgador na fase de investigação e o grau de convicção assentado nessa fase.⁷⁶³

Para se entender tal mudança, a primeira informação importante é que no ordenamento jurídico dinamarquês, diferentemente da Bélgica, não existe a figura do juiz instrutor que investiga.⁷⁶⁴ No caso Hauschildt, o TEDH considerou objetivamente violado o direito a um juiz imparcial porque o juiz Larsen (nesse caso não era de instrução, mas mero supervisor da atividade policial e do Ministério Público), que havia proferido inúmeras decisões mantendo a prisão cautelar do imputado, presidiu o julgamento do qual participaram outros dois juízes leigos. Isso porque a legislação processual da Dinamarca exige revisão periódica da prisão preventiva em intervalos máximos de quatro semanas. No caso, a prisão preventiva foi prolongada por vinte e três vezes, sendo quinze delas pelo juiz Larsen, que igualmente foi chamado a decidir sobre uma série de outras diligências requeridas nos autos. No julgado, entendeu-se que o fundamento utilizado para condenar foi

objectively justifies legitimate fears as to his impartiality, and this applies not only to functions exercised under section 762(2), but also to functions exercised under the other provisions just referred to. Tradução livre: “A meu ver, o simples fato de um juiz de direito ter exercido anteriormente tais funções [na fase pré-processual] no caso que ele deve julgar, justifica objetivamente temores legítimos sobre sua imparcialidade, e isso se aplica não somente a funções exercidas com base na seção 762 (2), mas também a funções exercidas com base nas outras cláusulas recém apontadas”. In: STRASBOURG, TEDH. **Hauschildt vs Dinamarca. Application no. 10486/83**. 24/05/1989. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57500>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷⁶² No original: “49. *In the instant case the fear of lack of impartiality was based on the fact that the City Court judge who presided over the trial and the High Court judges who eventually took part in deciding the case on appeal had already had to deal with the case at an earlier stage of the proceedings and had given various decisions with regard to the applicant at the pre-trial stage (see paragraphs 20-22 and 26 above). This kind of situation may occasion misgivings on the part of the accused as to the impartiality of the judge, misgivings which are understandable, but which nevertheless cannot necessarily be treated as objectively justified. Whether they should be so treated depends on the circumstances of each particular case*”. Tradução livre: “49. No presente caso, o temor de falta de imparcialidade baseava-se no fato de que o juiz do Tribunal da Cidade que presidiu o julgamento e os juízes do Tribunal Superior que eventualmente participaram da decisão do caso em recurso já tiveram que tratar do caso numa fase anterior do processo e tinha proferido várias decisões em relação ao requerente na fase anterior ao julgamento (vn os 20-22 e 26 supra). Este tipo de situação pode ocasionar dúvidas por parte do acusado quanto à imparcialidade do juiz, dúvidas que são compreensíveis, mas que, no entanto, não podem necessariamente ser tratadas como objetivamente justificadas. Se eles devem ou não ser tratados depende das circunstâncias de cada caso particular”. In: STRASBOURG, TEDH. **Hauschildt vs Dinamarca...** op. cit .

⁷⁶³ “Com isso, não se pôde mais deduzir por parcial aquele juiz que participou anteriormente em outra fase do processo (seja como acusador/investigador, seja propriamente como juiz), a não ser que visível sua parcialidade a partir da intensidade de sua atuação”. In: RITTER, **Imparcialidade...** op. cit., p. 83.

⁷⁶⁴ “31. *In Denmark, the investigation is carried out by the prosecuting authorities, with the assistance of the police, and not by a judge*”. Ou seja, no julgado, deixa-se claro que a atuação do magistrado dinamarquês na fase de investigação é de supervisão da atividade investigativa (que compete à polícia e ao Ministério Público), com independência, que não se confunde com um juiz investigador. O juiz dinamarquês não é responsável por preparar o caso para julgamento ou decidir se o acusado deve ser levado a julgamento. In: STRASBOURG, TEDH. **Hauschildt vs Dinamarca...** op. cit.

idêntico ao empregado nas decisões acerca da liberdade e da prisão. O magistrado Larsen presidiu o Tribunal de primeira instância, participando do julgamento colegiado, que considerou o reclamante culpado. Em grau recursal, outro fator peculiar é que a Corte era composta por, dentre outros, um magistrado que interveio também em primeiro grau, participando de uma das decisões de apreensão de correspondências e de bens do réu.

O reclamante, o Sr. Hauschildt, não questionou a atividade de supervisão do magistrado, mas argumentou que o juiz deve conduzir o julgamento com uma mente totalmente livre de preconceito. Questionou que o tipo de decisões que o magistrado adotou na fase de prejulgamento exige fundamentação, nos termos da lei, quanto à força das evidências e o caráter do acusado, o que, na visão do reclamante, inevitavelmente influenciou o julgamento subsequente. Sustentou que um réu tinha o direito de enfrentar um julgamento com razoável confiança na imparcialidade do Tribunal que o julga e que qualquer observador razoável consideraria que um juiz de primeira instância que executou tal função de supervisão não poderia deixar de gerar apreensão e desconforto por parte do réu. O mesmo raciocínio aplicar-se-ia a juízes de tribunais de apelação que outrora decidiram sobre detenção e outras questões processuais.⁷⁶⁵

Assim, por maioria (12 x 5), o TEDH entendeu que houve violação do art. 6.1 da Convenção, mas assentou que: a) o mero fato de que um juiz de primeira instância ou um juiz de apelação, em um sistema como o dinamarquês, tenha também tomado decisões antes do julgamento, no caso, incluindo aquelas relativas à prisão preventiva, não pode ser tomada como, por si só, justificadora de temores quanto à sua imparcialidade; e b) no entanto, as circunstâncias especiais do caso podem justificar o temor.

Assim, as aparências são importantes e os temores acerca da parcialidade devem ser justificados objetivamente, de forma concreta (exame objetivo-concreto), diferentemente dos entendimentos anteriores (exame objetivo-abstrato).⁷⁶⁶ Passou-se então de um

⁷⁶⁵ No original: “*The applicant, while not objecting in principle to a system such as that existing in Denmark whereby a judge is entrusted with a supervisory role in the investigation process (see paragraphs 32-33 above), criticised it in so far as the very same judge is then expected to conduct the trial with a mind entirely free from prejudice. He did not claim that a judge in such a position would conduct himself with personal bias, but argued that the kind of decisions he would be called upon to make at the pre-trial stage would require him, under the law, to assess the strength of the evidence and the character of the accused, thereby inevitably colouring his appreciation of the evidence and issues at the subsequent trial. In the applicant’s submission, a defendant was entitled to face trial with reasonable confidence in the impartiality of the court sitting in judgment on him. He contended that any reasonable observer would consider that a trial judge who had performed such a supervisory function could not but engender apprehension and unease on the part of the defendant. The same reasoning applied in principle to appeal-court judges responsible for decisions on detention pending appeal or other procedural matters*”. In: STRASBOURG, TEDH. **Hauschildt vs Dinamarca...** op. cit.

⁷⁶⁶ GIACOMOLLI, O devido... op. cit, p. 289.

entendimento inicial de presunção absoluta de perda da imparcialidade (por mera atuação prévia na fase pré-processual) para um entendimento mais flexível de que o simples fato de um magistrado ter atuado na fase pré-processual não é suficiente para, por si só, considerar objetivamente justificada a dúvida sobre sua imparcialidade, pois somente o exame do caso concreto vai indicar a profundidade da convicção sobre a culpabilidade. Isso implica que, na visão do TEDH, ao decidir se em um determinado caso há uma legítima razão para temer que um determinado juiz carece de imparcialidade, o ponto de vista do acusado é importante, mas não decisivo. O que é decisivo é se esse receio pode ser considerado objetivamente justificado.⁷⁶⁷

Entenda-se que no caso *Hauschildt vs. Dinamarca* a lei processual dinamarquesa dispunha em seu art. 762.2 que a prisão provisória poderia ser decretada se verificadas “suspeitas confirmadas” de que o acusado houvesse cometido o delito. O TEDH entendeu que ao aplicar o art. 762.2 o juiz deve se assegurar que há tais suspeitas confirmadas, ou seja, deve estar convencido de que é “muito clara” a culpabilidade. Desta forma, a diferença é muito pequena entre a aplicação da prisão provisória e o julgamento de fundo⁷⁶⁸. Nesse caso, se o juiz realizou, por reiteradas vezes (23 ao todo), uma valoração inicial (com fundamento no art. 762.2) e concluiu, em um juízo quase pleno pela responsabilidade penal do

⁷⁶⁷ “72. Para determinar si, en un caso concreto, existe una razón legítima para dudar de la imparcialidad de un juez, el punto de vista de quien emite la queja ha de tenerse en cuenta, pero no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si dichas dudas pueden justificarse objetivamente (*Ferrantelli y Santangelo c. Italia*, párrafo 58; *Padovani c. Italia*, párrafo 27)”. Tradução livre: “72. Para determinar se, em um caso específico, há uma razão legítima para duvidar da imparcialidade de um juiz, o ponto de vista do reclamante deve ser levado em consideração, mas não desempenha um papel decisivo. O elemento determinante consiste em saber se as referidas dúvidas podem ser objetivamente justificadas (*Ferrantelli e Santangelo c. Itália*, n.º 58; *Padovani c. Itália*, n.º 27)”. In: STRASBOURG. TEDH. **Guía...** op. cit.

⁷⁶⁸ “52. The application of section 762(2) of the Act requires, inter alia, that the judge be satisfied that there is a “particularly confirmed suspicion” that the accused has committed the crime(s) with which he is charged. This wording has been officially explained as meaning that the judge has to be convinced that there is “a very high degree of clarity” as to the question of guilt (see paragraphs 34-35 above). Thus the difference between the issue the judge has to settle when applying this section and the issue he will have to settle when giving judgment at the trial becomes tenuous. The Court is therefore of the view that in the circumstances of the case the impartiality of the said tribunals was capable of appearing to be open to doubt and that the applicant’s fears in this respect can be considered objectively justified. 53. The Court thus concludes that there has been a violation of Article 6 para. 1 (art. 6-1) of the Convention”. Tradução livre: A aplicação da seção 762 (2) da Lei exige, inter alia, que o juiz esteja convencido de que há uma “suspeita particularmente confirmada” de que o acusado cometeu o (s) crime (s) com o qual é acusado. Esta formulação foi oficialmente explicada no sentido de que o juiz deve estar convencido de que existe “um grau muito elevado de clareza” quanto à questão da culpa (ver parágrafos 34-35 acima). Assim, a diferença entre a questão que o juiz tem de resolver ao aplicar esta seção e a questão que ele terá que resolver quando julgar no julgamento torna-se tênue. O Tribunal considera, portanto, que, nas circunstâncias do caso, a imparcialidade dos referidos tribunais era suscetível de parecer suscetível de dúvida e de que os receios da recorrente a este respeito podem ser considerados objetivamente justificados. 53. A Corte conclui, portanto, que houve uma violação do Artigo 6, para. 1 (art. 6-1) da Convenção. In: STRASBOURG, TEDH. **Hauschildt vs Dinamarca...** op. cit.

acusado,⁷⁶⁹ não pode conhecer a causa e proferir sentença, pelo menos sem perder – conscientemente ou não – a imparcialidade. É necessário examinar se seu pronunciamento anterior incidiu sobre assuntos essencialmente similares àqueles que devem ser resolvidos posteriormente, quanto ao mérito.

No caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, analisou-se a natureza das decisões proferidas pelo juiz e observou-se que em *nove* decisões de prorrogação da prisão cautelar, o juiz fundamentou a manutenção da prisão no art. 762.2 da lei dinamarquesa ao argumento de que havia “suspeitas confirmadas” de que o acusado havia cometido o crime imputado.⁷⁷⁰ Ou seja, o TEDH entendeu que, pelos critérios legais da Dinamarca, o juiz para decretar uma prisão deve estar convencido de que é “muito clara” a culpabilidade, pelo que decidiu que “a diferença entre a questão que foi resolvida para aplicar o citado artigo e a que é objeto do julgamento é muito pequena/tênue”,⁷⁷¹ gerando uma convicção quase plena sobre a

⁷⁶⁹ No original: “52. *The application of section 762(2) of the Act requires, inter alia, that the judge be satisfied that there is a “particularly confirmed suspicion” that the accused has committed the crime(s) with which he is charged. This wording has been officially explained as meaning that the judge has to be convinced that there is “a very high degree of clarity” as to the question of guilt (see paragraphs 34-35 above). Thus the difference between the issue the judge has to settle when applying this section and the issue he will have to settle when giving judgment at the trial becomes tenuous. The Court is therefore of the view that in the circumstances of the case the impartiality of the said tribunals was capable of appearing to be open to doubt and that the applicant’s fears in this respect can be considered objectively justified. 53. The Court thus concludes that there has been a violation of Article 6 para. 1 (art. 6-1) of the Convention*”. Em tradução livre: “52. A aplicação da seção 762 (2) da Lei exige, inter alia, que o juiz esteja convencido de que há uma “suspeita particularmente confirmada” de que o acusado cometeu o(s) crime(s) de que é acusado. Esta redação foi oficialmente explicada como significando que o juiz deve ser convencido de que há “um alto grau de clareza” quanto à questão de culpa (ver parágrafos 34-35 acima). Assim, a diferença entre o problema que o juiz tem que resolver ao aplicar esta seção e a questão que ele terá que resolver quando julgar no julgamento se torna tênue. O Tribunal é, portanto, de opinião que, nas circunstâncias do caso a imparcialidade dos referidos tribunais era capaz de parecer aberta a dúvida e que os receios do requerente a este respeito podem ser considerados justificados objetivamente. 53. A Corte, portanto, conclui que houve uma violação do artigo 6 pára. 1 (art. 6-1) da Convenção”. In: STRASBOURG, TEDH. *Hauschildt vs Dinamarca...* op. cit.

⁷⁷⁰ “51. *Nevertheless, special circumstances may in a given case be such as to warrant a different conclusion. In the instant case, the Court cannot but attach particular importance to the fact that in nine of the decisions continuing Mr Hauschildt’s detention on remand, Judge Larsen relied specifically on section 762(2) of the Act (see paragraph 20 above). Similarly, when deciding, before the opening of the trial on appeal, to prolong the applicant’s detention on remand, the judges who eventually took part in deciding the case on appeal relied specifically on the same provision on a number of occasions (see paragraphs 26-27 above).*” Tradução livre: “51. Não obstante, circunstâncias especiais podem, num caso determinado, justificar uma conclusão diferente. No presente caso, o a Corte não pode deixar de atribuir particular importância ao fato de, em nove das decisões de continuação da detenção de P. Hauschildt em prisão preventiva, o juiz Larsen invocou a seção 762 (2) do ato (vn ° 20, supra). Da mesma forma, quando decidiram, antes da abertura do julgamento do recurso, prolongou a detenção do requerente em prisão preventiva, os juízes que eventualmente participaram na decisão do caso em recurso invocaram a mesma disposição em várias ocasiões (ver parágrafos 26- 27 acima)”. In: STRASBOURG, TEDH. *Hauschildt vs Dinamarca...* op. cit.

⁷⁷¹ No original: “52. *The application of section 762(2) of the Act requires, inter alia, that the judge be satisfied that there is a ‘particularly confirmed suspicion’ that the accused has committed the crime(s) with which he is charged. This wording has been officially explained as meaning that the judge has to be convinced that there is ‘a very high degree of clarity’ as to the question of guilt (see paragraphs 34-35 above). Thus the difference between the issue the judge has to settle when applying this section and the issue he will have to settle when giving judgment at the trial becomes tenuous*”. In: STRASBOURG, TEDH. *Hauschildt vs Dinamarca...* op. cit.

culpabilidade do acusado, e, conseqüentemente, os temores do reclamante acerca da imparcialidade dos Tribunais podem ser considerados objetivamente justificados.

Importante destacar que nesse mesmo julgamento o TEDH reconheceu que questões analisadas pelo juiz antes da fase processual não são as mesmas analisadas em sentença. As decisões acerca da prisão são diferentes das que julgam o mérito, onde há exame aprofundado das evidências. Prossegue afirmando que, na fase investigativa prévia, o juiz aprecia sumariamente os dados disponíveis, para determinar se, à primeira vista, as suspeitas da polícia têm algum fundamento. Já quando profere a sentença final do processo, tem que averiguar se as provas produzidas e discutidas nele são suficientes para justificar a condenação. Assim, “não se podem equiparar as suspeitas com uma declaração formal de culpa”.⁷⁷²

Vale dizer, “o mero fato de um juiz, num sistema como o dinamarquês, ter proferido decisões antes do processo, especialmente sobre a liberdade provisória, não basta para justificar os temores sobre sua imparcialidade”.⁷⁷³ Em outras palavras, a violação da imparcialidade não se deu pelo simples fato de, abstratamente, o juiz ter decretado ou prorrogado a prisão preventiva, mas porque, no caso concreto, na fundamentação de tal decisão, invocou como razão de decidir a existência de “suspeitas confirmadas” contra o imputado. Segundo GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, diante desse novo posicionamento do TEDH, não basta, por si só, que o juiz tenha decretado uma prisão cautelar para que se considere impedido de julgar a causa por ter perdido sua imparcialidade objetiva, já que “é necessário analisar, concretamente, os juízos por ele desenvolvidos naquele ato”.⁷⁷⁴

Da análise de importantes julgados do TEDH, o que se percebe é que a sua jurisprudência é oscilante no que tange ao direito a um juiz imparcial. De início, entendia-se

⁷⁷² “50. (...) Moreover, the questions which the judge has to answer when taking such pre-trial decisions are not the same as those which are decisive for his final judgment. When taking a decision on detention on remand and other pre-trial decisions of this kind the judge summarily assesses the available data in order to ascertain whether prima facie the police have grounds for their suspicion; when giving judgment at the conclusion of the trial he must assess whether the evidence that has been produced and debated in court suffices for finding the accused guilty. Suspicion and a formal finding of guilt are not to be treated as being the same (see, for example, the Lutz judgment of 25 August 1987, Series A no. 123-A, pp. 25-26, para. 62)”. Tradução livre: “Além disso, as perguntas que o juiz tem que responder ao tomar tais decisões de prejulgamento não são as mesmas que são decisivas para seu julgamento final. Ao tomar uma decisão sobre a detenção em prisão preventiva e outras decisões de prejulgamento deste tipo, o juiz avalia sumariamente os dados disponíveis, a fim de verificar se, prima facie, a polícia tem base para sua suspeita; ao julgar a conclusão do julgamento, ele deve avaliar se as provas produzidas e debatidas no tribunal são suficientes para considerar o acusado culpado. Não se pode equiparar suspeitas e uma declaração formal de culpa (ver, por exemplo, o julgamento de Lutz de 25 de agosto de 1987, Série A no 123-A, pp. 25-26, para. 62). STRASBOURG, TEDH. **Hauschildt vs Dinamarca**... op. cit.

⁷⁷³ BADARÓ, Direito... op. cit.

⁷⁷⁴ Idem.

que o simples fato de o juiz ter atuado na investigação maculava a imparcialidade objetiva, pois, uma vez que o juiz já havia proferido decisões nessa fase, o acusado poderia legitimamente desconfiar da falta de imparcialidade para o julgamento de mérito. Em um segundo momento, uma nova concepção do TEDH direcionou-se para uma “*doctrina casuística*”,⁷⁷⁵ em que há necessidade de análise concreta da natureza do ato praticado e dos requisitos legais exigidos para a prática de determinado ato da fase de investigação consoante a legislação própria de cada sistema jurídico. Somente após tal análise é que se define se há motivos para desconfiar objetivamente da imparcialidade do juiz para a fase de julgamento.

Interessante a observação de SALVADOR GUERRERO PALOMARES de que, embora o TEDH parta da premissa constante em seus julgamentos da inconveniência absoluta de que um mesmo órgão judicial possa ter assumido funções investigativas e processuais, o Tribunal passou a assumir uma análise caso a caso, para examinar que tipo de atividade instrutora ou investigadora desenvolveu o juiz, para, somente a partir daí, determinar se há algum dado pelo qual se possa perceber vulnerado o direito fundamental a um juiz imparcial, “o que significa, em suma, que nem todo contato do juiz de primeira instância com a investigação do caso causa nele contaminação processual”.⁷⁷⁶

Nesse sentido, no caso *Fey vs. Áustria* (1993) o TEDH declarou que o mero fato de o juiz ter atuado em uma fase anterior ao julgamento não implica, por si só, que exista um risco de parcialidade, devendo-se examinar a extensão e a natureza desses atos prévios realizados⁷⁷⁷. Entendeu não ter havido violação ao art. 6.1 do Convênio, mesmo após várias medidas investigativas da magistrada (que após condenou o acusado), as quais o Tribunal encarou como simples colheitas de informações preparatórias para o julgamento do mérito.

Em 1994, no caso *Saraiva de Carvalho vs. Portugal*⁷⁷⁸ o TEDH considerou não ter havido violação ao artigo 6.1 da CEDH, em que o juiz que pronunciou o acusado, depois, presidiu o seu julgamento. Entendeu-se, na ocasião, que a decisão de pronúncia se limita a

⁷⁷⁵ PALOMARES, Salvador Guerrero. **La Imparcialidad Objetiva del Juez Penal**: análisis jurisprudencial y valoración crítica. Navarra: Aranzadi / Thomson Reuters. 2009, p. 51.

⁷⁷⁶ No original: “*lo que supone, en definitiva, que no todo contacto del Juez enjuiciador con la instrucción de la causa provoca em él contaminación procesal*”. In: PALOMARES, **La Imparcialidad**... op. cit., p. 51-52.

⁷⁷⁷ No original: “*In this regard, the Court has previously held that the mere fact that a judge has also made pre-trial decisions in the case cannot be taken as in itself justifying fears as to his impartiality (see the Hauschildt v. Denmark judgment of 24 May 1989, Series A no. 154, p. 22, para. 50). Although this statement referred to systems like the Danish, where investigation and prosecution are exclusively the domain of the police and the prosecution, it must also be of some relevance to systems of an inquisitorial character, such as the Austrian. What matters is the extent and nature of the pre-trial measures taken by the judge*”. In: STRASBOURG. TEDH. **Caso Fey vs. Austria. Application no. 14396/88**. 24/02/1993. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57808>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷⁷⁸ STRASBOURG. TEDH. **Caso Saraiva de Carvalho vs. Portugal. Application no. 15651/89**. 22/04/1994. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57883>. Acesso em: 12 abr. 2022.

verificar a viabilidade da acusação, não condizendo com o mérito, logo, não é suficiente para justificar, objetivamente, a perda da imparcialidade.

Outro caso digno de análise é o *Sainte-Marie vs. França* (1992)⁷⁷⁹ em que o TEDH entendeu não ter havido violação ao item 6.1 da Convenção Europeia. Nesse caso, o reclamante Jean Pierre Sainte-Marie foi preso preventivamente por suspeita de participar de ataques a bomba contra a polícia. A prisão foi mantida pelo juiz instrutor. Houve recurso à Corte de Apelação que manteve a prisão. Posteriormente, houve questionamento, pois o Tribunal de Apelação foi composto pelos mesmos juízes que antes haviam mantido a prisão do suspeito e o condenou por porte ilegal de armas e munições. Nesse caso, o TEDH, por maioria (8 x 1), concluiu não ter havido violação, porque o simples fato de os juízes do Tribunal francês terem antes indeferido pedido de liberdade não coloca em xeque a imparcialidade necessária ao julgamento do mérito da acusação.⁷⁸⁰ No voto dissidente, entretanto, consignou-se que do ponto de vista objetivo, a imparcialidade havia sido violada na medida em que a estrutura do Poder Judiciário daquele sistema processual suscitava desconfiança.⁷⁸¹

⁷⁷⁹ STRASBOURG. TEDH. **Caso Sainte-Marie vs. France. Application no. 12981/87.** 16/12/1992. Disponível em: < <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57794>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷⁸⁰ Extraí-se do julgado: “*In conclusion, for the Government, the impartiality of a court could not be impugned merely because some of its members had, before ruling on the accused’s guilt, been called upon to examine a - single - application for release, filed moreover in the context of different proceedings, concerning different offences, committed at different times and in different places*”. Tradução livre: “Em conclusão, para o Governo, a imparcialidade de um tribunal não poderia ser contestada simplesmente porque alguns dos seus membros, antes de se pronunciarem sobre a culpa do arguido, foram chamados a examinar um - único - pedido de libertação, apresentado ainda no âmbito de processos diferentes, relativos a crimes diferentes, cometidos em momentos diferentes e em locais diferentes”. In: STRASBOURG. TEDH. **Caso Sainte-Marie vs. France...** op. cit.

⁷⁸¹ Segue trecho do voto dissidente do Juiz Walsh: “4. *Here under national law an application for pre-trial provisional liberty requires or permits the judge to assess the probability or otherwise of the guilt of the applicant or where he speculates on that issue in course of arriving at, or for the purpose of, his decision, he has already reached at least a provisional view on the question of the strength of the case or even of the guilt of the applicant. Ordinarily the function of a judge hearing a pre-trial application for provisional liberty is to decide, on appropriate evidence, whether he is satisfied that the accused, if at liberty, will abscond or seek to defeat justice by tampering with or destroying evidence or intimidating witnesses. If the judge is not so satisfied he should grant the application subject to such reasonable guarantees or restrictive conditions as he thinks necessary and prudent. That applies equally to the innocent and the guilty. If liberty is refused simply because of the strong suspicion of guilt it violates the concept of the presumption of innocence enshrined in Article 6 (art. 6). If however the national legal system requires, or permits, consideration of the probability of guilt as a factor in the decision on provisional liberty, the judge who so decides clearly disqualifies himself from participation as a judge at the trial of the substantive issue of guilt or innocence*”. Tradução livre: “4. Aqui, nos termos da legislação nacional, um pedido de liberdade provisória antes do julgamento exige ou permite que o juiz avalie a probabilidade ou não da culpa do requerente ou quando ele especula sobre essa questão no curso de chegar a, ou com o objetivo de, sua decisão, ele já alcançou, pelo menos, uma visão provisória sobre a questão da justiça da causa ou mesmo da culpa do recorrente. Normalmente, a função de um juiz que ouve um pedido de liberdade provisória antes do julgamento é decidir, com base nas provas apropriadas, se ele está convencido de que o acusado, se estiver em liberdade, fugirá ou tentará derrotar a justiça adulterando ou destruindo provas ou intimidando testemunhas. Se o juiz não estiver satisfeito, deve conceder o pedido sujeito

No caso *Nortier vs. Países Baixos* (1993), o reclamante, menor de 15 anos à época do julgamento, apontou que, durante a fase de investigação, assim como, no julgamento, seu caso foi apreciado apenas pelo mesmo Juiz da Infância e Juventude, o Juiz Meulenbroek, que tomou todas as decisões relevantes. O reclamante não duvidou da imparcialidade pessoal do juiz, mas referiu que este teria atuado como juiz-investigador e, em quatro ocasiões, decidiu por sua detenção provisória. Com isso, para o reclamante, o Juiz Meulenbroek já havia chegado à conclusão de que existiam “sérios indicativos” de cometimento do crime pelo qual era acusado. O TEDH, neste caso, entendeu que o mero fato de o Juiz Meulenbroek também proferir decisões anteriores ao julgamento, incluindo decisões referentes à detenção provisória, não podem ser tomadas, por si, como receios justificáveis à sua imparcialidade e chegaram à conclusão de que não houve violação do art. 6.1 da Convenção.

Novamente, tal qual decidido no caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, concluiu o TEDH que para a aferição de um receio objetivamente justificado de quebra da imparcialidade, é preciso verificar a natureza e o conteúdo dessas decisões. O TEDH entendeu que as questões que o Juiz Meulenbroek teve de responder, quando tomou tais decisões, não eram as mesmas que foram decisivas ao julgamento final. Ao compreender que havia “sérios indicadores” contra o reclamante a tarefa do juiz foi apenas verificar sumariamente se a persecução possuía, *prima facie*, indícios para a acusação movida contra o demandante. Desta forma, o TEDH entendeu pela não violação do artigo art. 6.1 da Convenção Europeia.⁷⁸²

O que se percebe é que, desde o caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, o TEDH assumiu entendimento de que é preciso, portanto, analisar, segundo a legislação doméstica, a natureza e a intensidade da atuação judicial na fase de investigação.

Além disso, o TEDH já foi provocado sobre situações envolvendo o direito de recusa de magistrado suspeito/impedido e a prevenção. No caso *Pfeifer e Plankl vs. Áustria*,⁷⁸³ os

às garantias razoáveis ou condições restritivas que julgar necessárias e prudentes. Isso se aplica igualmente a inocentes e culpados. Se a liberdade for recusada simplesmente por forte suspeita de culpa, ela viola o conceito de presunção de inocência consagrado no artigo 6 (art. 6). Se, no entanto, o sistema jurídico nacional exige, ou permite, a consideração da probabilidade de culpa como um fator na decisão sobre a liberdade provisória, o juiz que assim decidir claramente se desqualifica de participar como juiz no julgamento da questão substantiva da culpa ou inocência”. In: STRASBOURG. TEDH. *Caso Sainte-Marie vs. France...* op. cit.

⁷⁸² STRASBOURG. TEDH. *Caso Nortier vs. Países Baixos. Application no. 13924/88*. 24/08/1993. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57835>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷⁸³ No original: “36. *In the Court’s opinion, the complaint of the lack of an ‘impartial’ tribunal and that of the lack of a tribunal ‘established by law’ coincide in substance in the present case. Article 68 (2), under which a judge is disqualified from hearing a case if he has already had to deal with it as investigating judge, manifests the legislature’s concern to remove all reasonable doubt as to the impartiality of trial courts. Its non-observance means that Mr. Pfeifer was tried by a court whose impartiality was recognised by national law itself to be open to doubt (...). In this respect, it is unnecessary to define the precise role played by the judges in question during the investigative stage (see, mutatis mutandis, the Piersack v. Belgium judgment of 1*

réus foram julgados por um colegiado composto por juízes investigadores que haviam atuado em diligências prévias (prisão, interceptação de correspondência, interrogatório). Um dos réus foi, na ocasião, informado sobre a prevenção dos magistrados, porém sem a presença de seu advogado, não se opôs à participação deles no julgamento. Em resumo, foi condenado por um colegiado composto por juízes que atuaram como juízes investigadores. O TEDH, por unanimidade, entendeu ter havido violação ao artigo 6.1 da CEDH, porque a própria legislação processual austríaca prevê, no artigo 68, que um juiz que tenha atuado na fase de investigação resta impedido para participar do julgamento do feito. O TEDH entendeu que a renúncia a essa garantia não foi válida e que pelo fato de a própria lei interna do país prever essa hipótese de impedimento é indicativo da sua preocupação em assegurar a imparcialidade do Tribunal, e o seu descumprimento justifica, desde um viés objetivo, a dúvida dos acusados sobre possível parcialidade da Corte.

Frise-se, entretanto, que apesar das oscilações de jurisprudência do TEDH, algumas linhas centrais de entendimento são prevalentes na Corte quanto à possível questionamento da perda da imparcialidade:⁷⁸⁴

a) o exercício sucessivo das funções de juiz de instrução e juiz de fundo pelo mesmo julgador, no mesmo caso, já levou o Tribunal a concluir que a imparcialidade do Tribunal de primeira instância pode parecer questionável aos olhos do autor (*De Cubber vs. Bélgica*). Contudo, o entendimento atual é de que não basta, para afetar a imparcialidade, o exercício de diversas funções sucessivas realizadas pelo mesmo juiz ao longo da persecução penal, ou seja, a mera participação prévia do magistrado na fase de investigação e que, posteriormente, irá julgar ou integrar o órgão julgador da causa, por si só, não implica perda de imparcialidade;

b) o mero fato de que um juiz tenha tomado decisões antes do processo, incluindo decisões quanto à prisão preventiva, por si só, não justifica dúvidas sobre sua imparcialidade; o que importa analisar é o alcance e a natureza dessas decisões (*Fey vs. Áustria*; *Sainte-Marie vs. França*; *Nortier vs. Holanda*). Quando a decisão referente à prisão requer uma culpa "muito clara", a imparcialidade judicial pode ser questionada e os temores do demandante podem ser objetivamente considerados (*Hauschildt vs. Dinamarca*);

c) caso o juiz já tenha proferido decisões meramente formais e processuais em outras fases do procedimento, não há problema de falta de imparcialidade judicial; no entanto, este

October 1982)." In: STRASBOURG. TEDH. **Caso Heinrich Pfeifer e Margit Plankl vs. Áustria. Application no. 10802/84.** 25/02/1992. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57753>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷⁸⁴ STRASBOURG. TEDH. **Guía...** op. cit., p. 18-22.

problema pode surgir se o juiz já se pronunciou sobre a culpa do acusado (Gomez de Liaño y Botella vs. Espanha);⁷⁸⁵

d) quando a participação do juiz de mérito na investigação é limitada temporariamente e consiste em interrogar testemunhas sem avaliar as provas ou extrair qualquer conclusão, o TEDH decidiu que as dúvidas do reclamante quanto à falta de imparcialidade da jurisdição nacional não podem ser objetivamente justificadas (Bulut vs. Áustria);⁷⁸⁶

e) deve-se levar em conta as normas de organização interna sobre a possibilidade de recusa de juízes, pois se o jurisdicionado dispõe dessa ferramenta elimina-se qualquer aparência de parcialidade, reforçando a confiança que os tribunais devem inspirar (Pfeifer e Plankl vs. Áustria);

f) o simples fato de um juiz já ter decidido sobre acusações criminais semelhantes ou já tenha julgado um corréu em outro processo penal distinto não é suficiente, por si só, para questionar sua imparcialidade em um caso posterior (Kriegisch vs. Alemanha, Khodorkovskiy e Lebedev vs. Rússia). Diferentemente, pode-se questionar a imparcialidade, se suas sentenças anteriores incluem conclusões que, na verdade, prejulgam a culpa de um réu posteriormente acusado (Poppe vs. Holanda, Schwarzenberger vs. Alemanha, Ferrantelli e Santangelo vs. Itália);

g) situações de caráter pessoal também podem ensejar questionamentos quanto à imparcialidade do julgador. Dessa forma, requer-se uma maior discricção do julgador para garantir a sua imagem como juiz imparcial, devendo ser desencorajado de usar a imprensa, até mesmo para responder provocações ou emitir juízos valorativos sobre argumentos ou discursos do acusado ou defesa antes de julgar o caso (Buscemi vs. Italia; Lavents vs. Letônia).

Fato é que a atual análise casuística do TEDH sofre críticas doutrinárias. Segundo GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ a análise caso a caso pode gerar mais insegurança e incerteza quanto ao direito a um juiz imparcial.⁷⁸⁷ No mesmo sentido, SALVADOR GUERRERO PALOMARES aponta a escassa segurança jurídica causada pelo entendimento da Corte, pois “as ações que podem prejudicar a imparcialidade judicial não são claramente

⁷⁸⁵ STRASBOURG. TEDH. **Caso Gomez de Liaño y Botella vs. Espanha. Requête no. 21369/04.** 22/07/2008. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87548>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷⁸⁶ STRASBOURG. TEDH. **Caso Bulut vs. Austria. Application no. 17358/90.** 22/02/1996. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57971>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁷⁸⁷ BADARÓ, Direito... op. cit.

declaradas”.⁷⁸⁸ Ainda, segundo o autor, a análise da jurisprudência do TEDH transparece um inconveniente, “o laconismo do raciocínio empregado na *ratio decidendi* das sentenças”. Com isso, critica ainda o autor a ocorrência de sentenças longas nos tópicos que relatam os fatos e transcrevem os fundamentos alegados pelas partes, mas, na hora de decidir, são realmente curtas e concisas.⁷⁸⁹

Exemplo dessa insegurança é o constante do caso *Bulut vs. Áustria* (1996), no qual o Juiz De Meyer alertou para o fato de que a jurisprudência do TEDH, no que tange ao exercício de diferentes funções judiciais sucessivas, não é clara e tampouco consistente e que as decisões entregues pelo TEDH pouco fazem para dissipar a confusão e a incerteza. O magistrado comparou historicamente os julgados do TEDH e criticou a falta de clareza e flutuação dos fundamentos decisórios, invocando o TEDH a ter regras mais claras para melhor compreensão dos litigantes acerca do que se entende ou não por violação da imparcialidade.⁷⁹⁰

Pondera ANDRÉ MACHADO MAYA que o TEDH tem um desafio de sistematização e adequação dessa orientação jurisprudencial a cada ordenamento jurídico dos países integrantes. Além disso, a relativização do entendimento inicial foi fruto de um sopesamento feito pelo TEDH entre a observância irrestrita o art. 6.1 da Convenção e questões de política criminal, de forma a não inviabilizar sistemas processuais em cuja legislação interna prevê o julgamento ágil de delitos de menor importância, com vistas a um sistema judicial racional e bem operante.⁷⁹¹

Concordamos com a crítica à análise casuística do TEDH. Se, por um lado, é compreensível a análise caso a caso diante da diversidade dos sistemas jurídicos muito distintos que integram a análise da Corte, por outro é difícil assentar a posição do TEDH,

⁷⁸⁸ No original: “no se objetiva de forma clara cuáles son las actuaciones que pueden menoscabar a la imparcialidad judicial”. In: PALOMARES, **La Imparcialidad**... op. cit., p. 55.

⁷⁸⁹ No original: “el laconismo de los razonamientos empleados en la *ratio decidendi* de las sentencias”. In: PALOMARES, **La Imparcialidad**... op. cit., p. 55.

⁷⁹⁰ Nas palavras do magistrado De Meyer: “It is possible to gain the impression that our case-law on the matter is neither consistent nor clear and that, as in some other recent judgments, the one we are delivering today does little to dispel the confusion and uncertainty. (...) Taking all the foregoing into consideration, it may be thought that our case-law on the concept of an ‘impartial tribunal’ has become very ‘uncertain’. In these various cases were there differences between the functions discharged by the judges in question which justified the different conclusions reached by the Court? And what was the relevance of them? According to several of the judgments, there were differences in the ‘extent’, ‘scope’ or ‘nature’ of the ‘measures taken by the judge before the trial’. But we have never said clearly what that might mean. (...) These over-subtle distinctions, which give rise to uncertainty and confusion, are scarcely compatible with legal certainty (...) That being so, we must above all endeavour to formulate rules that are as precise as possible and will enable litigants to see things more clearly (...) Have we not, in some of our judgments, given undue weight to the necessarily biased and subjective point of view of the accused? Have we sufficiently considered the objective and reasonable justification for his fears?”. In: STRASBOURG. TEDH. **Caso Bulut vs. Austria**... op. cit.

⁷⁹¹ MAYA, **Imparcialidade**... op. cit., p. 155-157.

que oscila porque dependente justamente da análise do conteúdo e da extensão das decisões impugnadas pelos reclamantes, sem balizas precisas, o que pode levar ao tratamento não uniforme de situações semelhantes.

Nesse sentido, entendemos acertado no Brasil a instituição do sistema do *doblo juez*, estabelecendo previamente uma causa objetiva de impedimento de atuação sucessiva nas duas fases, pois evita indesejáveis interpretações pendulares díspares e tratamentos desiguais para situações semelhantes. Além disso, a oposição de incidentes processuais (exceção de suspeição ou impedimento), com decisões as mais variadas de múltiplas Cortes sobre a mesma temática, em um sistema já tão sobrecarregado de recursos e até que se obtenha um entendimento pacífico dos tribunais de vértice, pode vir a gerar insegurança jurídica, o que desprestigia a tutela jurisdicional e lhe retira legitimidade.

A jurisprudência do TEDH, em nosso ver, não pode ser invocada para justificar a implantação do juiz nas garantias no Brasil. Isso porque, a atual jurisprudência casuística da Corte não implica um automático impedimento do juiz da investigação de atuar no julgamento do mérito.⁷⁹² Todavia, é inegável a importância de seu estudo, pois seus julgados influenciaram a legislação e jurisprudência dos países integrantes, estendendo-se além dos seus domínios para refletir também nos julgamentos da CIDH que igualmente se vale dos parâmetros objetivo e subjetivo de imparcialidade. Uma vez que a CADH foi internalizada no sistema jurídico nacional como norma de caráter supralegal,⁷⁹³ o estudo mostra-se indispensável, não se podendo ignorar a temática dos casos julgados e qual influência essa leitura pode exercer sobre a jurisprudência nacional acerca da imparcialidade do julgador nacional que, por força da prevenção, atua em ambas as fases da persecução penal.

Doravante, passa-se ao estudo da atuação judicial na persecução penal em alguns sistemas jurídicos europeus, procurando compreender semelhanças e divergências com a

⁷⁹² Nesse sentido, ver: LUIZÃO, Ana Paula Rebelato. LUIZÃO, José Mauro. O juiz das garantias: uma análise crítica. In: WALMSLEY, Andréa. CIRENO, Lígia. BARBOZA, Márcia Noll (Coord. e Org.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: MPF, 2020. p. 213-215; BEDÊ JÚNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. O juiz das garantias no Brasil: uma escolha do legislador não uma determinação constitucional ou de Tribunais Internacionais. In: SOUZA, Renee do Ó (Org.). **Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 44.

⁷⁹³ STF (Pleno). **Rext. n. 466.343/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso, DJ: 22/11/2006. Ver também STF. (2. Turma). **HC n. 90.172/SP**, Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ: 05/06/2007, v.u. Para compreender as correntes discutidas à época: “Acrescente-se que, além da concepção que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia constitucional (concepção defendida por este trabalho) e da concepção, que, ao revés, confere aos tratados *status* paritário à lei federal (posição majoritária do STF), destacam-se outras duas correntes doutrinárias. Uma delas sustenta que os tratados de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional, enquanto que a outra corrente defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal dos tratados de direitos humanos”. In: PIOVESAN, **Direitos...** op. cit., p. 91.

atuação judicial em nosso sistema jurídico e possíveis similitudes ou não com o modelo proposto de juiz das garantias.

4.2. SISTEMAS EUROPEUS: A ATUAÇÃO DO JUIZ NA FASE INVESTIGATIVA

Nos tópicos seguintes, far-se-á uma análise da atuação dos juízes na fase de investigação em alguns sistemas processuais internacionais. Observar-se-á a cisão de atuação em dois juízes, um para a fase de investigação e outro para a fase processual, embora haja diferenciação no papel do juiz na fase investigativa, seja como juiz de instrução, seja como juiz garante.

4.2.1. Juiz de instrução no modelo francês

A Revolução Francesa (1789), com seus ideais e pensamentos liberais, pretendeu pôr fim ao sistema inquisitivo na França presente na *Ordonnance* de 1670 e, a partir do Código de Instrução Criminal Francês de 1808, instituiu-se o sistema misto⁷⁹⁴, no qual, na fase preliminar escrita e secreta, atuava o juiz de instrução, como juiz investigador (não garante). Dado que Napoleão Bonaparte conquistou outros territórios na Europa, o sistema misto se difundiu por toda a Europa continental⁷⁹⁵ e pode-se extrair da influência desse sistema o alheamento da defesa em toda a fase de instrução na investigação que, portanto, assume feição inquisitória (escrita, secreta, sem contraditório). Surge, desse modo, “em toda a sua

⁷⁹⁴ Ruiz Ritter explica que, a partir do século XVIII, por influência do Iluminismo e dos novos ideais de humanização e movimentos filosóficos da época, houve uma “gradual excomungação das características do modelo inquisitivo”, apresentando-se a Revolução Francesa de 1789 como “marco político dessa transformação”. Contudo, alerta o autor, que “não se estava diante de um retorno ao modelo acusatório, como no passado ocorrera. Estava-se frente ao nascimento de um novo sistema, que das mãos de Napoleão (um ditador), influenciou grande parte da legislação processual penal latina: o sistema misto. Consagrado na França, no Código de Instrução Criminal de 1808 (*Code d’Instruction Criminale*), o novo sistema dividiu o processo em duas fases, primeiro se instruindo para depois se levar a juízo. Na primeira delas, competia a um juiz-instrutor conduzir uma investigação secreta, a fim de verificar a existência e autoria de práticas criminosas. Na segunda, a atividade passa a ser pública, conferindo-se às partes a possibilidade de debaterem os elementos apurados na fase anterior, perante um tribunal. Por meio dessa separação em fases, foi possível a adoção das características de ambos os sistemas (inquisitório e acusatório) em um só, e por isso, misto: o modelo que se diz vigente até os dias atuais nos Países de tradição da civil law”. In: RITTER, **Imparcialidade...** op. cit., p. 51-52.

⁷⁹⁵ O modelo napoleônico de processo misto se difundiu em toda a Europa, fixando raízes firmes especialmente na Itália. Foi adotado na Holanda e na Bélgica desde 1808; na Espanha, importado pela dominação francesa e depois confirmado pelo Código de 1882; em Portugal, reproduzido no Código de 1832; na Prússia, com a lei de 17/07/1846; e ainda em Luxemburgo, na Sérvia, Rússia, Grécia, Romênia, Egito, México e no Japão. In: FERRAJOLI, **Direito...** op. cit., p. 522 e 593-594. O Brasil também sofreu a influência do Código Napoleônico pois o Código de Processo Penal de 1941 adotou o modelo misto e teve como base jurídica penal o Código Rocco de 1930.

plenitude um processo penal do inimigo, dedicado sobretudo a instrumentalizar a perseguição”.⁷⁹⁶

Embora houvesse uma pretensão inicial decorrente do espírito revolucionário de implantar um sistema acusatório de inspiração inglesa,⁷⁹⁷ o *Code d’Instruction Criminelle* de 1808 (Código Napoleônico), de fato, trouxe um retorno à estrutura inquisitória do *Ancien Régime*, pois passou a adotar elementos típicos dos sistemas inquisitório e acusatório, bifurcando o procedimento em duas fases distintas.⁷⁹⁸ A primeira fase consistente em uma instrução preparatória ou investigação preliminar (com procedimento secreto, sem participação do acusado nem advogado e presidido pelo juiz de instrução que tinha a atribuição de obter provas para o esclarecimento dos fatos). A segunda, fase do julgamento perante um júri, pretendeu dar ares de acusatoriedade, pois embora a audiência fosse pública, oral e em contraditório, o *Code d’Instruction Criminelle* possibilitava a utilização generalizada de depoimentos prestados por testemunhas não presentes na sala de julgamento e demais elementos produzidos na fase inquisitorial.⁷⁹⁹

Sem uma regra de proibição (que existia no *Code des Délits et des Peines* que vedava a leitura aos jurados de depoimentos de testemunhas não presentes na sala de julgamento⁸⁰⁰), os documentos escritos produzidos na fase de investigação poderiam ser amplamente utilizados na fase de julgamento e poderiam influenciar a decisão dos jurados que não precisavam fundamentar suas decisões, já que possuíam a íntima convicção.⁸⁰¹

⁷⁹⁶ KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 122.

⁷⁹⁷ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 153.

⁷⁹⁸ Cordero denomina o sistema instituído por Napoleão de monstro de duas cabeças. *In*: CORDERO, Guida... op. cit., p. 73. Ferrajoli também critica o Código Napoleônico de 1808: “A Revolução Francesa adotou – na oportunidade imediatamente a 1789 – o sistema acusatório, baseado na ação popular, no júri, no contraditório, na publicidade e oralidade do juízo e na livre convicção do juiz. Mas a experiência acusatória não perdurou, no continente europeu, depois dos anos da revolução. Já o Código termidoriano de 1795 e depois o Código napoleônico de 1808 deram vida àquele ‘monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório’, que foi o assim denominado ‘processo misto’, com a prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta, dominada pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado da liberdade; tendentemente acusatório na fase seguinte aos debates, caracterizada pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase”. *In*: FERRAJOLI, **Direito**... op. cit., p. 521-522.

⁷⁹⁹ POLI, **Sistemas**... op. cit., p. 169.

⁸⁰⁰ Art. 365 do *Code des Délits et des Peines*: “*Il ne peut être lu aux jurés aucune déclaration écrite de témoins non présents à l’auditorie*”. Napoleão, ao não reproduzir tal regra no *Code d’Instruction Criminelle* de 1808, empoderou a fase instrutória e, via de consequência, os trabalhos desenvolvidos perante o juiz de instrução, ao permitir que todas as informações colhidas, naquela fase, à revelia do acusado e defesa, fossem reproduzidas no júri, que eram dispensados de fundamentar a decisão (convencimento pela livre convicção).

⁸⁰¹ POLI, **Sistemas**... op. cit., p. 169.

Desta forma, “o novo Código foi em sentido inverso ao pretendido sistema acusatório, uma vez que adotou a tradição inquisitória, porém de maneira mascarada”,⁸⁰² pois permitia que depoimentos colhidos na fase preliminar (de forma unilateral e sem contraditório) pudessem interferir determinadamente no julgamento que se pretendia acusatório,⁸⁰³ que restava contaminado pelos elementos produzidos perante o juiz instrutor, na fase de instrução preliminar.⁸⁰⁴ A lógica da instrução preliminar é inquisitória, com o juiz da instrução (*juge d’instruction*) trabalhando solitariamente, reproduzindo um papel de inquisidor.⁸⁰⁵ Em nome da busca da verdade, o juiz de instrução tem gestão das provas.

Mas, quais são as atribuições do juiz de instrução? Parte da crítica nacional contra o juiz das garantias sustenta que o juiz brasileiro em nada se compara ao juiz da instrução francês. É preciso compreender, portanto, essa figura.

Sem olvidar-se daquelas raízes culturais, na França, juízes e membros do Ministério Público constituem um corpo único de juristas profissionais formados pela Escola Nacional da Magistratura.⁸⁰⁶ Ambos são considerados magistrados e pertencem ao Poder Judiciário (art. 65 da Constituição Francesa). Existem os *magistrats du Parquet* e os *magistrats du siège*, segundo pertençam à carreira do Ministério Público ou judicial.⁸⁰⁷

O processo penal francês se desenrola em três estágios: primeiro, investigação e instauração de procedimentos; na sequência, segue a instrução; e, por fim, o julgamento. A

⁸⁰² POLI, **Sistemas...** op. cit., p. 159. Isso é bem evidenciado, em outra passagem da autora, quando remete ao processo de votação do projeto do Código e as questões levantadas perante o Conselho de Estado, entre elas a manutenção ou não do júri, suas desvantagens e benefícios. Napoleão desejava acabar com o júri, mas venceu a corrente pela manutenção do júri de julgamento, mas, em uma das seções, Napoleão interveio e indicou que fossem levadas aos jurados as cópias da investigação preliminar (*information*) – registros policiais excluídos – sob o argumento de que enquanto a polícia instrua com a intenção de descobrir todas as circunstâncias do crime e todos os culpados, o juiz instrutor buscava somente a verdade dos fatos. Assim, concluiu a autora que Napoleão já demonstrava o interesse pela conservação da estrutura inquisitória. POLI, **Sistemas...** op. cit., p. 161.

⁸⁰³ Camilin Marcie de Poli destaca que os jurados poderiam ter acesso a diversos documentos escritos, dentre eles a decisão que submetia o acusado ao julgamento (decisão de reenvio) e a acusação; interrogatório de um corréu falecido ou retirado do julgamento pela Corte Imperial (*chambre d’accusation*), uma vez que não estaria lá presente para prestar novas declarações; perícias que tivessem sido anteriormente produzidas; depoimentos escritos das testemunhas, uma vez que o art. 341 estabelecia a entrega de todas as peças da instrução preliminar para os jurados. POLI, **Sistemas...** op. cit., p. 171-172.

⁸⁰⁴ Nesse sentido a crítica de Paolo Tonini: “*In definitiva, il difetto del sistema misto napoleonico sta nel non aver assicurato il principio di separazione delle fasi. L’attuazione sostanziale di tale canone, infatti, richiede che il giudice del dibattimento possa decidere, di regola, soltanto sulla base delle prove assunte in contraddittorio*”. In: TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. 11 ed., Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 24.

⁸⁰⁵ KHALED JR., **A busca...** op. cit. p. 122.

⁸⁰⁶ Na França e na Itália uma única palavra engloba juízes que desenvolvem ambos os tipos de funções (*magistrature* ou magistratura). Na Itália, assim como na França, o promotor e o juiz em sentido estrito fazem parte da mesma estrutura judicial mas, na França, o acusador é mais dependente do Executivo, apesar das sérias tentativas, em 1999, de alterar a lei e libertá-lo desse controle. SALAS, O papel... op. cit., p. 517.

⁸⁰⁷ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 367.

fase da instrução preparatória⁸⁰⁸ é realizada perante o juiz de instrução e a fase de julgamento é distinta caso se trate de um crime, um delito ou uma contravenção.

A instrução tem por objetivo levar o caso a julgamento. Ela é obrigatória em casos de crime, facultativa para os delitos e excepcionalmente ocorre para as contravenções. O juiz de instrução atuará por provocação da vítima (quando parte civil) ou provocação do Ministério Público que demanda a abertura desta fase para apurar fatos precisos, contra pessoa certa ou não.⁸⁰⁹

No *Code de Procédure Penale* de 1958,⁸¹⁰ a instrução preliminar⁸¹¹ propriamente dita – *instruction préparatoire* – é realizada pelo juiz instrutor.⁸¹² O juiz de instrução francês tem um duplo papel, como investigador e como juiz. No papel de investigador, compete-lhe recolher as provas da infração, elucidar a autoria delituosa⁸¹³ e formalizar os autos. A ele compete buscar elementos a favor e contra a pessoa investigada,⁸¹⁴ seja diretamente⁸¹⁵ ou por meio de um oficial de polícia (por *comission rogatoire*). Deve, ainda, apurar os

⁸⁰⁸ Aury Lopes Júnior e Ricardo Gloeckner observam que no CPP francês existem dois tipos de instrução preliminar: a) *Enquête préliminaire*, que são investigações que podem ser realizadas pela polícia judiciária, orientada pelo Ministério Público, nos delitos de menor gravidade; b) *Instruction préparatoire*, consubstanciada em uma autêntica instrução preliminar judicial, a cargo de um juiz instrutor. A *Instruction préparatoire* é, segundo os artigos 79 e seguintes do CPP francês, obrigatória para os delitos mais graves (crime) e é facultativa para os delitos de menor gravidade. In: LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 366-367.

⁸⁰⁹ DERVIEUX, Valerie. O Sistema Francês. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos Penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 177.

⁸¹⁰ FRANÇA. **Code de procédure pénale**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=C46C7CB0DE262ADC56F52CAEF9886750.tplgfr23s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006167421&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20200618> Acesso em: 12 abr. 2022.

⁸¹¹ O CPP Francês de 1958 introduziu uma nova modalidade de instrução preliminar para delitos de menor gravidade e complexidade, a cargo do Ministério Público, denominada *l'enquête préliminaire*. In: LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 366.

⁸¹² Por conta disso, Aury Lopes Júnior e Ricardo Gloeckner atribuem à natureza jurídica de procedimento judicial pré-processual. In: *Ibid.*, p. 368.

⁸¹³ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 366.

⁸¹⁴ Article 81 do CPP Francês: “*Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge*”. Tradução livre: Artigo 81: “O juiz de instrução deverá, de acordo com a lei, realizar todos os atos de informação que julgar úteis na manifestação da verdade. Ele instrui para acusar ou defender.

⁸¹⁵ Na França o juiz de instrução desenvolve as investigações pessoalmente. Certas investigações somente serão válidas se realizadas pessoalmente por ele. Isto se aplica ao interrogatório de suspeitos, à colocação de alguém sob exame, oitiva de testemunhas, inspeções oficiais no local do crime e certas buscas em dependências privadas. Porém, a importância desses poderes, segundo Denis Salas, não deveria ser sobrestimada, na medida em que apenas uma minoria de casos na França é tratada pelo juiz de instrução, que lidava com cerca de 40% dos casos no século XIX e hoje trabalha com cerca de 8% deles. A maioria dos casos criminais é trabalhada pela polícia e pelo Ministério Público por meio do emprego de inúmeros procedimentos sumários: a citação direta, a convocação por um oficial de polícia judiciária, o comparecimento imediato e o decreto penal (*ordonnance pénale*). Na prática, o juiz de instrução meramente dá as linhas diretivas e coordena o trabalho da polícia na vasta maioria dos casos, sem que desempenhe pessoalmente a investigação. Mesmo que algumas medidas de investigação somente possam ser tomadas pelo juiz, estas são empregadas na prática pela polícia, que trabalha por meio de delegações. SALAS, O papel... op. cit., p. 527.

elementos necessários sobre a personalidade do sujeito passivo⁸¹⁶ e elementos que possam servir para a defesa.⁸¹⁷ Ele também pode coletar informações sobre a personalidade da vítima e praticar, nos termos da lei, qualquer ato que lhe permita avaliar a natureza e a extensão do dano sofrido por esta (artigo 81-1 do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei de 15 de junho de 2000).⁸¹⁸ Pode, inclusive, no contexto de uma instrução, viajar com seu oficial para qualquer lugar do país com o objetivo de realizar atos de investigação ou inspecionar o local do crime, informando o Procurador da República.⁸¹⁹ Sua atuação é direta, sem compromisso com a versão acusatória ou defensiva.

O juiz de instrução francês tem total independência na condução da investigação que é garantida por lei.⁸²⁰ Há um intenso debate e questionamento quanto aos poderes do juiz de instrução, tal qual retratado adiante:

Na Bélgica e na França, a concentração dos poderes de investigação e de julgamento nas mãos do juiz da fase de investigação cria o receio da confusão de papéis. Na França se vê cada vez mais como inaceitável que um juiz tenha a responsabilidade tanto do julgamento como da direção da investigação, ou que decida questões como a concessão da fiança e, ao mesmo tempo, do conteúdo da acusação. É esta visão que está por trás da recente alteração da legislação francesa que criou um novo “juiz para as liberdades e detenção” separado do juiz que lida com a investigação, e que decidirá unicamente sobre a manutenção ou não do suspeito em custódia. Tal como se concebe o juiz de instrução, às vezes é dito que suas funções são mutuamente incompatíveis, no sentido da lógica interna da investigação, que lhe requer que construa alternativamente argumentos contraditórios sobre a inocência ou a culpa do suspeito/acusado. Esta preocupação tem alimentado o desejo de estabelecer garantias de independência para o acusador público e lhe transferir a responsabilidade da condução da investigação.⁸²¹

No papel de juiz, por sua vez, o juiz de instrução pode requisitar o emprego de força pública, decidir sobre a realização de exames e, eventualmente, decidir sobre a colocação da pessoa investigada em detenção provisória ou sob o controle judiciário.⁸²²

Na fase de instrução preliminar, almeja-se “buscar as provas do cometimento de uma infração, de descobrir seu autor caso este seja desconhecido ou de verificar a justa causa para a imputação levada a efeito contra uma pessoa determinada”.⁸²³ Com os elementos apurados

⁸¹⁶ “Além disso, em caráter complementar e para preparar a determinação da pena, o juiz de instrução pode, ainda, compilar as investigações sobre a personalidade do acusado, o que é obrigatório em casos de crime e subsidiará a determinação da pena em eventual condenação”. DERVIEUX, O Sistema... op. cit., p. 177.

⁸¹⁷ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, *Investigação...* op. cit., p. 368.

⁸¹⁸ DERVIEUX, O Sistema... op. cit., p. 190.

⁸¹⁹ *Ibid.*, 198.

⁸²⁰ SALAS, O papel... op. cit., p. 517 e 524.

⁸²¹ SALAS, O papel... op. cit., p. 523.

⁸²² A partir da Lei n. 2000-56, de 15 de junho de 2000, há um juiz independente chamado de Juiz das Liberdades e da Detenção (JLD), que quando provocado pelo juiz de instrução, determina que se proceda uma custódia ou sua prorrogação, dividindo com o juiz de instrução o poder de ordenar medidas de controle judiciário e de libertar as pessoas previamente custodiadas. DERVIEUX, O Sistema... op. cit., p. 178-179.

⁸²³ *Ibid.*, p. 177.

nessa fase, o juiz de instrução terá subsídios para decidir sobre o envio do caso a julgamento de mérito contra o investigado.

Uma vez encerrada a instrução, o juiz envia os autos para o Ministério Público, que fará as alegações finais, pleiteando o arquivamento ou o envio dos autos a julgamento.⁸²⁴ Assim, após a formalização, o juiz de instrução determina as imputações e decide, levando em consideração os requerimentos do Ministério Público, pelo encaminhamento ou não da pessoa a julgamento (*il y a lieu* ou *il n'y a pas lieu*).⁸²⁵ Passa, então, a atuar outro julgador, a depender da natureza do julgamento: se se tratar de contravenção, o julgamento é feito por um juiz monocrático, seja em procedimento ordinário (Tribunal de Polícia) em contraditório ou por procedimento simplificado (*ordonnance pénale*). Se se tratar de delito comum, é julgado pelo Tribunal Correicional, com julgamento por um colegiado, em contraditório. Por fim, tratando-se de crime, o julgamento é feito pelo escabinado (*cour d'assises*), onde o júri é composto por juízes togados e leigos.⁸²⁶

Segundo VALERIE DERVIEUX, “a Corte de Cassação declarou de maneira específica a incompatibilidade das funções de instrução e julgamento, e as funções de persecução e julgamento pelos mesmos fatos”.⁸²⁷ Sem desconsiderar a influência que as decisões do TEDH produziram, assim como o próprio texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos, advém da reforma do Código de Processo Penal que em 2000 acresceu, como princípio guia que:

1. o processo penal deve ser acusatório e equânime, e preservar um equilíbrio entre os direitos das partes. Deve ser garantida uma separação entre as autoridades responsáveis pela persecução e aquelas pelo julgamento. Pessoas que se encontrem numa situação idêntica e sendo alvo de ações penais pela mesma infração devem ser julgadas de acordo com as mesmas regras.⁸²⁸

O que se pode extrair dessa breve explanação sobre o funcionamento da persecução penal na França é que, embora o juiz da instrução tenha poderes investigatórios amplos na busca da verdade sobre um fato tido como delituoso e apuração da autoria, não compete a este juiz o julgamento do mérito. O juiz de instrução francês tem a “responsabilidade por efetuar a acusação, no sentido real desta palavra e, então, encaminhar o caso a julgamento pela Corte”.⁸²⁹ Tendo oficialmente colocado o acusado sob investigação, o magistrado

⁸²⁴ DERVIEUX, O Sistema... op. cit., p. 180.

⁸²⁵ Ibid., p. 164-165.

⁸²⁶ DIAS, Horacio L.; LOUSTEAU, María; TEDESCO, Ignacio F. El sistema procesal penal francés. In: HENDLER, Edmundo S. (diretor). **Sistemas Procesales Penales Comparados**. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1999, p. 224-227.

⁸²⁷ DERVIEUX, O Sistema... op. cit., p. 167.

⁸²⁸ Ibid., p. 155-156.

⁸²⁹ SALAS, O papel... op. cit., p. 536.

expede, então, um mandado para que ocorra o julgamento por outro órgão. Há uma separação entre os juízes de instrução e de julgamento.

A França passou pelo fenômeno da “constitucionalização” do direito e a “internacionalização” da Convenção Europeia de Direitos do Homem e Pactos da ONU.⁸³⁰ Essa nova situação de controles de constitucionalidade e de convencionalidade trouxe uma nova visão crítica quanto à atuação do juiz de instrução francês (ora juiz, ora investigador), pois:

Dois eventos consideráveis se produziram desde a adoção do Código de Processo Penal, exatamente em 1974: a constitucionalização de nosso direito, ou seja, a importância demasiada dada ao controle da constitucionalidade das leis, e sua internacionalização consagrada especialmente pela ratificação da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e dos Pactos da ONU. Esses acontecimentos deveriam progressivamente marcar, em nosso direito positivo, a sujeição a princípios que funcionem como princípios diretores. Nesse contexto, nossa sociedade tornou-se mais exigente quanto ao respeito efetivo dos direitos fundamentais. Daí resulta que a intensificação das funções jurisdicionais no estágio preparatório do processo penal é hoje indispensável. Ora, aumentar ainda mais as funções jurisdicionais do juiz de instrução sem liberá-lo de suas funções de investigação deve apenas aumentar as dificuldades, terminando por impor uma tarefa não apenas pesada, mas, sem dúvida, impossível.⁸³¹

A “europeização” de um processo penal trouxe à França o debate sobre os poderes do juiz de instrução. A Comissão Justiça Penal e Direitos do Homem iniciou os trabalhos em 1988, apresentando um relatório em 1990 ao Ministério da Justiça, reforçando a ideia de eliminação do juiz da instrução⁸³² e um conjunto de princípios fundamentais que regiam o processo penal extraídos de textos internacionais ratificados pela França. A adoção de um “juiz das liberdades” para um procedimento unificado despertou na França o debate sobre a separação, no estágio da instauração das ações penais, das funções de investigação e das funções jurisdicionais, para “garantia tanto do caráter equitativo do processo quanto de sua eficácia”,⁸³³ pois:

livre da responsabilidade das investigações, o juiz competente encontra-se em uma posição de árbitro imparcial. Ele pode zelar pelo respeito do equilíbrio entre a eficácia da ação penal e a proteção dos direitos fundamentais das pessoas. Ao

⁸³⁰ DERVIEUX, O Sistema... op. cit., p. 151.

⁸³¹ LASVIGNES, Serge; LEMONDE, Marcel. O Processo Penal na França. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processo Penal e Direitos do Homem**: rumo à consciência europeia. Barueri: Manole, 2004, p. 36.

⁸³² Nicolas Sarkozy, ex-Presidente francês, em 2009, declarou a intenção de suprimir o juiz de instrução, embasado no Comitê Léger, coordenado pelo magistrado Philippe Léger. Nesse sentido, destacam-se as matérias jornalísticas: Le rapport Léger enterre le juge d'instruction pour plaire à Sarkozy. **L'express**, Paris, 01 set. 2009. Disponível em: https://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/le-rapport-leger-enterre-le-juge-d-instruction-pour-plaire-a-sarkozy_783568.html. Acesso em: 12 abr. 2022; Justice: la suppression du juge d'instruction provoque un tollé. Le comité Léger, qui a remis ses conclusions à l'Élysée, préconise la fin du juge d'instruction et le renforcement des droits de la défense. **Le Monde**, Paris, 01 set. 2009. Disponível em: https://www.lemonde.fr/societe/article/2009/09/01/reforme-de-la-justice-sarkozy-satisfait-des-conclusions-du-comite-leger_1234598_3224.html. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁸³³ LASVIGNES, LEMONDE, O Processo Penal... op. cit., p. 36.

assumir apenas uma função jurisdicional, ele está em condições de exercê-la plenamente e vê seus poderes reforçados.⁸³⁴

Há, assim, vozes para substituição do atual juiz de instrução por um juiz que não seja mais encarregado da investigação – confiando a investigação exclusivamente ao Ministério Público – com funções plenamente jurisdicionais, com designação a partir do momento em que os atos de investigação possam resultar em violação das liberdades individuais, ou seja, “para o conjunto do processo, é apenas com a autorização do juiz que se pode recorrer a uma busca ou escuta telefônica, ou que uma prisão provisória pode ser prolongada”.⁸³⁵ Observa-se, assim, a preocupação de que o juiz assuma mais funções jurisdicionais, deixando de ter funções investigativas, atuando quando necessário para garantir que as liberdades individuais sejam asseguradas.

Percebe-se que a realidade brasileira é diferente da francesa,⁸³⁶ na medida em que aqui, embora não tenhamos um juiz de instrução com tamanhos poderes investigatórios,⁸³⁷ o juiz brasileiro que atua na investigação também atua no julgamento, por força da prevenção.

4.2.2. Juiz da investigação preliminar no modelo italiano

A comparação entre os Códigos de 1930 (expressão do totalitarismo fascista, com limitações às garantias individuais) e o Código de 1988 (posteriormente modificado por reformas pontuais) revela a superação daquele de predominância inquisitória pelo atual de viés prevalentemente acusatório.

No Código de Processo de 1930, havia a figura do juiz instrutor que era “o senhor do processo e das provas”⁸³⁸ e, em virtude da abordagem inquisitorial, conduzia as investigações, interrogava possíveis testemunhas e em geral buscava provas⁸³⁹ e, para além

⁸³⁴ LASVIGNES, LEMONDE, O Processo Penal... op. cit., p. 38-39.

⁸³⁵ Ibid., p. 39. Nesse sentido também LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação**... op. cit., p. 366.

⁸³⁶ Nesse sentido, manifestou-se o Min. Luiz Fux: Em uma análise comparada perfunctória, percebo que existe uma diversidade superlativa em relação a esse tópico. Em países que adotam o sistema acusatório no microssistema processual penal, há variações consideráveis em relação à distinção de competências entre os juizes que acompanham a investigação e os juizes que acompanham o julgamento. Há países, como a França, em que o juiz que acompanha as investigações tem competências investigativas que seriam inimagináveis no sistema brasileiro (...). In: STF. **ADI 6298 MC/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 15/01/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁸³⁷ Observadas as críticas feitas no item 2.4, supra.

⁸³⁸ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17. Ver também: FERRAIOLI, Marzia. **Il ruolo di “garante” del giudice per le indagini preliminari**. Quarta edizione. Padova: CEDAM. 2014, p. 15-17.

⁸³⁹ No original: “*Da um lato, nel codice Rocco del 1930 vi erano organi come il giudice istruttore, che era il vero dominus della fase dell’istruzione formale ed oltre ai tipici compiti del giudicante, esercitava anche funzioni requirenti. Ed infatti il giudice istruttore, in forza della impostazione inquisitoria, svolgeva le indagini,*

das funções típicas do juiz, exercia também funções de promotor. Já o Código de Processo Penal de 1988⁸⁴⁰ (que entrou em vigor em 24 de outubro de 1989) situou o processo penal, ainda que não de forma absoluta, no campo do sistema acusatório.⁸⁴¹ Somado a isso, uma emenda à Constituição de 1948 alterou o seu art. 111 para incluir o princípio do *giusto processo*, explicitando a garantia de um julgamento imparcial “*ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*”, em cuja redação não é difícil ver a projeção do item 6.1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

GIULIO UBERTIS destaca a preocupação com a imparcialidade do juiz e a influência da consolidada jurisprudência do TEDH, que reconhece a imparcialidade por duas frentes: a subjetiva e a objetiva, sendo aquela presumida até prova contrária e esta que envolve a confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos e, sobretudo, nos acusados.⁸⁴²

Nesse contexto, destaca-se a mudança de papel do juiz atuante na fase preparatória: do juiz de instrução para o juiz da investigação preliminar.⁸⁴³ As modificações quanto à fase

*interrogava i possibili testimoni ed in generale ricercava le prove, le quali venivano poi trasfuse nella cd. Ordinanza motivata di rinvio a giudizio. Nella fase della istruzione, il ruolo della difesa della persona sottoposta alle indagini era quasi del tutto limitato o, comunque, residuale”. In: IZZO, Fausto; PICCIOTTO, Guido. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. XXV edizione. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2018, p. 11.*

⁸⁴⁰ ITÁLIA. **Codice di Procedura Penale**. Decreto del Presidente Della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁸⁴¹ “*La riforma del 1988, nell’emanazione del ‘nuovo’ Codice di procedura penale entrato in vigore il 24 ottobre 1989, ha portato ad un processo penale di chiara matrice accusatoria, seppure non del tutto privo di ‘isole’ della tradizione inquisitoria*”. Tradução livre: “A reforma de 1988, com a edição do ‘novo’ Código de Processo Penal que entrou em vigor a 24 de Outubro de 1989, conduziu a um julgamento criminal com uma matriz acusatória clara, embora não totalmente destituída de ‘ilhas’ da tradição inquisitoria”. In: IZZO, PICCIOTTO, **Manuale..** op. cit., p. 11.

⁸⁴² No original: “*(...).* Inoltre, sulla scorta della giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti dell’uomo, conviene precisare che l’imparzialità del giudice va valutata nelle sue prospettive tanto soggettiva quanto oggettiva, peraltro non nettamente separate. Com la prima si presta attenzione al “foro interiore” del magistrato, presunto imparziale fino a prova contraria; con la seconda, che coinvolge la stessa fiducia che gli organi giurisdizionali devono ispirare nei cittadini e, soprattutto, nell’accusato, vengono considerate quelle situazioni esteriori, magari semplici apparenze, reputate in grado di porre oggettivamente in dubbio l’assicurazione di una giustizia imparziale”. Tradução livre: “com base na jurisprudência consolidada do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, deve-se notar que a imparcialidade do juiz deve ser avaliada tanto na sua perspectiva subjetiva como objetiva, que não estão claramente separadas. Como o primeiro, a atenção é dada ao “foro interno” do magistrado, que se presume imparcial até prova em contrário; com a segunda, que envolve a mesma confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos e, sobretudo, nos acusados, aquelas situações externas são consideradas, talvez meras aparências, julgadas capazes de questionar objetivamente a garantia de uma justiça imparcial”. In: UBERTIS, **Sistema...** op. cit., p. 142-143.

⁸⁴³ “*Nella fase in esame le funzioni di garanzia sono svolte da un nuovo organo, denominato ‘giudice per le indagini preliminari’; questi differisce dal giudice istruttore del codice del 1930 in quanto non ha poteri di iniziativa probatoria, e cioè non ha il compito di ‘investigare’, bensì soltanto di decidere sulle richieste delle parti*”. Tradução livre: “Na fase em análise, as funções de garantia são desempenhadas por um novo órgão,

da instrução preliminar, “foram substanciais e fortemente influenciadas pelo modelo adotado na Alemanha em 1974”.⁸⁴⁴ Suprimiu-se o sistema de instrução judicial, passando agora a investigação preliminar (*indagine preliminare*) a cargo do Ministério Público, com um sistema de “promotor investigador”.⁸⁴⁵

Assim, o juiz sai de uma posição de investigador (juiz de instrução) para uma função passiva,⁸⁴⁶ atuando apenas quando provocado. Desta forma, destaca ANTOINETTE PERRODET:

Consequentemente, o juiz de instrução deu lugar a um juiz para as investigações preliminares, a quem foi conferida uma única missão, a da supervisão e de tomada de decisões sobre medidas restritivas de direitos fundamentais, a partir de requisições formuladas pelo Ministério Público, pelo defensor e pela vítima. Concebido como um órgão imparcial, um terceiro em relação às partes e assegurador da garantia constitucional, o juiz para as investigações preliminares é, ao menos na teoria, desmuniado de um poder de influência sobre a orientação da investigação, tarefa que é de atribuição exclusiva do Ministério Público.⁸⁴⁷

Segundo AURY LOPES JÚNIOR e RICARDO GLOECKNER, “esse juiz *da* instrução e não *de* instrução não realiza tarefas investigatórias ou instrutoras, senão de garantia, como um verdadeiro *garante*, atuando no controle da adoção e realização das medidas restritivas de direitos fundamentais do sujeito passivo”.⁸⁴⁸

denominado ‘juiz das investigações preliminares’; ele difere do juiz investigador do código de 1930 por não ter poderes de iniciativa probatória, ou seja, ele não tem a tarefa de ‘investigar’, mas apenas de decidir sobre os pedidos das partes”. In: TONINI, **Manuale...** op. cit., p. 34.

⁸⁴⁴ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 370.

⁸⁴⁵ O Ministério Público na Itália integra o Poder Judiciário, com as mesmas garantias da magistratura, porém não detém poder jurisdicional. O Ministério Público tem a faculdade de adotar medidas que afetem direitos fundamentais, em caso de urgência, contudo há um controle direto por parte do juiz da instrução preliminar. A atividade desenvolvida na *indagine preliminare* não é jurisdicional, mas a natureza jurídica dessa fase é de procedimento judicial pré-processual, na concepção de Aury Lopes Júnior e Ricardo Gloeckner. In: *Ibid.*, p. 370-371.

⁸⁴⁶ No original: “*Questi svolge una funzione di controllo imparziale sui provvedimenti più importanti, senza esercitare poteri di iniziativa. La sua funzione si caratterizza come una " giurisdizione semipiena" perché incontra due limiti fondamentali: la funzione è esercitata soltanto « nei casi previsti dalla legge » e su richiesta di parte (art. 328). La natura dei poteri dell'organo si rispecchia nella sua denominazione. Il codice usa l'espressione « giudice per le indagini preliminari » anziché " delle " indagini. Infatti, il soggetto che in tale fase ha l'iniziativa è il pubblico ministero e non il giudice*”. Tradução livre: “Este último desempenha uma função de controle imparcial das medidas mais importantes, sem exercer poderes de iniciativa. Sua função é caracterizada como uma ‘jurisdição semiplena’ porque atende a dois limites fundamentais: a função é exercida apenas ‘nos casos previstos em lei’ e mediante solicitação da parte (art. 328). A natureza dos poderes do órgão se reflete em sua denominação. O código usa o termo ‘juiz para a investigação preliminar’ em vez ‘das investigações’. De fato, o sujeito que tem a iniciativa nesta fase é o Ministério Público e não o juiz”. In: TONINI, **Manuale...** op. cit., p. 459.

⁸⁴⁷ PERRODET, Antoinette. O Sistema Italiano. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org). **Processos Penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 363.

⁸⁴⁸ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 372.

Como regra geral,⁸⁴⁹ o procedimento penal italiano atual de primeiro grau é dividido em três fases: 1) a fase das investigações preliminares (*le indagini preliminari* – art. 326 a 415 do CPP), conduzida pelo Ministério Público (com o apoio da polícia judiciária), na procura de elementos sobre a existência de um fato delituoso e indícios de autoria; 2) a fase de audiência preliminar (art. 416 a 433), na qual o juiz analisa se é o caso de remessa a julgamento (*decreto che dispone il giudizio* - art. 424 comma 1º, do CPP) ou de arquivamento (*sentenza di non luogo a procedere* -art. 425-428 do CPP);⁸⁵⁰ e 3) a fase de debates, na qual ocorre a produção da prova (*l’istruzione dibattimentale* – art. 465 a 525 do CPP) pelo confronto e dialética em audiência pública e oral e, por fim, o julgamento do acusado.

ANDRÉ MACHADO MAYA⁸⁵¹ em linhas gerais explica que na fase de investigação elabora-se o “inquérito preliminar” ou *fascicolo delle indagini*⁸⁵² e, de regra, essa primeira fase não pode superar o prazo de dezoito meses (art. 407 do CPP). Nesse período, o Ministério Público, amealhando elementos de informação sobre a materialidade e a autoria, deve formalizar a acusação, pleiteando uma decisão de *rinvio a giudizio* (ou seja, de admissibilidade da acusação) e com isso dar-se início à ação penal (art. 405 do CPP) ou, em caso negativo, requerer o arquivamento (art. 408 do CPP).

Constata-se que a investigação preliminar é distinta da finalidade da antiga instrução preparatória, que era conduzida pelo juiz de instrução (*giudice istruttore*). Ainda, os atos preliminares à instrução, a partir da reforma tiveram seu valor como prova limitados em relação aos atos tidos durante o julgamento.⁸⁵³ O objeto desta fase não é a reconstrução de

⁸⁴⁹ André Machado Maya informa que esse formato do processo penal, em três distintos momentos – *indagini preliminari, udienza preliminare e dibattimento* –, pode sofrer variações no curso da prestação jurisdicional penal. Nesse sentido, prevê a própria legislação processual penal a existência de alternativas como o *giudizio abbreviato*, a aplicação de pena a requerimento das partes, o *giudizio direttissimo*, o *giudizio immediato* e o procedimento por decreto. Para maior aprofundamento no tema, sugere-se a leitura de: MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 174-175; GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁸⁵⁰ CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. **Compendio di procedura penale**. 6. ed. Padova: CEDAM, 2012, p. 651.

⁸⁵¹ O autor destaca que esse formato do processo penal, em três distintos momentos – *indagini preliminari, udienza preliminare e dibattimento* –, pode sofrer variações no seu curso, com vistas à abreviação e aceleração da prestação jurisdicional. Assim, há própria legislação processual penal prevê alternativas como *giudizio abbreviato*, a aplicação de pena a requerimento das partes, o *giudizio direttissimo*, o *giudizio immediato* e o procedimento por decreto”. In: MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 172-174.

⁸⁵² GIACOMOLLI, **Legalidade...** op. cit., p. 254.

⁸⁵³ Os elementos colhidos na *indagine preliminare* não integram os autos do processo. “É o sistema ideal, em que os atos da *indagine* são excluídos e assim considerados meros *atos de investigação*”. In: LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 374.

provas para julgamento, mas apuração de elementos direcionados à decisão do Ministério Público para exercício ou não da ação penal.⁸⁵⁴

Dentre as funções do *giudice per le indagini preliminari* incluem-se: a) controle das medidas restritivas dos direitos fundamentais e da liberdade individual; b) controle da duração das investigações preliminares e do exercício da ação pública e c) em casos extremos, formação da prova antecipada.⁸⁵⁵ Também compete ao *giudice per le indagini preliminari* a análise dos *mezzi di ricerca della prova* requeridas pelo Ministério Público na fase de investigação. Na Itália há requisitos legais que exigem do juiz da investigação preliminar maior profundidade de cognição para o deferimento dessas medidas. Exemplo disso é a interceptação das comunicações informáticas e telemáticas, que exige a constatação de graves indícios pelo *giudice per le indagini preliminari*⁸⁵⁶ e, ainda, a restrição de liberdade, condicionada à presença de graves indícios de culpa.⁸⁵⁷

Especial atenção a Corte Italiana enfrentou no que tange à análise de medidas cautelares pessoais e reais pelo juiz e impacto sobre a imparcialidade.

No que tange às medidas cautelares pessoais, por ocasião da Sentença 502/1991⁸⁵⁸, o Tribunal afirmou que o simples fato de o órgão colegiado ter conhecido, em reexame, da decisão que havia decretado a prisão preventiva do suspeito, não era suficiente para colocar em dúvida a sua imparcialidade, pois as decisões sobre o *status libertatis* dos imputados não implicam um juízo de mérito da sua culpabilidade idônea a determinar a existência de pré-

⁸⁵⁴ PERRODET, O Sistema Italiano... op. cit., p. 359-361. Paolo Tonini destaca que os elementos obtidos nas investigações preliminares são avaliados, em primeiro lugar, pelo Ministério Público para decidir se exerce ou não a ação penal; em segundo lugar, são utilizadas como prova pelo juiz das investigações preliminares quando deve proferir as medidas cautelares de sua competência. Mas também podem ser utilizados, ainda que excepcionalmente e com certas precauções, pelo juiz da fase de julgamento para proferir a decisão final, quando há o consentimento do arguido ou por irrepetibilidade. In: TONINI, **Manuale**... op. cit., p. 459.

⁸⁵⁵ Excepcionalmente, conforme previsão do art. 392 do *Codice di Procedura Penale*, perante o juiz para as investigações preliminares, podem ser realizadas provas, em audiência contraditória, que não podem ser adiadas até a fase de debates (*dibattimento*), procedimento chamado de “*incidente probatorio*”. Essas provas, porque colhidas em contraditório, podem, excepcionalmente, ser usadas na fase de julgamento.

⁸⁵⁶ *Codice di Procedura Penale*. “art. 267.1. Il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'art. 266. L'autorizzazione è data con decreto motivato quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini. (...) 1-bis. Nella valutazione dei gravi indizi di reato si applica l'articolo 203. 2. Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone l'intercettazione con decreto motivato, che va comunicato immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore al giudice indicato nel comma 1. Il giudice, entro quarantotto ore dal provvedimento, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non viene convalidato nel termine stabilito, l'intercettazione non può essere proseguita e i risultati di essa non possono essere utilizzati.”

⁸⁵⁷ *Codice di Procedura Penale*. “art. 273.1. Nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza”. Tradução livre: “Ninguém pode ser sujeito a medidas cautelares se não houver sérios indícios de culpa contra ele”.

⁸⁵⁸ ITALIA. Sentença 502/1991. 08/01/1992. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

juízos aptos a torná-lo parcial. Trata-se, portanto, de uma análise puramente indiciária, pois tais decisões se limitam a averiguar a legitimidade da restrição da liberdade.

Contudo, ANDRÉ MACHADO MAYA alerta que tal entendimento foi alterado após modificações legislativas ocorridas em 1995, quando então passou-se a exigir uma fundamentação da existência de graves indícios para a decretação de medidas cautelares pessoais. Ou seja, esse novo pressuposto passa a exigir do magistrado uma aprofundada valoração dos elementos indiciários, que

deve ser feita com base em elementos de prova individualizados e decorrentes das investigações, mostrando-se apta, por isso, a gerar no juiz uma convicção prévia da culpabilidade do investigado. É, por isso, razoável suspeitar que o juiz, quando do julgamento, esteja influenciado ou tendente a manter seu entendimento anteriormente expressado.⁸⁵⁹

Porém, essa exigência legal não se aplica às medidas cautelares reais, conforme por exemplo se extrai do julgamento da *Ordinanza* 181/2004,⁸⁶⁰ no qual o Tribunal considerou que a análise de tais medidas, diversamente das cautelares pessoais, não demandam um exame de graves indícios de culpabilidade, e afastou, por tal motivo, a alegada incompatibilidade do julgador.

Outro ponto que merece destaque é que, ao final das investigações, o Ministério Público pode encaminhar ao *giudice per le indagini preliminari* o pedido de arquivamento do caso fundado nas hipóteses legais que impedem a persecução. ANTOINETTE PERRODET explica que, na sequência, abrem-se duas possibilidades. Primeiro, se nenhuma objeção for arguida pela vítima e o juiz das investigações preliminares acatar a proposta do Ministério Público, arquiva-se a investigação. Segundo, se o juiz das investigações preliminares rejeitar a proposta, ele determinará uma data para a audiência a ser realizada em colegiado. Se, ao final dessa audiência, ainda não se acatar a proposta do Ministério Público, será expedida uma determinação para que proceda a acusação dentro de dez dias, período após o qual ele decidirá a data da audiência preliminar (art. 409 do *Codice*).⁸⁶¹

⁸⁵⁹ MAYA, **Imparcialidade**... op. cit., p. 181. O autor ainda adverte que o mesmo raciocínio, segundo a Corte Constitucional, vale também para todas as demais medidas cautelares pessoais, porque o artigo 273 do Código de Processo Penal italiano disciplina de forma genérica todas elas, e não apenas as restritivas de liberdade. É diferente a situação, porém, quando o juiz se limita a homologar a prisão em flagrante. Nesse caso, segundo entendeu a Corte Constitucional na *Ordinanza* 90/2004, não há que se falar em incompatibilidade.

⁸⁶⁰ ITÁLIA. **Ordinanza 181/2004**. 30.06.2004. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁸⁶¹ PERRODET, O Sistema Italiano... op. cit., p. 420. Nesse ponto, importante destacar a crítica de Mauro Fonseca de Andrade, ao relatar que quando se invoca o exemplo italiano para sustentar o juiz das garantias, “só a lembrança do que interessa – a defesa da regra de impedimento de esse juiz não atuar como julgador na fase processual -, e não dos motivos que levam a esse impedimento, ou as exceções admitidas em lei (CPP, art. 34, 2-ter. e quarter)”. Prossegue: “Se esse cuidado fosse tomado, ver-se-ia que o *giudice per le indagini preliminari* tem, por competência, o exame dos pedidos de arquivamento encaminhados pelo Ministério

Eis aqui um ponto de destaque, pois a não aceitação pelo juiz do pedido de arquivamento implica ordem para realização de diligências complementares ou, o que é mais intrigante (do ponto de vista de um sistema acusatório), ordem para a propositura da ação penal. Aqui vale a transcrição de PAOLO TONINI:

No caso oposto, ou seja, quando o juiz não aceita o pedido de arquivamento (ou quando a pessoa ofendida apresentou uma oposição admissível), uma audiência deve ser realizada na câmara do conselho da qual podem participar o promotor público e os defensores da pessoa ofendida e do investigado. O juiz exerce uma função de controle penetrante, no final da qual pode adotar três medidas diferentes (art. 409): se acredita que a notícia é infundada, ordena o arquivamento. Caso contrário, se considerar necessárias outras investigações, indica-as ao Ministério Público, estabelecendo o prazo para sua realização. Finalmente, se ele acredita que os elementos coletados já são adequados para apoiar a acusação em Tribunal, ele ordena ao Ministério Público que formule a acusação e fixe a data da audiência preliminar (a chamada acusação forçada). É claro que, nas duas últimas hipóteses mencionadas, o poder do juiz é muito penetrante e pode até afetar o exercício da ação criminal.⁸⁶²

Daí vem a crítica exposta por DENIS SALAS quando afirma que na Itália a tendência vai em direção oposta de transferir ao Ministério Público a condução da investigação, pois embora o juiz tenha sido aliviado de qualquer responsabilidade pela investigação, tornando-se uma figura mais neutra presidindo um debate em contraditório entre acusação e defesa,

Público. Ao assim proceder, ele deve se deter ao mérito da conduta investigada, pois, caso não concorde com o entendimento do Ministério Público, poderá determinar: a) a continuidade da investigação; ou b) que aquele ajuíze sua acusação (CPP, art. 409, 4 e 5). Na primeira hipótese, esse modelo de juiz se assemelha, segundo a própria doutrina italiana, ao anterior juiz investigador. Na segunda hipótese, o *giudice per le indagini preliminari* corre o risco de ser mais acusador que o próprio Ministério Público. É disso que advém a necessidade de não ser o julgador do processo que ele mesmo determinou que se instaurasse, ao invés do mero fato de haver atuado na fase de investigação. Seja em qual hipótese for, sempre haverá, nas palavras de Ferraioli, *‘una decisione sul mérito dell’imputazione’* razão pela qual essa autora, em vez de chamá-lo de *giudice per le indagini preliminari*, considera-o, nesse particular, um verdadeiro *giudice ‘sulle’ indagini preliminari*, por exigir um grau superior de cognição sobre o que nela foi produzido”. In: ANDRADE, **Juiz das Garantias**. 2. ed... op. cit., p. 54-55. Marzia Ferraioli afirma que quando o juiz age para assegurar o regular desenvolvimento da fase investigativa, age como *“giudice ‘per’ le indagini preliminari”*, dentro de sua atividade ordinária. Mas há hipóteses de intervenção mais amplas, em que o juiz intervém sobre a investigação, quando, por exemplo, é chamado para se pronunciar sobre o pedido de arquivamento, devendo analisar o mérito. Afirma a autora: *“In questo caso, è, senz’altro, giudice del mérito, perché decide <<sulle>> indagini e deve stabilire se ricorrano i presupposti per l’archiviazione degli atti o debbano essere svolte ulteriori indagini o, addirittura, debba essere formulata l’imputazione”*. Tradução livre: “Nesse caso, ele é, sem dúvida, um juiz de mérito, porque decide <<sobre>> as investigações e deve estabelecer se as condições para o arquivamento dos atos existem ou se devem ser realizadas investigações adicionais ou, de fato, deve ser formulada a acusação”. In: FERRAIOLI, **Il ruolo...** op. cit., p. 77-78.

⁸⁶² No original: *“Nel caso contrario, e cioè quando il giudice non accoglie la richiesta di archiviazione (o quando la persona offesa ha presentato opposizione ammissibile), deve svolgersi una udienza in camera di consiglio alla quale possono partecipare il pubblico ministero ed i difensori della persona offesa e dell’indagato. Il giudice svolge una penetrante funzione di controllo, all’esito della quale può adottare tre diversi provvedimenti (art. 409): se ritiene che la notizia sia infondata, dispone l’archiviazione. Altrimenti, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica al pubblico ministero, fissando il termine per il compimento di esse. Infine, qualora ritenga che gli elementi raccolti siano già idonei a sostenere l’accusa in giudizio, ordina al pubblico ministero di formulare l’imputazione e fissa la data dell’udienza preliminare (c.d. imputazione coatta). È chiaro che, nelle ultime due ipotesi appena ricordate, il potere del giudice è molto penetrante e può arrivare addirittura ad incidere sull’esercizio dell’azione penale”*. In: TONINI, **Manuale...** op. cit., p. 35.

reformas posteriores a 1988/1989 vem gradualmente impondo papéis mais importantes ao juiz,⁸⁶³ que “recobra alguns de seus antigos poderes na busca da prova”.⁸⁶⁴

Aqui também é a crítica de MARZIA FERRAIOLI, ao afirmar que dada a variedade de atividades do juiz dessa fase inicial, ora o juiz é “*il giudice ‘per’ le indagini*” e ora o juiz é “*il giudice ‘sulle’ indagini*”. Na primeira situação, o juiz é órgão de controle sobre a atividade do Ministério Público, na medida em que seu agir é direcionado a assegurar o regular desenvolvimento da fase investigativa. Contudo, quando o juiz é chamado a se pronunciar sobre o pedido de arquivamento, nesse caso, é juiz de mérito, porque decide meritoriamente quanto à imputação exposta, já que deve estabelecer se recorrem os pressupostos de arquivamento, se deve aprofundar a investigação ou se deve ser formulada a imputação. A mesma situação ocorre quando o juiz avalia casos de pena acordada ou julgamentos abreviados, quando ele próprio é o juiz do mérito da imputação.⁸⁶⁵

Não sendo caso de arquivamento, encerram-se as *indagini preliminari*, passando-se à fase intermediária de *udienza preliminare*, onde passa a atuar o *giudice per le udienze preliminari*, que serve de ponte entre a fase de investigação e a fase processualmente dita (*dibattimento*).⁸⁶⁶

Segundo AURY LOPES JÚNIOR e RICARDO GLOECKNER, a audiência preliminar do art. 416 do CPP italiano, constitui “um importante filtro, uma fase intermediária, prévia à abertura do processo penal. Sua função é possibilitar o debate contraditório antes do recebimento da ação penal, para evitar a surpresa e as acusações infundadas”. Ademais, tal fase se presta para uma sumária produção de prova.⁸⁶⁷

Nessa fase, o Ministério Público expõe os resultados obtidos na investigação preliminar e os elementos de prova que justificam a acusação penal e o *rinvio a giudizio* (art. 421 do CPP). A defesa pode se manifestar nessa fase e, inclusive, o acusado pode ser interrogado, podendo ocorrer alguns desfechos.

Resultando, desse debate preliminar em audiência, que o delito é outro que não o imputado pelo Ministério Público, o juiz pode determinar ao *parquet* a readequação da acusação, possibilitando nova defesa ao imputado (artigo 423 do CPP).

Tal situação implica questionamento sobre a imparcialidade do magistrado, que foi avaliada na *Ordinanza* 400/2008, em cujo julgamento o Tribunal Constitucional Italiano

⁸⁶³ SALAS, O papel... op. cit., p. 524.

⁸⁶⁴ Ibid., p. 556.

⁸⁶⁵ FERRAIOLI, **Il ruolo**... op. cit., p. 78 e 98.

⁸⁶⁶ GIACOMOLLI, **Legalidade**... op. cit., p. 254.

⁸⁶⁷ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação**... op. cit., p. 375.

entendeu que é gerador de incompatibilidade o fato de o juiz da audiência preliminar ter concluído, após analisar os elementos colhidos na investigação preliminar, se tratar de outro crime, que não o imputado pelo Ministério Público. Isso porque, assim agindo, haverá valoração do fato criminal e determinação ao *Parquet* para readequação da acusação penal, de maneira que é necessário se submeter a questão ao conhecimento de outro juiz, para se garantir um julgamento efetivamente imparcial.⁸⁶⁸ Eis aqui outra hipótese que se pode verificar em que o juiz adentra ao mérito, incidindo no que MARZIA FERRAIOLI nomina como “*il giudice ‘sulle’ indagini*”.

Na audiência preliminar, outro desfecho possível é, ao final, entendendo o juiz não ser possível decidir com base nos elementos colhidos na investigação, determinar o prosseguimento desta (artigo 421-*bis*, do CPP).

Ainda, pode ocorrer de ser proferida decisão de rejeição da acusação ou de admissibilidade da acusação (artigo 424 do CPP). No primeiro caso, a decisão é denominada de *sentenza di non luogo procedere* e tem cabimento quando subsistir alguma causa extintiva do delito, algum motivo pelo qual a ação penal não deva ser iniciada ou não deva prosseguir, ou, ainda, quando o fato não é previsto em lei como crime, quando ficar demonstrado que o fato não existiu ou que o suspeito não o praticou, ou quando comprovado ser o suspeito inimputável. Ainda, quando das investigações resultarem elementos insuficientes, contraditórios ou inidôneos a sustentar a acusação penal (artigo 425 do CPP).⁸⁶⁹ Proferida, porém, decisão de admissibilidade da acusação (*rinvio a giudizio*), forma-se o denominado *fascicolo per il dibattimento*, e encaminham-se os autos ao juízo competente para a fase processual propriamente dita.⁸⁷⁰

Admitida a acusação, passa-se à fase de *dibattimento*, na qual se desenvolvem audiências chamadas de *udienza dibattimentale*,⁸⁷¹ em que as partes indicam as provas que pretendem produzir e o juiz (outro magistrado, diverso dos outros dois anteriores) decide sobre a sua admissibilidade (artigos 493 e 495 do CPP), podendo, após a produção dessas provas, determinar, de ofício, a produção de outras provas que entender necessárias ao julgamento do feito (artigo 507 do CPP). Concluída a produção probatória, ainda em

⁸⁶⁸ ITÁLIA. **Ordinanza 400/2008**. 10/12/2008. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁸⁶⁹ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 173-174. Ver também: LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 375-376.

⁸⁷⁰ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 174.

⁸⁷¹ GIACOMOLLI, **Legalidade...** op. cit., p. 254.

audiência, as partes formulam suas conclusões, sendo tudo reduzido a termo, e o juiz profere a sentença imediatamente após o encerramento dos debates (artigos 523 a 525 do CPP).⁸⁷²

Um ponto de destaque, que certamente influenciou o legislador brasileiro na configuração do juiz de garantias nacional,⁸⁷³ é que toda a atividade desenvolvida na investigação preliminar fica documentada no *fascicolo delle indagini*, que se inicia com a notícia-crime e acompanhará a ação penal e o pedido de arquivamento. O *fascicolo* subsidia a decisão sobre o acolhimento ou rejeição da ação penal. Já na fase intermediária (*udienza preliminare*) há um filtro: alguns atos seguem para a fase processual e os outros ficam arquivados no *fascicolo* do Ministério Público e podem ser acessados pela defesa.⁸⁷⁴

Ou seja, eliminam-se peças produzidas na investigação preliminar (*indagine preliminare*) do processo penal, com exceção do corpo de delito e das provas antecipadas, produzidas no incidente probatório.⁸⁷⁵ Na Itália, vigora o sistema de “*doppio fascicolo*”, o primeiro “*il fascicolo per il dibattimento*” (que segue ao juiz competente junto com o “*decreto che dispone il giudizio*” e com eventuais provimentos de medidas cautelares ainda em curso de execução) e o segundo, chamado de “*il fascicolo del pubblico ministero*”, arquivado junto ao Ministério Público, podendo a defesa a ele ter acesso.⁸⁷⁶

⁸⁷² MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 174.

⁸⁷³ Cfr. item 5.4.5, infra.

⁸⁷⁴ “art. 433. *Fascicolo del pubblico ministero 1. Gli atti diversi da quelli previsti dall'articolo 431 sono trasmessi al pubblico ministero con gli atti acquisiti all'udienza preliminare unitamente al verbale dell'udienza. 2. I difensori hanno facoltà di prendere visione ed estrarre copia, nella segreteria del pubblico ministero, degli atti raccolti nel fascicolo formato a norma del comma 1.3. Nel fascicolo del pubblico ministero ((ed in quello del difensore)) e' altresì inserita la documentazione dell'attività prevista dall'articolo 430 quando di essa le parti si sono servite per la formulazione di richieste al giudice del dibattimento e quest'ultimo le ha accolte*”. Tradução livre: “art. 433. Arquivo do Ministério Público 1. Os documentos que não os previstos no artigo 431 são transmitidos ao Ministério Público juntamente com os documentos adquiridos na audiência preliminar juntamente com a ata da audiência. 2. Os advogados têm o direito de consultar e copiar, no secretariado do Ministério Público, os documentos recolhidos no processo formado nos termos do parágrafo 1.3. No processo do Ministério Público ((e no do defensor)) está também inserida a documentação da atividade prevista no artigo 430 quando foi utilizada pelas partes para formular pedidos ao juiz de primeira instância e este os acolheu.

⁸⁷⁵ LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 198.

⁸⁷⁶ “*Il sistema del 'doppio fascicolo' nasce dall'esigenza di impedire che il giudice del dibattimento, nell'esercizio dei suoi poteri decisionali, possa essere influenzato dal contenuto degli atti di indagine preliminare, che, come sappiamo, non hanno valore di prova ed esauriscono la loro funzione con il rinvio a giudizio dell'imputato (salve le ipotesi eccezionali in cui ne è previsto il recupero dibattimentale). Nel fascicolo per il dibattimento sono pertanto destinati a confluire i soli materiali cognitivi fisiologicamente destinati a trasformarsi in prova nel corso del giudizio. Al riguardo, conviene precisare in d'ora, tuttavia, che l'inserimento di un atto investigativo nel fascicolo di cui all'art. 431 non ne determina l'automatica metamorfosi in prova utilizzabile per la decisione dibattimentale: a tal fine, occorre che dell'atto venga data lettura in giudizio o che il giudice del dibattimento lo indichi specificamente come utilizzabile per la decisione (art. 511 commi 1° e 5°)*”. Tradução livre: “O sistema de “processo duplo” surge da necessidade de evitar que o juiz de primeira instância, no exercício dos seus poderes decisórios, seja influenciado pelo conteúdo dos autos de instrução, que, como sabemos, não têm valor probatório e esgotam a sua função de acusação do arguido (salvo nos casos excepcionais em que esteja prevista a recuperação do processo). Portanto, apenas os materiais cognitivos fisiologicamente destinados a se tornarem evidência no decorrer do julgamento são

Segundo AURY LOPES JÚNIOR e RICARDO GLOECKNER, com tal procedimento evita-se a contaminação do juiz pelos elementos obtidos na fase pré-processual. Segundo os autores, a não inclusão dos elementos de informação assegura “a absoluta *originalità* do processo penal”. Com isso, segue para a fase processual um *fascicolo* reduzido,⁸⁷⁷ contendo o que se prevê no art. 431 do CPP,⁸⁷⁸ ou seja, “somente o relativo à condição de procedibilidade (quando necessário) e aquelas atas de atos irrepitíveis (praticados no respectivo incidente de produção antecipada)”.⁸⁷⁹

CONSO, GREVI e BARGIS expõem que no processo de julgamento, são juntados: a) os atos relativos à admissibilidade da ação penal e ao exercício da ação civil; b) a ata dos atos não repetíveis praticados pela Polícia Judiciária; c) a ata dos atos não repetíveis praticados pelo Ministério Público e pelo defensor; d) documentos adquiridos no exterior por meio de cartas rogatórias internacionais e ata dos atos não repetíveis praticados com a mesma modalidade; e) as atas dos atos praticados no incidente probatório; f) a ata dos atos, exceto as previstas na letra. d, praticados no exterior em virtude de cartas rogatórias internacionais às quais os advogados puderam auxiliar e exercer as faculdades permitidas pelo direito italiano; g) a certidão geral do registro criminal e os demais documentos indicados no art. 236, referente ao julgamento da personalidade do acusado; h) o corpo do delito e as disposições relativas à infração (art. 431 parágrafo 1º). As partes, entretanto, podem acordar a juntada no dossiê para a discussão dos atos investigativos do Ministério Público ou defesa que não sejam os mencionados no art. 431, parágrafo 1 (art. 431 parágrafo

destinados a convergir no arquivo para o julgamento. A esse respeito, deve-se observar, a partir de agora, porém, que a inclusão de documento de instrução no processo de que trata o art. 431 não determina a metamorfose automática em prova que pode ser utilizada para a decisão do julgamento: para tanto, é necessário que o ato seja lido em juízo ou que o juiz o indique expressamente como utilizável para a decisão (art. 511 commi § 1º e 5º)”. In: CONSO, GREVI, BARGIS, **Compendio...** op. cit., p. 659-660.

⁸⁷⁷ “art. 432. *Trasmisione e custodia del fascicolo per il dibattimento*1. Il decreto che dispone il giudizio e' trasmesso senza ritardo, con il fascicolo previsto dall'articolo 431 e con l'eventuale provvedimento che abbia disposto misure cautelari in corso di esecuzione, alla cancelleria del giudice competente per il giudizio.”

⁸⁷⁸ “art. 431. *Fascicolo per il dibattimento*1. Immediatamente dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, il giudice provvede nel contraddittorio delle parti alla formazione del fascicolo per il dibattimento. Se una delle parti ne fa richiesta il giudice fissa una nuova udienza, non oltre il termine di quindici giorni, per la formazione del fascicolo. Nel fascicolo per il dibattimento sono raccolti: a) gli atti relativi alla procedibilità dell'azione penale e all'esercizio dell'azione civile; b) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria; c) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero (e dal difensore); d) i documenti acquisiti all'estero, mediante rogatoria internazionale e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità; e) i verbali degli atti assunti nell'incidente probatorio; f) i verbali degli atti, diversi da quelli previsti dalla lettera d), assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana; g) il certificato generale del casellario giudiziario e gli altri documenti indicati nell'articolo 236; h) il corpo del reato e le cose pertinenti al reato, qualora non debbano essere custoditi altrove. 2 Le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva.”

⁸⁷⁹ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 376.

2). Os documentos não constantes do dossiê para a instrução - que devem ser remetidos ao Ministério Público juntamente com os adquiridos na audiência preliminar e na ata da audiência (artigo 433.º parágrafo 1) – são juntados no dossiê do Ministério Público, destinado a incorporar, depois, o encerramento das diligências preliminares, também o processo do defensor (art. 391-octies parágrafo 3º).⁸⁸⁰

Em resumo, na Itália segue para a fase processual (no *fascicolo per il dibattimento*) os atos não repetíveis, os antecedentes criminais e documentos referentes à personalidade do acusado, bem como documentos referentes à infração, com o adicional de que lá as partes podem acordar a juntada de outras peças não previstas no rol legal, o que aqui não foi previsto.

Ademais, no sistema italiano se admite que as declarações precedentes possam ser consultadas para refrescar a memória ou, ainda, para questionar a credibilidade da testemunha quando, em juízo, narra o fato diversamente do que narrou na fase inquisitorial. Com base do art. 499, inciso 5, do CPP italiano, a testemunha pode ser autorizada pelo presidente “a consultar, para ajudar a memória, a transcrição de suas declarações precedentes”.⁸⁸¹ PAOLO TONINI explica que a modalidade de realização dessa contestação probatória consiste na leitura da declaração prestada antes da fase de debates (art. 500, I, do CPPi) e no pedido de explicação ao depoente acerca dos motivos da contradição.⁸⁸² Assim, quando, em Juízo, houver contradição da testemunha com o que relatou na fase inquisitorial, competirá às partes trazer essa contradição à lume, para comprovar a credibilidade ou não do depoimento testemunhal.

Por tal motivo, AURY LOPES JÚNIOR e RICARDO GLOECKNER afirmam que o sistema italiano atribui aos atos da *indagine* “um valor endoprocedimental e, para evitar a

⁸⁸⁰ No original: “*Nel dettaglio, confuiscono, dunque, nel fascicolo per il dibattimento: a) gli atti relativi alla procedibilità dell’azione penale e all’esercizio dell’azione civile; b) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria; c) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero e dal difensore; d) i documenti acquisiti all’estero mediante rogatoria internazionale e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità; e) i verbali degli atti assunti nell’incidente probatorio; f) i verbali degli atti, diversi da quelli previsti dalla lett. d, assunti all’estero a seguito di rogatoria Internazionale ai quali i difensori sono stati in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana; g) il certificato generale del casellario giudiziale e gli altri documenti indicati nell’art. 236, relativi al giudizio sulla personalità dell’imputato; h) corpo del reato e le cose pertinenti al reato, qualora non debbano essere custoditi altrove (art. 431 comma 1º). Le parti, tuttavia, possono concordare l’acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti investigativi del pubblico ministero o del difensore diversi da quelli menzionati nell’art. 431 comma 1º (art. 431 comma 2º). Gli atti non inseriti nel fascicolo per il dibattimento – che devono essere trasmessi al pubblico ministero unitamente a quelli acquisiti all’udienza preliminare e al verbale dell’udienza (art. 433 comma 1º) – confluiscono nel fascicolo del pubblico ministero, destinato a incorporare, dopo, la chiusura delle indagini preliminar, anche il fascicolo del difensore (art. 391-octies comma 3º)”. In: CONSO, GREVI, BARGIS, **Compendio**... op. cit., p. 660.*

⁸⁸¹ TONINI, A **prova**... op. cit., p. 224-225.

⁸⁸² *Ibid.*, p. 225.

contaminação do processo, determina sua exclusão física”. Havendo necessidade de produção de provas relevantes e urgentes, deve-se utilizar o incidente de produção antecipada, perante o juiz da investigação preliminar, em contraditório e perante a defesa.⁸⁸³

Assim, enquanto os elementos de informação obtidos na fase de investigação são úteis à determinação do fato e da autoria, em grau de probabilidade e para justificar a ação penal, na fase de *dibattimento* é que se produz efetivamente a prova, cercada de todas as garantias,⁸⁸⁴ privilegiando os princípios da oralidade, do contraditório, da imediação e da concentração.⁸⁸⁵

Outro ponto importante no sistema italiano é que o *giudice per le indagini preliminari* está impedido de realizar a audiência preliminar e de sentenciar, o que decorre da preocupação com a imparcialidade desse juiz, exposta no art. 34 do CPP italiano que prevê, como regra, a separação das atividades de investigação e julgamento.⁸⁸⁶

Assim, em princípio, há previsão de atuação de três juízes diferentes, nas três fases: o *giudice per le indagini preliminari*, o *giudice dell'udienza preliminare* e o juiz da fase *di dibattimento*. O primeiro atua na investigação e o segundo é quem decide se envia o caso a julgamento ou não. Segundo MARZIA FERRAIOLI, o magistrado ora pode atuar na investigação, ora na fase intermediária, mas não pode exercer as duas funções no processo.⁸⁸⁷ A reforma de 1988 idealizou este juiz da fase intermediária, mas por questões de economia, a ideia não avançou. Somente dez anos depois, em face de várias decisões da Corte Constitucional sobre casos⁸⁸⁸ ampliativos de incompatibilidade, é que se introduziu este terceiro juiz atuante na fase intermediária.

Com isso em mente, depreende-se do artigo 34 do Código de Processo Penal italiano, os casos de incompatibilidade. No art. 34, parágrafo 1. está previsto que o juiz que proferiu ou contribuiu para a decisão em um grau do procedimento não pode exercer funções judiciais nos demais graus, nem participar do *rinvio a giudizio* após a anulação ou da sentença para revisão. Nessa hipótese, o magistrado já se pronunciou em uma instância e não pode

⁸⁸³ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, *Investigação...* op. cit., p. 377.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 376.

⁸⁸⁵ MOROSI, Guillermo *et al.* El Sistema Procesal Penal Italiano. In: HENDLER, Edmundo S. (dir.). **Sistemas Procesales Penales Comparados**. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1999, p. 185.

⁸⁸⁶ MAYA, *Imparcialidade...* op. cit., p. 175.

⁸⁸⁷ “*L'ufficio è unico: i magistrati che ne fanno parte possono essere tanto giudici per le indagini preliminari quanto giudici dell'udienza preliminare, ma non possono esercitare, nel procedimento, le due funzioni*”. Tradução livre: “O ofício é único: os juízes que dele fazem parte podem ser juízes de investigação e juízes de audiência preliminar, mas não podem exercer as duas funções no processo”. In: FERRAIOLI, **Il ruolo...** op. cit., p. 104.

⁸⁸⁸ FERRAIOLI, **Il ruolo...** op. cit., p. 104-105.

participar em instância superior, nem tampouco novamente avaliar a questão após anulação, eis que já julgou a causa.

No art. 34, parágrafo 2. está disposto que não pode participar no julgamento o juiz que tenha proferido a decisão conclusiva da audiência preliminar ou que tenha proferido o julgamento imediato ou que tenha proferido decreto penal de condenação ou que tenha decidido sobre impugnação acerca da sentença de *non luogo a procedere*. São típicos casos de prejulgamento nos quais o juiz não teria imparcialidade para atuar subsequentemente.

Importante previsão traz o art. 34, parágrafo 2-bis., ao dispor que o juiz que, no mesmo procedimento, tenha exercitado funções de juiz das *indagini preliminari*, não pode emitir o decreto penal de condenação nem realizar a audiência preliminar, bem como não pode participar do julgamento. Portanto, juiz da investigação não participa da fase intermediária e, em regra, o juiz da investigação não participa do julgamento.

O artigo 34, parágrafo 2-ter⁸⁸⁹ e o artigo 34.2-quater⁸⁹⁰ trazem exceções. Em linhas gerais, informam que não se aplica o impedimento do art. 34, parágrafo 2-bis ao juiz que no mesmo procedimento tenha adotado uma das providências especificadas no texto legal. São situações em que, no entender do legislador, não há avaliação de mérito ao ponto de necessitar o afastamento do juiz.

Por fim, segundo o art. 34.3, quem exerceu funções de Ministério Público, polícia judiciária, defensor, procurador especial, curador de uma parte ou como testemunha, perito, consultor técnico ou apresentou queixa ou reclamação, enfim, quem tem interesse direto na causa ou conhecimento sobre ela, não pode exercer a função de juiz no mesmo procedimento.⁸⁹¹

Mesmo com as hipóteses legais de incompatibilidade, a *Corte Costituzionale* foi provocada a analisar a inconstitucionalidade por omissão do art. 34, por falta de previsão de

⁸⁸⁹ “34.2-ter. Le disposizioni del comma 2-bis non si applicano al giudice che nel medesimo procedimento abbia adottato uno dei seguenti provvedimenti: a) le autorizzazioni sanitarie previste dall'articolo 11 della legge 26 luglio 1975, n. 354; b) i provvedimenti relativi ai permessi di colloquio, alla corrispondenza telefonica e al visto di controllo sulla corrispondenza, previsti dagli articoli 18 e 18-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354; c) i provvedimenti relativi ai permessi previsti dall'articolo 30 della legge 26 luglio 1975, n. 354 d) il provvedimento di restituzione nel termine di cui all'articolo 175; e) il provvedimento che dichiara la latitanza a norma dell'articolo 296.”

⁸⁹⁰ “34.2-quater. Le disposizioni del comma 2-bis non si applicano inoltreal giudice che abbia provveduto all'assunzione dell'incidente probatorio o comunque adottato uno dei provvedimenti previsti dal titolo VII del libro quinto.”

⁸⁹¹ “3. Chi ha esercitato funzioni di pubblico ministero o ha svolto atti di polizia giudiziaria o ha prestato ufficio di difensore, di procuratore speciale, di curatore di una parte ovvero di testimone, perito, consulente tecnico o ha proposto denuncia, querela, istanza orichiesta o ha deliberato o ha concorso a deliberare l'autorizzazione a procedere non può esercitare nel medesimo procedimento l'ufficio di giudice.”

outros casos de incompatibilidade,⁸⁹² de situações similares àquelas previstas em lei, em relação à anterior atuação do juiz na *indagine preliminare*. Foi o que aconteceu, por exemplo, em relação às decisões proferidas pelo juiz que rejeita o pedido de arquivamento e determina a formalização da acusação penal, bem como quanto à atuação do juiz na audiência preliminar e, ainda, quanto à análise de medidas cautelares pessoais e reais.⁸⁹³

No que tange ao arquivamento, a Corte Italiana entendeu na sentença 496/1990⁸⁹⁴ que, ao rejeitar o pedido de arquivamento e determinar a formalização da acusação penal, o juiz está realizando uma valoração não apenas formal, mas eminentemente substancial do conteúdo dos elementos probatórios colhidos na investigação preliminar, indicando estar convencido da existência das condições necessárias para enviar o caso a julgamento. Essa avaliação nada difere daquela que, durante o julgamento, esse mesmo juiz teria de realizar para condenar ou absolver o acusado, o que permite colocar em dúvida a sua imparcialidade, motivo pelo qual restou declarada a inconstitucionalidade por omissão do artigo 34, §2º, do Código de Processo Penal, na parte em que não prevê a incompatibilidade do juiz que indefere pedido de arquivamento para, depois, julgar o mérito da acusação penal.⁸⁹⁵ Tal situação, *mutatis mutandis*, assemelha-se à situação de arquivamento prevista no art. 28 do CPP brasileiro prévia à reforma do pacote Anticrime com eficácia suspensa por força da liminar proferida na ADI n. 6.305 em trâmite no STF.

Também a Corte Constitucional italiana avaliou os impactos na imparcialidade de atuações do juiz em diferentes audiências preliminares no âmbito de um mesmo procedimento. ANDRÉ MACHADO MAYA⁸⁹⁶ explica que em um primeiro momento, a Corte Constitucional decidiu, na *Ordinanza* 112/2001, não haver incompatibilidade no caso de o magistrado presidir nova *udienza preliminare* em razão de ter sido a primeira anulada em via recursal, por se entender que as decisões proferidas no âmbito dessa audiência – de

⁸⁹² MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 176.

⁸⁹³ *Ibid.*, p. 176-178

⁸⁹⁴ ITÁLIA. **Sentença 496/1990**. 31/10/1990. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁸⁹⁵ André Machado Maya, em sua obra, traz aprofundada pesquisa de outros casos pontuais discutidos pela Corte Constitucional Italiana nos quais se entendeu que há incompatibilidade de funções na medida em que há uma efetiva avaliação de mérito sobre a idoneidade dos resultados da investigação aptos a fundar um juízo de responsabilidade do suspeito, citando-se, à guisa de exemplo, as discussões travadas na Sentença n. 401/1991, publicada em 20.11.1991, Sentença 186/1992, publicada em 29.04.1992, Sentença 502/1991, publicada em 08.01.1992, Sentença 124/1992, publicada em 01.04.1992. O autor ressalva a *Ordinanza* 54/2003, na qual a Corte Constitucional, em aparente contradição com a decisão proferida na Sentença 496/1990, que a decisão de arquivamento postulada pelo Ministério Público não pode ser considerada uma decisão de mérito propriamente dita, mas uma simples decisão interlocutória, e afastou, por isso, a alegada incompatibilidade. *In: MAYA, Imparcialidade...* op. cit., p. 176-180. Ver também: FERRAIOLI, **Il ruolo...** op. cit., p. 102-103.

⁸⁹⁶ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 180-181.

arquivamento ou de *rinvio a giudizio* – apresentariam natureza eminentemente processual, em que ao juiz era dado apenas verificar a presença ou não de hipóteses processuais de arquivamento ou não, sem análise do mérito da acusação. Porém, outro entendimento foi fixado pela Corte Constitucional por ocasião da Sentença 335/2002. Ao considerar as alterações legislativas surgidas com as Leis 16/1999 e 07/2000, afirmou-se que “a audiência preliminar perdeu a sua inicial conotação de momento processual fundamentalmente orientado ao controle da ação penal”, porque, em verdade, permite-se ao juiz uma “valoração de mérito sobre a acusação formulada, não muito diferente daquela própria da sentença”.⁸⁹⁷ ANDRÉ MACHADO MAYA informa que, com tais alterações legislativas, passa o juiz a considerar se os elementos adquiridos são suficientes e idôneos a sustentar a acusação no julgamento, o que macula a imparcialidade. Por isso, ANDRÉ MACHADO MAYA afirma que:

Há, pois, nesse novo formato, uma valoração de mérito sobre a consistência da acusação, geradora de uma prognose sobre sua possibilidade de sucesso na fase de debates. Feitas essas considerações, e reconhecida a violação da garantia da imparcialidade jurisdicional, destacou o Tribunal Constitucional, porém, que a hipótese fática pode ser compreendida no âmbito da proibição já expressa no artigo 34 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual não se faz necessária a declaração da sua inconstitucionalidade por omissão⁸⁹⁸

Tais questionamentos ocorrem, segundo MARZIA FERRAIOLI, porque o juiz ora atua como órgão de controle e de garantia, ora como órgão de cognição. Assim, por exemplo, se realizou função de controle ou de garantia, no curso da fase preliminar, analisando medidas cautelares, pessoais ou reais, autorizou interceptação telefônica, prorrogou o prazo de duração de uma investigação, não pode participar da *udienza preliminare* nem se pronunciar sobre a aplicação de pena acordada ou decreto de condenação. Por outro lado, nem toda atuação no curso da investigação se torna impeditiva de desenvolvimento de funções nas fases seguintes. São os casos previstos no art. 34, parágrafos 2-ter e 2-quarter do CPP, em que não implicam valoração do mérito. A depender do tipo de provimento e a natureza da intervenção o juiz estará impedido ou não para outras fases da persecução.⁸⁹⁹ Assim, resume a autora que não pode participar do julgamento de mérito o juiz que tenha retido suficientes elementos de culpabilidade, que impliquem uma valoração do mérito.⁹⁰⁰

⁸⁹⁷ ITÁLIA. **Sentença 335/2002**. 17/07/2002. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁸⁹⁸ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 181.

⁸⁹⁹ FERRAIOLI, **Il ruolo...** op. cit., p. 100.

⁹⁰⁰ “Ogni volta, cioè, abbia emanato una decisione di merito, il giudice per le indagini preliminari non può più intervenire nell'ulteriore fase del giudizio dibattimentale perché difetterebbe dell'essenziale requisito della *terzietà*”. Tradução livre: “Ou seja, sempre que houver proferido uma decisão de mérito, o juiz das

De forma geral, compreende-se que é vedado a um mesmo magistrado proferir decisões meritórias no âmbito do mesmo procedimento criminal, o que se pode extrair da leitura do artigo 34, §2º, e §2º-bis, do Código de Processo Penal, que proíbe a participação no julgamento de mérito do juiz que, no mesmo procedimento, tenha atuado na fase de investigação preliminar ou que tenha proferido uma decisão conclusiva em uma fase anterior⁹⁰¹.

Do relatado neste tópico, é possível concluir que o modelo italiano influenciou a proposta de implantação do juiz das garantias no Brasil, guardadas as peculiaridades próprias do modelo comparado.

Enquanto no sistema italiano há a previsão de atuação de três juízes diferentes, aqui previram-se apenas dois, mas lá há uma destacada fase intermediária que aqui não temos, com uma ativa participação do juiz de envio do caso a julgamento ou não. Embora lá o juiz da fase de investigação tenha uma postura mais passiva (atuando por provocação das partes), o nível de cognição realizado por ele na fase de investigação preliminar é aprofundado, efetuando o controle da investigação, decidindo sobre medidas cautelares e meios de obtenção de prova, mas também exercendo um aprofundado exame em relação ao fato (nos casos de julgamento abreviado, exame de admissibilidade da acusação e pedidos de arquivamento) ao ponto de poder até determinar ao Ministério Público o oferecimento da acusação, cuja atuação meritória conduz ao impedimento para atuar na fase de julgamento.⁹⁰²

Além disso, na Itália há uma preocupação bastante acentuada com os elementos de informação que não se prestam a subsidiar o julgamento de mérito e, como regra, sequer são levados para conhecimento na fase de julgamento. Nesse ponto, percebe-se a nítida influência na proposta trazida com a Lei n. 13.964/2019 de não encarte da integralização das peças informativas para a fase processual, demonstrando uma preocupação do legislador nacional quanto à influência dos elementos informativos na imparcialidade do magistrado.

investigações preliminares não poderá mais intervir na fase seguinte do processo, porque não teria o requisito essencial da imparcialidade”. In: FERRAIOLI, **Il ruolo...** op. cit., p. 102.

⁹⁰¹ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 183.

⁹⁰² Mauro Fonseca Andrade alerta, contudo, que: “Em termos simples, o que temos na Itália é um juiz da fase de investigação que deve efetuar uma análise profunda, seja do fato, seja do indivíduo. Mais que isso, é justamente por essa profundidade, quando da cognição do tema posto ao exame do *giudice per le indagini preliminari*, que leva o TEDH a impedir – e somente nessa hipótese – que o juiz da fase de investigação seja o mesmo da fase de julgamento. Portanto, não havendo esse nível de cognição, não há motivos que sustentam eventual alegação de impedimento, tal como já restou julgado no Caso Padovani vs Itália, acima relatado”. In: ANDRADE, **Juiz das Garantias**. 2. ed... op. cit., p. 54-55.

4.2.3. Juiz de Instrução em Portugal

O atual Código de Processo Penal português (Decreto-Lei n. 78/87, em vigor desde 1988), de matriz declaradamente acusatória⁹⁰³ e influenciado por outros modelos europeus,⁹⁰⁴ revogou o anterior de 1929,⁹⁰⁵ sofrendo posteriores reformas. Em linhas gerais, a persecução penal portuguesa pode ser dividida em três fases: inquérito, instrução e julgamento.

O juiz de instrução pode atuar nas duas primeiras fases: no inquérito e na instrução. Segundo o art. 17 do CPP português “Compete ao juiz de instrução proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até à remessa do processo para julgamento, nos termos prescritos neste Código”.

Passemos a avaliar o papel do juiz de instrução português nessas mencionadas fases.

A investigação preliminar é chamada de *inquérito* que, segundo o art. 262, do CPP, “compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação”. Assim, tal fase se presta a investigar a existência do crime e sua autoria e fornecer subsídios para, ao final, o Ministério Público decidir “acerca da abertura ou não do processo penal”.⁹⁰⁶ A direção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal (art. 263º, n. 1), que atuam sob sua direta orientação e na sua dependência funcional (art. 263º, n. 2).

Em Portugal, o Ministério Público integra o Poder Judiciário e seus membros são considerados magistrados⁹⁰⁷ (art. 221.3 da Constituição de Portugal). Tanto assim o é que o

⁹⁰³ “Da mesma postura relevam, em geral, todas as disposições que, como implicações do sistema acusatório, visam realizar, na medida do possível, a reclamada «igualdade de armas» entre a acusação e a defesa”. PORTUGAL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 78/87**. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34570075/view>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁹⁰⁴ “3. No que aos factores exógenos respeita, ponderou-se atentamente a lição de direito comparado. Procurou-se, em particular, tirar vantagem dos ensinamentos oferecidos pela experiência dos países comunitários (Espanha, França, Itália, República Federal da Alemanha) com os quais Portugal mantém um mais extenso património jurídico e cultural comum; países de resto, todos eles, empenhados num processo de profunda renovação das instituições processuais penais”. Idem.

⁹⁰⁵ “O Decreto-lei n. 35.0007, de 13 de outubro de 1945 primou pela separação das atividades de acusação e de julgamento, as quais, por norma, no Código de Processo Penal de 1929, eram reunidas e atribuídas tão somente ao juiz. O referido Decreto possibilitou, portanto, a separação das fases de julgamento e de acusação, uma vez que a reunião destas duas atividades em uma só figura –o juiz – eivaria a sua imparcialidade”. In: LIMA, Thamirys Costa Quemel. **O Juiz de Instrução e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Inquérito Criminal**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017, p. 59.

⁹⁰⁶ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 387.

⁹⁰⁷ “En conclusión, para la concepción portuguesa, el Ministerio Público es un órgano judicial, integrado, com autonomía, al Poder Judicial y dotado de atribuciones que no son materialmente jurisdiccionales ni si limitan a las ejercidas por los tribunales”. In: BUNGE CAMPOS, Luis María. **Sistema Procesal Penal de Portugal**. HENDLER, Edmundo S. (director). **Sistemas Procesales Penales Comparados**. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1999, p. 339.

art. 1º, do CPP português, dispõe que se considera “autoridade judiciária: o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos atos processuais que cabem na sua competência”. Assim sendo, a investigação em Portugal é um procedimento judicial pré-processual, pois levada a cabo pelos magistrados do Ministério Público.⁹⁰⁸

Porém, embora integre o Poder Judiciário, o Ministério Público tem atribuições distintas da jurisdição (essa sim atribuída aos juízes), pois enquanto os juízes “aplicam o direito objetivo ao caso concreto”, o Ministério Público português “colabora no exercício do poder jurisdicional através do exercício da ação penal e da iniciativa da defesa da legalidade democrática”.⁹⁰⁹

O “promotor investigador é o protagonista do inquérito”⁹¹⁰ e pode praticar todos os atos necessários, para o cumprimento das finalidades dessa fase, que se definem por exclusão (art. 267º do CPP), ou seja, todos aqueles que não necessitam de uma ordem, autorização ou pessoalmente praticados pelo juiz de instrução.⁹¹¹ O juiz de instrução também intervém no inquérito, porém aqui, segundo AURY LOPES JÚNIOR e RICARDO GLOECKNER, com um diferencial porque atua em duas frentes: na investigação e como garante. Contudo, “apesar da aparente atividade instrutória do juiz, na verdade o protagonismo é do promotor e que não existe a figura do juiz instrutor. Prevalece, claramente, a postura do juiz garantista”,⁹¹² pois o juiz atua controlando a legalidade da investigação e sem iniciativa para a produção das provas.⁹¹³

Por isso, AURY LOPES JÚNIOR e RICARDO GLOECKNER defendem que por lá existe um sistema peculiar misto, “predominantemente garantista e excepcionalmente investigatória”. Isso, porque, segundo os autores, o juiz do inquérito tanto investiga,

⁹⁰⁸ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, *Investigação...* op. cit., p. 387.

⁹⁰⁹ Idem.

⁹¹⁰ Ibid., p. 388.

⁹¹¹ BUNGE CAMPOS, *Sistema Procesal...* op. cit., p. 355.

⁹¹² LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, *Investigação...* op. cit., p. 388. Nesse sentido, também: MOTA, José Luís Lopes da. A fase preparatória do processo penal português. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 10, n. 19, p. 219-257, jan./jun., 2002. No mesmo sentido: “O juiz de instrução atua como garante das liberdades, sobretudo na fase de inquérito, durante a qual se tornam mais comuns e, por vezes, mais graves as lesões aos direitos fundamentais das pessoas – principalmente os que se prendem às liberdades –por estar munido de independência e imparcialidade atribuídas pela CRP e pelo seu estatuto, porquanto seja o único sujeito processual capaz de atuar na proteção destes direitos e liberdades”. In: LIMA, *O Juiz de Instrução...* op. cit., p. 15.

⁹¹³ SILVA, Larissa Marila Serrano da. *A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 55-56. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/1843/BUBD-99QJAH>>. Acesso em: 12 abr. 2022. No mesmo sentido: “Durante el trámite del inquérito el juez de Instrucción actúa como un verdadero juez de Garantías, teniendo en esta etapa una función pasiva, como dijimos de garantía de los derechos fundamentales y sin iniciativa procesal propia”. In: BUNGE CAMPOS, *Sistema Procesal...* op. cit., p. 355.

praticando pessoalmente atos, quanto opera como garante, na salvaguarda dos direitos fundamentais.⁹¹⁴

Assim, no primeiro grupo de atos (art. 268, CPP),⁹¹⁵ o juiz de instrução intervém pessoalmente como investigador. O próprio artigo é nominado como “Actos a praticar pelo juiz de instrução”. Dessa forma, durante o inquérito, compete exclusivamente ao juiz de instrução: proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido preso; proceder aplicação de medidas de coação ou de garantia patrimonial; proceder buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário; tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo de correspondência apreendida; declarar a perda a favor do Estado de bens apreendidos quando houver pedido de arquivamento pelo Ministério Público e praticar quaisquer outros atos que a lei expressamente reservar ao juiz de instrução.

Porém, nessas situações, o juiz de instrução não age de ofício.⁹¹⁶ Sua atuação é condicionada à prévia petição dos interessados⁹¹⁷ e deve decidir quanto ao pedido no prazo máximo de vinte e quatro horas, “com base na informação que, conjuntamente com o requerimento, lhe for prestada, dispensando a apresentação dos autos sempre que a não considerar imprescindível” (art. 268º, n. 4).

⁹¹⁴ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, *Investigação...* op. cit., p. 389. Segundo Jorge Figueiredo Dias e Nuno Brandão, “o juiz de instrução detém competência para, durante o inquérito, conhecer e decidir pedidos que lhe sejam dirigidos pelo arguido ou por outras pessoas com interesse em agir para sindicar atos, do Ministério Público ou de órgãos de polícia criminal, que possam contrariar normas consagradas de proibições de prova. Poder decisório que não se encontra limitado ao elenco de atos previsto nos artigos 268.º e 269.º do CPP e no qual vai implicada a possibilidade de o juiz de instrução decretar a proibição de utilização ou valoração das provas maculadas em virtude de inobservância dessas normas. Proibição que, quando devida, pode (e desejavelmente, deve) ser declarada mesmo antes de efetivamente ocorrer a ingerência estadual questionada. Será do mesmo modo esta a conclusão, substancialmente pelas mesmas razões, a tirar relativamente aos atos processuais restritivos de direitos fundamentais dos visados aos quais sejam opostas arguições de invalidade: também em relação a eles deve ser reconhecida a competência do juiz de instrução para, na pendência da fase de inquérito, proceder ao controlo da sua legalidade”. DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. O controlo pelo juiz de instrução das invalidades e proibições de prova durante a fase de inquérito. *In: MOUTINHO, José Lobo et al. (coord.). Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2020, v. 1. p. 1155-1177.

⁹¹⁵ Art. 268º. 1 – “Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução: a) Proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido; b) Proceder à aplicação de uma medida de coação ou de garantia patrimonial, à exceção da prevista no artigo 196.º, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público; c) Proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, nos termos do n.º 3 do artigo 177.º, do n.º 1 do artigo 180.º e do artigo 181.º; d) Tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do n.º 3 do artigo 179.º; e) Declarar a perda, a favor do Estado, de bens apreendidos, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277.º, 280.º e 282.º; f) Praticar quaisquer outros atos que a lei expressamente reservar ao juiz de instrução”.

⁹¹⁶ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, *Investigação...* op. cit., p. 389.

⁹¹⁷ Art. 268º. 2 – “O juiz pratica os atos referidos no número anterior a requerimento do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal em caso de urgência ou de perigo na demora, do arguido ou do assistente.”

Já no segundo grupo de atos (art. 269, CPP),⁹¹⁸ o juiz não age mais como investigador, mas como garante, “verificando a legalidade e determinando os limites da restrição dos direitos fundamentais do sujeito passivo”.⁹¹⁹ Aqui, de igual forma, depende de provocação prévia das partes, mas não pratica pessoalmente os atos e sim os ordena ou autoriza a sua prática. Nesse grupo, incluem-se a autorização para efetivação de perícias e exames, as buscas domiciliares, apreensões de correspondência, interceptação, gravação ou registro de conversas ou comunicações e a prática de quaisquer outros atos que a lei expressamente condicionar à ordem ou autorização do juiz de instrução.

Assim, segundo GINA BEZERRA RIBEIRO GONÇALVES, embora o Ministério Público seja o responsável pelo desenvolvimento do inquérito, existem atos que só podem ser executados ou autorizados pelo juiz da instrução, em razão de sua ligação com os direitos fundamentais ou em decorrência de cláusula de reserva de juiz (v.g., medidas de coação e garantia patrimonial). Nessas situações, segundo a autora, o juiz de instrução age na qualidade de juiz das liberdades.⁹²⁰

Ainda na fase de inquérito, o CPP português prevê a possibilidade de realização de “Declarações para memória futura”. É o que se assemelha à nossa produção antecipada de prova e ocorre, por provocação do interessado, segundo o art. 271 do CPP:

Em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha, que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento, bem como nos casos de vítima de crime de tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual, o juiz de instrução, a requerimento do Ministério Público, do arguido, do assistente ou das partes civis, pode proceder à sua inquirição no de curso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento.

Encerrada a fase de inquérito, o Ministério Público pode pedir o arquivamento ou proceder a acusação.⁹²¹ Na sequência, pode suceder uma fase intermediária, chamada de

⁹¹⁸ Art. 269.º 1 – “Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar: a) A efetivação de perícias, nos termos do n.º 3 do artigo 154.º; b) A efetivação de exames, nos termos do n.º 2 do artigo 172.º; c) Buscas domiciliárias, nos termos e com os limites do artigo 177.º; d) Apreensões de correspondência, nos termos do n.º 1 do artigo 179.º; e) Interceptação, gravação ou registro de conversações ou comunicações, nos termos dos artigos 187.º e 189.º; f) A prática de quaisquer outros atos que a lei expressamente fizer depender de ordem ou autorização do juiz de instrução. 2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo anterior”.

⁹¹⁹ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, *Investigação...* op. cit., p. 389.

⁹²⁰ GONÇALVES, Gina Bezerra Ribeiro. Repercussões do “Estado De Inocência” do Arguido nas Fases de Inquérito, Instrução e Julgamento e a (In)Subsistência da Visão Gradualista da Presunção de Inocência. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017, p. 63. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/84138/1/Gina%20Bezerra%20Ribeiro%20Gon%C3%A7alves.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁹²¹ Art. 283.º (Acusação pelo Ministério Público) 1 – “Se durante o inquérito tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente, o Ministério Público, no prazo de 10 dias, deduz acusação contra aquele.”

instrução.⁹²² A fase de instrução ocorre sob a direção do juiz de instrução e é uma fase facultativa⁹²³ do processo penal comum, cuja instauração ocorre, na forma do art. 287º, n. 1, do CPP, a pedido do arguido (quando se concluir pela acusação) ou do assistente (quando não se concluir pela acusação). Porém, segundo AURY LOPES JÚNIOR e RICARDO GLOECKNER, quando o Ministério Público concluiu o inquérito e acusa, se não houver impugnação da defesa, a fase preliminar será um mero juízo de pré-admissibilidade da acusação, sem audiência contraditória. Da mesma forma, quando o Ministério Público opina pelo arquivamento e não existe recurso do assistente. Outrossim, para delitos de menor gravidade, o Ministério Público pode oferecer a suspensão condicional do processo, cabendo ao juiz da instrução, neste caso, o controle de legalidade do ato.⁹²⁴

Se instaurada a instrução, dispõe o CPP em seu art. 286º, n.º 1 que essa fase “visa à comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento”. Para LUIS MARÍA BUNGE CAMPOS, a fase intermediária é uma fase de “crítica do inquérito” e o juiz de instrução funciona aqui como um “verdadeiro Tribunal de acusação”.⁹²⁵ Por isso, segundo THAMIRYS COSTA QUEMEL LIMA, “[O]riginarmente, o papel da fase de instrução e também, ao que parece, nos dias atuais, está atrelado ao exercício facultativo de controle judicial da decisão tomada pelo Ministério Público de acusação ou arquivamento”.⁹²⁶

Nesta fase, segundo GINA BEZERRA RIBEIRO GONÇALVES, compete ao juiz de instrução a realização de todos os atos que possam influenciar na decisão de pronúncia ou não pronúncia, que é proferida após a realização do debate instrutório.⁹²⁷

Aqui percebe-se que o sistema português prescreve a observância do princípio subsidiário da investigação judicial, recaindo sobre o juiz o ônus de investigar e determinar officiosamente o fato e a autoria submetidos à apreciação judicial, impondo ao Tribunal que se socorra não apenas dos meios de prova apresentados pelos sujeitos processuais, mas que recorra officiosamente a outros meios cujo conhecimento se afigure necessário à descoberta

⁹²² Art. 286.º (Finalidade e âmbito da instrução) 1 – “A instrução visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento. 2 - A instrução tem carácter facultativo. 3 - Não há lugar a instrução nas formas de processo especiais”.

⁹²³ No sistema português, a fase intermediária não é obrigatória como em muitos sistemas europeus. Só se realiza quando é requerida pelo acusado ou pelo assistente da acusação que, inconformados com a decisão do Ministério Público, postulam o controle jurisdicional. *In*: LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 392.

⁹²⁴ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 392. Ver também: BUNGE CAMPOS, *Sistema Procesal...* op. cit., p. 350-351.

⁹²⁵ BUNGE CAMPOS, *Sistema Procesal...* op. cit., p. 359.

⁹²⁶ LIMA, **O Juiz de Instrução...** op. cit., p. 14.

⁹²⁷ GONÇALVES, **Repercussões...** op. cit., p. 75.

da verdade.⁹²⁸ Assim, por força do mencionado princípio, o órgão jurisdicional tem o dever de investigar e esclarecer, se necessário oficiosamente, o fato submetido ao julgamento, retirando das partes (Ministério Público e defesa) qualquer ônus da prova.⁹²⁹

Há uma série de autorizações legislativas, na fase de instrução, permitindo ao juiz de instrução atuar em busca de provas. Ele inclusive é assistido pelos órgãos de polícia criminal para tanto.⁹³⁰ O art. 288º, n. 4., inclusive, dispõe que o juiz investiga autonomamente o caso submetido em instrução, tendo em conta a indicação, constante do requerimento da abertura de instrução.⁹³¹ Segue o art. 290º, permitindo a prática de todos os atos necessários à realização das finalidades da instrução, podendo delegar a órgãos de polícia criminal o encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações relativas à instrução, salvo tratando-se do interrogatório do arguido, da inquirição de testemunhas e de atos que por lei devem exclusivamente ser realizados pelo juiz.

Esta intensa atuação do juiz na fase de instrução também é visível no art. 291º que dispõe que “Os actos de instrução efectuem-se pela ordem que o juiz reputar mais conveniente para o apuramento da verdade”, podendo o juiz, ainda, ordenar oficiosamente aqueles atos que considerar úteis. Pode, ainda, dentro dessa perspectiva de descobrimento da verdade, interrogar o arguido e ouvir a vítima, quando o julgar necessário e sempre que estes o solicitarem (art. 292º) e, ainda, pode oficiosamente ou a requerimento, proceder, durante a instrução, declarações para memória futura.

GINA BEZERRA RIBEIRO GONÇALVES assevera, ainda, que durante a instrução, o juiz pode decretar medidas de coação e de garantia patrimonial em desfavor do arguido. No caso das medidas de coação mais graves, a lei impõe como exigência para a sua decretação a existência de “indícios fortes” de autoria delitiva. Ainda, segundo a autora,

⁹²⁸ É o que dispõe o art. 340 do CPP: “1 - O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. 2 - Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da acta”. Nesse sentido: “Hodiernamente, o processo penal português, concebido em um contexto político diverso daquele, também consagrou, com o advento do Decreto-lei n. 78 de 1987, a busca da verdade, diante de uma ampla atuação do juiz, uma vez que estabeleceu a estrutura acusatória do processo, permeada por um princípio subsidiário de investigação. O art. 340º, n.º 1 do CPP deixa clara a opção pela adoção do princípio da investigação oficial e traz, expressamente, a noção de busca da verdade. A ‘descoberta da verdade’ e ‘a boa decisão da causa’ de que trata o artigo supracitado, constituem elementos essenciais para que se possa compreender a estruturação do processo penal português. A descoberta da verdade é expressamente consagrada ao longo de várias normas no CPP”. In: LIMA, **O Juiz de Instrução...** op. cit., p. 59.

⁹²⁹ SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. **Revista dos Tribunais**. a. 97, v. 868, fev. 2008. p. 441-442.

⁹³⁰ Art. 288º. Direcção da instrução 1 – “A direcção da instrução compete a um juiz de instrução, assistido pelos órgãos de polícia criminal.”

⁹³¹ Art. 288º, 4. “O juiz investiga autonomamente o caso submetido em instrução, tendo em conta a indicação, constante do requerimento da abertura de instrução, a que se refere o n.º 2 do artigo anterior”.

entende-se que tais indícios podem ser qualificados como “fortes” quando, diante das provas até então coletadas no processo, considera-se mais provável a decisão de pronúncia do que a decisão de não pronúncia.⁹³²

Ao final da fase instrutória, haverá um debate (art. 298º) oral e contraditório, sobre se, do decurso do inquérito e da instrução, resultam indícios de fato e elementos de direito suficientes para justificar a submissão do arguido a julgamento. Pode, ainda, o juiz, na forma do art. 304º, interromper o debate instrutório sempre que, no decurso dele, se aperceber de que é indispensável a prática de novos atos de instrução.

GINA BEZERRA RIBEIRO GONÇALVES expõe que o encerramento da fase de instrução ocorre com o despacho de pronúncia ou não pronúncia, a depender da existência ou não, respectivamente, de indícios suficientes de se terem verificados os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, conforme preceitua o art. 308º, n.º 1, do CPP. Segundo a autora, o ponto fulcral para a decisão judicial implica na compreensão do que sejam indícios suficientes, ou sejam “exige-se certeza quanto à existência de indícios suficientes de autoria”.⁹³³

A depender da decisão do juiz de instrução (pronúncia ou não pronúncia), determina-se a evolução para a fase de julgamento ou o arquivamento.⁹³⁴ Caso o juiz da instrução decida pela pronúncia, em concordância com os termos propostos na acusação deduzida pelo Ministério Público, a decisão é irrecorrível.⁹³⁵ Segue-se, então, a fase de julgamento que é de competência do Tribunal (Tribunal singular, Tribunal coletivo ou Tribunal do júri, conforme a norma de organização judiciária).⁹³⁶ O Tribunal só poderá, em regra, considerar para a formação de sua convicção os elementos probatórios que tiverem sido produzidos ou examinados na audiência de julgamento.⁹³⁷

⁹³² GONÇALVES, **Repercussões...** op. cit., p. 75.

⁹³³ *Ibid.*, p. 76.

⁹³⁴ *Ibid.*, p. 74.

⁹³⁵ Dispõe o art. 310º, n.1, do CPP: “A decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público, formulada nos termos do artigo 283.º ou do n.º 4 do artigo 285.º, é irrecorrível, mesmo na parte em que apreciar nulidades e outras questões prévias ou incidentais, e determina a remessa imediata dos autos ao tribunal competente para o julgamento”.

⁹³⁶ Em primeira instância, na fase de julgamento podem atuar um Tribunal singular, previsto no art. 16 do CPP (composto por um único juiz, sempre diferente do juiz de instrução), um Tribunal coletivo, com previsão no art. 14 do CPP (composto por três juízes) ou o Tribunal de Juri (art. 13 do CPP) composto por juízes do Tribunal coletivo e jurados. *In: BUNGE CAMPOS, Sistema Processal...* op. cit., p. 347.

⁹³⁷ GONÇALVES, **Repercussões...** op. cit., p. 79.

O juiz da instrução atua, portanto, na fase de investigação (obrigatória do processo penal comum) e na instrução processual (facultativa), mas está impedido de julgar,⁹³⁸ consoante disposto no art. 40 do CPP português.⁹³⁹ Observe-se que, dentre as hipóteses de impedimento para participar do julgamento previstas no art. 40º, estão os casos em que o juiz tiver aplicado medida de coação prevista nos artigos 200.º a 202.º (que pode ocorrer tanto na fase de inquérito como na fase instrutória) e quando tiver presidido a debate instrutório.

O CPP português, em seu artigo 43º, n. 1, também prevê hipótese de recusa da intervenção judicial, quando “correr o risco de ser considerada suspeita, por existir motivo, sério e grave, adequado a gerar desconfiança sobre a sua imparcialidade”. Ainda, pode constituir fundamento de recusa, a intervenção do juiz em outro processo ou em fases anteriores do mesmo processo fora dos casos do artigo 40. O art. 43º, n. 4, por outro lado, estabelece que o juiz não pode declarar-se voluntariamente suspeito, mas pode pedir ao Tribunal competente que o escuse de intervir quando se verificarem as condições antes mencionadas.

Da breve explanação sobre o processo penal português, pode-se observar a preocupação do legislador de evitar que o juiz de instrução, que tenha participado da fase de inquérito e da fase de instrução, quando essa houver, atue também na fase de julgamento, porque resta comprometida a sua imparcialidade.⁹⁴⁰ É que há uma intensa participação do juiz de instrução, tanto na fase de inquérito como na instrução. No inquérito, embora possa atuar como um juiz garante (ou de liberdades), no controle da legalidade da investigação, também pode, por provocação das partes, decretar medidas que envolvam direitos

⁹³⁸ Com a Constituição de 1976, não mais se poderiam confundir na mesma entidade as funções de juiz da instrução e de julgamento. Na Lei n. 82/77, de 6 de Dezembro, na opção entre o juiz de instrução e o juiz do julgamento, o legislador optou por este último, sob o entendimento de que “o juiz de instrução estaria tendencialmente mais receptivo à acusação, porquanto estaria predisposto a valorar em maior grau as provas que ele próprio recolhera; apenas a preocupação de reforçar as garantias de defesa do arguido, evitando uma fácil corroboração da posição do Ministério Público nas acusações, explica a opção legislativa”. *In: BARRETO, A Convenção...* op. cit., p. 150-161, p. 158.

⁹³⁹ Art. 40º. “Impedimento por participação em processo. Nenhum juiz pode intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver: a) Aplicado medida de coação prevista nos artigos 200.º a 202.º; b) Presidido a debate instrutório; c) Participado em julgamento anterior; d) Proferido ou participado em decisão de recurso anterior que tenha conhecido, a final, do objeto do processo, de decisão instrutória ou de decisão a que se refere a alínea a), ou proferido ou participado em decisão de pedido de revisão anterior. e) Recusado o arquivamento em caso de dispensa de pena, a suspensão provisória ou a forma sumaríssima por discordar da sanção proposta (grifo nosso)”. PORTUGAL. Código de Processo Penal... op. cit.

⁹⁴⁰ “O juiz da instrução, como dito anteriormente, pode decretar, a pedido do Ministério Público, medidas de coação já na fase de inquérito. Entende-se que quando essa possibilidade legal ocorre no caso concreto, resta afetada a imparcialidade do juiz, e conseqüentemente comprometido o princípio da presunção de inocência, pois a participação do julgador na fase de inquérito, ainda que adstrita à figura do juiz das liberdades, implica inexoravelmente pré-juízos quanto à decisão de pronúncia/não pronúncia”. *In: GONÇALVES, Repercussões...* op. cit., p. 75-76.

fundamentais ou até mesmo executá-las pessoalmente. Já na fase de instrução (se houver), há um intenso controle judicial sobre a pronúncia ou impronúncia do imputado, podendo, inclusive, atuar oficiosamente para produzir provas, em nome do princípio investigatório, tendo ele o dever de apurar a verdade, seja em favor da acusação ou em prol da defesa. Isso justifica, portanto, que, na fase de julgamento, o magistrado seja outro diverso do que atuou nas outras duas fases anteriores.

4.2.4. Juiz instrutor na Espanha

O ordenamento processual penal espanhol tem como principal fonte a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882 (LECrím)⁹⁴¹ que sofreu influências do Código de Instrução Francês de 1808 e do Código Austríaco de 1873. A *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrím) de 1882 divide o rito ordinário (aplicável aos delitos cuja pena privativa de liberdade é superior a nove anos) em três fases: 1) a investigação preliminar (ou também chamada de *sumario*, *instrucción sumarial* ou *instrucción preliminar*⁹⁴²) de caráter inquisitório; 2) a fase intermediária (*intermedia* ou *preparación del juicio oral* prevista no art. 790 LECrím) que analisa se é caso de arquivamento ou abertura da fase processual e 3) o *juicio oral*, de caráter acusatório.

Na primeira fase (investigatória), toda atividade se desenvolve sob responsabilidade do juiz instrutor, que investiga o fato criminal e todas as suas circunstâncias, com a finalidade de recolher elementos ao exercício ou não da pretensão acusatória.⁹⁴³ Trata-se de um sistema de “investigação preliminar judicial”,⁹⁴⁴ pois o juiz instrutor é o principal protagonista nesse modelo e detém todos os poderes necessários para concluir a investigação, que culminará ou não em um processo (fase oral). AURY LOPES JÚNIOR e RICARDO GLOECKNER explicam que os elementos de convicção:

⁹⁴¹ ESPANHA. **Ley de Enjuiciamiento Criminal. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.** Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁹⁴² Segundo o art. 299 da LECrím, define-se o sumário como “*las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos*”. Em tradução livre: “As ações visam preparar o julgamento e realizadas para apurar e registrar a perpetração dos crimes com todas as circunstâncias que possam influir na sua qualificação e na culpa dos infratores, zelando pelas suas pessoas e suas responsabilidades financeiras”.

⁹⁴³ GIACOMOLLI, **Legalidade...** op. cit., p. 157-158. Importante observar que, mesmo no processo abreviado, aplicável aos crimes cuja pena privativa de liberdade não seja superior a nove anos, a investigação, como no ordinário, está a cargo de um Juiz instrutor, mas o julgamento é proferido por outro magistrado, chamado de *Juez de lo Penal* (penas até cinco anos de prisão); *Audiencia Provincial* (penas de cinco a nove anos de privação de liberdade) e a competência para ditar sentença quando houver consenso sobre a pena – *conformidad* -, do *Juzgado de Guardia*.

⁹⁴⁴ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 352.

[N]ão apenas são produzidos na presença do juiz instrutor, mas são colhidos e produzidos por ele mesmo. O juiz de instrução obra como um verdadeiro investigador, atuando de ofício e sem estar submetido ou vinculado a petições do Ministério Público ou da defesa, que são meros colaboradores. Caberá a ele decidir sobre a utilidade das diligências solicitadas para os fins da investigação, denegando as que a seu juízo forem desnecessárias.⁹⁴⁵

Assim, tem-se no juiz verdadeiro protagonista da fase de instrução preliminar, condutor dos rumos da investigação. O juiz instrutor é o “titular da instrução preliminar e cabe a ele receber direta ou indiretamente a notícia-crime, buscar as fontes de informação e investigar os fatos apontados”.⁹⁴⁶

O Ministério Público, por sua vez, é “figura coadjuvante do Juiz Instrutor, é cientificado e ouvido a respeito das investigações, podendo estar presente na prática dos autos e solicitar diligências”.⁹⁴⁷ Essa postura de figurante pelo Ministério Público é tanto assim real que o juiz instrutor poderá adotar inúmeras providências de ofício (mesmo que contra a vontade do Ministério Público) ou mediante provocação, como, por exemplo, interrogar o suspeito, impor medidas cautelares pessoais ou reais, conceder liberdade provisória, realizar inspeções judiciais, reconhecimentos e acareações, ouvir vítimas e testemunhas e ordenar a realização de perícias, enfim, adotar atos para apurar a materialidade e autoria.

Tamanho é o poder do juiz de instrução que pode investigar mesmo que o titular da eventual futura ação penal entenda que não existem motivos razoáveis para isso.⁹⁴⁸ Vale dizer, mesmo que o titular da ação penal não anteveja motivos para a persecução penal, se o juiz instrutor resolve investigar o fato, sua decisão é imperativa.⁹⁴⁹ O Ministério Público tem uma função de inspeção/fiscalização (art. 306, I, da LECrim), que não vincula o juiz instrutor já que este pode agir inclusive de ofício. Com efeito, “a instrução preliminar pode iniciar, desenvolver-se e concluir ainda que se oponha o MP ao seu início, desenvolvimento ou conclusão”.⁹⁵⁰

⁹⁴⁵ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 356.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 357.

⁹⁴⁷ GIACOMOLLI, **Legalidade...** op. cit., p. 158.

⁹⁴⁸ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 357.

⁹⁴⁹ Assim, pode existir uma *instrucción fiscal* intentada pelo promotor tão logo tome conhecimento da prática de um fato que se apure mediante ação pública, mas se o juiz instrutor comanda ou inicia um procedimento judicial, a partir do momento em que o promotor toma conhecimento desse fato, deve remeter toda a investigação para o juiz instrutor que assume o “mando total da instrução preliminar” pois a investigação do juiz instrutor é “prioritária e preferente”. *In*: LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 362.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 357.

Dado o protagonismo do juiz instrutor na fase pré-processual, vários debates ocorreram concernentes à preocupação com a sua imparcialidade, marcados por influência dos julgados do TEDH, que impactaram tanto na jurisprudência como legislação espanhola.

No sistema original da LECrim de 1882 aparece pela primeira vez uma causa de abstenção ou recusa daquele que tiver sido instrutor da causa,⁹⁵¹ instaurando o princípio de que “quem é competente para instruir não pode ser competente para julgar”.⁹⁵² Essa preocupação, segundo JUAN MONTERO AROCA, veio expressa na Exposição de motivos da LECrim que alertava para os vícios do processo anterior em que o juiz que instruía era o mesmo que pronunciava a sentença. Assim, como remédio aos pré-juízos instaurados no julgador por conta da atuação na instrução, instaurou-se um processo novo, baseado na divisão em duas fases, uma de instrução ou sumário, que é “uma mera preparação do *juicio*” e outra de *juicio oral*, onde os magistrados formarão sua convicção com “abstração da parte do sumário suscetível de ser reproduzida em juízo”.⁹⁵³

Com tal divisão, a Lei processual espanhola do ano de 1882 já intentava solucionar

[U]m dos mais sérios problemas da legislação adjetiva então vigente [que] era o fato de o juiz sentenciante ser o mesmo que havia, antes, conduzido a investigação criminal, decidindo, pois, o feito, com todos os pré-conceitos e prejulgamentos daí decorrentes. Surgia, então, a ideia de separação das atividades de investigação e julgamento.⁹⁵⁴

Tal procedimento vigorou na Espanha até uma “distorção⁹⁵⁵” trazida pela Lei n. 3/1967. Àquela época, um excessivo número de processos criminais e aumento da criminalidade pressionou o Legislativo a atribuir a investigação e o julgamento de delitos menos graves a um mesmo órgão julgador (o *Juzgado de Instrucción* passava a ter competência para a *instrucción* e para o *juicio oral*). No mesmo sentido foi a Lei Orgânica 10/1980 que, em delitos de menor gravidade, passou a proibir a recusa, pelas partes, do

⁹⁵¹ A redação original do art. 54 previa hipóteses de recusa, entre elas a que interessa diretamente a este trabalho: “*Artículo 54. Son causas legítimas de recusación: (...) 12. Haber sido Instructor de la causa*”. Ocorre que, por meio da Lei 1/2000 modificou-se a redação do artigo 54, que agora tem a seguinte redação “*Artículo 54. La abstención y la recusación se regirán, en cuanto a sus causas, por la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en cuanto al procedimiento, por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”. Portanto, é na *Ley Orgánica del Poder Judicial -LOPJ (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio)* que se encontram, agora, as hipóteses de abstenção e recusa, sendo que em seu art. 219, 11^a tem-se uma hipótese correspondente a do art. 54, 12 da LECrim, qual seja: “*Artículo 219. Son causas de abstención y, en su caso, de recusación: (...) 11.ª Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia*”.

⁹⁵² AROCA, **Sobre la imparcialidad**... op. cit., p. 39.

⁹⁵³ *Ibid.*, p. 40.

⁹⁵⁴ MAYA, **Imparcialidade**... op. cit., p. 158.

⁹⁵⁵ AROCA, **Sobre la imparcialidad**... op. cit., p. 41.

magistrado que houvesse participado da investigação criminal (o que era permitido pelo art. 54, § 12, da LECrim).⁹⁵⁶

Observe-se que, cronologicamente, estamos no começo dos anos 1980, quando o TEDH começou a ser questionado sobre a imparcialidade do juiz de instrução. O TEDH, após o julgamento dos casos *Piersack vs. Bélgica* (1982) e *De Cubber vs. Bélgica* (1984), declarou que a assunção pelo juiz sentenciador de funções investigativas em momentos anteriores ao processamento implicava, em si mesmo, uma suspeita de perda de imparcialidade.⁹⁵⁷

Foi nesse contexto que o Tribunal Constitucional Espanhol, em 1988, foi instado a decidir sobre a inconstitucionalidade da Lei Orgânica 10/1980. No julgamento da STC 145/1988 o Tribunal Constitucional Espanhol estabeleceu balizas que passam a ser decisivas na jurisprudência espanhola.

O Tribunal Constitucional Espanhol invocou o artigo 24.2 da Constituição Espanhola de 1978 que expressamente reconhece o direito ao juiz imparcial e o art. 10.2, por sua vez, que estabelece que as normas relacionadas a direitos fundamentais e liberdades serão interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e também como os tratados e acordos internacionais ratificados pela Espanha, os quais integram o ordenamento jurídico (art. 93 a 96 da Constituição Espanhola). Assim, o Tribunal Constitucional Espanhol claramente leva em consideração muitos dos critérios jurisprudenciais do TEDH.

Nessa linha, o Tribunal Constitucional da Espanha, pela sentença STC 145/1988 estabeleceu o princípio de que “juiz que investiga não pode julgar”, entendendo que:

Nesse caso, perde-se a imparcialidade - consciente ou inconscientemente - porque “a atividade investigativa, na medida em que coloca quem a realiza em contato direto com o acusado e com os fatos e dados que devem servir para apurar o crime e seus possíveis responsáveis podem provocar no ânimo do instrutor, mesmo a

⁹⁵⁶ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 158-159. Nereu José Giacomolli explica que após a Guerra Civil e as duas Grandes Guerras, houve um incremento dos delitos contra o patrimônio e a preocupação com o número de vítimas de delitos de trânsito. Diante da necessidade de se dar uma resposta mais célere aos delitos de menor potencial ofensivo, a lei processual sofreu alterações. Em 1967, uma importante modificação ocorreu na Lei do automóvel, que “rompeu com a tradição de 1882 de que o magistrado que investigava não pode julgar, pois deferiu ao Juiz Instrutor também a função de julgar”. Por sua vez, a Lei Orgânica 10/80 tratou do processamento de delitos dolosos, menos graves e flagrantes, processáveis *ex officio*, passando a prever que o juiz que investigava também julgaria. Giacomolli sustenta que as reformas pontuais são fruto de uma contínua frustração ante o incremento progressivo da delinquência e os políticos acreditaram que com a criação de processo mais rápidos, especialmente com a concentração da persecução e da decisão na mesma pessoa, estariam solucionando todos os problemas da justiça criminal. Porém, o trabalho dos juízes de instrução crescia sobremaneira sem um correspondente aumento do número de magistrados, sobrecarregando a todos com os números de casos penais. *In: GIACOMOLLI, Legalidade...* op. cit., p. 155. No mesmo sentido: CAVALCANTI, **A investigação...** op. cit., p. 242.

⁹⁵⁷ Cfr. item 4.1, supra.

despeito de seus melhores desejos, preconceitos e impressões a favor ou contra o acusado que influenciam na hora da sentença”.⁹⁵⁸

Na STC 145/1988, reconheceu-se que a cumulação de atuação de um mesmo juiz, estipulada pela Lei Orgânica 10/1980, contraria o princípio da imparcialidade consagrado na Constituição. Assim, foi reconhecida a inconstitucionalidade tão somente do parágrafo 2º do artigo 2º da Lei Orgânica 10/1980⁹⁵⁹ (permitindo, portanto, a recusa de magistrado que havia realizado a instrução).⁹⁶⁰

Nesse importante julgado, o Tribunal Constitucional Espanhol concluiu que a intervenção do juiz durante a investigação criminal “pode provocar no seu ânimo, por mais bem intencionado que esteja, preconceitos e impressões favoráveis ou contrárias ao acusado que o influenciem na hora de sentenciar.”⁹⁶¹ Porém, por outro lado, afirmou que podem ocorrer casos em que a mera atuação do magistrado na fase investigatória não constitua, por

⁹⁵⁸ No original: “*En este supuesto, la imparcialidad se pierde –consciente o inconscientemente– debido a que “la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar”.* ESPANHA. **STC 145/1988**. 12/07/1988. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1988/145>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁹⁵⁹ Dispunha o art. 2º, § 2º, da Lei Orgânica 10/1980: Tradução livre: “Serão competentes para o conhecimento e julgamento dessas causas os juízes da Instrução da comarca em que o delito tenha sido cometido. Em nenhum caso lhes serão aplicáveis as causas de recusa previstas no artigo 54, § 12, da Ley de Enjuiciamiento Criminal”. In: ESPANHA. **Ley Orgánica 10/1980**, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. Madrid, 1980. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-25461>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁹⁶⁰ Extraí-se da STC 145/1988: Tradução livre: “Por isso é certo que não toda a intervenção do juiz antes da audiência tem caráter de instrução nem permite recusá-lo pela causa prevista no artigo 54, §12º, da LECrim. [...] É, como dito, a investigação direta, como se dá no casos citados ou em outros que se possa pensar, o que forma o núcleo essencial a investigação [instrucción]”.

⁹⁶¹ “*Pero ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso «De Cubber», de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso «Piersack», de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados. Esta prevención que el Juez que ha instruido y que debe fallar puede provocar en los justiciables viene aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias, y la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produce al margen de «un proceso público» que también exige el citado art. 24.2 y del procedimiento predominantemente oral, sobre todo en materia criminal, a que se refiere el art. 120.2, ambos de la Constitución. En un sistema procesal en que la fase decisiva es el juicio oral, al que la instrucción sirve de preparación, debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el Juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones y prejuicios existan”.* ESPANHA. **STC 145/1988**... op. cit.

si só, uma atividade tipicamente investigativa a ponto de se questionar a garantia da imparcialidade

O diferencial desse julgado – e daí advém a sua importância demarcadora – é que o Tribunal delineou o que se entendia por “instrução.”⁹⁶² Assim, na própria decisão do STC 145/1988 ponderou-se que a atuação do juiz instrutor se divide entre atos meramente ordenatórios e outros típicos de investigação criminal. Esclarece ANDRÉ MACHADO MAYA que

[e]nquanto aqueles atos têm seus pressupostos e efeitos previstos em lei, impondo ao juiz instrutor apenas a sua prática, sem que, para tanto, seja necessário formar uma opinião sobre a responsabilidade penal do suspeito, ou fazer uma escolha, os atos próprios de investigação exigem do juiz uma eleição ‘entre várias opções possíveis, [...] um verdadeiro ‘juízo’ de adequação da investigação aos fatos investigados e de decisão valorativa sobre os resultados da investigação.’⁹⁶³

Assim, reconheceu-se que nem toda a atividade do juiz prévia ao juízo oral pode ser considerada verdadeira instrução, o que leva, segundo JUAN MONTERO AROCA, à distinção entre “atos de instrução, cuja realização implica contaminação e obrigam os juízes a absterem-se de julgar e permitem as partes de o recusarem para o juízo oral” e “atos de comunicação ou de ordenação processual ou, em geral, não de instrução, que não implicam contaminação, que não obrigam o juiz a se abster e nem permitem que as partes o recusem”.⁹⁶⁴

Daí se sucederam uma série de julgados, em que o cerne central é saber qual ato implica perda ou não de imparcialidade.

ANDRÉ MACHADO MAYA destaca que o Tribunal Constitucional Espanhol, ao longo de vários julgados repletos de idas e vindas, passou a definir o que poderia ser enquadrado como ato investigativo ou como meramente ordenatório.⁹⁶⁵ Desta forma, constituem, à guisa de exemplo de atos típicos de investigação criminal, de natureza inquisitiva, por importarem um necessário exame da existência de elementos indiciários acerca da plausibilidade da imputação e da culpabilidade do imputado e, portanto, de tornar impedido o juiz instrutor de participar do julgamento do mérito: o interrogatório do

⁹⁶² “Artículo 299. Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”.

⁹⁶³ MAYA, **Imparcialidade**... op. cit., p. 160-161.

⁹⁶⁴ AROCA, **Sobre la imparcialidad**... op. cit., . 49.

⁹⁶⁵ Ver también: AROCA, **Sobre la imparcialidad**... op. cit., p. 61-78.

suspeito,⁹⁶⁶ as decisões relativas ao seu *status libertatis*, as de admissão da notícia-crime e as que determinam a produção antecipada de provas que não possam ser produzidas no decorrer do juízo oral. Em casos assim, pode-se falar em violação do direito de ser julgado por um Tribunal imparcial.

Também são considerados atos típicos de investigação, reconhecidos pelo Tribunal Constitucional da Espanha, que podem gerar dúvida razoável sobre a imparcialidade do julgador: o juiz instrutor decide medidas cautelares como fiança e embargo dos bens do acusado, medidas cuja adoção depende do prévio exame fundado sobre a participação do acusado no fato punível (STC 320/1993); inspeção pessoal realizada pelo juiz instrutor no local do delito, inclusive dispensando a realização da autópsia, para depois tomar, pessoalmente, o depoimento das testemunhas e do imputado (STC 142/1997).

ANDRÉ MACHADO MAYA cita, ainda, a questão sobre o auto de *apertura del juicio oral* que pode, também, ensejar uma contaminação subjetiva do julgador, de modo a justificar o seu afastamento do processo, uma vez que possui um duplo caráter, pois por ele são concluídas as diligências preparatórias da fase de investigação e, também, adotadas uma série de medidas cautelares que têm por base um juízo de probabilidade da imputação penal formulada contra o suspeito, uma vez que há necessidade de efetivo exame do material produzido durante a investigação, já que somente em duas hipóteses poderá ser negada a *apertura del juicio oral*: quando os fatos investigados não constituírem crime ou quando não houver indícios de participação do acusado (STC 170/1993 e STC 310/2000).⁹⁶⁷

De outra banda, podem ocorrer casos em que a simples atuação do magistrado na fase investigatória não constitua, por si só, uma atividade tipicamente investigativa,⁹⁶⁸ mas meramente “neutra” com vistas à preparação do julgamento. É o que se depreende da Sentença 164/1988, quando conclui que “nem toda a intervenção do juiz antes do conhecimento da acusação tem caráter de investigação”, mas limitada aos casos em que se

⁹⁶⁶ André Machado Maya destaca sentença 106/1989, ao concluir que, dentre os diversos atos praticados pelo juiz instrutor, dois especificamente não deixam dúvidas sobre a sua natureza inquisitiva: o interrogatório judicial do suspeito preso e a decretação da prisão provisória. No caso, a Corte Constitucional considerou que o juiz instrutor não apenas ouviu o suspeito, mas interrogou-o, formulando perguntas diretamente voltadas à averiguação dos fatos, bem como determinou a sua prisão preventiva sem requerimento prévio do Ministério Público, que não participou da audiência, o que permitiu concluir não ter havido um prévio contraditório capaz de convencer o magistrado não apenas da necessidade, mas também da desnecessidade da medida cautelar, declarando a nulidade do julgamento por ofensa a um juiz imparcial. *In*: MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 163.

⁹⁶⁷ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 165-169.

⁹⁶⁸ Consta da STC 145/1988: Tradução livre: “Por isso é certo que não toda a intervenção do juiz antes da audiência tem caráter de instrução nem permite recusá-lo pela causa prevista no artigo 54, §12º, da LECrim. (...) É, como referido, a investigação direta, como se dá no casos citados ou em outros que se possa pensar, o que forma o núcleo essencial a investigação [instrucción].”

puder identificar uma “investigação direta dos fatos com uma função em parte inquisitiva e em parte acusatória (dirigida à determinada pessoa)”.⁹⁶⁹

Tendo isso em mente, não configura atividade tipicamente de investigação, a mera certificação dos antecedentes do suspeito (STC 151/1991⁹⁷⁰), o deferimento de provas indicadas tanto pelo Ministério Público quanto pela defesa, pautar data para o julgamento. São atos, segundo a STC 164/1988,⁹⁷¹ meramente ordenatórios do processo, que não maculam a imparcialidade. Igualmente são meras diligências ordenatórias, a determinação de instauração do sumário para investigação de um delito e encaminhamento posterior ao órgão acusatório para formulação da acusação e determinação para citação dos acusados (STC 98/1990).⁹⁷² Em casos como tais, não há que se falar em ofensa à garantia constitucional da imparcialidade.

Na STC 55/1990 o Tribunal Constitucional deparou-se com argumento de inconstitucionalidade consistente em determinar se a atribuição à *Audiencia nacional* para executar os trabalhos de instrução e decidir sobre o processamento e, ainda, emitir a sentença (*juicio oral*), violava ou não o direito a ser julgado por um juiz imparcial e, eventualmente, decidir processamento e também sobre o julgamento e emissão da sentença correspondente (artigo 8.1 segundo parágrafo da Lei Orgânica 2/1986, de 13 de março, das Forças de Segurança), violava ou não o direito de ser julgado por um juiz imparcial. Neste caso, e com a invocação do caso *Hauschildt*, o Tribunal Constitucional concluiu que o mencionado preceito era inconstitucional por violar a imparcialidade, como uma das garantias do devido processo penal.⁹⁷³

⁹⁶⁹ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 162.

⁹⁷⁰ Na STC 151/1991, analisou-se um caso em que o juiz instrutor, após receber a comunicação policial do delito, resolveu de ofício ouvir os agentes policiais, determinou fossem certificados os antecedentes criminais dos suspeitos e procedeu à acareação entre os policiais e os acusados, concluindo, então, por instaurar o procedimento investigatório com base na Lei Orgânica 10/1980. Posteriormente, esse mesmo magistrado celebrou o juízo oral, condenando os réus. Nesse julgado, entendeu o Tribunal Constitucional que, tirando a determinação de atualização dos antecedentes criminais (ato de mera ordenação processual), os demais atos praticados pelo magistrado são tipicamente atos investigativos incompatível com a imparcialidade exigida dos tribunais. *In: Ibid.*, p. 164.

⁹⁷¹ ESPANHA. STC. **Sentencia 164/1988**. 26/09/1988. Disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1988/164>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁹⁷² ESPANHA. STC. **Sentencia 98/1990**. 24/05/1990. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1990/98>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁹⁷³ “*El necesario contacto con los elementos del sumario y el juicio sobre el acusado en el momento de decidir el procesamiento no puede dejar de influir sobre la manera en que el órgano judicial contemple, durante el curso ulterior del proceso, los medios de prueba y los puntos en litigio, lo que cuestiona la imparcialidad para enjuiciar del órgano encargado de dictar el procesamiento*”. ESPANHA. STC. **Sentencia 55/1990**. 28/03/1990. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1990/55>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Nessa situação, a parcialidade se configurava na medida em que a *Lei de enjuiciamiento criminal* exigia que para emitir um *auto de procesamiento*, deve o juiz fundamentar acerca do convencimento da existência de “*algún indicio racional de criminalidad (artículo 384)*”. Isto é, deveriam existir “*sospechas racionales de que el imputado ha podido cometer el delito del que se le acusa; ello significa una inicial valoración de culpabilidad, por lo que la diferencia entre la cuestión a decidir en el procesamiento y «el problema a resolver a la finalización del proceso deviene así ínfima»*”.⁹⁷⁴

Um problema que se pode antever desta divisão surgida da STC 145/1988 é que não é a lei quem previamente arrola o que é ato investigatório e o que não o é. Assim, segundo discutido na própria STC 145/1988, diferenciar a natureza de tais atos só é viável na análise casuística,⁹⁷⁵ pois somente a imersão sobre cada caso concreto é que poderá permitir concluir a ocorrência de atos de investigação ou meramente ordenatório.

Mais recentemente, o Tribunal Constitucional Espanhol, influenciado pela visão casuística do TEDH, entende pela necessidade de se averiguar os fundamentos, a extensão das decisões e a semelhança de argumentos entre as decisões cautelares e as de mérito, a ponto de ser razoável supor que o juiz formou um juízo antecipado sobre a acusação. Portanto, consoante leciona ANDRÉ MACHADO MAYA, a Corte Espanhola passa a não mais cogitar de uma mera dúvida abstrata, pois somente decisões provisórias que efetivamente esmiúcem sobre o mérito da imputação penal, de modo a permitir a formação de um juízo de culpabilidade, é que passaram a ser consideradas aptas a justificar objetivamente o receio de perda da imparcialidade⁹⁷⁶.

É o que se extrai, por exemplo, ainda na lição de ANDRÉ MACHADO MAYA, do teor das sentenças 11/2000 e 38/2003, em que se discutiu casos em que juízes que reformaram decisões de arquivamento, proferidas por juízes instrutores, julgaram, posteriormente, recursos de apelação das decisões de mérito. Nesses julgados, a Corte Espanhola entendeu não ter havido violação ao direito a um julgamento imparcial, ao fundamento, na STC 11/2000, de que a decisão que reformou o arquivamento determinado

⁹⁷⁴ ESPANHA. STC. **Sentencia 55/1990**... op. cit.

⁹⁷⁵ Na STC 170/1993, a Corte Espanhola afirmou que nem toda a intervenção do Juiz instrutor na fase do sumário tem caráter investigativo e nem todas têm o condão de comprometer sua imparcialidade objetiva. Portanto, é necessário avaliar casuisticamente a atividade realizada para definir se houve ofensa à imparcialidade. ESPANHA. STC. **Sentencia 170/1993**. 27/05/1993. Disponível em <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1993/170>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁹⁷⁶ MAYA, **Imparcialidade**... op. cit., p. 166.

pelo juiz instrutor não exige um exame da culpabilidade do suspeito e também porque, desta feita no julgado na STC 38/2003, não haviam sido realizadas as diligências investigatórias. Por outro lado, na STC 39/2004, quando magistrados, ao reformarem uma decisão de arquivamento da investigação, fizeram considerações sobre o dolo do suspeito, afastando uma tese defensiva de crime culposos, o Tribunal entendeu suficiente para considerá-los suspeitos de parcialidade em razão de terem eles atuado, posteriormente, no julgamento do feito em grau recursal.⁹⁷⁷

Esse breve apurado de julgados, longe de qualquer pretensão de esgotamento, demonstra que desde a STC 145/1998 a Corte Espanhola tem fixado o entendimento sobre a necessidade de se analisar, casuisticamente, a dúvida suscitada sobre a imparcialidade do magistrado. Em um primeiro momento, a Corte valeu-se da diferenciação entre ato meramente ordenatório e ato de investigação; depois, sob a influência do caso Hauschildt, passou a apurar a extensão e a profundidade da decisão proferida na investigação e se de tal forma idênticos os fundamentos comparados aos do julgamento de mérito, de maneira a se poder duvidar da imparcialidade do julgador.

Assim, passa o Tribunal Constitucional Espanhol a entender que não só qualquer intervenção prévia do juiz em uma mesma causa não ocasiona automaticamente uma razoável dúvida sobre sua imparcialidade, como também, não se pode estabelecer uma relação geral e abstrata de atuações prévias do juiz em uma mesma causa que façam supor a sua perda de imparcialidade. Sempre se há de se perquirir as circunstâncias concretas que possam concluir, com razoabilidade, que o pronunciamento prévio se tenha produzido sobre questões essencialmente semelhantes.⁹⁷⁸

⁹⁷⁷ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 166-168. Da STC 39/2004, extrai-se o seguinte trecho: “*la determinación de cuáles son las circunstancias concretas que justifiquen objetivamente las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo*”. Tradução livre: “a determinação de quais são as circunstâncias específicas que objetivamente justificam as dúvidas sobre a imparcialidade judicial não está tanto ligada a uma lista nominal de ações ou decisões anteriores proibidas ao juiz como, especialmente, à verificação, em cada caso em particular, se a intervenção prévia na qual o interessado faz residir as suas dúvidas foi realizada pelo órgão judicial que deve adotar uma decisão avaliando questões substancialmente idênticas ou muito próximas daquelas que deveriam ser objeto de pronunciamento ou resolução no procedimento sobre o mérito”. ESPANHA. STC. **Sentencia 39/2004**. 22/03/2004. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/2004/39>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁹⁷⁸ CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. **El derecho fundamental al juez imparcial**: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional Español. Universidad de Piura. Uruguay, 2007, p. 13-14.

Por fim, pondere-se, assim como na França, o juiz de instrução espanhol sofre críticas e existe um movimento interno para sua extinção e atribuição da direção da investigação ao Ministério Público. Nesse sentido, LARISSA MARILA SERRANO DA SILVA aponta que o *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento criminal* pretende inserir, à semelhança ao modelo italiano de três juízes, “um juiz de garantias (que controla a investigação do promotor), um juiz da audiência preliminar (que determina se existem elementos suficientes para apoiar a acusação) e o juiz do Tribunal, que finalmente julgará a causa”.⁹⁷⁹

*La regulación inicial y separada del órgano judicial obedece a la idea compartida de que el juez no debe ser en adelante contemplado como el impulsor de la actividad pública investigadora sino como el garante de los derechos individuales. Precisamente para subrayar esa nueva posición del juez se inicia la regulación legal con la clara determinación de las funciones jurisdiccionales. De ahí que se dediquen los primeros artículos del texto a la llamada garantía judicial y a su distinta significación en las diversas fases del procedimiento. [...] Se opta, por ello, por un juez singularmente llamado a controlar el curso de las actuaciones. Se ha preferido utilizar la denominación con la que suele conocerse a esta figura y que constituye ya un lugar común entre teóricos y prácticos. Se alude, por tanto, a un Juez de Garantías, aunque en puridad este nombre sólo designa una faceta determinada de las diversas tareas que son encomendadas a la autoridad judicial.*⁹⁸⁰

Concluindo, como ponto diferencial no sistema espanhol, percebe-se a tentativa do Tribunal Constitucional de compatibilizar a hipótese de recusa de magistrado que atuou na instrução com os julgados do TEDH, valendo-se de uma análise casuística inicial do que se compreende precisamente como instruir o feito e no que isso se distingue de atos de mero impulsionamento da investigação e, mais recentemente, uma análise igualmente casuística da natureza da decisão proferida, porém com olhar sobre as premissas assentadas no caso Hauschildt.

⁹⁷⁹ SILVA, A **construção**... op. cit., p. 50.

⁹⁸⁰ Tradução livre: “A regulação inicial e autônoma do órgão judiciário obedece à ideia comum de que o juiz não deve ser considerado doravante como promotor da atividade de investigação pública, mas como garante dos direitos individuais. Precisamente para sublinhar esta nova posição do juiz, a regulamentação jurídica começa com a definição clara das funções jurisdiccionais. Assim, os primeiros artigos do texto são dedicados à chamada garantia judicial e seus diferentes significados nas várias fases do processo. [...] Por isso, opta-se por um juiz singularmente chamado para controlar o andamento do processo. Preferiu-se usar o nome pelo qual essa figura é geralmente conhecida e que já é um lugar comum entre teóricos e profissionais. Portanto, refere-se a um Juiz de Garantias, embora a rigor este nome apenas designe uma faceta específica das várias tarefas que são cometidas à autoridade judiciária”. ESPANHA. Ministerio de Justicia. **Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal**. Madrid: Ministerio de Justicia, 2011. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20130608_05.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

4.2.5. Juiz da instrução preliminar na Alemanha

Com o Código de Processo Penal de 1974 (*Strafprozessordnung – StPO* de 1974⁹⁸¹), a Alemanha passou o comando da investigação criminal ao Ministério Público. Segundo AURY LOPES JÚNIOR e RICARDO GLOECKNER, “a lei apenas legalizou a prática, pois, ainda que existisse o juiz instrutor, na realidade essa figura carecia de importância, porque efetivamente as funções investigatórias já eram realizadas pelo MP e pela polícia judiciária”.⁹⁸² Afastando o juiz do comando da investigação criminal, o juiz da fase inicial passou a ter um papel similar ao juiz das garantias na figura proposta no processo penal brasileiro. Desta forma, a Alemanha pretendeu adotar um sistema acusatório, por externalizar que não é possível que a persecução penal fique a cargo do mesmo órgão de julgamento.

A fase preparatória (*Das Vorverfahren*), que configura a investigação preliminar (§ 160 da StPO⁹⁸³), é dirigida pelo Ministério Público, que não é uma autoridade jurisdicional. Porém, destacam AURY LOPES JÚNIOR e RICARDO GLOECKNER, que tampouco é uma autoridade puramente administrativa, “pois não parte das exigências da administração, senão que está orientado pela verdade e a Justiça. É o guia da investigação preliminar, diretor e senhor dela”.⁹⁸⁴ Ao Ministério Público cabe, ainda, dirigir e controlar a atividade da Polícia Judiciária, intervindo o juiz da instrução preliminar nas situações que impliquem restrição de direitos fundamentais do sujeito passivo. Desta forma, classificam a investigação

⁹⁸¹ ALEMANHA. **Strafprozeßordnung – StPO** [Código de Processo Penal]. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/StPO.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022. Versão em inglês: Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁹⁸² LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 377.

⁹⁸³ “§ 160 Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung (1) Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen. (2) Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist. (3) Die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft sollen sich auch auf die Umstände erstrecken, die für die Bestimmung der Rechtsfolgen der Tat von Bedeutung sind. Dazu kann sie sich der Gerichtshilfe bedienen. (4) Eine Maßnahme ist unzulässig, soweit besondere bundesgesetzliche oder entsprechende landesgesetzliche Verwendungsregelungen entgegenstehen”. Tradução livre: “Artigo 160.º Obrigação de esclarecer os fatos da questão (1) Assim que o Ministério Público toma conhecimento da suspeita de uma infração penal através de um relatório ou outro meio, deve investigar os fatos para decidir se a acusação pública deve ser instaurada. (2) O Ministério Público deve investigar as circunstâncias incriminatórias e exoneradoras e deve assegurar que sejam recolhidas provas de que se teme a perda. (3) O Ministério Público deve também investigar as circunstâncias que são importantes para a determinação das consequências jurídicas do ato. Para o efeito, pode recorrer aos serviços do serviço de assistência judiciária. (4) Uma medida é inadmissível na medida em que as regulamentações especiais federais ou estaduais sobre a sua utilização entrem em conflito com ela”.

⁹⁸⁴ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 378-379.

preliminar como um “procedimento administrativo pré-processual”⁹⁸⁵, sendo um “típico modelo de *promotor investigador*”.⁹⁸⁶

Segundo FERNANDO ANTÔNIO TAVERNARD LIMA, o Ministério Público pode investigar diretamente ou por intermédio de seus agentes específicos, bem como apresentar os necessários requerimentos ao juiz da investigação para melhor esclarecimento da situação fática criminal, preservação da prova ou outro proveito ao procedimento investigativo. Contudo, dado o grande número de infrações penais por ano e a quantidade de Promotores de Justiça, não é incomum que a Polícia Investigativa instaure procedimentos investigativos e reporte o resultado das diligências ao Ministério Público.⁹⁸⁷

Em situações de excepcional perigo de demora, o Ministério Público pode executar medidas incisivas às garantias individuais, que demandam pronta homologação judicial posterior.⁹⁸⁸ Na fase de investigação, numerosas medidas investigativas devem ser sancionadas pelo juiz da fase preliminar:⁹⁸⁹ se o acusado se negar a responder às perguntas é levado ao juiz de instrução; se está detido pela polícia, o juiz de instrução pode obrigá-lo a comparecer por meio de força pública. Também compete ao juiz de instrução conceder uma escuta telefônica ou confirmar a medida deferida em caráter de urgência pelo Ministério Público; determinar ou confirmar (quando autorizadas em caráter de urgência pelo Ministério Público) o exame corporal, busca pessoal e domiciliar; de interrogar o acusado (quando detido); de notificar o acusado dos fatos que lhes são imputados ou mais tardar antes do final da investigação e analisar questões referentes ao *status libertatis*.⁹⁹⁰

Com um caráter de juiz garante – e não de juiz instrutor – o juiz da instrução preliminar atua na fase preparatória analisando a legalidade de medidas adotadas pelo

⁹⁸⁵ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 380.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 381.

⁹⁸⁷ LIMA, Fernando Antônio Tavernard. Breve comparativo entre o juiz da investigação (Alemanha) e o juiz “das garantias” (Brasil). **Revista de Doutrina Jurídica**, Brasília, DF, v. 111, n. 2, p. 226–249, 2020. Disponível em: <<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/640>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

⁹⁸⁸ “A par disso, pode despontar a situação concreta e excepcional de perigo de demora (urgência), não prontamente sanável mediante regulamentar requerimento e protocolo da decisão judicial (p. ex. eventual não existência ou indisponibilidade do serviço de plantão), o que legitimaria o Ministério Público à determinação (e execução) de uma ou outra medida incisiva às garantias individuais (p. ex. busca domiciliar ou monitoramento da comunicação telefônico-telemática, mas não o decreto de prisão nem o mandado de busca on-line), a qual, no entanto, estará condicionada à homologação judicial a ser obtida em três dias úteis. Nesse caso, o juiz da investigação exerceria posteriormente o controle das atividades investigativas e a proteção jurídica preventiva dos direitos fundamentais”. In: LIMA, Breve comparativo... op. cit.

⁹⁸⁹ Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner anotam que excepcionalmente, o juiz pode praticar atos de investigação que tenham caráter urgente. Passada a urgência, o Ministério Público assume a investigação (§ 165 da StPO). Além disso, deve assegurar os meios de prova (§§ 251 e 254 da StPO), por meio do incidente de produção antecipada e prévia petição do Ministério Público. In: LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 381.

⁹⁹⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. **Procesos Penales de Europa** (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia). Zaragoza: Editorial Edijus, 2000, p. 125.

Ministério Público,⁹⁹¹ bem como realiza “o juízo de pré-admissibilidade da acusação na fase intermediária”.⁹⁹²

A intervenção do juiz de instrução se limita ao controle de legalidade das medidas coercitivas (*die Zwangmassnahmen*) que podem ser adotadas contra o acusado. Porém, “[O] juiz, ao avaliar a necessidade de autorizar a medida, dado o grau de suspeita e a gravidade dos fatos, procede implicitamente a um controle de sua oportunidade (*Zweckmässigkeit*, § 162 STPO)”.⁹⁹³

AURY LOPES JÚNIOR e RICARDO GLOECKNER resumem a atuação do juiz instrutor em três: a) excepcionalmente, o juiz pode praticar atos de investigação que tenham caráter urgente⁹⁹⁴ (passada a urgência, o Ministério Público assume a investigação, consoante se extrai do § 165 da StPO); b) assegurar os meios de prova (§§ 251 e 254 da StPO), por meio do incidente de produção antecipada e prévia petição do Ministério Público; c) decidir – mediante provocação do Ministério Público – sobre as medidas cautelares pessoais e reais e as demais medidas restritivas de direitos fundamentais (busca e apreensão domiciliar, intervenções corporais como exames de sangue, DNA etc.), destacando que o

⁹⁹¹ Durante as atividades investigatórias, o promotor poderá obrigar o comparecimento de suspeitos e testemunhas, examinar documentos, exigir a presença para realização de autópsia, sequestrar bens, praticar as diligências necessárias para recolher os elementos de convicção. Algumas medidas podem exigir prévia autorização judicial, ainda que se permita, em caso de urgência, que o promotor pratique o ato, condicionando sua eficácia probatória à posterior ratificação judicial. *In*: LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, **Investigação...** op. cit., p. 378.

⁹⁹² *Ibid.*, p. 381. Sobre a fase intermediária: “A fase intermediária tem, segundo os §§ 199 a 211 do StPO, uma dupla finalidade: de uma parte, exercer o controle sobre a decisão de perseguir uma infração penal tomada na fase preparatória; por outro lado, decretar aberta a fase do juízo oral, comprovando se existe, à vista dos fundamentos de direito e de fato, uma ‘suspeita legítima’ do cometimento de uma infração (§ 203 StPO)”. *In*: DELMAS-MARTY, **Procesos...** op. cit., p. 106.

⁹⁹³ No original: “[*El*] Juez, al valorar la necesidad de autorizar la medida, habida cuenta del grado de sospecha y de la gravedad de los hechos, procede implícitamente a un control de su oportunidad (*Zweckmässigkeit*, § 162 STPO)”. *In*: DELMAS-MARTY, **Procesos...** op. cit., p. 105.

⁹⁹⁴ “Lado outro, similar situação concreta de perigo de demora, agora decorrente da falta de pronto acesso à Promotoria de Justiça ou de sua não localização imediata (urgência), autoriza o juiz da investigação em ordenar, de ofício ou mediante representação da Polícia Investigativa, desde que não configure violação ao dever de pronta comunicação das diligências ao parquet, a realização de medidas investigativas ou coercitivas, entre as quais a inquirição judicial de testemunha ou a ‘prisão preventiva do indiciado onde se encontra – risco concreto de que a detenção não mais seria possível’, conforme a diretriz da Corte Federal de Justiça (ALEMANHA, 2010), após o que as demais deliberações ficam a cargo da Promotoria de Justiça. Nesse caso, o juiz da investigação atuará na qualidade de ‘Promotor de Justiça em caso de urgência’ – *der Notstaatsanwalt* (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2009, p. 57), de acordo com o § 165 do StPO6: § 165. Atos judiciais de natureza investigativa em caso de perigo de demora. Em caso de perigo de demora, poderá o juiz proceder, também sem requerimento, aos atos investigativos necessários, se um promotor de justiça não estiver alcançável (tradução e destaques nossos). E a competência funcional do juiz da investigação estará exaurida com a decisão protocolizada de encerramento das investigações por parte do Ministério Público e eventual propositura da ação penal contra o denunciado (*der Angeschuldigte*) perante o Tribunal de Estado”. *In*: LIMA, **Breve comparativo...** op. cit.

promotor somente pode decretar uma detenção, enquanto a prisão preventiva exige a autorização do juiz.⁹⁹⁵

FERNANDO ANTÔNIO TAVERNARD LIMA assevera que, embora o juiz de investigação alemão tenha um caráter de garante, fato é que, em situações de urgência (perigo de demora) pode ocorrer de o Ministério Público determinar certas medidas coercitivas (p. ex. busca domiciliar), mediante posterior homologação do juiz da investigação, e este, por seu turno, pode, por sua própria iniciativa, decretar a prisão preventiva, sem prévio pedido do promotor de justiça, se este não estiver alcançável. Tais situações são conhecidas por delegações em situação de perigo (*die Gefahrdelegationen*) ou competência de urgência (*die Eilzuständigkeit*).⁹⁹⁶

Ao final da fase preparatória, o Ministério Público decide pelo arquivamento (por razões de legalidade ou oportunidade) ou sua continuação para a fase intermediária, quando passa a atuar o Tribunal que há de julgar o caso composto somente de juízes profissionais,⁹⁹⁷ que vão deliberar se existem provas de acusação suficientes para abrir a fase do júízo oral.

Para DENIS SALAS:

Na Alemanha e na Itália, o desejo de uma maior eficiência e melhor proteção das liberdades básicas acarretaram uma distribuição mais racional de tarefas: enquanto o Ministério Público é solenemente responsável pela investigação criminal, os juízes da fase de investigação (*Ermittlungsrichter*) e o juiz das investigações preliminares na Itália exercem o controle judicial das etapas iniciais da persecução. Esta divisão de papéis remove os riscos inerentes a uma indevida concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, como se dá no caso francês do juiz de instrução. O risco desta concentração indevida existe sempre que o juiz desta etapa também fizer as vezes de investigador. Na França, isto levou a Comissão Justiça Penal e Direitos do Homem, no seu relatório de 1990, a dizer que o Ministério Público deveria ser encarregado da investigação deixando ao juiz apenas o exercício dos poderes judiciais. Esta tendência foi tomada pelo projeto *Corpus Júris*, na Europa. Contudo, quando o status do juiz é o mesmo do Ministério Público, como é o caso italiano, isto se torna, de fato, uma causa de desequilíbrio quando o sistema supostamente deve ser o acusatório.⁹⁹⁸

O papel do juiz responsável pela investigação (*Ermittlungsrichter*⁹⁹⁹) na Alemanha não é o de investigar ou mesmo dirigir a investigação, mas a de assegurar que as investigações estejam em conformidade com os limites legais, em especial quando ocorra intervenções na esfera das liberdades individuais. Desta forma, não compete ao juiz de instrução alemão iniciar a investigação, mas tão somente a verificação da legalidade dessa

⁹⁹⁵ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, *Investigação...* op. cit., p. 381; SALAS, *O papel...* op. cit., p. 528.

⁹⁹⁶ LIMA, *Breve comparativo...* op. cit.

⁹⁹⁷ DELMAS-MARTY, *Procesos...* op. cit., p. 106.

⁹⁹⁸ SALAS, *O papel...* op. cit., p. 517-518.

⁹⁹⁹ “Juiz da investigação”, traduzindo para o português.

fase¹⁰⁰⁰ e atuará em casos tais que demandem reserva de jurisdição como prisão preventiva, buscas domiciliares, intervenções corporais entre outros.

Na Alemanha, no que tange às restrições individuais, o juiz deve agir de acordo com o princípio da proporcionalidade consoante jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, que se ampara no art. 5º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Desta forma, o juiz responsável pela investigação avalia a necessidade de manutenção de uma detenção e sua proporcionalidade situando-a com a pena na qual o autor possa incorrer, se condenado (§ 120, StPO). Ademais, ainda no contexto de direitos fundamentais, a proteção alcança nível constitucional, com limitações no art. 19, § 4º, pois a legalidade de qualquer busca, apreensão, interceptação telefônica que a polícia e o Ministério Público podem autorizar, devem ser verificadas pelo juiz. Dada a natureza constitucional do princípio da proporcionalidade, o juiz deve, em cada caso, exercer um juízo de legalidade.¹⁰⁰¹

Contudo, o processo alemão, em matéria de prova, está regido pelo princípio da investigação (*das Instruktionsprinzip, der Ermittlungsgrundgesetz*) e pelo princípio da verdade material (*das Prinzip der materiellen Wahrheit*). O Código de Processo Penal alemão (prgf 244 coma 2 *StPO Strafprozessordnung – StPO*) inclui o princípio da investigação no julgamento por iniciativa do juiz, que impõe ao juiz a descoberta da verdade,¹⁰⁰² razão pela qual, já na fase intermediária do procedimento pode dispor de atuações probatórias para o melhor descobrimento dos fatos. Nessa investigação da verdade material, não existe a obrigação das partes em provar os fatos; a conformidade dos fatos alegados pelas partes não exime o juiz de sua comprovação; não existe a figura do ônus da prova formal, assim o juiz pode utilizar os meios que estime convenientes; o juiz é quem dirige a prática da prova; o juiz tem toda a liberdade para investigar a verdade, ainda que existam proibições probatórias. Pode o juiz alemão, ainda, em nome da busca da verdade material, estender o conteúdo probatório para além daquele que fora delimitado pelas partes.¹⁰⁰³

¹⁰⁰⁰ SALAS, O papel... op. cit., p. 528.

¹⁰⁰¹ Ibid., p 554-553.

¹⁰⁰² “§ 244 II StPO. *Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.*” Tradução livre: “Para o propósito de investigar a verdade, o tribunal deve, por sua própria iniciativa, estender a obtenção de provas a todos os fatos e evidências relevantes para a decisão”. Em outra passagem: “§ 202 StPO. *Bevor das Gericht über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheidet, kann es zur besseren Aufklärung der Sache einzelne Beweiserhebungen anordnen. Der Beschluß ist nicht anfechtbar.*”. Tradução livre: “Antes de o tribunal decidir o início do processo principal, pode ordenar provas individuais para melhor esclarecer o caso. A decisão não é contestável”.

¹⁰⁰³ SOUZA, O ativismo judicial... op. cit., p. 442. Ver também: GUERREIRO, Valter. Aspectos polêmicos do processo penal alemão. **Empório do Direito**, São Paulo, 30 dez. 2016. Disponível em:

Nos mesmos moldes do juiz de instrução francês, o juiz alemão tem o dever de fazer as acusações formais, convocar testemunhas e determinar a produção de provas periciais.

Por esse motivo, afirma DENIS SALAS:

Em resumo, é difícil dizer que há uma separação das funções investigativas e de tomada de decisão nos sistemas italiano e alemão que viesse a separá-los dos sistemas que retiram a função investigativa do juiz, especialmente na fase de investigação. Parece ser melhor pensar em termos de uma escala móvel dos poderes de investigação exercidos pelo juiz: subsidiários, mas ainda presentes na Inglaterra, enquanto na Itália eles são atualmente encontráveis no juiz do julgamento de mérito mais do que era usual e, na Alemanha, entre os mais significativos poderes exercidos encontráveis tanto no juiz de instrução responsável pela fase de investigação preliminar como pelo juiz que presidirá a audiência de mérito.¹⁰⁰⁴

Na Alemanha, portanto, é o princípio de que o juiz presidente deve buscar a prova por sua iniciativa própria que lhe atribui um papel ativo, tal qual àquele desempenhado pelo acusador público na fase de investigação, o que desautoriza sua atuação na fase de julgamento. Segundo LARISSA MARILA SERRANO DA SILVA, no ordenamento alemão, não há uma regra de impedimento que impeça o juiz que atuou na fase de investigação de participar do julgamento.¹⁰⁰⁵ O que pode haver é a recusa do juiz, sob o argumento de suspeita de parcialidade (§ 24.1),¹⁰⁰⁶ o que implica uma análise casuística de quebra da imparcialidade.¹⁰⁰⁷

<https://emporiododireito.com.br/leitura/aspectos-polemicos-do-processo-penal-alemao>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰⁰⁴ SALAS, O papel... op. cit., p. 529.

¹⁰⁰⁵ Nesse mesmo sentido: “O segundo ponto polêmico a ser tratado é a questão da relação entre a garantia da jurisdição e a originalidade cognitiva. O problema é verificado quando observa-se a prevenção como critério para fixação da competência do juízo, o que vai de encontro à assecuração da máxima eficácia do contraditório processual. O enigma está em desvelar o entendimento contaminado do juiz que atua na investigação ao passo de uma futura condenação, pois se o mesmo já foi acionado durante a investigação preliminar, abre-se espaço para sua suspeita frente às fases instrutória (*Zwischenverfahren*) e decisória (*Hauptverfahren*). Ocorre, mais precisamente, quando o magistrado recebe a denúncia (*Eröffnungsbeschluss*) ou permite medidas processuais cautelares de força constrictiva e depois participa da colheita de provas. Ora, não é de se sustentar outra coisa quando temos que a chamada decisão de abertura do processo principal guarda uma probabilidade de condenação, ou seja, em outras palavras, há um atinado problema no fato de o mesmo juiz auferir a incriminação, realizar a audiência de instrução e julgamento e, em seguida, deliberar sobre o caso criminal”. In: GUERREIRO, Aspectos... op. cit..

¹⁰⁰⁶ “§ 24 *Ablehnung eines Richters; Besorgnis der Befangenheit* (1) Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in denen er von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. (2) Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. (3) Das Ablehnungsrecht steht der Staatsanwaltschaft, dem Privatkläger und dem Beschuldigten zu. Den zur Ablehnung Berechtigten sind auf Verlangen die zur Mitwirkung bei der Entscheidung berufenen Gerichtspersonen namhaft zu machen”. Tradução livre: “§ 24 recusa de um juiz; Preocupação com o preconceito (1) Um juiz pode ser rejeitado nos casos em que ele é excluído do exercício do cargo de juiz por lei e por causa de preocupações sobre parcialidade. (2) Por causa de preocupações sobre parcialidade, a rejeição ocorre se houver uma razão que é idônea para justificar a desconfiança na imparcialidade de um juiz. (3) O promotor público, o promotor privado e o acusado têm o direito de recusar. A pedido, as pessoas com direito a recusar receberão os nomes dos tribunais designados para participar na decisão”.

¹⁰⁰⁷ SILVA, A construção... op. cit., p. 53.

Até aqui, vimos como na Europa há diferentes matizes da atuação do juiz na fase de investigação, sendo que em alguns casos há um automático impedimento para atuação nas fases posteriores. Doravante, veremos como o problema entre cumulação de atuação e a imparcialidade foi tratado em alguns países da América Latina.

4.3. A IMPARCIALIDADE JUDICIAL NA PERSPECTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA),¹⁰⁰⁸ com atribuições fixadas pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos,¹⁰⁰⁹ também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, é um tratado internacional entre os países-membros da OEA e que foi subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica. Entrou em vigor, no plano internacional, em 18 de julho de 1978,¹⁰¹⁰ sendo atualmente uma das bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos. No Brasil, porém, somente passou a ser norma interna a partir do Decreto 678/1992, de 06 de novembro de 1992, assumindo a obrigação internacional de a ela vincular-se.

A Comissão e a Corte são competentes para verificar o cumprimento pelos Estados membros da OEA das obrigações assumidas com a assinatura da Convenção.

A Comissão, com sede em Washington, tem funções protetivas dos direitos humanos elencadas no art. 41 da CADH, destacando-se a formulação de recomendações, realização de inspeções *in loco*, de solicitação de informações aos Estados-membros, além de receber as reclamações de indivíduos, grupos de pessoas ou entidades não governamentais quanto à

¹⁰⁰⁸ Trinta e cinco nações são membros da Organização dos Estados Americanos (OEA): Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Estados Unidos, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Santa Lúcia, São Cristóvão e Neves, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela.

¹⁰⁰⁹ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos teve como modelo a Convenção Europeia de Direitos Humanos. *In*: POZZEBON, A imparcialidade... op. cit., p. 171.

¹⁰¹⁰ Entre os países que não a ratificaram, estão o Canadá e Estados Unidos. OEA. Organização do Estados Americanos. Convencion Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita em la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José. 22 dez. 1969. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

violação dos direitos humanos (art. 44 da CADH). O direito de petição é exercido perante a Comissão que faz o juízo de admissibilidade da reclamação, seguindo-se uma fase conciliatória e investigatória, com elaboração de relatório preliminar, com os fatos e conclusões, quando não houver acordo, encaminhando-se ao Estado, com proposições e recomendações. Descumpridas as proposições ou recomendações, a Comissão submete o caso à Corte.

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é um órgão judicial autônomo que tem sede em San José, Costa Rica, cujo propósito é aplicar e interpretar a CADH e outros tratados de Direitos Humanos. Tem competência consultiva e contenciosa. Segundo NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, a jurisprudência da Corte e as opiniões consultivas são fontes de interpretação do direito interno de todos os países que ratificaram a CADH. O autor assevera que o Brasil, ao ratificar a CADH, assumiu a obrigação convencional-internacional de cumpri-la, de fazer cumpri-la em todo o território e por todas as suas instituições, poderes, agentes públicos e cidadãos, consoante estabelecidos no art. 1.1 e 2.1 da Convenção. Daí porque as decisões da CIDH possuem eficácia vinculante (arts. 67, 68.1 e 68.2 da CADH), possuindo autoridade de coisa formal e material, devendo ser cumpridas de forma integral e eficaz. Ainda, o autor assevera que a CIDH não representa uma instância recursal, não emitindo juízo valorativo acerca de elementos probatórios produzidos no âmbito doméstico e nem juízo de culpabilidade. Verifica, por outro lado, se foram cumpridos os direitos e garantias processuais.¹⁰¹¹

A CADH traz em seu art. 8.1, dentre as garantias judiciais, o julgamento por um Tribunal imparcial:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e *imparcial*, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A falta de previsão expressa da garantia a um juiz imparcial na Constituição Federal de 1988 restou suprida à medida em que o Brasil se tornou signatário de tratados internacionais de direitos humanos que preveem expressamente essa garantia, incluindo-se a CADH.

Inicialmente, houve divergência sobre a hierarquia da CADH em face das leis internas. Mesmo com a equiparação explícita do art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988,

¹⁰¹¹ GIACOMOLLI, O devido... op. cit, p. 10.

havia corrente que entendia pela equivalência das normas dos tratados sobre direitos fundamentais com as leis ordinárias, negando-lhes hierarquia constitucional. A discussão reacendeu com o § 3º, do art. 5º, da CF, que foi acrescido com a EC n. 45/2004, ao dispor que “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Houve divergência sobre a natureza do tratado, se lei e tratado eram equivalentes ou se teria natureza materialmente constitucional, embora formalmente fosse inconstitucional (não aprovação pelo quórum exigido para Emenda Constitucional).

A princípio, a jurisprudência do STF foi no sentido de negar *status* constitucional às normas de tratados internacionais de direitos humanos. Porém, em 2006, o Plenário do STF decidiu que “tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal”. Como consequência, tornou-se inaplicável legislação infraconstitucional, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação, que confrontasse com a CADH. A partir do julgamento mencionado, o STF passou a considerar que a CADH tem natureza supralegal (Min. GILMAR MENDES) ou materialmente constitucional (Min. CELSO DE MELLO). Para CELSO DE MELLO, há três situações distintas: a) tratados incorporados antes da Constituição Federal de 1988 – índole constitucional (formalmente recebidos pelo art. 5º, § 2º, CF); b) tratados celebrados após a EC 45, para terem natureza constitucional, devem obedecer ao procedimento do art. 5º, § 3º, CF; e c) aqueles celebrados entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a EC 45/2004 são materialmente constitucionais (mas não na forma).¹⁰¹²

Assim, em face da ratificação da CADH pelo Brasil, a imparcialidade integra o ordenamento jurídico pátrio, com *status* superior à legislação ordinária, sendo também decorrência do devido processo constitucional (art. 5º, LIV, CF) e, portanto, sujeita ao controle de convencionalidade.

No que interessa ao tema do juiz das garantias, dos julgados da CIDH que resolvem reclamações por ofensa à imparcialidade,¹⁰¹³ importa aqui trazer aqueles que avaliam duas perspectivas. A primeira é a influência do TEDH nos julgados da CIDH quanto à distinção entre imparcialidade objetiva e subjetiva e sua avaliação casuística. A segunda é a previsão

¹⁰¹² STF (Tribunal Pleno). **RE 466343 SP**. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 03/12/2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp> Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰¹³ Em nossa pesquisa, não localizamos julgados com a temática da atuação sucessiva do mesmo juiz nas duas fases da persecução penal.

de instrumento de recusa de magistrado que se reputa parcial, como ferramenta de concretização da garantia a um julgamento por um juiz imparcial.

Na Opinião Consultiva 20/2009, da República Argentina, debateu-se a abrangência do art. 55 da CADH, quanto à nomeação *ad hoc* de juiz para atuar na Corte, que entendeu que juiz nacional do Estado demandado não perde sua imparcialidade e independência somente por esta qualidade,¹⁰¹⁴ na medida em que a função jurisdicional goza dessa presunção. A CIDH asseverou que, havendo alguma indicação sobre a falta de independência e imparcialidade do juiz, deve-se analisar o caso concreto.¹⁰¹⁵ Também traz a ideia de “teoria da aparência”, destacando a diferença entre imparcialidade subjetiva e objetiva, à medida em que se pressupõe no devido processo legal, que o juiz atue de modo imparcial, isto é, “subjetivamente desprovido de qualquer preconceito pessoal e, da mesma forma, oferecendo garantias suficientes de natureza objetiva que permitam afastar qualquer dúvida que o réu ou a comunidade possa nutrir sobre a falta de imparcialidade”.¹⁰¹⁶

Pela perspectiva da diferenciação entre imparcialidade objetiva e subjetiva e também quanto à impossibilidade de recusa do julgador, no caso *Apitz Barbera e outros vs. Venezuela* (2008), discutiu-se a demissão de juízes, por decisão de um Tribunal administrativo que não gozava de independência e imparcialidade, como exigido no art. 8.1 do CADH. O Estado Venezuelano decidiu pela perda dos cargos, ao fundamento de que os juízes incidiram em “erro inescusável” que era previsto como falta disciplinar pela lei que regulava a carreira judiciária. Além disso, os reclamantes questionaram a impossibilidade de recusa dos juízes, uma vez que não havia previsão desse instrumento processual na legislação interna. Os reclamantes questionaram a parcialidade dos juízes, porém o Poder

¹⁰¹⁴ “81. De lo anterior es dable concluir que, la sola nacionalidad del juez que deba conocer de un caso contencioso originado en una petición individual contra el Estado del cual ostenta dicha nacionalidad no es una cualidad que, por sí misma y a priori, pueda suscitar sospechas sobre su carencia de imparcialidad o sobre su falta de independencia”. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva Oc-20/09, de 29 de Septiembre de 2009, solicitada por la República Argentina**. 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_20_esp1.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰¹⁵ “71. En sentido diferente, se expresó que el juez nacional del Estado demandado no pierde su imparcialidad e independencia por esa sola calidad pues la función jurisdiccional goza de la presunción de aquellas, por lo que cualquier observación contraria debe realizarse en el caso concreto y no de manera general. De igual forma, se indicó que los jueces ejercen su cargo a título personal y no representativo de los intereses del Estado del cual son nacionales y que, en todo caso, de existir algún señalamiento sobre la falta de independencia e imparcialidad del juez, debe aplicarse el régimen establecido en el Estatuto de la Corte Interamericana”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva Oc-20/09...** op. cit.

¹⁰¹⁶ “77. La anterior interpretación asegura a las partes en el proceso la vigencia de uno de los principios fundamentales de la justicia que es el debido proceso, el cual tiene como presupuesto que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa de modo imparcial, es decir, careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio personal y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”. In: Idem.

Judiciário venezuelano sequer apreciou os pedidos, ao fundamento de que a legislação processual venezuelana não previa tal possibilidade de recusa. A lei, de forma insuficiente, previa tão somente a obrigação do magistrado de se declarar impedido em situações específicas previstas em lei.

A CIDH, ao julgar o caso venezuelano, expressou sua aderência ao entendimento do TEDH,¹⁰¹⁷ afirmando que a imparcialidade subjetiva se presume, exigindo prova em contrário para ser afastada. Quanto à imparcialidade objetiva, definiu que consiste em determinar se o juiz ofereceu elementos convincentes que permitam eliminar temores legítimos ou fundadas suspeitas de parcialidade sobre sua pessoa. Assentou, também, a necessidade de confiança do demandado e da comunidade de que os órgãos julgadores aparentem ser imparciais, sendo a recusa um instrumento processual destinado a proteger o direito de ser julgado por um órgão imparcial.

A Corte entendeu que não havia nos autos nada que demonstrasse que os julgadores tivessem juízo pré-concebido sobre o caso, nem que estivessem comprometimentos com o resultado da causa. Contudo, entendeu que a Venezuela não garantiu o exercício de um instrumento destinado à efetivação de um julgamento imparcial, porque a legislação nacional não admitia a recusa do magistrado. Por tais motivos, a Corte declarou que a Venezuela violou o art. 8.1 da CADH.

No caso *Castillo Petruzzi e outros vs. Peru* (1999), questionou-se diversas violações da CADH, inclusive a garantia da imparcialidade do juiz. Os reclamantes foram condenados pelo crime de traição à pátria, processados pela Justiça Militar peruana. Tais delitos foram apurados em um processo perante os “juízes sem rosto”. As decisões judiciais não eram assinadas ou rubricadas pelos juízes e as audiências eram realizadas com os suspeitos vendados. A CIDH entendeu que a adoção dos “juízes sem rosto” impede que se saiba se os juízes individualmente são imparciais ou mesmo competentes e o acusado fica sem a opção de recusar o juiz nos casos que a lei processual assim admite, inviabilizando a alegação de

¹⁰¹⁷ “56. *En cambio, la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho*”. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela**. 05/08/2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

suspeição ou impedimento. Tal situação, somada a outras nulidades no processo, conduziram à conclusão de violação do art. 8.1 entre outros da CADH.¹⁰¹⁸

No caso *Argüelles y otros vs. Argentina* (2014), houve alegação de violação do direito à liberdade pessoal e o direito às garantias judiciais nos processos contra 20 oficiais militares, pelo delito de fraude militar, em cumprimento às disposições do Código da Justiça Militar da Argentina. Nesse julgado, a CIDH igualmente assentou que a imparcialidade exige garantias subjetivas da parte do juiz, assim como garantias suficientes de índole objetiva que permitam afastar qualquer dúvida que possam ter o acusado ou a comunidade a respeito da ausência de imparcialidade. Também a Corte precisou que a recusa é um instrumento processual que permite proteger o direito a ser julgado por um órgão imparcial.¹⁰¹⁹

Outrossim, a Corte reafirmou que não se presume a falta de imparcialidade, mas esta deve ser analisada caso a caso.¹⁰²⁰ Nesse julgado, porém, a CIDH afastou o reconhecimento da falta de imparcialidade, por entender que não havia elementos probatórios suficientes que permitissem concluir que os juízes que intervieram durante o julgamento dos acusados careceram de imparcialidade. Constatou que os reclamantes não solicitaram a recusa dos juízes, do mesmo modo que não apresentaram prova, no presente processo, que demonstrasse a parcialidade dos julgadores durante a tramitação da causa.

No caso *Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala* (2004), a Corte, reconhecendo situação de desrespeito às garantias processuais, fixou o entendimento de que violações às garantias de independência e imparcialidade por parte dos países integrantes pode configurar

¹⁰¹⁸ “133. Además, la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean “sin rostro”, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces”. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.** 17/11/1999. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=367>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰¹⁹ “167. La Corte ha determinado que la imparcialidad exige garantías subjetivas, de parte del juez, así como garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. En este sentido la Corte ha precisado que la recusación es un instrumento procesal que permite proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial”. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Argüelles y otros vs. Argentina.** 20/11/2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰²⁰ “168. La garantía de imparcialidad implica que los integrantes del tribunal no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia y que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática. Asimismo, no se presume la falta de imparcialidad, sino que debe ser evaluada caso a caso”. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Argüelles...** op. cit.

a “coisa julgada fraudulenta”. A Corte, reproduzindo jurisprudência internacional,¹⁰²¹ reconhece que ocorreu a “(...) coisa julgada fraudulenta que resulta de um juízo no qual não foram respeitados as regras do devido processo, ou quando os juízes não obraram com independência e imparcialidade”.¹⁰²²

A partir do relato dos casos acima, percebe-se, igualmente, a preocupação da CIDH com a imparcialidade, não só no aspecto subjetivo, mas também no contexto objetivo, mais precisamente como uma estética de imparcialidade, devendo a atuação do Tribunal inspirar confiança indene de dúvidas de uma atuação não pré-concebida. Há, portanto, uma clara influência do TEDH. A CIDH também demonstra preocupação forte com instrumentos processuais disponíveis para os reclamantes que assegurem o questionamento da parcialidade. Contudo, a CIDH ao fixar entendimento de análise casuística de quebra de imparcialidade incide na mesma insegurança causada pelo TEDH.

Considerando a submissão do Brasil à CADH e que, nessa condição, magistrados brasileiros passam a ser integrantes de um bloco e alçados à condição de juízes interamericanos,¹⁰²³ conclui-se que a jurisprudência brasileira também deve avaliar a imparcialidade sob o prisma objetivo, afinal “*justice must not only be done; it must also be seen to be done*”.¹⁰²⁴

É nesse contexto que exsurge a importância da aparência de um julgamento imparcial perante os cidadãos, especialmente no contexto brasileiro em que não há previsão de instrumento processual para recusa do julgador com base em prejulgamento da causa pela atuação sucessiva do mesmo juiz em fases diversas da persecução penal, associado à jurisprudência do STJ e STF no sentido de que as hipóteses de impedimento são taxativas.¹⁰²⁵

¹⁰²¹ Essa foi a primeira vez que a Corte Interamericana incorporou à sua jurisprudência a figura da coisa julgada fraudulenta desenvolvida a partir do artigo 20 do Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional.

¹⁰²² “131. *El desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad*”. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala**. Sentença 22/11/2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_117_esp.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰²³ A Recomendação n. 123, de 07 de janeiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça, recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas. BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 123 de 07/01/2022**. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <<https://atos.enj.jus.br/atos/detalhar/4305>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰²⁴ “Justiça não deve apenas ser feita, deve também parecer ter sido feita”. In: STRASBOURG. TEDH. **Caso Delcourt vs. Bélgica. Application no. 2689/65**. 17/01/1970. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57467>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰²⁵ Cfr. item 2.2, supra.

4.4. SISTEMAS LATINO-AMERICANOS: A ATUAÇÃO DO JUIZ NA FASE INVESTIGATIVA

Segundo LEONEL GONZÁLEZ POSTIGO, a América Latina tem sido protagonista de múltiplos processos nos últimos vinte e cinco anos, objetivando a passagem, de forma gradativa e oscilante, de um sistema processual escrito para um oral.¹⁰²⁶ Relata o autor que, historicamente, os países da América Latina têm muito enraizado um esquema de política criminal de viés inquisitivo, com “processos escritos e secretos que pouco se diferenciavam das antigas leis coloniais que permitiram a concentração de poder nas monarquias absolutas”.

Com efeito, o processo penal na América Latina, inclusive no Brasil, sofreu influência do direito europeu continental, em especial da Espanha e Portugal, trazendo um sistema judicial burocrático, verticalizado, escrito e secreto.¹⁰²⁷

Com o influxo dos tratados internacionais e o processo de democratização dos países latino-americanos, foi nascendo a necessidade de adequação dos ordenamentos processuais da América Latina.

Nesse contexto, o *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica* acabou presidindo, se não toda, pelo menos grande parte da reforma latino-americana do processo penal,¹⁰²⁸ citando-se as repercussões de sua proposta seguida, por exemplo, nas legislações da Guatemala, Costa Rica, República de Salvador, Chile, Argentina, Venezuela, Paraguai e Bolívia, entre outros,¹⁰²⁹ alimentando também reformas parciais no Brasil.¹⁰³⁰

¹⁰²⁶ POSTIGO, Leonel González. Bases da Reforma Processual Penal no Brasil: Lições a partir da experiência na América Latina. In: POSTIGO, Leonel González (dir.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: CEJA. 2017, p. 16.

¹⁰²⁷ STRUENSEE, Eberhard; MAIER, Julio B. Julio. Introducción. In: MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (coord.). **Las reformas procesales penales em América Latina**. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung / Ad-Hoc / Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2000, p. 19-21.

¹⁰²⁸ STRUENSEE, MAIER, Introducción... op. cit. Ver também: BREVES notas acerca do seminário "las reformas procesales penales em américa latina". **IBCCRIM**, 12 dez. 2000. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/2821/>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰²⁹ STRUENSEE, MAIER, Introducción... op. cit.

¹⁰³⁰ A professora Ada Pellegrini Grinover enumera diversos projetos de códigos provinciais que acolheram as linhas mestras do Código Tipo, com a abolição dos juizados de instrução e a previsão de um juízo público e oral. Cada país ao seu tempo, em um processo mais ou menos lento e com respeito às peculiaridades locais, mas que é “profundamente influenciado pela aproximação teórica e pelas experiências comuns”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal. **Pesquisa Direito**, [s/l], [s/d]. Disponível em: <<http://www.pesquisedireito.com/artigosprocessopenal.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

A edição de um Código-Tipo, que servisse de inspiração para a mudança dos sistemas de feição inquisitiva para acusatória, e a preocupação com um juiz imparcial e com as garantias do acusado são manifestas no *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*.

Com o Código-Tipo propunha-se a disseminação de novas tendências de feição acusatória para o processo penal, dentre os seguintes pontos:

- a) a adoção do modelo acusatório, com a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar; b) supressão dos juzados de instrução; c) atribuição da investigação prévia ao Ministério Público, com a intervenção do juiz para as medidas cautelares; d) intransponibilidade para o processo dos elementos recolhidos na investigação destinados à formação da *opinio delicti* do Ministério Público; e) processo público e oral, em contraditório; f) procedimento ordinário, com uma etapa intermédia objetivando receber a acusação.¹⁰³¹

Verifica-se a preocupação com a imparcialidade no art. 2 do Código: “2. *Juez imparcial. El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales independientes de los poderes del Estado, sólo sometidos a la ley. La ejecución penal estará a cargo de un Tribunal judicial*”.

Para garantir a imparcialidade do juiz, propõe-se a supressão do juiz de instrução e uma causa de impedimento no art. 22 que veda o juiz de conhecer de uma causa:

- 2) *Si pronunció o contribuyó a pronunciar sentencia en la misma causa o intervino como juez en otro período del procedimiento; si pronunció o contribuyó a pronunciar una resolución impugnada, estará inhibido de intervenir en el procedimiento que sustancia la impugnación y en su decisión, salvo el caso de la reposición* (grifos nossos).

Em busca do sistema acusatório, o Código-Tipo atribui ao Ministério Público o exercício da persecução penal nas ações de iniciativa pública,¹⁰³² sendo responsável pelo procedimento preparatório (artigos 250 e ss) e dirigirá a polícia (artigo 261) em sua função judicial. Existe a previsão de um *juez de la instrucción*, mas como garante (e não como investigador) com feição de controle de legalidade, que examina os pressupostos da prisão

¹⁰³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. **Derecho PUCP**, n. 53, p. 949-959, 1 dez. 2000. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6585>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰³² “68. *Función. Al ministerio público le está confiado el ejercicio de la persecución penal de los hechos punibles perseguibles de oficio, dependan o no dependan de una instancia particular o de una autorización estatal (art. 229), salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley. n el Con este propósito realizará todos los actos necesarios para cumplir este fin, conforme a las disposiciones de este Código y a la ley que lo organiza.*” Disponível em:

<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4215/textocodigoprocesalpenal.pdf?sequence>
Acesso em: 12 abr. 2022.

na fase preparatória (art. 219¹⁰³³ e 221¹⁰³⁴) e delibera sobre medidas que digam respeito aos direitos fundamentais, assecuratórias, bem como, a previsão de uma fase preparatória, onde se analisam questões processuais e os meios de prova requeridos pelas partes (art. 237) (art. 258).¹⁰³⁵

Em 1998, o projeto final de Código modelo de Processo Penal para Ibero-América foi apresentado às XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual. Àquela época, a maior parte dos países da América Latina, como dito, adotava legislação com características marcadamente inquisitivas¹⁰³⁶, com as etapas da investigação, da instrução e da sentença confiados ao mesmo juiz entre outros pontos de feição inquisitória.

Assim, na década de 1980, o processo de transformação das estruturas judiciais latino-americanas começa a se acelerar¹⁰³⁷. Com a superação dos governos autoritários, uma onda de reformas no subcontinente americano buscou superar o sistema inquisitivo para uma persecução penal de estrutura acusatória/adversarial, que pretende um equilíbrio entre a necessidade de aumentar a eficácia dos órgãos de persecução, porém resguardando as garantias individuais e direitos fundamentais.¹⁰³⁸

No Brasil, todavia, a empolgação democrática presente na edição de uma nova Constituição Federal de 1988 não se fez presente na necessária reforma processual penal, o que se verifica, sobretudo, porque leis de cunho inquisitorial persistem em serem aprovadas em plena nova ordem constitucional que imprime um sistema acusatório de persecução penal.

¹⁰³³ “219. Examen obligatorio de la prisión. Cada tres meses, sin perjuicio de aquellas oportunidades en que se dispone expresamente, el juez de la instrucción o el tribunal competente examinará los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará su continuación, su sustitución por otra medida o la libertad plena del imputado. El examen se producirá en audiencia oral, a la cual serán citados todos los intervinientes, con aquellos que concurran, después de la cual el tribunal decidirá inmediatamente. El tribunal podrá interrumpir la audiencia o la decisión, por un lapso breve, con el fin de practicar una averiguación sumaria.” Idem.

¹⁰³⁴ “221. Queja durante el procedimiento preparatorio. Durante el procedimiento preparatorio, el ministerio público y el imputado, o su defensor, podrán provocar el examen de las medidas de coerción personal, impuestas o rechazadas por el juez de la instrucción, ante el tribunal competente para el procedimiento intermedio. La queja no tiene efecto suspensivo y el procedimiento se regirá por lo dispuesto en el artículo anterior, salvo el plazo, que se extenderá a cinco días. La queja no estará sujeta a un plazo, ni estará condicionada por un examen previo del juez de la instrucción.” Idem.

¹⁰³⁵ “Actos jurisdiccionales: anticipo de prueba. Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerlo durante el debate, el ministerio público o cualquiera de los intervinientes requerirán al juez de la instrucción que lo realice.” Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4215/textocodigoprocpenal.pdf?sequence>

Acesso em: 12 abr. 2022

¹⁰³⁶ GRINOVER, O código... op. cit.

¹⁰³⁷ STRUENSEE, MAIER, Introducción... op. cit., p. 26.

¹⁰³⁸ POSTIGO, Bases da Reforma... op. cit., p. 17.

Atualmente, tal foi a influência nas reformas legislativas dos diversos países da América Latina, que o quadro aponta para o Brasil, juntamente com Cuba, como os únicos países da América Latina que ainda não promoveram a reforma de seu sistema de processo penal para uma matriz acusatória, consoante diagnóstico do *Centro de Estudios de Justicia de las Américas* (CEJA), em que pese a ocorrência de fortes contrarreformas que implicaram mudanças opostas àquelas pretendidas.¹⁰³⁹

Assim, para LEONEL GONZÁLEZ POSTIGO “[O] processo de reforma na América Latina tem avançado com diferentes graus de profundidade em cada um dos países. Assim, é possível identificar diversos níveis ou dimensões dos processos de transformação”. Como ponto de partida inicial, o autor relata mudanças em sistemas outrora escrito e secreto para um marcado por audiências orais, além de um reposicionamento do juiz, passando a exercer uma função diferente da tradicional. Com isso, o magistrado sai de uma postura investigatória para uma de controle das garantias processuais e constitucionais. Vale dizer:

[O]s juízes concentravam as funções de investigação e decisão. Esse formato, tão caro para o princípio de imparcialidade e a eficácia dos sistemas de persecução, foi substituído por um modo diferente de organizar a investigação preliminar: a tarefa exclusiva de investigação foi designada ao Ministério Público, bem como a função de desenhar a política de persecução penal. Desta forma, foi reservada ao juiz somente a função de tomar decisões jurisdicionais”.¹⁰⁴⁰

O autor, assim, discorre sobre as fases distintas em que cada grupo de países da América Latina se encontra. O Brasil, por sua vez, sequer avançou da primeira fase que, segundo o autor, consubstancia-se na substituição por um modelo de audiências orais e reposicionamento do juiz.

A América Latina tem numerosos exemplos de atuação de um juiz garante na fase de investigação. Como exemplo, pode-se citar as experiências de províncias na Argentina, onde encontramos a figura do *Juez de las garantías* que começou a ser implantando gradualmente em 1991 naquele país e ainda não foi concluído.¹⁰⁴¹ No Peru, tem-se, desde 2004, a figura do *Juez de Investigación Preparatoria*.¹⁰⁴² Na Colômbia, há a figura do *juez del control de*

¹⁰³⁹ GONZÁLEZ, Leonel; FANDIÑO, Marco. Balance y propuestas para la consolidación de la justicia penal adversarial en América Latina. In: FUCHS, Marie-Christine; POSTIGO, Leonel González; FADIÑO, Marco (dir.). **La Justicia Penal Adversarial en América Latina: Hacia la Gestión del conflicto y la fortaleza de la ley**. Chile/Santiago, 2018, p. 579-581.

¹⁰⁴⁰ POSTIGO, Bases da Reforma... op. cit., p. 18.

¹⁰⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Juiz das garantias** [recurso eletrônico]: bibliografia, legislação e jurisprudência temática / Supremo Tribunal Federal. 2. ed. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021. p. 108. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/JuizDasGarantias_2ed.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰⁴² No Peru, segundo previsto no art. 29 do Novo Código de Processo Penal, o Juiz da Investigação Preparatória é competente para apreciar as questões surgidas na fase de investigação e conduzir a etapa

garantías que é exercida por outro juiz penal municipal, na fase investigatória, como controle de legalidade, em contrapeso à atuação do Ministério Público (art. 39, Ley de 2004, alterado pelo art.48, Ley 1453/2011). Igualmente no Paraguai, há o *Juiz penal*, que tem a competência de atuar como *juez de garantías y del control de la investigación*, o qual conhece de decisões de natureza jurisdicional da etapa preparatória e da sustentação e da resolução do procedimento na etapa intermediária e também do procedimento abreviado.¹⁰⁴³

Nesse sentido, traçaremos breves linhas de alguns sistemas latino americanos para compreender que a mudança que se pretende implantar no Brasil inspirou-se, também, em experiências de países latino-americanos. Percebe-se que o juiz das garantias se apresenta como figura central de reforma processual em países da América Latina, pois a “criação do juiz de garantias representa uma revolução própria das reformas latino-americanas, a simbolizar a ruptura para com as estruturas inquisitoriais até então vigentes, notadamente os juizados de instrução (...)”.¹⁰⁴⁴

4.4.1. *Juez de Garantía no Chile*

Antes da reforma processual penal no Chile, ocorrida em 2000, vigorava o *Código de Procedimiento Penal* de 1906, que foi objeto de várias modificações pontuais posteriores, mas até então nenhuma revisão global e estrutural. Esse antigo sistema estava caracterizado pela concentração de poder em um juiz individual (um juiz de instrução chamado *Juez del Crimen*) que possuía inúmeras atribuições persecutórias, como recolher as provas no período de investigação e a quem competia dirigir a investigação realizada pela polícia. Ao decidir que a investigação estava concluída, este mesmo juiz apresentava a acusação e facultava ao acusado a defesa e apresentação de provas. Ao final, o mesmo juiz decidia sobre a absolvição ou a culpabilidade do acusado, fixando a pena. Além da acumulação de tais funções da

intermediária e de execução da sentença. In: PILCO, Giammpol Taboada. **El juez de investigación preparatoria y la separación de sus funciones como “juez de audiencia” y “juez de despacho”**. Trabalho de Conclusão de Curso ("Instrumentos para la Implementación de un Sistema Acusatorio Oral) – VI Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2009. Disponível em: <[27 eljuezeinvestigacionpreparatoria Taboada peru \(cejamericas.org\)](https://www.cejamericas.org)>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰⁴³ PARAGUAI. **Código Procesal Penal De La República Del Paraguay Ley n° 1.286/98**. Asunción, 1998. Disponível em: <https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomoIII.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰⁴⁴ MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. **Novos estudos jurídicos – NEJ**, Itajaí, v. 23, n. 1, p. 71-88, 2018. p. 86. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036>. DOI: <https://doi.org/10.14210/nej.v23n1.p71-88>. Acesso em: 12 abr. 2022.

persecução penal, ao juiz competia uma série de atividades administrativas para o funcionamento das atividades forenses e direção do grupo de servidores judiciais.¹⁰⁴⁵

O procedimento era escrito e as decisões judiciais eram tomadas pela leitura dos atos investigatórios. Na etapa em que se permitia o exercício da defesa, não havia um sujeito processual que fosse distinto do juiz que ditou a acusação, do mesmo juiz que daria a sentença e, assim sendo, não havia qualquer possibilidade de contraditório ou imparcialidade judicial.¹⁰⁴⁶

Tudo isso começou a mudar com projetos de lei que começaram a ser enviados ao Congresso Nacional em 1995.¹⁰⁴⁷ Em 1997, foi aprovada uma reforma constitucional e estabeleceu-se o Ministério Público, que havia sido extinto no país em 1927.¹⁰⁴⁸ Um Código de Processo Penal começou a ser discutido e finalmente promulgado em 29 de setembro de 2000,¹⁰⁴⁹ que, dentre outras inovações, inseriu a figura do *Juez de Garantía*. O novo Código de Processo Penal foi elaborado embasado no Código Processual Penal Modelo para Iberoamérica, que, por sua vez, está baseado no sistema alemão e subsidiou inúmeras reformas penais nas últimas décadas pela América Latina fortemente causada pela reabertura democrática pós regimes ditatoriais. Isso sem olvidar do impacto da Convenção

¹⁰⁴⁵ RIEGO, Cristián. Informes Nacionales – Chile. In: MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (Coord.). **Las reformas procesales penales em América Latina**. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung / Ad-Hoc / Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2000, p. 174-175.

¹⁰⁴⁶ Ibid., p. 173.

¹⁰⁴⁷ Sugere-se a leitura da mensagem Presidencial ao Poder legislativo Chileno, com os motivos quanto à necessidade de aprovação de um Novo Código de Processo Penal. Destaca-se na Mensagem Presidencial, o termo inicialmente usado para o juiz de garantias: “*un tribunal unipersonal llamado juez de control de la instrucción*”. CHILE. Mensagem presidencial. **Historia de la Ley n. 19.696, 1995**. Disponível em: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/6631/>. Acesso em: 12 abr. 2022. Contudo, não foi esse o nome que vingou. É que, durante a tramitação do projeto do Novo CPP, houve a substituição da expressão inicial para “*juez de garantía*”, ao argumento de que essa seria a expressão adequada “*dado que su función no es controlar la instrucción sino garantizar el respeto de las garantías constitucionales de los intervinientes*”. Tal ideia foi corroborada pela aprovação ulterior da Lei n. 19.665 de 9 de março de 2000, que reformou o Código Orgánico de Tribunales, consagrando a denominação de “*juez de garantía*” ou “*juez de juzgado de garantía*”. No entanto, o projeto do Executivo não falava de juiz “*de garantía*”, mas “*de garantías*”, no plural. A expressão “*juez de garantía*” usada no singular, obedece a indicação de um Senador durante a tramitação do projeto de Reforma do Código Orgánico de Tribunales, no sentido de que “*la función del juez sería ‘hacer efectiva la garantía del debido proceso consagrada en el numeral 2º (sic) de la Constitución Política, por lo que la expresión ‘garantía’ debe ser usada en singular*”. In: LENNON, Maria Ines Horvitz; MASLE, Julian Lopez. **Derecho Procesal Penal Chileno: Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación**. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2002, p. 71. Ver, também: CHILE. **Ley 19696 de 19 de septiembre de 2000. Establece Código Procesal Penal**. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595> Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰⁴⁸ RIEGO, Informes... op. cit., p. 169.

¹⁰⁴⁹ Segundo André Machado Maya, a reforma processual penal no Chile foi muito além da mera modificação legislativa, alcançando questões estruturais, econômicas e culturais. Isso porque majorou-se o repasse financeiro ao sistema de justiça criminal para 2% do PIB nacional; criaram-se as instituições do Ministério Público e da Defensoria Pública, inclusive construindo-se novas instalações. Houve investimento em capacitação dos magistrados e servidores e, para aqueles que não quisessem se adaptar ao novo sistema, houve incentivo à aposentadoria. Retirou-se do juiz funções administrativas, as quais passaram a ser realizadas por profissionais especializados. In: MAYA, O juizado... op. cit.

Interamericana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que se incorporaram ao ordenamento jurídico chileno, que impunham a observância a um devido processo legal visivelmente incompatível com o sistema pré-reforma o que, igualmente, impulsionou a necessidade de adequação das leis nacionais.

O novo código estipula garantias até então desconhecidas da legislação chilena. Com a criação do *Ministerio Público, Juzgados de Garantía e Tribunales de Juicio Oral en lo Penal* e as fases da persecução penal muito bem destacadas, há um expresse reconhecimento do princípio acusatório e um processo dividido em três etapas: *Investigación; Intermedia* ou também chamada de *preparación de juicio oral e Juicio oral*. As duas primeiras etapas competem exclusivamente ao *Juez de Garantía*,¹⁰⁵⁰ agora com uma posição essencialmente passiva/reactiva e que, ao ser provocado, deve decidir os requerimentos em audiências orais e públicas, enquanto a terceira fase compete aos *Tribunales de juicio oral en lo penal*, composto de três juízes profissionais os quais não tiveram qualquer participação nas etapas anteriores ao julgamento¹⁰⁵¹ e emitem a sentença, após deliberação, em sessões orais e públicas.

Retirou-se do juiz a tarefa investigatória e entregou-se tal mister ao *fiscal* (Ministério Público) com a colaboração da polícia. Embora o juiz tenha sido excluído da função investigatória, isso não o isenta totalmente dessa fase da persecução penal. O que ocorre é que o juiz deixa de ter atividades de coleta de elementos indiciários e passa a resolver questões afetas a direitos individuais.

Percebe-se, portanto, que houve uma significativa transformação estrutural no sistema processual penal chileno: juízes não mais investigam nem tampouco acusam o que, por si só, já é uma mudança substancial. Juízes assumem novas obrigações de controle da atividade da *fiscalia* e da polícia durante a investigação e, na fase do *juicio oral y público*, decidem colegiadamente o caso penal. Passam a fazer aquilo que se espera de um juiz: presidir audiências, resolvendo os incidentes processuais e, o que é da sua essência, julgar.

¹⁰⁵⁰ Durante os trâmites legislativos, ponderou-se a necessidade de um juiz diferente para a fase intermediária, diferente daquele que atuou na investigação. Isso, não só para garantir a imparcialidade do tribunal nos incidentes originados na investigação e de extrema relevância para o curso do julgamento (v. gr. exclusão de prova ilegal) mas, sobretudo, porque se pretendia atribuir a este juiz a resolução do processo no procedimento abreviado, quando foi voluntariamente aceito pelo acusado. Contudo, por motivos fundamentalmente econômicos, não vingou a ideia de um terceiro juiz, de maneira que a competência para a etapa intermediária é do juiz de garantia. Isso suscita críticas, uma vez que quem sentencia os casos de soluções negociadas e procedimento abreviado é o juiz das garantias, levantando dúvidas quanto à sua imparcialidade. In: LENNON, MASLE, **Derecho Procesal...** op. cit., p. 199.

¹⁰⁵¹ Está vedada a atuação no juízo oral de juiz que houver atuado como juiz de garantia no mesmo procedimento (art. 210, inciso 2º, Código Orgánico de Tribunales). In: LENNON, MASLE, **Derecho Procesal...** op. cit., p. 199.

O *juiz de garantía* no sistema chileno tem um papel fundamental, com funções mais amplas do que a previsão brasileira, participando de audiências com múltiplos propósitos, onde todos os atos decisórios são proferidos. Há uma rigorosa separação entre as fases de investigação e do processo, com a previsão de uma fase intermediária, na qual se avalia possíveis formas alternativas de resolução (suspensão condicional do processo, acordos reparatórios ou procedimento abreviado¹⁰⁵²), o juízo de admissibilidade da acusação e prepara o caso penal para instrução no *juicio oral*.

O juiz de garantias atua na fase preliminar, desde a formalização da investigação (que consiste na cientificação do indivíduo de que contra ele existe uma investigação criminal), avaliando os limites materiais e temporais dessa investigação preliminar, o controle da detenção, a adoção de medidas cautelares e antecipação de provas.¹⁰⁵³ Nessa fase do modelo chileno, o juiz das garantias pode participar de procedimentos simplificados (podendo inclusive sentenciar casos mais simples) e acordos entre as partes.

O *juiz de garantía* no sistema chileno também atua na fase intermediária, que se presta ao controle da acusação e à preparação do posterior juízo oral. Assim, apresentada a acusação e oportunizado o exercício do contraditório e da ampla defesa, o juízo de

¹⁰⁵² Em termos gerais, nos sistemas latino americanos, com a conclusão da fase intermediária termina a possibilidade de se chegar a saídas alternativas, como suspensão condicional do processo e acordos reparatórios. In: POSTIGO, Leonel González. La etapa intermedia en un sistema adversarial: del saneamiento formal al control sustancial de la acusación. In: SILVEIRA, Marcos Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (organizadores). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**: volume 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 102-104.

¹⁰⁵³ São apenas algumas das atribuições do juiz das garantias previstas no CPP Chileno: “*Artículo 70 - Juez de garantía competente. El juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que de lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución. Artículo 95.- Amparo ante el juez de garantía. Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes. Artículo 191.- Anticipación de prueba. Al concluir la declaración del testigo, el fiscal o el abogado asistente del fiscal, en su caso, le hará saber la obligación que tiene de comparecer y declarar durante la audiencia del juicio oral, así como de comunicar cualquier cambio de domicilio o de morada hasta esa oportunidad. Si, al hacersele la prevención prevista en el inciso anterior, el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobrevinencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar del juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente. Artículo 229.- Concepto de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, em presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados. Artículo 234.- Plazo judicial para el cierre de la investigación. Cuando el juez de garantía, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes y oyendo al ministerio público, lo considerare necesario con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes y siempre que las características de la investigación lo permitieren, podrá fijar en la misma audiencia un plazo para el cierre de la investigación, al vencimiento del cual se producirán los efectos previstos en el artículo 247. Artículo 250.- Sobreseimiento definitivo. El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo: (...)*” CHILE. **Ley 19696**... op. cit.

admissibilidade é feito pelo juiz das garantias em audiência. Nesse momento, o juiz das garantias decidirá sobre eventuais exclusões de provas ilícitas e outras questões preparatórias. A etapa intermediária funciona, portanto, como uma espécie de despacho saneador,¹⁰⁵⁴ pelo que o juiz de garantias exerce um papel de filtro quanto às provas que serão conhecidas pelo Tribunal.¹⁰⁵⁵ Em consonância com a teoria do caso,¹⁰⁵⁶ há exposição de um “roteiro do que será demonstrado em juízo por meio das provas”,¹⁰⁵⁷ com a delimitação do objeto do processo, fixando-se os pontos controvertidos que demandam dilação probatória na fase de instrução e a pertinência e relevância dos meios de prova pretendidos pelas partes, deferidos pelo juiz das garantias. Assim, havendo acordo entre as partes sobre pontos incontroversos (as chamadas convenções probatórias), evita-se desgaste probatório e perda de tempo, racionalizando-se a instrução. Observe-se, comparativamente, que no processo penal brasileiro é sempre ônus da acusação a prova da materialidade e autoria, ainda que o réu seja confesso, inclusive porque o CPP brasileiro proíbe a prova da materialidade¹⁰⁵⁸ e a condenação exclusivamente alicerçada na confissão,¹⁰⁵⁹ até porque pode ser fundada em uma autoacusação falsa.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁴ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal**: Aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 301.

¹⁰⁵⁵ Segundo Rodrigo Ríos Álvarez: “*Dentro de las causales más relevantes de exclusión de prueba, está aquella asociada a las que han sido obtenidas con vulneración de garantías fundamentales (prueba ilícita). Pero tal como hemos indicado a propósito del principio de pasividad, estas alegaciones deberán ser formuladas por la defensa del imputado, y luego del debate de rigor el Juez de Garantía deberá resolver. Lo que se busca es evitar que el Tribunal de Juicio Oral conozca pruebas que sean sobreabundantes, que recaigan sobre hechos públicos y notorios, sean impertinentes o bien sean ilícitas, evitando que los juicios orales se extiendan más allá de lo razonable y que ingrese a juicio oral prueba obtenida ilegalmente*”. In: ÁVAREZ, Rodrigo Ríos. Juez de Garantía: Experiencia Chilena. **Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**, a. 4, n. 15, jun. 2021, p. 23-24.

¹⁰⁵⁶ A adoção da teoria do caso é fundamental para uma melhor organização e planejamento processual. Trata-se do meio pelo qual é delimitado o objeto do processo, fixando-se os pontos controvertidos o que direcionará a instrução probatória. É, em suma, um roteiro, uma estratégia que cada parte adotará, tendo como eixo estruturante três elementos: o elemento fático acusatório e defensivo; o elemento jurídico, condizente com o enquadramento dos fatos nas normas legais; o elemento probatório, ou seja, os meios de prova que serão utilizados para provar e embasar as afirmações fáticas. In: SILVEIRA, Marcos Aurélio Nunes da. A Etapa Intermediária e o Juiz de Garantias no Processo Penal Brasileiro: um passo importante e insuficiente. **Revista Justiça do Direito. UFP**. Passo Fundo/RS. v. 33, n. 3, p. 189-221, Set./Dez. 2019. Ou ainda: “A teoria do caso é a relação entre as teorias fáticas, jurídicas e probatórias da acusação”. In: SILVEIRA, **Por uma...** op. cit. Para Raphael Barilli, “A teoria do caso é, portanto, um guia que auxilia a parte no planejamento estratégico e na preparação para se atuar no processo”. In: BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. **Teoria do caso e sua aplicação ao processo penal brasileiro**. Curitiba: CRV, 2019, p. 116.

¹⁰⁵⁷ SILVEIRA, **Por uma...** op. cit., p. 380.

¹⁰⁵⁸ Art. 158 do CPP. “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689... op. cit.

¹⁰⁵⁹ Art. 197 do CPP. “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”. Idem.

¹⁰⁶⁰ Art. 341 do CPP. “Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem: Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa”. Idem.

A fase intermediária encerra-se com o *auto de apertura del juicio oral* que inaugura a fase seguinte, passando o “bastão” para o colegiado.¹⁰⁶¹ Assim, o colegiado, se positivo o juízo de admissibilidade da ação penal feito pelo juiz de garantia, passa a atuar nessa terceira fase, chamada de *juicio oral y público*, caracterizada, igualmente, pela oralidade e protagonismo das partes na atividade instrutória.

Em todas essas fases é marcante a oralidade e tudo é resolvido em audiência.¹⁰⁶²

Outro ponto que chama bastante a atenção é que os autos de investigação preliminar (*carpeta*), com caracteres de informalidade,¹⁰⁶³ não acompanham o *auto de apertura del juicio oral*. Vale dizer, o juízo oral se vale unicamente das provas produzidas na instrução,¹⁰⁶⁴ em respeito aos princípios da oralidade, publicidade, imediação e contraditório. A regra, portanto, é que é vedado incorporar, invocar como meio de prova ou ler durante os debates quaisquer registros e demais documentos referentes às diligências efetivadas pela polícia ou pelo Ministério Público. Com isso, evita-se que o debate seja transformado em uma simples ratificação do procedimento de investigação, tornando prescindível o julgamento em plenário.

Contudo, há exceções previstas nos artigos 331 e 332 do CPP chileno. A primeira delas, refere-se às eventuais provas antecipadas para oitiva de testemunhas e peritos,

¹⁰⁶¹ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. O juiz das garantias como condição de possibilidade de um processo penal acusatória e a importância da etapa intermediária: um olhar desde a experiência latino-americana. In: POSTIGO, Leonel González (Diretor). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago/Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, 2017, p. 293-309.

¹⁰⁶² André Machado Maya cita, por exemplo, as audiências de *control de detención*, com a apresentação imediata do preso ao juiz das garantias; audiência para a formalização da imputação, para oferecimento de propostas de solução alternativa do processo ou para requerimento de prazo para conclusão da investigação. Ainda, a qualquer tempo é possível audiência para verificação da legalidade ou necessidade da custódia do investigado preso. Em todos os casos, as medidas investigativas que se fizerem necessárias devem ser postuladas pelo Ministério Público ao juiz de garantias em audiência. Enfim, os juízes de garantia atuam em regime de plantão permanente, dedicando a totalidade do seu tempo à realização de audiências próprias dessa fase prévia ao processo, seja de controle de detenção, seja para decidir sobre medidas cautelares ou sobre o *status libertatis* do investigado, seja para admissibilidade da acusação, essa última na fase intermediária. In: MAYA, O juizado... op. cit.

¹⁰⁶³ Procurando superar a cultura inquisitiva e dado que os atos de investigação não têm valor probatório (salvo a prova antecipada ou prova irrepitível), o CPP chileno estabelece diversas normas que tendem a desformalização da etapa investigativa. O registro de cada ação deve incluir, pelo menos, a indicação da data, hora e local da execução, os funcionários e outras pessoas que intervieram e uma breve lista de seus resultados. A ênfase é colocada no conteúdo da ação ou diligência e na eficiência e conveniência com que se procede, tendo o cuidado de garantir a fidelidade e integridade da informação, bem como o acesso a ela por quem, de acordo com a lei, tem o direito de exigí-la. Em qualquer caso, esses registros não podem substituir as declarações da polícia no julgamento oral. In: LENNON, MASLE, **Derecho Procesal**... op. cit., p. 454-455.

¹⁰⁶⁴ É o que se extrai do art. 296 CPP chileno: "*la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley*". Complementarmente, o art. 334 CPP inc. 1º, expõe que "Exceto nos casos previstos nos artigos 331 e 332, não será possível incorporar ou invocar como prova ou ler durante o julgamento oral, os registros e outros documentos que dão conta de procedimentos ou ações levadas a cabo pela polícia ou o Ministério Público". Por sua vez, art. 340 inc. 2º, do CPP prescreve que "O tribunal formará sua convicção com base nas provas produzidas durante o julgamento oral" (tradução livre).

admitidas na fase de investigação ou na fase intermediária, produzidas em audiência e perante o juiz de garantias e na presença de todos os interessados – desde que provado o temor de impossibilidade de produção desse meio de prova na fase do *juicio oral* –, podem ser apresentadas na fase oral, mediante a leitura dos registros. Todavia, para que as provas antecipadamente produzidas possam ser incorporadas ao juízo oral, é necessário que o temor que fundamentou sua admissão se verifique, efetivamente, no momento do julgamento, ou seja, que nessa data a testemunha ou perito tivesse efetivamente falecido, esteja em um quadro de incapacidade física ou mental, ou não pudesse depor por qualquer outro obstáculo. Se esta circunstância não se verificar no momento do julgamento oral, a exceção que permite incorporação pela leitura simplesmente não se opera, o que implica que a testemunha ou o perito deve comparecer e testemunhar no *juicio oral*, tornando sem valor a sua declaração anterior (art. 331 alínea a, CPP chileno).¹⁰⁶⁵

Outra exceção que possibilita a leitura dos registros de declarações anteriores ocorre quando as partes estiverem de acordo com essa incorporação, com a aquiescência do Tribunal. Ainda, é possível a leitura quando o não comparecimento de testemunhas, peritos ou co-arguidos no julgamento for imputável ao acusado. Também é possível a leitura de declarações incriminatórias realizadas por corréus revéis (que não comparecem em juízo por qualquer causa ou por razões atribuídas ao acusado) prestadas perante o juiz de garantias.¹⁰⁶⁶

As declarações prestadas na investigação preliminar podem ser invocadas também, muito excepcionalmente, para questionar a credibilidade de alguma testemunha, caso mude a versão, incorra em contradições ou manifestas inconsistências com as declarações anteriormente prestadas, mas apenas como estratégia de esclarecimento, como apoio para a memória. Contudo, essa leitura se dá tão somente para demonstrar ou superar contradições ou para solicitar os esclarecimentos necessários, porém as declarações prestadas nas fases anteriores nunca servirão como prova nova. Vale dizer, o procedimento da leitura serve apenas para reafirmar o conteúdo da declaração prestada no *juicio oral* ou para introduzir dúvidas a respeito de sua veracidade.¹⁰⁶⁷

Outro destaque importante é que há uma proibição absoluta de incorporação ou invocação como meio de prova e de leitura, durante o juízo oral, de registros, atas ou documentos que contenham diligências declaradas nulas ou ilícitas. Ainda, em hipótese alguma, se pode invocar, ler ou incorporar como meio de prova no juízo oral qualquer

¹⁰⁶⁵ LENNON, MASLE, **Derecho Procesal...** op. cit., p. 143-144.

¹⁰⁶⁶ Ibid., p. 323.

¹⁰⁶⁷ Ibid., p. 323-324.

referência sobre proposta, aceitação ou não, bem como revogação de um acordo reparatório, de suspensão condicional do processo ou sobre a tramitação de um procedimento abreviado. Isso porque, quando o imputado aceita uma saída alternativa ou um procedimento especial, ele acaba por aceitar os fatos imputados pela acusação e os atos investigativos que os embasam. Se, por algum motivo, as soluções alternativas ou o procedimento especial não prosperam, a conformidade ou aceitação prévios podem induzir o *juicio oral* a prejudicar a culpabilidade do acusado, perdendo-se a garantia de um Tribunal imparcial¹⁰⁶⁸ e, por isso mesmo, tais acordos devem ser efetivados no máximo até a fase intermediária.

Importante mencionar que a implementação do juiz de garantia chileno ocorreu gradativamente, iniciando-se pelas comarcas menores, no extremo do país, chegando-se à capital quando já decorridos mais de cinco anos, o que certamente permitiu aos responsáveis resolver os desafios que se apresentaram. Destaca-se a denominada *carga zero*,¹⁰⁶⁹ ou seja, as novas regras processuais só se aplicaram aos novos processos, o que implica dizer que os processos iniciados anteriormente à reforma processual seguem os antigos procedimentos até sua finalização,¹⁰⁷⁰ o que é passível de críticas pelos operadores daquele país, à medida em que, simultaneamente, os Tribunais avaliam os casos pós reforma pela perspectiva acusatória, enquanto os pré-reforma são julgados ainda segundo as normas do CPP de 1906, portanto, sob uma perspectiva inquisitória.

Anote-se, contudo, que, passados vinte e um anos da reforma processual, atualmente há fortes questionamentos da sociedade chilena quanto ao modelo adotado do juiz das garantias que, na visão de parte da população, dá azo a uma “*puerta giratoria*”,¹⁰⁷¹ expressão com uma clara concepção pejorativa de excessivo garantismo que permite a uma pessoa presa que ingressa ao Tribunal por uma porta e sai imediatamente pela mesma porta, tão logo terminada a audiência de controle de detenção. Isso se dá, segundo RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ, pelo fato de que a comunidade chilena não internalizou bem os princípios que inspiram o atual sistema processual chileno, sendo que as críticas se acirram em períodos eleitorais, cujo discurso crítico causa danos ao funcionamento do sistema, gerando uma

¹⁰⁶⁸ LENNON, MASLE, *Derecho Procesal...* op. cit., p. 324.

¹⁰⁶⁹ MAYA, *O juizado...* op. cit.

¹⁰⁷⁰ “*En este proyecto se incluirá además el régimen de transición del sistema vigente al que se contiene en este Proyecto y que se aplicará una vez aprobado. Cabe señalar sobre este punto, que la experiencia comparada nos enseña que uno de los aspectos más complejos de la reforma procesal penal es el que se relaciona con la entrada en vigencia de las modificaciones que en su oportunidad serán aprobadas por el H. Congreso Nacional. Es por esto que incluiremos en este Proyecto la regulación necesaria. En todo caso, cabe señalar que el principio que regirá esta entrada en vigencia es la progresividad, la que no afectará los procesos iniciados con anterioridad a la aprobación del Proyecto, los que continuarán regidos por el Código vigente, hasta su culminación*”. CHILE. Mensagem presidencial... op. cit.

¹⁰⁷¹ ÁLVAREZ, *Juez de Garantía...* op. cit., p. 23-24.

equivocada concepção da estrutura processual e propiciam uma série de reformas com viés mais inquisitivo e repressivo.¹⁰⁷²

Diga-se, ainda, que, à falta de um juízo de execução no Chile, dentre as funções do juiz das garantias inclui-se a execução da sentença definitiva condenatória, de medidas de segurança aplicadas em sentenças, incluindo as ditadas pelos tribunais de juízo oral, bem como a resolução de incidentes próprios da fase de execução.¹⁰⁷³ Apenas 5% a 10% dos casos chegam ao juízo oral,¹⁰⁷⁴ o que implica dizer que há uma sobrecarga de trabalho dos juízes de garantia, que além de todos os trabalhos das fases de investigação e intermediária, ainda são responsáveis pela execução de pena e todos os incidentes executórios são também julgados em audiência.

Outro ponto interessante é que compete ao colegiado decidir sobre pedidos de liberdade, prisão preventiva ou medidas cautelares dos acusados postos à sua disposição (art. 281, inciso 2º, CPP chileno), de forma que aqui parece surgir o problema de coerência do sistema no que tange à imparcialidade,¹⁰⁷⁵ já que o colegiado não tem acesso aos autos de investigação e precisa decidir dentro de 48 horas seguintes à notificação do *auto de apertura del juicio oral*,¹⁰⁷⁶ questões referentes à materialidade e à autoria.

Por fim, outro ponto que merece atenção é que é o próprio juiz das garantias quem sentencia nos casos de procedimentos especiais, como o procedimento monitorio, o simplificado e o procedimento abreviado¹⁰⁷⁷ (trata-se de aceitação negociada pelo imputado e de resolução do caso com base unicamente nos atos de investigação), o que também pode ensejar críticas à imparcialidade, já que o mesmo juiz que atuou na investigação sentenciará nesses casos, embora as penas dos delitos que se submetem a esses procedimentos sejam menores.

¹⁰⁷² ÁVAREZ, Juez de Garantía... op. cit., p. 23-24.

¹⁰⁷³ LENNON, MASLE, **Derecho Procesal**... op. cit., p. 204.

¹⁰⁷⁴ BERCLAZ, Marcio Soares. Um Ministério Público sem Política de Persecução Penal. In: POSTIGO, Leonel Gonzalez (Coord.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017, p. 424; ÁVAREZ, Juez de Garantía... op. cit., p. 23-24.

¹⁰⁷⁵ Vide item 6.2.2.2, infra.

¹⁰⁷⁶ Houve uma controvérsia sobre qual julgador era o competente para se pronunciar sobre os pedidos referentes a medidas cautelares entre o *auto de apertura del juicio oral* e o início do julgamento colegiado. A preocupação era razoável porque se baseava no argumento da necessidade de garantir a imparcialidade do tribunal de julgamento oral em face dos pedidos que lhes obrigava a tomar conhecimento sobre os antecedentes da investigação. Não obstante que em algum momento prevaleceu a interpretação de que os juízes de garantia deveriam dirimir os referidos pedidos, o legislador resolveu a discussão da forma acima mencionada, ou seja, ficando ao colegiado tal atribuição. In: LENNON, MASLE, **Derecho Procesal**... op. cit., p. 211.

¹⁰⁷⁷ ÁVAREZ, Juez de Garantía... op. cit., p. 23-24.

4.4.2. Juiz de garantia no Uruguai

O Uruguai sofreu uma recente alteração legislativa que transformou o então sistema inquisitivo em sistema acusatório. No antigo Código de Processo Penal uruguaio, vigente desde 1980 (Decreto-*ley* 15.032, de 7 de julho de 1980), predominava o princípio inquisitivo a partir da fase investigatória, na qual o juiz participava ativamente na investigação preliminar e da gestão da prova.¹⁰⁷⁸

O comprometimento da imparcialidade naquele contexto anterior à reforma processual penal causava incômodo na doutrina uruguaia, o que se pode observar da leitura de MARIA EUGENIA GONZÁLEZ e MAGDALENA PRATO, as quais destacam que a imparcialidade judicial estava, naquele contexto pré-reforma, severamente comprometida, “(...) não porque os juízes não queiram ser imparciais e não desempenham as suas funções com o maior zelo e responsabilidade, mas porque a lei lhes atribui atividades próprias da parte”.¹⁰⁷⁹ Na antiga legislação, o próprio juiz quem recolhia as provas destinadas a verificar os fatos que poderiam fundar a acusação do Ministério Público. Além disso, o mesmo juiz atuava na etapa preparatória e na fase de julgamento. Desta forma, percebe-se aqui também a mesma problemática que havia no sistema chileno, em que o mesmo juiz que reunia as provas nas fases prévias ao julgamento, recebia a ação penal e julgava, colocando a imparcialidade igualmente em xeque, de forma que no Uruguai também se cogitou da implantação do juiz de garantias.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁸ Para uma completa visão sobre o processo penal uruguaio, ver: CAMPOS, Santiago Pereira. El nuevo sistema de justicia penal de Uruguay: roles de los sujetos y principales estructuras. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al* (dir.). **Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay**: Hacia la justicia penal acusatoria en Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA; Curitiba: Observatório de Mentalidade Inquisitória. 2019, p. 21-98.

¹⁰⁷⁹ No original: “(...) *no porque los jueces no quieran ser imparciales y no desempeñen sus funciones con el mayor celo y responsabilidad, sino porque la ley les asigna actividades que son propias de la parte*”. In: GONZÁLEZ, María Eugenia; PRATO, Magdalena. **Manual Básico para el estudio del proceso penal uruguayo**. [s/l], [s/d]. Disponível em: <<https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/me/article/view/137/130>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰⁸⁰ Nesse sentido: “(...) *el mismo juez que realiza actividad probatoria (“junta” las pruebas) en las etapas preparatorias es el que recibe la solicitud de procesamiento elevada por el Ministerio Público (basada en las pruebas recolectadas por el mismo juez), el que dicta el auto de procesamiento (que implica un juicio preliminar de imputación), el que – en su caso- dispone la prisión preventiva del imputado, y finalmente el que resuelve una vez desarrollado todo el proceso principal. Siempre es el mismo juez y lógicamente ello pone en crisis su imparcialidad. En los sistemas procesales penales más modernos, la investigación preparatoria la lleva adelante el Ministerio Público. Se exige la separación de la función de investigar de la función de juzgar; y el llamado juez de garantía o de instrucción, que interviene en la etapa de investigación preparatoria es diferente del juez que entiende en el proceso principal y decide la causa*”. In: Idem.

No dia 1º de novembro de 2017 entrou em vigor a *Ley 19.293*, de 19 de dezembro de 2014.¹⁰⁸¹ O novo Código de Processo Penal uruguaio passa do sistema inquisitório para o sistema acusatório, essencialmente oral e público, cabendo a gestão da prova exclusivamente às partes.¹⁰⁸²

A fase da investigação criminal passa a cargo exclusivamente do Ministério Público, não competindo mais ao juiz dirigir as investigações, assegurando-se imparcialidade ao magistrado, pois se estabelece um sistema de *doble juez*,¹⁰⁸³ ou seja, um juiz atua na fase prévia ao júzo oral e outro no *juicio oral*.

*El primer magistrado actuará en la etapa inicial del juicio (formalización) que será el que eventualmente determine la prisión preventiva en los casos que corresponda. El otro juez deberá intervenir cuando llegue la etapa de la acusación, en el juicio oral definitivo. Este sistema fue pensado para dar garantías al acusado de la independencia judicial en todo el proceso. Es un avance gigantesco y existe unanimidad en el tema porque evidentemente asegura que el juez sea absolutamente imparcial. Esto da cumplimiento a los tratados Internacionales.*¹⁰⁸⁴

O art. 29 do CPP uruguaio estabelece uma regra de impedimento, ao vedar aos juízes que atuaram nas fases anteriores ao *juicio oral* de atuar nessa fase e proferir sentença,¹⁰⁸⁵ o que “à toda evidência demonstra a preocupação em se ter, no processo, um juiz descontaminado e ignorante (quanto aos fatos e provas)”.¹⁰⁸⁶

A persecução penal é dividida em *indagatoria preliminar* (etapa de investigação, dirigida pelo Ministério Público com o auxílio da Polícia) e fase processual, com previsão de audiências orais. A primeira, chamada *audiencia de formalización*, ocorre após o Ministério Público solicitar ao juiz a “formalização” da investigação criminal, nos termos

¹⁰⁸¹ URUGUAI. **Ley n. 19.293, de 19 de diciembre de 2014. Código del Proceso Penal**. Montevideo, 2014. Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰⁸² Art. 9: “*El proceso penal será público y contradictorio en todas sus etapas, con las limitaciones que se establecen en este Código. Rige en este proceso el principio acusatorio. En aplicación de dicho principio, no se podrá iniciar actividades procesales, imponer prisión preventiva o medidas limitativas de la libertad ambulatoria, condenar o imponer medidas de seguridad, si no media petición del Ministerio Público*”. Idem.

¹⁰⁸³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Novo CPP uruguaio mudou do sistema inquisitório para o acusatório. **CONJUR**, 02 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/romulo-moreira-cpp-uruguaio-segure-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁰⁸⁴ MOREIRA, Novo... op. cit.

¹⁰⁸⁵ Art. 29: “*(...) Los jueces que hubieren intervenido en actuaciones previas a la audiencia de juicio quedarán automáticamente impedidos de celebrar la misma y dictar sentencia. (...)*”. URUGUAI. **Ley n. 19.293**... op. cit.

¹⁰⁸⁶ BERTI, Marcio Guedes. O processo penal e o juiz de garantias. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al* (dir.). **Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay**: Hacia la justicia penal acusatoria en Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA; Curitiba: Observatório de Mentalidade Inquisitória. 2019, p. 151.

do artigo 266, do Código de Processo Penal uruguaio.¹⁰⁸⁷ Nessa audiência, ouvidas as partes, o juiz decidirá acerca da legalidade da prisão, da admissibilidade da investigação pelo Ministério Público, do pedido de eventuais medidas cautelares (inclusive a prisão preventiva), além de quaisquer outros pedidos (artigo 266.6). O juiz não decide de ofício, inclusive acerca da prisão preventiva (artigos 216 e 230).

A segunda, a *audiencia de control de la acusación*, realizada também na presença das partes e da vítima (se esteve presente na primeira audiência). Nesta etapa, a defesa poderá contestar a acusação (apontando-lhe defeitos formais), opor exceções, podendo ainda ocorrer a extinção do procedimento (*sobreseimiento*) e realização de acordos (artigo 268.1¹⁰⁸⁸). Tal *sobreseimiento* é pedido pelo Ministério Público em três hipóteses: a) quando, esgotadas todas as possibilidades probatórias, não surgiram provas plenas de que o fato imputado existiu ou que o imputado tenha sido o seu autor; b) quando o fato não constitua crime; e c) quando esteja comprovada categoricamente (*de modo indudable*) que o fato foi praticado sob o pálio de uma excludente de ilicitude, de culpabilidade, de punibilidade ou outra causa extintiva do delito ou da pretensão penal, nos termos da lei penal uruguaia. Esta extinção excepcional do processo terá efeitos de uma sentença absolutória (artigos 45-h, 129, 130 e 132).

As partes aqui também se valem da teoria do caso, tal qual o modelo chileno, e podem realizar acordos probatórios, tendo como incontroversos certos fatos que não demandarão prova na fase oral, os quais constarão do *auto de apertura a juicio* (art. 144 lit. d). Tem-se

¹⁰⁸⁷ “Art. 266: (*Formalización de la investigación*).- 266.1 Cuando existan elementos objetivos suficientes que den cuenta de la comisión de un delito y de la identificación de sus presuntos responsables, el fiscal deberá formalizar la investigación solicitando al juez competente la convocatoria a audiencia de formalización. 266.2 La solicitud se hará por escrito, salvo en el caso previsto en el artículo 266.4 de este Código y deberá contener en forma clara y precisa: a) la individualización del imputado y de su defensor, si este hubiera sido designado durante la investigación preliminar; b) la relación circunstanciada de los hechos y la participación atribuida al imputado; c) las normas jurídicas aplicables al caso; d) los medios de prueba con que cuenta; e) las medidas cautelares que el fiscal entienda pertinentes; f) el petitorio; g) la firma del fiscal o de un representante autorizado por la Fiscalía.” URUGUAI. **Ley n. 19.293...** op. cit.

¹⁰⁸⁸ Art. 268: “(*Audiencia de control de acusación*). 268.1 Vencido el plazo contemplado en el artículo 128 de este Código, el juez convocará a las partes y a la víctima, si hubiere comparecido a la audiencia de formalización, a una audiencia de control de la acusación, dentro de los diez días siguientes. Como cuestión previa en la audiencia, la defensa podrá: a) objetar la acusación señalando defectos formales; b) oponer excepciones; c) instar el sobreseimiento; y d) proponer acuerdos. 268.2 Resueltos los planteos en audiencia, cada parte ofrecerá su prueba y formulará las observaciones que considere pertinentes respecto de la prueba de la parte contraria. El juez velará por un genuino contradictorio sobre estos puntos y rechazará la prueba cuando esta resulte inadmisibile, impertinente, sobreaundante, dilatoria e ilegal. 268.3 Las partes podrán arribar a acuerdos probatorios, dando por acreditados determinados hechos, los que no podrán ser debatidos en juicio. El juez evitará discusiones que son propias del juicio oral y resolverá oralmente, de manera inmediata y fundada los planteos de las partes, basándose en las evidencias que presentaren las partes em audiencia. 268.4 No podrá admitirse en juicio ninguna prueba a la que la defensa no haya tenido acceso y posibilidad de control. A tales efectos el juez adoptará las medidas pertinentes para garantizar el control por la defensa.” URUGUAI. **Ley n. 19.293...** op. cit.

uma fase intermediária, cujo objetivo é “preparar a audiência do *juicio* e facilitar a intervenção de dois juízes diferentes: um para as fases prévias anteriores à audiência de julgamento e um distinto para a audiência de julgamento”.¹⁰⁸⁹ SANTIAGO PEREIRA CAMPOS orienta que, após debate entre as partes sobre as provas pretendidas por cada uma delas, o juiz fará os devidos filtros probatórios, rejeitando a prova quando for inadmissível, impertinente, superabundante, dilatória e ilegal. Ainda, de acordo com o art. 268, 4 do CPP, a defesa não pode ser surpreendida em juízo com uma prova a que não teve acesso e possibilidade de controle.¹⁰⁹⁰

Assim, percebe-se o importante papel que exerce o juiz atuante nessa fase intermediária, pois: a) garantirá um contraditório genuíno sobre os pontos em debate; b) evitará discussões típicas do juízo oral; c) resolverá imediata e oralmente, os pedidos das partes, com base nas provas apresentadas por elas na audiência; d) adotará as medidas cabíveis para garantir o controle pela defesa das provas que serão admitidas ao julgamento.¹⁰⁹¹

Aqui também há previsão de um sistema multiportas, ou seja, com soluções diferentes para o conflito, de forma que o *juicio oral* não é a única via para a resolução os conflitos penais. Com isso, também por lá há a previsão de processo abreviado e vias alternativas ao processo, tais como suspensão condicional do processo, mediação extraprocessual e acordos reparatórios. Atendidos os pressupostos legais, há aqui também um filtro, evitando-se que todos os casos sejam encaminhados ao juízo oral.

Ao final, tem-se a *audiencia de juicio oral*, presidida por outro juiz que não tenha participado das fases anteriores,¹⁰⁹² iniciada com o *auto de apertura a juicio* (que é irrecurível), e onde constará o órgão jurisdicional competente para o juízo oral; as partes intervenientes e seus domicílios, a acusação e a defesa admitidas; fatos que não dependerão de prova, por força dos acordos probatórios; as provas admitidas; os pedidos realizados e indeferidos; quando o acusado tem contra si alguma medida cautelar, a indicação de sua subsistência e sua duração (art. 269.1 do CPP).

¹⁰⁸⁹ CAMPOS, El nuevo... op. cit., p. 61.

¹⁰⁹⁰ Ibid., p. 62.

¹⁰⁹¹ Ibid., p. 64.

¹⁰⁹² “25.5 *Los Jueces Letrados de Primera Instancia en lo Penal, los Jueces Letrados Penales Especializados en Crimen Organizado y los Jueces Letrados de Primera Instancia del Interior con competencia en materia penal, que hubieren intervenido en actuaciones previas a la audiencia de juicio quedarán automáticamente impedidos de celebrar la misma y dictar sentencia. A los efectos de este artículo no se considerarán actuaciones previas el dictado de decretos de mero trámite. La Suprema Corte de Justicia reglamentará el régimen de subrogaciones.* 25.6 *La misma regla dispuesta en el numeral 25.5 de este artículo se observará en el caso de los Jueces Letrados de Adolescentes y los Jueces Letrados de Primera Instancia del Interior con competencia en materia adolescentes*”. URUGUAI. **Ley n. 19.293**... op. cit.

É nesta fase o momento dos debates orais sobre a matéria de fundo, desde a exposição oral das posições fáticas e probatórias do Ministério Público e defesa (*alegatos de apertura*), a produção da prova, passando pelas alegações finais (*alegatos finales*) e, por fim, a sentença. SANTIAGO PEREIRA CAMPOS destaca que a ideia é que a audiência seja "autossustentável", ou seja, deve ser compreendida por todos aqueles que dela participam, por conta dos debates, sem terem lido os atos escritos ou testemunhado audiências anteriores. Em outras palavras, o processo é baseado no que acontece oralmente nas audiências e não nos expedientes escritos.¹⁰⁹³

No que toca ao objeto deste trabalho, destaca-se que as atividades desenvolvidas na fase de investigação, como regra, não são integradas aos autos do processo (art. 259.1),¹⁰⁹⁴ salvo se houver a intervenção judicial (por exemplo, a prova antecipada). Os arquivos do Ministério Público não podem ser consultados pelo Tribunal (embora possa ser consultados pelo imputado, defesa e pela vítima), que terá que resolver as questões suscitadas na audiência, com base nos argumentos expostos pelas partes em função das informações por elas recolhidas.

Embora a regra do art. 259.1 seja a de que as investigações que o Ministério Público realiza, sem a intervenção do juiz, não constituem prova – e como tal não podem e não devem ser incorporadas ao processo penal –, existem vários dispositivos do CPP que relativizam essa regra. Assim, a prova antecipada, porque produzida perante o juiz e em contraditório, pode adentrar à fase do juízo oral. Outrossim, os resultados da *carpeta* do Ministério Público, ou seja, da pasta investigativa poderão adentrar ao processo desde que haja acordo entre as partes¹⁰⁹⁵ (até porque, como dito, se as partes podem tomar determinados fatos como verdadeiros, realizando acordos probatórios, também podem concordar com a incorporação de algum elemento probatório efetivado na investigação). Outrossim, quando indispensáveis para “refrescar a memória” da testemunha ouvida em juízo, é possível a leitura do que foi dito na fase anterior¹⁰⁹⁶ ou, ainda, para fundamentar o pedido de adoção

¹⁰⁹³ CAMPOS, El nuevo sistema... op. cit., 69-70.

¹⁰⁹⁴ Art. 259.1: “La actividad desarrollada en la indagatoria preliminar para reunir medios de prueba que posibiliten la ulterior iniciación del proceso no se integrará en ningún caso a este, salvo cuando hubiera sido dispuesta con intervención del tribunal”. Mais adiante: art. 264, inc. 4º: “El legajo de la Fiscalía no podrá ser consultado por el órgano jurisdiccional, quien tendrá que resolver los planteos que le formulen las partes en audiencia, en base a las argumentaciones que estas hagan de la información recolectada y la contradicción que genera la parte contraria”. URUGUAI. **Ley n. 19.293**... op. cit.

¹⁰⁹⁵ Art. 271.1: “la prueba deberá producirse en la audiencia de juicio, no resultando válida la incorporación como prueba de actuaciones realizadas durante la investigación, salvo las que se hayan cumplido con las reglas de prueba anticipada o que exista un acuerdo de partes”. Idem.

¹⁰⁹⁶ Art. 271.4: “Cuando sea necesario para demostrar o superar contradicciones o fuere indispensable para ayudar a recordar al testigo o perito, se podrá leer la parte pertinente de una declaración sin tenerla incorporada como prueba”. URUGUAI. **Ley n. 19.293**... op. cit.

de medidas cautelares¹⁰⁹⁷, sem prejuízo da defesa requerer a apresentação de provas contrárias.

Com relação à *carpeta*, as atividades de investigação devem ser registradas, para que a defesa possa controlá-la. Com isso, o Ministério Público deve formar um arquivo de investigação (a chamada *carpeta de investigación* ou *carpeta investigativa*), que subsidiará sua atuação, mas não se exigem formalidades (na esteira do modelo chileno), exceto regras práticas internas para registro para comprovar as ações praticadas,¹⁰⁹⁸ e podem ser acessadas pelo imputado, seu defensor e pela vítima (art. 264 incs. 1º e 2º).

Este arquivo do Ministério Público não poderá ser consultado pelo Tribunal, que terá que dirimir as questões em audiências, com base nos argumentos e contra-argumentos das partes, salvo as exceções já comentadas.

No Uruguai, apesar da distinção dos juízes nas fases investigativa e de julgamento, parece haver um mesmo problema enfrentado no Chile, no que concerne ao julgamento do *proceso abreviado* (art. 272), que tem cabimento para fatos cuja pena mínima não exceda a seis anos de reclusão e é uma estrutura alternativa para obtenção de uma sentença condenatória rapidamente, quando o acusado admite a responsabilidade, aceita expressamente os atos de investigação como prova e manifesta sua conformidade com a aplicação do procedimento, beneficiando-se, em contrapartida, de uma redução de até 2/3 da pena originária. Com isso, o imputado não se opõe à imputação fática e renuncia ao direito de produzir provas, em troca da pena reduzida. Porém, o art. 273.1 dispõe que o processo abreviado poderá ser acordado desde a *formalización* até o término do prazo para deduzir a acusação ou *sobreseimiento*, o que nos leva a conclusão de que o termo final para seu ajuste é em momento anterior à audiência de controle de acusação, ou seja, o juiz que ditará a sentença é o juiz que atuou nas fases prévias ao julgamento. O problema é que se o juiz entender que o acordo não cumpre os requisitos legais declarará sua inadmissibilidade e, na mesma audiência, o juiz proferirá sentença, que no caso de ser condenatória, não pode impor pena superior à solicitada pelo Ministério Público.¹⁰⁹⁹ Com isso, pensamos que o juiz que sentenciará o processo abreviado resta contaminado com os atos de investigação.

¹⁰⁹⁷ Art. 266.6, “*la solicitud de medidas cautelares se resolverá atendiendo a la carpeta de investigación llevada por el Ministerio Público y siempre que hubiere sido controlada por la defensa*”. Idem.

¹⁰⁹⁸ Art. 264 inc. 3º: “*La constancia de cada actuación deberá consignar por lo menos la indicación de la fecha, hora y lugar de realización, de los funcionarios y demás personas intervinientes, así como una breve relación de sus resultados*”. Idem.

¹⁰⁹⁹ Art. 273.3: “*El juez, en audiencia, verificará el cumplimiento de los requisitos del artículo 272 de este Código, así como que el imputado hubiere prestado su conformidad con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente. Si entendiera que el acuerdo no cumple con los requisitos legales, declarará su*

Enfim, no que importa ao objeto deste trabalho, ficou demonstrado que também no Uruguai há um juiz destacado para o julgamento e que os atos investigativos, como regra, não têm valor probatório e não são acessíveis pelo juiz do processo, salvo exceções acima expostas.

4.4.3. *Juez de control no México*

Segundo JAHAZIEL REYES LOAEZA, o juiz de garantias é uma instituição trazida ao direito mexicano dos sistemas europeu e anglo-saxão, com maiores nuances da lei germânica e ultimamente influenciada pela legislação Chilena¹¹⁰⁰.

O México é um país federal onde a competência para legislar em matéria penal estava reservada aos Estados. Enquanto alguns Estados implementavam uma reforma gradual, em nível nacional se discutia uma reforma constitucional que foi aprovada e entrou em vigor em 2008, atualizando o sistema de justiça criminal para um novo de feição acusatória, oral e contraditória.¹¹⁰¹

Assim, por ocasião da reforma constitucional do sistema de justiça penal, de 18 de junho de 2008 (com prazo para implementação de oito anos¹¹⁰²) e também por força do Novo Código Nacional de Procedimentos Penais de março de 2014 (CNPP)¹¹⁰³, o México “dá um

inadmisibilidad. En este caso, la pena requerida en el proceso abreviado no será vinculante para el Ministerio Público y la aceptación de los hechos y de los antecedentes de la investigación por parte del imputado se tendrá por no formulada. 273.4 En la misma audiencia, el juez dictará sentencia, luego de oír a la víctima si esta estuviera presente en la audiencia, la que en caso de ser condenatoria, no podrá imponer una pena mayor a la solicitada por el Ministerio Público.” URUGUAI. Ley n. 19.293... op. cit.

¹¹⁰⁰ LOAEZA, Jahaziel Reyes. **El Juez de Garantías en el Nuevo Proceso Penal Oaxaqueño**. [s/l], [s/d]. Disponível em: <http://www.juiciooraloaxaca.gob.mx/publicaciones/revista55JSL/EL%20JUEZ%20DE%20GARANTIAS%20EN%20EL%20NUEVO%20PROCESO%20PENAL%20OAXAQUENO.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹¹⁰¹ AGUILAR, Ana Dulce. México: Justicia Federal. In: FUCHS, Marie-Christine; POSTIGO, Leonel González; FADIÑO, Marco (dir.). **La Justicia Penal Adversarial en América Latina: Hacia la Gestión del conflicto y la fortaleza de la ley**. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, 2018, p. 344. Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5621>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹¹⁰² MÉXICO. **Sistema Penal Acusatorio**. Guía de bolsillo. 2. ed. San Luiz Potosí: Nuevo Sistema de Justicia, 2014, p. 29. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/miscelaneas49329.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹¹⁰³ Em meio ao avanço do processo de implementação da reforma Constituição de 2008, identificou-se a necessidade de unificar a legislação processual penal frente às dificuldades ocasionadas pela diversidade e falta de uniformidade de critérios adotados pelos Estados no conteúdo da reforma. Como consequência, publicou-se um Código Nacional de Processo Penal (CNPP), em março de 2014. ÁLVAREZ, Melissa. México: Justicia Estatal Nuevo León. In: FUCHS, Marie-Christine; POSTIGO, Leonel González; FADIÑO, Marco (dir.). **La Justicia Penal Adversarial en América Latina: Hacia la Gestión del conflicto y la fortaleza de la ley**. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, 2018, p. 372. Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5621>. Acesso em: 12 abr. 2022.

giro de 180 graus no sistema penal de 1917”,¹¹⁰⁴ passando de um sistema misto¹¹⁰⁵ para um sistema acusatório,¹¹⁰⁶ o que implicou um novo desenho de estrutura do processo penal, até então influenciado pelo modelo francês, ou seja, de um juiz instrutor.¹¹⁰⁷

ANA DULCE AGUILAR pondera que a violação sistemática dos direitos à liberdade, segurança e integridade pessoal e o direito a um julgamento justo era um dos principais motivos para promover a reforma do processo penal misto inquisitivo, influenciada pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹¹⁰⁸

Liberou-se o juiz da função de investigação dos delitos para que pudesse desempenhar uma função jurisdicional que lhe é própria, desaparecendo a faculdade que tinha o juiz de ordenar a prática de diligências para se chegar à verdade histórica e que lhe era outorgada pelo art. 160 do Código de Processo Penal anterior à reforma.¹¹⁰⁹ Agora, na perspectiva do sistema acusatório, a função do juiz, na fase inicial da persecução, passa a ser a de “tutelar os direitos processuais e garantias fundamentais do imputado como contrapeso

¹¹⁰⁴ No original: “*La reforma constitucional al Sistema de Justicia Penal, aprobada por el Congreso de la Unión y ratificada por las legislaturas locales en el año 2008, da un vuelco de 180 grados a nuestro sistema penal, que data de 1917*”. HIDALGO, José Leovigildo Martínez. *El Sistema Acusatorio en los Códigos de Procedimientos Penales en México*. In: **El nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva constitucional**. México: Consejo de la Judicatura Federal, 2011. p. 405. Disponível em: <http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/ElNuevo-sistema-deJusticia-Penal-Acusatorio.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹¹⁰⁵ VALLE, Fernando Córdova del. *Investigación: Primera fase procesal de Proceso Penal Acusatorio y Oral*. In: **El nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva constitucional**. México: Consejo de la Judicatura Federal, 2011. p. 295. Disponível em: <<http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/ElNuevo-sistema-deJusticia-Penal-Acusatorio.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹¹⁰⁶ “*Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*”. In: MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Ciudad de México, 1917 [2021] Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

Sobre as vantagens de adoção do sistema acusatório no processo penal mexicano: “*El sistema acusatorio es superior al mixto desde el punto de vista de las garantías y de la racionalización del sistema. Permite mediante la institución del Juez de Garantías controlar la investigación realizada por el Ministerio Público, y asegurar, además, la imparcialidad del Tribunal en lo que concierne a la adopción de medidas cautelares, como la prisión preventiva entre otras que afectan los derechos del imputado. En cambio, en el sistema mixto, el juez que realiza la investigación no puede controlar la legalidad de la misma y carece de imparcialidad para pronunciarse sobre la procedencia de las medidas cautelares que pueden adoptarse respecto del imputado*”. In: LAZCANO, Erika Bardales. **Guía para el Estudio de la Reforma Penal en México**. México: Editorial Ma Gister. 2008, p. 29.

¹¹⁰⁷ LOAEZA, **El Juez...** op. cit.

¹¹⁰⁸ AGUILAR, México... op. cit., p. 354.

¹¹⁰⁹ LOAEZA, **El Juez...** op. cit.. No mesmo sentido: LÓPEZ, Armando Gutiérrez. *El Sistema Penal Acusatorio en el Estado Mexicano. Perfiles de las Ciencias Sociales*, a. 3, n. 6, p. 152-175, ene./jun. 2016. Disponível em: <http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles> Acesso em: 12 abr. 2022. Porém, a reforma trouxe uma contrarreforma com previsão de medidas extraordinárias criticáveis, como a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva oficiosamente em casos como delinquência organizada, homicídio doloso, estupro, sequestro, tráfico humano, crimes cometidos com meios violentos, como armas e explosivos, bem como crimes graves que a lei determina contra a segurança da nação, o livre desenvolvimento de personalidade e saúde. AGUILAR, México... op. cit., p. 354. No mesmo sentido: ÁLVAREZ, México... op. cit., p. 391.

ao Ministério Público na fase preliminar”.¹¹¹⁰ Tal figura judicial tem assento no novel artigo 16, § 10, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Artigo 16.

(...)

Os Poderes Judiciais terão juízes de controle que resolverão, imediatamente e por qualquer meio, os pedidos de medidas cautelares, providências acautelatórias e técnicas de investigação, que requeiram controle judicial, garantindo os direitos dos acusados e das vítimas ou ofendidos. Deve haver um registro confiável de todas as comunicações entre os juízes e o Ministério Público e outras autoridades competentes (...).¹¹¹¹

A inclusão da nova figura judicial na Constituição Federal mexicana demonstra a preocupação com a atuação do juiz para fazer equilíbrio à atuação do Ministério Público. Não pode tal juiz agir de ofício, mas apenas quando provocado pelas partes. Figura como um “sentinela da legalidade do procedimento de investigação por parte do Ministério Público”,¹¹¹² competindo ao juiz de controle a tarefa de acautelar não somente os direitos constitucionais do imputado, como também das vítimas ou ofendidos.¹¹¹³

GERMÁN MARTÍNEZ CISNEROS afirma que o juiz de controle passa a ter “a tarefa provavelmente mais relevante para a aplicação dos princípios do modelo acusatório”.¹¹¹⁴ O autor afirma que o juiz “submeterá, aos canais da legalidade e da constitucionalidade, a atuação dos restantes dos operadores do sistema na fase inicial do processo, que é a parte mais delicada da persecução, porque tradicionalmente é aí que ocorrem os maiores abusos e irregularidades”.¹¹¹⁵ Prossegue o autor afirmando que a

¹¹¹⁰ No original: “*será tutelar los derechos procesales y garantías fundamentales del imputado, precisamente como contrapeso al Ministerio Público en la fase preliminar (investigación)*”. In: LOAEZA, **El Juez...** op. cit.

¹¹¹¹ No original: “*Artículo 16. (...) Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes...*”. MÉXICO. **Constitución...** op. cit..

¹¹¹² LOAEZA, **El Juez...** op. cit..

¹¹¹³ Nesse sentido: “*En el anterior sistema inquisitivo o inquisitorio era más que evidente el abandono social de la víctima, su poca intervención en el procedimiento penal y la falta de apoyo psicológico, por lo que era necesario responderle socialmente a la víctima u ofendido; por ello la reforma constitucional también se orientó a la protección de la víctima, al resarcimiento de los daños que se le hubiesen causado, otorgándole un rol protagónico y de intervención directa en el proceso penal*”. HIDALGO, **El Sistema...** op. cit., p. 420.

¹¹¹⁴ No original: “*Pues bien, uno de los funcionarios que va a tener en la práctica diaria, la tarea probablemente más relevante para la aplicación bien entendida de los principios del modelo acusatorio, va a ser el denominado juez de control*”. In: CISNEROS, Germán Martínez. **El juez de control en México, un modelo para armar. Revista Del Instituto de la Judicatura Federal**, n. 27, p. 173-194, ene. 2009. Disponível em: <https://vlex.com.mx/vid/juez-control-mexico-modelo-armar-71946979>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹¹¹⁵ No original: “*Ejercidas a cabalidad sus facultades, dicho juzgador va a someter a los cauces de la legalidad, más aún, de la constitucionalidad, las acciones de los otros operarios del sistema en la fase inicial*

introdução da figura do juiz de controle na persecução penal mexicana perpassa pela necessidade de colocar limites nas ações de órgãos de investigação e do Ministério Público, que se sujeitam às normas legais, exercendo um controle difuso de constitucionalidade sobre tais atos. Além disso, evita a formação de prejuízos ou influências perniciosas no ânimo do juiz que participa do *juicio oral*, preservando o princípio da imparcialidade. Ademais, é o juiz de controle que conduz os preparativos para o julgamento em *juicio oral*, nos casos em que não houve término antecipado do processo.¹¹¹⁶

RENÉ HERNÁNDEZ REYES resume em duas as atuações do juiz de garantia: a primeira de caráter tutelar, não só dos direitos fundamentais do imputado como também da vítima, bem como um segundo caráter, o jurisdicional, quando aplica o direito ao julgar os casos de procedimento abreviado.¹¹¹⁷

Delineada a mudança operada no sistema processual penal mexicano, passaremos a avaliar as fases de sua persecução penal, que se desenvolve em três estágios: a fase de investigação; a fase intermediária (também chamada de preparação do *juicio oral*); e a fase de julgamento.¹¹¹⁸

del proceso, que es la parte más delicada y de indeseable dificultad, pues tradicionalmente es ahí donde ocurren mayores abusos e irregularidades". In: Idem.

¹¹¹⁶ No original: "1. Poner límites a las acciones de los órganos investigadores y de procuración de justicia, a fin de que sus acciones se sujeten a las normas legales (con especial apego a los principios constitucionales del debido proceso y a las garantías del acusado y de la víctima) se dice que, en este aspecto, su función es una suerte de control difuso de la constitucionalidad permitida expresamente por la ley. 2. Impedir la formación de prejuicios o influencias perniciosas en el ánimo del juez que en su momento va a decidir lo que se considera el núcleo representativo del procedimiento penal: el juicio oral. Es decir, tiene una función esencial para preservar el principio de imparcialidad del juez que decide el juicio. 3. Llevar a cabo los preparativos para que en su oportunidad se lleve a cabo el juicio oral. 4. O bien, llevar a cabo los actos o avalar las decisiones de las partes para que, en ciertos casos, aplicando el criterio o principio de oportunidad, no haya necesidad de llegar hasta el juicio oral, para lograr los objetivos restaurativos del modelo acusatorio y los fines de esta nueva manera de ver e impartir la justicia". In: CISNEROS, El juez... op. cit.

¹¹¹⁷ No original: "las funciones del juez de garantía en este nuevo proceso son, en primer orden, la de vigilar que todos los actos relativos a la investigación de un hecho que reviste el carácter de delito y en particular sobre el probable imputado, no se vean afectados los derechos fundamentales de este sino con estricta observancia a lo previsto por la ley constitucional y procesal. Por cuanto hace a la función jurisdiccional destacan dos momentos procesales en la aplicación del derecho con esa naturaleza: la primera consiste en el momento del dictado del auto de sujeción a proceso [en las reformas a la Constitución se denomina 'auto de vinculación al proceso'], y el segundo en el momento de dirigir y llevar a cabo el juicio o procedimiento abreviado, momentos en los cuales el juez de garantía aplica sustancialmente el derecho". In: REYES, René Hernández. **Los sujetos procesales en el Nuevo Proceso Penal en Juicio oral penal**. Reforma procesal penal de Oaxaca. Andrés Bello, Jurídica de las Américas. México, 2008, p. 121-122.

¹¹¹⁸ "Artículo 211. Etapas del procedimiento penal. El procedimiento penal comprende las siguientes etapas: I. La de investigación, que comprende las siguientes fases: a) Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, e b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación; II. La intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y III. La de juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento." MÉXICO. **Código Nacional De Procedimientos Penal...** op. cit.

O novo juiz chamado de *juez de control*, igualmente nominado como *juez de garantías*, *juez de control de garantías* ou *juez de control de legalidad* é um órgão jurisdicional unipessoal e togado, com competência para exercer as atribuições enumeradas pela lei e resolver todos os conflitos e incidentes das duas primeiras fases da persecução penal mexicana,¹¹¹⁹ desde a fase de investigação até o ditado do *auto de apertura de juicio oral*, quando se finaliza a fase intermediária.¹¹²⁰ Assim, este novo “juiz de controle de garantías vigia que durante a etapa de investigação se respeitem os direitos das vítimas e acusados” e, além disso, “deve resolver a admissibilidade da acusação ou sua rejeição e decidir sobre os pedidos de medidas cautelares”.¹¹²¹

A fase de investigação é a etapa preliminar que se inicia com a notícia criminal¹¹²² e se conclui com o *auto de vinculación a proceso*.¹¹²³ Nessa fase, o juiz proferirá diversas decisões em audiências,¹¹²⁴ de acordo com os dados apresentados oralmente pelas partes, pois o juiz de controle não tem acesso à *carpeta de investigación*,¹¹²⁵ salvo quando as partes o advertam da existência de dúvidas e contradições, quando então poderá conhecer o conteúdo da *carpeta*.

¹¹¹⁹ LAZCANO, *Guía...* op. cit., p. 70. Jahaziel Reyes Loaeza informa que se cogitou de implantar um terceiro juiz para atuar na fase intermediária: “*En algún momento del proceso de reforma se planteó la necesidad de contemplar jueces a cargo de la etapa intermedia, distintos del competente durante la etapa preliminar. Ello, no solo para garantizar la imparcialidad del tribunal en aquellas incidencias con origen en la instrucción y de suma relevancia para el curso del juicio, como en la exclusión de la prueba ilícita, sino también especialmente porque se quería atribuir a este Juez la resolución del caso en el procedimiento abreviado, cuando ello fuera aceptado voluntariamente por el acusado. (...) La decisión, por razones fundamentalmente económicas, de prescindir de este tercer juez y de atribuir al Juez de garantías la competencia sobre esta etapa del procedimiento no ha hecho sino ahondar las críticas dirigidas en general contra las soluciones negociadas del conflicto jurídico-penal. (...)*”. In: LOAEZA, *El Juez...* op. cit.

¹¹²⁰ Artículo 3º Glosario: “(...) VII. *Juez de control: El Órgano jurisdiccional del fuero federal o del fuero común que interviene desde el principio del procedimiento y hasta el dictado del auto de apertura a juicio, ya sea local o federal*”. MÉXICO. **Código Nacional De Procedimientos Penales**. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. Ciudad de México, 2014. Disponível em: <http://www.stjplp.gob.mx/transp/cont/marco%20juridico/pdf-zip/codigos/CNPP/CNPP.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹¹²¹ LÓPEZ, *El Sistema...* op. cit.

¹¹²² “*La investigación inicial comienza con una denuncia, la cual puede presentarse ante cualquier oficial de policía o agente del Ministerio Público con la capacidad técnica y jurídica para ello. En caso de que la denuncia sea presentada ante un oficial de policía, éste tiene la obligación de notificar al Ministerio Público. Esta misma obligación debe observarse en los casos en que se detenga a una persona*”. Tradução livre: “A investigação inicial começa com uma denúncia, que pode ser feita a qualquer policial ou agente do Ministério Público com capacidade técnica e jurídica para o fazer. Caso a denúncia seja apresentada a um policial, este tem a obrigação de notificar o Ministério Público. Esta mesma obrigação deve ser observada nos casos em que uma pessoa é detida”. ÁLVAREZ, México... op. cit., p. 376.

¹¹²³ LÓPEZ, *El Sistema...* op. cit.

¹¹²⁴ Nesta fase, as principais audiências previstas são de controle de detenção, formulação de imputação, vinculação ao processo, pedido de medidas cautelares e prazo de término da investigação. In: MÉXICO. **Sistema Penal...** op. cit., p. 105.

¹¹²⁵ MÉXICO. **Sistema Penal...** op. cit., p. 103.

O juiz de controle de garantias atuará no controle da legalidade de uma prisão em flagrante e em situações próprias da fase de investigação que demandem uma autorização prévia de uma diligência requerida pelo Ministério Público ou outro interveniente que pretenda restringir o exercício de direitos constitucionais, como exemplo, medidas cautelares e providências acautelatórias para reparação de danos.¹¹²⁶ O juiz de controle exerce, portanto, vigilância sobre os direitos constitucionais dos sujeitos processuais durante a fase de investigação, garantindo-lhes uma resposta pronta e imediata, sob as regras do controle judicial, sobre os atos ou comportamentos dos órgãos formais do sistema de justiça penal que ponham em perigo ou lesionem os direitos constitucionais dos sujeitos processuais.¹¹²⁷

JAHAZIEL REYES LOAEZA, construtivamente, assevera que, sem muito fundamento, afirmou-se que haveria atenção excessiva por parte do juiz de garantias ao imputado em detrimento dos restantes intervenientes no processo e, principalmente, em prejuízo da vítima. Tal afirmação denota, segundo o autor, falta de conhecimento completo do novo sistema de processo penal, uma vez que é preciso ter claro que a “principal função do juiz de garantia não visa conceder, em primeiro plano, níveis de proteção processual ao imputado, mas, principalmente, salvaguardar os seus direitos constitucionais e materiais (os únicos que a atividade investigativa do Estado poderia atropelar), portanto, é um erro aspirar a impor exigências idênticas sobre ele com base em outras partes intervenientes, como a vítima”.¹¹²⁸

Dentre as várias audiências previstas para esta fase, destacam-se as de formulação de imputação e a de vinculação ao processo. Na primeira, após o juiz de controle verificar que o imputado conhece seus direitos fundamentais processuais, o Ministério Público comunicará ao imputado que se desenvolve uma investigação contra si, especificando o fato

¹¹²⁶ LAZCANO, *Guía...* op. cit., p. 72-73.

¹¹²⁷ “59. Ciertamente, en el sistema procesal penal acusatorio y oral, los jueces de control se erigen como garantes de que las partes actuarán de buena fe y deben velar por la regularidad del proceso y el ejercicio correcto de las facultades procesales. Por ello, el juez de control ejerce una vigilancia de los derechos constitucionales de los sujetos procesales durante las fases de investigación e intermedia; garantizándoles una respuesta pronta e inmediata, bajo las reglas del control judicial, sobre aquellas diligencias, actos procesales o comportamientos de las agencias formales del sistema de justicia penal que pongan en peligro o lesionen los derechos constitucionales de los sujetos procesales”. Disponível em: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=27990&Clase=DetalleTesisEjecutoria> Acesso em: 12 abr. 2022.

¹¹²⁸ No original: “Se ha afirmado, sin mucho fundamento, que existiría una desmedida atención del juez de garantías hacia el imputado en desmedro de los restantes intervenientes en el proceso y, en especial, en detrimento de la víctima, opinión que denota falta de acabado conocimiento del nuevo sistema procesal penal. Es importante tener claro que la principal tarea del juez de garantías no busca otorgar, en primer término, niveles de protección procesal al imputado, sino, primordialmente, cautelar sus derechos constitucionales y materiales (los únicos que la actividad investigadora estatal pudiera atropellar), de allí que constituya un error aspirar a imponerle idénticas exigencias en función de otros intervenientes, como la víctima”. In: LOAEZA, *El Juez...* op. cit.

investigado, a qualificação jurídica preliminar, assim como a probabilidade de que tenha cometido ou participado da sua prática.¹¹²⁹ Nesta audiência, o Ministério Público deve expressar a teoria do caso,¹¹³⁰ mas focado no objetivo específico da audiência que é comunicar ao imputado os fatos contra ele, os meios de prova que suportam a acusação e o fundamento jurídico. Segundo FERNANDO CÓRDOVA DEL VALLE

O Ministério Público deve promover uma explicação lógica, coerente e semelhante a uma teoria única. Não pode ser uma história isolada, mas deve ser explicada claramente, como uma história única, como um relato de fatos e com os meios de prova, sem ser tedioso ou observe que o Ministério Público está lendo.¹¹³¹

Uma vez formulada a imputação, é facultado ao imputado manifestar-se ou não. Se optar por fazê-lo, deve ter a assistência da defesa técnica e deve ser informado de seus direitos processuais pelo juiz de controle. Posteriormente, o Ministério Público solicita ao juiz a oportunidade de discutir medidas cautelares e solicitar a vinculação ao processo, que será avaliada pelo juiz de controle, que observará se há indícios razoáveis da prática do fato imputado e se há causa de extinção da ação penal ou excludente do delito (art. 317, CNPP). Ao resolver sobre a vinculação do imputado ao processo, o juiz de controle fixará um prazo para que a investigação seja encerrada, levando em consideração a natureza dos fatos atribuídos e sua complexidade, sem que tal prazo seja superior a dois meses, no caso de a pena máxima não exceder dois anos de prisão, ou seis meses, se a penalidade exceder esse tempo.

O *auto de vinculación a proceso* estabelecerá o fato criminoso sobre o qual o processo prosseguirá ou se incidem formas antecipadas de terminação do processo,¹¹³² a

¹¹²⁹ GARCÍA, Sandra Alicia García. El procedimiento penal. In: **El nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva constitucional**. México: Consejo de la Judicatura Federal, 2011, p. 280. Disponível em: <<http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/ElNuevo-sistema-deJusticia-Penal-Acusatorio.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹¹³⁰ Sobre a teoria do caso: “*La explicación de un caso determinado a través de sus hechos, sus medios de prueba y su fundamento jurídico, relacionados entre sí, es lo que se conoce como teoría del caso. Respecto del cual debemos tener muy en cuenta cómo sucedió el hecho, incluyendo teorías jurídicas, fácticas, pruebas, entrelazadas de manera lógica, sencilla, coherente y persuasiva (de ahí una buena argumentación). Así como no perder credibilidad escondiendo hechos, datos, o proporcionando falsos*”. VALLE, Investigación... op. cit., p. 303.

¹¹³¹ No original: “*En dicha audiencia el ministerio público debe expresar de nuevo su teoría del caso, pero enfocada al objetivo específico de la audiencia, el cual es comunicarle al imputado los hechos que tienen en su contra, los medios de prueba en los que se apoya, y el fundamento jurídico en que se corroboran dichos hechos y medios de prueba. Debe ser un relato lógico, coherente, y a manera de una sola teoría. No debe ser un relato aislado, sino que se debe explicar de manera clara, como una sola historia, como un relato de hechos y con los medios de prueba, sin que éste sea tedioso o se observe que el ministerio público esté leyendo*”. VALLE, Investigación... op. cit., p. 306.

¹¹³² Sobre as formas antecipadas de terminação do processo, no sistema processual penal mexicano, que impedem que o fato imputado seja avaliado no *juicio oral*, tem-se: a) os acordos reparatórios, consistente em

abertura a julgamento ou o arquivamento (art. 318, CNPP). Segundo SANDRA ALICIA GARCÍA, o prazo de investigação posterior ao ditado do *auto de vinculación a proceso* tem como objeto que as partes reúnam indícios necessários para fortalecer sua teoria do caso.¹¹³³

Terminado o prazo de investigação, ou eventual prorrogação se deferida pelo juiz, o Ministério Público deverá solicitar arquivamento (art. 327, CPP), a suspensão do processo (art. 331, CPP) ou formular a acusação (art. 335, CPP).

Formulada a acusação, a vítima descreve circunstancialmente o fato imputado, os preceitos legais aplicáveis, os meios de prova que pretende produzir, assim como a prova antecipada que tenha sido produzida na fase de investigação. Sendo o caso, apresentará a proposta de acordos probatórios¹¹³⁴ e o requerimento para que se aplique alguma forma de terminação antecipada do processo. A defesa, por sua vez, poderá contestar o *escrito de acusación*, oferecendo exceções processuais e manifestando-se sobre os acordos probatórios (art. 340, CPP).

Nessa fase, ocorre o *descubrimiento probatorio* (também chamado de *discovery*), o qual, segundo o art. 337 do CNPP Mexicano¹¹³⁵ consiste na obrigação das partes de trazer,

reparação do dano, a exceção dos casos cometidos com violência; b) procedimento simplificado, utilizado em situações de flagrante delito em que o imputado admita o fato atribuído pelo Ministério Público, que o crime seja punido com pena máxima de prisão de até quatro anos, desde que o crime não tenha sido cometido com violência, que o imputado consinta com a aplicação deste procedimento, devendo ser devidamente informado pelo juiz de controle das consequências de sua aceitação, e desde que o imputado não tenha sido beneficiado antes por este procedimento no prazo de cinco anos. Nesse procedimento, o Ministério Público pode solicitar redução de pena de até um terço da pena prevista para o delito imputado; c) suspensão condicional do processo, cabível em delitos cuja pena máxima de prisão seja superior a quatro anos, implicando condições, entre elas a reparação do dano, restando o processo suspenso de um a três anos; d) Procedimento abreviado, ocorre quando o imputado confessa a prática delitativa e se procede em delitos onde é possível ao juiz decretar oficiosamente uma prisão preventiva, excetuando-se delitos mais graves como homicídio, sequestro, violação e outros delitos sexuais cometidos contra menores. GARCÍA, El procedimiento penal... op. cit., p. 288-289. Disponível em: <http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/Elnuevo-sistema-deJusticia-Penal-Acusatorio.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹¹³³ Ibid., p. 283.

¹¹³⁴ “Artículo 345. Acuerdos probatorios. Los acuerdos probatorios son aquellos celebrados entre el Ministerio Público y el acusado, sin oposición fundada de la víctima u ofendido, para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.” MÉXICO. **Código Nacional De Procedimientos Penales...** op. cit.

¹¹³⁵ “Artículo 337. Descubrimiento probatorio. El descubrimiento probatorio consiste en la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas en el proceso, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio. En el caso del Ministerio Público, el descubrimiento comprende el acceso y copia a todos los registros de la investigación, así como a los lugares y objetos relacionados con ella, incluso de aquellos elementos que no pretenda ofrecer como medio de prueba en el juicio. En el caso del imputado o su defensor, consiste en entregar materialmente copia de los registros al Ministerio Público a su costa, y acceso a las evidencias materiales que ofrecerá en la audiencia intermedia, lo cual deberá realizarse en los términos de este Código. El Ministerio Público deberá cumplir con esta obligación de manera continua a partir de los momentos establecidos en el párrafo tercero del artículo 218 de este Código, así como permitir el acceso del imputado o su Defensor a los nuevos elementos que surjan en el curso de la investigación, salvo las excepciones previstas en este Código. La víctima u ofendido, el asesor jurídico y el acusado o su Defensor, deberán descubrir los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia del juicio, en los plazos

ao conhecimento de todos, os meios de prova que pretendem produzir no *juicio oral*. O Ministério Público deve permitir acesso a todos os registros da investigação, incluindo os elementos que não pretenda oferecer como meio de prova no *juicio*. Por sua vez, o imputado e seu defensor devem entregar cópia de seus registros e acesso às evidências materiais que pretendem produzir. O juiz de controle tem o papel de certificar se as partes cumpriram com o dever de *descubrimiento probatorio*, sob as penas da lei.¹¹³⁶

Pautada a audiência *intermedia*, a ser conduzida pelo *juez de control*, inicia-se a oralidade dessa fase. No início da audiência, o Ministério Público realizará uma exposição resumida da acusação, seguida da exposição da vítima ou ofendido (quando habilitados) e do acusado. Na ocasião, as partes poderão deduzir qualquer questão que repute importante, apresentando suas respectivas teorias do caso.

Realizar-se-á a qualificação das provas que serão produzidas no juízo oral, servindo, portanto, tal fase como “um filtro do acervo probatório para evitar contaminar o Tribunal com alguma prova obtida com violação de direitos fundamentais”.¹¹³⁷ É obrigação do juiz de controle, nessa fase, controlar a acusação, excluir prova ilícita e admitir quais provas poderão se desenvolver validamente no *juicio oral*, sem que seja afetado por vícios da etapa de investigação. O Código Nacional de Procedimento Penal Mexicano, em seu art. 346, estabelece que, uma vez que as provas tenham sido oferecidas e as partes tenham sido ouvidas, o juiz de controle ordenará que se excluam os elementos que não se referem direta ou indiretamente ao objeto da investigação, excluindo-as de apresentação na audiência de julgamento, também aqueles que tenham sido objeto de acordo probatório (portanto, incontroversos), que se refiram a fatos notórios e públicos, que sejam impertinentes, sem relação com a matéria debatida e as provas ilícitas.

establecidos en los artículos 338 y 340, respectivamente, para lo cual, deberán entregar materialmente copia de los registros y acceso a los medios de prueba, con costo a cargo del Ministerio Público. Tratándose de la prueba pericial, se deberá entregarel informe respectivo al momento de descubrir los medios de prueba a cargo de cada una de las partes, salvo que se justifique que aún no cuenta con ellos, caso en el cual, deberá descubrirlos a más tardar tres días antes del inicio de la audiencia intermedia. En caso que el acusado o su defensor, requiera más tiempo para preparar el descubrimiento o su caso, podrá solicitar al Juez de control, antes de celebrarse la audiencia intermedia o en la misma audiencia, le conceda un plazo razonable y justificado para tales efectos.” MÉXICO. **Código Nacional De Procedimientos Penales...** op. cit.

¹¹³⁶ “Artículo 344 (...) Desahogados los puntos anteriores y posterior al establecimiento en su caso de acuerdos probatorios, el Juez se cerciorará de que se ha cumplido con el descubrimiento probatorio a cargo de las partes y, en caso de controversia abrirá debate entre las mismas y resolverá lo procedente. Si es el caso que el Ministerio Público o la víctima u ofendido ocultaron una prueba favorable a la defensa, el Juez en el caso del Ministerio Público procederá a dar vista a su superior para los efectos conducentes. De igual forma impondrá una corrección disciplinaria a la víctima u ofendido”. MÉXICO. **Código Nacional De Procedimientos Penales...** op. cit.

¹¹³⁷ No original: “(...) el filtro por así decirlo del acervo probatorio para evitar contaminar al tribunal de decisión, con alguna prueba obtenida con violación de derechos fundamentales (...)”. In: LOAEZA, **El Juez...** op. cit.

Assim, o juiz de garantias deverá depurar as evidências impertinentes que foram oferecidas pelas partes, ou seja, “que não tenham importância para a resolução final do julgamento, também conhecida como *pruebas de contexto*; igual procedimento tomará o juiz com relação àquelas provas que pretendem comprovar fatos públicos ou notórios”.¹¹³⁸ O juiz tem a obrigação de extirpar provas com violação a direitos fundamentais (prova ilícita) e as que sejam declaradas nulas. “No caso de provas testemunhal ou documental superabundante, não as descartará, mas pode compelir às partes para que levem em consideração sua redução”¹¹³⁹. O juiz aprovará os acordos probatórios¹¹⁴⁰, sem no entanto esgotar a totalidade dos fatos sob pena de deixar de incidir o princípio do ônus da prova do Ministério Público.

Além disso, compete ao juiz de controle, nos casos de procedimento abreviado, sentenciar de forma unipessoal.¹¹⁴¹ Nesses casos, o imputado renuncia ao júízo oral, sendo julgado com os elementos constantes na *carpeta de investigación*.¹¹⁴² Nessa situação, o juiz deve verificar se a concordância do imputado, em renunciar a garantia máxima do julgamento oral, deu-se de forma livre e informada.¹¹⁴³

Anote-se que nas duas primeiras fases podem ocorrer meios alternativos de solução de conflitos e os procedimentos especiais, tais como suspensão condicional do processo, procedimento abreviado e critérios de oportunidade pelo Ministério Público.¹¹⁴⁴

Não ocorrendo nenhuma hipótese de término antecipado do processo, a fase intermediária finalizar-se-á com o ditado do *auto de apertura a juicio oral*, pelo juiz de controle.¹¹⁴⁵ Nesse documento, o juiz de controle deverá indicar o *Tribunal de Enjuiciamiento* competente para celebrar a audiência de *juicio*, assim como a data e hora fixadas para a audiência. Deverá individualizar o acusado, o fato e as acusações que serão

¹¹³⁸ No original: “*El juez de garantías deberá depurar las pruebas que hayan sido ofrecidas por las partes y que sean impertinentes, es decir, que no tienen importancia para la resolución final del juicio, también conocidas como pruebas de contexto; igual proceder tomará el juez respecto de aquellas pruebas que pretendan acreditar hechos públicos o notorios*”. Idem.

¹¹³⁹ No original: “*En el caso de la prueba testimonial o documental cuando sea superabundante, no la desechará, sino únicamente podrá compeler a las partes para que reduzcan en consideración su prueba*”. In: LOAEZA, **El Juez**... op. cit.

¹¹⁴⁰ No original: “*Finalmente, el Juez aprobará aquellos acuerdos probatorios a los que lleguen las partes, pero únicamente alcanzaran cuestiones accesorias y no podrán abarcar la totalidad de los hechos, es decir, que no pueden las partes, pretextando un acuerdo probatorio consumir el hecho en sí, consecuentemente, las convenciones probatorias solo podrán alcanzar cuestiones accesorias, accidentales o parciales del hecho, sin que lo consuma en su totalidad, ya que de aceptar lo contrario nos ubicaría en la desnaturalización del juicio oral y dejaría de operar el principio de la carga de la prueba del hecho delictivo hacia el Ministerio Público que consagra el artículo 21 Constitucional y el nuevo Código Procesal Penal*”. In: Idem.

¹¹⁴¹ Idem.

¹¹⁴² Idem.

¹¹⁴³ Idem.

¹¹⁴⁴ Idem.

¹¹⁴⁵ LÓPEZ, El Sistema... op. cit. No mesmo sentido: GARCÍA, El procedimiento penal... op. cit., p. 283.

objeto do debate; os acordos probatórios fixados entre as partes; os meios de prova admitidos e a prova antecipada,¹¹⁴⁶ as pessoas que serão ouvidas em juízo e as medidas cautelares que tenham sido impostas ao acusado (art. 347, CNPP).

Passa-se à terceira fase da persecução penal, desta feita, perante os *Tribunales de juicio oral en lo penal* os quais têm a atribuição de conhecer e julgar, em única instância, as causas que não foram resolvidas pelo *juez de control* em um procedimento abreviado. São tribunais colegiados compostos por pelo menos três juízes togados, sendo que nenhum deles pode ter atuado nas etapas prévias do procedimento que lhe competirá julgar,¹¹⁴⁷ assegurando-se com isso a imparcialidade do julgamento.

Segundo GERMÁN MARTÍNEZ CISNEROS, tal separação é necessária para conseguir “o adequado equilíbrio e igualdade no processo penal”. O juiz de controle, que interveio na fase de investigação e de preparação do juízo oral e que teve, portanto, contato com o fato que se investiga e as evidências coletadas, deve ser diferente do juiz que decidirá o *juicio oral*, para evitar “qualquer influência perniciosa”, ou seja, conhecimento que não seja aquele produzido em sua presença no *juicio oral*.¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁶ No sistema mexicano, se ao tempo do julgamento não houver o obstáculo que autorizou a antecipação da prova, esta deverá ser realizada novamente perante o *juicio oral*. Nesse sentido, é a previsão do art. 306 do CNPP Mexicano: “*Artículo 306. Registro y conservación de la prueba anticipada La audiencia en la que se desahogue la prueba anticipada deberá registrarse en su totalidad. Concluido el desahogo de la prueba anticipada, se entregará el registro correspondiente a las partes. Si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha de la audiencia de juicio, se desahogará de nueva cuenta el medio de prueba correspondiente en la misma*”. MÉXICO. **Código Nacional De Procedimientos Penales...** op. cit.

¹¹⁴⁷ “*Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. (...) IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. A presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral*”. In: MÉXICO. **Constitución Política...** op. cit. Melissa Álvarez esclarece que, no Estado de Nuevo León, os juízes podem realizar ambas as funções (de controle e de julgamento), porém não no mesmo processo, ou seja, quem conheceu da carpeta da etapa preliminar não intervém no juízo. Ainda, nos casos de prisão preventiva oficiosa, os juízos acontecem de forma colegiada. Ademais, os juízes estão distribuídos nas regiões (norte, centro e sul) e fazem rodízios semanalmente. O objetivo desta rotação é a distribuição da carga de trabalho dos juízes, uma vez que a região central concentra um maior número de casos e de maior complexidade. Além disso, a rotação permite garantir que os juízes de controle não intervenham nos julgamentos de questões que discutiram anteriormente. Por exemplo, em um caso na região central, a fase preliminar é processada por um juiz de controle da referido região e o julgamento por um juiz que estava na região sul. ÁLVAREZ, México... op. cit., p. 372.

¹¹⁴⁸ No original: “*Para conseguir el adecuado equilibrio e igualdad en el proceso penal, hay necesidad de que el juez de control, es decir el que interviene en la fase de investigación y de preparación del juicio oral, que por lo tanto ya tuvo conocimiento del hecho que se investiga y de las evidencias recabadas, sea diferente al juez que va a resolver el juicio oral, para evitar cualquier influencia perniciosa. Lo que se pretende es que no haya prejuicio alguno y que el juez que dicte la sentencia tenga conocimiento de las pruebas precisamente cuando se estén desahogando frente a él; ello logra una efectiva imparcialidad, que constituye una importante garantía en el juicio oral*”. In: CISNEROS, El juez... op. cit.

Ademais, o julgamento do acusado se realiza somente com base nas provas produzidas no curso do *juicio oral*, não se utilizando as obtidas durante a investigação preparatória.¹¹⁴⁹

O *juicio oral* se inicia com os *alegatos de apertura*,¹¹⁵⁰ ou seja, uma exposição sucinta da teoria do caso pelas partes (apresentação dos fatos, classificação jurídica e meios de prova com os quais se pretende provar o alegado), e é finalizado com a sentença, a qual deve ser explicada em audiência pública.¹¹⁵¹ É considerada a etapa central do processo, com os debates entre as partes. As provas levadas em consideração no julgamento são aquelas produzidas perante o *juicio*,¹¹⁵² assegurando-se a efetiva vigência dos princípios de imediação, publicidade, concentração, igualdade, contradição e continuidade (art. 348, CNPP).

Do sistema processual penal mexicano, pode-se extrair mais um exemplo de preocupação na América Latina para a implantação de um sistema acusatório e a proibição de atuação sucessiva do magistrado nas fases de investigação e de julgamento. Tal qual no Chile, o sistema processual penal mexicano conta com uma importante fase intermediária de depuração da prova e organização do caso, propiciando que sigam para a fase de julgamento apenas os casos mais complexos e devidamente em ordem para uma maior eficiência do julgamento.

4.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

No presente capítulo, procurou-se compreender como Cortes internacionais de direitos humanos e alguns sistemas jurídicos europeus e latino-americanos avaliaram a problemática envolvendo a cumulação de atuação do magistrado na persecução penal. Por meio da compreensão comparada, guardadas as peculiaridades de cada sistema, é possível compreender os fundamentos da instituição do juiz de garantias no modelo nacional.

¹¹⁴⁹ Exceção se faz nos casos de delinquência organizada: “*En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculgado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra*”. In: MÉXICO. **Sistema Penal**... op. cit., p. 56.

¹¹⁵⁰ “*Es la exposición de la teoría del caso frente al Tribunal Oral Penal, su objeto es, relatar los hechos e identificar el derecho, presentado por primera vez las proposiciones fácticas, jurídicas y probatorias con que cada una de las partes cuenta, entregándoles a los Jueces la primera aproximación o promesa de las pruebas que se desahogaran y su punto de vista del caso y como prueba debe ser apreciada*”. In: MÉXICO. **Sistema Penal**... op. cit., p. 156.

¹¹⁵¹ HIDALGO, El Sistema... op. cit., p. 406.

¹¹⁵² LÓPEZ, El Sistema... op. cit.

Sem qualquer pretensão de aprofundamento em cada um dos sistemas estudados, a presente abordagem permitiu avaliar experiências de outros sistemas e localizar algumas semelhanças com o modelo do juiz de garantias que se pretende implementar em nosso país. Contudo, foi possível também extrair situações que em nada se comparam com o modelo de atuação do juiz brasileiro criminal.

Constatou-se que a jurisprudência do TEDH influenciou sobremaneira alguns dos ordenamentos jurídicos estudados neste capítulo, evidenciando uma preocupação em vários dos países que o integram quanto à proteção da imparcialidade tanto no aspecto subjetivo como também no aspecto objetivo. Enquanto a imparcialidade subjetiva é presumida e admite prova em contrário, a objetiva condiz com o aspecto da confiança que o jurisdicionado e a sociedade tem no magistrado, excluindo-se quaisquer dúvidas que possam pairar sobre sua atuação.

Viu-se que, em um primeiro momento, o TEDH adotou uma postura abstrata, entendendo genericamente que a atuação do juiz na fase de investigação bastava para se considerar parcial sua atuação na fase de julgamento. Posteriormente, o TEDH no julgamento do caso *Hauschildt vs. Dinamarca* (1989) operou um divisor de entendimento, à medida em que assentou uma nova premissa voltada à uma postura casuística, avaliando em cada situação que lhe é posta o conteúdo da decisão proferida pelo magistrado, as exigências legais do ordenamento de cada Estado integrante em termos de profundidade da fundamentação para, a partir de tal perspectiva, avaliar se a decisão assemelha-se àquela proferida na fase de julgamento.

O TEDH reconheceu no caso *Hauschildt* que não se pode equiparar suspeitas próprias da fase investigativa com uma declaração formal de culpa que é objeto da sentença. Logo, entendeu que o exame sumário feito pelo magistrado na fase investigativa, a princípio, não é o mesmo feito em sentença, seara essa de análise aprofundada de provas.

Essa alteração do entendimento inicial, advindo com os casos *Piersack vs. Bélgica* (1982) e *De Cubber vs. Bélgica* (1984), parece externar uma preocupação na dificuldade que o TEDH enfrenta para avaliar a legislação de cada país integrante, cuja diversidade não permite uma solução fechada e hermética. Veja-se, por exemplo, no caso da prisão cautelar:¹¹⁵³ na Espanha, a *LECRim* dispõe no art. 503 de “motivos bastantes”; na Itália, no art. 273 do *Codice di procedura penale* dispõe de “graves indícios de culpabilidade”; na Alemanha (art. 212 da Lei Processual Penal Alemã), fala-se no imputado “muito

¹¹⁵³ AROCA, *Sobre la imparcialidad...* op. cit., p. 54-55.

fundamentalmente suspeito”; em Portugal, no art. 202 do Código de Processo Penal de “haver fortes indícios da existência de um delito” e Dinamarca, art. 762 da lei processual dinamarquesa que prevê “razões justificadas” e “suspeitas confirmadas”. Por isso, compreende-se a saída adotada pelo TEDH de que é preciso avaliar, em cada caso concreto, se houve uma identidade muito forte entre decisões interlucutórias e a decisória final do mérito, a ponto de se poder afirmar ter havido um prejulgamento.

Entende-se que a jurisprudência do TEDH, embora rica e fundamental para compreender a imparcialidade (mas, por vezes imprecisa e lacônica também), não pode ser invocada para justificar a instituição do juiz de garantias brasileiro, porque enquanto lá se tem uma atual análise casuística, aqui o legislador estabeleceu um critério abstrato, optando por criar uma nova regra de impedimento e, assim, partir da premissa de que a atuação do juiz na fase de investigação o macula indubitavelmente para atuar no julgamento.

O legislador brasileiro não adotou, por exemplo, a linha da Corte Constitucional Espanhola que optou por uma análise casuística diferenciando o que são atos de instrução, cuja realização implica contaminação, e atos de mera ordenação processual. Nosso legislador poupou o Judiciário acerca dessa discussão e, com isso, impediu uma análise casuística do que é uma ingerência investigatória indevida e do que é mero impulsionamento.

O fato é que as decisões do TEDH impactaram a jurisprudência e legislação de Estados membros, assim como também influenciou julgamentos da CIDH que igualmente ostenta julgados avaliando a imparcialidade pelas perspectivas objetiva e subjetiva.

Da análise dos sistemas jurídicos apontados ao longo do capítulo, observou-se que há matizes diferenciadas de atuação, com maior ou menor envolvimento do juiz na fase pré-processual, cada qual com suas especificidades.

Na França e na Espanha, o juiz instrutor tem um protagonismo bastante evidenciado na fase investigativa, ao ponto de os elementos de informação serem colhidos e produzidos por ele mesmo, atuando como verdadeiro investigador. Mas, até por aquelas bandas esta atuação tem sido questionada e há propostas de sua extinção.

Por certo, o juiz brasileiro não tem tais amplos poderes e não é o protagonista da fase investigativa e nem tampouco o condutor dos rumos da investigação. Contudo, conquanto naqueles países europeus exista uma intensa participação do magistrado na fase investigativa e na fase de envio do caso a julgamento ou não, eles não atuam na fase de julgamento, enquanto que, diversamente, em nossa realidade, o juiz brasileiro não é o condutor da investigação, porém nela atua oficiosamente algumas vezes autorizado por lei e acompanha o caso até o julgamento final em primeiro grau.

Constatou-se que, dentre os países europeus pesquisados, a proposta do juiz de garantias nacional mais se assemelha ao modelo italiano do *giudice per le indagini preliminari*, um verdadeiro garante que atua no controle da legalidade da investigação e na análise das medidas restritivas de direitos fundamentais. Na Itália, há requisitos legais que exigem do juiz da investigação preliminar maior profundidade de cognição para o deferimento de medidas cautelares pessoais. Assim, é tão intensa a preocupação com a imparcialidade na legislação italiana que se chegou a separar um juiz para a fase de investigação, um outro para a fase intermediária da audiência preliminar e outro diverso para o julgamento. Na proposta brasileira não se chegou a tanto, separando-se a atuação apenas em dois magistrados diferentes.

Em Portugal, o juiz de instrução tem feição garante. O juiz pode decretar medidas de coação e de garantia patrimonial em desfavor do imputado, havendo situações em que a lei impõe como exigência para a sua decretação a existência de “indícios fortes” de autoria delitiva. Por lá, há uma intensa atuação do juiz de instrução na fase de controle da acusação ou arquivamento, o que justifica uma causa expressa de impedimento de sua posterior atuação na fase de julgamento.

O papel do juiz responsável pela investigação na Alemanha não é o de investigar ou mesmo dirigir a investigação, mas o de assegurar que as investigações estejam em conformidade com os limites legais, em especial quando ocorra intervenções na esfera das liberdades individuais. Contudo, na Alemanha o juiz tem o dever de buscar a verdade, o que desautoriza sua atuação na fase de julgamento.

Dos sistemas europeus pode-se extrair que há muitas diversidades de atuação judicial na fase de investigação e na fase de controle de admissibilidade da acusação. De todos os cinco apresentados, o italiano sem dúvida é o que mais se assemelha à proposta brasileira.

É visível também a preocupação na América Latina com a imparcialidade judicial, o que pode ser visto com as mudanças apontadas ao longo do capítulo, eliminando a figura do juiz de instrução rumo à configuração de um juiz garante na fase de investigação. Das experiências do Chile, do Uruguai e do México extrai-se que o juiz da fase de investigação tem um papel essencialmente de garante, sem determinar seus rumos.

Em alguns ordenamentos estudados, o legislador demarcou aprioristicamente que o juiz da fase investigativa está automaticamente impedido de atuar nas fases subsequentes, tal qual ocorre no Chile, na Itália e em Portugal. Já em outros, não há um impedimento automático (caso da Espanha e Alemanha), competindo à parte valer-se de instrumento legal de recusa para, casuisticamente, questionar a quebra da imparcialidade objetiva.

Também se observou que, em alguns ordenamentos, os autos de inquérito policial, como regra, não seguem para a fase processual, não guardando, portanto, valor probatório. Vê-se em tais modelos uma preocupação com a não influência dos elementos informativos, sem possibilidade de confronto da defesa, para não contaminar o julgador do mérito.

É possível concluir que o juiz de garantias, no formato brasileiro, buscou suas bases em outros sistemas jurídicos, eis que não é uma exclusividade nacional. Consta-se que a configuração do juiz das garantias brasileiro se aproxima ao *giucide per le indagini preliminari* do sistema italiano e, ainda, da configuração Chilena, como exemplo de influência latino-americana.

A experiência Chilena, aliás, pode ser um importante subsídio para implementação do juiz de garantias brasileiro, observando-se as nossas peculiaridades. No Chile, onde sequer havia a carreira do Ministério Público, a implementação do juiz das garantias foi gradativa, do interior para a capital. Louvável também a experiência Chilena quanto à implantação de um sistema de carga zero, promovendo o novo sistema apenas aos processos novos. Ainda que pudessem ocorrer críticas a uma progressiva implantação em nosso país de dimensões continentais, uma alteração desse jaez requer maturação e planejamento, sugerindo-se uma implantação gradual (interior / capital), inicialmente nas comarcas menores e, superadas as primeiras naturais dificuldades e com uma experiência consolidada, progredir para as grandes comarcas ou seções judiciárias com maior estrutura.

Do Chile, da Itália e do México também se extrai a importância da adoção de uma fase intermediária, de juízo de admissibilidade da acusação e filtro probatório, o que será objeto de maior estudo no Capítulo 6 deste trabalho.

Naturalmente que essa influência não configurou uma mera cópia de outros sistemas. Cada sistema tem suas peculiaridades históricas, um contexto jurídico próprio, e não se pretendeu fazer uma importação acrítica das experiências estrangeiras, não se cogitando de um mero transplante¹¹⁵⁴ de instituto sem observância das peculiaridades brasileiras.

No próximo capítulo, analisar-se-á o juiz das garantias na configuração projetada e a concretizada pela Lei n. 13.964/2019, bem como as justificativas invocadas para sua instituição no sistema de persecução penal brasileiro. Tal configuração não é isenta de críticas, as quais serão avaliadas detidamente, verificando-se a validade ou não de seus argumentos.

¹¹⁵⁴ LANGER, Máximo. From Legal... op. cit.

5. JUIZ DAS GARANTIAS E SUA INCLUSÃO NA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

Problematizada a questão da imparcialidade, dos influxos psicológicos inconscientes no processo de tomada de decisão judicial e como se posicionaram outros ordenamentos jurídicos e os Tribunais de Direitos Humanos, vamos, neste capítulo, começar a compreender precisamente o instituto do juiz das garantias na roupagem nacional. Ainda, passa-se a avaliar as tentativas de implantação desse juiz no sistema processual penal brasileiro, bem como as principais críticas genéricas à implementação que se pretende efetivar.

5.1. O INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS: ORIGEM E JUSTIFICATIVA

Para compreensão da figura do juiz das garantias, vamos, neste capítulo, inicialmente, compreender os sistemas de investigação preliminar atualmente existentes, para depois entender o que desencadeou a necessidade de atuação de um juiz diferente na fase de instrução daquele que atuou na fase de investigação.

Sob o prisma do titular da investigação preliminar, AURY LOPES JUNIOR e RICARDO GLOECKNER explicam que há três sistemas: o sistema policial, o sistema judicial (conduzido por um juiz instrutor) e o sistema do promotor investigador.¹¹⁵⁵

O sistema policial, de natureza administrativa, caracteriza-se por encarregar à Polícia Judiciária “o poder de mando sobre os atos destinados a investigar os fatos e a suposta autoria”. A linha de investigação é decidida pela Polícia Judiciária, porém, quando se fizer necessária alguma diligência que implique restrição de direitos fundamentais, haverá necessidade de provocação do órgão jurisdicional.¹¹⁵⁶

O segundo sistema de investigação preliminar, explicado pelos autores, é o de “juiz instrutor”, o qual é “a máxima autoridade, responsável pelo impulso e direção oficial”. Este juiz figura como protagonista pelo desenvolvimento da instrução preliminar, detendo todos os poderes para analisar a conveniência e realizar as investigações e diligências que entenda necessárias para “aportar elementos de convicção que permitam ao Ministério Público

¹¹⁵⁵ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, *Investigação...* op. cit., p. 125.

¹¹⁵⁶ Idem.

acusar, e a ele decidir, na fase intermediária, a admissão ou não da acusação”.¹¹⁵⁷ É um juiz que instrui a investigação criminal e, portanto, um juiz-investigador.

Já no sistema em que a investigação preliminar está a cargo do Ministério Público, o promotor-investigador pode atuar pessoalmente e/ou por meio da Polícia Judiciária, subordinada a ele. A outorga ao Ministério Público da direção da investigação preliminar é uma tendência na Europa e uma alternativa à crise do superado modelo de juiz instrutor. Foi o que ocorreu na Alemanha, com a reforma de 1974, na Itália, com a reforma de 1988, e em Portugal, em 1995. Nesse sistema, o promotor é o diretor da investigação, podendo dirigir a atividade da Polícia Judiciária ou praticar por si mesmo diligências próprias dessa fase para formação da *opinio delicti*. Quando necessitar de autorização judicial para medidas restritivas de direitos fundamentais (medidas cautelares, buscas e apreensão, interceptação telefônica, etc.) deverá requerê-las ao juiz, que não investiga, mas somente intervém quando solicitado “como um controlador da legalidade (e não da conveniência) dos atos de investigação levados a cabo pelo promotor. A essa figura denominamos juiz garante da investigação preliminar ou juiz de garantias”.¹¹⁵⁸

Para os fins deste trabalho, vamos aprofundar o estudo do sistema do juiz instrutor.

Segundo AURY LOPES JUNIOR e RICARDO GLOECKNER, vigora nesse sistema o princípio da oficialidade, em que o juiz instrutor pode, por iniciativa própria, determinar a instauração da investigação preliminar, “dirigindo e/ou realizando as investigações e, ao final, decidindo sobre o encerramento do procedimento”. O juiz instrutor tem à sua disposição a Polícia Judiciária, que realizará as diligências investigativas conforme as determinações daquele, ou seja, “a polícia está totalmente subordinada no plano funcional ao juiz instrutor”¹¹⁵⁹. A prova é colhida e produzida pelo juiz instrutor que, em tese, deve agir imparcialmente, buscando elementos favoráveis à futura acusação, como também favoráveis à defesa.

No Brasil, não adotamos o sistema do juiz instrutor. O legislador do CPP de 1941 justificou a adoção do sistema do inquérito conduzido pela polícia judiciária, na Exposição de Motivos do CPP, entendendo como o sistema mais adequado à realidade social e jurídica daquele momento.¹¹⁶⁰ Isso porque, considerando as grandes dimensões territoriais do Brasil

¹¹⁵⁷ LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, *Investigação...* op. cit., p. 132.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 152-153.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 133.

¹¹⁶⁰ “A CONSERVAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL IV – Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas

e a dificuldade de transporte, o Brasil de 1940 não comportaria o sistema de instrução preliminar judicial, em função da impossibilidade de que o juiz instrutor atuar de forma ágil nos mais remotos povoados e grandes distâncias dos centros urbanos.¹¹⁶¹

O juiz das garantias surge da crítica ao sistema do juiz instrutor, figura esta tida como “arcaica, inquisitória e superada”,¹¹⁶² dada a preocupação e o questionamento da perda de imparcialidade diante dos diversos prejulgamentos que realiza na fase de investigação preliminar, uma vez que ele conduz diretamente a fase investigatória e posteriormente julga o caso penal.

Assim, como visto,¹¹⁶³ passou-se a questionar se o juiz instrutor poderia ser o mesmo que preside a fase processual e, posteriormente, julga o caso. As discussões quanto à sua imparcialidade remontam aos anos 1980 do século XX, quando o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) começa a ser provocado por cidadãos dos Estados-membros que questionam seus respectivos sistemas jurídicos. Países da América-Latina, influenciados pelos sistemas europeus, também não ficam imunes e sofrem alterações legislativas para expurgar o juiz instrutor importado especialmente do modelo espanhol. Na América Latina, em países que sofreram a colonização espanhola e cujos ordenamentos jurídicos aderiram,

do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente. O preconizado juizado de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juzados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso *hinterland*, vários dias de viagem. Seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a *instrução única*; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe, aqui, discutir as proclamadas vantagens do juízo de instrução. Preliminarmente, a sua adoção entre nós, na atualidade, seria incompatível com o critério de unidade da lei processual. Mesmo, porém, abstraída essa consideração, há em favor do inquérito policial, como *instrução provisória* antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos *a priori*, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do *detetivismo*, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena”. *In*: Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro. Em 08 de setembro de 1941. *In*: MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**: texto atualizado até julho de 2003. Referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2003, p. 57-58.

¹¹⁶¹ LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 138-139.

¹¹⁶² *Ibid.*, p. 141.

¹¹⁶³ Cfr. item 4.1, *supra*.

no passado, a tal figura, houve uma adequação das legislações no período pós-regimes militares, impulsionado também pela adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que assentou, em seu art. 8.1, a garantia a um juiz imparcial.¹¹⁶⁴ Na década de 1990, iniciaram-se vários processos de reforma nos países da região, com a criação de órgãos antes inexistentes em alguns países, como Ministério Público e Defensoria Pública, com a extinção do juiz de instrução, nomeação de novos juízes e criação de novas funções, como a de juiz de garantias.¹¹⁶⁵

O Brasil, todavia, restou isolado na América Latina, com um Código de Processo Penal arcaico e remendado, com reformas parciais insuficientes que não se adequam, em muitos aspectos, ao sistema acusatório extraído da Constituição Federal e dos pactos internacionais aos quais o Brasil aderiu. A inação legislativa, carente de uma reforma processual global, que se arrasta há décadas, não condiz com o protagonismo que o Brasil tem no contexto da América Latina e gera uma contradição explícita entre seus compromissos nacionais e internacionais e sua atuação interna para garantia na defesa de um processo penal democrático e alinhado a legislações de referência pelo mundo.

O sistema brasileiro é peculiar, pois a atividade investigativa compete à polícia judiciária, controlada externamente pelo Ministério Público, o qual também realiza investigação direta com o auxílio da polícia. Em ambos os tipos de investigação, o juiz é um agente importante porque é ele quem determina medidas restritivas de direitos fundamentais e, nesse ponto, acaba se aproximando da figura do juiz de instrução quanto à perda de imparcialidade¹¹⁶⁶.

A atual inclusão da figura do juiz das garantias em nossa legislação processual segue uma tendência europeia e latino-americana de impedir que o juiz que atua na investigação também atue no julgamento, ainda que não tenhamos adotado aqui o sistema de investigação preliminar conduzido por um juiz instrutor.

O novo instituto, todavia, foi inserido no contexto indesejado de uma reforma pontual e, portanto, embora seja um passo inexorável na direção da melhora, não deixa de ser ainda

¹¹⁶⁴ “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos...** op. cit.

¹¹⁶⁵ MAYA, **Juiz...** op. cit., p. 82.

¹¹⁶⁶ Cfr. item 2.4, supra.

insuficiente, pois não realizado de forma global e coerente para todo o código, conforme ver-se-á, a seguir, por meio do histórico das legislações (projetada e reformas pontuais) no Brasil.

5.2. O JUIZ DAS GARANTIAS NO ANTEPROJETO DO NOVO CPP

Há muito se defende a necessidade da elaboração de um novo e completo Código de Processo Penal moderno e consentâneo com a Constituição Federal. Muitas foram as tentativas de elaboração de uma nova legislação que esbarraram na natural complexidade de um processo legislativo desse porte. As pontuais reformas processuais penais de 2008 e 2011, cuja gestação se iniciou em 1999, com a Comissão Ada Pellegrini Grinover, embora tenham trazido importantes adequações, mostraram-se insuficientes, reforçando a necessidade premente de uma reforma global e sistemática.¹¹⁶⁷

O atual Código de Processo Penal, promulgado em 1941, sob a égide do Estado Novo e inspirado no Código Rocco de 1930, tem sido sistematicamente criticado por trazer em seu bojo inúmeros dispositivos e ser de eixo inquisitoriais, incompatíveis com a sistemática acusatória imposta pela Constituição Federal de 1988. Não surpreende que o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a não recepção de inúmeros dispositivos infraconstitucionais, citando-se, apenas à guisa de exemplo, a mais recente declaração de não recepção parcial quando da análise do art. 260 do CPP¹¹⁶⁸ que tratava da possibilidade de “condução coercitiva” do imputado para depor.¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁷ No final de 1999, o então Ministro da Justiça, José Carlos Dias, convidou o Instituto Brasileiro de Direito Processual a apresentar propostas de reforma do Código de Processo Penal, para posterior encaminhamento ao Congresso Nacional. A Comissão foi formada por juristas: Ada Pellegrini Grinover (presidente), Petrônio Calmon Filho (secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (substituído por Rui Stoco), Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti. A Comissão deveria apreciar os projetos apresentados pelo Ministério da Justiça em 1994, fruto do trabalho da Comissão anterior, da qual oito dos membros desta Comissão participaram. A Comissão decidiu propor uma reforma tópica porque a reforma total “seria inexecutável operacionalmente. A morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática de o Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa do Parlamento, tudo milita contra a ideia de uma reforma global do Código de Processo Penal”. Ao final, a Comissão apresentou sete anteprojetos que foram encaminhados ao Congresso Nacional e posteriormente alguns foram transformados em leis, alterando partes específicas do CPP (Lei n. 11.689, de 2008, que trata de dispositivos relativos ao Tribunal do Júri, Lei n. 11.690, de 2008, que cuida de dispositivos à produção de provas por meios ilícitos, PL 4.204, de 2001, relativo ao interrogatório do acusado e da defesa efetiva, PL 4.206, de 2001, relativo aos recursos e ações de impugnação, e dá outras providências, Lei n. 11.719, de 2008, que trata de dispositivos relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos, PL 4.208, de 2001, relativo à prisão, medidas cautelares e liberdade, e dá outras providências, PL 4.209, de 2001, relativo à investigação criminal e dá outras providências). *In*: PASSOS, Edilenice. **Código de Processo Penal**: notícia histórica sobre as comissões anteriores. Brasília, Senado Federal: Secretaria de Informação e Documentação, 2008.

¹¹⁶⁸ Art. 260. “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.

¹¹⁶⁹ STF. **ADPF 444/DF e 395/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJ: 13 e 14/06/2018.

É premente uma reforma processual global, capaz de permitir uma leitura e aplicação do processo penal nos moldes constitucionais e, no que é mais sensível a este trabalho, a necessidade de garantir a imparcialidade judicial.

Côncios dessa problemática e da inevitável necessidade de uma reforma global, uma comissão de juristas brasileiros¹¹⁷⁰ elaborou, em 2009, o Anteprojeto¹¹⁷¹ de um integral e novo CPP, com declarada estrutura acusatória (art. 4º¹¹⁷²), retirando do juiz poderes instrutórios e vedando-lhe o exercício de atividades substitutivas ao órgão de acusação. Tudo isso com vistas a adequar a legislação infraconstitucional ao sistema acusatório decorrente da interpretação constitucional e em obediência ao princípio da imparcialidade expressamente previsto em Convenções Internacionais das quais o Brasil é aderente.

Na feição brasileira, resumidamente, o Anteprojeto pretende que o juiz das garantias zele pelo controle da legalidade da investigação e pelos direitos e garantias fundamentais da pessoa investigada.¹¹⁷³ O juiz das garantias não é um juiz investigador e não se confunde com a figura do juiz instrutor,¹¹⁷⁴ pois não age de ofício e não conduz a investigação ou

¹¹⁷⁰ Coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido, a Comissão de juristas foi integrada também por: Eugenio Pacelli, Procurador Regional da República (relator); Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, advogado e professor da Universidade Federal do Paraná; Félix Valois Coelho Júnior, advogado e ex-secretário de Justiça do Amazonas; Antônio Magalhães Gomes Filho, advogado e professor da Universidade de São Paulo; Fabiano Augusto Martins Silveira, consultor legislativo do Senado; Tito de Souza Amaral, promotor de Justiça do Estado de Goiás; Antonio Correa, Juiz Federal; e Sandro Torres Avelar, delegado da Polícia Federal.

¹¹⁷¹ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?sequence=10>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹¹⁷² Art. 4º - “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

¹¹⁷³ Arts. 15 a 18 do anteprojeto PLS n. 156/2009 e arts. 14 a 17 do atual PL n. 8.045/2010.

¹¹⁷⁴ No Brasil, há a figura do “juiz instrutor”, porém com natureza muito distinta do juiz instrutor francês. A Lei n. 12.019/2009 permitiu aos Ministros convocar desembargadores de Turmas Criminais dos Tribunais de Justiça ou juízes dos Tribunais Regionais Federais, bem como juízes de varas criminais, tanto da Justiça estadual quanto federal, pelo prazo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até o máximo de 2 (dois) anos, delegando poderes instrutórios nos processos penais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Referida lei foi editada no âmbito do II Pacto Republicano (assinado em 13 de abril de 2009 - que, seguindo a temática do I Pacto, teve como núcleo a preocupação com um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo), permitindo ao STF e ao STJ convocar “magistrados instrutores” em substituição às “cartas de ordem”, nas quais os ministros relatores determinavam a juízes (das comarcas onde residiam testemunhas e réus) a instrução probatória. Em dezembro de 2009, o STF aprovou a Emenda Regimental n. 36/2009, regulamentando a lei 12.019/2009 e especificando as atribuições próprias do Magistrado Instrutor. O STF já se manifestou pela constitucionalidade da atuação dos juízes instrutores, destacando-se o decidido no HC 131164: (...). 3. O Juiz Instrutor atuante nos Tribunais Superiores, derivação expressa do art. 3º, III, da Lei 8.038/90, constitui longa manus do Relator e, nessa condição, atua sob sua constante supervisão. A delegação de atos de instrução, observadas as disposições legais e regimentais, consubstancia medida direcionada à racionalização das forças dirigidas à consecução da razoável duração do processo, sem que se subtraia dos membros do Tribunal a competência para processamento e julgamento das causas assim definidas pela Constituição. 4. Ordem denegada. STF. (1. Turma). **HC 131164**. Relator: Min. Edson Fachin. DJ: 24/05/2016.

analisa a conveniência das linhas investigativas e atuações dos órgãos persecutórios (Polícia Civil e Ministério Público). A ele compete o controle da legalidade da investigação, sendo um juiz de salvaguarda de constitucionalidades dos atos daqueles órgãos que possam vulnerar direitos dos cidadãos envolvidos na investigação e até mesmo direitos dos próprios agentes públicos que nela atuam. Ele não sai em busca de qualquer fonte de prova. É totalmente despido de iniciativa probatória e não está voltado “ao controle da qualidade ou do conteúdo da matéria a ser colhida, mas como fiscalizadora dos prazos legalmente previstos para a persecução penal, em uma atuação própria de um juiz das garantias”.¹¹⁷⁵ Agirá por provocação dos interessados, em questões que interfiram na esfera de direitos do investigado (reserva jurisdicional), zelando também pela legalidade da investigação.

O papel de juiz com poderes investigatórios e que busca fontes de prova não cabe ao juiz de garantias. Este papel compete à Polícia Judiciária e ao Ministério Público, cujas atribuições contemplam tais atividades. Também não se trata de um mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Os redatores do Anteprojeto de 2009 claramente justificaram a necessidade desse novo ator da persecução penal:

Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

Competirá ao juiz das garantias realizar o controle de detenções, zelar pela legalidade do inquérito e salvaguardar as garantias e direitos constitucionais do investigado todas as vezes que, provocado, deva decidir sobre algum pedido que interfira na esfera de direitos do investigado ou terceiros (sequestro de bens já transferidos, por exemplo), por força da reserva de jurisdição.¹¹⁷⁶

Este novo sujeito processual penal está impedido de atuar na fase processual para preservar a imparcialidade do julgador do mérito:

Es dicer, el juez de garantía que interviene en la fase de investigación no puede bajo ninguna circunstancia intervenir en el juicio oral. Y la razón es muy simple: quien conoció de los autos y registros en la etapa preliminar, decretando muchas

¹¹⁷⁵ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto de reforma...** op. cit.

¹¹⁷⁶ Idem.

*veces medidas restrictivas de derechos fundamentales, estructuralmente no está en condiciones de actuar como juez imparcial en el juicio.*¹¹⁷⁷

Do Anteprojeto do novo CPP extrai-se a base de justificação para a introdução do juiz das garantias, nele constam expressamente as razões estratégicas para implantação da inovação processual: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de informação produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.¹¹⁷⁸

A *ratio* da implantação do juiz das garantias é evitar que o juiz do processo se contamine com os elementos de informação e os utilize na formação de seu convencimento quanto ao mérito da causa, já que se trata de elementos unilaterais, sem participação da defesa ou exigência de produção em contraditório. Com isso, pretende-se um juiz dotado de imparcialidade objetiva¹¹⁷⁹ e, conseqüentemente, mais consentâneo com um princípio acusatório.

A regra atual da prevenção impede uma originalidade da cognição, causando inconvenientes à imparcialidade.¹¹⁸⁰ Propicia riscos de prejulgamentos e contaminações cognitivas do magistrado, que ocorrem no plano do involuntário, no inconsciente do julgador,¹¹⁸¹ ao ter contato com os elementos informativos e unilaterais colhidos no inquérito. A impressão causada com a apreensão preliminar do conteúdo do inquérito (quando o juiz de ofício determina provas ou pela natureza das deliberações daquela fase) é levada para a fase processual, gerando um quadro do primado das hipóteses sobre os fatos.¹¹⁸²

Não se prestando o magistrado atuante na fase investigativa a buscar fontes de prova, tampouco competindo ao magistrado tutelar a segurança pública, a ele compete nesta fase inicial da *persecutio criminis* análise de matérias que envolvam violação ou preservação de

¹¹⁷⁷ Tradução livre: “Ou seja, o juiz de garantia que intervém na fase de investigação não pode, em caso algum, intervir no julgamento oral. E a razão é muito simples: quem tomou conhecimento dos autos e registros na fase preliminar, decretando muitas vezes medidas restritivas de direitos fundamentais, estruturalmente não está em condições de atuar como juiz imparcial no julgamento”. FRÍAS, Conferencia... op. cit., p. 57-58.

¹¹⁷⁸ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto de reforma...** op. cit.

¹¹⁷⁹ Conforme explicado no item 4.1, supra, a imparcialidade é denominada “objetiva” porque deriva não da relação do juiz com as partes, mas de sua prévia relação com o objeto do processo.

¹¹⁸⁰ Conforme explicado no item 2.3, supra, ao atuar na fase de investigação e, igualmente, nas fases instrutória e decisória, o juiz pode introjetar em seu *iter* de tomada de decisão informações internalizadas por conta da atuação na fase pré-processual.

¹¹⁸¹ Cfr. itens 2.3 e 3.2, supra.

¹¹⁸² Conforme pontuado no item 2.3, supra, a impressão causada com a apreensão preliminar do conteúdo do inquérito acaba sendo levada para a fase processual e dificilmente é afastada durante todos os atos do *iter* procedimental.

direitos fundamentais individuais (seja do investigado, do ofendido ou terceiros), que demandam apreciação do Poder Judiciário, tais como medidas que implicam lesão a direitos de liberdade, privacidade, propriedade, entre outros. Também lhe cabe, zelar pela legalidade investigativa e, quando necessário, pela tutela dos agentes públicos persecutórios quando de suas atuações.

Ainda que, no sistema processual penal brasileiro, não exista um juiz instrutor, o juiz que atua na investigação preliminar faz subsunções provisórias dos fatos à norma e, assim, os valora na medida em que profere decisões importantes que afetam à esfera jurídica do investigado, formando, voluntariamente ou não, convicções sobre os elementos informativos e sobre a culpabilidade do investigado, o que pode, aos olhos do jurisdicionado, colocar em xeque a aparência de imparcialidade.

A atual sistemática da prevenção conduz à violação ao princípio da presunção de inocência, pois, como indaga MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES:

Quem é capaz de negar que um magistrado atuante na fase de investigação já forme sua convicção desde esse primeiro instante, sendo, não raras vezes, irrelevante a fase judicial? Com a separação na atuação judicial, conforme projetado, garante-se de forma muito mais efetiva o devido processo legal, o contraditório, o direito à prova e a presunção de inocência. Tudo isso porque se criou um novo sistema que assegura uma maior imparcialidade judicial e, com isso, uma maior isenção psicológica do magistrado no momento de julgar a causa. Por isso se dizer que o juiz das garantias dá maior efetivação ao princípio acusatório determinado constitucionalmente. Porque o juiz que atua na fase de investigação, embora com funções distintas, psicologicamente muito se aproxima da figura do Ministério Público, órgão cuja função é, examinando o material investigativo, analisar se tem fundamento idôneo ou não para acusar. Necessário pararmos com uma clara violação da presunção de inocência, que, por determinação constitucional, deveria orientar o juiz no curso de toda a causa.¹¹⁸³

Este autor ainda expõe que ao se impor, pela atual legislação, que o juiz que atua na investigação atue também na fase processual, esperando desse profissional isenção e imparcialidade, é exigir desse magistrado um “comportamento inumano”, pois:

Exige-se que possua uma capacidade de abstrair suas experiências anteriores com a causa (fase de investigação) para analisar se aquilo que ele “ajudou” a produzir é idôneo para acusar e, em momento apenas cronologicamente posterior, é suficiente para condenar. Ao se determinar essa atuação dúplice ao juiz, estamos empurrando-o para uma (imperceptível e psicologicamente) inexorável presunção de culpa, porquanto o magistrado assim pensa: “entendi que havia elementos para investigar e para acusar legitimamente uma pessoa, portanto a tendência em condená-lo somente será revertida se ele (ou a sua Defesa) demonstrar que eu errei ou que desconhecia elementos a serem apresentados em Juízo, caso contrário (caso não prove sua inocência, aqui está a presunção de culpa), será mantida a convicção que já possuo e já formei desde o início”; convicção imutável que passa ao magistrado uma impressão (falsa) de coerência e que reforçará na sua psique o

¹¹⁸³ ZANOIDE DE MORAES, Quem tem medo... op. cit., p. 22.

dito “encontro da verdade real” (que, para os mais religiosos, é um “encontro com a Verdade”).¹¹⁸⁴

Diante desse quadro, a lógica acusatória se inverte, pois desaparece a presunção de inocência e não é mais o acusador quem tem o ônus de derrubá-la, passa a competir à defesa a prova da não culpabilidade. Enfim, caberá à defesa demover o julgador das convicções já antecipadamente por ele formadas.

RENATO BRASILEIRO LIMA afirma que a implantação do juiz das garantias, além de evitar a contaminação do julgador, o libera de “eventuais compromissos pessoais de sua parte com decisões por ele mesmo já tomadas naquele momento inicial”, tais como decretação de prisão preventiva, recebimento da denúncia, sequestro de bens, etc.¹¹⁸⁵.

Assim, a instituição do juiz das garantias é a tentativa de neutralizar ou mitigar a contaminação do julgador, evitando que o juiz, mesmo após juízos não plenos de culpabilidade, adentre à fase processual levando consigo convicções (parciais ou não) sempre tendentes à aceitação da hipótese acusatória.

Outrossim, o segundo ponto apresentado pelos juristas do Anteprojeto que justifica o juiz das garantias é a preocupação quanto à necessidade de especialização. A rotina específica propicia maior capacitação, decisões céleres e atualizadas com os entendimentos correntes da jurisprudência e doutrina, mormente em um sistema de precedentes vinculantes que deve se estender ao processo penal.

Houve um tempo em que a cultura era avaliada pelo domínio em várias áreas do conhecimento humano, ao que se atribui o termo “polímata”.¹¹⁸⁶ Tome-se, com exemplo, Leonardo da Vinci que se destacou como cientista, matemático, engenheiro, inventor, anatomista, pintor, escultor, arquiteto, botânico, poeta e músico.¹¹⁸⁷ Hodiernamente, o que se vê são graus cada vez maiores de especialização do conhecimento. Com o juiz não é diferente: ao prestar concurso, exige-se dele conhecimentos de Direito e Formação Humanística e, uma vez aprovado, atuará, inicialmente, em regime de substituição, decidindo inúmeras questões das mais diversas áreas do Direito. Contudo, à medida que vai acumulando experiência e tempo de carreira, a tendência é a titularização e a especialização

¹¹⁸⁴ ZANOIDE DE MORAES, Quem tem medo... op. cit., p. 22.

¹¹⁸⁵ Nesse sentido também: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 116.

¹¹⁸⁶ Um polímata (do grego *πολυμαθής*, transl. *polymathēs*, lit. "aquele que aprendeu muito") é uma pessoa cujo conhecimento não está restrito a uma única área. Em termos menos formais, um polímata pode referir-se simplesmente a alguém que detém um grande conhecimento em diversos assuntos. Muitos dos cientistas antigos foram polímatas de acordo com os padrões atuais. POLÍMATA. **Wikipedia**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADmata>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹¹⁸⁷ LEONARDO da Vinci. **Wikipedia**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Leonardo_da_Vinci. Acesso em: 12 abr. 2022.

em determinado ramo do Direito. Ainda assim, é possível a especialização mais aprofundada em um tema (por exemplo, juiz de vara criminal especializada em crimes de lavagem de dinheiro ou tráfico de drogas).

Nesse sentido, a preconizada especialização permitiria ao juiz das garantias um retorno (*feedback*) quanto a acertos e desacertos de suas posições após eventuais reanálises feitas pelos Tribunais e, assim, somado ao sistema de precedentes vinculantes, ocasionaria um aprimoramento do processo penal brasileiro no que tange à tutela das garantias e direitos fundamentais (proteção à intimidade e privacidade, direito à honra, inviolabilidade de domicílio, entre outros) na fase investigatória. Além disso, propicia a troca de experiências e estudos nessa área de sua atuação, oportunizando periódicas discussões e aprimoramentos entre juízes de varas especializadas, inclusive amparado em estatísticas oficiais. Nesse sentido:

Os juízes também poderiam receber ajuda para identificar quais aspectos de seus ambientes são “maus” e como melhorá-los. Da mesma forma, as jurisdições poderiam adotar processos de revisão por pares para fornecer retorno aos juízes. Por exemplo, a cada dois anos, três juízes experientes de outras jurisdições poderiam visitar um Tribunal-alvo. Eles poderiam selecionar alguns casos recentemente decididos por cada juiz da corte, ler todas as decisões e transcrições, e então fornecer aos juízes um retorno sobre seu desempenho e sugestões construtivas para melhoria. Isso daria aos juízes uma oportunidade de obter avaliações sobre problemas que normalmente escapam da revisão de apelação. Quando agregados, os resultados de tal processo também podem identificar problemas estruturais que as alterações nas regras ou estatutos devem remediar. Tal procedimento também aumentaria a responsabilização judicial, submetendo decisões que escapam à revisão de apelação para revisão por pares. A pesquisa mostrou que a responsabilidade desse tipo pode melhorar o desempenho da tomada de decisão. Se um processo de revisão por pares for inviável, os tribunais poderiam, no mínimo, registrar e fornecer aos juízes dados sobre resultados em decisões relevantes - por exemplo, se um réu libertado sob fiança realmente compareceu para julgamento. Armado com esse retorno, os juízes podem ser mais capazes de aprender o que estão fazendo bem e o que estão fazendo mal.¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁸ No original: “Judges could also receive help identifying which aspects of their environments are “wicked” and how to improve them. Likewise, jurisdictions could adopt peer-review processes to provide judges with feedback. For example, every two years, three experienced judges from other jurisdictions could visit a target court. They could select a few cases recently decided by each target court judge, read all of the rulings and transcripts, and then provide the judges with feedback on their performance and constructive suggestions for improvement. This would give judges an opportunity to obtain feedback on issues that typically escape appellate review. When aggregated, the results of such a process might also identify structural problems that amendments to rules or statutes should remedy. Such a procedure also would increase judicial accountability by subjecting decisions that scape appellate review to peer review. Research has shown that accountability of this sort can improve decision-making performance. If a peer-review process is infeasible, courts could at a minimum record and provide judges with outcome data on relevant decisions – for example, whether a defendant released on bail actually appeared for trial. Armed with this feedback, judges might be better able to learn what they are doing well and what they are doing poorly”. In: GUTHRIE, RACHLINSKI, WISTRICH, *Blinking on the bench...* op. cit., p. 38-39.

O retorno imediato (*feedback*)¹¹⁸⁹ é apontado, inclusive, como uma das técnicas para reduzir a confiança excessiva.¹¹⁹⁰

Assim, há expectativa de maior otimização da atuação do juiz na fase investigatória, inclusive, quando provocado poderá decidir de forma mais eficiente, até porque, geralmente, são decisões que demandam maior urgência e rapidez na análise.¹¹⁹¹

Concordamos com as justificativas apresentadas pelos juristas para a implantação do juiz de garantias no sistema processual penal brasileiro. Com efeito, o isolamento do juiz da investigação confere ao juiz do processo originalidade cognitiva, evitando seu contato com elementos de informação que não tem valor probatório. A especialização, por sua vez, é necessária na fase de investigação, onde se exige conhecimentos específicos e decisões céleres.

Contudo, parece-nos que a especialização só ocorrerá em Comarcas de médio ou grande porte (entrâncias intermediárias e finais), onde, pelo volume de serviço, seria viável a criação de cargos específicos de juiz das garantias ou a designação de um juiz para um grupo de comarcas (regionalização). Todavia, a especialização nos parece não ser argumento totalmente invocável em Comarcas de entrância inicial, onde apenas um juiz atua (exemplo se o juiz de uma inicial é designado para ser o juiz de garantias da Comarca vizinha), com competência plena em diversas áreas, pois decidir questões na investigação será apenas uma das muitas atribuições ao juiz atuante em Comarca de entrância inicial.¹¹⁹²

Ademais, adotar-se critério de distribuição cruzada ou distribuição circular¹¹⁹³ entre juízes de varas criminais, também não garantiria a especialização, na medida em que o juiz

¹¹⁸⁹ MYERS, **Psicologia Social**... op. cit., p. 93. Sobre os efeitos negativos da inexistência de *feedbacks* e o excesso de confiança que isso pode gerar: “Como frequentemente não recebemos sinais claros sobre a qualidade de nossas decisões, podemos contar de forma excessiva com nossas próprias intuições para determinar se usaremos uma estratégia de solução de problemas em particular no futuro”. In: BAZERMAN, MOORE, **Processo**... op. cit., p. 47. Eduardo José da Fonseca Costa defende que uma importante medida desviesante é a criação de varas e turmas de julgamento especializadas, a fim de que os juízes ganhem experiência em determinadas matérias e, com isso, possam acumular *feedback* suficiente para evitarem erros. In: COSTA, **Levando**... op. cit., p. 125.

¹¹⁹⁰ Cfr. item 3.2.1.1.c, supra.

¹¹⁹¹ Até para aqueles que criticam o juiz das garantias, há, no particular, a concordância de que, mudando o foco argumentativo de fundamento do juiz das garantias, a especialização efetivamente seria um argumento favorável ao implemento do juiz das garantias, trazendo maior celeridade judicial. Nesse sentido: ANDRADE, **Juiz das Garantias**. 2. ed... op. cit., p. 140.

¹¹⁹² Juiz de Direito de entrância inicial, portanto na esfera estadual, quando atua sozinho, costuma cumular todos os tipos de demandas (criminais, cíveis, família, Juizados, Infância, questões administrativas, eleitoral, entre outros).

¹¹⁹³ O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem por projeto a instalação da “distribuição circular” como uma possível solução para instalação do juiz das garantias na capital paranaense. Assim, o juiz de uma vara criminal funciona como juiz das garantias de outra de igual parte e assim sucessivamente (ex: o juiz da 1ª vara criminal funcionaria como juiz de garantias da 2ª vara criminal; o da 2ª vara criminal seria juiz de garantias da 3ª vara criminal e assim por diante). A administração visualiza como vantagem a desnecessidade de criação de

do processo seria o juiz das garantias de outra vara; e vice-versa. Isto não implica especialização, porque a análise de questões da fase investigativa, antes feita em processos da própria vara, passa a ser feita em processos de outra. Haveria uma mudança de atuação (inquéritos de outra vara), não propriamente “especialização” no sentido de atuação exclusiva para um âmbito cognitivo.

Expostas as razões apontadas para sua instituição, o Anteprojeto estipula que o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. Nesse contexto, em linhas gerais, as atribuições do juiz de garantias podem ser divididas em três grupos: controle da legalidade da prisão, controle da legalidade da investigação e análise de medidas cautelares e meios de obtenção de prova. O rol de atribuições é exemplificativo, pois se atribui, genericamente, ao juiz de garantias outras matérias inerentes às atribuições que lhe são definidas.

Houve uma patente preocupação com a imparcialidade do julgador, sob três prismas: nova regra de impedimento (atuação do juiz de garantias cessa com a propositura da ação, quando passa a atuar o juiz do processo), novas hipóteses de impedimento e suspeição e, por fim, exclusão da prevenção.

No Anteprojeto, a previsão do juiz das garantias se concentra do art. 15 ao art. 18, com outras previsões esparsamente previstas no decorrer do código. No quadro a seguir, didaticamente, são apresentadas as principais atribuições do juiz das garantias e demais previsões que se referem à discussão da imparcialidade do juiz. Optou-se por uma divisão de temas por agrupamentos para facilitar a compreensão de como a evolução legislativa veio a desaguar na atual redação dada pela Lei n. 13.964/2019:

cargos e aumento de despesas com pessoal, porém, como desvantagem, a necessidade de alteração nos sistemas informatizados de todas as unidades criminais envolvidas, com subdivisão de competências entre vara criminal e juiz das garantias. Outra desvantagem que apontamos é a falta de especialização, já exposta acima, que poderia trazer uma concentração das atividades e uniformidade de atuação.

Quadro 7 – Juiz das garantias no Anteprojeto do Novo CPP

Atribuições do juiz de garantias	Controle da legalidade da prisão	<ul style="list-style-type: none"> - Receber a comunicação imediata da prisão e analisar o <i>status libertatis</i>; - Zelar pela observância dos direitos do preso.
	Controle da legalidade da investigação	<ul style="list-style-type: none"> - Ser informado sobre abertura de qualquer inquérito policial; - Controlar prorrogação do prazo de inquérito de investigado preso; - Determinar trancamento do inquérito policial, quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; - Requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação; - Julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; - Decidir incidente de suspeição ou impedimento da autoridade policial.
	Medidas cautelares reais, pessoais e probatórias requeridas pelo interessado	<ul style="list-style-type: none"> - Decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; - Prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; - Decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; - Decidir sobre meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.
Competência e prevenção	<ul style="list-style-type: none"> - Abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e sua atuação cessa com a propositura da acusação formal (denúncia ou queixa-crime); - O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal. 	
Questões pendentes	<ul style="list-style-type: none"> - Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo; - As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso. 	
Inquérito policial	<ul style="list-style-type: none"> - Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo. 	
Impedimento do juiz de garantias	<ul style="list-style-type: none"> - O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do juiz de garantias ficará impedido de funcionar no processo. 	
Ação penal originária	<ul style="list-style-type: none"> - Caberá ao órgão do Tribunal competente autorizar a instauração do inquérito policial e exercer as funções do juiz das garantias; - As funções do juiz das garantias serão exercidas por membro do Tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator. 	
Comarcas de juízo único	<ul style="list-style-type: none"> - As normas de organização judiciária disciplinarão formas de substituição, de modo que seja observada a regra de impedimento. 	
Investigação defensiva	<ul style="list-style-type: none"> - Não há previsão de atuação do juiz das garantias. 	

Rol de impedimento e suspeição	<p>- Mantém, na essência, as mesmas previsões do atual art. 252 e 254 do CPP de 1941.</p> <p>- Traz nova hipótese de suspeição consistente em: “O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: (...) V- se mantiver relação jurídica de natureza econômica ou moral com qualquer das partes, das quais se possa inferir risco à imparcialidade”.</p>
Prazo para implementação	<p>- Código entra em vigor no prazo de 6 (seis) meses após a sua publicação;</p> <p>- Sem previsão específica de implementação do juiz das garantias.</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

Ao cabo dos trabalhos, que duraram oito meses, o Anteprojeto foi submetido ao então Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, que apresentou o Projeto de Lei de sua autoria ao Senado Federal, o qual tramitou tombado sob n. PLS 156/2009. Este projeto seguiu para a Câmara dos Deputados, onde recebeu nova numeração (PL n. 8045/2010), mantendo-se a previsão do juiz das garantias. Desde então, o projeto do novo CPP tramita a passos lentos na Câmara dos Deputados¹¹⁹⁴ e serviu como base para a emenda parlamentar que inseriu o juiz das garantias na Lei n. 13.964/2019. Por isso, para se compreender a feição atual dada por essa lei, é necessário estudar a previsão projetada que, desde 2009, pretende inserir esse novo sujeito processual na persecução penal.

5.3. JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

No Senado Federal, o Anteprojeto sofreu alterações. No PLS n. 156/2009, a numeração dos artigos foi alterada, passando-se, agora, a previsão do juiz das garantias do art. 14 ao art. 17¹¹⁹⁵. Percebe-se a inclusão de atribuições ao juiz das garantias, mantendo-se a cláusula aberta de outras funções não especificadas. Para além da previsão do art. 14, ao longo do citado PLS encontram-se esparsas atribuições adicionais do juiz das garantias pelo texto projetado, tudo conforme o quadro elaborado a seguir para melhor compreensão:

¹¹⁹⁴ O depósito desta Dissertação ocorreu no mês de abril de 2022, quando a última atualização do PL n. 8045/2010 era o Substitutivo de 26/04/2021.

¹¹⁹⁵ BRASIL. Senado Federal. **Parecer n. 1.636, de 2010. Redação final do Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009.** Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Quadro 8 – Juiz de Garantias no PLS n. 156/2009

Atribuições do juiz de garantias	Controle da legalidade da prisão	- Mantém previsão do Anteprojeto.
	Controle da legalidade da investigação	- Mantém previsão do Anteprojeto, com os seguintes acréscimos/alterações: - Ser informado sobre abertura de qualquer investigação criminal; - Determinar realização de exame médico de sanidade mental; - Determinar o arquivamento do inquérito policial¹¹⁹⁶, inclusive quando não for concluído no prazo máximo de 720 (setecentos e vinte) dias; - Assegurar prontamente, quando se fizer necessário, ao investigado e ao seu defensor, acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; - Deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia.
	Medidas cautelares reais, pessoais e probatórias requeridas pelo interessado	- Mantém previsão do Anteprojeto.
Competência e prevenção		- Mantém previsão do Anteprojeto.
Questões pendentes		- Mantém previsão do Anteprojeto.
Inquérito policial		- Mantém previsão do Anteprojeto.
Impedimento do juiz de garantias		- O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do juiz de garantias ficará impedido de funcionar no processo (redação do Anteprojeto mantida); - Observado o disposto no art. 748¹¹⁹⁷, qual seja, o impedimento não se aplicará: às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas 1 (um) juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre criação de cargo ou formas de substituição; aos processos em andamento no início da vigência do novo Código.

¹¹⁹⁶ O art. 32, parágrafo único, do PLS n. 156/2009, previa que: “art. 32. Não obstante o disposto no art. 31, caput e §§ 1º e 2º, o inquérito policial não excederá ao prazo de 720 (setecentos e vinte) dias. § 1º Esgotado o prazo previsto no caput deste artigo, os autos do inquérito policial serão encaminhados ao juiz das garantias para arquivamento”. Ademais, o arquivamento, na redação do PLS n. 156/2009 ainda era atribuição do juiz: “art. 38. O órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, seja por insuficiência de elementos de convicção, seja por outras razões de direito. Parágrafo único. O juiz das garantias, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. art. 39. Arquivado o inquérito policial, o juiz das garantias comunicará a sua decisão à vítima, ao investigado e ao delegado de polícia”. BRASIL. Senado Federal. **Parecer n. 1.636, de 2010. Redação final do Projeto de Lei do Senado n. 156...** op. cit.

¹¹⁹⁷ Art. 748 dispõe que o impedimento previsto no art. 16 não se aplicará: “I – às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas 1 (um) juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre criação de cargo ou formas de substituição; II – aos processos em andamento no início da vigência deste Código”. Idem.

Ação penal originária	<p>- As funções do juiz das garantias serão exercidas por membro do Tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator (art. 314, I);</p> <p>- Contudo, o art. 748, parágrafo único, estabelece que o impedimento do membro do Tribunal para atuar como relator (art. 314, I) não se aplicará aos processos em andamento no início da vigência do novo Código.</p>
Comarcas de juízo único	<p>- O impedimento não se aplicará, às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas 1 (um) juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre criação de cargo ou formas de substituição.</p>
Investigação defensiva	<p>- A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento, podendo o juiz, se for o caso, fixar as condições para a realização da entrevista¹¹⁹⁸</p>
Rol de impedimento e suspeição	<p>- Mantém, na essência, a redação do Anteprojeto, acrescentando duas hipóteses de suspeição:</p> <p>-“art. 55. Em caso de suspeição, o juiz poderá ser recusado pelas partes. § 1º Reputa-se fundada a suspeição quando o juiz manifestar parcialidade na condução do processo ou no julgamento da causa e, ainda, nas seguintes hipóteses:</p> <p>(...)</p> <p>VI – se tiver interesse no julgamento da causa em favor de uma das partes.</p>
Prazo para implementação	<p>- O texto original do art. 701 do PLS 156/2009 (Livro - Das Disposições Transitórias e Finais) previa que a regra de impedimento do juiz das garantias para atuar como juiz da causa em cuja investigação tivesse participado (art. 16) somente “entrará em vigor no prazo de 3 (três) anos após a publicação deste Código, e em 6 (seis) anos, se se tratar de comarca onde houver apenas 1 (um) juiz”.</p> <p>Ocorre que o então Presidente do Senado, Senador José Sarney, apresentou em sessão de 30/11/2010, uma emenda ao texto original do PLS 156/09, que restou aprovada e suprimiu o art. 701, passando-se a uma outra regulamentação no art. 748, I, do Projeto:</p> <p>art. 748. O impedimento previsto no art. 16 não se aplicará:</p> <p>I – às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas um juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre a criação de cargo ou formas de substituição;</p> <p>II – aos processos em andamento no início da vigência deste Código.</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

Nota: O texto em verde refere-se à inovação do PLS n. 156/2009.

¹¹⁹⁸ “Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. § 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. § 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento. § 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. § 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. § 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. § 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos”. BRASIL. Senado Federal. **Parecer n. 1.636, de 2010. Redação final do Projeto de Lei do Senado n. 156...** op. cit.

Da comparação entre a redação do Anteprojeto e o resultado final que se consolidou no PLS n. 156/2009, observa-se a manutenção da regra de impedimento, fixando-se como termo final de atuação do juiz de garantias o exercício do direito de ação penal, quando passa a atuar o juiz do processo. No PLS n. 156/2009, acrescem-se duas novas hipóteses de suspeição, demonstrando o legislador, mais uma vez, o zelo com a imparcialidade.

Encerrada a tramitação no Senado Federal, o PLS n. 156/2009 foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde se encontra em tramitação (PL n. 8045/2010).

Na Câmara dos Deputados houve muitas discussões. Focaremos a análise nos dois últimos Substitutos, datados de 13/06/2018¹¹⁹⁹ e outro de 26/04/2021.¹²⁰⁰ Ao longo dos trabalhos, uma comissão especial destinada a proferir parecer ao PL n. 8045/2010 reuniu-se diversas vezes, ouvindo especialistas e realizou encontros regionais para debater tópicos da reforma do processo penal.¹²⁰¹

A redação apresentada no Substituto de 2018 e no Substituto de 2021 são semelhantes. O que se percebe é que na evolução dos Substitutos e discussões na Câmara o instituto do “juiz de garantias” consolidou-se, pois manteve-se a despeito de algumas pequenas modificações.

Observe-se que o Substituto de 26/04/2021 é posterior a edição da Lei n. 13.964/2019 e, também, posterior às liminares proferidas nas ADIs, com tramitação suspensa no STF. Nesse contexto, o primeiro ponto que chama a atenção neste Substituto é a positivação no texto projetado quanto à necessidade de implantação do juiz das garantias para assegurar a imparcialidade no julgamento.¹²⁰²

¹¹⁹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8045/2010**. Substituto de 13 de junho de 2018. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=SBT+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹²⁰⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8045/2010**. Substituto de 26 de abril de 2021... op. cit..

¹²⁰¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8045/2010**. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010, do Senado Federal, que trata do "Código de Processo Penal" (revoga o decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1829175&filename=PRP+5+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹²⁰² Art. 14. “Para o pleno respeito da garantia constitucional do julgamento imparcial, é indispensável que o juiz que apreciará a ação penal não seja o mesmo que acompanha a colheita dos elementos informativos do inquérito policial. § 1º Para o atendimento do disposto no caput, o Poder Judiciário, disciplinando a organização judiciária, no que concerne à previsão do juiz das garantias, segundo os arts. 24, inciso XI, e 96, inciso II, da Constituição, terá em consideração as regras gerais previstas neste Código”.

Outro ponto que merece destaque nesse último Substitutivo é a previsão do § 1º, do art. 14, que pretende evitar argumentos de inconstitucionalidade formal,¹²⁰³ deixando evidente que o Código estipulará regras gerais, competindo a cada Tribunal organizar-se internamente para implementação do juiz de garantias, observadas as regras gerais do legislador nacional.

Na tabela a seguir, procede-se a comparação desde a redação original do Anteprojeto até a atual redação do PL 8045/2010. Algumas previsões no Substitutivo estão esparsamente alocadas. Aqui, para fins didáticos, as diversas considerações sobre o juiz das garantias ao longo do Substitutivo serão aglutinadas em blocos:

¹²⁰³ “1.30 JUIZ DAS GARANTIAS. Em saudável diálogo institucional, contemplou-se o quanto observado pelo Ministro Luiz Fux [ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305], do STF, em controle concentrado de constitucionalidade, em relação ao juiz das garantias. Fornece-se, assim, solução de compromisso, à luz das regras de competência legislativa, orçamentária e de razoabilidade, para a implementação de figura tão importante para a cristalização dos direitos fundamentais”. *In*: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8045...** op. cit.

Quadro 9 – Evolução do instituto do juiz de garantias no Projeto do Novo Código de Processo Penal

	ANTEPROJETO DO NOVO CPP	PLS N. 156/2009	PL 8045/2010 (SUBSTITUTIVO DE 13/06/2018)	PL 8045/2010 (SUBSTITUTIVO DE 26/04/2021)
	- Sem correspondente	- Sem correspondente	- Sem correspondente	<p>art. 14. Para o pleno respeito da garantia constitucional do julgamento imparcial, é indispensável que o juiz que apreciará a ação penal não seja o mesmo que acompanha a colheita dos elementos informativos do inquérito policial.</p> <p>§ 1º Para o atendimento do disposto no caput, o Poder Judiciário, disciplinando a organização judiciária, no que concerne à previsão do juiz das garantias, segundo os arts. 24, inciso XI, e 96, inciso II, da Constituição, terá em consideração as regras gerais previstas neste Código.</p>
Atribuições do juiz de garantias	- Atribuições concernentes ao bloco “Controle da legalidade da prisão”	- Mantém atribuições concernentes ao bloco “Controle da legalidade da prisão”	- Mantém atribuições concernentes ao bloco “Controle da legalidade da prisão” Inovação: - Expressa previsão de audiência de custódia	- Mantém previsão do Substitutivo de 2018.

	<p>- Atribuições concernentes ao bloco “Controle da legalidade da investigação”</p>	<p>- Mantém atribuições concernentes ao bloco “Controle da legalidade da investigação” Inovações:</p> <p>- Ser informado sobre abertura de qualquer investigação criminal - Determinar realização de exame médico de sanidade mental</p> <p>- Determinar o arquivamento do inquérito policial, inclusive quando não for concluído no prazo máximo de 720 (setecentos e vinte) dias (art. 32, § 1º). - Assegurar prontamente, quando se fizer necessário, ao investigado e ao seu defensor, acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento</p> <p>- Deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia.</p>	<p>- Mantém atribuições concernentes ao bloco “Controle da legalidade da prisão” Inovações:</p> <p>- extinguir a investigação, nos casos de atipicidade da conduta, reconhecimento de causa excludente de juridicidade, culpabilidade ou de extinção de punibilidade</p> <p>- comunicar ao delegado de polícia das decisões relacionadas às medidas por ele representadas.</p> <p>- Retira atribuição do juiz para arquivamento do inquérito policial, passando a ser atribuição do Ministério Público. art. 38. O órgão do Ministério Público promoverá o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação que não contenham suficientes elementos de convicção.</p> <p>art. 41. A promoção de arquivamento e a sentença extintiva da investigação serão comunicadas à vítima, ao investigado e ao delegado de polícia. No primeiro caso, também deverá ser comunicada ao juiz das garantias.</p>	<p>- Mantém atribuições concernentes ao bloco “Controle da legalidade da prisão” Mantém “inovações” previstas no Substitutivo de 2018, com poucos ajustes de redação, mantendo na essência às previsões anteriores (arts. 15, III e XVII, 40, 43).</p>
	<p>- Atribuições concernentes ao bloco “Medidas cautelares reais, pessoais e probatórias requeridas pelo interessado”</p>	<p>- Mantém atribuições concernentes ao bloco “Medidas cautelares reais, pessoais e probatórias requeridas pelo interessado”</p>	<p>- Mantém atribuições concernentes ao bloco “Medidas cautelares reais, pessoais e probatórias requeridas pelo interessado”</p>	<p>- Mantém atribuições concernentes ao bloco “Medidas cautelares reais, pessoais e probatórias requeridas pelo interessado”</p>

<p>Competência e prevenção</p>	<p>- Abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e sua atuação cessa com a <i>propositura</i> da acusação formal (denúncia ou queixa-crime)</p> <p>- O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal</p>	<p>- Abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e sua atuação cessa com a <i>propositura</i> da acusação formal (denúncia ou queixa-crime)</p> <p>- O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.</p>	<p>- Abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e sua atuação cessa com a <i>propositura</i> da acusação formal (denúncia ou queixa-crime)</p> <p>- O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.</p>	<p>- A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a <i>propositura</i> da ação penal.</p> <p>- O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.</p> <p>Inovação:</p> <p>- A competência territorial do juiz das garantias poderá abranger mais de uma circunscrição judiciária, conforme dispuserem as normas de organização competentes, sem prejuízo de outras formas de substituição.</p>
<p>Questões pendentes</p>	<p>- Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.</p> <p>- As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.</p>	<p>- Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo</p> <p>- As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.</p>	<p>- Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo</p> <p>Inovação:</p> <p>- As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.</p>	<p>- Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo</p> <p>Inovação:</p> <p>- As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da inicial acusatória, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso</p>
<p>Inquérito policial</p>	<p>- Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo</p>	<p>- Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados apensados aos autos do processo</p>	<p>- Mantém a redação do PLS n. 156/2009.</p>	<p>- Mantém a redação do Substitutivo de 2018.</p>

Impedimento do juiz de garantias	- O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do juiz de garantias ficará impedido de funcionar no processo	- Mantém redação do Anteprojeto.	- Mantém redação do PLS n. 156/2009.	- Mantém a redação do Substitutivo de 2018.
Ação penal originária	- Caberá ao órgão do Tribunal competente autorizar a instauração do inquérito policial e exercer as funções do juiz das garantias	- As funções do juiz das garantias serão exercidas por membro do Tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator (art. 314, I).	- Mantém previsão do PLS n. 156/2009 (art. 344, I);	- Mantém previsão do Substitutivo de 2018 (art. 377, I).
Comarcas de juízo único	- As normas de organização judiciária disciplinarão formas de substituição.	art. 748. O impedimento previsto no art. 16 não se aplicará: I – às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas um juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre a criação de cargo ou formas de substituição; II – aos processos em andamento no início da vigência deste Código.	- Mantém previsão do PLS n. 156/2009 (art. 790).	art. 790. O impedimento previsto no art. 16 desta Lei não será aplicado: I – às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas um juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre a criação de cargo ou formas de substituição; II – aos processos em andamento no início da vigência deste Código. Parágrafo único. O impedimento de que trata o art. 333, inciso I, não se aplicará à hipótese prevista no inciso II do caput deste artigo art. 837. Em cinco anos da promulgação deste Código, o Poder Judiciário, segundo os arts. 96, inciso II, e 169 da Constituição, mediante a realização das necessárias alterações legais e previsões orçamentárias, implementará o juiz das garantias. Parágrafo único. As hipóteses de impedimento relativas ao juiz das garantias somente serão aplicadas após a sua implementação nos termos do caput.

Investigação defensiva	- Sem correspondente	<p>- Para oitiva da vítima, durante a investigação defensiva, exige-se autorização do juiz das garantias, desde que resguardado o consentimento daquela, podendo o juiz, se for o caso, fixar as condições para a realização da entrevista.</p>	<p>- Mantida a possibilidade de a defesa identificar fontes de prova que achar conveniente, suprimiu-se, por se entender desnecessária, a autorização do juiz de garantias para a realização de entrevistas.</p> <p>Para oitiva da vítima, durante a investigação defensiva, exige-se autorização do juiz das garantias, desde que resguardado o consentimento daquela, podendo o juiz, se for o caso, fixar as condições para a realização da entrevista</p> <p>art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa. Parágrafo único. O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial, que fundamentará eventual indeferimento de juntada.</p>	<p>art. 13. O material produzido em investigação defensiva poderá ser juntado aos autos ao inquérito, a critério da autoridade policial, que fundamentará eventual indeferimento de juntada</p> <p>art. 47. Poderá o advogado ou defensor público, na condução da investigação defensiva, promover diretamente diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento de determinado fato, em especial a coleta de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, elaboração de laudos e exames periciais por profissionais privados, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição e os procedimentos previstos na legislação de acesso à informação.</p>
Rol de impedimento e suspeição	<p>- Mantém, na essência, as mesmas previsões do atual art. 252 e 254 do CPP de 1941.</p> <p>- Traz nova hipótese de suspeição consistente em: “art. 56. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: (...)</p> <p>V- se mantiver relação jurídica de natureza econômica ou moral com qualquer das partes, das quais se possa inferir risco à imparcialidade”.</p>	<p>- Mantém, na essência, a redação do Anteprojeto, acrescentando duas hipóteses de suspeição:</p> <p>“art. 55. Em caso de suspeição, o juiz poderá ser recusado pelas partes.</p> <p>§ 1º Reputa-se fundada a suspeição quando o juiz manifestar parcialidade na condução do processo ou no julgamento da causa e, ainda, nas seguintes hipóteses: (...)</p> <p>VI – se tiver interesse no julgamento da causa em favor de uma das partes.</p>	<p>- Mantém previsão do PLS n. 156/2009, com alteração de redação:</p> <p>art. 70. O juiz é impedido de exercer jurisdição no processo em que:</p> <p>III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão tendo atuado decisória ou instrutoriamente;</p>	<p>- Mantém previsão do Substitutivo de 2018, apenas com ajuste da redação: art. 78. O juiz é impedido de exercer jurisdição no processo em que:</p> <p>III -tiver funcionado como juiz de outra instância, tendo atuado decisória ou instrutoriamente, tendo atuado decisoriamente ou na instrução;</p>

Prazo para implementação do juiz de garantias	<p>- Código entra em vigor no prazo de 6 (seis) meses após a sua publicação</p> <p>- Sem previsão específica de implementação do juiz das garantias</p>	<p>art. 748. O impedimento previsto no art. 16 não se aplicará:</p> <p>I – às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas um juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre a criação de cargo ou formas de substituição;</p> <p>II – aos processos em andamento no início da vigência deste Código.</p> <p>Parágrafo único. O impedimento de que trata o inciso I do art. 314 não se aplicará à hipótese prevista no inciso II do caput deste artigo</p> <p>- Assim, o art. 748, parágrafo único, estabelece que o impedimento do membro do Tribunal para atuar como relator (art. 314, I) não se aplicará aos processos em andamento no início da vigência do novo Código.</p>	<p>- Mantém a previsão do PLS n. 156/2009 (art. 790).</p>	<p>art. 790. O impedimento previsto no art. 16 desta Lei não será aplicado:</p> <p>I – às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas um juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre a criação de cargo ou formas de substituição;</p> <p>II – aos processos em andamento no início da vigência deste Código.</p> <p>Parágrafo único. O impedimento de que trata o art. 333, inciso I, não se aplicará à hipótese prevista no inciso II do caput deste artigo</p> <p>art. 837. Em cinco anos da promulgação deste Código, o Poder Judiciário, segundo os arts. 96, inciso II, e 169 da Constituição, mediante a realização das necessárias alterações legais e previsões orçamentárias, implementará o juiz das garantias.</p> <p>Parágrafo único. As hipóteses de impedimento relativas ao juiz das garantias somente serão aplicadas após a sua implementação nos termos do caput.¹²⁰⁴</p>
--	---	---	---	--

Fonte: Elaborado pela autora.

Nota: Em cor **verde** = inovação do PLS n. 156/2009.

Em cor **preta e tachado** = texto substituído pela alteração trazida no PL 8045/2010, Substitutivo de 2018.

Em cor **azul** = alteração trazida no PL 8045/2010, pelos Substitutivos de 2018 e de 2021.

Em cor **azul e tachado** = exclusões feitas no PL 8045/2010 (Substitutivo de 26/04/2021).

¹²⁰⁴ Percebe-se a preocupação do legislador em prever prazo dilatado para implementação do juiz das garantias, motivado após a polêmica surgida com o diminuto prazo de *vacatio legis* da Lei n. 13.964/2019, de apenas trinta dias, que também serviu de fundamento para a concessão de liminar pelo Min. Luiz Fux.

Embora haja pontos criticáveis pela doutrina na redação do instituto do juiz das garantias do projeto do novo CPP, especialmente quanto ao termo final de sua atuação (que, no projeto, cessa com a propositura da ação penal) e quanto ao encarte da investigação no bojo do processo, percebe-se, a essa altura dos trabalhos, uma evolução na organização das atribuições do juiz das garantias, com uma salutar preocupação consistente em fixação de regras de transição. Essa estrutura serviu de base para a inserção da figura do juiz das garantias no Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), oportunidade em que se acolheram algumas críticas doutrinárias, entre elas o termo final de atuação do juiz das garantias e a não transposição da integralidade da investigação para a fase processual.

O que se percebe, até aqui, é uma forte preocupação do legislador com a imparcialidade judicial, impedindo o magistrado da fase de investigação de funcionar no processo, extirpando a prevenção como critério de competência, de maneira que, isolando-o, protege-se o juiz dos influxos psicológicos causados por vieses e heurísticas¹²⁰⁵ e, assim, garante-se melhor imparcialidade e, conseqüentemente, um processo justo. Além disso, como reforço da preocupação com a imparcialidade judicial, o legislador estipula novas hipóteses de suspeição e impedimento.

Contudo, outros pontos não foram revistos e poderão causar problemas práticos, conforme veremos adiante.

5.4. O JUIZ DAS GARANTIAS NA LEI N. 13.964/2019

Tramitava lentamente o projeto do novo CPP quando, surpreendentemente, no final do ano de 2019, foi aprovada a Lei n. 13.964/2019, introduzindo a figura do juiz das garantias no sistema processual brasileiro.¹²⁰⁶

¹²⁰⁵ Cfr. item 3.2.1, supra.

¹²⁰⁶ O chamado Pacote Anticrime, de iniciativa do então Ministro da Justiça e Segurança Pública (PL n. 882/2019) tramitou conjuntamente com o PL n. 10.372/2018, dada a convergência temática, na Câmara dos Deputados e durante as discussões na Casa Iniciadora foi inserida, por meio Emenda atribuída ao Deputado Federal Marcelo Freixo (PSOL-RJ), a previsão do juiz das garantias que não existia na redação original dos citados projetos de lei, chegando ao Senado Federal, agora como PL n. 6.341/2019, já com a inclusão do juiz das garantias, tendo sido aprovado. Na sequência, o Presidente da República Jair Messias Bolsonaro sancionou, em 24/12/2019, a lei do “Pacote Anticrime”. A despeito da orientação do então Ministro Sérgio Moro, que defendia a derrubada da criação da figura do juiz das garantias, não houve veto presidencial quanto ao novel instituto. Ver: BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei n. 10372 de 2018**. Introdúz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Brasília: Congresso Nacional, 2018. Disponível em: < <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-10372-2018>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

À época da discussão e aprovação dessa lei, o projeto do novo CPP encontrava-se tramitando na Câmara, mais precisamente na fase do Substitutivo de 13/06/2018. Posteriormente à lei de 2019 e das discussões que se travaram em torno do juiz de garantias, sobreveio um novo Substitutivo (26/04/2021), cuja redação quanto ao instituto do juiz das garantias, na essência, não diverge muito daquela do Substitutivo anterior (2018).

Percebe-se uma consolidação do pensamento legislativo em final de 2019, em muito se valendo da estrutura já prevista no Substitutivo de 2018, mas tratando o tema do juiz das garantias com uma redação ligeiramente diferente daquela que tramitava no projeto do novo CPP.

No quadro a seguir, vamos comparar a redação dada ao instituto do juiz das garantias pela Lei n. 13.964/2019, com a até então trabalhada pelo Substitutivo de 2018 e a que se sucedeu com o Substitutivo de 2021, bem como avaliar a evolução legislativa do tema, o que foi mantido e alterado a partir das ideias que estavam em debate e os impactos que a novel lei trouxe no tema projetado no novo CPP. Além disso, embora a ênfase do presente trabalho seja a relação entre juiz de garantias e imparcialidade, comparar-se-ão, também, a evolução de temas correlatos, inclusive a projeção legislativa das hipóteses de suspeição e de impedimento para uma visualização ampla da preocupação do legislador com a imparcialidade.

No entanto, adverte-se, desde já, que com a concessão de liminar na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, pelo Min. LUIZ FUX, estão suspensos *ad cautelam* e *sine die*, a eficácia de vários dispositivos incluídos no CPP por meio da Lei n. 13.964/2019, inclusive o art. 3º-A (que dispõe sobre a estrutura acusatória do processo penal), bem como os arts. 3º-B a 3º-F (que especificamente tratam do juiz das garantias).

Quadro 10 – Quadro comparativo – Substitutivo PL 8045/2010 (13/06/2018) x Lei n. 13.964/2019 x Substitutivo PL 8045/2010 (26/04/2021).

	PL 8045/2010 (SUBSTITUTIVO DE 13/06/2018)	PACOTE ANTICRIME 24/12/2019 LEI N. 13.964/2019	PL 8045/2010 (SUBSTITUTIVO DE 26/04/2021)
Controle da legalidade da prisão	<p>- Atribuições concernentes ao bloco “Controle da legalidade da prisão”</p> <p>Inovação:</p> <p>- Expressa previsão de atuação em audiência de custódia</p>	<p>- Atribuições concernentes ao bloco “Controle da legalidade da prisão”</p> <p>- Expressa previsão de audiência de custódia, embora não deixe claro qual juiz a fará.</p> <p>“art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (...)</p>	<p>- Mantém atribuições concernentes ao bloco “Controle da legalidade da prisão, conforme a previsão dada pelo Substitutivo de 2018</p>

Atribuições do juiz de garantias	<p style="text-align: center;">Controle da legalidade da investigação</p>	<p>- Mantém atribuições concernentes ao bloco “Controle da legalidade da prisão”</p> <p style="text-align: center;">Inovações:</p> <p>- XIII - extinguir a investigação, nos casos de atipicidade da conduta, reconhecimento de causa excludente de juridicidade, culpabilidade ou de extinção de punibilidade</p> <p>- XVII - comunicar ao delegado de polícia das decisões relacionadas às medidas por ele representadas.</p> <p>- Retira atribuição do juiz para arquivamento do inquérito policial, passando a ser atribuição do Ministério Público.</p> <p>art. 38. O órgão do Ministério Público promoverá o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação que não contenham suficientes elementos de convicção.</p> <p>art. 41. A promoção de arquivamento e a sentença extintiva da investigação serão comunicadas à vítima, ao investigado e ao delegado de polícia. No primeiro caso, também deverá ser comunicada ao juiz das garantias.</p>	<p>- Mantém, em parte, atribuições previstas ao tempo da Substitutivo de 13/06/2018 concernentes ao bloco “Controle da legalidade da investigação”.</p> <p style="text-align: center;">Inovação:</p> <p>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;</p> <p>- VII - decidir sobre o pedido de requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;</p> <p>XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia, nos casos em que a autoridade coatora for o delegado de polícia ou o responsável pelo encarceramento do investigado;</p> <p>—XIII— extinguir a investigação, nos casos de atipicidade da conduta, reconhecimento de causa excludente de juridicidade, culpabilidade ou de extinção de punibilidade</p> <p>XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;</p> <p>XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de acesso aos elementos da investigação outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da</p>	<p>- Mantém atribuições concernentes ao bloco “Controle da legalidade da prisão”</p> <p>Mantém “inovações” previstas no Substitutivo de 2018, com poucos ajustes de redação, mantendo na essência às previsões anteriores (arts. 15, III e XVII, 40, 43).</p>
----------------------------------	--	---	---	---

		<p>investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;</p> <p>XVI julgar as exceções de suspeição e de impedimento contra o delegado de polícia;</p> <p>XVII comunicar ao delegado de polícia das decisões relacionadas às medidas por ele representadas.</p> <p>XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação.</p> <p>Mantém a retirada de atribuição do juiz para arquivamento do inquérito policial, passando a ser atribuição do Ministério Público.</p> <p>- art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.</p>	
<p>Análise de medidas cautelares reais, pessoais e probatórias requeridas pelo interessado</p>	<p>- Mantém atribuições concernentes ao bloco “Medidas cautelares reais, pessoais e probatórias requeridas pelo interessado”</p>	<p>- Mantém atribuições concernentes ao bloco “Medidas cautelares reais, pessoais e probatórias requeridas pelo interessado”</p>	<p>- Mantém atribuições concernentes ao bloco “Medidas cautelares reais, pessoais e probatórias, requeridas pelo interessado”</p>

<p>Competência e prevenção</p>	<p>- A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a <i>propositura</i> da ação penal.</p> <p>- A competência territorial do juiz das garantias poderá abranger mais de uma circunscrição judiciária, conforme dispuserem as normas de organização competentes, sem prejuízo de outras formas de substituição.</p>	<p>- 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</p> <p>- O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo Tribunal</p>	<p>- Mantém redação do Substitutivo de 2018 (art. 16, § 2º).</p>
<p>Questões pendentes</p>	<p>- Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.</p> <p>- As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.</p>	<p>- Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento</p> <p>- 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.</p>	<p>- Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo</p> <p>- As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia inicial acusatória, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso</p>

Inquérito policial	- Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo	<p>- Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado</p> <p>- Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.</p>	- Mantém redação do Substitutivo de 2018.
Impedimento do juiz de garantias	- O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do juiz das garantias ficará impedido de funcionar no processo	- ‘art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do juiz das garantias dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.	- Mantém redação do Substitutivo de 2018.
Ação penal originária	<p>art. 344. Nas ações penais de competência originária, o procedimento nos tribunais obedecerá às disposições gerais previstas neste Código e no respectivo regimento interno e, especialmente, o seguinte:</p> <p>I -as funções do juiz das garantias serão exercidas por membro do Tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator</p>	- Sem correspondente	- Mantém redação do Substitutivo de 2018 (art. 377, I).

<p>Comarcas de juízo único</p>	<p>art. 790. O impedimento previsto no art. 16 desta Lei não será aplicado:</p> <p>I -às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas um juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre a criação de cargo ou formas de substituição;</p> <p>II -aos processos em andamento no início da vigência deste Código.</p> <p>Parágrafo único. O impedimento de que trata o art. 333, inciso I, não se aplicará à hipótese prevista no inciso II do caput deste artigo.</p>	<p>- Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados.</p>	<p>art. 837. Em cinco anos da promulgação deste Código, o Poder Judiciário, segundo os arts. 96, inciso II, e 169 da Constituição, mediante a realização das necessárias alterações legais e previsões orçamentárias, implementará o juiz das garantias.</p> <p>Parágrafo único. As hipóteses de impedimento relativas ao juiz das garantias somente serão aplicadas após a sua implementação nos termos do caput.</p>
<p>Investigação defensiva</p>	<p>art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa.</p> <p>Parágrafo único. O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial, que fundamentará eventual indeferimento de juntada.</p>	<p>- Sem correspondente</p>	<p>art. 13. O material produzido em investigação defensiva poderá ser juntado aos autos ao inquérito, a critério da autoridade policial, que fundamentará eventual indeferimento de juntada</p> <p>art. 47. Poderá o advogado ou defensor público, na condução da investigação defensiva, promover diretamente diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento de determinado fato, em especial a coleta de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, elaboração de laudos e exames periciais por profissionais privados, ressaltadas as hipóteses de reserva de jurisdição e os procedimentos previstos na legislação de acesso à informação.</p>

<p>Rol de impedimento e suspeição</p>	<p>- Mantém previsão do PLS n. 156/2009, com alteração de redação:</p> <p>art. 70. O juiz é impedido de exercer jurisdição no processo em que:</p> <p>III -tiver funcionado como juiz de outra instância, tendo atuado decisória ou instrutoriamente;</p>	<p>- Não altera o rol de hipóteses de impedimento e suspeição atualmente previstas no CPP de 1941.</p> <p>Inovação:</p> <p>art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.</p> <p>(...)</p> <p>§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.</p>	<p>- Mantém previsão do Substitutivo de 2018, apenas com ajuste da redação:</p> <p>art. 78. O juiz é impedido de exercer jurisdição no processo em que:</p> <p>III -tiver funcionado como juiz de outra instância, tendo atuado decisoriamente ou na instrução;</p> <p>- Sem previsão similar ao art. 157, § 5º.</p>
<p>Prazo para implementação do juiz de garantias</p>	<p>- Mantém a previsão do PLS n. 156/2009 (art. 790).</p>	<p>-Sem previsão específica de prazo para implementação do juiz das garantias.</p> <p>- art. 20. Esta Lei entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação oficial.</p>	<p>art. 837. Em cinco anos da promulgação deste Código, o Poder Judiciário, segundo os arts. 96, inciso II, e 169 da Constituição, mediante a realização das necessárias alterações legais e previsões orçamentárias, implementará o juiz das garantias.</p> <p>Parágrafo único. As hipóteses de impedimento relativas ao juiz das garantias somente serão aplicadas após a sua implementação nos termos do caput.</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

Notas: Em cor **vermelha** = alterações trazidas com a Lei n. 13.964/2019.

Em cor **vermelha** e **tachado** = exclusões feitas pela Lei n. 13.964/2019.

Em cor **azul** = redação do projeto do novo CPP, dada pelos Substitutivos de 2018 e de 2021.

Em cor **azul** e **tachado** = exclusões feitas pelo Substitutivo de 2021.

Assim, o juiz de garantias, na Lei de 2019, passou a ter as seguintes características fundamentais: a) compete-lhe o controle da legalidade da investigação e intervir em situações que demandam reserva de jurisdição (art. 3º-B¹²⁰⁷), de maneira que, todos os incidentes e discussões próprios dessa primeira fase da persecução penal (que é dispensável) serão analisados pelo juiz das garantias; b) passa a estar inserido em uma estrutura expressamente acusatória (art. 3º-A), portanto vedada está a substituição da atuação probatória do órgão de acusação e não lhe compete determinar ou conduzir qualquer ato investigatório, assim como definir linhas investigativas para os órgãos persecutórios; c) compete-lhe decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa; d) rompe-se com a prevenção como critério de fixação de competência,¹²⁰⁸ estabelecendo-se uma nova causa de impedimento objetiva, de maneira que o juiz que atua na fase de investigação (o de garantias) não atua na fase processual.

Uma comparação atenta entre a redação da novel Lei e do Substitutivo de 2021, indica que o legislador, mesmo após a aprovação do Pacote Anticrime em 2019, insiste, no projeto do novo CPP, em atribuir o juízo de admissibilidade da inicial acusatória ao juiz do processo e com acesso aos autos de investigação que acompanham a denúncia. Ainda, há uma involução no Substitutivo de 2021 do Projeto do Novo CPP, à medida em que não prevê uma sistemática de decisões na fase de investigação proferidas em audiências, minando esta inovação trazida pelo Pacote Anticrime.

É preciso alertar é que o legislador nacional precisa dialogar entre si, alinhando as previsões que contêm antagonismos, conforme se observa do quadro comparativo supra. Portanto, urge uma definição do legislador quanto: a) ao termo final de atuação do juiz das

¹²⁰⁷ Art. 3º-B. “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...)”

¹²⁰⁸ Como sói acontecer em reformas parciais, por vezes, artigos do mesmo diploma legal passam a ter redações confrontantes. É o caso da Lei n. 13.964/2019 que não alterou a regra da prevenção dispostas nos artigos 83 e 75, parágrafo único, do CPP que, embora não tenham sido revogados expressamente, precisam ser interpretados de acordo com a nova sistemática implementada. Não ocorrerá mais a prevenção do juiz da investigação para a fase processual (e com isso o art. 75 do CPP está tacitamente revogado), mas o instituto da prevenção necessita de uma releitura, pois ainda poderá se cogitar de prevenção limitada ao processo, ou seja, às fases de instrução criminal e recursal, com o acontece, por exemplo, em casos de conexão e continência. Assim, havendo dois ou mais juízes igualmente competentes para a instrução criminal ou para julgamento de recurso, será competente o que tiver antecedido aos outros na prática de qualquer ato do processo. *In: MAYA, Juiz...* op. cit., p. 121. Por sua vez, Renato Brasileiro de Lima afirma que a prevenção continuará funcionando como critério residual de fixação de competência, porém encontrará como “limite temporal o recebimento da denúncia pelo juiz das garantias. Ou seja, dentre os juízes de garantia na primeira instância ou nos Tribunais, a prevenção continuará funcionando como causa de fixação de competência. Porém, uma vez recebida a peça acusatória pelo juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, XIV), a prevenção não mais terá o condão de mantê-lo competente para o processo e julgamento do feito”. *In: LIMA, Manual...* op. cit., p. 171.

garantias, se com a *propositura* ou se com o *recebimento* da ação penal; b) se os autos de inquérito adentram ou não para a fase processual; c) à adoção ou não de um modelo de oralidade e audiências na fase investigativa.

A despeito disso, um ponto positivo do Substitutivo datado de 26/04/2021 foi a estipulação de um prazo de cinco anos, contados da promulgação do novo CPP, para o Judiciário implementar o juiz de garantias, objetivando uma adequação orçamentária e estrutural, sem, contudo, estabelecer um necessário cronograma de implementação gradual por fases bem delimitadas. Além disso, estabeleceu-se que as hipóteses de impedimento relativas ao juiz das garantias somente serão aplicadas após a sua implementação,¹²⁰⁹ previsão essa que certamente impactada pelos debates pós Pacote Anticrime trará mais segurança jurídica.

Ademais, percebe-se na redação da Lei n. 13.964/2019 uma preocupação sistêmica do legislador em isolar o juiz e evitar a contaminação quando, no art. 157, § 5º, do CPP (com eficácia igualmente suspensa¹²¹⁰), insere uma nova hipótese de impedimento do juiz que conhecer o conteúdo da prova declarada inadmissível, dados os vieses incidentes também nessa situação.¹²¹¹

A seguir, explicaremos nos subitens que seguem as principais atribuições¹²¹² do juiz das garantias trazidas na moldura dada pela Lei n. 13.964/2019, dividida, didaticamente, em blocos de atribuições.

5.4.1. Controle da legalidade da prisão

Ao juiz das garantias compete receber a comunicação de prisão em flagrante para que efetue o controle da legalidade e analise o *status libertatis* do detido, fazendo um primeiro filtro quanto à legalidade desse tipo de prisão cautelar e quanto à necessidade ou não de impor condições restritivas ao cidadão (prisão preventiva, medida cautelar diversa da

¹²⁰⁹ Art. 837. “Em cinco anos da promulgação deste Código, o Poder Judiciário, segundo os arts. 96, inciso II, e 169 da Constituição, mediante a realização das necessárias alterações legais e previsões orçamentárias, implementará o juiz das garantias. Parágrafo único. As hipóteses de impedimento relativas ao juiz das garantias somente serão aplicadas após a sua implementação nos termos do caput.”

¹²¹⁰ Previsão legal com eficácia suspensa por força da concessão de liminar, pelo Min. LUIZ FUX, na Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

¹²¹¹ Cfr. item 3.2.1.2.b, supra e item 6.1.2, infra.

¹²¹² O art. 3º-B, XVIII, traz uma cláusula genérica, conferindo ao juiz das garantias outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* do artigo. Com isso, tem-se um rol exemplificativo de atuação do juiz das garantias, sendo certo que qualquer incidente próprio da fase investigativa competirá ao juiz das garantias (podemos cogitar de pedidos de diligências pela vítima ou pelo investigado, discussões sobre a cadeia de custódia, questionamentos sobre uma possível investigação defensiva, entre outras diligências próprias dessa fase).

prisão ou concessão de liberdade) conforme art. 3º-B, I e II, CPP. Ainda que não expressamente previsto no rol de atribuições do juiz de garantias, uma análise sistêmica nos leva à conclusão de que assumirá o juiz das garantias as audiências de custódia, as quais, com a Lei n. 13.964/2019, alçaram previsão legal.

Competirá, outrossim, ao juiz das garantias zelar pela salvaguarda dos direitos individuais do preso e, havendo indícios de inobservância dos direitos que lhes são assegurados, como por exemplo uma alegação de maus-tratos, poderá o juiz das garantias designar uma audiência e determinar a condução do preso à sua presença para oitiva e determinação de diligências pertinentes (art. 3º-B, III, CPP).

Por fim, competirá ao juiz das garantias assegurar o cumprimento das regras de tratamento digno aos presos provisórios. Nessa esfera de atribuições está impedir o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal, fixando prazo de 180 (cento e oitenta) dias para disciplinamento do modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão (art. 3º-F, CPP). Tal previsão nada mais revela que a preocupação do legislador com a presunção de inocência.¹²¹³ É preciso achar um equilíbrio entre a exploração indigna da imagem do suspeito e a efetividade da persecução penal, vedando excessos na exposição midiática do imputado que podem gerar um prejulgamento pela sociedade leiga. Necessário tutelar a intimidade, especialmente na era da informática e redes sociais.

5.4.2. Controle da legalidade da investigação

O juiz das garantias deverá ser informado sobre a instauração de toda e qualquer investigação criminal (art. 3º-B, IV, CPP), optando-se por abarcar não só o inquérito policial como também a comunicação quanto à instauração de qualquer investigação, inclusive de Procedimento Investigatório Criminal (PIC), ou semelhantes, à cargo do Ministério Público.¹²¹⁴

¹²¹³ Essa preocupação é reforçada com o art. 13 da Lei n. 13.869/2019, ao dispor: “art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a: I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública; II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei; III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência”.

¹²¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Resolução n. 181 de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

Também compete a ele analisar pedido de prorrogação do prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial (art. 3º-B, VIII, CPP), observados os limites previstos em lei.¹²¹⁵

Ainda dentro das atribuições de controle da legalidade da investigação, o juiz de garantias poderá determinar trancamento do inquérito policial¹²¹⁶ quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento (art. 3º-B, IX, CPP). Assim o fará, como medida excepcional, quando forem evidentes a existência de causas de atipicidade, de extinção da punibilidade ou manifesta a ausência de justa causa.¹²¹⁷ Neste tópico, a investigação defensiva¹²¹⁸ apresentada por uma defesa mais ativa pode auxiliar o juiz a avaliar eventual trancamento da investigação.

Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022. Anote-se que a Procuradoria-Geral da República, em parecer nas ADIs que discutem a constitucionalidade do juiz das garantias, manifestou-se pela inconstitucionalidade dessa previsão, por entender que se afasta do sistema acusatório, cuidando-se de inadequada ingerência judicial no exercício da atividade fim dos órgãos de persecução criminal, além de ampliar os atos submetidos à reserva de jurisdição. Parecer da Procuradoria-Geral da República AJCONST/PGR n. 88811/2021, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF, de lavra do Procurador-Geral da República Augusto Aras, datado de 19/03/2021. In: BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2021/03/arasjuiz_190320211128.pdf Acesso em: 12 abr. 2022.

¹²¹⁵ Nesse ponto, também, a Procuradoria-Geral da República, em parecer nas ADIs que discutem a constitucionalidade do juiz das garantias, manifestou-se pela inconstitucionalidade dessa previsão, por entender que se afasta do sistema acusatório, cuidando-se de inadequada ingerência judicial no exercício da atividade fim dos órgãos de persecução criminal, além de ampliar os atos submetidos à reserva de jurisdição. Além disso, afirma que compete a fiscalização da ordem jurídica e o controle externo da atividade policial, de forma que, sendo as investigações criminais de regra públicas, havendo ilegalidades, o prejudicado pode se valer das medidas judiciais cabíveis, pelo que a hipótese não configura, por si, lesão a direitos fundamentais a reclamar a ingerência do juiz das garantias. Idem.

¹²¹⁶ Para Renato Brasileiro de Lima, embora conste a expressão “inquérito policial”, deve-se aplicar a hipótese em tela para qualquer procedimento investigatório diverso, pois não pode o investigado contar com “a sorte – ou o azar – de ser investigado no curso de um inquérito policial presidido pela autoridade de polícia judiciária, e não por meio de procedimento investigatório diverso”, não se mostrando nenhuma justificativa razoável para se estabelecer esse discrimen. In: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 139.

¹²¹⁷ Rogério Sanches Cunha defende que aqui se trata de concessão de ofício de Habeas Corpus, desafiando o reexame necessário (art. 574, I, CPP), indicando que se se tratar de natureza diversa, tal decisão escapa de qualquer controle. In: CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 87. Renato Brasileiro de Lima concorda com a natureza desta decisão e sustenta que nenhum juiz pode conhecer de habeas corpus contra ato que praticou (ou confirmou), de forma que tal habeas corpus (trancamento) “jamais poderá recair sobre investigação em relação à qual tenha ele decretado determinada medida invasiva (v.g., prisão preventiva). É dizer, o juiz das garantias poderá até revogar a cautelar em questão, mas jamais poderá conceder habeas corpus contra si próprio, pois, sendo ele mesmo a autoridade coatora, competente será o Tribunal que lhe for imediatamente superior. In: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 138.

¹²¹⁸ A investigação defensiva é um recurso pouco utilizado no processo penal brasileiro, timidamente prevista nos art. 44 a 49 do Substitutivo de 26/04/2021 do PL n. 8045/2010. Em linhas gerais, prevê a possibilidade de a defesa identificar fontes de prova, com previsão de responsabilidades por eventuais abusos cometidos. Na fase pré-processual, a investigação defensiva pode ser utilizada em pedido de instauração ou trancamento de inquérito, rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa, resposta à acusação, pedido de medidas cautelares, proposta de acordo de colaboração premiada e habeas corpus. Na fase processual, a atividade investigativa

O art. 3º, X, CPP, prevê que também compete ao juiz das garantias requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação. Tal artigo deve ser conjugado com o 3º-A do CPP, na medida em que, na nova estrutura acusatória, esse *requisitar* é provocado pelos órgãos persecutórios ou vítima, não competindo ao juiz tomar a iniciativa de determinar a juntada de documentos ou laudos, já que lhe é vedado iniciativa instrutória nessa fase processual.¹²¹⁹

Ainda, o art. 3º-B, XVII, CPP, atribuiu ao juiz das garantias a realização de audiência de homologação de acordo de não persecução penal¹²²⁰ e audiência para a homologação da colaboração premiada,¹²²¹ quando realizados na fase de investigação.¹²²² Trata-se da etapa

defensiva pode ser utilizada, inclusive, na defesa em ação penal pública ou privada, em razões de recurso e em revisão criminal. No que toca ao objeto desta Dissertação, observa-se como o trabalho defensivo pode ricamente auxiliar na filtragem entre o processo e não processo. Apesar da pretensão de expressa previsão legal, o que demonstra um avanço no tratamento da questão, em nosso ver, não há clareza sobre qual seria o papel do juiz das garantias nessa investigação. Sustentamos que deve competir ao juiz de garantias, com o papel de *gatekeeper* da fase intermediária, filtrar o material defensivo, pois, uma vez recebida a peça acusatória, deve impedir que adentre para a fase processual eventuais elementos probatórios em desconformidade com os direitos e garantias fundamentais de qualquer pessoa física ou jurídica. No que tange à inquirição da vítima e testemunhas, parece-nos que o PLS n. 156/2009 tratava melhor a questão, ao prever que esta somente poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, quando houvesse autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o consentimento, o que não é previsto no último Substitutivo do PL 8045/2010. Essa parece ser uma preocupação legítima, especialmente com uma crescente sensibilidade para não se revitimizar o ofendido. Sobre o tema de investigação defensiva, sugere-se a leitura: BULHÕES, Gabriel. **Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. Florianópolis: EMais, 2019; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019; TALON, Evinis. **Investigação Criminal Defensiva**. Gramado: ICCS, 2020.

¹²¹⁹ MAYA, Juiz... op. cit., p. 101; LIMA, Manual... op. cit., p. 139. Igualmente em relação aos incisos IX e X do art. 3º-B do CPP, a Procuradoria-Geral da República, manifestou-se que tais providências, em um sistema processual acusatório, dependem de provocação, sob pena de ingerência indevida no exercício da atividade-fim dos órgãos de persecução criminal e no curso do processo investigatório. Parecer da Procuradoria-Geral da República AJCONST/PGR n. 88811/2021, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF, de lavra do Procurador-Geral da República Augusto Aras, datado de 19/03/2021 *In*: BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF...** op. cit.

¹²²⁰ Art. 28-A, § 4º, do CPP: “Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade”.

¹²²¹ Art. 3º-C, § 7º, Lei n. 12.850/2013: “Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: I - regularidade e legalidade; II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo; IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

¹²²² Aqui cremos que houve uma impropriedade do legislador, na medida em que o ANPP necessariamente é oferecido na fase de investigação, porque prévio ao oferecimento de denúncia, enquanto a colaboração premiada pode ser celebrada não só na fase de investigação, como também na fase processual e até na fase executória. Entendemos que deveria competir, também, ao juiz de garantias, a homologação de ANPP e de

de exame da legalidade do acordo firmado entre as partes e da conformidade das cláusulas fixadas com os direitos e garantias fundamentais.

Outrossim, optou-se por inserir neste grupo também outras atribuições ao juiz de garantias que, ao final e ao cabo, também se inserem como fiscalizatórias da legalidade desta etapa. A começar pelo julgamento de *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia (art. 3º-B, XII). Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra ato da autoridade policial, uma vez que se se tratar de PIC, a autoridade coatora é o promotor de justiça, atraindo a competência de julgamento para o segundo grau (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal).¹²²³

Compete também ao juiz das garantias determinar a instauração de incidente de insanidade mental (art. 3º-B, XIII, CPP). Certamente haverá discussões sobre a possibilidade de determinação oficiosa, haja vista o contido no art. 149 e § 1º e a nova previsão do art. 3º-A, ambos do CPP, que proíbe a iniciativa do juiz na fase de investigação. ANDRÉ MACHADO MAYA sustenta que diante dos importantes reflexos que o exame pode ocasionar na persecução penal, a prova pode ser determinada de ofício pelo juiz de garantias, tanto que na redação do inciso optou-se pelo verbo “determinar” e não pela expressão “decidir sobre requerimento”.¹²²⁴

O art. 3º-B, XV, CPP positivou a Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal, competindo ao juiz de garantias assegurar ao investigado o acesso a todos os elementos informativos já documentados nos autos. Também é atribuição do juiz das garantias deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia (art. 3º-B, XVI, CPP). Tal inovação possibilita efetiva participação da defesa já na fase investigatória (com a prova sendo produzida em contraditório e não em contraditório diferido), inclusive fiscalizando a cadeia de custódia, tamanho o impacto que pode causar na

colaboração premiada eventualmente realizados na fase processual, preservando-se o juiz do processo de contaminações que, nesse caso, poderiam ser impactantes, dada a confissão exigida e os elementos de corroboração anexados ao acordo de colaboração. Nesse sentido, ver: RITTER, **Imparcialidade...** op. cit., p. 176-179. Com a mesma preocupação, Bernd Schünemann destaca que há incompatibilidade entre o juiz que conduz o procedimento de acordo e aquele que, em caso de o acordo não ser aceito, conduzirá a audiência de instrução e julgamento. Somente assim, o acusado “pode estar seguro de que possui a faculdade de recusar a oferta de acordo sem qualquer efeito psicológico-processual negativo”. In: SCHÜNEMANN, *Audiência...* op. cit., p. 648.

¹²²³ LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 151. Renato Brasileiro de Lima levanta interessante questão, na medida em que o legislador, influenciado pela redação do PLS n. 156/2009, não adequou a redação deste inciso para estender a competência do juiz das garantias para o processo e julgamento de *habeas corpus* até o *recebimento* da denúncia ou queixa-crime, já que é nessa fase que se encerra sua atuação e, portanto, a correta leitura do inciso XII há de ser feito nesse sentido para se adequar à previsão do art. 3º-C, caput, e § 2º do CPP. In: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 141.

¹²²⁴ MAYA, **Juiz...** op. cit., p. 103.

fase processual, com discussões sobre eventual ilicitude da prova por quebra da cadeia de custódia.¹²²⁵ Afinal, quando a participação do investigado não frustrar o ato, não há razão para não se permitir a produção em contraditório de meios de provas quando irrepetíveis ou com risco de perda da fonte.¹²²⁶

5.4.3. Análise de medidas cautelares reais, pessoais e probatórias requeridas pelo interessado

Competirá ao juiz das garantias decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como a prorrogação de tais medidas, substituição ou revogação (art. 3º-B, incisos V e VI, CPP). A Lei n. 13.964/2019 inovou em relação ao texto do projeto do novo CPP ao prever o exercício do contraditório em audiência pública e oral, ou seja, o juiz das garantias deve pautar uma audiência pública e oral para, mediante o prévio contraditório, decidir sobre a necessidade de manutenção ou não da medida cautelar, permitindo às partes trazer argumentos e fatos aptos a influenciar na decisão judicial.

Também competir-lhe-á decidir sobre pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa, em audiência pública e oral (art. 3º-B, VII, CPP).

Ainda, é atribuição do juiz de garantias decidir sobre requerimento de meios de obtenção de prova que demandam reserva jurisdicional¹²²⁷ em que o direito constitucional à

¹²²⁵ Mais uma vez o problema das reformas parciais que não levam em consideração uma reforma sistemática. Observe-se que a Lei n. 13.964/2019 não revogou o art. 159, §§ 4º e 5º do CPP que dispõe: “O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior (...) § 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão; § 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia”.

¹²²⁶ Marcus Pimenta propõe que o exame de corpo de delito na fase de investigação deve ser feito em cautelar de produção antecipada de prova. *In*: PIMENTA, **Poder-saber...** op. cit., p. 123.

¹²²⁷ “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”. Aqui convém algumas observações. Em relação à alínea “b”, o legislador não seguiu entendimento jurisprudencial que dispensa ordem judicial para compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal para fins criminais. Trata-se de orientação reafirmada no recente julgamento do RE 1.055.941/SP (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 10.12.2019), em que discutida a constitucionalidade do repasse de dados sigilosos oriundos de órgãos de fiscalização e controle (COAF, BACEN, CVM e outros) diretamente ao MP, sem a intermediação do Poder Judiciário. A Procuradoria-Geral da República igualmente questiona as previsões do inciso XI, alíneas “d” e “e”. Primeiro por entender se tratar de dispositivo excessivamente amplo e abre margem para que seja submetido à prévia autorização judicial todo e qualquer acesso a informações sigilosas ou pedido de obtenção de prova que restrinja direitos fundamentais. Isso porque o STF já firmou o entendimento de que o repasse direto de dados sigilosos aos órgãos de persecução penal – tal como previsto no art. 9º da Lei Complementar 105/2001 (sigilo

liberdade, à intimidade e à privacidade e a outros direitos fundamentais do investigado são restringidos em prol da investigação de um fato delituoso (art. 3º-B, XI, CPP).

5.4.4. Juízo de admissibilidade da acusação

A Lei n. 13.964/2019 atribuiu ao juiz das garantias o recebimento da peça acusatória, ao dispor no art. 3º-C do CPP que sua competência “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”. Ainda, no art. 3º-B, inciso XIV, ao dispor que lhe compete “decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código”.

Entretanto, a competência para o juízo de admissibilidade da acusação é um tema que desperta polêmica, a qual já existia desde a tramitação do projeto do novo CPP. Atrelado ao juízo de admissibilidade da acusação, dois outros pontos relacionados serão avaliados: a quem compete a análise da absolvição sumária e o impedimento de acesso à integralidade da investigação preliminar pelo juiz da instrução e julgamento.

5.4.4.1. Juiz competente

A competência para recebimento da peça acusatória tem tratamento diferenciado no projeto do novo CPP e na Lei n. 13.964/2019. Enquanto naquele, competirá ao juiz do processo o juízo de admissibilidade da inicial acusatória, nesta esta atividade compete ao juiz das garantias. Mesmo após a aprovação do Pacote Anticrime em 2019, a redação atribuída ao projeto do novo CPP insinua em direcionar tal atribuição ao juiz do processo o

bancário), no art. 15 da Lei 9.613/1998 (COAF) e no art. 15 da Lei 12.850/201315 (dados cadastrais) – é medida proporcional garantidora do dever constitucional de promover a segurança pública. Parecer da Procuradoria-Geral da República AJCONST/PGR n. 88811/2021, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF, de lavra do Procurador-Geral da República Augusto Aras, datado de 19/03/2021 *In*: BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF**... op. cit. Nesse tópico, convém esclarecer que o Parecer do Procurador-Geral da República conclui pela inconstitucionalidade dos incisos IV, VIII, IX e X do art. 3º-B do CPP por afronta ao sistema processual penal acusatório, à independência funcional do membro do MP e à imparcialidade do julgador; bem como dar interpretação conforme a Constituição ao inciso XI, “b”, “d” e “e”, do art. 3º-B do CPP, a fim de explicitar que a prerrogativa do juiz de garantias de decidir sobre requerimentos de acesso a informações sigilosas diz respeito, tão somente, às hipóteses constitucionalmente submetidas à cláusula de reserva de jurisdição. Por fim, em relação a alínea *e*, citam-se como exemplos, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos (art. 8º-A, Lei n. 9.296/96), infiltração virtual de agentes de polícia na internet para investigar crimes previstos na Lei das Organizações Criminosas e a eles conexos (art. 10-A, caput, e § 2º da Lei n. 123850/2013) e infiltração de agentes de polícia na internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente (arts. 190-A a 190-E do ECA – Lei n. 8.069/1990).

qual teria acesso aos autos de investigação que acompanham a denúncia. No quadro abaixo é possível comparar as previsões legislativas:

Quadro 11 – Quadro comparativo sobre a competência para o recebimento da peça acusatória

PL N. 8045/2010 SUBSTITUTIVO DE 26/04/2021	LEI N. 13.964/2019
<p>art. 16. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a <i>propositura</i> da ação penal</p>	<p>art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:</p> <p>(...)</p> <p>XIV - decidir sobre o <i>recebimento</i> da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;</p> <p>art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o <i>recebimento</i> da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.</p>
<p>art. 16 (...)</p> <p>§ 4º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.</p>	<p>art. 3º-C. (...)</p> <p>§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

Durante toda a tramitação do projeto do novo CPP, previu-se que a competência do juiz de garantias cessa com a propositura da ação penal. Seguindo tal lógica, compete ao magistrado do processo a análise do recebimento ou rejeição da acusação. Por sua vez, a Lei n. 13.964/2019 estabeleceu que tal atribuição é daquele, o qual atua até a fase do art. 399 do CPP.

Partindo da premissa de que o objetivo da criação de atuação dos juízes é assegurar imparcialidade, blindando o julgador do mérito da influência dos elementos de informação colhidos na fase inquisitorial, critica-se a redação do projeto do novo CPP que, por sinal,

não prevê a vedação de encarte do inquérito ao bojo da instrução. Isso porque atribuir ao magistrado do processo um responsável juízo de prelibação, implica que ele tenha que perpassar um olhar crítico sobre a justa causa e pressupostos da ação penal. Porém, na ótica do projeto, para tal mister o que se dispõe, até aquele momento da persecução, é única e exclusivamente o caderno investigatório inquisitivo que, na redação do PL n. 8045/2010, permanecerá sendo encartado ao processo, embasando a ação penal oferecida. De nada adiantará a cisão de julgadores se o juiz do processo tiver que se debruçar sobre os elementos de informação para aferir a existência ou não de lastro probatório mínimo. Não é compreensível essa postura do reformador¹²²⁸ e, se aprovado o projeto do novo CPP com essa redação, continuaremos no círculo vicioso de contaminação com os elementos de informação colhidos na fase inquisitorial.¹²²⁹

Atenta a essa crítica que se fazia ao PL n. 8045/2010¹²³⁰, a Lei n. 13.964/2019 atribuiu ao juiz das garantias o recebimento da denúncia ou queixa.¹²³¹ Assim, ele determina a citação, analisa a resposta à acusação e, não sendo o caso de absolvição sumária (art. 397 do CPP), recebe a denúncia e remete os autos ao juiz da instrução e julgamento que, ato seguinte, pauta a audiência de instrução. Preserva-se, assim, este juiz do contato com os

¹²²⁸ Neste ponto, há convergência entre defensores e críticos da proposta, no sentido de que, se aprovado, ao juiz das garantias deveria competir o exame de admissibilidade da denúncia. Nesse sentido: GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010, p. 103; MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 228.

¹²²⁹ Para Marco Aurélio Nunes da Silveira, o juiz do processo, ao realizar o juízo de admissibilidade da acusação, seguirá tendo contato com o caso penal a partir de elementos produzidos sem contraditório e ampla defesa, o que afasta a possibilidade de concretização da estrutura acusatória. O autor sustenta que o ideal teria sido a adoção de sistemática análoga à prevista, antes da unificação da legislação processual promovida por Getúlio Vargas, no Código de Processo Penal para o Distrito Federal (aprovado pelo Decreto 16.751, de 31 de dezembro de 1924, assinado pelo então Presidente da República, Arthur da Silva Bernardes), em que o juiz que promove o juízo de admissibilidade da acusação não realiza a instrução e o julgamento do caso penal, e o juiz do processo não tem acesso aos autos do inquérito policial. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Notas sobre o Juízo de Admissibilidade da Acusação no Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **O novo processo penal à luz da Constituição**: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1. p. 191-192.

¹²³⁰ Sobre a necessidade de que o juízo de admissibilidade da acusação seja realizado pelo juiz da investigação (juiz das garantias) e não pelo juízo de julgamento, discorre Marcus Pimenta: “Tudo isso ocorre para que, na fase iniciada com a ação penal, a instrução ocorra em contraditório perante um juiz que não esteja em dissonância cognitiva, ou seja, perante um juiz que não vai querer confirmar a hipótese que já criou, mas perante um juiz que vai conseguir ouvir e considerar da forma mais imparcial possível a argumentação da acusação e da defesa, e que, após o debate e a gestão da prova pelas partes, primeiro terá fatos para somente depois aceitar ou não uma hipótese sobre o caso penal”. In: PIMENTA, **Poder-saber...** op. cit., p. 129-130.

¹²³¹ “Assim, embora diante de uma avaliação preliminar, o juiz ao receber a denúncia ou queixa, deve convencer-se quanto à presença de elementos consistentes da existência do crime e da sua autoria pelo imputado. Essa análise, assim como ocorre nas decisões relativas às medidas cautelares, gera uma aproximação do magistrado com os elementos indiciários da investigação, em especial porque o juiz não terá outra alternativa que não buscar nos autos de inquérito policial o material de convencimento do *fumus comissi delicti*. Era por isso que no PLS 156/2009 os autos do inquérito policial permaneciam apensados ao processo, consoante redação atribuída ao artigo 16, §3º, do CPP. In: MAYA, **Juiz...** op. cit., p. 106-107.

elementos de informação (exceto provas irrepitíveis) que somente tomará conhecimento do caso penal quando receber os autos para agendamento da audiência conforme a sua pauta.¹²³²

MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES destaca que a competência do juiz das garantias deveria ser encerrada com o juízo de admissibilidade da acusação formal, passando ao juiz da causa a ação penal já instaurada e a relação processual já plenamente formada. Tal concepção evita que os autos do inquérito policial sirvam de apoio para a formação da convicção do juiz da causa, ressalvados, por óbvio, os elementos de informação irrepitíveis ou urgentes.¹²³³

Em sentido contrário, ressalta-se a posição de MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI ao defender que a solução preconizada pelo PL n. 8045/2010 “não é de todo ruim. Aliás, guarda a sua lógica”.¹²³⁴ Assim, o autor questiona que se mantendo a competência da mesma autoridade que realizou os constantes juízos superficiais de culpabilidade para o enfrentamento do juízo de admissibilidade, se tal comprometimento à imparcialidade objetiva não seria mais evidente, já que não gozaria da equidistância necessária para apreciar a admissibilidade da acusação. Prossegue o autor:

Dito de outro modo, seria bastante razoável supor uma predisposição do julgador em reafirmar a justa causa da ação penal quando aquela já foi por ele próprio reconhecida na fase de sua preparação com as decisões cautelares. Pior ainda na hipótese de discordância do arquivamento do inquérito. Isso porque, o eventual oferecimento de denúncia por determinação do Procurador Geral viria ao encontro do entendimento do juiz que provocou aquele reexame. O mesmo juiz, note-se, a quem competirá a apreciação da admissibilidade da acusação. As críticas expostas parecem olvidar desses importantes aspectos.¹²³⁵

O autor adverte ainda que a lógica do PL n. 8045/2010 busca estabelecer mecanismos de filtragem capazes de evitar o prolongamento da marcha processual, com a possibilidade de rejeição e absolvição sumária. De forma que a manutenção do mesmo juiz “reduz

¹²³² A pauta de instrução compete ao juiz do processo. Assim, quanto à parte final do art. 399 do CPP, o juiz das garantias não poderá marcar audiência para o juiz da instrução. Com isso, o agendamento da audiência será primeiro ato de competência do juiz do processo. *In*: MAYA, **Juiz...** op. cit., p. 109.

¹²³³ ZANOIDE DE MORAES, *Quem tem medo...* op. cit., p. 22. No mesmo sentido: RIBEIRO, Paulo Victor Freire. O juízo de garantias: definição, regramento e consequências. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 105 p. 969, jan./dez. 2011; GOMES, “Juiz das garantias”... op. cit.; MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 228.

¹²³⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O juiz das garantias, a estrutura acusatória e as memórias do subsolo. Um olhar sobre o PL 8045/10 (projeto do novo Código de Processo Penal). *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Orgs.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 408. Na mesma linha de entendimento, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves que, embora favorável ao Juiz das garantias, questiona o fato deste juiz receber a denúncia ou queixa, o que “estorva o papel de garantidor de direitos a ser exercido pelo magistrado, pois ele dará início ao processo penal de uma investigação que ele mesmo acompanhou”. *In*: GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. O juiz das garantias na Justiça Eleitoral. **Conjur**, 11 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-11/luiz-carlos-goncalves-juiz-garantias-justica-eleitoral>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹²³⁵ ZILLI, O juiz das garantias... op. cit., p. 408-409.

significativamente a utilidade desse desenho. As chances de que o juízo de admissibilidade da acusação se torne mera formalidade potencializam-se”.¹²³⁶

Respeitando posições contrárias, acreditamos que, entre uma e outra opção, a atribuição ao juiz das garantias quanto ao juízo de admissibilidade da acusação foi acertada, perservando a originalidade cognitiva da instrução processual, com vistas a evitar a contaminação e a incidência de potenciais vieses.¹²³⁷

Poder-se-ia cogitar que o projeto do novo CPP tenha sido influenciado pelo entendimento atual do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o ato judicial que recebe a denúncia não é decisão, mas despacho de mero expediente irrecurável que impulsiona o processo de uma fase à outra da persecução penal e, portanto, dispensa motivação (STF, HC 93.056). Tal postura de nossa Suprema Corte é injustificada, na medida em que o juízo de admissibilidade da acusação deve ser um ato motivado que responsabilmente analise a existência das condições da ação. Mais que isso, deve ser um filtro para barrar ações penais desprovidas de um mínimo lastro probatório, evitando-se despesas e a movimentação indevidas do aparato judiciário e, sobretudo, estigmatização, dor e sofrimento que o processo causa ao presumidamente inocente.¹²³⁸

Observe-se que no novo art. 3º-B, XIV, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, utilizou-se a expressão “*decidir* sobre o recebimento da denúncia ou queixa”, o que evidencia a opção pela natureza decisória do ato judicial.

Tal leitura é conjugada com a nova previsão do art. 315, § 2º, do CPP (com redação dada pela Lei n. 13.964/19) que dispõe sobre as situações em que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”. Desta

¹²³⁶ ZILLI, O juiz das garantias... op. cit., p. 409.

¹²³⁷ Cfr. item 3.2.1, supra.

¹²³⁸ Para Marco Aurélio Nunes da Silveira, o entendimento jurisprudencial de que o ato de recebimento da denúncia não contém carga decisória e, por tal motivo, não demanda motivação é inconstitucional, fere o art. 93, IX, da Constituição da República, que exige a motivação de todas as decisões, seja em processo administrativo ou judicial, inclusive da decisão que deixa de receber a acusação (porém esta é recorrível). Assim, a decisão sobre a admissibilidade da acusação tem por conteúdo decisório as “condições da ação penal”, para afirmar sua presença ou ausência. Desta forma, dúvidas não há quanto ao conteúdo decisório, o que implica uma necessária decisão motivada para enfrentamento das condições. *In*: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **As condições da ação no direito processual penal**: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 200-201. Ver também: MAYA, Juiz... op. cit., p. 106-110; RIBEIRO, Carlos Augusto. **O contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 69. No mesmo sentido, o Enunciado n. 11, da I Jornada de Direito e Processo Penal, do Conselho da Justiça Federal, de 10 a 14 de agosto de 2020: “O pronunciamento jurisdicional do art. 396 do CPP, que recebe a denúncia, tem natureza jurídica de decisão interlocutória, portanto necessita de fundamentação, conforme art. 93, IX, da CF”. I JORNADA de Direito e Processo Penal aprova 32 enunciados. **Conselho da Justiça Federal**, 08 ago. 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-e-processo-penal-aprova-32-enunciados>. Acesso em: 12 abr. 2022.

forma, como em qualquer decisão judicial, exige-se motivação e apontamento dos elementos concretos (a exemplo do que já se exigia no CPC¹²³⁹) constantes nos autos a amparar a decisão de recebimento da peça acusatória. Isso exigirá do juiz das garantias a análise detida da investigação preliminar que subsidia a peça de acusação, para que possa se certificar quanto ao lastro probatório mínimo e às condições da ação, o que não pode ser atribuído ao juiz do processo, sob pena de minar toda a ideia de preservação de sua imparcialidade.

Por tais motivos, entende-se que a Lei n. 13.964/2019 acertadamente atribuiu ao juiz das garantias o juízo de admissibilidade da peça acusatória, evitando a contaminação do juiz da instrução e julgamento com os elementos unilaterais da investigação.

5.4.4.2. Momento do recebimento da peça acusatória (art. 396 ou art. 399 do CPP) e reflexos na absolvição sumária

Outro ponto diretamente relacionado à discussão acima condiz com o termo final de atuação do juiz de garantias. Vimos acima que, na redação da Lei n. 13.964/2019, sua competência cessa com o recebimento da denúncia, porém há questionamentos se tal ocorre na fase do art. 396 do CPP ou na fase do art. 399 do CPP e, nessa última situação, com a consequente extensão de outras atribuições próprias desse intervalo, tal como a análise também de hipóteses de absolvição sumária.

¹²³⁹ O art. 489, § 1º, do CPC, dispõe que: “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.”

Quadro 12 – Quadro comparativo sobre o momento do recebimento da peça acusatória

CPP / 1941	LEI N. 13.964/2019
<p>art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, <i>recebê-la-á</i> e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.</p> <p style="text-align: center;">(...)</p> <p>art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.</p> <p style="text-align: center;">(...)</p> <p>art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:</p> <p>I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;</p> <p>II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;</p> <p>III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou</p> <p>IV - extinta a punibilidade do agente.</p> <p>art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.</p>	<p>art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:</p> <p style="text-align: center;">(...)</p> <p>XIV - decidir sobre o <i>recebimento</i> da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;</p> <p>art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o <i>recebimento</i> da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

Na atual sistemática do CPP, por força da reforma parcial de 2008, ocorre um duplo recebimento da peça inicial. Primeiro, oferecida a denúncia ou queixa, se o juiz não a rejeitar liminarmente, *recebê-la-á* e ordenará a citação do acusado para responder à acusação (art. 396 do CPP). Oferecida a resposta, se presentes algumas das hipóteses do art. 397, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado. Se não absolvido sumariamente, a denúncia é (novamente) recebida (ou ratificado o primeiro recebimento), prosseguindo-se com a instrução processual.

A Lei n. 13.964/2019, ao trazer para o juiz das garantias a competência para análise da admissibilidade da acusação, trouxe o seguinte cenário: na fase do art. 396 do CPP, ele

poderá (i) rejeitar liminarmente a denúncia ou queixa, com fulcro no art. 395 do CPP ou (ii) determinar a citação do acusado para oferecer resposta à acusação no prazo de dez dias; (iii) adentrar à fase do art. 397 do CPP, analisando as hipóteses de absolvição sumária; e, (iv) na forma do art. 399 do CPP, decidir sobre o recebimento da denúncia, se não for o caso de rejeição ou absolvição sumária,¹²⁴⁰ remetendo os autos ao juiz da instrução para que de acordo com a pauta deste,¹²⁴¹ designe a audiência de instrução. Tudo isso para se manter coerência, evitando-se a contaminação do julgador do processo com os elementos de investigação, ao ter de enfrentar os argumentos defensivos, inclusive eventuais que sustentassem uma hipótese de absolvição sumária.

Com isso, entende-se que a novel Lei de 2019 considerou que o recebimento da denúncia se perfectibiliza na fase do art. 399 e não mais no art. 396, trazendo à tona novamente uma antiga discussão quanto à dupla previsão de recebimento da denúncia.¹²⁴² A doutrina e a jurisprudência, sensíveis ao problema do duplo recebimento da denúncia, consolidaram entendimento de que o recebimento se dá pelo art. 396 do CPP e a fase do art. 399 seria uma ratificação do recebimento já feito anteriormente, após a análise da resposta à acusação e absolvição sumária (STJ, RHC 73.111 e HC 358.115). Neste ponto, há de se mencionar a crítica de ROGÉRIO SANCHES CUNHA ao aduzir que houve nesse inciso “um erro grave da Lei”, pois “o juiz das garantias jamais poderia permanecer até a fase do art. 399 do CPP”, sustentando que “após o recebimento da inicial que demanda apenas juízo de prelibação, a competência deveria ser, *incontinenti*, do juiz da instrução, responsável pelo juízo de delibação”. Assim, na visão do mencionado autor, o erro está em inserir na atribuição do juiz das garantias o poder para decidir mérito, avançando em atos da fase processual, posteriores ao recebimento da denúncia da fase do art. 396 do CPP. Sugere, assim, que onde está escrito “art. 399 deste Código” deve-se ler “art. 396 do CPP”, sob pena de “desvirtuamento do sistema”.¹²⁴³

¹²⁴⁰ MAYA, **Juiz...** op. cit., p. 108.

¹²⁴¹ A pauta de instrução compete ao juiz do processo. Assim, quanto à parte final do art. 399 do CPP, o juiz das garantias não poderá marcar audiência para o juiz da instrução. Com isso, o agendamento da audiência será primeiro ato de competência do juiz do processo. *In: MAYA, Juiz...* op. cit., p. 109. Em igual sentido: LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 146.

¹²⁴² Esse duplo recebimento da denúncia é decorrente do projeto de lei que ensejou a minirreforma trazida pela Lei n. 11719/08, onde havia uma intenção inicial de criar uma fase intermediária, com a reposta à acusação e o exame das hipóteses de absolvição sumária antecedente à decisão de recebimento ou rejeição da denúncia. Contudo, o legislador optou por manter a persecução penal em duas fases e o recebimento da denúncia constou da redação do art. 396, ou seja, sem a previsão de uma fase intermediária. Não se atentou o legislador, todavia, a adequação da redação do art. 399 e essa é a origem do duplo recebimento.

¹²⁴³ CUNHA, **Pacote Anticrime...** op. cit., p. 90-91. Em igual sentido: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 159; DEZEM, **Curso...** op. cit., p. 301.

Discordamos de tal entendimento por desconsiderar o fato de que o juiz da instrução não disporá da integralidade do caderno investigativo para a análise da resposta à acusação e eventual argumento de absolvição sumária. Sem acesso à integralidade dos autos da investigação, o magistrado somente poderia analisar as provas irrepetíveis (que acompanham a denúncia) e eventuais novos elementos supervenientes trazidos na resposta à acusação.

Como pretender que o juiz da instrução analise manifesta causa excludente da ilicitude do fato; manifesta causa excludente de culpabilidade do agente (salvo inimputabilidade); que o fato narrado evidentemente não constitui crime ou extinção da punibilidade do agente (incisos I a IV do art. 397 do CPP) sem acesso aos autos da investigação que subsidiaram a justa causa para recebimento da ação penal? Isso somente seria possível se se tratasse de matéria exclusivamente de direito (ex: prescrição, falta de representação, etc.). Mas, tratando-se de matéria fática, far-se-ia necessário o acesso aos elementos de informação do inquérito que, se acessados pelo juiz da instrução, promoveriam a dita contaminação, sendo que a ideia norteadora é a produção das provas perante o juiz da instrução em contraditório, propiciando originalidade cognitiva, já que as provas repetíveis não serão transplantadas para a fase processual.

Ademais, acaso o juiz de instrução rejeite os argumentos da absolvição sumária, poderia incorrer no viés confirmatório¹²⁴⁴ e em dissonância cognitiva¹²⁴⁵ podendo mostrar-se, ainda que inconscientemente, seletivamente fechado às provas contrárias à posição antecipadamente tomada e contaminado para a decisão de mérito.

Pensamos que a novel Lei de 2019 acertou ao optar pelo art. 399 do CPP como termo final de atuação do juiz das garantias.¹²⁴⁶ Isso porque a ideia é a de entregar o feito saneado para o juiz de instrução que designará audiência de instrução e julgamento. Com isso, evita-se que esse magistrado tenha contato com os elementos de informação quando da análise da

¹²⁴⁴ Cfr. item 3.2.1.2.a, supra.

¹²⁴⁵ Conforme explicado no item 3.4, supra, entende-se por dissonância cognitiva a tendência das pessoas de se manterem em um estado de coerência consigo mesmas. Assim, quando se é confrontado com informações opostas que demonstram que uma crença original pode ser falsa, depara-se com um desconforto psicológico, ocorrendo uma pressão para reduzi-la ou até eliminá-la.

¹²⁴⁶ Aury Lopes Junior explica que o argumento positivo à sistemática adotada pelo legislador, ao estender a atuação do juiz das garantias até a fase do art. 399 do CPP, é que se assegura ainda mais a originalidade cognitiva e a imparcialidade do julgador, pois se a decisão sobre a absolvição sumária estivesse nas mãos do juiz julgador, ele teria de conhecer os atos de investigação (inquérito). O autor reconhece as críticas à tal sistemática, na medida em que se prolonga excessivamente a atuação do juiz das garantias que acaba por ingressar na fase processual, o que é contrário à sua natureza. Mas, concluiu que, sopesando os argumentos a favor e contra, a opção do legislador representa “um ganho maior em termos de preservação da cognição do juiz julgador, melhorando a qualidade epistêmica da decisão”. In: LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 146. No mesmo sentido: SANTOS, Teodoro Silva. **O juiz das garantias sob a óptica do estado Democrático de Direito:** a adequação ao ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 173.

resposta à acusação prevista na fase do art. 396-A do CPP. É certo que não incide o ônus da impugnação específica na resposta à acusação e, via de regra, na prática, tem-se uma resposta genérica. Contudo, nesta etapa faculta-se à defesa “argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa” de maneira que não se mostra conveniente que a análise de tais argumentos seja feita pelo juiz da instrução, blindando-o de pré-julgamentos e da contaminação com os elementos unilaterais de informação.

Conforme veremos adiante, melhor teria sido se o legislador houvesse previsto uma fase intermediária,¹²⁴⁷ na qual as partes em contraditório e dialeticamente, debateriam o caso penal e as provas que pretendem produzir na fase processual, agindo o juiz das garantias como verdadeiro filtro quanto ao recebimento da peça acusatória e quanto à admissibilidade das provas pretendidas, barrando, inclusive, o acesso a provas ilícitas na fase processual. Tal fase intermediária serviria como um “diafragma”¹²⁴⁸ entre as fases da investigação preliminar e do processo penal, estabelecendo uma rígida separação entre elas.

5.4.5. Da não introdução da integralidade da investigação preliminar nos autos da fase processual: impactos no recebimento da peça acusatória e na instrução processual

Outra questão diretamente relacionada ao juízo de admissibilidade da acusação é o acesso ou não da integralidade dos autos de investigação preliminar pelo juiz que tem essa atribuição. No quadro abaixo, compara-se a previsão atual do CPP, com o enfrentamento da temática pela Lei n. 13.964/2019 e a redação do projeto do novo CPP.

¹²⁴⁷ Cfr. item 6.1, infra.

¹²⁴⁸ A expressão “diafragma” é de Francesco Carnelutti e se refere à necessidade de se cortar o “cordão umbilical” entre as fases de investigação e processual, que estariam ligadas. O “cordão umbilical” seriam os autos de investigação que, se não cortado, afetaria a imparcialidade do julgador que creditaria força probatória aos relatos da fase investigativa, tornando assim o contraditório da fase processual uma ficção. Desta forma, é necessário um destaque (um diafragma) entre as duas fases da persecução penal, com a finalidade de vedar que o juiz do processo tenha contato com elementos investigativos que possam prejudicar a imparcialidade, sob pena de ofensa ao contraditório. Explanação dada no *Convegno* sobre a reforma do processo penal, promovido pelo *Centro di Cultura e Civiltà da Fondazione Giorgio Cini*, em setembro de 1961, em Veneza. Os anais do congresso estão publicados em: DE LUCCA, Giuseppe. **Primi problemi della riforma del processo penale**. Florença: Sansoni, 1962. p. 57-58. Ver também: SILVEIRA, **Por uma...** op. cit., p. 368.

Quadro 13 – Quadro comparativo sobre a introdução da investigação preliminar nos autos da fase processual

CPP / 1941	LEI N. 13.964/2019	PL N. 8045/2010 SUBSTITUTIVO DE 26/04/2021
<p>art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.</p> <p>art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.</p>	<p>art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o <i>recebimento</i> da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.</p> <p>(...)</p> <p>§ 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 irrepitíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado</p> <p>§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.</p>	<p>art. 16. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a <i>propositura</i> da ação penal.</p> <p>(...)</p> <p>§ 4º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.</p> <p>art. 197. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.</p> <p>§ 1º O juiz não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

No que concerne à introdução da investigação preliminar no bojo do processo, percebe-se divergências nas previsões contidas no CPP, na Lei n. 13.964/2019 e no projeto do novo CPP.

O atual art. 12 do CPP dispõe que o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa sempre que servir de base a uma ou outra. Por força desse comando, a integralidade do inquérito policial é acessível pelo juiz na fase processual. Porém, na dicção do art. 155 do CPP, o juiz não pode sentenciar sua decisão exclusivamente em elementos informativos aos quais tem pleno acesso.

Já a Lei n. 13.964/2019, inovou em seu art. 3º-C, § 3º, do CPP (com eficácia suspensa) estipulando o acautelamento da investigação preliminar e impedindo o seu acesso pelo juiz da instrução e julgamento, ressalvadas as provas irrepitíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em

apartado.¹²⁴⁹ Por outro lado, no art. 3º-C, § 4º, do CPP (igualmente suspenso) restou assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.¹²⁵⁰

Por sua vez, na redação do projeto do novo CPP insiste-se na mesma lógica original do CPP, quando permite que as matérias submetidas ao juiz das garantias sejam acessíveis pelo juiz do processo (afinal, na lógica do projeto, é o juiz do processo quem realiza o juízo de admissibilidade da peça acusatória), ao tempo em que mantém a vedação de que o juiz não pode fundamentar sua decisão exclusivamente em elementos informativos.

A Lei n. 13.964/2019 não revogou o art. 12 do CPP, e nem deveria o legislador fazê-lo, porque o inquérito, que subsidia a peça acusatória e a acompanha, tem agora um destinatário certo, o juiz das garantias que, recebendo a denúncia ou queixa, remete apenas determinadas peças ao juiz da instrução.

Do confronto entre as previsões da Lei n. 13.964/2019 e do projeto do novo CPP, entendemos que correta está a primeira. A lógica do juiz das garantias somente pode ser viável com a exclusão da investigação preliminar do bojo do processo. Evita-se, por conseguinte, a contaminação do juiz da instrução causada pelo acesso aos elementos unilaterais constantes da investigação prévia e, somente com a não inclusão da investigação,

¹²⁴⁹ Gustavo Junqueira *et al* utilizam o termo “divisão fascicular” para a separação física entre os autos de investigação criminal (e seus incidentes) e os autos do processo”. *In: JUNQUEIRA, Lei anticrime...* op. cit., p. 125.

¹²⁵⁰ Historicamente, é importante registrar que esta não é a primeira tentativa de implementação de um sistema que impeça a contaminação judicial. Destaca-se, para os fins deste trabalho, que com a Constituição Republicana de 1891, o Distrito Federal e os Estados-Membros passaram a ter competência para legislar em matéria processual. No Código de Processo Penal para o Distrito Federal de 1924 havia previsão nos artigos 241 a 243, que o registro da investigação era feito em dois autos: no primeiro, previsto no art. 241, juntavam-se, por exemplo, registros do exame de corpo de delito, do flagrante, das buscas e apreensões, antecedentes e demais documentos que se relacionassem à infração; enquanto o segundo se constituía dos “autos de inquirição”, em apartado, previsto no art. 243, onde se registravam as declarações de pessoas que tinham conhecimento sobre os fatos “apenas, de esclarecimento ao Ministério Público, não se juntarão ao processo, quer em original, quer por certidão, e serão entregues, após a denúncia, pelo representante do Ministério Público ao cartório do juízo, em invólucro lacrado e rubricado, afim de serem arquivados á sua disposição”. Com isso, assevera Marcus Pimenta que “grande parte do procedimento preliminar era impedida de contaminar a fase judicial: apenas os elementos irrepetíveis eram mantidos na fase de debate”. Com o Decreto n. 5.515, de 13 de agosto de 1928, passou-se a determinar em seu art. 33 que o inquérito policial acompanhará sempre a denúncia ou queixa, merecerá valor até prova em contrário e será incorporado aos autos do processo. Com a promulgação da nova Constituição de 1934, a competência para legislar em matéria processual passou a ser privativa da União. Em suas disposições transitórias (art. 11), estabeleceu-se que uma comissão seria nomeada para elaborar um projeto de novo CPP, que foi chamado de Projeto Vicente Ráo (então Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores). Pretendia-se com esse projeto abolir o inquérito policial e implantar o juizado de instrução. Com isso, haveria dois juízes: ao juiz instrutor (auxiliado pela polícia) competia a instrução do processo e ao juiz processante competiria o preparo do julgamento, o julgamento e a execução. Contudo, o Projeto Vicente Ráo nunca entrou em vigor. O que se sucedeu foi o nosso CPP de 1941, fruto do Estado Novo e inspirado no *Codice Rocco* italiano, no qual se manteve o inquérito policial que, segundo seu art. 12, deve acompanhar a denúncia ou queixa sempre que lhe servir de base, além da previsão da prevenção do juiz que atua na investigação atuar também no processo. *In: PIMENTA, Poder-saber...* op. cit., p. 102-105.

é que será possível evitar a mera confirmação do que se produziu na fase de investigação e assegurar uma absoluta originalidade cognitiva.

No modelo atual, o art. 155, *caput*, do CPP sofre críticas, porque permite ao juiz se utilizar dos elementos informativos colhidos na investigação para fundamentar a decisão judicial, desde que não os utilize de forma exclusiva.¹²⁵¹ Daí advém a posição de que, a bem da verdade, tal faculdade pode ser deturpada, amparando uma decisão judicial previamente tomada e servindo de fundamento para a condenação. A importância disso reside no valor dos elementos informativos não produzidos em contraditório judicial e, por sua vez, nas implicações que tais elementos unilaterais, inseridos nos autos de processo penal, podem causar sobre o convencimento judicial. O art. 155 do CPP apenas impossibilita o juiz de formar o seu convencimento *exclusivamente* com base nos elementos de informação colhidos no inquérito, mas não o impede de utilizá-los em corroboração com provas produzidas em contraditório, o que acentua o problema da influência de elementos unilaterais na contaminação judicial.

Há uma cultura judiciária arraigada de utilização dos elementos de informação para a fundamentação de sentenças e, portanto, uma vez disponíveis nos autos, os juízes escamoteiam quando querem,¹²⁵² procurando no inquérito as razões necessárias para confirmação de uma condenação. Nesse sentido:

O CPP não prevê a exclusão dos elementos de informação colhidos no inquérito policial. Contudo, tais dados não podem, isoladamente, servir para o julgamento da causa. Entretanto, é preciso considerar que, na prática judiciária, as coisas se passam de forma diversa. Em um certo sentido, já se encontrava na jurisprudência o entendimento de que as informações da fase investigatória não constituem base suficiente para uma condenação, mas podem ser levadas em conta se forem “confirmadas”, ainda que parcialmente, por provas colhidas em contraditório.¹²⁵³

¹²⁵¹ Em 2008, a reforma parcial do CPP, buscou sanar o problema, vedando a fundamentação da decisão com base em elementos de informação. Contudo, durante os trabalhos legislativos, inseriu-se na redação do art. 155 do CPP a expressão “exclusivamente”, o que não impediu a utilização dos elementos em corroboração. Contudo, percebe-se que o legislador insiste nesta lógica, o que é, inclusive, incoerente com a previsão trazida pela Lei n. 13.964/2019 de não encarte dos autos de investigação nos autos do processo. Isso porque o Substitutivo de 26/04/2021, do PL 8045/2010, dispõe em seu art. 197, § 1º, a mesma ideia contida no art. 155 do CPP e, conseqüentemente, traz com essa reprodução da redação os mesmos problemas críticos enfrentados atualmente: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. § 1º O juiz não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. *In*: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8045...** op. cit..

¹²⁵² Antonio Magalhães Gomes Filho alerta para a distinção entre decisão e motivação. Para o autor, o jogo de palavras permite transportar para dentro da decisão uma bagagem subjetiva, e isso ocorrendo a motivação pode, por vezes, desvelar “uma racionalização *ex post* de uma decisão muitas vezes determinada por motivos inconfessáveis”. *In*: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 111.

¹²⁵³ BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 165. Badaró adverte ainda: “Os inconvenientes dessa prática são ainda mais evidentes nas causas de competência do Tribunal do Júri, uma vez que, nos debates perante os jurados, tais informações podem ser mencionadas livremente pelas partes e, assim, levadas em consideração pelos juízes leigos, que não estão obrigados a motivar suas decisões sobre os fatos”. *In*: *Ibid.*, p. 165.

O problema que se coloca é que, com a inclusão desses elementos unilaterais na fase processual, possibilita-se uma indevida valoração, considerando-se como prova algo que tecnicamente não o é, já que prova é tudo aquilo produzido em contraditório e ainda as exceções do art. 155 do CPP (provas cautelares, não repetíveis¹²⁵⁴ e antecipadas), que permitem que o juiz valora, diretamente, os elementos informativos colhidos no inquérito policial, por serem bastantes em si. Condenações amparadas exclusivamente em elementos investigativos são vedadas (art. 155 do CPP), porém, uma vez tomada internamente a decisão, pode o julgador camuflar o ato decisório formal, manipulando um jogo de palavras e conceitos, buscando no inquérito policial elementos para justificar sua decisão. Quando isso ocorre, há uma deturpação da lógica processual penal, na medida em que a instrução passaria a ser “absolutamente dispensável, satisfazendo-se a repressão penal com o simples trabalho policial”, configurando-se, assim, “sério atentado aos princípios do processo penal democrático”.¹²⁵⁵

Certamente, ciente dessa problemática e dos efeitos prejudiciais à imparcialidade causados pelo acesso à investigação preliminar pelo juiz do mérito, a Lei n. 13.964/2019 expressamente estipulou o acautelamento da investigação preliminar, arquivando-a na secretaria do juiz das garantias, impedindo que o juiz do processo tenha acesso aos elementos de informação. Desta forma, tais elementos são acessíveis pelo juiz das garantias para subsidiar o juízo de admissibilidade da peça acusatória, mas não ao juiz do processo, cuja ignorância dos elementos informativos provocaria em si um esforço cognitivo maior.

A ideia central para se entender a necessidade de exclusão dos autos de investigação é que somente assim, conforme leciona MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA, se “permitirá que a convicção do juiz do processo seja construída durante a audiência, e não antes da audiência, exclusivamente com base na reconstituição dialógica dos fatos decorrente da atuação das partes na instrução”.¹²⁵⁶ Mesmo com o sistema do duplo juiz, a

¹²⁵⁴ Para Gustavo Henrique Badaró, “(...) as perícias que deverão ser realizadas no inquérito policial são somente aquelas que não poderão ser repetidas em juízo. Os exames periciais que possam ser executados durante o processo (por exemplo, perícia sobre funcionamento de arma de fogo) e, portanto, submetidos ao contraditório na formação da prova, e não apenas a um contraditório diferido, sobre prova já produzida, não deverão ser efetuados na fase do inquérito. Se assim o forem, haverá desperdício de atividade investigativa, posto que destituída de valor para a formação do convencimento judicial”. *In: Ibid.*, p. 150.

¹²⁵⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2.ed, rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 136-137. Interessante ponderar também o estudo de Ricardo Gloeckner, quanto ao impacto que a decretação da prisão cautelar causa na condenação do acusado, constatando, inclusive que, indevidamente, ocorre uma dispensabilidade da prova do fato pela acusação, em um cenário de prisão em flagrante posteriormente convertida em preventiva, imperando-se o regime da evidência incompatível com o processo penal que preze pelo contraditório. *In: GLOECKNER, Prisões... op. cit.*

¹²⁵⁶ SILVEIRA, A Etapa... op. cit..

permanência do inquérito no bojo do processo seria uma perniciosa interferência na imparcialidade judicial.¹²⁵⁷ A presença do inquérito no bojo do processo é um *nudge*, ou seja, um propiciador de parcialidade, ocorrendo uma inversão da presunção de inocência, já que o acusado entra em posição desfavorável no embate processual. A defesa passa a ter a árdua missão de

superar não apenas a acusação como também a própria dissonância cognitiva do julgador que teve contato com o inquérito. Não há como essa estrutura proporcionar a equidistância que configura a imparcialidade. Não há, assim, como essa estrutura ser adequada ao Estado Democrático de Direito.¹²⁵⁸

Portanto, de nada adiantaria criar o juiz das garantias se se permitisse ao juiz do processo ter contato com os elementos informativos.¹²⁵⁹

É desse contexto que sobreveio a previsão da Lei n. 13.964/2019 que introduziu o art. 3º-C, § 3º, no CPP,¹²⁶⁰ estipulando o acautelamento da investigação preliminar,

¹²⁵⁷ Cfr. itens 3.2.1.1.a, 3.2.1.2.b e 3.4 supra.

¹²⁵⁸ PIMENTA, **Poder-saber...** op. cit., p. 58.

¹²⁵⁹ “É dizer, cindir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução e julgamento sem uma separação absoluta dos autos transformaria toda a sistemática introduzida pela Lei n. 13.964/19 em mera falácia”. In: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 165.

¹²⁶⁰ Parte da doutrina já preconizava essa separação antes mesmo da Lei n. 13.964/2019. Nesse sentido: PIMENTA, **Poder-saber...** op. cit., p. 115-116. Há, todavia, quem, na doutrina brasileira, defenda a necessidade de manutenção do inquérito policial nos autos de processo judicial, tendo como argumento o fato de que não houve a expressa revogação dos artigos 12 e 155, caput, do CPP e o Código adotou o sistema do livre convencimento motivado. Assim, o inquérito poderia ser utilizado, desde que de maneira complementar e subsidiária, como um dado a mais na formação da convicção do juiz, sob pena de afastamento do princípio da verdade real, gerando impunidade, mormente quando se considera que as pautas de instrução são longas e os depoimentos testemunhais na fase investigatória, colhidos em momento mais próximo ao evento, conterão maior riqueza de detalhes. Cita-se, como exemplo dessa linha de pensamento: LUIZÃO, LUIZÃO, **O juiz das garantias...** op. cit., p. 201. “Essa situação esdrúxula de tornar o juiz um condutor cego, proibido de ter conhecimento da totalidade da persecução penal, torna-o uma marionete em um teatro fadado a levar o processo penal à inviabilidade concreta. A condição do ‘juiz de instrução e julgamento’ se assemelha a de um médico cirurgião que precisa se basear, para realizar uma operação, apenas em uma foto de momento, sem ter acesso ao histórico e ao prontuário médico do paciente a ser operado”. In: FONTES, Samira da Costa; MENDES, Luiz Augusto Aloise de Macedo Mendes. **O Juiz das Garantias e o descarte dos elementos de informação: Rumo Certo à Impunidade.** JusBrasil, jan. 2020. Disponível em: <https://samirafontes.jusbrasil.com.br/artigos/795223857/o-juiz-das-garantias-e-o-descarte-dos-elementos-de-informacao-rumo-certo-a-impunidade>. Acesso em: 12 abr. 2022. Também digno de citação a posição do atual Procurador-Geral da República, ao afirmar que a correta interpretação do art. 3º-C do CPP não é a de impedir o acesso dos autos de inquérito ao juiz da instrução e sim que aquele amontoado de expedientes que exigem manifestação do juiz das garantias devam compor autos específicos, porque normalmente não há interesse nem razão de juntar vários expedientes (dentro do rol de atribuições do juiz das garantias) ao processo, mas que podem ser consultados posteriormente. Seguiria ao juiz da instrução e julgamento apenas provas úteis ao julgamento, sem peças desnecessárias que não trazem conteúdo probatório. “Os autos das ações penais ficariam menos poluídos, facilitando o trabalho de todos os sujeitos do processo penal”. Assim, somente devem acompanhar a ação penal, as decisões e documentos vinculados às hipóteses dos incisos VII, XI, incisos *a e*, XIII, do art. 3º-B, por conta da ressalva contida no art. 3º-C, § 3º do CPP. Além disso, sustenta que o juiz de instrução necessitará acessar os autos de inquérito para decidir questões pendentes (art. 3º-C, § 1º, do CPP), ocasião em que o juiz de instrução e julgamento “agirá como se juiz de garantias fosse, com competência ampliada”. Outrossim, para cumprimento do art. 3º-C, § 2º, o juiz de instrução precisará ter acesso ao inquérito para proceder a reanálise das medidas cautelares em curso, não se podendo pretender que o juiz de instrução e julgamento “reavalie as cautelares às cegas”. In: ARAS, Vladimir. **O juiz das garantias e o destino do inquérito**

impedindo o acesso dos elementos produzidos unilateralmente (sem contraditório e ampla defesa) pelo juiz da instrução. Nessa perspectiva de não introdução integral do inquérito ao bojo do processo, o caderno investigativo seria arquivado ou, em caso de processo eletrônico, teria visibilidade restrita, sem possibilidade de acesso pelo juiz do processo. Se ao longo da instrução houvesse alguma intercorrência na produção da prova que evidenciasse uma discordância com o apurado na fase pré-processual, as partes poderiam acessá-lo para contraditar uma testemunha ou retirar sua credibilidade, por exemplo.¹²⁶¹ Serviria apenas para excepcional consulta, mas não como elemento de prova.

De se destacar que não devem ser aceitas tentativas de burlar o art. 3º-C, § 3º, vale dizer que as decisões do juiz das garantias não podem ser acessadas pelo juiz da instrução,¹²⁶² sob pena deste indiretamente tomar conhecimento dos elementos informativos utilizados na fundamentação daquele. Com isso, sendo vedado o ingresso de peças de inquérito, não poderá a parte “simplesmente postular a juntada, o apensamento ou mesmo juntar cópias”, nem tampouco se permite a mera leitura do testemunho anteriormente realizado (o que configura uma reprodução e não repetição), o que poderá gerar a ilicitude dessa prova e seu desentranhamento¹²⁶³ e mais, eventual exclusão do próprio juiz do processo¹²⁶⁴ (art. 157, § 5º, do CPP).

Isso implica um esforço maior das partes, especialmente do acusador para provar ao juiz da instrução a ocorrência de um crime e sua autoria tal qual afirmado na peça incoatora.

policial. **Conjur**, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/vladimir-aras-juiz-garantias-destino-inquerito-policial>>. Acesso em: 12 abr. 2022. Por fim: “A redação confusa do § 3º do art. 3º-C do CPP, tal como imposta na Lei 13.964/2019, não afastou os autos do inquérito policial da composição dos autos do processo-crime”. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Juiz das garantias: o inquérito policial deve compor os autos do processo? In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (Org.). **Pacote anticrime**. Curitiba : Escola Superior do MPPR, 2021. v. 2, p. 84.

¹²⁶¹ Nesse sentido: “Também creio que possa ser utilizado este elemento como forma de demonstrar a falsidade do depoimento de uma testemunha em júízo. Vale dizer, pode ser utilizado o depoimento da testemunha no inquérito para comprovar que ela está mentindo em júízo”. In: DEZEM, **Curso...** op. cit., p. 303.

¹²⁶² Gloeckner alerta sobre a necessidade de mecanismos de disfluência processuais devem ser introduzidos (como a segmentação do processo em fases, com os cuidados para se garantir que uma não invada a outra) no processo penal. Ainda, destaca que as “razões, elementos e formalização de todas as medidas cautelares, protetivas e preventivas devem ser autuados em apartado, perante juiz diverso da instrução e jamais poderão acompanhar os autos principais”. In: GLOECKNER, *Prisões...* op. cit.

¹²⁶³ LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 199-200.

¹²⁶⁴ *Ibid.*, p. 156. Aqui, com a devida vênia, pensamos que, a se adotar a ideia de afastamento do juiz do processo por contato com os elementos de informação que não poderiam lhes ser apresentados, poderia haver manipulação indevida para afastamento do próprio juiz natural. Nessa linha, mas criticando a redação do art. 157, § 5º, do CPP, cuja ideia também pode ser aplicada ao caso: “Depois, há se ver que esse dispositivo permite que quaisquer das partes possam – até por dolo, por que não? – afastar o juiz da causa. Basta que seja juntada uma prova ilícita nos autos (desde já ou que venha a ser assim declarada) para que haja exclusão do juiz automaticamente, pois ele estará, como se diz, contaminado”. In: FISCHER, *Os Novos Impedimentos...* op. cit., p. 219.

Assim, o juiz da fase processual conhecerá do caso penal através da prova oral e não mais da leitura prévia dos depoimentos unilaterais prestados na fase investigativa.¹²⁶⁵

Será uma grande mudança na forma de valoração probatória e, conforme afirma AURY LOPES JÚNIOR, a exclusão física das peças do inquérito (ou não inclusão) “não é uma criação tupiniquim”¹²⁶⁶ e sim tem parâmetro com o que já visto no Chile,¹²⁶⁷ no Júri Espanhol,¹²⁶⁸ na Itália,¹²⁶⁹ e no Uruguai.¹²⁷⁰

O objetivo, portanto, da não inclusão da investigação preliminar é proteger a cognição originária¹²⁷¹ do juiz, permitindo-se que a valoração probatória recaia sobre os atos praticados na fase processual, e, assim, tacitamente se revoga o criticado art. 155 do CPP, na medida em que não poderá mais o juiz do processo cotejar provas e elementos informativos para alicerçar uma sentença condenatória.¹²⁷²

Na prática, em nosso sistema, pensamos que seguirá para a fase processual tão somente as provas que não podem ser repetidas e as peças fundamentais para a compreensão do caso penal. Com isso, o juiz das garantias remeterá ao juiz do processo apenas: a) a denúncia ou queixa (para compreensão da imputação e possibilitar que a sentença se atenha estritamente aos fatos imputados – princípio da correlação); b) a decisão de não absolvição sumária (art. 397 do CPP) e de recebimento da peça acusatória (para delimitação se a denúncia ou queixa foi recebida na integralidade); c) a decisão que decretou medidas cautelares ou prisão cautelar (para permitir ao juiz do processo a revisão das medidas em

¹²⁶⁵ Renato Brasileiro de Lima afirma que em um Estado Democrático de Direito não é possível a utilização residual dos elementos informativos que não asseguram a produção de provas com plena observância de publicidade, oralidade, imediação, contraditório e ampla defesa. Prossegue, “Ora, partindo da premissa de que os elementos de informação produzidos na fase investigatória devem ter como objetivo precípuo a formação da convicção do titular da ação penal e, eventualmente, subsidiar a decretação de medidas cautelares, não se pode admitir que o juiz da instrução e julgamento forme seu convencimento com base neles, nem mesmo subsidiariamente. Somente assim, leia-se, preservando-se essa função endoprocedimental do inquérito, é que se poderá evitar que eventuais elementos informativos ali produzidos sejam valorados pelo juiz ‘em cotejo’ com a prova judicial”. *In: LIMA, Manual...* op. cit., p. 164.

¹²⁶⁶ LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 198.

¹²⁶⁷ Cfr. item 4.4.1, supra.

¹²⁶⁸ Na Espanha, não se envia todo o expediente investigatório ao Tribunal do Júri, para se evitar a contaminação dos juízes leigos. Nesse sentido: LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 198. Nereu José Giacomolli explica que, no momento das perguntas às testemunhas, o máximo que se pode fazer é questionar o declarante sobre contradições entre o dito nas fases anteriores e o que afirma em plenário, de maneira que os jurados unicamente podem valorar a prova que se produziu em sua presença. *In: GIACOMOLLI, Legalidade...* op. cit., p. 164.

¹²⁶⁹ Cfr. item 4.2.2, supra.

¹²⁷⁰ Cfr. item 4.4.2, supra.

¹²⁷¹ Para Marco Aurélio Nunes da Silveira: “A instrução processual está seriamente ameaçada de se tornar um simulacro quando o juiz aprende sobre o caso, não a partir do diálogo entre as partes, mas a partir da visão fisiologicamente parcial presente no inquérito policial”. *In: SILVEIRA, Por uma...* op. cit., p. 368.

¹²⁷² André Machado Maya defende que o art. 155 do CPP permanece vigente, mas retira do juiz a gestão da prova, atribuindo-a definitivamente às partes. *In: MAYA, Juiz...* op. cit., p. 91.

curso, no prazo de dez dias, na forma do art. 3º-C, § 2º, do CPP); d) em autos apartados, quando existirem, as provas irrepetíveis/não renováveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas (incluídas aqui o que foi produzido em consonância com o art. 225 do CPP c/c art. 381 e seguintes do CPC, bem como o depoimento especial previsto na Lei n. 13.431/2017);¹²⁷³ f) provas documentais pré-constituídas, folha de antecedentes criminais e registro civil ou identificação criminal.

Quanto à prova documental pré-constituída, pode passar da fase de investigação para a judicial, na medida em que “se ele fosse juntado aos autos na fase judicial seria o mesmo e com a mesma criação de quando juntado na fase investigativa”. O mesmo se dá com folha de antecedentes, registro civil e identificação criminal.¹²⁷⁴ A ideia geral é: tudo que pode ser repetido não é trasladado para assegurar uma originalidade cognitiva do juiz de instrução e julgamento.

Já em relação à transposição ou não do flagrante para a fase de julgamento, MARCUS PIMENTA defende que “caso o registro do flagrante fosse encaminhado para a fase judicial ocorreria uma burla à exclusão da fase judicial daquele acervo produzido na investigação e manter-se-ia a lógica inquisitória do ‘primado das hipóteses sobre os fatos’”. Explica o autor que o ato do flagrante é “alucinatório”, ou seja, aquele que percebe o delito no momento em que ocorre “passa a ter uma convicção tal que o impede de enxergar além do que viu, ou crê que viu (o que é confirmado pela teoria da dissonância cognitiva)”, estabelecendo as hipóteses antes de existir acusação. Desta forma, para se evitar essa “força alucinatória” e a dissonância cognitiva, o flagrante e os atos de investigação que ele contém (oitiva dos condutores, das testemunhas e do flagrado) não devem ser transpostos para a fase processual.¹²⁷⁵ Aliás, aqueles que foram ouvidos no flagrante poderão ser inquiridos em juízo (prova repetível), de forma que não há qualquer prejuízo na não transposição.

¹²⁷³ Nesse sentido, por todos: PIMENTA, **Poder-saber...** op. cit., p. 116. Aury Lopes Júnior classifica as provas irrepetíveis em três situações: a) provas irrepetíveis por sua natureza, que são aquelas que precisam ser coletadas e documentadas no momento específico da sua ocorrência e não são passíveis de repetição (ex: perícias no local do crime, exame de corpo de delito, reconhecimento pessoal, e alguns meios de obtenção de prova, como a interceptação telefônica, de dados, escuta ambiental); b) provas irrepetíveis por circunstâncias específicas, ou seja, normalmente poderiam ser repetidas, mas por uma peculiaridade não poderão sê-lo. É o típico caso da testemunha que está em estado terminao e, que se não for ouvida, perde-se a prova, devendo ser usado o incidente de produção antecipada; c) provas irrepetíveis por circunstâncias supervenientes, que são aquelas que era normalmente passível de repetição, mas sobrevêm uma circunstância inesperada e imprevisível que torna essa prova irrepetível, como, por exemplo, a testemunha que quando procurada para ser ouvida na instrução, descobre-se que faleceu, de forma que não há mais como repetir a prova. A dúvida é se as declarações prestadas por esta pessoa na fase pré-processual poderão ser admitidas na fase processual e, se sim, como serão valoradas na medida em que produzida no inquérito sem contraditório. In: LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 202.

¹²⁷⁴ PIMENTA, **Poder-saber...** op. cit., p. 131.

¹²⁷⁵ Ibid., p. 134-136.

O juiz da instrução e julgamento não terá acesso aos depoimentos unilaterais colhidos na fase inquisitorial que são destinados, primordialmente, ao Ministério Público para a formação da *opinio delicti* e ao juiz das garantias para análise de medidas cautelares próprias daquela fase da persecução penal e juízo de admissibilidade da acusação.

Outra questão que se coloca é em relação ao acordo de não persecução penal (ANPP) previsto no art. 28-A do CPP. Parece-nos que o acordo que, por algum motivo, não for homologado não pode, em nenhuma hipótese, adentrar para a fase processual, porque não se concretizou.¹²⁷⁶

Ainda, no caso de acordo de não persecução penal homologado, porém descumprido e rescindido, contendo uma confissão, questiona-se se poderia ou não adentrar à fase processual. Há quem defenda que a confissão poderia avançar para a fase processual, tratando-se de importante elemento de informação, que pode: a) corroborar provas produzidas em contraditório, à luz do art. 155 do CPP; b) como fonte de informação subsidiando a busca de novos elementos probatórios e fontes de prova e c) para servir de contraste face a eventuais depoimentos dissonantes prestados no processo penal. Se assim não se entender, para esta parte da doutrina, não haveria consequência ao investigado em descumprir o acordo, que somente teria ganhado tempo e atrapalhado o curso natural da persecução penal.¹²⁷⁷

Ousamos discordar, pois embora uma confissão isolada não seja suficiente para embasar uma condenação, o impacto de uma confissão pode influenciar uma decisão judicial enviesada. O interrogatório é meio de prova e de defesa repetível e, na linha do que se pode extrair da redação do art. 3º-C, § 3º, do CPP, sendo a homologação do ANPP matéria de competência do juiz das garantias deve permanecer acautelado na secretaria do juiz das garantias.

O art. 3º-C, § 4º, do CPP estipula que *fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias*. Ou seja, as partes, diversamente do juiz da instrução e julgamento, terão amplo acesso aos autos acautelados, mas não podem juntar cópia de depoimentos colhidos na fase investigativa. A expressão “amplo acesso” contida no § 4º não pode chegar ao extremo de uso amplo, desvirtuando-se a ideia de evitação de contaminação.

¹²⁷⁶ Para Rodrigo Cabral, “Na hipótese de o acordo não ser homologado, volta-se ao *status quo ante*, não sendo possível, por força do princípio da lealdade e da moralidade administrativa, o seu uso em prejuízo do investigado”. In: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 114.

¹²⁷⁷ CABRAL, **Manual do acordo...** op. cit., p. 113-114.

Por aqui, ter-se-á, na prática, uma certa dificuldade, porque não é incomum que a testemunha não se recorde do fato e detalhes quando da audiência de instrução e julgamento. É certo que a demora na realização da audiência de instrução e julgamento é um problema concreto que pode afetar a memória das testemunhas. Porém tal justificativa não se presta para deturpar o sistema acusatório, em que a produção da prova se dá em contraditório perante o julgador. O nosso CPP prevê a realização de audiência de instrução em julgamento em 60 dias (rito ordinário – art. 400 do CPP) e 30 dias (rito sumário – art. 531 do CPP), prazos esses que não são cumpridos, é bem verdade, pelo volume de serviço do Judiciário, que deve ser resolvido por outras frentes, porém não como justificativa para burlar a inovação processual.

Outra questão que a jurisprudência terá de sedimentar é se deverá haver ou não desentranhamento do inquérito de todos os processos em tramitação quando a norma entrar em vigor. Uma solução possível seria cogitar que para aqueles casos de investigação em andamento, uma vez concluída, não seguiriam para a fase processual na integralidade, permanecendo acautelados na secretaria do juízo de garantias. Contudo, para aqueles que já integram o bojo do processo, ANDRÉ MACHADO MAYA defende que não deve haver o desentranhamento em respeito aos atos já praticados e também porque o juiz do julgamento já tomou contato com os elementos indiciários. Entretanto, se se entender pela aplicabilidade imediata da regra de impedimento, com modificação do juiz competente para o julgamento, deverá haver a exclusão física do inquérito e, assim, impedir que o novo magistrado tome conhecimento dos elementos unilaterais de investigação.¹²⁷⁸

Concluindo, a nova sistemática adotada com o art. 3º-C, § 3º, do CPP, ainda com vigência suspensa, tende a trazer desafios e possibilitará, de uma vez por todas, que as provas hábeis a um édito condenatório sejam somente aquelas produzidas em contraditório judicial, não se permitindo mais servir-se de elementos informativos colhidos unilateralmente na fase investigativa para subsidiar uma condenação criminal.

Para se garantir o desiderato da busca da imparcialidade perseguido com a introdução do juiz das garantias, de nada adiantaria cindir a atuação judicial se fosse mantida a introdução de todos os elementos informativos ao bojo do processo, uma vez que, mesmo que o juiz sentenciante fosse outro, este ainda teria acesso aos elementos informativos para corroborar uma condenação. Assim, é necessário que o projeto do novo CPP se atente à previsão dada pela Lei n. 13.964/2019, que melhor resguarda a imparcialidade judicial.

¹²⁷⁸ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 130.

5.5. CRÍTICAS SISTÊMICAS À INTRODUÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. RESPOSTAS E PROPOSTAS PRÁTICAS.

Antes e depois da Lei n. 13.964/2019, existiram obstáculos à tentativa de inserção do juiz das garantias em nosso ordenamento. Para fins didáticos, dividiremos as críticas em blocos, que apontam não só para a sua desnecessidade, como também para (i) a carência de estudo científico sobre a dita contaminação judicial na dúplice atuação, (ii) para a inadequação da nova regra de impedimento, (iii) para a inconstitucionalidade formal e material da inovação; (iv) para as dificuldades de ordem prática para sua implementação pelos Tribunais; (v) para a inviabilidade financeira; e, até mesmo, (vi) para a impropriedade do nome. Nos tópicos seguintes, explorar-se-ão as principais objeções ao instituto do juiz das garantias, avaliando também argumentos favoráveis à sua implementação.

5.5.1. Desnecessidade da inovação e ausência de comprovação científica de contaminação judicial

Questionamentos são feitos no sentido de que, no atual sistema, não há que se falar em ofensa ao princípio acusatório e à imparcialidade do juiz por não haver juiz de garantias.¹²⁷⁹ Isso porque a atuação judicial na investigação não se confunde com a figura do acusador, o que seria a única situação a levar, se ocorrente, à quebra da imparcialidade.

Críticas se levantam quanto a esta “forma de redenção do processo penal brasileiro”, configurando-se a inovação como mera “ideologia” e “incongruente com suas declaradas razões de ser”, “não se justificando o custo de tamanha e complicada alteração em nosso Direito”.¹²⁸⁰ De modo grosseiro e pouco técnico, chega-se a classificar de “insistência patológica” o discurso da necessidade de separação de atuação entre o juiz da fase de investigação e da fase processual.¹²⁸¹

Outrossim, reputa-se a inexistência de elementos científicos comprobatórios de que o juiz sofre contaminação cognitiva ao atuar nas duas fases da persecução. Ainda, que é equivocada a tentativa de importar o juiz das garantias para a nossa realidade jurídica sem que haja identificação de nossas práticas com os países apontados como modelos.¹²⁸²

¹²⁷⁹ Mauro Fonseca Andrade discorda dos fundamentos da preservação do princípio acusatório e da imparcialidade, embora considere positiva a instituição de um juiz na fase de investigação, porém, ao fundamento de eficiência e especialização. *In*: ANDRADE, **Juiz das Garantias**. 2. ed... op. cit., p. 113.

¹²⁸⁰ GOMES, “Juiz das garantias”... op. cit.

¹²⁸¹ ANDRADE, **Juiz das Garantias**. 2. ed... op. cit., p. 113.

¹²⁸² *Ibid.*, p. 128.

Nessa perspectiva, o objeto examinado pelo juiz na fase de investigação se limita às circunstâncias do pedido, se de acordo com a autorização legal e constitucional sobre o cabimento de determinado meio de obtenção de prova e de medidas mais incisivas nos direitos fundamentais do investigado, mas não se examina o conteúdo material.¹²⁸³

Para essa linha de pensamento não existe contaminação porque o juiz decide apenas formalmente, sem análise aprofundada dos elementos probatórios, procedendo tão somente um juízo de admissibilidade de meios de obtenção prova e medidas provisórias em fase pré-processual. Vale dizer, o juiz examina apenas se o pedido preenche os requisitos legais e constitucionais:

Outros argumentos, além de não se afastarem da suposição de uma provável contaminação do juiz que decide apenas formalmente – insista-se – sobre o cabimento de determinado meio de prova em fase pré-processual, ainda procuram lançar âncora no pedregoso terreno das avaliações psicológicas, e constatações daquilo que aconteceria com o ânimo da generalidade dos juizes em razão daquele momento de contato apenas formal e de admissibilidade de alguns meios que buscam a reunião de elementos de convicção. É novamente o jurista, sem nenhuma base científica concreta, mas apenas por suposição, procurando diagnosticar o que se passa na cabeça do homem: desta vez o juiz. E o pior, generalizando tal diagnose.¹²⁸⁴

Assim, o juiz faria única e exclusivamente uma cognição horizontal quanto à subsunção fática às hipóteses autorizativas legais para aplicação e uma determinada medida cautelar ao caso concreto. Para tal corrente, o juiz da investigação não efetua cognição vertical sobre a culpabilidade do imputado, limitando-se a análise de indícios e, portanto, não haveria contaminação alguma, de forma que a prevenção deveria permanecer como critério de fixação de competência.¹²⁸⁵

ABEL FERNANDES GOMES igualmente critica o argumento da contaminação e a tentativa de imunização do juiz do processo, justificando que a defesa da ocorrência de contaminação pela dupla atuação do magistrado é uma visão preconceituosa e sem nenhuma base científica:

(...) E por que seria difícil ou impossível se manter alheio aos elementos unilaterais? Supõe-se isso ou parte-se de dados científicos a respeito? E mais, se tal suposição fosse empiricamente demonstrável, seria a figura de mais um juiz no processo de primeiro grau, o juiz das garantias, que impediria a indesejada propensão humana de se deixar influenciar apenas pelo que diz uma das partes? E ainda, se tal indesejada propensão humana é possível, ela também não poderia estar presente no juiz do mérito, sempre propenso a dar crédito apenas à acusação?

¹²⁸³ GOMES, “Juiz das garantias”... op. cit.

¹²⁸⁴ Idem.

¹²⁸⁵ SILVA, Gilvan Naibert e. **A fase da investigação na perspectiva do projeto do novo Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 190.

E o que dizer das também humanas propensões a favorecer o acusado não obstante elementos a ele contrários?¹²⁸⁶

Nesse sentido, também foi a crítica do Min. LUIZ FUX, na ADI n. 6.298 MC/DF, ao afirmar, na análise da medida cautelar, que no que tange à presunção de que os juízes que acompanham investigações tendem a produzir vieses que prejudicam a imparcialidade especialmente na fase processual penal, é preciso cautela para se evitar generalizações:

A base das ciências comportamentais é o caráter empírico de seus argumentos. A existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Mais ainda, também não se pode inferir, a partir desse dado científico geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução. Defensores desse argumento sequer ventilam eventuais efeitos colaterais que esse arranjo proposto pode produzir, inclusive em prejuízo da defesa.¹²⁸⁷

Não havendo, para os opositores ao novel instituto, demonstração empírica sobre o que se passa na psique dos juízes, críticas se concentram pela não razão de ser para tamanha transformação no processo penal, sobretudo porque, segundo essa linha, em nosso sistema jurídico o juiz não toma parte de investigação alguma. Para casos em que eventualmente um juiz aja com ativismo excessivo, a exemplo de participar de reuniões com policiais antes de operações, demonstrando um desvio deontológico, deve ser tratado com os meios processuais disponíveis, sem que venha a servir de razão para modificação de tamanha envergadura do processo penal brasileiro tal qual se pretende.¹²⁸⁸

ABEL FERNANDES GOMES, igualmente, critica que ao tangenciar os indícios da existência do fato e da autoria, em mero juízo de admissibilidade de meios e medidas provisórias, ainda que desfavorável ao réu, não estará o juiz contaminado ou comprometido com uma determinada orientação. Assim como não será apenas porque decidem o mérito da ação penal sem antes terem tido qualquer contato com os elementos da investigação que os juízes da sentença, quando “revestidos de preconceitos e outras imperfeições, naturais da formação humana e profissional, estão imunes de decidir contrariamente, e de forma injusta, contra o réu”.¹²⁸⁹

¹²⁸⁶ GOMES, “Juiz das garantias”... op. cit

¹²⁸⁷ STF. **ADI 6298 MC/DF**... op. cit.

¹²⁸⁸ GOMES, “Juiz das garantias”... op. cit.

¹²⁸⁹ Idem.

Outra crítica se dirige quanto à influência da decisão que seria proferida pelo juiz das garantias, que seria vista com especial atenção pelo juiz do processo¹²⁹⁰ pois:

o fato de um juiz anteriormente haver realizado uma cognição vertical de mérito (ou seja, assumido uma postura), poderá se constituir em estímulo para que o juiz do processo (ou seja, o observador) antevêja a culpabilidade do – agora – acusado, pois esse filtro cognitivo já foi feito por seu colega da fase de investigação.¹²⁹¹

Com a devida vênia, as críticas apresentadas são infundadas. A inovação, em nenhum momento, é uma crítica a atuação dos juízes brasileiros e muito menos pretende reduzir sua importância ou frustrar sua atividade jurisdicional, tampouco criar tumultos à razoável duração do processo.

É, em verdade, aprimoramento do sistema processual penal e proteção do próprio julgador contra os influxos psicológicos gerados pela intervenção na primeira fase da persecução penal. É fruto de uma tendência de eliminação do juiz instrutor, substituindo-o por um juiz de controle da legalidade da investigação e garantidor dos direitos de todos os envolvidos na fase investigativa. É resultado de lapidação do sistema judicial e amadurecimento interseccional com outros saberes.

Como exposto supra,¹²⁹² desde a década de 1960, são profícuos os debates no campo da Economia Comportamental e da Psicologia que amparam conclusões quanto aos processos irracionais de tomada de decisão de qualquer pessoa e a influência de heurísticas e vieses que, muitas vezes, afetam a racionalidade de forma inconsciente. Evidenciado que tais influxos ocorrem em quaisquer pessoas, não há razão para excluir os juízes de tais influências. Se existem riscos de ocorrerem enviesamentos na decisão judicial, há que se evitá-los, buscando sempre a otimização da imparcialidade e o devido processo legal.

Ainda que não tenhamos um juiz instrutor que ativamente conduz uma investigação, o juiz brasileiro, ao atuar em ambas as fases da persecução penal, faz análises provisórias do caso embasado em elementos de informação unilaterais que podem introjetar prejudgamentos sobre o fato e sobre o imputado. Além disso, atribui-se ao juiz indevidas atuações oficiosas. Tudo isso pode enviesar o julgador durante a instrução e na final tomada de decisão em sentença.

Nesse sentido, sustenta MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES:

O juiz das garantias não está sendo inserido para melhorar a participação judicial em fase investigativa, mas para assegurar que ao juiz da causa não se imporá mais a exigência inumana do atual sistema de ele não poder se contaminar ou se

¹²⁹⁰ Sobre a possível incidência do “viés de grupo”, ver item 3.5, supra.

¹²⁹¹ ANDRADE, **Juiz das Garantias**. 2. ed... op. cit., p. 130.

¹²⁹² Cfr. itens 3.2.1.1 e 3.2.1.2, supra.

influenciar ou não estar vinculado com os atos por ele mesmo praticados em fase persecutória anterior. Com o juiz das garantias, caminha-se para um juiz da causa mais imparcial, pois, a princípio e de modo sistêmico, ele não estará mais ligado às suas próprias decisões anteriores.¹²⁹³

O Direito, por si só, não é autossuficiente para explicar a contaminação cognitiva, por isso a necessidade da compreensão do juiz das garantias com o suporte de outras ciências. Havendo riscos à imparcialidade, eles devem ser evitados para garantir a legitimidade da decisão judicial e imparcialidade sob a perspectiva objetiva, com a adoção de técnicas de desviesamento e isolamento (*insulating*),¹²⁹⁴ sendo esta última a técnica adotada pelo legislador nacional para atingir tal desiderato.

Questiona-se se a garantia do duplo grau de jurisdição seria eficaz a combater possíveis enviesamentos, considerando que, no Brasil, as sentenças condenatórias de primeiro grau são inexecutáveis.¹²⁹⁵ Aliás, também são inexecutáveis decisões condenatórias dos tribunais de segundo grau e dos tribunais superiores, exigindo-se, após o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, o trânsito em julgado da decisão para execução da pena. O duplo grau de jurisdição possibilitaria, segundo defende essa vertente, que decisões de primeiro grau, proferidas por juiz supostamente contaminado, sejam reformadas com a vantagem de o reexame ser efetivado por um órgão colegiado mais experiente, de formação técnica já consolidada e distante da causa.¹²⁹⁶ Assim, nessa linha de pensamento, não se mostra necessária a técnica de isolamento.

Ocorre que o duplo grau de jurisdição pode ser insuficiente para o desviesamento. Consoante exposto,¹²⁹⁷ o princípio da colegialidade, *a priori*, traz um incremento dos níveis de debate, reduzindo a possibilidade de influência dos vieses de cognição. Contudo, existem vieses próprios da atividade recursal em órgãos colegiados, como é o caso dos vieses de aversão à perda, de confirmação, ancoragem, *lock-in effect* e *status quo*.

Assim, considerando que as estratégias de *debiasing* podem ser insuficientes no processo de tomada de decisão judicial, a modalidade de *insulating*, aqui sob a perspectiva

¹²⁹³ ZANOIDE DE MORAES, Quem tem medo... op. cit., p. 22.

¹²⁹⁴ Cfr. item 3.3, supra.

¹²⁹⁵ Ana Paula Rebelato Luizão e José Mauro Luizão sustentam que em sistemas judiciais como a França, Estados Unidos, Espanha, Portugal e Panamá possuem institutos similares ao juiz das garantias, mas que na maioria desses ordenamentos a sentença condenatória de primeiro grau é imediatamente executável. Os autores ainda citam Canadá, Espanha e Argentina que contemplam em seus ordenamentos a execução imediata da sentença penal condenatória de primeira instância, enquanto na França há previsão de executoriedade em algumas hipóteses. LUIZÃO, LUIZÃO, O juiz das garantias... op. cit., p. 203-204.

¹²⁹⁶ Ibid., p. 202-203.

¹²⁹⁷ Cfr. item 3.3, supra.

do isolamento do juiz da fase de investigação, impedindo-o de atuar na fase processual, é a que nos afigura mais protetiva da imparcialidade objetiva.

5.5.2. Desnecessidade de criação de nova regra de automático impedimento do juiz

O art. 3º-D do CPP¹²⁹⁸ (com eficácia suspensa pelo STF) traz uma nova causa de impedimento ao sistema processual penal brasileiro, ao estabelecer que o juiz que atuar na investigação não poderá atuar na fase processual. Pretende-se, assim, romper com a prevenção, evitando a incidência de heurísticas e vieses que causem risco à decisão imparcial.¹²⁹⁹

Diante dessa potencial quebra da imparcialidade, o legislador nacional, seguindo tendência internacional,¹³⁰⁰ optou por uma causa objetiva apriorística de impedimento que, se não observada, ensejará a nulidade do processo. Nesse ponto, a opção não se alinhou ao entendimento casuístico e atual do TEDH, que analisa, em cada caso concreto, o grau de profundidade da decisão judicial quanto à culpabilidade do imputado.¹³⁰¹

A escolha legislativa, todavia, é também ponto de críticas. Nesse sentido, sustenta-se que o projeto poderia simplesmente ter estabelecido que o juiz das garantias ficará impedido de atuar na fase processual, ao invés de redigir um catálogo de situações. Critica-se a opção do legislador porque não se pode afirmar haver mácula à imparcialidade o mero recebimento de “simples ofícios informativos endereçados ao juiz, o que representa um verdadeiro deboche à inteligência daqueles que se dedicam ao estudo do processo penal”.¹³⁰² Além disso, questiona-se a tipificação de hipóteses de configuração do impedimento, pois, da maneira como posto, bastaria uma única atuação em uma das hipóteses elencadas para macular a imparcialidade do julgador, comprometido com uma ideologia acusatória:

Seguindo a linha proposta por ninguém menos que pelo próprio projeto, teremos um juiz comprometido com a ideologia acusatória desde o momento em que receber um ofício comunicando a abertura do inquérito policial ou, então, comunicando a prisão de alguém.

(...)

¹²⁹⁸ “art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo”. Nesse ponto, parece ter havido equívoco do legislador ao fazer menção aos artigos 4º e 5º, quando deveria ter feito referência ao art. 3º-B que traz o rol exemplificativo de atribuições do juiz das garantias. Ver: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 168; BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 183; LOPES JÚNIOR, **Direito...** op. cit., p. 156; DEZEM, **Curso...** op. cit., p. 304.

¹²⁹⁹ Cfr. item 2.3, supra.

¹³⁰⁰ Cfr. itens 4.2 e 4.4, supra.

¹³⁰¹ Cfr. item 4.1, supra.

¹³⁰² ANDRADE, **Juiz das Garantias...** op. cit., p. 137.

Melhor explicando, se cada hipótese arrolada pelo projeto determina, por si só, o rompimento do princípio acusatório, então, por simples lógica, após a incidência de apenas uma dela, um novo magistrado deverá ser chamado para atuar na fase de investigação, substituindo aquele que já haveria aderido à visão acusatória. Teríamos, assim, um juiz para autorizar a interceptação telefônica, um terceiro que decretaria a prisão temporária, um quarto a decretar a prisão preventiva, e assim por diante. Do contrário, deveremos aceitar que há dois parâmetros de imparcialidade estabelecidos pelo projeto”.¹³⁰³

Com efeito, o legislador manteve constância, desde a elaboração do Anteprojeto, na opção por um rol exemplificativo de atribuições, que não afastam outras possíveis e próprias da fase investigativa.

Concordamos com a crítica de que nem toda atuação na fase investigativa leva, necessariamente, à perda da imparcialidade do julgador do mérito. De fato, parece exagerado afirmar que a mera comunicação da instauração de uma investigação preliminar (art. 3º-B, IV, do CPP), sem qualquer juízo valorativo, causa contaminação do magistrado a ponto de impedi-lo a atuar na fase processual.

Por outro lado, situações outras há em que o magistrado precisa analisar materialidade e indícios de autoria – ainda que em cognição sumária – e tendo por base somente o material colhido naquela fase da persecução (investigação preliminar), devendo ainda motivar a decisão que entendeu pela concessão de uma medida extrema. Embora não se faça um juízo assentado em certeza de culpabilidade, impossível que o magistrado simplesmente ignore tais juízos iniciais quando da sua atuação posterior.¹³⁰⁴

Assim, o legislador acertou ao optar por uma causa de impedimento ampla ligada a toda e qualquer atuação na fase de investigação, e assim o fez para diferenciar claramente o âmbito de atuação dos juízes da investigação e o da instrução.

O legislador brasileiro fez uma clara opção política, escolhendo um modelo em que há nítida separação entre a fase investigativa e a de instrução, não importando a natureza da decisão nem a intensidade da atuação do juiz de garantias. Objetivou evitar discussões casuísticas se, em determinado caso, teria ocorrido ou não perda da imparcialidade. Não adentrou à problemática, tal qual o sistema espanhol, se o ato praticado é meramente

¹³⁰³ ANDRADE, **Juiz das Garantias...** op. cit., p. 119.

¹³⁰⁴ Sustenta Simone Schreiber: “Quando, finalmente, a investigação é encerrada com seu clímax, que é a chamada operação policial, na qual se expedem comumente mandados de busca e apreensão e de prisão cautelar, o juiz já está absolutamente familiarizado com os fatos. Ele participou ativamente da investigação policial e já formou um juízo sobre o que ocorreu, quem são as pessoas envolvidas etc. Nesse cenário, é evidente que a defesa entra em desvantagem, e sua fala, já não merece a mesma atenção e credibilidade do juiz. Ademais, se foi ele próprio que avaliou a pertinência e a legalidade das medidas probatórias realizadas na fase pré-processual é bastante improvável que ele desqualifique a prova que foi produzida e mude de ideia quanto ao resultado que foi colhido”. In: SCHREIBER, Simone. O juiz das garantias no projeto do Código de Processo Penal. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 2-3, ago. 2010.

ordenatório ou típico de investigação criminal.¹³⁰⁵ Seguiu exemplos de ordenamentos como Paraguai¹³⁰⁶, Portugal¹³⁰⁷, Itália¹³⁰⁸, Chile¹³⁰⁹, Uruguai¹³¹⁰ e México¹³¹¹ que adotam regra de impedimento em que juiz que atuou na fase de investigação não atua no julgamento.

A nova causa impeditiva tem a vantagem de bem demarcar as fases da persecução penal e evitar riscos de questionamento de parcialidade do julgador, com uma enorme quantidade de recursos e de *habeas corpus*, com entendimentos diversos, ocasionando insegurança jurídica. Por esse ângulo, a não adoção de doutrina casuística foi positiva.

Contudo, a opção legislativa não está infensa a críticas. Há quem defenda um critério intermediário, com a manutenção do critério de prevenção, porém, no caso concreto, o próprio magistrado, se entendesse que sua atuação na fase investigativa macularia a imparcialidade dele esperada, deveria se abster de atuar na fase processual.¹³¹²

Discordamos de tal posicionamento. A vingar esse entendimento, contaríamos sempre com o bom senso do juiz para, ele próprio, autor reconhecer ter exercido uma cognição vertical maculadora de sua imparcialidade. Isso não ocorre no sistema atual e depender da autoavaliação judicial de perda de imparcialidade gera insegurança e torna a ocorrência altamente improvável. Isso também provocaria uma situação bem incômoda ao juiz de mérito, pois, verificando que seu colega anterior se julgou convencido da ocorrência de crime e sua autoria, tal convicção poderia influenciar seu juízo de mérito. Além disso, acrescente-se, ainda, pode ser subterfúgio para que juízes, diante de causas extremamente complexas, abstenham-se de atuar no processo, escolhendo os feitos em que preferem atuar, por mera conveniência e oportunidade.

Outra opção seria a manutenção da prevenção, criando-se, em contrapartida, hipóteses de recusa, pela parte, do magistrado atuante na fase investigativa, quando houver elementos, no caso concreto, de que a atuação judicial nessa fase da persecução colocou em dúvidas a imparcialidade judicial para a fase subsequente.

Nesse sentido, defende ANDRÉ MACHADO MAYA:

¹³⁰⁵ Cfr. item 4.2.4, supra.

¹³⁰⁶ SILVA, A **construção**... op. cit., p. 61.

¹³⁰⁷ Cfr. item 4.2.3, supra.

¹³⁰⁸ Cfr. item 4.2.2, supra.

¹³⁰⁹ Cfr. item 4.4.1, supra.

¹³¹⁰ Cfr. item 4.4.2, supra.

¹³¹¹ Cfr. item 4.4.3, supra.

¹³¹² Nesse sentido: “Portanto, em nossa opinião, só o caso concreto dirá se um juiz da investigação, juiz das garantias, poderá atuar na fase processual no direito brasileiro, sendo que a regra, em nosso modo de ver, deve continuar sendo gerida pela prevenção. Mas isso não se justifica só pelos fundamentos levantados, sistema acusatório, regime democrático de direitos, e sim, por uma questão de bom senso e de sensibilidade do próprio magistrado, que teve sua isenção/imparcialidade balanceada pelo caso em que atuou”. In: SILVA, A **fase da investigação**... op. cit., p. 154.

Por outro lado, uma outra alternativa possível de redução dos danos decorrentes da compreensão da prevenção como regra de fixação da competência é a incorporação, ao ordenamento jurídico brasileiro, da jurisprudência firmada no âmbito do TEDH e, também, do TCE, deixando-se a análise da violação da garantia da imparcialidade para cada caso concreto, de acordo com as suas circunstâncias e peculiaridades.

Por essa ótica, sem que seja necessário declarar a inconstitucionalidade dos artigos 83 e 75, parágrafo único, do Código de Processo Penal, e também nos demais dispositivos regimentais que os repetem ou que, inspirados neles, firmam a competência pela prevenção do juízo, é possível afastar sua incidência em razão da possível perda da imparcialidade do julgador, princípio-garantia que pondera frente às referidas normas processuais.

Trata-se, sem dúvidas, de uma compreensão intermediária, ponderada, que sem significativas alterações legislativas permite uma releitura do ordenamento jurídico-processual brasileiro. Pensamos, no entanto, ser necessário ir além, dar um passo à frente no intuito de estabelecer regras protetivas dos direitos e garantias fundamentais mais precisas e delimitadas, pois, como já referido, parafraseando Ferrajoli, em se tratando de processo penal as regras são garantia”.¹³¹³

Contudo, entende-se que a verificação casuística de possível perda da imparcialidade fragiliza a proteção que deve ser dada a esse princípio-garantia.¹³¹⁴ É que a oposição de incidentes processuais (exceção de suspeição ou de impedimento), para avaliar se a atuação e decisão judiciais configura um mero ato de impulso ou investigativo, gerará decisões casuísticas e díspares, em um sistema já tão sobrecarregado de recursos, podendo vir a gerar insegurança jurídica¹³¹⁵ ante a possibilidade de decisões diversas para casos semelhantes, o que desprestigia a tutela jurisdicional e lhe retira legitimidade.

O afastamento do critério da prevenção é uma realidade em vários outros ordenamentos jurídicos,¹³¹⁶ onde há um destaque bem delimitado de atuação do juiz da investigação. Para nossa realidade, a Lei n. 13.964/2019 definiu que cessa a competência do juiz das garantias com o recebimento da peça acusatória, quando então passa a atuar outro julgador.

Com tal postura, o legislador brasileiro não incidiu na problemática casuística enfrentada pelo TEDH,¹³¹⁷ quando considera que não basta, por si só, a prévia intervenção do julgador na fase de investigação. Para aquela Corte, não há um automático

¹³¹³ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 232-233.

¹³¹⁴ *Ibid.*, p. 233.

¹³¹⁵ Nesse sentido: BADARÓ, *Direito...* op. cit. Em igual sentido, André Machado Maya quando concorda com a opção por um recorte bem demarcado entre as duas fases da persecução penal: “A opção por esse caminho é legítima, além de razoável e adequada a conferir maior segurança jurídica. O casuísmo inerente ao exame de quebra da imparcialidade em cada situação específica abre um espaço importante para o decisionismo e leva a tratamentos desiguais de situações semelhantes”. *In*: MAYA, **Juiz...** op. cit., p. 137.

¹³¹⁶ Cfr. itens 4.2 e 4.4 supra.

¹³¹⁷ Ver caso *Hauschildt vs Dinamarca*, cfr. item 4.1, supra.

reconhecimento de parcialidade, sendo necessário averiguar a natureza dos atos praticados, para se determinar se é fundada ou não a dúvida sobre a imparcialidade objetiva do julgador.

Além disso, o atual sistema do CPP, segundo entendimento dos Tribunais de vértice, traz hipóteses taxativas de impedimento,¹³¹⁸ de forma que o imputado, na atual sistemática processual, não dispõe de instrumento idôneo para questionar a atuação sucessiva do magistrado e sua consequente quebra da imparcialidade objetiva.

Relembra-se que o atual CPP não dispõe de hipótese de recusa, pela parte, do juiz suspeito por manifestar parcialidade na condução do processo. O PL n. 8045/2010 (Substitutivo de 26/04/2021) prevê no art. 80, § 1º, uma nova causa de suspeição: “art. 80. Em caso de suspeição, o juiz poderá ser recusado pelas partes. § 1º Há suspeição do juiz que manifestar parcialidade na condução do processo ou no julgamento da causa ou quando: (...) VI – tiver interesse no julgamento da causa em favor de uma das partes”. Essa nova previsão é uma garantia a mais ao jurisdicionado, munindo a parte de instrumentos idôneos para questionar a imparcialidade judicial. Contudo, ainda que aprovada, a nova causa resvala no inconveniente do casuísmo e na necessidade comprovação do alegado.

Assim sendo, não se ignorando as críticas apontadas, cremos que a instituição do sistema do *double juez*, ao estabelecer previamente uma causa de impedimento, propicia a originalidade da cognição ao julgador do mérito, destaca nitidamente as duas fases da persecução penal e evita indesejáveis decisões casuísticas ou tratamentos desiguais para situações semelhantes.

5.5.3. Inconstitucionalidades formal e material

Tão logo sancionada a Lei n. 13.964/2019, a comunidade jurídica mostrou-se dividida. Houve fortes reações imediatas favoráveis e contrárias à inovação, inclusive com ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI n. 6.298¹³¹⁹), n. 6.299¹³²⁰, n. 6.300¹³²¹ e n. 6.305¹³²²) nas quais se questiona a constitucionalidade do novel instituto do juiz de garantias tanto no aspecto formal como material.

¹³¹⁸ Cfr. item 2.2, supra.

¹³¹⁹ Proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros e Associação dos Juizes Federais do Brasil.

¹³²⁰ Proposta pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA.

¹³²¹ Proposta pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal – PSL.

¹³²² Proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP.

Nesse ponto, olhando retrospectivamente, temos que foi acertada a decisão de concessão da liminar, no que tange aos impactos que sua implementação traria ao sistema processual penal brasileiro, considerando o diminuto e irrealizável prazo de 30 (trinta) dias de *vacatio legis* para tamanha transformação no processo penal. Aqui, entendemos que o legislador não tratou com a devida cautela o tamanho impacto em nosso sistema processual penal, ainda mais se considerarmos que a Lei n. 13.964/2019 foi publicada em pleno período de recesso forense.¹³²³ Contudo, também entendemos sem razão os argumentos questionadores de constitucionalidade.

Em resumo,¹³²⁴ das ADIs extraem-se os seguintes argumentos contrários à implementação do juiz das garantias:

1) Inconstitucionalidade formal da norma, por dispor não somente sobre normas gerais de processo penal, mas também sobre procedimento em matéria processual, matéria essa de competência legislativa concorrente entre os Estados e a União, no contexto da qual cabe à União editar tão somente normas de caráter geral (art. 24, XI e § 1º, da Constituição Federal);

2) Inconstitucionalidade formal por ofensa à competência privativa dos tribunais de auto-organização, especificamente para a criação de novas varas judiciárias e criação e extinção de cargos (art. 96, I, “d”; e II, “b” e “d”; e art. 110 da CF/88), bem como à competência dos Estados para organizarem sua própria justiça e à competência dos tribunais de justiça para iniciarem a lei de sua organização judiciária (art. 125, § 1º, da CF/88);

3) Ofensa ao Pacto Federativo, visto que as alterações introduzidas pela nova lei “promovem mudanças que não se enquadram propriamente como processuais, na medida

¹³²³ Uma mudança do porte pretendido seria evidentemente inviável no prazo da *vacatio legis*. Diante disso, o Min. DIAS TOFFOLI, quando do julgamento da liminar na ADI 6298 MC/DF suspendeu a eficácia dos artigos concernentes ao juiz das garantias por 180 (cento e oitenta dias) e o CNJ constituiu uma comissão de estudos para estudar maneiras de viabilizar a sua implantação. Posteriormente, o Min. LUIZ FUX, desta feita analisando a ADI 6299 MC/DF, suspendeu *sine die* a implantação da inovação. À guisa de exemplo, poderia o legislador Nacional ter se espelhado em exemplos internacionais, tal como no Chile, onde sequer havia a carreira do Ministério Público, a implementação do juiz das garantias foi gradativa, do interior para a capital, no prazo de cinco anos (cfr. item 4.4.1, supra). No México, a consolidação da reforma constitucional processual penal, se deu em oito anos (cfr. item 4.4.3). Já no Peru, adotou-se a mesma lógica de implementação paulatina, com a promulgação do CPP em julho de 2004, mas começo de vigência no distrito judicial de Huaura em julho de 2006 e com aplicação progressiva até a entrada em vigor em Lima em 2013. Sobre o Peru, ver: SILVA, A **construção...** op. cit., p. 96.

¹³²⁴ O objetivo principal desta dissertação é explorar o conceito, os fundamentos, a competência e a abrangência do juiz das garantias, de maneira que não se aprofundarão debates sobre cada um dos argumentos suscitados sobre a constitucionalidade ou não do novo instituto, já que o trabalho é focado no aspecto processual.

em que revestida[s] de caráter eminentemente estrutural, comprometendo a organização judiciária em todos os entes federados”;¹³²⁵

4) Ofensa ao princípio do juiz natural (art. 5º, inciso LIII, da CF), ao argumento de que a nova lei “criou uma instância interna dentro do primeiro grau, um segundo juiz natural, por meio de lei ordinária”;¹³²⁶

5) Ofensa ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF), porque não houve previsão de juiz das garantias para os tribunais, diante da ausência de alteração da Lei n. 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos nos tribunais, gerando assimetria entre o primeiro grau e os julgamentos de competência originária dos tribunais;

6) Violação dos princípios da razoável duração do processo e da segurança jurídica, uma vez que a persecução penal seria dificultada pela aplicação da norma;

7) Violação do art. 169, § 1º, da CF/88, ao argumento de que a instituição do juiz das garantias implicaria, necessariamente, aumento de despesas, sem correspondente previsão orçamentária. A inovação pressupõe pelo menos dois magistrados por Comarca, de sorte que sua implementação exige a ampliação do quadro de juízes, porém não houve a prévia análise de Anteprojeto de lei pelo CNJ que impliquem aumento de gastos, conforme disposto em sua Resolução n. 184;

8) Ausência de demonstração da estimativa do impacto financeiro e orçamentário da medida, ferindo a previsão do art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

9) Impetração de inúmeros *habeas corpus*, recursos e incidentes processuais que implicarão maior risco de impunidade;

10) Insuficiência do prazo de *vacatio legis* de 30 dias, conferido pelo art. 20 da Lei n. 13.964/2019, para o início da eficácia do juízo das garantias.

Na condição de Presidente do STF (em recesso), o Ministro DIAS TOFFOLI, apreciou os pedidos liminares nas ADIs n. 6.298¹³²⁷, 6.299 e 6.300, reconhecendo a constitucionalidade do novel instituto. No que concerne aos argumentos de inconstitucionalidade formal, entendeu que se trata de matéria de direito processual penal, portanto, do domínio legislativo privativo da União (art. 22, I, CF), sendo “legítima a opção do legislador” de, no exercício de sua liberdade de conformação, instituir a figura do juiz

¹³²⁵ STF. ADI 6299 DF 0035998-76.2019.1.00.0000. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 15/01/2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1105432667/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-6299-df-0035998-7620191000000/inteiro-teor-1105432849?ref=juris-tabs> Acesso em: 12 abr. 2022.

¹³²⁶ Idem.

¹³²⁷ STF. ADI 6298 MC/DF... op. cit.

das garantias. Assevera que passará a existir uma nova “divisão funcional de competência”.¹³²⁸ No aspecto da constitucionalidade material, o Ministro destacou que a introdução do juiz das garantias somente veio a tornar mais robusto o modelo acusatório de processo penal preconizado na Constituição Federal, reforçando a imparcialidade e minimizando fatores de contaminação subjetiva.

Ainda, afirmou que a efetiva implementação do juiz das garantias “não demanda necessariamente a criação de novos cargos, não incrementa o volume de trabalho do Judiciário, não gera nova demanda”, até porque haverá uma redistribuição de trabalho, sem criação de uma nova atividade dentro da estrutura do Poder Judiciário, tratando-se de “questão que passa mais por gestão judiciária e menos por criação ou provimento de cargos”, pelo que “o Poder Judiciário brasileiro dispõe sim de estrutura capaz de tornar efetivos os juízos de garantia”. Ou seja, nas palavras do Ministro DIAS TOFFOLI, não se trata de reestruturação, e sim de reorganização da estrutura que já existe, pois “não há órgão novo. Não há competência nova. O que há é divisão funcional de competência já existente”.¹³²⁹

¹³²⁸ Entende-se por competência funcional a partilha de funções ao longo do *iter* procedimental. Significa “divisão ou repartição de funções”. *In*: BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 175. No mesmo sentido da decisão liminar, ver: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 114. GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, ao explanar a competência funcional e a divisão de atividades em fase diversa, cita até Manzini, conhecido pelo autoritarismo na esfera processual penal, que assim defendia e justificava a competência funcional: “Esta é uma importante garantia de imparcialidade e de objetividade, enquanto impede a danosa influência dos preconceitos e das prevenções sobre as decisões judiciais”. MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale italiano**. 6. ed. Torino: UTET, 1968. V. 2, p. 119, *apud* BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 175. Nesse ponto, o Parecer da Procuradoria-Geral da República AJCONST/PGR n. 88811/2021, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF, de lavra do Procurador-Geral da República Augusto Aras, datado de 19/03/2021, é no sentido de que as disposições dos artigos 3º-A a 3º-F do CPP são temas afetos ao direito processual penal, cuja atuação normativa pertence ao ente central da Federação e, portanto, inexistente vício de inconstitucionalidade formal (à exceção do art. 3º-D, parágrafo único, que trata da criação do sistema de rodízio de magistrados). Parecer da Procuradoria-Geral da República AJCONST/PGR n. 88811/2021, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF, de lavra do Procurador-Geral da República Augusto Aras, datado de 19/03/2021 *In*: BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF...** op. cit. Para um maior entendimento sobre a posição do STF quanto à diferença entre normas processuais e procedimentais, vide STF. **ADI 4.161/AL**, Relator: Min. Cármen Lúcia, Dje: 10/02/2015; STF. **ADI 2.257/SP**. Relator: Min. Eros Grau, Dje: 26/08/2005; STF. **ADI 1.807/MT**. Relator: Min. Dias Toffoli. Dje: 09/02/2015; STF. **ADI 3.483/MA**. Relator: Min. Dias Toffoli. Dje: 14/05/2014; STF. **AI-AgR 253.518/SC**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 30/10/1998; STF. **ADI 2.922/RJ**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Dje: 30/10/2014; STF. **ADI 4.414/AL**. Relator: Min. Luiz Fux. Dje: 17/06/2013.

¹³²⁹ STF. **ADI 6298 MC/DF...** op. cit. Nesse sentido: “Pedindo vênias, mais uma vez, ao Min. Fux, somos levados a acreditar que a Lei n. 13.964/2019 não criou nenhuma atividade nova dentro da estrutura do Poder Judiciário. Com efeito, o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Judiciário sempre foram atividades realizadas pelos juízes criminais Brasil afora. O que será necessário, portanto, é redistribuir o trabalho que competia ao mesmo magistrado, seja através da especialização de varas, seja através da criação de núcleos de inquéritos. É dizer, haverá necessidade de uma mera adequação da estrutura judiciária já existente em todo o país para que as funções de juiz das garantias e juiz da instrução e julgamento não mais recaiam sobre a mesma pessoa, dando-se efetividade à norma de impedimento constante do *caput* do art. 3º-D do CPP. Não há, pois, criação de órgãos novos, competências novas. O que há é uma mera divisão funcional de competências criminais já existentes”. *In*: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 118.

Com isso, reputou constitucionais os arts. 3º-A; 3º-B; 3º-C; 3º-D, caput; 3º-E e 3º-F do CPP, introduzidos pela Lei n. 13.964/2019, suspendendo cautelarmente o art. 3º-D, parágrafo único, que fixava o sistema de rodízio¹³³⁰ de magistrados, por entender que tal previsão, especificamente, ingressava em questão de organização judiciária e, portanto, inconstitucional. Suspendeu a eficácia dos dispositivos citados, por 180 (cento e oitenta) dias, para melhor adequação às novidades, estabelecendo, por fim, regras de transição e conferiu interpretação conforme para fixar hipóteses de não atuação do juiz das garantias.¹³³¹ Determinou, outrossim, no âmbito do CNJ, a criação de uma comissão para estudos de implantação do juiz das garantias.

Posteriormente, o relator Ministro LUIZ FUX, nos autos da ADI n. 6.299 MC/DF (cuja decisão contemplou as quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305), ao ascender à Presidência do Supremo Tribunal Federal, revogou a decisão liminar do Min. DIAS TOFFOLI e, assim, os novos artigos 3º-A a 3º-F do CPP, que preveem a adoção do sistema acusatório e do juiz das garantias, encontram-se com a eficácia suspensa *sine die*. Entendeu o então novo Presidente que há evidências de vícios de inconstitucionalidade formal e material, pois há diferença entre normas processuais e normas de organização judiciária. Afirmou que a criação do juiz das garantias “não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país”.¹³³² Considerou que os dispositivos referentes ao juiz das garantias têm natureza materialmente híbrida, ou seja, simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária e, por isso, aplica-se a restrição do artigo 96 da Constituição Federal, sendo o art. 3º-D, parágrafo único, uma clara violação do mencionado dispositivo constitucional.¹³³³

¹³³⁰ Renato Brasileiro de Lima sustenta que a ideia preconizada no art. 3º-D do CPP esbarra na garantia constitucional da inamovibilidade dos magistrados, prevista no art. 95, II, da Constituição Federal. Com isso, o juiz (titular ou substituto) só poderá ser removido por designação, para responder por determinada vara ou Comarca ou para prestar auxílio, com o seu consentimento ou, ainda, se o interesse público o exigir, nos termos do art. 93, inciso VIII, da Constituição Federal. Assim, questiona o autor: “Como seria possível, então, instituir um rodízio de magistrados, se a remoção destes de determinada unidade jurisdicional depende, por comando constitucional de sua concordância? É dizer, na eventualidade de um determinado juiz oferecer oposição a deixar a unidade jurisdicional que ocupa, fazendo-o com fundamento na garantia constitucional da inamovibilidade, a imposição de deslocamento contra a sua vontade encontraria obstáculo no art. 95, II, da Constituição Federal, salvo se porventura fosse reconhecida a existência de interesse público – *in casu*, consubstanciado na necessidade premente de deslocamento de juízes para atender à demanda decorrente da criação da figura do juiz das garantias – por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal do Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 93, VIII)”. *In: LIMA, Manual...* op. cit., p. 172.

¹³³¹ Cfr. item 6.2.1, *infra*.

¹³³² STF. **ADI 6298 MC/DF**... op. cit.

¹³³³ Em sentido contrário à existência de inconstitucionalidade formal, Renato Brasileiro de Lima destaca que os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F, do CPP são normas de direito processual, que afetam aspectos

Afirmou o Ministro LUIZ FUX, ainda, que não se pode fazer uma análise apartada do mundo fenomênico e que o cumprimento do novo regramento, no prazo da *vacatio legis*, levaria a justiça criminal ao colapso, sem olvidar de inúmeras dificuldades da vida real, como a ausência de magistrados em diversas comarcas, o déficit de digitalização dos processos, problemas de conexão adequada de *internet* em vários Estados, as dificuldades de deslocamento de juízes e servidores entre comarcas que dispõem de apenas um único magistrado, pelo que não há solução simplista para concretização do conjunto de normas da inovação do juiz das garantias.

No que tange aos argumentos de inconstitucionalidade material dos dispositivos 3º-B a 3º-F, do CPP, mais especificamente quanto à ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para implementação da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade, reputou que houve direta violação aos artigos 169 e 99 da Constituição, por ser, na visão do relator, “inegável que a implementação do juízo das garantias causa impacto orçamentário de grande monta ao Poder Judiciário”, sem previsão nas leis orçamentárias anuais da União e dos Estados. Outrossim, considerou que a criação do juiz das garantias viola o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determina que “[a] proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”, não competindo ao Poder Judiciário definir qual a prioridade deve ser mais bem contemplada com o uso do dinheiro arrecadado por meio dos tributos pagos pelos cidadãos, pelo que a matéria deveria ter sido tratada “em toda a sua complexidade, como política pública que é”.

Data venia aos respeitáveis argumentos do Ministro LUIZ FUX, concordamos com o posicionamento do Ministro DIAS TOFFOLI. Com efeito, o diminuto prazo concedido de *vacatio legis* inviabilizaria, por completo, uma mudança dessa envergadura. Assim, foi prudente a postura do STF de suspensão da inovação. Todavia, ao fazer essa suspensão sem prazo definido, arrasta a vigência da lei e uma definição jurídico-constitucional sobre o tema.

Contudo, no que condiz com os argumentos de inconstitucionalidade formal, entendemos que razão está com o Ministro DIAS TOFFOLI, no sentido de que o tema trata de matéria de direito processual penal, portanto, de competência privativa da União (art. 22, I, CF). Trata-se de opção legislativa e não compete ao Judiciário rotulá-la de correta ou não.

ligados à tríade jurisdição, ação e processo e, portanto, inserem-se no âmbito da competência legislativa privativa da União prevista no art. 22, inciso I, da Constituição Federal. *In*: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 117.

A se entender, como o faz o Ministro LUIZ FUX, que os dispositivos referentes ao juiz das garantias têm natureza, simultaneamente, de norma geral processual e norma de organização judiciária e, com isso, relegar aos Tribunais a criação do juiz das garantias, seria, em nosso entendimento, permitir tratamentos diferenciados pelos mais diversos Tribunais do país, o que fere não só a isonomia de tratamento entre os jurisdicionados como também a segurança jurídica. Portanto, há necessidade de tratamento do tema de forma ampla e genérica à toda jurisdição processual penal nacional, não se podendo cogitar de cidadãos com maior garantia de julgamentos imparciais que outros. Na mesma esteira decidida pelo Ministro DIAS TOFFOLI, cuida-se, a nosso ver, de nova regra de divisão de competência, matéria eminentemente processual.

No aspecto da constitucionalidade material, com razão está o Ministro DIAS TOFFOLI ao reconhecer que a introdução do juiz das garantias reforça a imparcialidade e minimiza fatores de contaminação subjetiva, conforme, inclusive, já avaliamos neste trabalho.¹³³⁴ Concordamos, outrossim, com o Ministro DIAS TOFFOLI, no sentido de que a efetiva implementação do juiz das garantias não demandará necessariamente a criação de novos cargos. Claro que haverá possíveis gastos, mas não a situação extrema de duplicação do número de serventias e juízes criminais em todo o país. O que haverá, conforme já sugerido pelo Conselho Nacional de Justiça,¹³³⁵ é uma redistribuição de trabalho. O uso da tecnologia e processos digitais – que foram acelerados com o quadro pandêmico de COVID-19 – são importantes aliados na implementação do juiz das garantias.

Não deconsideramos a efetiva ocorrência de dificuldades da vida real ressaltadas pelo Ministro LUIZ FUX, como a ausência de magistrados em diversas comarcas, o déficit de digitalização dos processos, os problemas de conexão adequada de *internet*, as dificuldades de deslocamento de juízes e servidores entre comarcas que dispõem de apenas um único magistrado. Sempre haverá argumentos de dificuldades para tentar impedir a elevação dos níveis de excelência, mas estas devem ser superadas em busca de um Poder Judiciário melhor, especializado, moderno, mais eficiente e mais célere.

¹³³⁴ Consoante exposto no item 3.2.1, *supra*, o legislador nacional, ao criar uma nova hipótese de impedimento do art. 3º-D, do CPP, introduziu a técnica de *insulating*, isolando o juiz das garantias na fase de investigação e, após o recebimento da denúncia ou queixa, um novo juiz adentra à fase processual, sem prejulgamentos advindos da intervenção na fase investigativa. Sem conhecimento de informações unilaterais repetíveis, evita-se a incidência dos vieses expostos ao longo do capítulo 3, que podem comprometer uma tomada de decisão racional, tais como de ancoragem, confirmação e de trancamento. O juiz das garantias é, nesse sentido, medida precaucional antienviesante com vistas a preservar a imparcialidade objetiva no Processo Penal. É, portanto, um mecanismo de proteção do próprio magistrado contra possíveis decisões enviesadas.

¹³³⁵ Cfr. item 5.5.4.2, *infra*.

Nesse sentido, como veremos a seguir, as dificuldades práticas apontadas pelo Min. LUIZ FUX são solucionáveis, por exemplo, com a implementação de juízos de garantia regionalizados/especializados ou, ainda, transformação de competências de varas, inclusive na modalidade de Justiça 4.0, com as devidas adaptações dadas as peculiaridades do processo penal.

5.5.4. Dificuldades de ordem prática e financeira para implementação

Uma das grandes críticas ao instituto do juiz das garantias é a de que sua implementação demandaria gastos e contratação de novos juízes, impactando o orçamento dos Tribunais, o que aliás, sustenta o argumento de inconstitucionalidade material por ofensa aos artigos 169 e 96 da Constituição Federal, no âmbito da ADI 6298.¹³³⁶ Tal inviabilidade, inclusive, já foi sustentada pelo Conselho Nacional de Justiça, em sua Nota Técnica n. 10/2010, invocando um choque orçamentário no Poder Judiciário e confronto com a garantia da razoável duração do processo (art. 5º, da Constituição Federal de 1988).¹³³⁷

A Associação dos Juízes Federais também não poupou críticas ao emitir a Nota Técnica n. 04/2018 que, corroborando as conclusões do CNJ, igualmente invocou entendimentos do Supremo Tribunal Federal no sentido de excluir a possibilidade de um

¹³³⁶ “As normas aqui impugnadas estão, ainda, violando claramente o disposto no art. 169 da CF, porque, por maior que seja a criatividade de gestão dos Tribunais, não há como dar execução à Lei do Juiz das Garantias sem provocar aumento de despesas (...) Haverá aumento de gastos com a solução final --criação de cargos --e aumento de gastos desde logo, com deslocamentos de juízes, sem que tivesse havido previsão orçamentária, e, portanto, com ofensa ao art. 169 da CF”. In: BRASIL. Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Associação dos Magistrados Federais (AJUFE). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298**. Brasília, dez. 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/12/ADI-AMB-e-Ajufe-juiz-de-garantias.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹³³⁷ “8. O Projeto, preocupando-se com a consolidação de um modelo acusatório, institui a figura do ‘juiz das garantias’, que será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, sob duas preocupações básicas, segundo a exposição de motivos, a saber: a de otimizar a atuação jurisdicional criminal e a de manter o distanciamento do juiz incumbido de julgar o processo. Contudo, a consolidação dessa ideia, sob o aspecto operacional, mostra-se incompatível com a atual estrutura das justiças estadual e federal. O levantamento efetuado pela Corregedoria Nacional de Justiça no sistema Justiça Aberta revela que 40% das varas da Justiça Estadual no Brasil constituem-se de comarca única, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição. Assim, nesses locais, sempre que o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de jurisdicionar no processo, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta. Logo, a adoção de tal regramento acarretará ônus ao já minguado orçamento da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juízes e servidores, limitados que estão pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no que tange ao gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender outras comarcas. Ademais, diante de tais dificuldades, com a eventual implementação de tal medida haverá riscos ao atendimento do princípio da razoável duração do processo, a par de um perigo iminente de prescrição de muitas ações penais. Também é necessário anotar que há outros motivos de afastamentos dos magistrados de suas unidades judiciais, como nos casos de licença, férias, convocações para Turmas Recursais ou para composição de Tribunais”. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Nota Técnica n. 10 de 17 de agosto de 2010**. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/891>. Acesso em: 12 abr. 2022.

magistrado vir a perder sua imparcialidade para atuar na fase processual, tão somente por já haver atuado na fase de investigação.¹³³⁸

A Associação dos Magistrados Brasileiros, tão logo publicada a Lei n. 13.964/2009, lançou nota pública contra a inovação, sobretudo em virtude dos custos relacionados à sua implementação e operacionalização.¹³³⁹

No Legislativo, também houve resistência, com propostas para não aprovação do juiz das garantias. Nesse sentido, destaca-se a Emenda n. 3, proposta pelo Deputado Federal ROBERTO FREIRE¹³⁴⁰ e, logo após a vigência da Lei n. 13.964/2019, surge projeto de lei do ex-senador MAJOR OLÍMPIO¹³⁴¹ objetivando a revogação dos artigos referentes ao recém aprovado juiz das garantias. Tal projeto traz como argumento político que o juiz das garantias é “uma das maiores anomalias jurídicas criadas nos últimos anos” e que a inovação vai de encontro ao objetivo principal da referida lei que reflete o anseio popular de se ter uma sociedade mais segura e que, combata, efetivamente a criminalidade, incluindo a corrupção. Sustenta, ainda, que o juiz das garantias deixará o sistema mais lento e improdutivo, além de infactível com a realidade brasileira, demandando altos custos para sua implementação.¹³⁴²

¹³³⁸ “A criação da figura do juiz das garantias, impedido de funcionar no processo criminal correspondente, não contribuiu para a melhoria do processo penal, trazendo entraves ao seu andamento. (...) Por essas razões, não se vislumbra, no atual modelo, contrariedade ao sistema acusatório tampouco quebra da imparcialidade do magistrado. Não bastasse, a implementação do instituto encontra óbices de natureza operacional. Conforme dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça, 40% das comarcas da Justiça Estadual no Brasil possuem apenas uma vara, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição”. *In*: BRASIL. Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE). **Nota Técnica n. 04/2018**. Brasília: AJUFE, 27 set. 2019. Disponível em: <http://ajufe.org.br/images/2019/PDF2019/NT_CPP_Relatorio_Dep_Joao_Campos_grupo_2_REVISADO_-_Condensado.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹³³⁹ “A AMB manifestou preocupação quanto à sanção desse instituto nos termos em que pretendido pelo Projeto de Lei 6.341/2019, sobretudo em virtude dos custos relacionados à sua implementação e operacionalização, afirmando em seu pedido de veto o potencial prejuízo à efetividade da jurisdição penal”. *In*: GIL, Renata. **Nota Pública – Juiz de Garantias**. Brasília: AMB, 27 dez. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2T1gQ4y>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹³⁴⁰ Argumenta o Deputado Federal que estabelecer um juiz das garantias apenas para a fase pré-processual representará “atraso no combate à impunidade, tendo em vista que há comarcas no interior do País que possuem apenas um juiz e outras que não possuem sequer um, já que os Tribunais não conseguem suprir todas as vagas”. Sustenta ainda que “na hipótese de haver mais de um juiz competente para decidir sobre tais medidas, as investigações tornar-se-ão extremamente morosas, com inúmeros processos anulados, haja à vista (sic) o mal (sic) funcionamento alegado da figura do juiz das garantias na fase investigatória. *In*: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8045...** op. cit.

¹³⁴¹ “Assim, resta claro que tanto no mérito, como na implementação, que o juiz de garantia não deve existir no direito processual penal brasileiro, motivo pelo qual conclamo os nobres pares o apoio para exclusão de tal anomalia jurídica da nossa legislação”. *In*: BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Major Olímpio. **Projeto de Lei**. Brasília: Senado Federal. Gabinete do Senador Major Olímpio, 2020. Disponível em: <https://gallery.mailchimp.com/4911ce1e520f5bf26dd891c79/files/61a9a08c-df8b-497e-a01b-06ebd11eb175/Proj.Lei_03_02_2020.pdf>. Acesso em 12 abr. 2022.

¹³⁴² “Isso porque a figura do Juiz de Garantias em nada irá melhorar o sistema processual penal brasileiro, pelo contrário irá deixa-lo mais lento e improdutivo, aumentando ainda mais a sensação de impunidade que muitas vezes a população brasileira sente. *Data Venia*, no momento em que se discute a prisão ou não em segunda

Ainda sobre inviabilidade financeira e orçamentária, ressaltando a dimensão continental do país, os fóruns sucateados, as muitas comarcas ainda não informatizadas e as cidades sem acesso à *internet*, destaca-se a crítica de VLADIMIR DE PASSOS:

Nas comarcas de uma Vara, não será simples a vinda de um juiz de outra comarca. Imaginemos Boca do Acre, Estado do Amazonas, a 1.028 km de Manaus, 4 dias e 10 hs de barco. A comarca mais próxima é Lábrea e “O tempo estimado do percurso da viagem entre as duas cidades é de aproximadamente 21h41min”. Não será muito simples o juiz de uma ir até a outra para atuar como juiz de garantias. E poucos brasileiros sabem que em muitos locais da Amazônia não há internet e, portanto, processo eletrônico.

Mas os reflexos podem ser igualmente nocivos em outros locais. No Sudeste, o estado de Minas Gerais possui 176 comarcas com uma vara única. Isto significa que um colega de outra comarca terá que ser convocado para ser o juiz de garantias. Isto significa idas e vindas de sério impacto financeiro, com viagens de policiais ou servidores da Justiça. E quando este segundo juiz sair de sua comarca os seus processos param.

Há mais. Nos Tribunais há centenas de cargos vagos, seja porque nunca se aprova no número correspondente às vagas, seja porque o Tribunal não dispõe de previsão orçamentária para pagamento. Só na Bahia há 493 cargos vagos de magistrado. Ainda. Há centenas de juízes afastados da jurisdição, prestando serviços nos Tribunais Superiores, direção do foro, associações de classe, escolas da magistratura ou em gozo de licença médica.

Mas o problema não é diferente onde há duas varas. Começa que tendo os juízes 2 meses de férias por ano, durante 4 meses só haverá 1 juiz e outro deverá vir de fora. Mas, quando estão os dois, em muitos casos 1 atua no cível e outro no crime (v.g., Rio Negrinho, SC). Na nova sistemática o magistrado do cível será juiz de garantias, área que não faz parte de sua realidade e que exigirá novos estudos. No momento em que estiver a tratar de pedidos criminais, evidentemente não terá tempo de tratar dos casos do cível. Perda na produtividade com certeza e prejuízo às partes.¹³⁴³

Quem defende a inovação, responde:

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

instância, nós criamos ‘maus uma instância’, o que, com toda a certeza, deixará mais moroso o sistema processual brasileiro”. (...) O Brasil atravessa uma crise fiscal e o Poder Judiciário está no limite de seu orçamento legal, demonstrando uma inviabilidade da implementação desse sistema em seu duplo aspecto, tanto em seu mérito, por ser ineficaz, improdutivo e oneroso, quanto sua inviabilidade do ponto de vista de oportunidade, uma vez que o Brasil não possui condições de implementar tal medida, sendo plenamente inoportuno. Enfim, a medida tende a se traduzir em mais morosidade, mais impunidade, custos proibitivos e perda significativa de eficiência do sistema criminal. Não é do que o Brasil precisa. É imperativo que o Parlamento revogue o instituto, totalmente impróprio para a nossa realidade social”. *In*: BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Major Olímpio. **Projeto de Lei...** op. cit.

¹³⁴³ FREITAS, Vladimir Passos de. Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias na Justiça. **Conjur**, 29 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes-juiz-garantias-justica>. Acesso em: 12 abr. 2022.

garantias se escondem no argumento da inviabilidade material, sem aprofundá-lo.¹³⁴⁴

Como aponta MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES, afirmar que no prazo projetado, ou em outro a ser definido, não é possível se preparar uma nova organização para efetiva implementação de direitos fundamentais é confessar não uma insuficiência de recursos, mas uma vontade política de não mudar.¹³⁴⁵

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, em outra angulação, questiona as críticas que se fazem quanto à impossibilidade de implementação do juiz das garantias, ao argumento de que novos magistrados não necessariamente terão competência exclusiva de juiz das garantias, havendo uma maior repartição do trabalho jurisdicional.¹³⁴⁶

Para LUIZ FLAVIO GOMES:

Ainda que haja dificuldade para a implementação dessa novidade, todo esforço deve ser feito para que ela se concretize irrestrita e prontamente em todo país. Claro que alguns tribunais alegarão razões orçamentárias para não se implantar o juiz das garantias, mas quem acha que isso representa um alto custo é porque ainda não parou para quantificar o prejuízo que vem causando o sistema atual, que tem dado ensejo a muitos e exorbitantes abusos (que geram nulidades), sem contar o desprestígio para a própria justiça criminal (que é posto em relevo pela mídia, influenciando a percepção negativa da população quanto ao funcionamento da Justiça). Nada disso, evidentemente, contribui para o aprimoramento do nosso Estado constitucional e humanista de direito, fundado na legalidade, constitucionalidade e convencionalidade do seu ordenamento jurídico.¹³⁴⁷

Segue-se na crítica:

Não serão, ademais, soluções simplistas e meramente opinativas, como rodízio de juízes, redistribuição de processos ou qualquer outra que não tenha amparo em sério e criterioso estudo, que permitirão suplantar os tão incontáveis quanto inexoráveis problemas que já se vislumbra na marcha processual, com o inevitável aumento do tempo de sua duração, e de incidentes capazes de favorecerem apenas a ocorrência da prescrição.¹³⁴⁸

Atento às críticas operacionais à implementação do juiz das garantias, nos tópicos seguintes avaliar-se-ão dados oficiais apurados pelo Conselho Nacional de Justiça, retratando a estrutura atual do sistema de justiça penal brasileiro para, de posse de tais dados,

¹³⁴⁴ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set.2009, p. 92.

¹³⁴⁵ ZANOIDE DE MORAES, Quem tem medo... op. cit., p. 22.

¹³⁴⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório e Outras Questões Sobre a Reforma Global do CPP. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O novo processo penal à luz da Constituição**: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v.2. p. 28.

¹³⁴⁷ GOMES, Luiz Flavio. O juiz das garantias projetado pelo novo CPP. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2786, 16 fev. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18508/o-juiz-das-garantias-projetado-pelo-novo-cpp>> Acesso em: 12 abr. 2022.

¹³⁴⁸ GOMES, “Juiz das garantias”... op. cit

perscrutar sobre possíveis soluções para implementação do juiz das garantias com o menor impacto financeiro possível.

5.5.4.1. Dados da realidade atual

Para compreensão das críticas acima postas, impõe-se analisar a figura abaixo que mostra a localização e concentração das unidades judiciárias no território nacional. Observa-se uma grande concentração na faixa litorânea do país, mas um espaçamento maior nas regiões Norte e nos estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, onde há uma preocupação maior com as reais dificuldades de deslocamento de juízes entre comarcas, caso se opte por designações de juízes de comarcas vizinhas.

Figura 1 – Localização das unidades judiciárias da Justiça Estadual, Federal, Trabalhista e Militar



Fonte: BRASIL. CNJ. **Justiça em números 2021:** ano-base 2020/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2021, p. 38. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

O receio é que, em um país com tamanho continental e ante as limitações orçamentárias dos tribunais, a implantação de um juiz na fase de investigação (e uma consequente secretaria a ele vinculado e onde devem ficar acautelados os autos da investigação) demandaria altos gastos, sendo que naquelas comarcas onde atua um único juiz, a dificuldade para redirecionar a investigação a outro juiz causaria delongas processuais, possíveis nulidades e impunidade, com riscos de prescrição.

A preocupação quanto à forma de implementação do juiz das garantias em comarcas de juízo único é pertinente porque, em geral, as persecuções penais começam por uma investigação policial e, portanto, estas necessitarão de juiz das garantias. Com isso, nas comarcas com um único juiz, este estará automaticamente impedido de atuar na fase processual da persecução, consoante previsão do art. 3º-D, *caput*, do CPP (com eficácia suspensa por liminar do STF).

No aspecto financeiro – que não pode ser ignorado, até porque “não se faz uma reforma processual ampla e séria sem investimento”¹³⁴⁹ – é preciso ponderar que a Lei de Responsabilidade Fiscal fixa em 6% (seis por cento) da receita na União e dos Estados o teto para despesas com pessoal do Poder Judiciário.¹³⁵⁰

Não se pode negar um possível impacto econômico do jaez da pretendida reforma. Aliás, não se pode negar a necessidade de contratação de mais juízes¹³⁵¹ para atender um constante crescente aumento de demandas no Judiciário, especialmente em uma realidade de hiperjudicialização em que ainda é incipiente a solução alternativa de conflitos.

Porém, novamente com razão MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES quando afirma que:

Basear uma crítica na atual falta de recursos, como se essa realidade isentasse de obrigação ou de responsabilidade de cumprir o prometido na Constituição a curto ou a médio prazos (não esqueçamos que a Constituição já tem mais de 20 anos), não serve sequer para oferecer desculpas aos cidadãos pela continuidade desse caos no sistema criminal atual. Também não será argumento razoável ou aceitável pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos ou pela Comunidade

¹³⁴⁹ LOPES JUNIOR, *Direito Processual Penal...* op. cit., p. 159.

¹³⁵⁰ Art. 20, I, alínea “b” e inciso II, alínea “b”, da Lei Complementar n. 101/2001.

¹³⁵¹ Ao final de 2020, havia 22.695 cargos de magistrados criados por lei, sendo 17.988 providos e 4.707 cargos vagos (20,7%). A média de magistrados existentes a cada cem mil habitantes é de 8,5 em 2020 (Na Justiça Estadual, a média cai para 5,84 por cem mil habitantes). No período de 2009 a 2020 esse índice variou pouco: a menor média foi observada em 2009 (8,4) e a maior em 2010 (8,9). Por outro lado, o magistrado brasileiro é extremamente produtivo. Esse indicador tem crescido desde 2014 e atingiu o maior valor da série histórica no ano de 2019, com 2.106 casos baixados por magistrado, e em 2020 retornando ao patamar de 2011-2012, número também afetado pela pandemia de covid-19. Alcançou ainda a média de 1.643 processos baixados por magistrado em 2020, ou seja, uma média de 6,5 casos solucionados por dia útil do ano, sem descontar períodos de férias e BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2021...** op. cit., p. 94 e 117.

Internacional se continuarmos a ser condenados politicamente por esses organismos.¹³⁵²

O CNJ, por meio do estudo “Justiça em Números de 2021”, divulgou dados do ano-base 2020. A força de trabalho do Poder Judiciário em 2020 soma 433.575 profissionais, sendo que desses 17.988 (4,1%) são magistrados em atuação (sendo 12.282 da Justiça Estadual). Há 4.707 cargos vagos de magistrados no país.¹³⁵³ Do montante em atividade, 85,9% atuam no primeiro grau.

Apenas no ano de 2020, ingressaram 1,9 milhões de novos casos criminais, sendo 1,2 milhão (63,2%) na fase de conhecimento de 1º grau, 11 mil (0,6%) nas turmas recursais, 567,6 mil (29,3%) no 2º grau e 133,4 mil (6,9%) nos Tribunais Superiores. Some-se a isso 311,6 mil novas execuções penais no 1º grau. A Justiça Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, com 65,6% da demanda; na área criminal essa representatividade aumenta para 91,1%.¹³⁵⁴

O “Justiça em Números 2021” também aponta o Panorama do Poder Judiciário Nacional. A maior parte das unidades judiciárias pertence à Justiça Estadual com 9.606 varas e juizados especiais (a soma corresponde a 64,7% do total de unidades judiciárias no país) e 2.672 comarcas (48% dos municípios brasileiros são sede da Justiça Estadual). A Justiça Federal está situada em 278 municípios (5%).¹³⁵⁵

O “Justiça em Números 2021” aponta também a existência de 1.803 varas únicas/competência plena em todo o país, que são unidades de jurisdição plena com atribuição para processar todos os tipos de feitos. É o segundo maior número de varas, só sendo superado pelas varas de competência exclusiva cível, que representam 2.346 unidades. Significa que 67,5% das comarcas brasileiras são providas com apenas uma vara sem especialização. Aproximadamente 65% das unidades judiciárias são de juízo único ou de competência exclusiva cível ou criminal. As demais unidades possuem competências específicas que atuam ou na forma exclusiva ou cumulativa com outras especializações. Desse montante, no âmbito estadual, 1.228 são varas exclusivas criminais.¹³⁵⁶

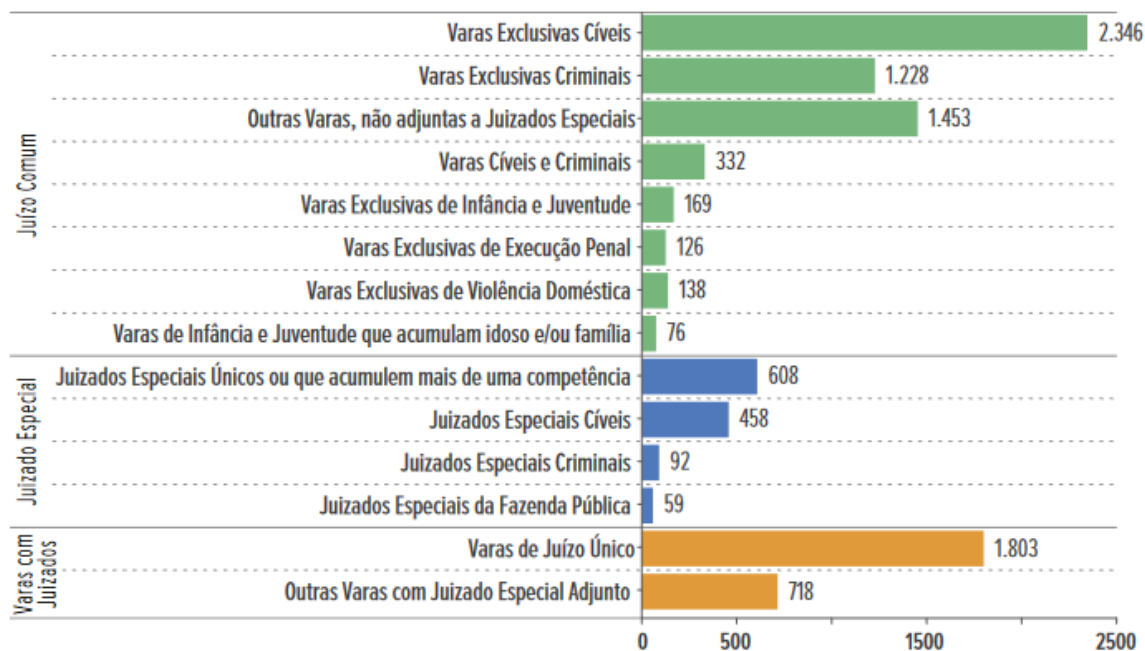
¹³⁵² ZANOIDE DE MORAES, Quem tem medo... op. cit., p. 23.

¹³⁵³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2021**... op. cit., p. 54 e 92-94.

¹³⁵⁴ Ibid., p. 214.

¹³⁵⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2021**... op. cit., p. 32

¹³⁵⁶ Ibid., p. 222. Com a polêmica instaurada com a Lei n. 13.964/2019, o ex-Ministro da Justiça Sérgio Moro afirmou que 40% das comarcas do país contam com apenas um juiz. O CNJ, todavia, corrigiu a informação ao apontar que no Brasil apenas 20% das comarcas possuem um único magistrado (juízo único). CNJ MOSTRA que 20% das varas têm só um juiz, metade do que disse Moro. **Conjur**, 05 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-05/cnj-mostra-20-varas-juiz-metade-disse-moro>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

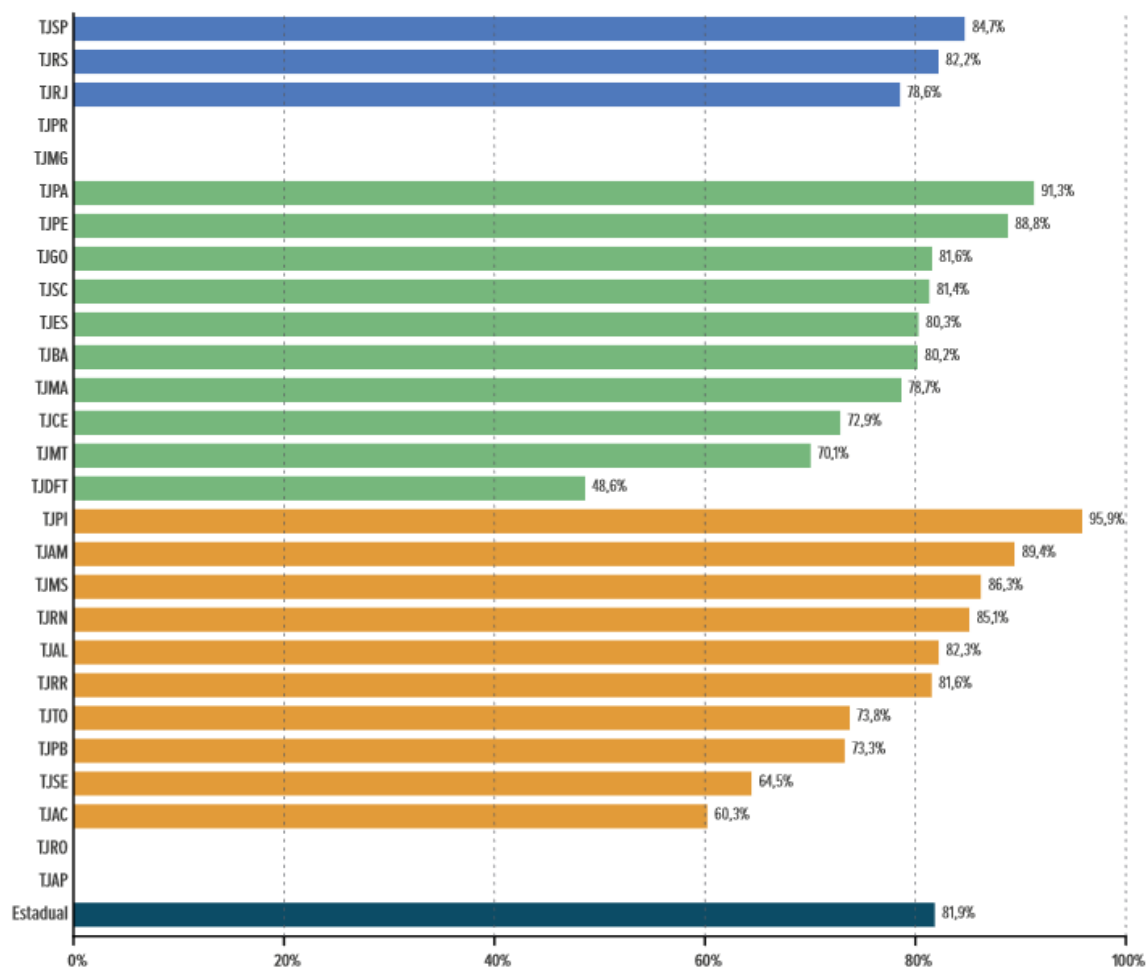
Figura 2 – Unidades judiciárias de 1º grau da Justiça Estadual, por competência

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2021:** ano-base 2020/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2021, p. 222. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Segundo o CNJ, a média nacional de processos criminais em tramitação em varas exclusivas criminais é de 20%. Apenas o TJSC possui mais da metade dos processos criminais em tramitação nas varas exclusivas criminais. O acervo médio nacional por unidade judiciária exclusivamente criminal foi de 1.338 processos, com baixa de 296 por vara. Os valores variam significativamente entre os Tribunais. Destaca-se o TJPI, que tem o maior acervo de processos pendentes em varas exclusivas, totalizando 9.363, o que representa quase 7 vezes a média nacional de acervo em varas exclusivas.

As taxas de congestionamento dos processos de conhecimento nas varas criminais exclusivas são maiores do que outras competências avaliadas e consideravelmente maiores do que a taxa de congestionamento de toda a Justiça em 2020, que é de 74,9%.

Figura 3 – Taxa de congestionamento dos processos de conhecimento criminais nas varas exclusivas criminais, segundo o Tribunal



Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2021:** ano-base 2020/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2021, p. 101 e 240. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.¹³⁵⁷

A radiografia extraída do “Justiça em números” é reveladora, mas um quadro mais preciso para a área criminal é extraído do relatório “Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciárias com competência criminal”. Esses dados foram levantados para subsidiar os trabalhos de estruturação e implementação do juiz das garantias, dentro do âmbito de atuação do Grupo de Trabalho instituído pelo Min. DIAS TOFFOLI, pela Portaria CNJ n. 214/2019.¹³⁵⁸

¹³⁵⁷ A Taxa de Congestionamento é um indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados).

¹³⁵⁸ As informações apresentadas no mencionado relatório foram retiradas do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário - Módulo de Produtividade Mensal, em dezembro de 2019, com referência aos dados atualizados até novembro de 2019. Por esse sistema, os tribunais enviam, mensalmente ao CNJ, dados detalhados de cada unidade judiciária e de cada magistrado, com informações a respeito do fluxo processual e de seus respectivos

Tal relatório tem por objetivo consolidar dados das varas de juízo único e das varas criminais, focando em localidades que possuem apenas uma unidade judiciária com competência criminal. Considera-se vara criminal exclusiva aquela que possua uma ou mais competências criminais (ambiental, combate ao crime organizado, criminal, delitos de trânsito, entorpecentes, Juizado Especial Criminal, Tribunal do Júri e Violência Doméstica) e que não acumule outros ramos do Direito.

A figura abaixo mostra o número de varas de juízo único (aquelas em que o juiz analisa todos os ramos do Direito), as varas criminais exclusivas, as criminais cumulativas (não contadas as de juízo único) e demais varas sem competência criminal:

Figura 4 – Número de unidades judiciárias

Segmento de Justiça	Juízo Único	Criminal Exclusiva	Criminal Cumulativa	Não Criminal	Total
Justiça Estadual	1.920 (19%)	1.360 (14%)	1.620 (16%)	5.146 (51%)	10.046
Justiça Federal	196 (20%)	33 (3%)	198 (20%)	566 (57%)	993
Total Geral	2.116 (19%)	1.393 (13%)	1.818 (16%)	5.712 (52%)	11.039

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciárias com competência criminal.** Brasília: CNJ, 2020, p. 8. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciarias-com-competencia-criminal.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Observa-se, ainda, na tabela seguinte que mais da metade das comarcas e das subseções judiciárias são constituídas de juízo único. Evidencia também locais que possuem mais de uma vara em funcionamento, mas que somente uma delas possui competência para julgar e processar feitos criminais. Essa situação ocorre em 11% dos casos da Justiça Estadual e 14% da Justiça Federal. Outrossim, da tabela extrai-se também locais com mais de uma vara com competência criminal, esta situação ocorrente em Comarcas e Seções Judiciárias de maior porte.

índices de produtividade. *In:* BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciárias com competência criminal.** Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciarias-com-competencia-criminal.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Figura 5: Número de comarcas ou subseções judiciárias com uma única unidade judiciária de competência mista ou criminal

Segmento de Justiça	Comarcas/ Subseções jud. (dez/2018)*	Localidades com varas ativas (nov/2019)**	Localidades com juízo único***	Localidades com apenas 1 vara com competência criminal, exceto juízos únicos (cumulativa ou não)	Localidades com mais de 1 vara com competência criminal (cumulativa ou não)
Justiça Estadual	2.702	2.663	1.563 (59%)	286 (11%)	814 (31%)
Justiça Federal	279	278	155 (56%)	38 (14%)	85 (31%)

Fonte: CNJ / DPJ. Módulo de Produtividade Mensal. Elaboração própria.

* Dados do Justiça em números considerando valores agregados informados pelos tribunais;

** Considerando a relação analítica das varas e municípios-sede, ou seja, as comarcas e subseções que possuam pelo menos uma vara em funcionamento;

*** Em algumas comarcas, há mais de uma vara assinalada como juízo único por não haver distinção de competências e, por isso, o número de localidades com juízo único difere do número de varas de juízo único. Localidades com duas ou mais varas de juízo único foram consideradas como comarcas/subseções com mais de uma vara com competência criminal.

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciárias com competência criminal.** Brasília: CNJ, 2020, p. 8. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciarias-com-competencia-criminal.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

O relatório traz, ainda, pesquisa detalhada para cada Estado:

Figura 6 – Número de comarcas com uma única unidade judiciária de competência mista ou criminal, por Tribunal de justiça de portes grande e médio, ano 2019

Grupo	Tribunal de Justiça	Comarcas (dez/2018)	Localidades com varas ativas (nov/2019)	Localidades com juízo único		Localidades com apenas 1 vara com competência criminal, exceto juízos únicos		Localidades com mais de 1 vara com competência criminal	
Grande porte	São Paulo	320	319	115	36%	40	13%	165	52%
	Rio de Janeiro	81	84	39	46%	1	1%	41	49%
	Minas Gerais	296	296	176	59%	2	1%	118	40%
	Rio Grande do Sul	165	165	79	48%	0	0%	86	52%
	Paraná	161	158	81	51%	34	22%	46	29%
Médio porte	Bahia	203	200	123	62%	60	30%	20	10%
	Santa Catarina	111	111	50	45%	46	41%	15	14%
	Distrito Federal	16	15	0	0%	4	27%	12	80%
	Goiás	131	127	75	59%	15	12%	41	32%
	Pernambuco	150	150	109	73%	17	11%	24	16%
	Espírito Santo	69	69	38	55%	15	22%	16	23%
	Ceará	184	154	113	73%	0	0%	71	46%
	Mato Grosso	79	79	48	61%	10	13%	21	27%
	Pará	112	113	86	76%	14	12%	12	11%
Maranhão	107	110	79	72%	0	0%	28	25%	

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciárias com competência criminal.** Brasília: CNJ, 2020, p. 9. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciarias-com-competencia-criminal.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Figura 7 – Número de comarcas com uma única unidade judiciária de competência mista ou criminal, por Tribunal de justiça de pequeno porte, ano 2019

Grupo	Tribunal de Justiça	Comarcas (dez/2018)	Localidades com varas ativas (nov/2019)	Localidades com juízo único		Localidades com apenas 1 vara com competência criminal, exceto juízos únicos		Localidades com mais de 1 vara com competência criminal	
Pequeno porte	Paraíba	78	78	53	68%	1	1%	24	31%
	Mato Grosso do Sul	54	55	28	51%	1	2%	25	45%
	Rio Grande do Norte	58	58	42	72%	0	0%	16	28%
	Rondônia	23	22	8	36%	0	0%	15	68%
	Sergipe	39	40	28	70%	3	8%	8	20%
	Amazonas	61	61	50	82%	0	0%	11	18%
	Piauí	69	66	47	71%	3	5%	19	29%
	Alagoas	55	55	43	78%	5	9%	7	13%
	Tocantins	42	42	29	69%	9	21%	4	10%
	Acre	18	18	11	61%	5	28%	2	11%
	Amapá	12	10	6	60%	1	10%	5	50%
	Roraima	8	8	7	88%	0	0%	1	13%
	Justiça Estadual	2.702	2.663	1.563	59%	286	11%	853	32%

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciárias com competência criminal**. Brasília: CNJ, 2020, p. 10. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciarias-com-competencia-criminal.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Da mesma forma, o mesmo estudo foi realizado em relação a cada um dos Tribunais Regionais Federais:

Figura 8 – Número de subseções judiciárias com uma única unidade judiciária de competência mista ou criminal, por Tribunal Regional Federal, ano 2019

Tribunais Regionais Federais	Subseções Judiciárias (dez/2018)	Localidades com varas ativas (nov/2019)	Localidades com juízo único		Localidades com apenas 1 vara com competência criminal, exceto juízos únicos		Localidades com mais de 1 vara com competência criminal	
1ª Região	96	97	78	80%	2	2%	16	16%
2ª Região	26	25	12	48%	3	12%	11	44%
3ª Região	51	51	16	31%	9	18%	26	51%
4ª Região	63	62	26	42%	22	35%	15	24%
5ª Região	43	43	23	53%	2	5%	18	42%
Justiça Federal	279	278	155	56%	38	14%	86	31%

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciárias com competência criminal.** Brasília: CNJ, 2020, p. 10. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciarias-com-competencia-criminal.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

O relatório também traz dados sobre o grau de rotatividade dos juízes em uma mesma vara, desconsiderando-se as substituições de até 60 dias no ano, evitando-se computar períodos de substituição automática em casos de férias. Concluiu-se que, no total geral (Justiça Estadual e Justiça Federal), no ano de 2018, em apenas 19% das unidades judiciárias atuaram um único juiz, sem qualquer sistema de substituição. Dito de outro modo, em 81% das unidades judiciárias, registrou-se a atuação de dois ou mais juízes¹³⁵⁹.

O estudo ainda apontou que, na seara estadual, no montante de comarcas de varas únicas, tem-se um percentual de 17% de casos novos (processos criminais) e 14% de procedimentos investigatórios (aqui incluídos inquéritos, autos de prisão em flagrante, termos circunstanciados, representação criminal/notícia crime).

¹³⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Dados estatísticos de estrutura...** op. cit., p. 13.

Figura 9 – Número de procedimentos investigatórios e casos novos por tipo de comarca, Justiça Estadual, ano 2018

Tipo de Comarca	1º Grau		Juizados Especiais		Percentual de Casos Novos	Percentual de Procedimentos Investigatórios
	Casos Novos de Conhecimento Criminais	Procedimentos Investigatórios Novos	Casos Novos de Conhecimento Criminais	Procedimentos Investigatórios Novos		
Comarcas de varas únicas	214.680	222.890	33.847	80.339	17%	14%
Comarcas com uma vara criminal	110.957	133.584	41.481	62.363	10%	13%
Comarcas com mais de uma vara criminal	935.497	923.600	213.551	381.337	73%	73%
Total	1.261.134	1.280.074	288.879	524.039	100%	100%

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciárias com competência criminal**. Brasília: CNJ, 2020, p. 17. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciarias-com-competencia-criminal.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Já na seara federal, nas subseções de varas únicas, tem-se 26% de casos novos e 36% de procedimentos investigatórios.

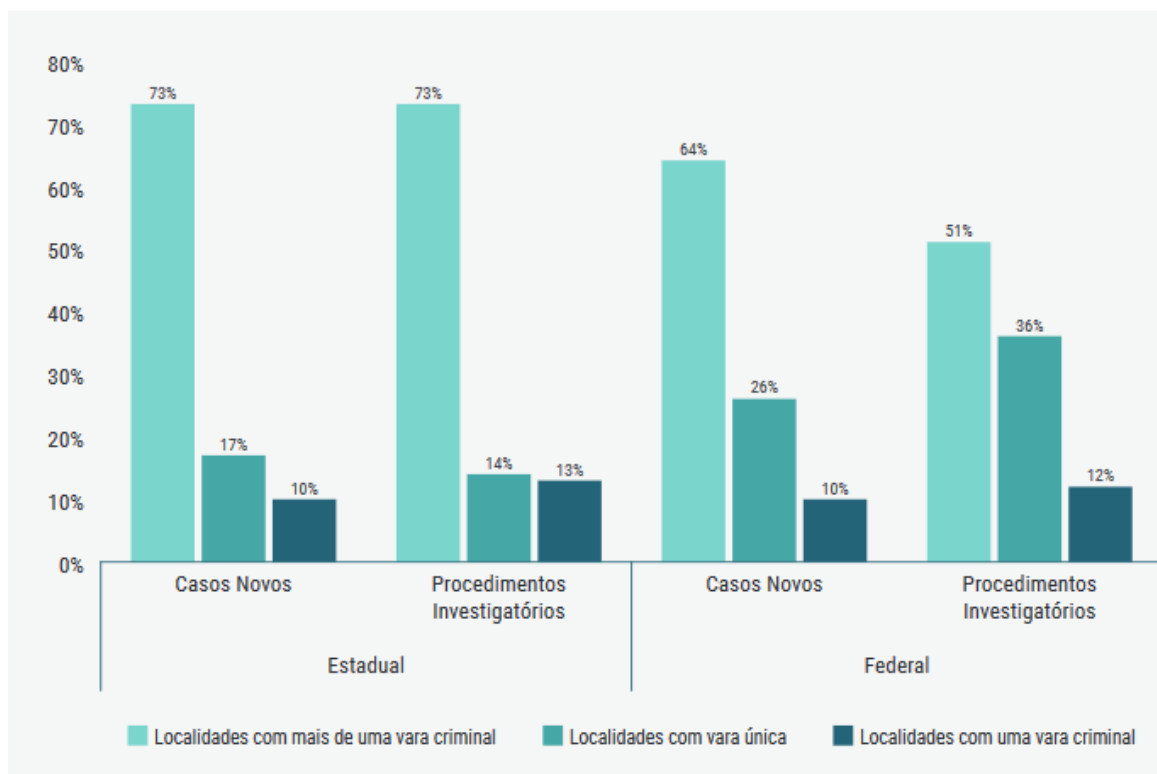
Figura 10 – Número de procedimentos investigatórios e casos novos por tipo de comarca, Justiça Federal, ano 2018.

Tipo de Subseção Judiciária	1º Grau		Juizados Especiais		Percentual de Casos Novos	Percentual de Procedimentos Investigatórios
	Casos Novos de Conhecimento Criminais	Procedimentos Investigatórios Novos	Casos Novos de Conhecimento Criminais	Procedimentos Investigatórios Novos		
Subseção de varas únicas	25.450	19.733	446	382	26%	36%
Subseção com uma vara criminal	7.201	9.648	243	43	10%	12%
Subseção com mais de uma vara criminal	53.011	58.109	749	433	64%	51%
Total	85.662	87.490	1.438	858	100%	100%

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciárias com competência criminal**. Brasília: CNJ, 2020, p. 17. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciarias-com-competencia-criminal.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

O relatório conclui que o maior número de distribuição de casos novos e procedimentos investigatórios encontra-se nas unidades com mais de uma vara criminal.

Figura 11 – Percentual de casos novos e de procedimentos investigatórios iniciados no ano de 2018 segundo o tipo de comarca ou subseção judiciária



Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciárias com competência criminal.** Brasília: CNJ, 2020, p. 18. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciarias-com-competencia-criminal.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Dos dados apresentados, extrai-se que embora tenhamos magistrados com alta produtividade, é também alto o número de novos casos criminais a cada ano e alta a taxa de congestionamento nas varas criminais. Por isso, legítima é a preocupação de como alinhar eficiência e garantismo e os impactos que a cisão da atuação judicial possa causar nos índices acima apontados.

Do relatório “Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciárias com competência criminal” extrai-se que o maior número de distribuição de casos novos e procedimentos investigatórios encontram-se nas unidades com mais de uma vara criminal. Além disso, do relatório é possível extrair que não é incomum as substituições de juízes, pressupondo-se haver já uma prévia organização dos Tribunais para efetivar tais substituições quando necessárias.

No tópico seguinte, ciente dessa realidade nacional, passa-se a avaliar os modelos possíveis para implementação do juiz das garantias.

5.5.4.2. Modelos possíveis para implementação do juiz das garantias

O Min. DIAS TOFOLLI, quando da apreciação da medida cautelar em ADI, determinou a criação de um grupo de estudos¹³⁶⁰ no âmbito do CNJ para acolhimento de sugestões para implementação e elaboração de uma Minuta de Resolução, viabilizando a implantação da inovação na hipótese de superação dos argumentos nas ações direta de inconstitucionalidade. Após uma consulta pública, o CNJ divulgou as principais sugestões,¹³⁶¹ que vão desde a criação de centrais de inquérito,¹³⁶² até a adoção de rodízios e não atuação do juiz das garantias em casos como Lei Maria da Pena e Tribunal do Júri.

O Grupo de Trabalho concluiu seu mister em junho de 2020, apresentando uma Minuta de Resolução, facultando aos Tribunais, no exercício de sua autonomia administrativa e financeira, definir a estrutura e o funcionamento do instituto do juiz das garantias, consideradas suas particularidades demográficas, geográficas, administrativas e financeiras. A Minuta prevê quatro possíveis hipóteses para adoção do juiz das garantias: a) especialização; b) regionalização; c) rodízio entre juízos e d) rodízio entre juízes, em todos

¹³⁶⁰ Por meio da Portaria n. 214, de 26 de dezembro de 2019, foi instituído o Grupo de Trabalho para elaboração de estudo relativo “aos efeitos da aplicação da lei n. 13.964/2019, nos órgãos do Poder Judiciário Brasileiro”. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original141903202001105e1887d73478a.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹³⁶¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **A Implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Release-questiona%CC%81rio-Juiz-de-garantias-21-jan.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022. Nesse ponto, o Procurador-Geral da República, em parecer AJCONST/PGR n. 88811/2021, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF, datado de 19/03/2021, pede a manutenção da suspensão da eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F do CPP, com redação da Lei 13.964/2019, *até que o Conselho Nacional de Justiça estabeleça regulamento uniforme para a implantação do juiz das garantias em âmbito nacional*, providência essa que parece ser atingida com a Minuta de Resolução do CNJ. Parecer da Procuradoria-Geral da República AJCONST/PGR n. 88811/2021, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF, de lavra do Procurador-Geral da República Augusto Aras, datado de 19/03/2021 *In*: BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF...** op. cit.

¹³⁶² No Brasil, são sete os Tribunais de Justiça com centrais ou departamentos de inquéritos policiais: (DIPO (Departamento de Inquérito Policial), em São Paulo; TJAM (capital + 22 no interior); TJGO (capital); TJMA (São Luís e Imperatriz); TJMG (capital); TJPA (capital); TJPI (capital)). Quanto ao DIPO (Departamento de Inquérito Policial), muito se assemelha com o que se espera de um juiz das garantias, embora na sua concepção, anterior à Constituição Federal de 1988, não houvesse propriamente uma preocupação com a proteção aos direitos fundamentais do investigado/suspeito. A sua criação está mais voltada para a racionalização da demanda crescente dos inquéritos policiais e melhor divisão de trabalhos, atuando os juízes do DIPO em todos os atos próprios da fase investigativa (inclusive audiência de custódia) até a análise do pedido de arquivamento do inquérito policial. Oferecida a denúncia, cessa a competência daquele setor especializado. *In*: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Dados estatísticos...** op. cit., p. 14-15.

os casos com a adoção preferencial do sistema eletrônico de tramitação dos procedimentos.¹³⁶³

Segundo a Minuta, nas comarcas e subseções judiciárias com mais de uma vara, as quatro possibilidades poderiam ser organizadas (art. 3º). Uma possível solução viável seria a especialização, com a implementação de centrais ou varas de inquérito.¹³⁶⁴ Seria possível cogitar da criação da nova vara ou de transformação de competência de unidade judiciária já existente. Se não for possível tal especialização, poder-se-ia cogitar, também, de “círculos” de atuação de juiz das garantias, ou seja, o juiz de uma vara é o juiz das garantias da outra (ex: o juiz da 1ª vara criminal é o juiz das garantias da 2ª vara criminal; o da 2ª vara criminal é o juiz das garantias da 3ª vara criminal e assim por diante).

Nas varas onde há apenas uma vara com competência criminal, ou bem o juiz da vara não criminal passaria a ser o juiz das garantias do juiz da vara criminal (distribuição cruzada) ou essa vara criminal (que doravante passaria a ser somente de instrução e julgamento) passaria a ser englobada por um juiz de garantias regionalizado.

Já em comarca ou subseção judiciária com vara única, a Minuta de Resolução sugere a adoção de regionalização, rodízio entre comarcas ou subseções contíguas ou próximas ou, ainda, rodízio entre juízes lotados na respectiva comarca ou subseção judiciária (art. 4º).

Acredita-se que, dentre as opções apresentadas, a melhor solução seria a criação de polos ou núcleos regionalizados.¹³⁶⁵ Nesse ponto, andou bem o projeto do novo CPP ao estipular que “[A] competência territorial do juiz das garantias poderá abranger mais de uma circunscrição judiciária, conforme dispuserem as normas de organização competentes, sem prejuízo de outras formas de substituição”,¹³⁶⁶ não havendo previsão semelhante na Lei n. 13.964/2019.

Com a adoção de polos ou núcleos regionalizados, ocorrido o fato tido como delituoso, iniciada a investigação criminal, o feito seria distribuído normalmente na unidade judiciária de acordo com os critérios de fixação de competência, porém, pelo sistema informatizado seria remetido ao juiz de garantias regionalizado. Posteriormente, recebida a peça acusatória, os autos (observado o art. 3º-C, § 3º, do CPP) seriam remetidos ao juiz da instrução e julgamento, igualmente via sistema informatizado.

¹³⁶³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **A Implantação do Juiz...** op. cit.

¹³⁶⁴ Na Minuta, chamadas de “Vara das Garantias Especializada ou de Núcleo ou Central das Garantias Especializada”, conforme art. 3º, da Minuta de Resolução. Idem.

¹³⁶⁵ Na Minuta, chamadas de “Vara das Garantias Regionalizada ou de Núcleo ou Central das Garantias Regionalizada”, abrangendo região formada por duas ou mais comarcas ou subseções judiciárias, conforme art. 6º da Minuta de Resolução.

¹³⁶⁶ Cfr quadro apresentada no item 5.4, supra.

A Minuta procura sanar uma preocupação, estabelecendo que a definição da região judiciária deve observar: a) a distância entre as comarcas ou subseções judiciárias em relação à sede da unidade regionalizada; b) a facilidade de acesso à sede da unidade regionalizada por meio de rodovias ou outras vias de circulação célere. Tais critérios têm por objetivo assegurar a realização presencial da audiência de custódia.

Contudo, nesse ponto divergimos da proposta da Minuta,¹³⁶⁷ entendendo essencial a liberação da videoconferência também para as audiências de custódia, com as cautelas previstas na Resolução n. 357 do CNJ,¹³⁶⁸ lembrando-se que para as demais audiências da fase de investigação não há vedação expressa para seu uso.

A Minuta traz, ainda, duas possibilidades consistentes em rodízio entre juízos e comarcas ou subseções judiciárias (art. 7º) e rodízio entre juízes (art. 8º). Em ambos os casos, tais rodízios poderão considerar um tabelamento de designações pré-determinadas para substituição nos casos de impedimento, suspeição, férias, afastamentos, entre outros; distribuição aleatória, por meio de sistema informatizado ou regime de plantão.

Uma atenção especial deve ser dada aos juízes que atuam em regime de plantão (art. 9º) nas regionalizadas, de forma a minimizar impedimentos decorrentes do art. 3º-D do CPP. Assim, por exemplo, se o plantonista for o substituto do juízo competente, não poderá atuar na instrução na ausência do juiz titular. Por outro lado, acaso o titular participe de um rodízio no núcleo regionalizado, deve-se ponderar um impedimento “reverso”, no sentido de que o

¹³⁶⁷ A Minuta de resolução para implantação do juiz de garantias insiste na vedação do uso de videoconferência, consoante disposto no art. 2º, § 3º: “§ 3º A partir do modelo utilizado pelo Tribunal, as audiências sob competência do juiz das garantias poderão, excepcionalmente, ser realizadas por meio de videoconferência, excetuada a audiência de custódia”.

¹³⁶⁸ “Art. 1º O art. 19 da Resolução CNJ n. 329/2020 passa a vigorar com as seguintes alterações: “art. 19. Admite-se a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ n. 213/2015, quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. § 1º Será garantido o direito de entrevista prévia e reservada entre o preso e advogado ou defensor, tanto presencialmente quanto por videoconferência, telefone ou qualquer outro meio de comunicação. § 2º Para prevenir qualquer tipo de abuso ou constrangimento ilegal, deverão ser tomadas as seguintes cautelas: I – deverá ser assegurada privacidade ao preso na sala em que se realizar a videoconferência, devendo permanecer sozinho durante a realização de sua oitiva, observada a regra do § 1º e ressalvada a possibilidade de presença física de seu advogado ou defensor no ambiente; II – a condição exigida no inciso I poderá ser certificada pelo próprio Juiz, Ministério Público e Defesa, por meio do uso concomitante de mais de uma câmera no ambiente ou de câmeras 360 graus, de modo a permitir a visualização integral do espaço durante a realização do ato; III – deverá haver também uma câmera externa a monitorar a entrada do preso na sala e a porta desta; e IV – o exame de corpo de delito, a atestar a integridade física do preso, deverá ser realizado antes do ato”. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 357, de 26 de novembro de 2020**. Dispõe sobre a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3595>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

titular de uma vara não atue naqueles flagrantes e inquéritos distribuídos para a sua comarca.¹³⁶⁹ São questões pontuais, mas solucionáveis, mediante uma gestão adequada.

De toda sorte, se o Tribunal optar por criação de cargos, funções e unidades judiciárias, deve ser observada a Resolução n. 184, de 06 de dezembro de 2013, do Conselho Nacional de Justiça.¹³⁷⁰ Assim, os Tribunais devem encaminhar cópia de Anteprojeto de lei para criação de cargos de magistrados e servidores, bem como unidades judiciárias, constando, inclusive, a estimativa do impacto orçamentário-financeiro e simulação de despesas com pessoal. O CNJ, na sequência, ponderando os critérios matemáticos constantes na Resolução, elabora nota técnica ao Poder Legislativo. Observe-se que, segundo o art. 8º, § 3º, da mencionada Resolução, o “CNJ pode manifestar-se favoravelmente à criação de unidades judiciárias com jurisdição especializada, quando a especificidade do caso justificar”. Mas a Resolução também prevê que excepcionalmente poderá o CNJ relativizar os critérios estabelecidos na Resolução quando a “análise das peculiaridades do caso concreto o exigir” (art. 11).

Portanto, no âmbito dos estudos de cada Tribunal é que será possível aferir qual é o modelo adequado à realidade local. A Minuta de Resolução do CNJ, amparada em dados estatísticos, demonstra que há soluções em vista para a implementação.

Com isso, concordamos com o Min. DIAS TOFFOLI ao concluir que os dados apresentados pelo Grupo de Trabalhos demonstram que “o Poder Judiciário brasileiro dispõe sim de estrutura capaz de tornar efetivos os juízos de garantia”, asseverando que a questão não é de reestruturação e sim de “reorganização da estrutura já existente”, com “divisão funcional de competência já existente”,¹³⁷¹ observados critérios objetivos e prévios para assegurar a independência judicial, evitando-se designações ao alvedrio da cúpula do Tribunal, direcionadas a um determinado perfil judicial, uma vez que na fase de investigação também incide a garantia do juiz natural.¹³⁷²

¹³⁶⁹ É a ideia contida no art. 7º, § 1º, da Minuta de Resolução, segundo o qual: “A designação por meio de rodízio diz respeito à definição do juízo sobre o qual recairá as funções de juiz das garantias, de modo a preservar que a competência do juízo da fase de instrução processual seja determinada pelo lugar da infração e demais critérios previstos nos arts. 70 e seguintes do Código de Processo Penal”. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **A Implantação do Juiz...** op. cit.

¹³⁷⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 184, de 06 de dezembro de 2013.** Dispõe sobre critérios para criação de cargos, funções e unidades judiciárias no âmbito do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_184_06122013_09122013130258.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹³⁷¹ STF. **ADI 6298 MC/DF...** op. cit., p. 25.

¹³⁷² Percebe-se, no art. 5º, § 3º, da Minuta, a preocupação com a garantia do juiz natural: “§ 3º O Núcleo ou Central das Garantias deverá ser formado por magistrados designados por meio de critérios objetivos, conforme as normas de organização judiciária das unidades federativas, podendo ser previstos, entre outros: I – exercício

A experiência paulista, com a criação do DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais), onde atuam juízes para as medidas da fase investigativa, demonstra que é possível a execução de um juízo de garantias.¹³⁷³ Mas não é impossível implementar o juiz das garantias em comarcas de menor porte, desde que com regras prévias, precisas e bem definidas de rodízios, distribuição cruzada, regionalização e o concomitante uso dos processos eletrônicos e o uso da informática, que diminui distâncias e agiliza a prestação jurisdicional e evidenciam soluções viáveis alternativas ao mero argumento de necessidade de contratação de mais juízes, para dobrar o número de juízes por vara criminal.

Cediço que as demandas são inúmeras e os recursos limitados. Por isso, há que se buscar soluções internas¹³⁷⁴ e em tempo razoável para implementação do juiz das garantias.

em função jurisdicional no âmbito criminal e de execução penal; II – autoria de publicações, pesquisas acadêmicas e produção acadêmica nas áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia; e III – afinidade e interesse, considerando participação em cursos e capacitações, assim como promoção de outras ações na esfera da justiça criminal”.

¹³⁷³ A Lei n. 4.289, de 10 de outubro de 1984, criou, na capital paulistana, dois ofícios de inquéritos policiais, que foram os precursores do DIPO. No art. 2º, da referida lei, estipulou-se que tais Ofícios de Inquéritos Policiais tinham atribuições no “processamento de Inquéritos e seus incidentes e nos ‘habeas corpus’”. Naquele mesmo ano, o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento n. CLXVII/84 que instituiu o “Serviço de Inquéritos Policiais, para o foro central da Comarca da Capital”. Observe-se que a criação do serviço especializado ocorreu antes da Constituição Federal de 1988. Portanto, a criação não foi pensada inicialmente na proteção de direitos fundamentais, mas sim, em uma melhor divisão de trabalho, uma maior racionalização na operacionalização dos inquéritos policiais, cuja necessidade foi sentida já àquela época. Atente-se, ainda, para a prévia distribuição e, após registrados, os inquéritos, incidentes e pedidos de *habeas corpus* deveriam ser encaminhados ao Serviço de Inquéritos Policiais. Importa destacar que: a) todos os atos próprios da fase investigativa e incidentes daquela fase até a análise do pedido de arquivamento do inquérito policial são atribuições do Setor de Inquéritos Policiais; b) oferecida a denúncia, cessa a competência daquele setor especializado. Na sequência, sobreveio o Provimento n. CCXXXIII – 233/85 que, com o objetivo de reorganizar os serviços do Setor de Inquéritos Policiais e *Habeas Corpus*, cria o DIPO (Departamento Técnico de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária), com a estrutura que especifica. Por fim, o Provimento n. 508/94 estabeleceu que “Os Juizes do Departamento de Inquéritos Policiais da Capital processarão os inquéritos policiais da competência do Foro Criminal Central, previamente distribuídos às Varas criminais, até a apresentação da denúncia, com competência jurisdicional plena”. Assim, oferecida a denúncia, os autos são remetidos à vara criminal previamente sorteada para o feito, acompanhados do inquérito policial, para análise do juízo de admissibilidade da ação penal. Porém, não há regra de impedimento para que o juiz atuante no DIPO não possa integrar a fase processual. Em suma, a preocupação com a instituição do DIPO não é com a proteção aos direitos fundamentais do investigado/suspeito, até porque a origem do DIPO remonta a 1983, antes da promulgação da Constituição Cidadã de 1988. A sua criação está mais voltada para a racionalização da demanda crescente dos inquéritos policiais e melhor divisão de trabalhos. Desta forma, pretendeu-se que o juiz do processo, atuante nas varas criminais da capital, pudesse se dedicar à instrução processual. Assim como em São Paulo, algumas outras capitais se estruturaram na criação de vara especializadas na tramitação de inquéritos, citando-se Belo Horizonte, Curitiba, Vitória, sendo que nas duas últimas capitais foram extintas.

¹³⁷⁴ Segundo Aury Lopes Júnior, diversas medidas podem contribuir para a implantação do novo modelo, citando-se: a) rodízio entre os juízes (para que ninguém se sinta um subjuiz por só atuar na investigação preliminar); b) alargamento da competência do juiz das garantias (na organização judiciária de cada Estado), para que ele atue também no JECrim, na vara de família etc., não sobrecarregando os demais; c) a regionalização do juiz das garantias (em Comarcas pequenas, um juiz pode atender as cidades próximas, até que seja superado o problema das Comarcas únicas). Para o autor, o que não se deve é pactuar com o fim (ou melhor, abortamento) desta importante figura (que não é nenhuma novidade, basta olhar Portugal e Itália) e, ainda, como que é pior, com a morte do núcleo acusatório (e a consequente atribuição de poderes

Na era de inquéritos e processos virtuais,¹³⁷⁵ plenamente possível imaginar que sequer haveria necessidade de deslocamento do juiz das garantias, decidindo remotamente. O uso da tecnologia, inquérito digitalizado e da videoconferência, o que, aliás, já é uma realidade no Judiciário,¹³⁷⁶ indica que é plenamente possível a implementação do juiz das garantias, superando-se dificuldades estruturais, afastando a visão simplista e sem criatividade do alardeado impacto orçamentário.

5.5.4.3. Despesas com informatização e reflexos da pandemia COVID-19

O “Justiça em números” indica que a série histórica de gastos com informática apresentou tendência de crescimento entre os anos de 2009 e 2014 e se manteve estável, com sutis oscilações, nos últimos seis anos. Em 2019, investiu-se R\$ 2,28 bilhões em informatização do Poder Judiciário, enquanto em 2020 houve uma queda nos investimentos para R\$ 2,09 bilhões.¹³⁷⁷

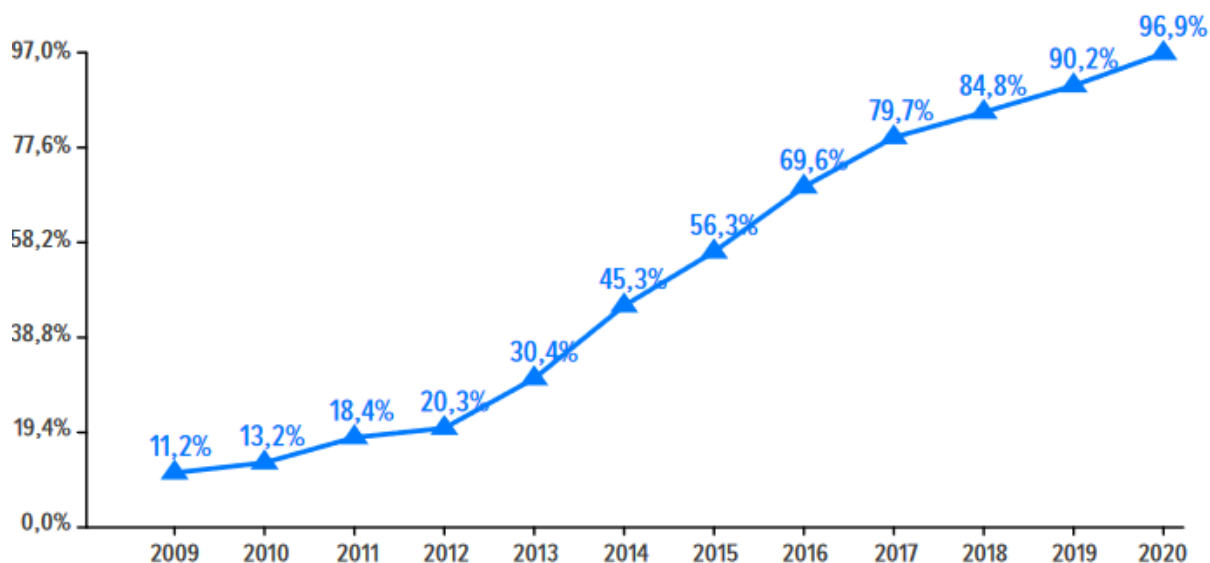
Os dados informados pelo CNJ mostram uma curva acentuada de crescimento do percentual de casos novos eletrônicos, sendo que no último ano o incremento foi de 6,6 pontos percentuais. Assim, o percentual de adesão já atinge 96,9%. Durante o ano de 2020, apenas 3,1% do total de processos novos ingressaram fisicamente. Em apenas um ano, constataram-se 21,8 milhões de casos novos eletrônicos.

investigatórios aos juízes). Isso, segundo o autor, seria o absurdo total desde a perspectiva de um processo penal democrático. *In*: LOPES JÚNIOR, Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 [E mais algumas preocupações]. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, ed. espec. ago. 2010, p. 8-9.

¹³⁷⁵ A Minuta traz, em seus arts. 10 e 11, atualizações do módulo criminal dos sistemas processuais judiciais adotados pelos Tribunais, com novas funcionalidades para abarcar as alterações trazidas pela Lei n. 13.964/2019.

¹³⁷⁶ Em função da pandemia, foi criado, no âmbito do CNJ, um Grupo de Trabalho (GT) para avaliar os impactos da Covid-19 no cumprimento das metas nacionais do Poder Judiciário. O grupo foi instituído por meio da Portaria CNJ n. 74, de 6 de maio de 2020. Apurou que reuniões, audiências, sessões de julgamento e outras atividades foram realizadas por videoconferências por meio de diversos aplicativos: a ferramenta mais recomendada pelos tribunais foi a plataforma emergencial de atos processuais do CNJ – Cisco Webex, por 55% dos participantes; seguida pelo Google Meet, indicada por 40% dos participantes; Teams e Zoom receberam respectivamente 19% e 18% de recomendações e o Skype 3%. Ainda, 24% informaram a utilização de outras plataformas, como Lifesize, Jitsi, Zimbra, 2Meet, Polycom, WhatsApp, Oversee, Avaya Equinox, Openrainbow, Trueconf e Avaya. *In*: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Avaliação dos impactos da pandemia causada pela covid-19 nos processos de trabalho dos tribunais**. Brasília: CNJ, 2020. p. 14. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Impactos-Covid_V3_19082020.pdf. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹³⁷⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2021...** op. cit., p. 80-81.

Figura 12 – Série histórica do percentual de processos eletrônicos

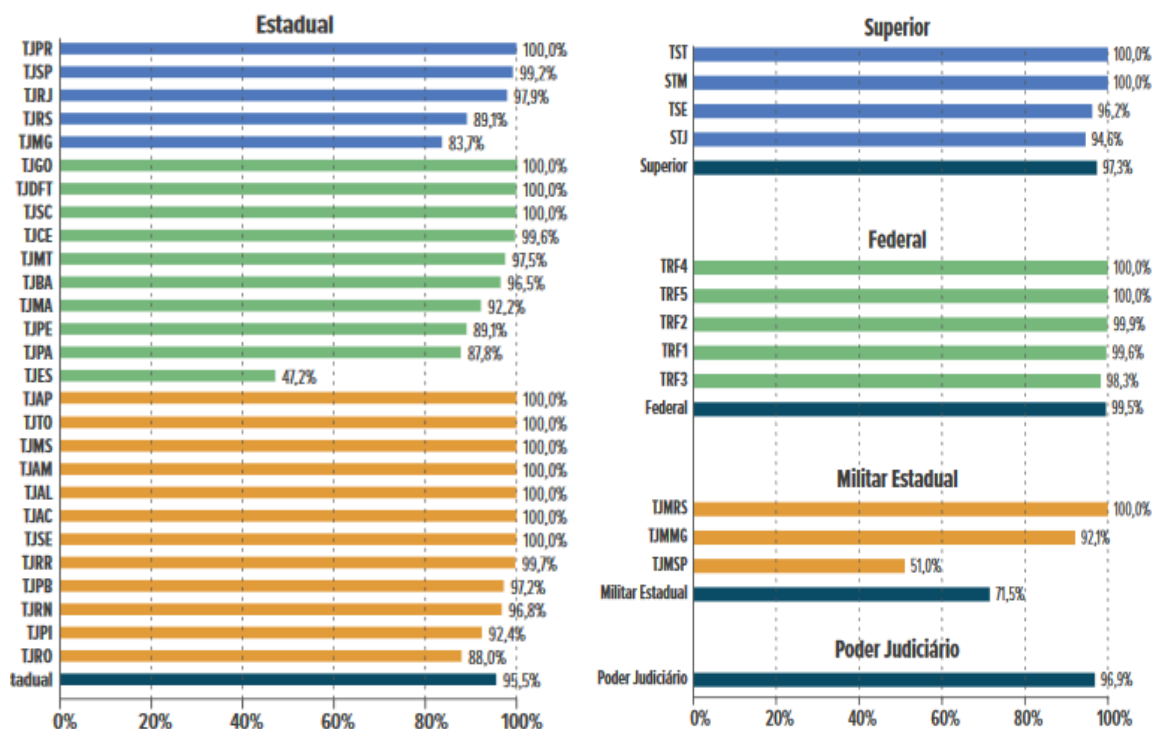
Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2021:** ano-base 2020/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2021, p. 127. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.¹³⁷⁸

Os dados estatísticos demonstram a inevitabilidade dos processos virtuais, o que já é realidade em muitos Tribunais,¹³⁷⁹ com cronograma de implementação para todo o país, consoante se extrai da Resolução n. 185/2013 do CNJ, em cumprimento à Lei n. 11.419/2006 que dispõe sobre a informatização do processo judicial.

¹³⁷⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2021...** op. cit., p. 130..

¹³⁷⁹ O “Justiça em números 2021” destaca a Justiça Trabalhista, segmento com maior índice de virtualização dos processos (100% em 1º grau e 99,9% em 2º grau). Em 2020, a Justiça Estadual possui o menor percentual de casos novos eletrônicos, tendo apenas um tribunal abaixo de 50%, o TJES. A Justiça Militar Estadual começou a implantação do PJe ao final de 2014 e abarca 71,5% dos casos novos. Na Justiça Federal, 99,5%, e na Justiça Estadual, 95,5%.

Figura 13 – Percentual de casos novos eletrônicos, por Tribunal



Fonte: Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2021:** ano-base 2020/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2021, p. 134. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

A necessidade de digitalização, que já vinha sendo implementada, sofreu forte pressão com o advento da pandemia do COVID-19 que trouxe ao Judiciário uma realidade irrefreavelmente nova de uso de recursos tecnológicos que, certamente, vieram para ficar.¹³⁸⁰ Apesar de limitações conjunturais do período causadas pela necessidade de isolamento e impossibilidade de realização de atos presenciais, o Poder Judiciário brasileiro, em ritmo acelerado, prontamente ofertou diversas medidas inovadoras e tecnológicas com a finalidade de minimizar os impactos da pandemia. A pandemia obrigou servidores e magistrados, outrora habituados às rotinas presenciais, ao regime de teletrabalho, com acesso aos sistemas e rede do respectivo Tribunal, ferramentas eletrônicas, acesso à sistemas por meio da

¹³⁸⁰ Durante a pandemia, foi possível acompanhar, semanalmente, a produtividade do Poder Judiciário em regime de teletrabalho em razão do COVID-19. No Brasil, durante o período da COVID-19, de 01/06/2020 até 14/11/2021, o Judiciário proferiu 50,7 milhões de sentenças e acórdãos, e 77 milhões de decisões judiciais, o que demonstra uma resposta rápida e substancial a esse período de emergência sanitária. *In:* BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Produtividade Semanal do Poder Judiciário:** Regime de teletrabalho em razão do COVID-19. Brasília: CNJ, [s/d]. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ba21c495-77c8-48d4-85eccd2f707b18c&sheet=b45a3a06-9fe1-48dc-97ca-52e929f89e69&lang=pt-BR&opt=cursel&select=clearall>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

disponibilização de VPNs (Virtual Private Network) e acesso a armazenamento de arquivos em nuvem para seus colaboradores em regime de trabalho remoto.¹³⁸¹

Nesse sentido, o atendimento virtual é uma realidade sem retorno, citando-se, como exemplo dessa nova realidade, o Juízo 100% Digital, o Balcão Virtual, o Programa Justiça 4.0 e o Projeto da Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ).

O “Juízo 100% Digital”, criado por meio da Resolução n. 345, de 9 de outubro de 2020 (CNJ),¹³⁸² é a possibilidade do jurisdicionado valer-se da tecnologia para ter acesso à Justiça sem precisar comparecer fisicamente aos Fóruns. Todos os atos processuais, inclusive audiências e sessões de julgamento, serão praticados exclusivamente por meio eletrônico e remotamente pela internet. A opção pelo juízo 100% digital é feita no momento da distribuição da ação, devendo ter a concordância da parte contrária.

O relatório “Justiça em números 2021” indica que, até o dia 26 de setembro de 2021, totalizam 6.839 serventias que aderiram ao Juízo 100% Digital de um total de 22.271 serventias de primeiro e segundo graus, o que representa 30,7% de adesão apenas no primeiro ano da Resolução. No primeiro grau, o percentual de adesão é de 33% e, no segundo grau é de 21%.¹³⁸³

Aliado ao Juízo Digital, a pandemia aflorou a necessidade de atendimentos virtuais, daí surgindo o ‘Balcão Virtual’, consistente em uma ferramenta de atendimento virtual, por meio de videoconferência, que permita imediato contato com o setor de atendimento de cada unidade judiciária, regulamentada pela Resolução n. 372, de 12 de fevereiro de 2021 (CNJ),¹³⁸⁴ em atenção à necessidade de manutenção de um canal permanente de comunicação entre os jurisdicionados e as secretarias e serventias judiciais durante o horário de atendimento ao público, sem necessidade de deslocamento físico.

Por sua vez, a Resolução n. 385, de 06 de abril de 2021 (CNJ),¹³⁸⁵ criou os “Núcleos de Justiça 4.0”, que permitem o funcionamento remoto e totalmente digital direcionado à solução de litígios específicos. A ideia é trazer maior celeridade, dada a especialização do magistrado e, também, da serventia, tudo de forma 100% digital. Esse novo modelo de

¹³⁸¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Avaliação dos impactos...** op. cit., p. 12.

¹³⁸² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 345 de 09 de outubro de 2020.** Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹³⁸³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2021...** op. cit., p. 17.

¹³⁸⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 372 de 12 de fevereiro de 2021.** Regulamenta a criação de plataforma de videoconferência denominada “Balcão Virtual.” Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3742>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹³⁸⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 385 de 06 de abril de 2021.** Dispõe sobre a criação dos “Núcleos de Justiça 4.0” e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3843>. Acesso em: 12 abr. 2022.

atendimento do Poder Judiciário promete qualificar as demandas nas varas de primeiro grau, hoje sobrecarregadas. O “Justiça em números 2021” destaca que essa nova modalidade de funcionamento resolve um problema que ocorre principalmente nas comarcas do interior, onde são raras as varas especializadas e a especialização acadêmica e funcional do magistrado responsável por processos judiciais que envolvem diferentes matérias, como família, recuperação, falência, crime, saúde, direito empresarial. Assim, os “Núcleos de Justiça 4.0” funcionariam como “um catalizador da transformação digital no âmbito do Poder Judiciário brasileiro que visa a transformar a Justiça em um serviço (seguindo o conceito de *Justice as a service*)”, trazendo celeridade à prestação jurisdicional e reduzindo despesas orçamentárias decorrentes desse serviço público.¹³⁸⁶

A Resolução n. 385 do CNJ esclarece, em seu art. 1º e parágrafos que os Tribunais poderão instituir os “Núcleos de Justiça 4.0” especializados em razão de uma mesma matéria e com competência sobre toda a área territorial situada dentro dos limites da jurisdição do Tribunal. Ainda, que os núcleos poderão abranger apenas uma ou mais regiões administrativas do Tribunal. Cada Núcleo de Justiça 4.0 deverá contar com um juiz, que o coordenará, e com, no mínimo, dois outros juízes.

Por outro lado, o “Projeto da Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ)” tem por finalidade “incentivar o desenvolvimento colaborativo entre os tribunais, preservando os sistemas públicos em produção, ao tempo em que consolida a política para a gestão e expansão do Processo Judicial Eletrônico – PJe”.¹³⁸⁷ Foi criado pela Resolução n. 335, de 29 de setembro de 2020 (CNJ), que institui a política pública para a governança e a gestão de processo judicial eletrônico, integra os Tribunais do país com a criação da PDPJ-Br e mantém o sistema PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça. O objetivo era modernizar a plataforma do Processo Judicial Eletrônico e transformá-la em um sistema multisserviço que permita aos Tribunais fazer adequações conforme suas necessidades. Ao mesmo tempo, pretende-se a unificação do trâmite processual no país integrando todos os Tribunais, com uma plataforma única para os modelos de inteligência artificial.¹³⁸⁸

¹³⁸⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2021...** op. cit., p. 15-16 e 25.

¹³⁸⁷ Ibid., p. 23-24.

¹³⁸⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 335, de 29 de setembro de 2020.** Institui política pública para a governança e a gestão de processo judicial eletrônico. Integra os tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br. Mantém o sistema PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496>. Acesso em: 12 abr. 2022.

Tendo isso em vista, naqueles modelos de especialização ou regionalização,¹³⁸⁹ sugere-se a adoção de protótipos de Varas das Garantias ou de Núcleos ou Centrais das Garantias aos moldes dos núcleos 4.0 e do Balcão Virtual, com os devidos ajustes dadas as peculiaridades da área criminal, atento à necessidade de critérios objetivos para prévia estipulação do juiz natural.¹³⁹⁰

É evidente que a informatização igualmente precisa ser prioridade nas Delegacias de Polícia Cíveis¹³⁹¹ e Federais, sob pena de “continuarmos relegando a importância que há na fase de investigação e amargarmos números escabrosos de casos não resolvidos e investigações sem condições de serem realizadas a contento por ausência de estrutura”.¹³⁹²

Nesse sentido, RODRIGO GUIMARÃES e SARAH RIBEIRO defendem que a utilização do inquérito policial eletrônico é atenuante para a aventada dificuldade orçamentária, propiciando tanto ao Ministério Público quanto à defesa uma maior participação na investigação, com o acompanhamento da tramitação das investigações sem necessidade de deslocamento, além de maior segurança nos dados. Ainda, sustentam que com a adoção do modelo de inquérito policial eletrônico, dispensa-se a presença física do juiz na mesma sede da comarca na qual se realiza a investigação, podendo o juiz de garantias

¹³⁸⁹ Cfr. item 5.5.4.2, supra.

¹³⁹⁰ Art. 1º. § 1º O processo atribuído a um “Núcleo de Justiça 4.0” será distribuído livremente entre os magistrados para ele designados. § 2º É irretroatável a escolha da parte autora pela tramitação de seu processo no “Núcleo de Justiça 4.0”. § 3º O demandado poderá se opor à tramitação do processo no “Núcleo de Justiça 4.0” até a apresentação da primeira manifestação feita pelo advogado ou defensor público. § 4º Havendo oposição da parte ré, o processo será remetido ao juízo físico competente indicado pelo autor, submetendo-se o feito à nova distribuição. § 5º A oposição do demandado à tramitação do feito pelo “Núcleo de Justiça 4.0” poderá ser feita na forma prevista no art. 340 do CPC. § 6º A não oposição do demandado, na forma dos parágrafos anteriores, aperfeiçoará o negócio jurídico processual, nos termos do art. 190 do CPC/15, fixando a competência no “Núcleo de Justiça 4.0”. *In*: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 335...** op. cit.

¹³⁹¹ No Estado do Paraná, por exemplo, desde 2019, os inquéritos policiais são 100% digitais. INQUÉRITOS policiais passam a ser 100% digitais no Paraná. **Paraná, Agência Estadual de Notícias**, 02 set. 2019. Disponível em: <<http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=103550>>. Acesso em: 12 abr. 2022. Em São Paulo, os novos inquéritos, desde 2018, são instaurados em forma digital. MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; ORTIZ, Luiz Fernando Zambrana. Inquérito Policial Eletrônico: tecnologia, garantismo e eficiência na investigação criminal. *In*: GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de (Coord.). **Estudos contemporâneos de polícia judiciária**. São Paulo: Editora LTr, 2018, p. 83-96. Disponível em: https://www.academia.edu/45652962/INQU%C3%89RITO_POLICIAL_ELETR%C3%94NICO_TECNOLOGIA_GARANTISMO_E_EFICI%C3%84NCIA_NA_INVESTIGA%C3%87%C3%83O_CRIMINA.

Acesso em: 12 abr. 2022. Além de São Paulo e Paraná, na Justiça estadual, apenas mais três outras unidades federais utilizam os inquéritos policiais na forma eletrônica: Goiás, Ceará e Distrito Federal. Ainda em 2019, o Pleno do Tribunal Regional da 5ª Região aprovou a resolução n. 8 de 2019, que trata da obrigatoriedade de inquéritos policiais e procedimentos criminais incidentais no sistema Processo Judicial Eletrônico (PJe), para todos os Estados que compõem a 5ª Região: Ceará, Pernambuco, Paraíba, Alagoas, Rio Grande do Norte e Sergipe. Nas metas para 2020, há uma proposta no Estado do Mato Grosso para implementar o sistema eletrônico. GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; RIBEIRO, Sarah Gonçalves. A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 147-174, jan.-abr. 2020, p. 159-160.

¹³⁹² SILVA, A **construção...** op. cit., p. 100.

de uma comarca atuar virtualmente e à distância na fiscalização de inquéritos que tramitem com delegados sediados em outras comarcas, sem implicar pagamento de diárias com deslocamentos. Ademais, tais custos seriam atribuíveis ao orçamento do Poder Executivo e, portanto, a implantação do inquérito eletrônico contribui para diminuir sensivelmente os custos na implantação do juiz das garantias, com a contratação de novos juízes e demais profissionais, mais custosos ao erário do que a implantação do inquérito policial.¹³⁹³

Os autores trazem à tona o montante dos valores gastos nos Estados de São Paulo e Mato Grosso, no que se refere à digitalização na fase de investigação,¹³⁹⁴ compensados, em curto tempo, com a economia anual de papel e combustível, além de possibilitar uma avaliação judicial mais célere quantos aos pedidos cautelares próprios dessa fase. Outrossim, os autores comparam os custos da implementação do inquérito eletrônico com a contratação de novos magistrados, esta última mais onerosa¹³⁹⁵ do que a solução tecnológica de investimento na primeira fase da persecução penal.¹³⁹⁶

Portanto, para que se possa cogitar da implantação do juiz das garantias, fundamental que cada Poder cumpra seu papel, liberando os recursos necessários para implementação de inquéritos eletrônicos,¹³⁹⁷ bem como o contínuo investimento em processos eletrônicos.

¹³⁹³ GUIMARÃES, RIBEIRO, A introdução... op. cit., p. 165-169.

¹³⁹⁴ “Como exemplo do barateamento levado pela digitalização, a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Mato Grosso, em julho de 2019, apontou que a implantação do modelo exige um investimento de cerca de 3 (três) milhões de reais, incluindo a aquisição de equipamentos (tais como: leitores biométricos, assinaturas digitais, discos de armazenamento, servidores, entre outros), mas gera uma economia anual de cerca de 2 (dois) milhões de reais, apenas com a eliminação de impressões, papel e combustível. Ou seja, em um ano e meio é possível recuperar o investimento. Em São Paulo, o valor gasto para implantação do inquérito policial eletrônico, em 2015, foi de 1,2 milhões de reais em certificação eletrônica para os policiais e 1,5 milhões de reais em tecnologia. Na época, estimava-se média de gasto dos inquéritos na forma tradicional (física) em torno de 27 milhões de reais ao ano³⁶. Desse montante, a economia anual, apenas em folha de papel, girava em torno de 14 milhões, pois em média, a Polícia Civil do Estado de São Paulo instaurava 70 (setenta) mil inquéritos ao ano, cada um deles com cerca de 200 (duzentas) laudas. Na implementação do sistema foi necessária uma equipe enxuta, de oito pessoas na implantação e outras doze no desenvolvimento”. Ibid., p. 166.

¹³⁹⁵ Outro dado trazido pelo “Justiça em Números 2021” e que não pode ser ignorado é que 93% do total das despesas do Poder Judiciário é com pessoal. O CNJ apurou as despesas médias mensais da Justiça com pagamento de magistrados e servidores. É importante esclarecer que os valores incluem os pagamentos de remunerações, indenizações, encargos sociais, previdenciários, imposto de renda, despesas com viagens a serviço (passagens aéreas e diárias), não correspondendo, portanto, aos salários, tampouco aos valores recebidos pelos servidores públicos. Dito isso, observa-se que as despesas representam uma média mensal de aproximadamente R\$ 48,2 mil por magistrado; de R\$ 16,8 mil por servidor; de R\$ 3,9 mil por terceirizado e de R\$ 865,86 por estagiário. Ressalte-se, portanto, que os valores apresentados não correspondem ao salário dos magistrados e servidores, mas tão somente ao custo da Justiça. Registra-se, ainda, que a soma do imposto de renda (até 27,5%) com (11%), ambos incidentes sobre a remuneração total, a depender da data de ingresso no funcionalismo público, pode gerar impactos de quase 40% na folha de pagamento. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2021**... op. cit., p. 89-90.

¹³⁹⁶ GUIMARÃES, RIBEIRO, A introdução... op. cit., p. 166.

¹³⁹⁷ Aury Lopes Júnior defende que com o processo (e inquérito) eletrônicos, “não interessa mais o lugar, o ‘onde’, mas apenas o ‘quando’, isto é, estar na mesma temporalidade. Ora sabemos todos desse novo referencial, basta ver que trabalhamos o tempo todo no virtual, com várias pessoas em tempo real e o que menos importa é ‘onde se está. Eis um ‘novo’ paradigma que na verdade já integra o nosso cotidiano há

5.5.5. O rótulo juiz “das garantias”

A polêmica em torno do juiz das garantias se atribui, também em certa medida, ao nome escolhido,¹³⁹⁸ havendo quem o associe à impunidade, à redução do papel do juiz e a um protecionismo à pessoa do investigado.

Nesse sentido, nas palavras do Senador MAJOR OLIMPIO, quando propôs Projeto de lei para revogar o instituto: “o Juiz de Garantias é o verdadeiro juiz da impunidade, um verdadeiro retrocesso que atrapalhará o combate à corrupção, que é o principal anseio da população brasileira”.¹³⁹⁹ Nessa linha, também, entendendo que haverá uma redução do papel do juiz e prejuízos à persecução penal, IZABELA NOVAES SARAIVA afirma que retirar do juiz a participação no inquérito é frustrar a sua atividade, já que o juiz passaria a ter uma função meramente provisória e reduzida:

O magistrado responsável por presidir o processo judicial, já ultrapassada a fase do juiz de garantias, estará impedido de produzir novas provas, mesmo que verifique insuficientes aquelas já constantes dos autos. E terá que julgar o mérito da causa sem nem menos ter tido o contato com as partes e testemunhas, sem ter participado da fase de apuração policial.

Ora, o que isso significará senão uma frustração do magistrado quando da sua atuação jurisdicional e também a desvirtuação da atividade-fim do Estado Juiz? É evidente que restará prejudicado (sic) os princípios da identidade física e do livre convencimento motivado do juiz.

É de suma importância, ao nosso ver, que o juiz que vai proferir a sentença seja o mesmo que acompanhou as diligências probatórias. Isso, inclusive, pode até servir em benefício do réu, tendo em vista que no momento em que o juiz tem contato pessoal e imediato com as partes, elas podem ajudá-lo a formar seu convencimento.¹⁴⁰⁰

Por sua vez, CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA entende que o juiz das garantias, fruto de um “garantismo exacerbado dominante no meio acadêmico” é “inviável, desnecessário, burocrático e arbitrário, além de integrar um sistema híbrido, confuso e contraditório”, que pode gerar confusões e erros e minar o princípio da razoável duração do

décadas. Caberá assim ao Poder Judiciário implementar as diferentes ferramentas disponíveis para efetivar o sistema duplo juiz e o juiz das garantias”. In: LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 159. Aliás, com a pandemia de Covid, o Judiciário vivenciou exatamente essa dimensão, com inúmeras realizações de audiências virtuais, o que foi possível graças à informatização dos tribunais e tramitação de processos eletrônicos.

¹³⁹⁸ O legislador foi influenciado pela expressão utilizada em ordenamentos jurídicos de países da América Latina, como Chile (*juiz de garantía*), Paraguai (*juiz penal de garantías*) e Colômbia (*juiz de control de garantías*), Argentina, Província de Buenos Aires (*juiz de garantía*). No projeto de reforma da lei processual penal espanhola, também se optou pela expressão “*Juiz de Garantías*”.

¹³⁹⁹ BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Major Olímpio. **Projeto de Lei...** op. cit..

¹⁴⁰⁰ SARAIVA, Izabela Novaes. O juiz de garantias: histórico, conceito e críticas. **Conteúdo Jurídico**, 22 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39406/o-juiz-de-garantias-historico-conceito-e-criticas>> Acesso em: 12 abr. 2022.

processo.¹⁴⁰¹ Já para MAURO FONSECA ANDRADE, a reforma gera uma “demonização do atual modelo de juiz com atuação na fase de investigação”, como se fôssemos “incivilizados por não adotarmos a figura do juiz das garantias entre nós”.¹⁴⁰² A nomenclatura é vista por ABEL FERNANDES GOMES como “tautologia” e expressa “discurso vicioso, inútil e repetitivo”, porque, segundo o autor, a própria figura do juiz já traz em si a garantia ao cidadão de que no processo penal sua função não se há de confundir com a função do órgão persecutório e, portanto, o cidadão sabe que o juiz está constituído para julgá-lo segundo as regras de direito.¹⁴⁰³ Logo, umbilicalmente à ideia de juiz está a de zelo das garantias. Assim, o juiz já é a própria “garantia de uma jurisdição que se presta segundo avaliação e asseguaração de direitos fundamentais, seja do indivíduo (autor da infração ou vítima) seja do grupo social”.¹⁴⁰⁴

Em resposta a tais críticas, pondera-se que, quanto ao nome, todo juiz já é, de fato, propriamente de garantias, vale dizer, tem a atribuição ínsita de garantir os direitos individuais a todos aqueles envolvidos em persecuções penais.¹⁴⁰⁵ Entretanto, a escolha parece ter sido proposital para deixar absolutamente expresso que o juiz é o guardião dos direitos fundamentais dessa fase,¹⁴⁰⁶ sejam eles dos imputados, das vítimas, dos agentes públicos envolvidos ou das testemunhas.

Não há que se confundir, como fazem alguns daqueles críticos, as garantias fundamentais com a teoria do garantismo penal. Agir assim é, além de erro técnico e constitucional, criar estigmatizações para criar aparência de argumentos.¹⁴⁰⁷ Posições como essas visam emprestar à expressão “garantismo”, conotação equivocada, pejorativa e mal vista.¹⁴⁰⁸

¹⁴⁰¹ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Juiz das garantias do novo CPP é arbitrário. *Conjur*, 06 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-06/sistema-juiz-garantias-cpp-arbitrario-inviavel>> Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁴⁰² ANDRADE, **Juiz das Garantias**. 2. ed... op. cit., p. 132.

¹⁴⁰³ GOMES, “Juiz das garantias”... op. cit .

¹⁴⁰⁴ Idem.

¹⁴⁰⁵ Nesse sentido: “Não se trata, o juiz das garantias, de função jurisdicional inédita no nosso ordenamento jurídico, porquanto sempre existiu, e sempre existirá, em um Estado Democrático de Direito, uma autoridade judiciária competente para a tutela dos direitos e garantias fundamentais em qualquer fase da persecução penal, inclusive na investigação preliminar”. In: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 115. No mesmo sentido: “É certo que a figura do juiz de garantias, longe de enfatizar o papel de ‘garante’ do juiz (afinal, todo juiz o é), destina-se a ressaltar a reserva de jurisdição, ao serem adotadas medidas restritivas de direitos fundamentais na fase de investigação preliminar, bem como a preservar a imparcialidade desse julgador”. SUXBERGER, Juiz das garantias... op. cit., p. 72.

¹⁴⁰⁶ SILVA, **A construção...** op. cit., p. 108.

¹⁴⁰⁷ Apresentação de Salah H. Kaled Jr. na obra de OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional**: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 2-3.

¹⁴⁰⁸ Apresentação de Salah H. Kaled Jr. na obra de OLIVEIRA, **A atuação do...** op. cit., p. 3; LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 141.

Os anseios acadêmicos nem sempre convergem com os anseios populares (e porque não dizer, populistas). Por vezes, o discurso político vale-se do “capital do medo”,¹⁴⁰⁹ da política da “lei e da ordem” como bandeira garantidora de acesso ao poder ou eternização nele. Assim, o uso político do capital do medo transforma o juiz “das garantias” pejorativamente em juiz de impunidade, gerando desinformação quanto à sua necessidade no contexto de um sistema acusatório.

Daí, também, advém a equivocada associação que parte da doutrina faz de que o juiz das garantias não passa de uma ideologia preocupada apenas unilateralmente com a salvaguarda de direitos individuais do investigado, independentemente do que orienta a Constituição da República.¹⁴¹⁰ Tal fato não seria esperado da jurisdição vista como garantia fundamental do cidadão e da coletividade, na forma do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, em uma acepção ampla abarcando os direitos coletivos lesados e ameaçados de lesão pela prática da infração penal.

Nessa linha, haveria um completo abandono à abordagem dos direitos fundamentais das vítimas que tenham algum interesse no acompanhamento da fase de investigação, sendo tal estágio creditado a uma atividade acadêmica de atividade advocatícia. Assim, a preocupação é a de que o nome escolhido induzirá a garantia de direitos fundamentais apenas do investigado, com o risco de se consolidar um juiz defensor, tendencioso *pro reo*, que superprotege os interesses de um dos lados da relação existente na investigação criminal.¹⁴¹¹

Em resposta a tais críticas, é preciso destacar que o juiz das garantias não se trata de instituto concebido com vistas a favorecer imputados, pois “o sistema acusatório e o juiz das garantias nunca foram e jamais serão sinônimos de impunidade”,¹⁴¹² representando um importante passo em direção a um processo penal democrático que se preocupa em preservar a imparcialidade.

É importante frisar, como já defendido neste trabalho,¹⁴¹³ balizado no entendimento de MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES, que na investigação o juiz não zela apenas pelos direitos fundamentais do imputado, mas, igualmente, tem que garantir os direitos da vítima, das testemunhas e mesmo dos agentes policiais (p. ex., em ações infiltração policial); pois a atuação judicial, pautada pela legalidade, não deve estar direcionada apenas às garantias de

¹⁴⁰⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 18.

¹⁴¹⁰ GOMES, “Juiz das garantias”... op. cit.

¹⁴¹¹ ANDRADE, **Juiz das Garantias**. 2. ed... op. cit., p. 122.

¹⁴¹² LIMA, **Manual...** op. cit., p. 116.

¹⁴¹³ Cfr. item 2.4, supra.

um dos envolvidos na perseguição, mas de todos por ela atingidos.¹⁴¹⁴ Portanto, juiz das garantias é adequado para todos os envolvidos na investigação e para resguardo da legalidade de toda a primeira fase da perseguição. Não se presta para defesa do imputado, até porque este não é o papel constitucionalmente atribuído ao juiz no sistema acusatório.

É equivocada a correlação da figura do juiz das garantias a algum tipo de favorecimento ao imputado. A leitura do art. 3º-B, do CPP¹⁴¹⁵ não autoriza tal interpretação restritiva, uma vez que o magistrado deve zelar pela legalidade e salvaguarda dos direitos individuais de todos os intervenientes dessa fase. Em nenhum momento, o legislador limitou tal atuação em benefício exclusivo do imputado.

Para evitar tal leitura reduzida do papel do juiz das garantias, há outras expressões tais como “juiz da investigação”,¹⁴¹⁶ “juiz garante da instrução preliminar”,¹⁴¹⁷ “juiz das liberdades”, “juiz de controle”,¹⁴¹⁸ e “juiz da fase de investigação criminal”.¹⁴¹⁹

A nosso ver, a melhor expressão é a de “juiz da fase de investigação criminal”, destacando o *locus* ou a fase da perseguição penal de atuação do juiz, sem vincular o nome à uma concepção garantista equivocadamente entendida, em nossa atual realidade, como juiz que consagra impunidades, já que não o é. É o juiz de todos os intervenientes, imparcial e supra partes, desinteressado na condução e no resultado da investigação.

5.6. CONCLUSÕES PARCIAIS

Ao longo deste capítulo avaliou-se a moldagem brasileira para a adoção de um sistema de dupla atuação judicial na perseguição penal. Frisou-se que, embora nosso sistema de investigação criminal não conte com a figura do juiz instrutor, a inclusão do juiz das garantias no sistema processual penal brasileiro acompanha o exemplo de países da Europa

¹⁴¹⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. 1º e 2º semestre de 2018, Notas de aula da graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anotações pessoais.

¹⁴¹⁵ Art. 3º-B: O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...)”.

¹⁴¹⁶ LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 141.

¹⁴¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. **RDP**, n. 4, out./nov. 2000. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_04_39.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022. O termo é criticado por Mauro Fonseca Andrade, pois o direito brasileiro limita a fase de instrução ao período destinado à tomada de provas pelo juiz, não se podendo adotar a divisão europeia de instrução preliminar e instrução definitiva (a primeira o que equivaleria à nossa investigação e a última com a instrução da fase processual), o que passa por cima de nossa tradição linguística. In: ANDRADE, **Juiz das Garantias**. 2. ed... op. cit., p. 126.

¹⁴¹⁸ CAVALCANTI, **A investigação...** op. cit., p. 235.

¹⁴¹⁹ Este termo levaria em consideração unicamente o período da perseguição penal em que esse magistrado teria competência para atuar, evitando vínculos. In: ANDRADE, **Juiz das Garantias**. 2. ed... op. cit., p. 126.

e da América Latina, com vistas a impedir que o juiz que atua na investigação atue também na instrução e no julgamento.

Cronologicamente, começando em 2009, mostrou-se a evolução da idealização do juiz das garantias, iniciada com o Anteprojeto de reforma global do novo CPP, passando pela tramitação no Senado Federal chegando, atualmente, na Câmara dos Deputados.

Enquanto tramitava o PL n. 8045/2010 nessa Casa Legislativa, sob a redação do Substitutivo de 2018, adveio a Lei n. 13.964/2019 que, por inclusão via emenda parlamentar durante a sua tramitação, finalmente introduziu o juiz das garantias no sistema processual penal brasileiro, nitidamente influenciado pelas ideias em debate constantes na proposta de reforma global do novo CPP.

Do Anteprojeto de 2009 extrai-se que a razão da implantação do juiz das garantias é evitar que o juiz do processo se contamine com os elementos de informação e os utilize na formação de seu convencimento, já que se trata de elementos unilaterais, sem participação da defesa. Com isso, pretende-se um juiz que transmita ao jurisdicionado a imparcialidade objetiva e, conseqüentemente, mais consentâneo com o princípio acusatório. Com a criação, objetiva-se a especialização do magistrado da fase de investigação, propiciando conhecimentos específicos e decisões céleres.

Portanto, depreende-se que as discussões sobre o juiz das garantias já remontavam dez anos antes da edição da Lei n. 13.964/2019, vale dizer, desde o Anteprojeto de novo CPP de 2009. Apurou-se, também, que desde o Anteprojeto até a última redação projetada no CPP, há muitos pontos sensíveis vinculados ao juiz de garantias, com distintas formas de enfrentamento.

Ao longo de toda a tramitação legislativa exposta no capítulo, destacou-se que foram incluídas e excluídas atribuições no rol de competências do juiz de garantias; houve alteração em relação ao termo final de sua atuação e se os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação desse juiz devem ou não ser apensados aos autos do processo. Constatou-se, também, que enquanto no projeto do novo CPP houve preocupação em prever a sua atuação, ainda que insuficientemente, na ação penal originária, o mesmo não ocorreu expressamente na Lei n. 13.964/2019. Percebeu-se também que, ao longo da tramitação do projeto do novo CPP, houve preocupação constante de como implementar a nova regra de impedimento em comarcas com apenas um juiz e aos processos já em andamento, enquanto a opção da Lei n. 13.964/2019 impondo um sistema de rodízio mostra-se inconstitucional. Outrossim, do estudo comparativo do projeto do novo CPP e da Lei n. 13.964/2019, verificou-se que enquanto naquele há um cuidado em ampliar o rol de impedimento e suspeição, nesta última,

embora não tenha havido ampliação das hipóteses, percebe-se uma preocupação sistêmica do legislador com a imparcialidade, ao isolar também o juiz que tiver contato com prova inadmissível.

Alertou-se, também, que o legislador nacional precisa dialogar entre si, alinhando previsões que contêm evidentes antagonismos. Portanto, urge uma definição do legislador: a) quanto ao termo final de atuação do juiz das garantias, se com a *propositura* ou se com o *recebimento* da ação penal; b) se os autos de inquérito adentram ou não para a fase processual; c) quanto à adoção ou não de um modelo de oralidade e audiências na fase investigativa. Nesse ponto, concluímos que a moldura estabelecida pela Lei n. 13.964/2019 é a mais acertada, na medida em que atribui ao juiz das garantias o recebimento da peça acusatória quando, então, encerra a sua atuação, e impede o passamento automático da integralidade dos elementos informativos para a fase processual, competindo-lhe o filtro dos elementos que devem ser acessíveis ao juiz do processo. Tais previsões melhor resguardam a imparcialidade objetiva do magistrado e são fruto do acolhimento de críticas doutrinárias que já se faziam ao modelo projetado do CPP.

Não são poucas as críticas quanto à introdução do juiz de garantias em nosso sistema processual penal. Neste capítulo, destacamos os principais eixos críticos à tentativa de inserção do juiz das garantias e, respeitosamente, rechaçamos cada uma das insuficientes críticas apontadas. Ponderamos que muitas transparecem o desconhecimento quanto à função que o juiz de garantias representa dentro de um sistema verdadeiramente acusatório, bem como uma incompreensão dos influxos psicológicos irracionais no processo de tomada de decisão e o impacto que heurísticas e vieses podem ocasionar na imparcialidade judicial. Com efeito, o legislador, quiçá ciente dos riscos de enviesamento judicial, optou pela técnica de isolamento do juiz da investigação – pouco importando a natureza e extensão de suas decisões – para conferir ao juiz do processo originalidade cognitiva, evitando o contato deste com elementos de informação que não tem valor probatório.

A Lei n. 13.964/2019, publicada em pleno período de recesso forense, não tratou com a devida cautela o impacto que a implementação do juiz de garantias traria ao sistema processual penal brasileiro, sem previsão de importantes regras de transição, além de conter diminuto prazo de *vacatio legis*, o que tornaria irrealizável tamanha transformação no processo penal. Se a suspensão liminar, por esse motivo, mostrou-se acertada, não se justifica a sua persistência *sine die* sem previsão de votação das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, embasadas em infundados argumentos de inconstitucionalidade formal e material, que desprestigiam a opção legislativa.

De mais a mais, coletaram-se dados estatísticos apurados pelo Conselho Nacional de Justiça dando conta de que, embora seja substancial a produtividade dos magistrados brasileiros, ainda nos deparamos com uma taxa de congestionamento muito alta em feitos criminais. Aliado a isso, um país de dimensões continentais, com muitas localidades com juízo único, justifica a preocupação de como implementar o juiz das garantias em todo o território nacional e os impactos na persecução penal.

Contudo, os dados também indicam que o maior número de distribuição de casos novos e procedimentos investigatórios concentram-se nas unidades com mais de uma vara criminal. Além disso, não é incomum as substituições de juízes, pressupondo-se haver já uma prévia organização dos Tribunais para efetivar tais substituições quando necessárias. Por meio de tais dados, é possível concluir que em comarcas ou seções judiciárias com mais de uma vara criminal, onde há maior demanda criminal, é possível cogitar de criação ou transformação de varas em Vara das Garantias ou de Núcleo ou Central das Garantias. Por sua vez, nas localidades com vara única ou com uma vara criminal, onde há menor impacto na seara criminal, é possível a criação de polos regionalizados.

Nesse sentido, a Minuta de Resolução elaborada pelo Grupo de Trabalho junto ao Conselho Nacional de Justiça traz importantíssima colaboração com a apresentação de quatro modelos de implementação do juiz de garantias, facultando aos Tribunais, no exercício de sua autonomia administrativa e financeira, definir a estrutura e o funcionamento do novel instituto, consideradas suas particularidades demográficas, geográficas, administrativas, financeiras e a preservação da garantia do juiz natural.

Por outro lado, a adoção de inquéritos e processos virtuais, bem como o maciço investimento em informatização das unidades judiciais é uma realidade irreversível para o Poder Judiciário, acelerada mais ainda pelo contexto da pandemia de COVID-19, o que acabou por criar um campo mais favorável para implementação do juiz de garantias, podendo-se cogitar em trabalho remoto, mesmo naqueles casos de comarcas mais longínquas e com isso o juiz de garantias conseguirá atender um grupo de varas, evitando o temor dos custos financeiros. Nessa linha, defende-se a adoção do uso de videoconferência, inclusive, para as audiências de custódia, nos casos em que não for possível, justificadamente, sua realização presencial, desde que adotadas determinadas cautelas, sob pena de inviabilizar a atuação de um juiz de garantias regional.

Conquanto a aprovação do juiz de garantias tenha sido um enorme avanço no sistema processual penal brasileiro, entende-se que é possível lapidar a sua atuação, levando em consideração experiências de outros sistemas, resguardadas as nossas peculiaridades. Assim,

no próximo capítulo, sugere-se aprimoramentos de *lege ferenda* e, ainda, destaques críticos a alguns pontos da Lei n. 13.964/2019, possivelmente sequer cogitados pelo legislador, cujas previsões podem suscitar questionamentos à imparcialidade judicial.

6. CONTRIBUIÇÃO PARA APRIMORAMENTO LEGISLATIVO DO JUIZ DAS GARANTIAS

A aprovação do juiz de garantias foi um grande avanço no sistema processual penal brasileiro. Embora polêmico e impactante na organização judiciária dos tribunais, a introdução dessa nova função trará inegável consolidação do princípio da imparcialidade, na medida em que com ele se intenciona que as atividades decisórias tomadas por esse juiz na fase de investigação não causem prejulgamentos ao juiz da fase de instrução e julgamento.

Contudo, embora se reconheça uma verdadeira revolução no processo penal brasileiro, é preciso lapidar a ideia da reforma. Nas palavras de MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA, “o juiz de garantias previsto no CPP brasileiro é resultado de uma década de debates sobre o assunto, que resultaram na ‘reforma possível’ e não na ‘reforma ideal’”.¹⁴²⁰ Nesse sentido, antevendo possíveis discussões nos campos teórico e prático, o presente capítulo alvitra propostas de *lege ferenda* para futuro aperfeiçoamento e melhor aproveitamento do juiz das garantias com vistas à proteção da imparcialidade.

6.1. IMPLANTAÇÃO DE UMA VERDADEIRA FASE INTERMEDIÁRIA PRESIDIDA PELO JUIZ DAS GARANTIAS

Apesar do inegável avanço do reformador ao fixar o sistema de *doblo juez* na persecução penal, separando o juiz da instrução do que atua na fase de investigação, a atual moldagem do juiz das garantias é insuficiente e “sua competência jurisdicional está aquém do que se observa no modelo latino-americano”.¹⁴²¹ Perdeu o legislador a oportunidade de adotar importante e efetiva etapa intermediária oral,¹⁴²² tal como ocorre em outros

¹⁴²⁰ SILVEIRA, A Etapa... op. cit..

¹⁴²¹ Marco Aurélio Nunes da Silveira sustenta que, com o Pacote Anticrime que fixou a competência para o juiz das garantias quanto ao juízo de admissibilidade e, ainda, com a exclusão do conteúdo da investigação preliminar dos autos do processo, tem-se, a partir de agora, uma etapa intermediária na legislação brasileira. Contudo, esta etapa intermediária está muito aquém do que se espera de processos penais de estrutura acusatória, pois não há plena oralidade e não integra a competência do juiz de garantias os atos relativos à preparação do futuro juízo de mérito. *In*: SILVEIRA, A Etapa... op. cit..

¹⁴²² Sobre as vantagens da oralidade, sugere-se a leitura de: MAYA, André Machado. **Oralidade e processo penal**: a dinâmica oral como técnica de reforço do contraditório e da democraticidade da persecução penal. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020; BINDER, Alberto. **Elogio de la audiencia oral y otros ensayos**. Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León: México, 2014.

ordenamentos jurídicos,¹⁴²³ na qual as partes pudessem, em igualdade de condições e dialeticamente, discutir hipóteses de solução consensual do caso penal, debater questões processuais prejudiciais e preliminares, bem como debater a existência de justa causa para a ação penal e os elementos probatórios preparatórios para o julgamento de fundo. Afinal, como afirma GERALDO PRADO, “a concepção de uma etapa intermediária deriva, diretamente, da noção de um processo penal acusatório orientado pela presunção de inocência, cuja superação requisita atividades pautadas pelo respeito à dignidade da pessoa”.¹⁴²⁴

No contexto da América Latina,¹⁴²⁵ MAURÍCIO DUCE expõe os exemplos de Costa Rica (art. 317 do CPP que dispõe sobre o “*procedimiento intermedio*”);¹⁴²⁶ Buenos Aires (art. 210 do CPP da Cidade de Buenos Aires); Peru (art. 352 CPP) e Panamá (art. 347 CPP). Nesses ordenamentos, existe etapa intermediária que ostenta um papel chave de discussão sobre a prova, devendo o juiz proceder à análise da admissão ou rechaço dos elementos probatórios que as partes intencionam introduzir em juízo.

No Chile, o controle de admissibilidade da prova é prévio ao juízo oral e feito pelo juiz das garantias, na audiência de preparação do juízo oral, servindo como “*el cuello de botella del sistema*”,¹⁴²⁷ permitindo que o juízo oral se realize de maneira organizada e efetiva. Em todos esses sistemas há um momento e um órgão claramente definidos para controlar, previamente, a admissibilidade da prova, evitando que provas ilícitas, impertinentes e abundantes cheguem ao conhecimento do julgador do mérito.

¹⁴²³ Marco Aurélio Nunes da Silveira destaca que a concepção trifásica da persecução penal não é uma ideia nova, ainda que se possa dizer que sua implementação é relativamente recente (entre outras, na Europa: Itália, 1988; Portugal, 1987, com alterações relevantes sobre o tema em 2007). *In: SILVEIRA, A Etapa... op. cit.* Já no contexto da América Latina, Leonel González Postigo faz interessante estudo sobre a regulação da etapa intermediária em sistemas processuais penais latino americanos, compilando onde há audiência dessa fase intermediária (em alguns lugares chama-se “etapa intermediária” ou “procedimento intermediário” ou “etapa de preparação para o juízo oral) e o que é objeto de deliberação nessa fase. Destacam-se os sistemas Chileno, Colombiano, Paraguai e Uruguai (entre tantos outros), a demonstrar o quanto o sistema brasileiro é atrasado em não contar com uma importante fase para controle da acusação. *In: POSTIGO, La etapa... op. cit.*, p. 87-90; DUCE J., Maurício. La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria em Chile. **Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio**, Madrid, v. 1/2020, p. 103-132, 2020, p. 104-105.

¹⁴²⁴ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons. 2014, p. 46.

¹⁴²⁵ Segundo levantamento do CEJA, os únicos países da América Latina que não dispõem de audiência oral em uma etapa intermediária são Bolívia, Brasil e Cuba. GONZÁLEZ, FANDIÑO, Balance... *op. cit.*, p. 583-587.

¹⁴²⁶ Na Costa Rica, há projetos de reforma legislativa para eliminar a audiência da etapa intermediária, porque se afirma que longe de ser uma fase estratégica para o funcionamento do sistema, se transformou em um mero trâmite e obrigou os juízes do *juicio* a ter que lidar com incidentes de exclusão de provas ilícitas, atividades processuais defeituosas e até casos que não deveriam ter chegado a esse estágio. *Ibid.*, p. 595.

¹⁴²⁷ Tradução livre: “o gargalo do sistema”. *In: DUCE J., La etapa... op. cit.*, p. 109.

No processo penal brasileiro, contudo, não existe uma efetiva separação entre as fases de investigação e julgamento. Essa ausência acaba por permitir que questões processuais e meritórias possam ser rediscutidas em múltiplas oportunidades.

A etapa intermediária é uma fase de racionalização, de controle da acusação e tem um papel importante no modelo acusatório.

Quanto à sua importância, LEONEL POSTIGO afirma que é uma área central de trabalho de um sistema processual e consiste em um “último filtro” do procedimento para chegar “a um acordo ou depurar a informação que chegará ao juízo”.¹⁴²⁸ Ele elenca três pilares centrais favoráveis à audiência de controle de acusação. O primeiro, do ponto de vista da eficiência, está ligado ao fato de que os recursos públicos são insuficientes para satisfazer as necessidades, e assim, deve-se utilizá-los da melhor maneira possível, evitando-se desperdícios. Desta forma, somente se leva para instrução aquilo com uma “controvérsia delimitada”, evitando uso inadequado dos escassos recursos. O segundo pilar consiste em permitir ao juízo da instrução uma “base de informação de alta qualidade”, resolvendo-se, nessa fase, questionamentos sobre a admissibilidade probatória. Aqui, entra a importância do “*descubrimiento*”,¹⁴²⁹ em que cada parte confronta a prova da contraparte, investindo-se de informação suficiente para preparação do caso penal, com o conhecimento dos seus pontos fortes e fracos. Por fim, como terceiro pilar citado pelo autor está a evitação, na maior medida possível, de condenação de inocentes e absolvição de culpados, impedindo o ingresso de informação “cuja baixa qualidade desemboque em uma sentença errada”.¹⁴³⁰

Seria de grande valia para o sistema processual brasileiro a adoção de uma verdadeira fase intermediária, com a finalidade de controle efetivo do mérito da acusação, organização

¹⁴²⁸ POSTIGO, La etapa... op. cit., p. 80.

¹⁴²⁹ É o que ocorre no Chile e no México, cfr. itens 4.4.1 e 4.4.3, supra. No Direito inglês, tem-se a *disclosure*, onde é dever das partes revelar as provas em seu domínio e pode ser exigido de imediato. A não revelação é considerada uma grave falha de comportamento perante a corte. A legislação em torno da revelação de provas na *disclosure* inglesa é rígida, para que nenhuma das partes tenha a possibilidade de esconder provas do oponente, e isso inclui não permitir que uma parte deixe de revelar as provas alegando que não tinha domínio sobre ela, para oportunamente revelar e surpreender a outra parte. In: PITTA, Rafael Gomiero. **Discovery e a efetividade da justiça**: a contribuição de institutos do direito processual civil norte-americano na qualidade da jurisdição brasileira. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2015, p. 84. Ver também: DAMAŠKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority**: A Comparative Approach to the Legal Process. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 131-134. No sistema americano, tem-se a fase conhecida como *Discovery*, onde a *Federal Rule 26* impõe um dever de boa-fé aos demandantes que, ao revelarem os fatos previamente, não devem surpreender o adversário ou o juízo no momento do julgamento, o que privilegia a paridade de armas. In: CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery* no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 425-444, jul. 2015.

¹⁴³⁰ POSTIGO, La etapa... op. cit., p. 80-86.

e preparação do feito, momento em que seria realizada uma audiência¹⁴³¹ “que tem por pressupostos a oralidade, a lealdade processual, a boa-fé e a ausência de surpresa, a construção participativa da reconstituição do fato submetido a juízo e a valorização do contraditório e da natureza dialógica (entre as partes) da instrução processual”.¹⁴³²

Nessa audiência, presidida pelo juiz das garantias e marcada pela oralidade, basicamente avaliar-se-iam os seguintes eixos estruturantes: a) a exposição fática, a classificação jurídica e os meios de prova pretendidos pelas partes; b) o juízo de admissibilidade da acusação, após contraditório prévio, ocasião em que ocorreria a avaliação oral e fundamentada da existência ou não de justa causa; c) o saneamento do feito, com avaliação de questões processuais suscitadas; e d) a análise da admissibilidade dos meios de prova pretendidos, barrando a entrada de elementos de prova repetíveis e de provas ilícitas para a fase processual.

MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA¹⁴³³ concebe um modelo para a fase intermediária. Sustenta que, concluída a investigação, o Ministério Público, se entender preenchidas as condições da ação processual penal, oferecerá a denúncia escrita e a submeterá ao juiz das garantias, que notificará o acusado para comparecer à audiência juntamente com a defesa técnica. Não haveria necessidade de apresentação escrita de resposta à acusação, já que a ideia é que tal fase seja marcada pela oralidade. O autor propõe o seguinte roteiro a ser seguido: a) identificação dos presentes; b) discussão sobre a possibilidade de soluções alternativas, como acordos reparatórios, transações, etc. (se for o caso);¹⁴³⁴ c) breve apresentação oral da imputação pelo Ministério Público, momento em que o órgão de acusação apresenta o caso; o juiz deve se certificar de que o réu compreendeu os termos da acusação; d) indicação das provas que o Ministério Público produzirá em juízo para demonstrar sua teoria do caso;¹⁴³⁵ e) manifestação oral do advogado do ofendido, se habilitado, com a formulação de requerimentos relacionados à reparação do dano sofrido, bem como a indicação das provas que pretende produzir em juízo; f) apresentado o caso da

¹⁴³¹ Igualmente favorável à adoção de uma audiência inicial preparatória à fase de instrução, posiciona-se André Machado Maya: “presta-se essa primeira audiência, de competência do juiz das garantias, ao juízo de admissibilidade da acusação, de fixação do mérito, de delimitação do objeto de prova e de admissibilidade dos meios probatórios propostos, com a eventual declaração de nulidade ou ilicitude de provas ou elementos informativos invalidamente produzidos na fase pré-processual. Cumprida essa função, a persecução penal avança na direção da instrução probatória e da fase de julgamento propriamente dita (...)”. *In*: MAYA, **Oralidade...** op. cit., p. 174.

¹⁴³² SILVEIRA, A Etapa... op. cit.

¹⁴³³ *Idem*.

¹⁴³⁴ Em termos gerais, nos sistemas latino americanos, com a conclusão da fase intermediária termina a possibilidade de se chegar a saídas alternativas, como suspensão condicional do processo e acordos reparatórios. POSTIGO, *La etapa...* op. cit., p. 102-104.

¹⁴³⁵ Cfr. item 4.4.1, *supra*.

acusação, iniciam-se as etapas relativas à análise do juízo de admissibilidade da ação processual penal: f.1) a defesa apresenta todas as possíveis exceções processuais cabíveis (incompetência, litispendência e coisa julgada, impedimentos, suspeição, extinção da punibilidade, etc.), bem como pode sustentar, se for o caso, a ausência de condição da ação ou pressuposto processual, sob pena de preclusão; os requerimentos serão discutidos pela contraparte e resolvidos pelo juiz em audiência; f.2) o juiz de garantias questiona à defesa se há imperfeições formais na denúncia, para que sejam discutidas e resolvidas no próprio ato, sob pena de preclusão; f.3) discute-se eventual necessidade de união ou desmembramento de processos; f.4) preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais, apreciados os requerimentos da defesa, o juiz recebe a denúncia fundamentadamente. A isso segue-se que g) a defesa passa a apresentar a sua teoria do caso defensiva, com todas as matérias de mérito que pretende sejam apreciadas durante o processo e h) indicando as provas que produzirá em juízo.

Concluída a apresentação do caso pela defesa, avança-se para i) debate de questões processuais relacionadas às provas, sob pena de preclusão: i.1) admissão de provas antecipadas, produzidas durante a fase de investigação com possibilidade de contraditório, como é o caso das provas irrepetíveis, perícias, etc.; i.2) requerimentos de exhibições probatórias (*descubrimiento* probatório, na terminologia do processo latino-americano), em consonância com o princípio da “não surpresa” em que as partes podem requerer da contraparte a exibição de provas em seu poder que serão apresentadas em juízo; i.3) requerimentos de exclusões probatórias, para o caso de ilicitudes ou nulidades probatórias: etapa fundamental para que o juízo do mérito não tenha contato com provas reputadas ilícitas, impedindo, via de consequência, o transpasse para a fase processual e a contaminação do juiz do processo. Apreciados os requerimentos probatórios, segue-se para a última parte da audiência da fase intermediária, de j) preparação do juízo de mérito (fase processual), culminando com o auto de abertura de processo penal,¹⁴³⁶ um documento que conterá: j.1) a imputação (narração dos fatos) e a classificação jurídica apontadas pelo órgão de acusação; j.2) o sumário das teorias do caso da acusação e da defesa; j.3) o rol (especificação) das provas que serão produzidas por cada uma das partes. Por fim, pode-se analisar pedidos referentes às medidas cautelares pessoais ou reais, após debate das partes.

¹⁴³⁶ O auto de abertura de processo penal, chamado em muitos sistemas latino-americanos de *auto de apertura do juicio oral*, consiste na delimitação fática, probatória e jurídica do desenvolvimento do debate. POSTIGO, La etapa... op. cit., p. 110.

Sugerimos, ainda, em complemento à proposta acima, que na fase do item (i) supra (debate sobre questões processuais relacionadas às provas) as partes pudessem acordar sobre pontos incontroversos¹⁴³⁷ que não demandariam produção probatória¹⁴³⁸ e homologados pelo juiz das garantias. Outrossim, também a título de colaboração à proposta, sugere-se que nessa fase, seja de competência do juiz de garantias a filtragem do material apresentado em eventual investigação defensiva,¹⁴³⁹ impedindo que adentre para a fase processual eventuais elementos defensivos colhidos em desconformidade com os direitos e garantias fundamentais de qualquer pessoa física ou jurídica.

Ponderamos que as questões decididas nessa fase poderiam ser impugnadas via agravo, como regra sem efeito suspensivo, mas com prioridade de julgamento, ao juízo de garantias atuante no Tribunal,¹⁴⁴⁰ sem possibilidade de novo exame pelo juiz do processo, para evitar contaminação.

Haveria preclusão de todas as questões processuais cabíveis¹⁴⁴¹ – exceto matérias cognoscíveis de ofício ou violações de normas constitucionais – e dos meios de prova não requeridos na fase intermediária, para evitar surpresa na fase processual. Tal postura permite planejar melhor o tempo da audiência de instrução (no Chile, por exemplo, a pauta de audiências é gerida por um administrador e não pelo juiz, seguindo-se estatísticas do tempo necessário para a celebração dos debates). Evitaria, ainda, na fase processual, discussões sobre questões processuais e mesmo sobre provas ilícitas que, uma vez de conhecimento do julgador, podem contaminar sua decisão.

¹⁴³⁷ Atualmente, o ônus da prova recai sobre a acusação. No atual sistema do CPP, ainda que incontroversos, tais pontos demandam provas. A materialidade não pode ser demonstrada pela mera confissão do acusado (art. 158 do CPP). A mera confissão do acusado é insuficiente para a condenação.

¹⁴³⁸ É o que Leonel González Postigo chama de “convenções probatórias”. Assim as audiências de controle de acusação seriam a instância adequada para delimitar o objeto do que vai ao juízo de mérito. As partes realizam acordos sobre os fatos não controvertidos que, ao serem aprovados pelo juiz das garantias, dispensam o encargo da prova e não podem ser mais discutidos na fase de instrução. O debate na fase de mérito se limita ao estritamente controvertido. O autor destaca a experiência mexicana, em cujo art. 345 do Código Nacional de Procedimientos Penales estabelece que “os acordos probatórios são aqueles celebrados entre o Ministério Público e o acusado, sem oposição fundada da vítima ou ofendido, para aceitar como provados algum ou alguns dos fatos ou suas circunstâncias (art. 345). Destaca, ainda, o Código de Processo Penal do Uruguai que dispõe, em seu art. 268.3, que as partes podem realizar acordos probatórios, tomando como certos determinados fatos, os quais não poderão ser debatidos em *juicio*”. In: POSTIGO, La etapa... op. cit., p. 101-102.

¹⁴³⁹ Cfr. item 5.4.2, supra. À guisa de exemplo, na Itália, a Lei n. 332, de 08 de agosto de 1995, garantiu ao defensor o direito de apresentar ao juiz os meios de prova obtidos com sua investigação particular. Por sua vez, a Lei n. 479, de 16 de dezembro de 1999, previu o dever do Ministério Público de fazer constar do aviso de conclusão das *indagini preliminari* a faculdade de o imputado apresentar a documentação relativa à investigação defensiva. Isso é particularmente interessante, na medida em que o juiz, na fase intermediária, de posse de elementos defensivos, pode exercer um filtro, barrando a instauração de processos desnecessários e sem a efetiva justa causa. In: BULHÕES, **Manual Prático**... op. cit., p. 29.

¹⁴⁴⁰ Cfr. item 6.2.2.2, infra.

¹⁴⁴¹ SILVEIRA, **Por uma**... op. cit., p. 376.

Por certo que as práticas estrangeiras bem como a estruturação do art. 357 do CPC¹⁴⁴² não podem ser importadas ou implementadas sem adequações. Seria inadequado uma mera transposição de fórmulas de um sistema para outro que não é familiarizado com aquela dinâmica (ainda mais com a cultura marcadamente inquisitória e escrita como a nossa). É preciso que uma inovação legislativa, inspirada em modelos estrangeiros, observe a cultura do nosso sistema processual receptor, sob pena de, conforme alerta MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI, restar derrocada pela não aplicação ou não aceitação com naturalidade da inovação.¹⁴⁴³

De toda sorte, poder-se-ia cogitar que a estipulação de uma fase intermediária no Brasil propiciaria uma causa amadurecida para instrução, quando exclusivamente debater-se-iam questões de mérito do caso penal. Ter-se-ia uma mudança de paradigma, com amplo debate pré-processual, tratamento isonômico entre as partes e fiscalização pelo juiz. Para MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA, um ponto positivo para a implementação da fase intermediária é que “os tempos do processo passam a ser melhor aproveitados, apenas com os temas essenciais à resolução do caso” e, naturalmente, implicaria uma redução do número de recursos e *habeas corpus* relativos a questões processuais.¹⁴⁴⁴

Nosso sistema processual precisa evoluir, inovando com mecanismos de racionalização de trabalhos, para que se possa entregar uma prestação jurisdicional de qualidade. Atualmente, não é incomum nos depararmos com inúmeras questões processuais e de mérito sendo discutidas e rediscutidas em várias instâncias, com uso dos escassos e custosos recursos públicos e humanos. Assim, essa fase de saneamento e organização passaria a fornecer maiores subsídios para ponderar sobre o processo ou não processo, passando a ser um verdadeiro filtro processual, evitando acusações infundadas. É indispensável, portanto, investir tempo nessa fase.

A despeito das vantagens processuais quanto à implementação de uma fase intermediária destacada, não se pode ignorar problemas práticos extraídos da realidade dos sistemas latino-americanos, demonstrando uma falta de especial atenção a que essa fase é merecedora.

¹⁴⁴² Observe-se que no Processo Civil, o art. 357 do CPC prevê uma etapa de saneamento e de organização do processo. Por óbvio que, guardadas as peculiaridades do processo civil e do processo penal, seria possível pensar também para este uma fase procedimental semelhante a do art. 357 do CPC, presidida pelo juiz das garantias, onde, guardados os princípios e a lógica própria do processo penal, a causa fosse chamada à ordem, passando para o juiz do processo um caso penal saneado e pronto para instrução, gerando uma entrega jurisdicional de maior qualidade.

¹⁴⁴³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. **Boletim do IBCCRIM**, a. 25, n. 300, p. 3-5, nov. 2017. Ver também: LANGER, From Legal... op. cit.

¹⁴⁴⁴ SILVEIRA, A Etapa... op. cit.

No Panamá, por exemplo, LEONEL GONZÁLEZ POSTIGO reporta que se constatou uma “duração excessiva” em função de “práticas desnecessárias”. Além disso, registrou-se uma baixa intensidade no filtro da prova testemunhal, eis que o juiz das garantias não exerce um filtro adequado na etapa intermediária, gerando uma grande quantidade de testemunhas para a instrução. Como consequência, programa-se uma pauta para a oitiva de todas elas, mas que não são ouvidas em sua totalidade, causando ineficiência no sistema e uso não racional dos recursos.¹⁴⁴⁵ Em Porto Rico, observou-se que se tem postergado para a fase do *juicio* questões sobre admissibilidade da prova.¹⁴⁴⁶ No Chile, também se evidenciou que a fase intermediária não está sendo realizada de forma séria e adequada, mas sim de maneira automática, pois os intervenientes não se aprofundam nos casos, não realizando o filtro da admissibilidade das provas, enviando ao juízo oral os registros produzidos na investigação, desvirtuando-se o sentido da oralidade.¹⁴⁴⁷

MAURICIO DUCE explica que no Chile a “etapa de preparação do juízo oral” que passou a existir com a reforma dos anos 1990, quando se implantou o sistema acusatório no país, foi pensada para ser uma etapa “chave na admissão da prova a ser considerada posteriormente no juízo oral”. Contudo, alerta que não tem havido uma preocupação com essa importante fase, o que tem gerado diversas consequências negativas para o sistema, alargando prazos de duração dos casos que chegam ao juízo oral. Esclarece, ainda, que na América Latina há dois sistemas a respeito do momento em que o órgão jurisdicional faz o controle de admissibilidade da prova. O primeiro modelo entrega a admissibilidade da prova ao mesmo juiz do mérito¹⁴⁴⁸ (que em alguns sistemas é colegiado, o chamado *juicio oral*) e o segundo (majoritário) que entrega tal função a um juiz distinto no procedimento ou etapa intermediária antes que o caso seja enviado ao “*Tribunal de juicio oral que conocerá en definitivo el caso*”.

Todavia, MAURÍCIO DUCE expõe que na prática chilena, por exemplo, os juízes deveriam fazer um controle substancial da justa causa e evitar acusações infundadas, mas o que se observa é o não cumprimento do intento legislativo. Para o autor, tem se tratado a etapa intermediária como uma instância meramente formal, com uma análise muito

¹⁴⁴⁵ POSTIGO, La etapa... op. cit., p. 91-92.

¹⁴⁴⁶ Ibid., p. 92-93.

¹⁴⁴⁷ Idem. Ver também: DUCE J., La etapa... op. cit., p. 105; GONZÁLEZ, FANDIÑO, Balance... op. cit., p. 593-594.

¹⁴⁴⁸ É o caso do sistema brasileiro, em que muitas vezes as discussões probatórias, inclusive sua admissibilidade, somente são efetivadas em preliminar de sentença, estampando o problema do juiz enviesado que não afasta uma prova ilegal porque contaminado está. Aí está o problema de a admissibilidade da prova ser feita pelo mesmo juiz que irá sentenciar.

superficial das provas que serão submetidas ao juízo oral. São audiências de pouca duração, realizadas em tempo limitado e escasso para o conjunto de questões críticas que deveriam ser discutidas nessa audiência (vícios da acusação, conciliação, convenções probatórias, debates sobre provas), gerando uma litigação automática para a fase do julgamento do mérito, sem um aprofundamento dos temas próprios dessa fase. Os defensores atuam de forma passiva e mecânica, sem um prévio estudo do caso penal e, portanto, chegam à audiência sem informações para questionar a prova. Em relação à prova pericial, MAURÍCIO DUCE destaca que quase não existem debates sobre a admissibilidade ou exclusão desse tipo de prova, no que tange à sua qualidade e confiabilidade. Há, portanto, poucos debates sobre admissibilidade de provas, em geral.¹⁴⁴⁹

Como consequência dessa falta de zelo com a fase intermediária, continua o autor citado, um conjunto de efeitos negativos tendem a aparecer, tais como pautas de instrução mais alargadas, dada a maior quantidade de prova admitida acriticamente para a fase do juízo oral e o incremento no tempo de duração do processo. Além disso, expõe o autor, anualmente está se reduzindo o percentual de imputados condenados e aumentando os casos de absolvições.¹⁴⁵⁰

MAURICIO DUCE elenca possíveis causas para a falta de atenção à fase preparatória. Por um lado, tem-se a excessiva carga de trabalho e burocratização do sistema, o que impede uma análise mais individualizada de cada caso.¹⁴⁵¹ Outrossim, cita a burocratização dos atores do sistema, que criam uma “rotinização”, encarando as tarefas como uma “linha de produção massiva” sem um trabalho individualizado particularmente quanto à admissão e exclusão da prova. Há ainda um trabalho de “delegação” em que o promotor ou defensor da causa pode delegar a um terceiro a participação nas audiências,

¹⁴⁴⁹ DUCE J., La etapa... op. cit., p. 112-115. Essa aceleração processual em busca de um julgamento em tempo razoável acaba por sacrificar uma fase de extrema importância. Aqui, interessante a ponderação quanto à administração do tempo: “fórmulas mágicas irrogadas para acelerar o processo, com supressão de fases de passagem obrigatória à configuração de um processo minimamente dialético e compromissado com a justa composição do conflito, não se apresenta como modelo ideal e desejado de aceleração”. É preciso, portanto, um “racional equilíbrio possível entre duas exigências antagônicas”, pois de um lado a celeridade processual tem por objetivo proporcionar a pacificação tão logo quanto possível, porém, de outro, há que se ponderar as garantias processuais e as razões dos litigantes para, nesta visão dialógica, alcançar a melhor qualidade dos julgamentos. *In*: GOMES, (Des)Aceleração Processual... op. cit., p. 52, 79-80.

¹⁴⁵⁰ DUCE J., La etapa... op. cit., p. 117-119.

¹⁴⁵¹ “No se entiende bien el por qué no se invierte un poco más de tiempo y esfuerzo en una actividad que podría tener un impacto significativo en la racionalización de tiempos del sistema, como lo es precisamente el trabajo de filtrar prueba en una APJO. Al final del día, los problemas de uso escaso de recurso son también problemas de priorización adecuada y estratégica en el uso de esos recursos”. Tradução livre: “Não se sabe bem por que um pouco mais de tempo e esforço não são investidos em uma atividade que possa ter um impacto significativo na racionalização dos tempos do sistema, como é precisamente o trabalho de filtrar evidências em uma APJO. No final do dia, os problemas de uso escasso de recursos também são problemas de priorização adequada e estratégica no uso desses recursos”. *In*: DUCE J., La etapa... op. cit., p. 120.

muitas vezes não sabedores dos detalhes do caso, chegando para a audiência com informação precária o que impede um “litígio de qualidade”. Ademais, o tratamento da prova na seara de “valoração” no juízo oral e não de admissibilidade na fase intermediária, aliado a um entendimento de “ilimitada liberdade probatória”. Com isso, dá-se azo a um entendimento de que é possível o ingresso de todo tipo de informação pertinente ao juízo do mérito, o que impediria o juiz de garantias de rechaçar uma prova, salvo nos casos de exclusão especificamente contemplados em lei. Dessa forma, a ampla defesa é usada como um “manto de proteção” para evitar o controle de admissibilidade na audiência de preparação.¹⁴⁵²

Sem olvidar, segundo o citado autor, que os juízes de garantia não se esforçam em uma atividade que não trará resultados positivos, pois suas decisões podem ser questionadas e revogadas em recursos. Além disso, há pouco incentivo para que os juízes de garantia cumpram um papel de controle probatório forte, por entenderem que tem uma carga de trabalho superior ao dos juízes da fase oral, de forma que “não facilitam” o trabalho desses últimos, deixando de realizar um filtro intenso da prova na audiência de preparação. Para piorar o quadro, a própria legislação não é suficientemente clara sobre admissibilidade probatória.¹⁴⁵³

A despeito dos variados problemas apontados pela má-condução desta fase, a introdução de uma fase intermediária no sistema processual penal brasileiro, presidida pelo juiz das garantias, trará maior qualidade ao julgamento de mérito e blindará, mais ainda, o juiz do processo de riscos de contaminação. Trata-se de realidade já existente em outros ordenamentos jurídicos, embora não se ignore problemas vivenciados alhures¹⁴⁵⁴ que

¹⁴⁵² Interessante observação de Leonel González Postigo, ao analisar o papel do juiz das garantias no controle probatório e o tratamento dado no Novo Código de Processo Penal Federal da Argentina. Destaca o autor que o tratamento da prova se dá em dois aspectos: o da legalidade e o da pertinência, nessa ordem. O juiz das garantias tem dois papéis distintos nessa análise: quando há uma suposta vulneração de direitos e garantias, em ofensa ao princípio da legalidade, na obtenção da prova, será necessária a exclusão da prova diante da mínima dúvida de sua ilegalidade; enquanto que quando se tratar de alegação de suposta impertinência, na dúvida, é melhor que a prova seja admitida e valorada no juízo do mérito. Critica o autor que o código argentino não regula se o juiz das garantias exercerá um controle de legalidade (mero controle de requisitos formais) ou de razoabilidade (análise do mérito). Com isso há uma “válvula” que os juízes têm para admitir ou não os casos, mas o que se percebe é que mais casos chegarão ao juízo de mérito, ocasionando uma sobrecarga dos órgãos jurisdicionais que analisam a matéria de fundo. *In*: POSTIGO, La etapa... op. cit., p. 108.

¹⁴⁵³ DUCE J., La etapa... op. cit., p. 119-126.

¹⁴⁵⁴ Mauricio Duce sugere reformas relevantes na organização judicial chilena, com a criação de um sistema de rodízio entre os juízos de garantia e os dos tribunais orais, criando uma maior sensibilização daqueles quanto ao papel dessa fase no controle probatório. Ainda, sugere mudanças na gestão de trabalho do Ministério Público e defesa para que possam intervir na audiência de preparação com conhecimento detalhado do caso, bem como uma melhora nos cursos de capacitação e aperfeiçoamento, para todos os envolvidos para dotá-los de ferramentas para melhor avaliar criticamente o controle de admissibilidade de provas. Por fim, necessidade de reflexão sobre reformas legais, com novas regras que fixem critérios de admissibilidade mais amplos e explícitos que os atuais, regulando como consequência de inadimplemento a exclusão ou inadmissibilidade da prova. *In*: D DUCE J., La etapa... op. cit., p. 126-129.

condizem não com o instituto em si, mas com o seu desenvolvimento inadequado pelos operadores.

Uma séria fase de saneamento processual prévia à fase de julgamento traz importantes benefícios processuais. Aqui não se sugere a tripartição, ou seja, adoção de um terceiro juiz para atuação na fase intermediária, tal qual ocorre na Itália¹⁴⁵⁵ e chegou a ser cogitado no Chile¹⁴⁵⁶ e México.¹⁴⁵⁷ Em nossa realidade, bastaria a bipartição, estendendo-se a atuação do juiz das garantias também para a fase intermediária.

6.1.1. Contraditório prévio e oral ao juízo de admissibilidade da acusação

Como visto, uma das críticas ao juiz das garantias é direcionada quanto ao recebimento da acusação.¹⁴⁵⁸ Parte da doutrina reputa que o juízo de admissibilidade deve ser atribuído ao juiz das garantias (como acertadamente, a nosso ver, previsto na Lei n. 13.964/2019), evitando que o juiz do processo se contamine com os elementos de informação. Porém, contrariamente, também há posição no sentido de que atribuir ao juiz das garantias o recebimento da peça acusatória é propiciar um automatismo, pois como o próprio juiz auxiliou na apuração da justa causa, deferindo medidas de obtenção de prova, dificilmente não receberia a ação penal.¹⁴⁵⁹

Parece-nos que poder-se-ia minimizar tal discussão com a implantação da fase intermediária, ocasião em que ocorreria uma atuação defensiva oral prévia ao juízo de recebimento da ação penal, “em ativa posição de influência no desenvolvimento e na construção da decisão, a qual, conforme dito, germinada do contraditório, reveste-se de legitimidade e racionalidade”,¹⁴⁶⁰ antecipando discussões que ocorreriam somente na fase processual.

AURY LOPES JÚNIOR e GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ destacam que a possibilidade de defesa antes do recebimento da denúncia constitui uma garantia que se oferece ao réu, permitindo-lhe o prévio exercício do contraditório e da ampla defesa, pois “ninguém desconhece o caráter infame que o processo penal traz em si mesmo” e “do ponto de vista da própria persecução penal, tal medida irá torná-la mais efetiva e garantista”.¹⁴⁶¹

¹⁴⁵⁵ Cfr. item 4.2.2, supra.

¹⁴⁵⁶ Cfr. item 4.4.1, supra.

¹⁴⁵⁷ Cfr. item 4.4.3, supra.

¹⁴⁵⁸ Cfr. item 5.4.4, supra.

¹⁴⁵⁹ Cfr. item 5.4.4.1, supra.

¹⁴⁶⁰ RIBEIRO, O **contraditório**... op. cit., p. 81.

¹⁴⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 143.

Destacam que, embora possa ocorrer um “alongamento do procedimento”, em verdade, se bem aplicado pelos juízes, o contraditório prévio dará maior celeridade ao processo. Isso porque muitas acusações infundadas seriam rejeitadas, com a desnecessidade de desenvolvimento dos respectivos processos, reduzindo o número de casos pendentes, “operando uma efetiva filtragem processual para evitar acusações infundadas e que não guardem a necessária justa causa”.¹⁴⁶²

Essa preocupação com a necessidade de um contraditório prévio já foi externada no não exitoso PL n. 4.207/2001.¹⁴⁶³ Nesse projeto de lei, previa-se que no caso de crimes punidos com pena máxima superior a 4 anos, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz determinaria o seu processamento, ordenando a citação do réu para responder à acusação, por escrito no prazo de dez dias. (PL n. 4.207/2001, art. 395, caput). Nessa verdadeira defesa prévia ao recebimento da denúncia, o réu poderia arguir preliminares e alegar tudo de interesse da defesa, podendo oferecer documentos e justificações, especificar provas e arrolar testemunhas (art. 395, § 1º). Na sequência, o juiz ouviria o Ministério Público. Antes mesmo de exercer o juízo de admissibilidade da acusação, o juiz, se entendesse imprescindível, determinaria a realização de diligências, no prazo máximo de dez dias, podendo ouvir testemunhas e interrogar o acusado (art. 395, § 4º). Depois, em decisão motivada, o juiz receberia ou não a acusação (art. 396, caput, PL n. 4.207/2001).

Para além disso, o PL n. 4.207/2001 previa, para o art. 396, incisos I e II, que a denúncia ou queixa seria rejeitada quando “faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal e também quando não houver justa causa para acusação”. Ademais, a defesa prévia teria o condão de demonstrar causa para rejeição da denúncia, para o juiz considerar plenamente comprovada a defesa e absolver sumariamente o acusado (PL n. 4.207/2001, art. 396, inciso III, c/c art. 397).¹⁴⁶⁴ Assim, nesse momento intermediário, seria possível uma “verdadeira sentença de mérito antecipada, isto é, sem a necessidade de uma

¹⁴⁶² LOPES JUNIOR, BADARÓ, **Direito ao processo...** op. cit., p. 144. Interessante a observação de Joaquim Canuto Mendes de Almeida: “A finalidade do juízo de acusação – já o sabemos – é preservar a inocência e a justiça pública contra as acusações infundadas. O meio está em o juiz prelibar as provas antes de admiti-las acusatoriamente. O juízo de acusação *prova as provas previamente*”. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 114.

¹⁴⁶³ BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei n. 4.207, de 12 de março de 2001**. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26557>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁴⁶⁴ A redação do art. 397 era a seguinte: “Considerando plenamente comprovada a improcedência da acusação ou a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade, o juiz absolverá sumariamente o acusado, facultada às partes a prévia produção de provas”.

dilação probatória de pouca ou nenhuma relevância prática”.¹⁴⁶⁵ Isso poderia evitar a designação de audiências de instrução, com a procrastinação do julgamento de mérito, sobrecarregando as pautas do Judiciário e propiciaria a consolidação da razoável duração do processo. O projeto previa, ainda, que se entendesse imprescindível, o juiz poderia determinar a realização de diligências para comprovação do alegado em defesa.

Todavia, no sistema atual do CPP de 1941, considerando que o recebimento se dá na fase do art. 396 do CPP, a defesa não tem a possibilidade de influenciar na decisão de recebimento da peça acusatória¹⁴⁶⁶ e, como contra tal decisão não há recurso, acaba-se assoberbando os Tribunais com a impetração de *habeas corpus* para análise da falta de justa causa e tentativa de trancamento do processo penal. Dessa forma, um contraditório dialético prévio, com a rejeição liminar de denúncias desamparadas de justa causa, poderia racionalizar os trabalhos.

Com a Lei n. 13.964/2019 pode-se até cogitar que a defesa se manifesta antes do recebimento da denúncia (considerando-se, para tanto, que o recebimento se dá pelo juiz das garantias na fase do art. 399 do CPP¹⁴⁶⁷), porém ainda de forma escrita.¹⁴⁶⁸

Comparativamente, no sistema italiano,¹⁴⁶⁹ decorrida a fase de investigações preliminares, segue-se a fase de audiência preliminar, na qual o juiz analisa a pertinência da acusação formulada pelo Ministério Público e decide se o caso é de arquivamento ou de remessa do acusado a julgamento (*sentenza di luogo*). No Chile,¹⁴⁷⁰ há também uma rígida separação entre as fases, implicando a fase intermediária chilena verdadeira solução de continuidade, impedindo um automático e mero passamento de fases da persecução penal (investigativa para a processual).

¹⁴⁶⁵ LOPES JUNIOR, BADARÓ, **Direito ao processo...** op. cit., p. 144.

¹⁴⁶⁶ Exceções feitas para alguns procedimentos especiais que adotam contraditório prévio ao recebimento da denúncia, como o disposto no art. 55 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas); art. 4º da Lei n.º 8.038/1990 (ação penal originária) e art. 81, da Lei n. 9.099/1995 (rito sumaríssimo).

¹⁴⁶⁷ A Lei n. 13.964/2019 pretendeu trazer um contraditório prévio ao recebimento da denúncia, quando fixa que compete ao juiz das garantias o recebimento da denúncia ou queixa, na forma do art. 399 do CPP, ou seja, após o oferecimento da resposta à acusação (art. 396-A do CPP).

¹⁴⁶⁸ No projeto do novo CPP, embora até se tenha avançado com a previsão de um contraditório prévio ao recebimento da denúncia, ocorrerá ainda na forma escrita. É o que está previsto no Substitutivo de 26/04/2021, ao PL 8045/2010: “art. 330. Oferecida a inicial acusatória e não sendo liminarmente rejeitada, o juiz mandará citar o acusado e intimá-lo para oferecer resposta escrita, no prazo de quinze dias” (...) “art. 332. Havendo justa causa e estando presentes os pressupostos processuais e as condições para o exercício da ação penal, o juiz receberá a inicial acusatória. Não sendo hipótese de absolvição sumária, extinção da punibilidade, suspensão do processo decorrente de citação por edital ou não apresentação de resposta escrita pelo réu, o juiz designará dia e hora para a instrução ou seu início em audiência, a ser realizada no prazo máximo de noventa dias, determinando a intimação do órgão do Ministério Público e/ou do querelante, do defensor ou procurador e das testemunhas que deverão ser ouvidas.

¹⁴⁶⁹ Cfr. item 4.2.2, supra.

¹⁴⁷⁰ Cfr. item 4.4.1, supra.

No Brasil, o que se vê é a falta de análise séria e responsável da justa causa e pressupostos processuais (lembre-se que no entendimento do STF, o juízo de prelibação da acusação, no procedimento comum, configura um despacho de mero expediente irrecorrível, um rito de passagem de fases),¹⁴⁷¹ muitas vezes embasadas no *in dubio pro societate*, relevando-se uma série de questões (processuais e meritórias) para discussão em sentença e graus recursais, com evidentes desperdícios de tempo (e recursos públicos), tão caros ao processo penal.

Dessa forma, a implementação de uma fase intermediária (uma audiência de controle da acusação), em pleno contraditório, oral e dialética, presidida pelo juiz das garantias, serviria ao propósito de subsidiar qualitativamente o juízo de prelibação, aliado ao apurado no caderno investigativo e eventual investigação defensiva¹⁴⁷² aportada na defesa prévia. Superado o juízo de admissibilidade da peça acusatória, delimitado o mérito e devidamente saneado o feito, passa-se à fase de instrução, doravante sob o comando do juiz do processo.

6.1.2. Juiz das garantias como barreira da fase intermediária para evitar a contaminação do juiz do processo com provas ilicitamente obtidas

O inquérito policial é atividade administrativa com regramento específico, regido pelo princípio da legalidade, que norteia toda a atuação da Administração Pública, previsto no art. 37 da Constituição Federal de 1988 e se estende para todas as atividades com finalidade probatória e cautelar, que igualmente devem se revestir de legalidade. Dessa forma, na fase de investigação não se fala em nulidade (restrita à fase processual), mas sim em ilegalidade, de sorte que, a inobservância ao direito material macula de ilegalidade a prova produzida, devendo, por consequência, ser excluída.

Afirma-se correntemente que os vícios do inquérito policial não se projetam e, muito menos, acarretam a nulidade da ação penal. Contudo, tal posicionamento é criticado pela doutrina, destacando-se aqui a crítica feita por GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ:

Inicialmente, é de se destacar que o inquérito policial é governado por um princípio de legalidade de seus atos. Assim, conseqüentemente, a ilegalidade de algum ato do inquérito policial acarretará a sua ineficácia enquanto ato do próprio inquérito (por exemplo, a lavratura do auto de prisão em flagrante sem que seja ouvido o condutor). Outro problema, porém, é definir a repercussão que esta ilegalidade do inquérito terá sobre a ação penal. Afirma a doutrina prevalecente

¹⁴⁷¹ Cfr. item 5.4.4.1, supra.

¹⁴⁷² Compreendemos que a investigação defensiva é um importante subsídio que permite à defesa um preparo adequado, maduro para sustentação de teses também na fase pré-processual, o que está intimamente ligado com a ideia da “teoria do caso”, na medida em que a defesa delineia uma estratégia defensiva amparada no tripé fato-prova-argumentação jurídica. Sobre a investigação defensiva, ver item 5.4.2, supra.

que não haverá repercussão nenhuma e não haverá nulidade do processo por vício do inquérito.

A questão não é tão simples. Nos meios de obtenção de prova produzidos no inquérito policial, que necessitam de ordem judicial e que tenham sido praticados de forma viciada, a sua nulidade se projetará na ação penal. Uma interceptação telefônica realizada em investigação de crime punido com detenção, ou uma busca e apreensão domiciliar efetuada em residência diversa daquela constante do mandado, não poderão ser validamente consideradas no processo. Os elementos de informação colhidos em tais atos não poderão integrar o material probatório a ser valorado pelo juiz.¹⁴⁷³

Por outro lado, mesmo em relação às provas irrepetíveis produzidas no inquérito policial, como um exame de corpo de delito, eventual vício impedirá que tal prova seja eficazmente valorada. Como exemplo, cita-se o caso de um exame de corpo de delito realizado por um único perito não oficial, pois nesse caso não haverá como considerar que tal prova é apta a demonstrar a materialidade delitiva.¹⁴⁷⁴

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ ressalva a diferença entre fontes de prova e meios de prova. No que diz respeito à simples coleta de fontes de prova (por exemplo, descobrir o nome de uma testemunha), para a posterior produção do meio de prova correspondente em juízo (oitiva da testemunha no processo), é que eventuais vícios dos atos de investigação não se projetarão na ação penal, pois nesta o meio de prova terá sido validamente produzido. Mesmo assim, é de se atentar para a vedação da obtenção de provas por meios ilícitos, inclusive no caso de provas derivadas. Em tais casos, havendo ilicitude (por exemplo, uma confissão obtida mediante tortura), a prova será inadmissível no processo.¹⁴⁷⁵

Observa-se, assim, que se deve primar pela legalidade dos elementos colhidos na fase de investigação e, uma vez transportados para a fase processual, avaliar se poderão validamente ser utilizados, enfim, ponderar o impacto que a correção ou não da sua obtenção trará à fase processual.

Com a nova redação do art. 157 do CPP, consideram-se inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Enfim, aglutinou-se no conceito de prova ilícita, tanto as que violem normas processuais como normas materiais, sem qualquer distinção da natureza da norma violada. A despeito das críticas quanto à possibilidade de equívocos e confusões

¹⁴⁷³ BADARÓ, *Processo...* op. cit., p. 164.

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 164.

¹⁴⁷⁵ *Idem.*

com a nova conceituação¹⁴⁷⁶, fato é que “tanto a prova obtida ilicitamente quanto a produzida ilegitimamente não poderá ser valorada pelo juiz”.¹⁴⁷⁷

Na atividade judicial de análise de pedidos de meios de obtenção de prova, que impliquem restrição a direitos fundamentais do investigado, afetam-se liberdades públicas ligadas à privacidade ou à intimidade. É o que ocorre na quebra de sigilo bancário ou fiscal, na qual, se deferida, implica uma restrição à intimidade (art. 5º, X, da CF); na busca domiciliar, que restringe a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF) e na interceptação telefônica, que implica restrição à liberdade de comunicação telefônica (art. 5º, XII, da CF). Uma das características dos meios de obtenção de prova é o seu caráter de surpresa, sem contraditório na formação da prova, mas postergado/diferido, para não frustrar a execução da medida. Se não observados os requisitos legais para adoção das medidas extremas, tal elemento deve ser expurgado do processo.

As provas ilícitas são inadmissíveis e deverão ser desentranhadas, já que nunca deveriam ter ingressado no processo, a fim de não interferir, subjetivamente, no convencimento do juiz. Provas derivadas da prova reconhecida ilícita também não poderão ser valoradas, por serem derivadas daquela originalmente ilícita, excluindo-se dessa linha causal provas outras que não derivem daquela contaminada na origem.¹⁴⁷⁸

Na fase investigativa, portanto, é necessária máxima cautela na autorização de meios de obtenção de prova, cujo deferimento exige uma motivação devidamente justificada fática e juridicamente. Uma vez encartada aos autos, ainda que ocorra o desentranhamento da prova ilícita, podem ocorrer impactos cognitivos prejudiciais na imparcialidade judicial, que a coloquem em dúvida. Nesse sentido, andou mal o veto presidencial¹⁴⁷⁹ do art. 157, § 4º, do CPP, que assim era redigido “§ 4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Se vigente, “essa previsão normativa seria, inegavelmente, a confirmação de que o princípio da imparcialidade do juiz

¹⁴⁷⁶ GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, *As nulidades...* op. cit., p. 126-127.

¹⁴⁷⁷ BADARÓ, *Processo...* op. cit., p. 454.

¹⁴⁷⁸ GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, *As nulidades...* op. cit., p. 130-133.

¹⁴⁷⁹ Pressionado por associações de magistrados, preocupadas com a operacionalização prática da inovação pretendida no ano de 2008, o § 4º foi vetado pelo então Presidente da República pelas seguintes razões: “O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente, substituído por um outro que nem sequer conhece o caso”. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Mensagem nº 350, de 9 de junho de 2008**. Brasília: Presidência da República, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.

é efetivamente a essência do processo penal constitucional moderno”.¹⁴⁸⁰ Contudo, privilegiou-se a celeridade em detrimento de um julgamento imparcial, sem as razões do veto presidencial, em momento algum, refutar a problemática de que o conhecimento e o contato do juiz com a prova reconhecidamente ilícita trazem sérios prejuízos à imparcialidade.

A história novamente se repetiu com a Lei n. 13.964/2019, quando se incluiu o § 5º, ao art. 157, do CPP, com a mesmíssima redação do vetado § 4º, qual seja: “§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Desta feita, houve sanção presidencial, mas em sede da ADI n. 6.299/DF, foi questionada a constitucionalidade do dispositivo, acatada em decisão liminar proferida pelo Ministro DIAS TOFFOLI (e, nesse ponto, ratificada pelo Min. LUIZ FUX), que concluiu que a redação do dispositivo é “extremamente vaga”, gerando inúmeras dúvidas e insegurança jurídica, além de ofender o juiz natural, podendo dar margens a manejos mal-intencionados para alteração do juiz no interior da fase processual.¹⁴⁸¹

Percebe-se a repetida preocupação do legislador de criar mais uma regra de impedimento judicial, retirando do caso o juiz que conhecer do conteúdo da prova ilícita, fundamentalmente porque tal afeta a imparcialidade.

A doutrina defende que o contato do juiz com a prova ilícita deve ser motivo para sua recusa ou abstenção, porque somente com o seu afastamento do processo é que se poderá eliminar o denominado “efeito psicológico da prova ilícita”,¹⁴⁸² pois, ainda que desentranhada a prova, “difícilmente [o juiz] conseguirá apagar de sua memória o resultado proveniente de seu efeito psicológico, ainda que posteriormente a prova seja expurgada da relação jurídica processual”.¹⁴⁸³ Assim, claro está que não basta retirar a prova, é necessário mais, retirar o juiz que dela teve contato, criando-se uma causa de impedimento ou abrindo-

¹⁴⁸⁰ SOUZA, **A parcialidade...** op. cit., p. 128.

¹⁴⁸¹ STF. **ADI 6298 MC/DF...** op. cit.

¹⁴⁸² SOUZA, **A parcialidade...** op. cit., p. 126. No mesmo sentido: COSTA, **Levando...** op. cit., p. 155.

¹⁴⁸³ SOUZA, **A parcialidade...** op. cit., p. 126. Teichman e Zamir questionam até que ponto advertências feitas pelos tribunais para desconsiderar evidências inadmissíveis alteram decisões. Sustentam que a mente humana não pode simplesmente esquecer as informações, de forma que há um ceticismo quanto à eficácia de tais instruções. Assim, as advertências podem acabar por chamar mais atenção para a evidência inadmissível em alguns casos. *In*: TEICHMAN, ZAMIR, *Judicial...* op. cit., p. 9-10.

se a possibilidade de recusa¹⁴⁸⁴ do magistrado que, se persistir, poderá ter dificuldade de ignorar a prova ilícita com a qual já teve contato e incidir no efeito ancoragem.¹⁴⁸⁵

PEER e GAMLIEL discorrem sobre a inabilidade de se ignorar a evidência inadmissível. Estudando tal fenômeno no Júri, sustentam que quando essa evidência é indevidamente apresentada ao jurado, juízes podem instruir o júri a desconsiderá-la ou ignorá-la. Entretanto, estudos demonstraram a ignorância da advertência de desconsiderar a prova ilícita.¹⁴⁸⁶ Embora não seja surpreendente que jurados leigos e inexperientes não consigam ignorar evidências inadmissíveis, relatam os autores que juízes profissionais e experientes não eram diferentes dos inexperientes jurados na reação quanto às provas inadmissíveis, não ficando imunes à contaminação decorrente do contato com a prova ilícita.¹⁴⁸⁷ Concluem os autores que parece que os juízes, assim como os jurados, não podem facilmente ignorar a evidência inadmissível, embora eles saibam que deveriam.¹⁴⁸⁸ Aqui ocorre o chamado *backfire effect*, ou seja, “o tiro saiu pela culatra”, porque “os jurados tendem ainda mais a se apoiar numa informação inadmissível, tão logo são instruídos a

¹⁴⁸⁴ “(...) *la soluzione più convincente ci viene tuttavia offerta da coloro che propongono di ricorrere all’istituto della ricasazione del giudice. Si afferma cioè (e bem fondatamente) che un giudice, il quale sai venuto a conoscenza di un fatto attraverso una prova illecita, è un iudex suspectus. Esso avrà pertanto l’obbligo di astenersi dal giudicare e le parti avranno il diritto di ricusarlo. Il giudizio dovrà essere rinviato a nuova udienza davanti ad un organo composto diversamente*”. Tradução livre: “(...) a solução mais convincente, porém, nos é oferecida por aqueles que propõem recorrer ao instituto da recusa do juiz. Em outras palavras, afirma-se (e bem fundamentadamente) que um juiz, o qual vem a conhecer de um fato por meio de uma prova ilícita, está suspeito. Terá, portanto, a obrigação de abster-se de julgar e as partes terão o direito de se opor. O julgamento deve ser adiado para uma nova audiência perante um órgão composto de forma diferente”. In: TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione** – Problemi di diritto tedesco e italiano, Milano: Giuffrè, 1974, p. 633-634 apud SOUZA, **A parcialidade...** op. cit., p. 126.

¹⁴⁸⁵ Sobre o viés de ancoragem, ver item 3.2.1.2.b, supra. Ver também: COSTA, **Levando...** op. cit., p. 155. Sobre a dificuldade de se ignorar uma confissão obtida ilicitamente, acorrendo-se nela, consultar: GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Altering attention in adjudication. **UCLA Law Review**. v. 60. n. 1586, p. 1586-1618, 2003, p. 1610.

¹⁴⁸⁶ PEER, GAMLIEL, *Heuristics...* op. cit., p. 116. Ver também: MYERS, **Psicologia Social...** op. cit., p. 440.

¹⁴⁸⁷ “*They found that judges could not ignore inadmissible evidence regarding settlement offers, privileged information, prior sexual history of a rape victim, prior criminal records of a plaintiff, and information that the government had agreed not to use in trial. At the same time, judges did manage to ignore a confession that was obtained in violation of a defendant’s right to counsel and the outcome of a search that was conducted without probable cause. The authors carefully acknowledge that the pattern of results they observed “defies easy explanation” and requires more data. Clearly, they are correct in their assessment of their results*”. Tradução livre: “Eles descobriram que os juízes não podiam ignorar evidências inadmissíveis a respeito de ofertas de acordos, informações privilegiadas, histórico sexual anterior de uma vítima de estupro, antecedentes criminais de um autor e informações que o governo havia concordado em não usar em julgamento. Ao mesmo tempo, os juízes conseguiram ignorar uma confissão obtida em violação ao direito do advogado de um réu e o resultado de uma busca realizada sem causa provável. Os autores reconhecem cuidadosamente que o padrão de resultados observados “desafia a explicação fácil” e requer mais dados. Claramente, eles estão corretos na avaliação de seus resultados”. In: TEICHMAN, ZAMIR, *Judicial...* op. cit.

¹⁴⁸⁸ “*Thus, it seems that judges, as with jurors, cannot easily disregard inadmissible evidence, although they know they should*”. Tradução livre: “Assim, parece que os juízes, assim como os jurados, não podem facilmente ignorar evidências inadmissíveis, embora saibam que deveriam”. In: PEER, GAMLIEL, *Heuristics...* op. cit., p. 116.

ignorá-la”,¹⁴⁸⁹ devido ao fato de que o “cérebro humano não foi projetado para ignorar informações”.¹⁴⁹⁰

No mesmo sentido, DAVID MYERS alerta que quando o juiz orienta a desconsiderar um determinado depoimento, ocorre um efeito bumerangue, aumentando o impacto desse depoimento. Sugere que tais declarações criam “reatância” nos jurados ou talvez sensibilizem os jurados ao depoimento inadmissível, porque a reatância se mostra como um motivo para proteger ou restaurar nosso sentido de liberdade. Surge, pois, quando alguém ameaça nossa liberdade de ação. Com isso, ainda que os jurados aleguem ter ignorado a informação inadmissível, pode-se alterar a forma como se interpretam outras informações.¹⁴⁹¹

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA e PAOLA BIANCHI WOJCIECHOWSKI também destacam que o acesso a uma prova, mesmo que posteriormente venha a ser declarada ilícita, não afasta o conteúdo dela que se faz presente no processo cognitivo, gerando a dissonância cognitiva.¹⁴⁹²

Tem-se assim uma outra grave distorção em um sistema disfuncional. Na medida em que a prova ilícita ingressa aos autos, dela derivam outros elementos probatórios e, mais adiante, se reconhecida a ilicitude, a prova é desentranhada (e as dela decorrentes). No entanto, a influência dessa prova ilícita pode se fazer sentir no julgamento¹⁴⁹³ uma vez que ficam retidos no inconsciente do julgador o impacto dos resultados e nem sempre a motivação será suficiente para transparecer os motivos camuflados no processo de tomada de decisão que pode procurar, em outros elementos, as razões necessárias para ratificar uma escolha realizada previamente.¹⁴⁹⁴

Essa disfuncionalidade poderia ser solucionada com a instituição do juiz das garantias atuando na fase intermediária, na qual, em debate oral e dialético, decidiria quais elementos probatórios são válidos para adentrar à fase processual, blindando o julgador do

¹⁴⁸⁹ COSTA, **Levando...** op. cit., p. 153.

¹⁴⁹⁰ RACHLINSKI, WISTRICH, *Judging...* op. cit., p. 24.

¹⁴⁹¹ MYERS, **Psicologia Social...** op. cit., p. 440.

¹⁴⁹² WOJCIECHOWSKI, DA ROSA, **Vieses da justiça...** op. cit., p. 71. Sobre dissonância cognitiva, ver item 3.4, supra.

¹⁴⁹³ Antonio Gomes Magalhaes Filho sustenta que por meio do exame da motivação da sentença que se torna viável apurar a utilização, pelo julgador, de provas vedadas pelo ordenamento, pois se da sentença devem constar referência às provas e ao raciocínio extraído das provas, será fácil constatar a transgressão à proibição probatória. *In: GOMES FILHO, Direito...* op. cit., p. 167.

¹⁴⁹⁴ Nesse sentido, sustenta Artur César de Souza que, efetivamente, a motivação da decisão é um mecanismo jurídico que melhor garante a análise da lisura ad imparcialidade judicial, mas “não se pode deixar de observar que os efeitos do contato e da avaliação probatória por parte daquele que irá solucionar a demanda, por vezes, não se deixam demonstrar ou transparecer na motivação da decisão, porque ficam retidos no inconsciente do julgador. *In: SOUZA, A parcialidade...* op. cit., p. 127.

mérito do conhecimento de eventuais provas ilícitas e outras dela derivadas e, assim, garantindo as premissas de um devido processo legal.¹⁴⁹⁵ Tal fase intermediária serviria como filtro e o juiz das garantias como uma barreira evitando a contaminação do juiz do processo.

É o que ocorre, por exemplo, no Chile.¹⁴⁹⁶ Consoante RODRIGO ÁVAREZ, na audiência de preparação para o julgamento oral, o juiz de garantia filtra as provas que serão finalmente conhecidas pelo *Juicio Oral*. Esclarece o autor que, entre as causas mais relevantes de exclusão de provas, está aquela associada às que foram obtidas com violação de garantias fundamentais. O que se busca é evitar que o Tribunal de *Juicio Oral* conheça de provas que sejam superabundantes, que recaiam sobre fatos públicos e notórios, sejam impertinentes ou ilegais, evitando que os julgamentos orais se estendam para além do razoável e que ingressem a julgamento as provas obtidas ilegalmente.¹⁴⁹⁷

Dessa experiência se extrai que, no Brasil, uma fase intermediária poderia ter também um importante papel de critério de admissibilidade de prova, com três grandes critérios de exclusão: a) por desconexão com a imputação, quando não se verificam os requisitos de pertinência e utilidade; b) embora pertinentes, evitar meios de prova “por excesso de informação”, ou seja, repetidos, abundantes, supérfluos, que causam um tempo desmedido ao curso do processo e que “trazem informação que poderia se incorporar através de outros elementos de prova”; c) admissibilidade jurídica e legal, com critérios de exclusão para proteção de garantias, incluindo-se aqui aqueles chamados privilégios ou segredos profissionais (informações da relação médico e paciente ou advogado e cliente) e elementos probatórios obtidos com inobservância de normas legais ou constitucionais. São todos critérios de exclusão focados no que LEONEL GONZÁLEZ POSTIGO chama de “limpeza” do caso.¹⁴⁹⁸

¹⁴⁹⁵ Nesse sentido: “Neste ponto, a audiência inicial preparatória possui um efeito saneador da persecução penal, não propriamente *sanando* nulidades ou ilicitudes constatadas no curso da investigação, mas as excluindo do bojo da instrução processual de modo a evitar a contaminação do produzido na fase judicial”. In: MAYA, **Oralidade...** op. cit., p. 174.

¹⁴⁹⁶ Cfr. item 4.4.1, supra.

¹⁴⁹⁷ No original: “5. *En la audiencia de preparación de juicio oral, el Juez de Garantía ejecuta un rol de filtro de las pruebas que serán finalmente conocidas por el Tribunal de Juicio Oral. Dentro de las causales más relevantes de exclusión de prueba, está aquella asociada a las que han sido obtenidas con vulneración de garantías fundamentales (prueba ilícita). Pero tal como hemos indicado a propósito del principio de pasividad, estas alegaciones deberán ser formuladas por la defensa del imputado, y luego del debate de rigor el Juez de Garantía deberá resolver. Lo que se busca es evitar que el Tribunal de Juicio Oral conozca pruebas que sean sobreabundantes, que recaigan sobre hechos públicos y notorios, sean impertinentes o bien sean ilícitas, evitando que los juicios orales se extiendan más allá de lo razonable y que ingrese a juicio oral prueba obtenida ilegalmente*”. In: ÁVAREZ, Juez de Garantía... op. cit., p. 23-24.

¹⁴⁹⁸ POSTIGO, La etapa... op. cit., p. 94-98.

Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária ou por derivação. Qualquer elemento probatório, ainda que produzido de modo lícito, se derivar de informações ou elementos na origem ilicitamente obtidos, será também nulo de pleno direito. Como cediço, o ônus de provar no processo penal é da acusação¹⁴⁹⁹ que não se pode valer de provas ilícitas e deverá produzir prova, com conteúdo incriminador, adequada e eficaz para afastar o estado de inocência.¹⁵⁰⁰ Desta forma, MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES explica que os elementos informativos produzidos na fase policial e que não foram confirmados em juízo, assim como provas incriminadoras ilícitas, “não podem ser usados pelo juiz no instante de motivar sua decisão sob pena de violação da presunção de inocência como ‘norma probatória’”¹⁵⁰¹, que é voltada à determinação “de quem deve provar; por meio de que tipo de prova; e, por fim, o que deve ser provado”.¹⁵⁰²

A importância de uma fase intermediária para controle da prova é tamanha que GERALDO PRADO afirma que a “tendência dos ordenamentos jurídicos é de não se contentar com o regime de nulidades”. A matéria está circunscrita em um “âmbito mais rigoroso” da admissibilidade que “interdita a valoração da prova e exige a sua exclusão do processo”,¹⁵⁰³ consoante previsão do art. 157 do CPP e art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Embora tenhamos no sistema processual penal brasileiro uma fase de admissibilidade da acusação (art. 396 do CPP), não há aqui tamanha atividade em contraditório judicial para controle epistêmico sobre as provas e servir de filtro para a fase processual. Muitas vezes, inclusive, o debate é postergado para a fase processual, ao argumento de que um questionamento sobre determinada prova condiz com o mérito, o que acaba sendo analisado somente em sentença, podendo gerar a contaminação judicial. Se o magistrado quiser convalidar a prova, usará de argumentos variados, quiçá priorizando o resultado da prova em detrimento do meio escuso.

A adoção de uma fase intermediária evita que se protele, para o âmbito da valoração, a decisão sobre a ilicitude da prova. Assim, já se defenestra a prova ilícita de partida e antes da fase de mérito ter início. Caso contrário, após conhecido o resultado do meio de prova, é

¹⁴⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 225-229.

¹⁵⁰⁰ ZANOIDE DE MORAES, **Presunção...** op. cit., p. 463-464.

¹⁵⁰¹ Ibid., p. 465.

¹⁵⁰² Ibid., p. 462.

¹⁵⁰³ PRADO, **Prova penal...** op. cit., p. 90.

tentadora a possibilidade de validação, especialmente se considerarmos posicionamento doutrinário e da jurisprudência dos Tribunais de vértice pela relativização até das nulidades absolutas, exigindo-se, mesmo nesses casos, a demonstração do prejuízo.¹⁵⁰⁴ Cremos que uma vez que a prova ilícita já esteja encartada à fase processual, o juiz pode acabar por valorá-la como bem entender, porque já impactado pelo seu resultado, sobretudo se movido por uma mentalidade inquisitorial, em que:

[I]lounge de se preocupar com a aplicação de ferramentas e técnicas capazes de reconstruir os fatos tal como ocorreram, a partir do emprego retórico de termos como “verdade real”, “livre convencimento” e “liberdade de provas”, o juiz de mentalidade inquisitorial tenta conservar caminho aberto à predisposição pela tese da acusação.¹⁵⁰⁵

Dito isso, conclui-se que deveria competir ao juiz das garantias, como assegurador da incidência prática dos princípios constitucionais, analisar qualquer impugnação de prova ilícita, filtrando e barrando a sua entrada para não contaminar o juiz do processo. Se assim não for, ainda que determinado o desentranhamento de eventual prova ilícita, essa prova não será “desentranhada” da mente do julgador que pode, ainda que inconscientemente, buscar outros elementos de prova para justificar uma decisão já tomada.

Perceba-se a preocupação sistêmica da Lei n. 13.964/2019, ao inovar com duas regras de impedimento: a de que o juiz de garantias não pode atuar na fase processual (art. 3º-D, do CPP) e a de que o juiz que conhecer da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão (art. 157, § 5º, do CPP). Parece claro o zelo do legislador em inovar com ferramentas que protejam a imparcialidade judicial, mostrando-se uma fase intermediária, conduzida pelo juiz das garantias, um importante momento depurador da persecução penal.

6.2. CAMPOS DE ATUAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS

A Lei n. 13.964/2019 estabeleceu duas hipóteses de não atuação do juiz das garantias.

A primeira delas é a prevista no art. 3º-C do CPP, fixando que a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo. Justifica-se tal ressalva porque não é instaurado inquérito policial para apuração desses

¹⁵⁰⁴ 4. Nos termos do pacífico entendimento desta Corte Superior, o Processo Penal é regido pelo princípio do *pas de nullité sans grief* e, por consectário, o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, exige a demonstração do prejuízo (CPP, art. 563). Ampla defesa preservada”. STJ. HC 250.201/SP. Relator: Min. Ribeiro Dantas. DJ: 22/09/2016.

¹⁵⁰⁵ MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. **Boletim IBCCRIM**, a. 28, n. 331, p. 6-9, jun. 2020, p. 8.

delitos, já que, em regra, adota-se o rito sumaríssimo da Lei n. 9.099/95, com a lavratura de Termo Circunstanciado. Não há que se falar, nessas situações, em “controle da legalidade da investigação criminal”, porque inexistente propriamente uma investigação. Tampouco de “salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”, uma vez que na apuração das infrações penais de menor potencial ofensivo, a própria simplicidade do procedimento não se coaduna com requerimento de complexos meios de obtenção de prova que exigem reserva jurisdicional.¹⁵⁰⁶

A segunda hipótese trazida pela Lei n. 13.964/2019¹⁵⁰⁷ é a que alterou o art. 1º-A, § 1º, da Lei n. 12.694/2012 e previu que as varas colegiadas de primeira instância, competentes para julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, atuarão em todos os atos da persecução penal, inclusive nos incidentes da fase de execução. A despeito de se tratar de julgamento colegiado (seara defendida neste trabalho de igual possível incidência de vieses¹⁵⁰⁸), a ideia norteadora que justifica a exclusão do juiz de garantias é que, em casos de alta periculosidade, é necessário resguardar a segurança de magistrados os quais decidem conjuntamente, desde a investigação até os incidentes de execução, sem referência ao voto divergente.¹⁵⁰⁹

¹⁵⁰⁶ Nesse sentido: “(...) A prática dessas infrações enseja a lavratura de termo circunstanciado, e não a instauração de inquérito policial. Não há, nesses casos, ao menos como regra, investigação criminal, mas apenas a colheita dos dados necessários à identificação do infrator, da vítima e das testemunhas, bem como a narração resumida do fato delituoso com suas circunstâncias. Por isso, não havendo previsão de adoção de medidas investigativas restritivas de direitos individuais por parte da autoridade policial, afigura-se, em princípio, sem sentido o instituto do juiz das garantias nesses casos”. In: MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 227.

¹⁵⁰⁷ Art. 13. A Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1º-A: “art. 1º-A. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais poderão instalar, nas comarcas sedes de Circunscrição ou Seção Judiciária, mediante resolução, Varas Criminais Colegiadas com competência para o processo e julgamento: art. 1º Em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, especialmente: (...) § 1º As Varas Criminais Colegiadas terão competência para todos os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal e da execução da pena, inclusive a transferência do preso para estabelecimento prisional de segurança máxima ou para regime disciplinar diferenciado. § 2º Ao receber, segundo as regras normais de distribuição, processos ou procedimentos que tenham por objeto os crimes mencionados no caput deste artigo, o juiz deverá declinar da competência e remeter os autos, em qualquer fase em que se encontrem, à Vara Criminal Colegiada de sua Circunscrição ou Seção Judiciária.

¹⁵⁰⁸ Cfr. item 6.2.2, infra.

¹⁵⁰⁹ Essa hipótese de exclusão de atuação do juiz das garantias também suscita questionamentos, justamente por se tratar de julgamento colegiado. Então, entendemos que ou bem se entende que, mesmo colegiado o julgamento, há uma causa que o distingue, dada à necessidade de proteção do magistrado que, singularmente, fica muito exposto a pressões, ameaças e receios, ou bem se aplica um colegiado para a fase de investigação e outro colegiado para a fase processual. Na doutrina, encontra-se entendimento discordante da opção legal: “Não obstante isso, não elimina os riscos de contaminação subjetiva decorrente do contato dos julgadores com o material indiciário da investigação criminal. Por isso, melhor seria que também nos casos de colegiados competentes para a persecução penal de crimes praticados por organizações criminosas houvesse previsão do juizado de garantias”. In: MAYA, **Juiz...** op. cit., p. 112. Renato Brasileiro de Lima também critica esse ponto da decisão liminar, destacando que houve um lapso do legislador, porque não há lógica em aplicar a nova sistemática de proteção à imparcialidade às “decisões subjetivamente simples”, ou seja, àquelas proferidas por

Essas são as duas únicas previsões legais de não atuação do juiz das garantias.

Todavia, no julgamento do pedido liminar da ADI 6.298/DF, o Min. DIAS TOFFOLI, procedendo uma interpretação conforme, estendeu o âmbito de não atuação do juiz das garantias para mais quatro situações: a) Tribunais; b) Tribunal do Júri; c) casos de violência doméstica (Lei Maria da Penha) e d) Justiça Eleitoral.¹⁵¹⁰

Respeitosamente, essa ampliação jurisprudencial do campo de não atuação do juiz de garantias é equivocada e contraria a lógica legislativa de extensão de garantias propiciadoras de julgamento imparcial. A Lei n. 13.964/2019 excepcionou apenas duas hipóteses do âmbito de atuação do juiz das garantias. Logo, a contrário senso, todas as outras situações, não compreendidas no âmbito restritivo operado pelo legislador, remetem à atuação de dois magistrados ao longo da persecução penal.

Dessa maneira, doravante, pretende-se avaliar a decisão liminar do STF que ampliou o campo de exclusão de atuação do juiz de garantias, bem como identificar omissões legislativas, tudo com vistas à harmonia sistêmica do tratamento da imparcialidade judicial.

6.2.1. Da indevida ampliação do campo de exclusão de atuação do juiz de garantias realizada pelo STF

Como já destacado no item anterior, no julgamento da liminar da ADI 6.298/DF, o Min. DIAS TOFFOLI, procedendo uma interpretação conforme, estendeu o âmbito de não atuação do juiz das garantias para mais quatro situações: a) Tribunais; b) Tribunal do Júri; c) casos de violência doméstica (Lei Maria da Penha) e d) Justiça Eleitoral.

Neste tópico, focar-se-á em três situações excluídas em primeiro grau: Tribunal do Júri, Lei Maria da Penha e Justiça Eleitoral. No item subsequente, far-se-á a análise sobre a pertinência de atuação ou não de um juiz das garantias no âmbito dos Tribunais.

apenas uma pessoa (juiz singular), mas não aplicar a mesma lógica quando idêntica intervenção na fase investigatória decorrer de “decisões subjetivamente plúrimas, leia-se, por órgãos colegiados homogêneos”, como por exemplo as varas criminais colegiadas. Assim, como compete a tais juízos colegiados decidir sobre medidas cautelares pessoais na fase de investigação (como exemplo, decretação de prisão ou de medidas assecuratórias e concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão, previstos nos incisos I e II, do art. 1º, da Lei n. 12.694/2012), entende o autor que não se pode admitir a impossibilidade de aplicação do juiz das garantias não apenas aos juízos colegiados para o julgamento de organizações criminosas (Lei n. 12.694/12, art. 1º), mas também às varas criminais colegiadas, com previsão no art. 1º-A da mesma lei. *In*: LIMA, **Manual...** op. cit., p. 155.

¹⁵¹⁰ As quatro ressalvas foram objeto de recomendação do Procurador-Geral da República e de Nota encaminhada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), dentre uma série de propostas encaminhadas ao Grupo de Trabalho instituído no Conselho Nacional de Justiça (Portaria CNJ n. 214/2019) para a elaboração de estudo relativo à aplicação da Lei n. 13.964/2019, consoante destacado na liminar da ADI 6298/DF.

Quanto ao Tribunal do Júri, empregou-se a lógica do julgamento de mérito colegiado,¹⁵¹¹ invocando-se inclusive o colegiado previsto no art. 1º-A, § 1º, da Lei 12.694/2012. Isso porque, em resumo, o Ministro entendeu que como a decisão do mérito se dá no Conselho de Sentença (órgão colegiado), já é, por si só, fator de reforço da independência e da imparcialidade judicial.

Contudo, nesta pesquisa, demonstrou-se que o julgamento colegiado, por si só, não impede a ocorrência de vieses, tais como os de ancoragem,¹⁵¹² confirmação,¹⁵¹³ trancamento,¹⁵¹⁴ de perda e de *status quo*.¹⁵¹⁵ Portanto, pode existir a problemática da contaminação judicial mesmo em julgamentos colegiados.

Além disso, o Tribunal do Júri apresenta um rito diferenciado, com procedimento bifásico ou escalonado, compreendendo duas fases: a primeira, do juízo de acusação ou de formação da culpa, e a segunda do juízo da causa ou propriamente do mérito. A atuação do juiz na primeira fase vai desde a necessidade de proferir atos jurisdicionais na investigação, passando pelo recebimento da denúncia, a instrução processual e decisão de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação. Se pronunciado, o mesmo juiz presidirá o julgamento em Plenário, relevando-se o mérito ao Conselho de Sentença composto por sete jurados, reservando-se a dosimetria da pena ao juiz presidente. Contudo, quando há desclassificação pelo Conselho de Sentença, quem deve julgar a matéria de fundo é o juiz presidente, ou seja, o mesmo que atuou desde o inquérito, decidiu cautelares e pronunciou o acusado.

Por coerência sistêmica, concorda-se com TEODORO SILVA SANTOS e RENATO BRASILEIRO DE LIMA, ao defenderem posição de que o juiz atuante na fase de investigação ficará impedido de funcionar nas duas outras fases do rito do Júri, não podendo atuar seja em fase sumária, seja ela plenária.¹⁵¹⁶

A terceira hipótese de não atuação contida no voto do Min. DIAS TOFFOLI condiz com os casos de violência doméstica e familiar, justificando que, dadas as particularidades desse campo, a adoção do juiz das garantias poderia prejudicar o conhecimento pelo juiz de

¹⁵¹¹ Cfr. item 6.2.2.2, *infra*.

¹⁵¹² Cfr. item 3.2.1.2.b, *supra*.

¹⁵¹³ Cfr. item 3.2.1.2.a, *supra*.

¹⁵¹⁴ Cfr. item 3.2.1.2.c, *supra*.

¹⁵¹⁵ Cfr. item 3.3, *supra*.

¹⁵¹⁶ SANTOS, **O juiz das garantias...** op. cit., p. 163-164; LIMA, **Manual...** op. cit., p. 148-149. Também favoráveis à atuação do juiz das garantias no procedimento do Tribunal do Júri, ver: LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 162.

“toda a dinâmica do contexto de agressão”.¹⁵¹⁷ A decisão atendeu ao pedido feito pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), temerária de que o novel instituto seja um retrocesso à conquista histórica em termos de coibição e prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher no país.¹⁵¹⁸

Esse entendimento é criticado por ANDRÉ MACHADO MAYA, ao afirmar que o juizado de garantias não interfere na compreensão da dinâmica dos fatos, pois a prova será produzida na presença do juiz e todas as antecipadas e urgentes seguirão para a fase processual.¹⁵¹⁹ Vai além RENATO BRASILEIRO DE LIMA, advertindo que tal entendimento está a caminhar perigosamente para um verdadeiro direito penal do inimigo, pois se transforma “o autor desses delitos em verdadeiros inimigos em relação aos quais não são aplicáveis direitos e garantias fundamentais”,¹⁵²⁰ especificamente a imparcialidade do juiz da instrução e julgamento.

¹⁵¹⁷ Destaca-se o trecho do voto: “Revela-se necessário, também, ressaltar os processos criminais relativos aos casos de violência doméstica e familiar. De fato, a violência doméstica é um fenômeno dinâmico, caracterizado por uma linha temporal que inicia com a comunicação da agressão. Depois dessa comunicação, sucede-se, no decorrer do tempo, ou a minoração ou o agravamento do quadro. Uma cisão rígida entre as fases de investigação e de instrução/julgamento impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica do contexto de agressão”. In: STF. **ADI 6298 MC/DF**... op. cit.

¹⁵¹⁸ Destaca-se o trecho da manifestação da AMB: “As medidas cautelares estabelecidas na fase de inquérito nos processos envolvendo violência doméstica visam à proteção da vida e da integridade da mulher e podem ser simplesmente colocadas em risco com as inovações contidas na Lei n.º 13.964/2019. Além de postura mais interventiva do magistrado nesses processos, as demandas envolvendo violência doméstica e familiar usualmente contam com equipes de atendimento multidisciplinar, integradas por profissionais das áreas psicossocial, jurídica e de saúde, de modo a oferecer atendimento mais qualificado às mulheres vítimas do ilícito. Nesse contexto, verifica-se mais um agravante ocasionado pela Lei em referência: a possível falta de especialização dos magistrados que irão atuar como Juízes de Garantias nos casos de violência doméstica — o que vai de encontro a toda a estrutura criada pelo Poder Judiciário de especialização e implementação de medidas para coibir ações e omissões, baseadas no gênero, que causem lesão às mulheres”. In: BRASIL. Associação dos Magistrados do Brasil (AMB). **Ao grupo de trabalho, do conselho nacional de justiça, destinado a analisar os impactos da Lei n. 13.964/2019**. Brasília: AMB, 2020 Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/01/AMB_CNJ_Manifestac%CC%A7a%CC%83o_Juiz-das-Garantias-versa%CC%83o-final-Assinada.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁵¹⁹ MAYA, **Juiz**... op. cit., p. 116. No mesmo sentido: SANTOS, **O juiz das garantias**... op. cit., p. 164. Também criticando a liminar, no ponto em que afasta o juiz das garantias para os casos de violência doméstica e familiar: “Quanto ao argumento de que a cisão das fases impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica da agressão é contraditório, pois é exatamente isso que se argumenta para existir o juiz das garantias. Evitar a contaminação, os pré-julgamentos e a falta de originalidade cognitiva. (...) Ademais, exatamente por lidar com fatos graves e que geram um envolvimento emocional mais intenso por parte do próprio juiz (afinal é um ser-no-mundo) é que se deveria ter o sistema do duplo juiz”. In: LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal**... op. cit., p. 162-163. Como exemplo do citado envolvimento emocional mais intenso, observe-se a atuação do juiz paranaense que liga pessoalmente para a vítima de violência doméstica para conceder a medida mais adequada à necessidade do caso concreto. BRODECK, Pedro. Juiz do Paraná liga para vítimas de violência doméstica 24 horas após B.O. e decide junto com a mulher a melhor medida protetiva. **G1 Paraná RPC**, Curitiba, 20 dez. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/12/20/juiz-do-parana-liga-para-vitimas-de-violencia-domestica-24-horas-apos-bo-e-decide-junto-com-a-mulher-a-melhor-medida-protetiva.ghtml>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁵²⁰ LIMA, **Manual**... op. cit., p. 152.

Na esteira desses autores citados, entende-se que não é razoável excluir o procedimento previsto na Lei n. 11.340/2006 do âmbito de atuação do juiz das garantias. Se há algum receio de que a cisão decorrente da atuação de dois juízes na persecução penal possa trazer empecilhos à pronta resposta estatal em casos tão sensíveis, há que se almejar a especialização de juízes de garantia nesta seara, atentos às demandas próprias de julgamentos sob a perspectiva de gênero. Não há razão de tratar com desigualdade o jurisdicionado sujeito à Lei Maria da Penha, ofertando maior garantia de imparcialidade em outras situações penais.

Quanto à Justiça Eleitoral, o Min. DIAS TOFFOLI entendeu que se trata de uma “arquitetura ímpar”, não dispondo a justiça especializada de quadro próprio de magistrados, os quais são designados, pelos respectivos Tribunais Regionais Eleitorais, entre os Juízes de Direito cíveis e criminais, situação que poderá causar embaraços ao regular andamento do processo, em prejuízo dos princípios da celeridade e da preclusão, que regem o processo eleitoral.

Discorda-se do entendimento supra, pois, ainda que a Justiça Eleitoral tenha uma estrutura peculiar, a demanda criminal eleitoral é, consoante pontua AURY LOPES JÚNIOR, “mínima, infinitamente menor do que a justiça comum, de modo que seria perfeitamente contornável o argumento”,¹⁵²¹ podendo, inclusive, cogitar-se de uma central de juiz das garantias eleitoral aliada ao inquérito eletrônico ou uma distribuição cruzada entre juízes eleitorais.

Ademais, conforme apontado por LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES,¹⁵²² o art. 364 do Código Eleitoral¹⁵²³ dispõe que o Código de Processo Penal tem aplicação supletiva e subsidiária nos processos criminais em trâmite na Justiça Eleitoral. Nessa linha, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que inovações processuais penais que ampliem o direito de defesa prevaleçam sobre as antigas disposições do Código Eleitoral (HC 107.795, relator Ministro Celso de Mello).¹⁵²⁴

Entretanto, esse último autor destaca dificuldades operacionais para implementação do juiz das garantias na Justiça Eleitoral. Alerta o autor que se espera um aumento significativo de processos criminais eleitorais, diante dos recentes entendimentos do STF

¹⁵²¹ LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal**... op. cit., p. 163. No mesmo sentido: SANTOS, **O juiz das garantias**... op. cit., p. 165-166.

¹⁵²² GONÇALVES, **O juiz das garantias**... op. cit.

¹⁵²³ Art. 364. No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução, que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal.

¹⁵²⁴ STF. **HC 107.795**. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 28/10/2011.

proferidos na Questão de Ordem na Ação Penal 937, que em razão da limitação do foro por prerrogativa de função, redistribuiu para os juízes eleitorais feitos que, até então, tramitavam em Tribunais de segundo grau ou superiores. Some-se a esse quadro, o entendimento proferido no Inquérito 4.435 que reconheceu a vigência e aplicabilidade do art. 35 do Código Eleitoral que fixa a competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos aos crimes eleitorais.¹⁵²⁵

Por sua vez, RENATO BRASILEIRO DE LIMA, embora reconheça a aplicação subsidiária do CPP, por força do mencionado art. 364 do Código Eleitoral, alerta que há um obstáculo constitucional previsto no art. 121, caput, segundo o qual “Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais”. Com isso, conclui o autor que a criação do juiz das garantias, trata-se de “verdadeira espécie de competência funcional por fase da persecução penal, sua introdução na Justiça Eleitoral deveria ser feita por Lei Complementar, e não por uma mera Lei Ordinária, como é o caso da Lei n. 13.964/19”.¹⁵²⁶

Por fim, embora não sopesado na decisão liminar, RENATO BRASILEIRO DE LIMA chama atenção, ainda, para o fato de que não há nenhum dispositivo expresso acerca da possibilidade ou não de aplicação da figura do juiz das garantias no âmbito da Justiça Militar (da União e dos Estados). Para o mencionado autor, não deverá haver óbices para a sua introdução na justiça especializada, porque o CPP Militar (Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969), em seu art. 3º,¹⁵²⁷ admite a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal e, também, porque não há nenhum critério razoável para um possível tratamento desigual ao jurisdicionado da Justiça Castrense,¹⁵²⁸ entendimento com o qual ora se coaduna.

Conclui-se que, em primeira instância, a implantação do juiz das garantias deve ocorrer de forma ampla, ressalvadas tão somente as hipóteses expressamente excluídas pelo legislador, sendo indevida qualquer interpretação ampliativa de não atuação do juiz das

¹⁵²⁵ GONÇALVES, O juiz das garantias... op. cit.

¹⁵²⁶ LIMA, **Manual...** op. cit., p. 150. Em sentido contrário, Gustavo Henrique Badaró sustenta que se exige lei complementar para as grandes linhas concernentes à atuação da Justiça Eleitoral, mas não no que condiz com temas específicos processuais, tais como competência de foro, funcional, territorial, conexão e continência que encontra diretrizes no Código de Processo Penal, por força do art. 364 do Código Eleitoral. *In*: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz das garantias no processo penal**. Palestra proferida na XXII Semana de Estudos Jurídicos da UNIPAR - Unidade Toledo. 18 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=SvJ17rKIK70>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁵²⁷ Art. 3º. “Os casos omissos deste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar; (...)”.

¹⁵²⁸ LIMA, **Manual...** op. cit., p. 149. No mesmo sentido: SANTOS, **O juiz das garantias...** op. cit., p. 166.

garantias, por se tratar de inovação que não reflete a intenção legislativa,¹⁵²⁹ nem mesmo do projeto do novo CPP que não traz, em seu bojo, as exclusões criadas por decisão judicial.

Eventuais entraves na implantação do juiz das garantias devem ser solucionados com gestão, mas não podem servir de justificativa para impedir o aperfeiçoamento do sistema processual penal brasileiro. Todas essas casuísticas ampliações ferem o princípio da igualdade entre os jurisdicionados, na medida em que retira de alguns a maximização da garantia da imparcialidade, além de servirem perigosamente como precedentes para outras situações.

6.2.2. Da atuação do juiz das garantias no âmbito dos Tribunais

No julgamento da liminar da ADI 6298/DF, o Min. DIAS TOFFOLI estendeu o âmbito de não atuação do juiz das garantias igualmente para os Tribunais. Entendeu que o julgamento por órgão colegiado, por si só, é fator de reforço da independência e da imparcialidade judicial, consoante sedimentado no julgamento da ADI n. 4.414/AL.¹⁵³⁰

Além disso, fundamentou que nos casos de competência originária, incide a Lei n. 8.038/1990, que em seu art. 2º, afirma expressamente que o relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, sendo que não houve qualquer alteração dessa previsão pela Lei n. 13.964/2019. Por sua vez, a Lei n. 8.658/93 estendeu as normas dos arts. 1º a 12 da Lei n. 8.038/90 às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dos Tribunais Regionais Federais.

Ademais, sustentou-se que a própria Lei n. 13.964/2019, ao alterar a Lei n. 12.964/2012, passou a prever que as varas colegiadas são competentes para atuar nas fases investigativa, processual e, também, na execução. Assim, como nessa hipótese específica a nova lei não instituiu o sistema de duplo juiz, invocou-se mais um argumento de amparo na compreensão de que a colegialidade reforça a imparcialidade.

Todavia, em que pesem os respeitáveis argumentos que subsidiaram a decisão liminar, entende-se que, no ponto, o raciocínio não se coaduna com a proteção da

¹⁵²⁹ Nesse sentido: “As exceções criadas não encontram embasamento legal e extrapolam os limites da hermenêutica inerente às decisões judiciais (...) excepcionar ou não o juiz das garantias de determinados procedimentos é uma opção reservada ao legislador ordinário. Trata-se do denominado espaço de conformidade do legislador, na medida em que a criação do juiz de garantias é constitucionalmente possível – não obrigatória e tampouco vedada. Nesses casos, não compete ao Judiciário interferir no espaço do Poder Legislativo, criando exceções onde o legislador não o fez, em especial no âmbito de cognição de uma medida cautelar”. In: MAYA, **Juiz...** op. cit., p. 112-115.

¹⁵³⁰ STF (Tribunal Pleno). **ADI n. 4.414/AL**. Relator: Min. Luiz Fux. DJe:17/6/2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807860/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4414-al> Acesso em: 12 abr. 2022.

imparcialidade. Para melhor compreensão, subdividir-se-á este tópico em duas vertentes: a primeira, quanto à proteção da imparcialidade em ação penal originária; a segunda, no âmbito recursal.

6.2.2.1. Processo penal originário: necessidade de tratamento simétrico da causa de impedimento

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu balizas quanto ao foro por prerrogativa de função para específicas autoridades que serão processadas e julgadas, a depender do cargo, pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “b” e “c”), pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “a”), pelos Tribunais Regionais Federais (art. 108, I, “a”) e pelos Tribunais de Justiça (art. 29, X, art. 95, III e art. 125, § 1º). Na Ação Penal 937, o STF restringiu a prerrogativa de foro aos “crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”.¹⁵³¹

A Lei n. 8.038/1990 (doravante Lei dos Processos nos Tribunais) é o regramento principal do procedimento penal, mas também são aplicáveis o CPP, o CPC, os regimentos internos dos respectivos Tribunais, com destaque para o regimento do STF que conta com *status* de lei.¹⁵³²

Em linhas gerais, essa última lei citada tem um rito especial para os processos penais originários. Apresenta peculiaridades, dentre as quais a previsão de um contraditório prévio ao recebimento da denúncia e de decisão colegiada para o juízo de admissibilidade da acusação.

DANIEL MARCHIONATTI explica que, inicialmente, essa lei era aplicável apenas ao STF e STJ. Nos demais Tribunais, os processos originários eram regidos pelos arts. 556 a 562 do CPP, os quais foram revogados pela Lei n. 8.658/1993, que passou a prever a aplicação da Lei n. 8.038/1990 também às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.¹⁵³³

¹⁵³¹ STF (Tribunal Pleno). **QO AP: 937 RJ - 0002673-52.2015.1.00.0000**, Relator: Min. ROBERTO BARROSo. DJ: 03/05/2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768157047/questao-de-ordem-na-acao-penal-qo-ap-937-rj-rio-de-janeiro-0002673-5220151000000>. Acesso em: 12 abr. 2022. Não é foco deste trabalho fazer uma aprofundada análise sobre o foro por prerrogativa de função e o respectivo processo penal. Para tanto, recomenda-se a leitura da seguinte obra: MARCHIONATTI, Daniel. **Processo penal contra autoridades**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹⁵³² *Ibid.*, p. 145 e 148.

¹⁵³³ MARCHIONATTI, **Processo penal...** op. cit., p. 145.

DANIEL MARCHIONATTI destaca que a Lei dos Processos nos Tribunais muito pouco fala sobre investigação,¹⁵³⁴ por isso é necessária à sua complementação por outras fontes, como o CPP, que se aplica de forma subsidiária. Foi, *mutatis mutandis*, o que aconteceu com o advento da reforma parcial promovida pela Lei n. 11.719/2008 que estabeleceu, entre outros pontos, alterações no procedimento comum, fixando o interrogatório como último ato da instrução. Como a Lei n. 8.038/1990 é anterior a tal reforma, acabou-se compatibilizando-a ao sistema atual.¹⁵³⁵ Por isso, o autor defende que “a ação penal originária não pode ser lida como um sistema autônomo, mas sim como um subsistema, a ser reconduzido ao sistema processualpenal vigente”.¹⁵³⁶

Também se aplicam ao processo penal originário as normas de organização do Tribunal previstas no respectivo Regimento Interno. A Lei n. 8.038/1990 expressamente remete às normas regimentais no que tange à instrução criminal (art. 2º) e ao julgamento (art. 12). Além disso, é necessário o amparo das normativas internas regimentais para se apurar questões como distribuição, autuação, competência interna, poderes do relator, formação dos colegiados, etc.¹⁵³⁷

Feito esse enquadramento inicial necessário e sem qualquer pretensão de esgotar o tema, no ponto que interessa a este trabalho passa-se a analisar a aplicação do juiz das garantias em ação penal originária.

No projeto do novo CPP houve uma preocupação inicial, ainda que insuficiente, quanto à atuação de um juiz das garantias nas ações penais de competência originária. Dispõe o art. 377, I, do Substitutivo de 26/04/2021 do PL 8045/2010¹⁵³⁸:

art. 377. Nas ações penais de competência originária, o procedimento nos tribunais obedecerá às disposições gerais previstas neste Código e no respectivo regimento interno e, especialmente, o seguinte:

I - as funções do juiz das garantias serão exercidas por membro do Tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator;

¹⁵³⁴ Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti sugere a nomenclatura “inquérito policial especial” para diferenciar das investigações comuns. *In*: CAVALCANTI, **A investigação...** op. cit., p. 185.

¹⁵³⁵ Em 2011, o STF entendeu que o art. 400 do CPP, fruto da reforma parcial da Lei n. 11.719/08, aplica-se em detrimento da previsão do art. 7º da Lei do Processo nos Tribunais. A dúvida se instaurou porque, a Lei do Processo nos Tribunais, na linha do sistema antigo, previa a realização de interrogatório como primeiro ato da instrução. O STF, ao decidir que, mesmo nos ritos especiais aplica-se o interrogatório ao final, tal qual previsto no art. 400 do CPP, possibilitou ampla defesa ao acusado. Para maior aprofundamento, ver: STF (Tribunal Pleno). **AP AgR 528**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 24/03/2011.

¹⁵³⁶ MARCHIONATTI, **Processo penal...** op. cit., p. 146.

¹⁵³⁷ *Ibid.*, p. 147.

¹⁵³⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8045...** op. cit.

Observa-se que, positivamente, o projeto do novo CPP prevê a atuação de juiz das garantias no âmbito de ações penais originárias, contudo apenas o impede do exercício da relatoria do processo, mas não o impede de atuar no julgamento da causa, não atentando, portanto, o reformador para a problemática da contaminação judicial em órgãos colegiados.

De outra banda, a Lei n. 13.964/2019 foi omissa quanto à previsão de juiz das garantias em ação penal originária, acabando, com tal inércia, por criar um tratamento discriminatório entre o juiz de primeiro e o de segundo graus, partindo de uma criticável premissa de que o juiz de segundo grau não sofre qualquer mácula em sua imparcialidade.

Esse tratamento diferenciado é objeto de crítica por GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ:

Por óbvio, se houver necessidade de algum meio de obtenção de prova, por exemplo, quebra de sigilos bancário ou fiscal, interceptação telefônica, busca e apreensão, entre outros, será necessária a autorização do desembargador ou do ministro a quem tenha sido distribuída a investigação. Da mesma forma, a decretação de medidas cautelares, pessoais ou reais, será de competência do Tribunal. Ou seja, a competência por prerrogativa de função não se aplica apenas à ação penal propriamente dita, mas abrange, também os atos jurisdicionais a serem praticados no curso da investigação preliminar.¹⁵³⁹

No mesmo sentido, é a crítica de MAURO FONSECA ANDRADE:

O juiz de primeiro grau é mais propenso a romper o princípio acusatório e se tornar parcial, se comparado ao seu colega com jurisdição no Tribunal, mesmo que, frente a alguma daquelas hipóteses descritivas da exclusão do juiz das garantias da fase processual, a atuação de ambos seja idêntica?

(...)

Se a resposta for positiva ao primeiro questionamento, o juiz de primeiro grau, aos olhos do projeto, sofre de uma patologia somente curável quando – e se – for promovido ao segundo grau de jurisdição. Logo, ele é o problema de todos os males do processo penal brasileiro, e não a possibilidade de se ver contaminado por algo, já que essa contaminação não afeta os membros de qualquer Tribunal.¹⁵⁴⁰

Ora, se a função do magistrado na investigação (em primeiro grau ou em ação penal originária) consiste na apreciação de medidas que se relacionam com a afetação de direitos fundamentais,¹⁵⁴¹ a preocupação com a contaminação judicial também é válida para aquelas investigações envolvendo titulares de prerrogativa de foro.

¹⁵³⁹ BADARÓ, **Processo...** op. cit., p. 146.

¹⁵⁴⁰ ANDRADE, **Juiz das Garantias**. 2. ed... op. cit., p. 147.

¹⁵⁴¹ “O relator participa de toda a fase investigativa, proferindo decisões interlocutórias diversas, inclusive despachando mandado de busca, quebra de sigilo e decreto de prisão provisória (temporária ou preventiva).” In: SANTOS, **O juiz das garantias...** op. cit., p. 168.

É que nos processos de competência originária, os pleitos da fase investigativa são dirigidos ao relator¹⁵⁴² e apreciados, de praxe, em ato monocrático. Ao relator competem os poderes atribuídos pela legislação de regência e pelo Regimento Interno. Assim, “os atos de ordenação e as decisões interlocutórias podem ser tomadas pelo relator, o qual tem sempre a prerrogativa de compartilhar a decisão com o colegiado”.¹⁵⁴³

Ainda que se tratem de altas autoridades públicas, na essência a atuação do relator é a mesma de um juiz de primeiro grau apreciando medidas ínsitas a um inquérito comum (medidas cautelares pessoais, reais e meios de obtenção de prova), nada justificando a ausência de simetria entre a fixação de regra de impedimento em persecuções criminais comuns e o não espelhamento de tal situação nos processos de competência originária.¹⁵⁴⁴

A prevenção – tal qual em primeiro grau – fixa a competência do relator, consoante se extrai das previsões dos Regimentos Internos das Cortes de vértice.¹⁵⁴⁵ De igual forma, na Lei n. 8.038/1990 que, em seu art. 2º, estabelece:

¹⁵⁴² Daniel Marchionatti esclarece que não há normas que claramente definam as atribuições do Tribunal no curso das investigações. Assevera que há dois extremos na interpretação do papel do Tribunal na investigação. Uma linha da intervenção máxima, em que o relator assumiria um papel de investigador, ocupando uma posição característica de Delegado de polícia, presidindo o inquérito. A outra, de intervenção mínima, em que o relator ocuparia a posição que o juiz exerce nas investigações, nos exatos termos do CPP, ou seja, apreciando representação pela prorrogação de prazo para conclusão das investigações (art. 10, § 3º, CPP); ordenar diligências à autoridade policial (art. 13, II, CPP); apreciar requerimento de provas invasivas (busca e apreensão, interceptação de comunicações etc.); apreciar medidas cautelares pessoais e reais e apreciar requerimentos de arquivamento (art. 28, CPP). Para o autor, os Tribunais têm adotado postura entre os dois extremos, preponderando o entendimento de que, salvo nos casos regidos pela LOMAN, a investigação de competência dos Tribunais é “supervisionada” pelo relator, o qual determina a produção de provas, mas não ocuparia propriamente a posição de investigador. De modo geral, no STF e no STJ, as diligências são realizadas pela Corregedoria-Geral da Polícia Federal após serem determinadas pelo relator, uma vez requeridas pelo Ministério Público ou representadas pelo delegado. Mas o autor alerta que, no STF, o relator assume outras atribuições, aproximando-se de um investigador, citando, por exemplo, que o STF apenas admite a abertura de inquérito policial por ordem do relator, o que não tem previsão legal. Já no STJ, alguns Ministros adotam por prática conduzir os inquéritos no modelo de investigação *interna corporis* e, nesses casos, a polícia só realiza atos de instrução do inquérito por ordem expressa do relator. Chega-se ao ponto das inquirições, especialmente interrogatórios serem realizados pelo próprio gabinete do relator, normalmente presididas pelo Magistrado Instrutor convocado junto ao gabinete. Essas posturas comprometem a imparcialidade, ao ponto de o autor sugerir que seria relevante, especialmente nas investigações regidas pela LOMAN, distribuir o feito a outro relator, a partir do oferecimento da denúncia, e excluir o relator anterior do julgamento. *In: MARCHIONATTI, Processo penal... op. cit., p. 187-190.*

¹⁵⁴³ *Ibid.*, p. 166-167.

¹⁵⁴⁴ Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti ressalva que “Exceção se fará, tão-somente, ao procedimento de investigação *interna corporis* de magistrados, no qual ainda persiste em nosso sistema a investigação de natureza judicial, com isso o magistrado relator sendo a autoridade condutora do procedimento. Mesmo nesse caso, todavia, aconselhável é que o papel de juiz garantidor seja deixado a outro magistrado do mesmo Tribunal, evitando com isso a paradoxal situação de o relator determinar as medidas investigativas e valorar, ele mesmo, a sua juridicidade”. *In: CAVALCANTI, A investigação... op. cit., p. 185.*

¹⁵⁴⁵ Nesse sentido, destaca-se o art. 69 do RISTF: “O conhecimento do mandado de segurança, do *habeas corpus* e do recurso civil ou criminal torna preventa a competência do Relator, para todos os recursos posteriores, tanto na ação quando na execução, referentes ao mesmo processo”. Ademais, o art. 230 e seguintes do RISTF ao dispor que o juiz do inquérito policial pode presidir o respectivo processo penal. Ainda, o art. 71 do RISTJ: “A distribuição do mandado de segurança, do *habeas corpus* e do recurso torna preventa a

art. 2º - O relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, que se realizará segundo o disposto neste capítulo, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal.

Parágrafo único - O relator terá as atribuições que a legislação processual confere aos juízes singulares.

O “juiz *da* instrução” (e não juiz *de* instrução) – aqui entendido como o juiz da instrução definitiva, da fase processual – é o mesmo relator que funcionou na presidência do inquérito, pois não fez a lei qualquer distinção entre as relatorias na fase investigativa e processual, portanto, o relator a que se referiu o legislador é somente um para toda a persecução criminal.¹⁵⁴⁶

Desta forma, os Regimentos Internos e a legislação de regência atribuem ao Ministro relator o controle de legalidade e a salvaguarda das garantias individuais na fase investigativa, autorizando medidas intrínsecas a essa fase,¹⁵⁴⁷ como busca e apreensões, prisões preventivas, homologação de acordos de delação premiada e atuará nas fases subsequentes, vale dizer, no juízo de admissibilidade da ação penal que, se recebida pelo órgão colegiado, procederá a instrução e submeterá o caso penal a julgamento, tudo sob a relatoria do mesmo relator.

Assim, encerrada a investigação, oferecida a ação penal e após a resposta pelo acusado por escrito, o relator pedirá dia para que o Tribunal, na forma do art. 6º da Lei n. 8.038/1990, delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas. Portanto, o juízo de prelibação da ação penal é colegiado e fundamentado, na qual o Tribunal aprofunda a verificação dos requisitos legais e exerce um rígido controle da justa causa para o oferecimento da ação penal. Nesse sentido, sustenta DANIEL MARCHIONATTI:

Não se admite o recebimento imotivado, eventualmente empregado em primeiro grau. Além de analisar as preliminares, a decisão deve apreciar os elementos probatórios até então produzidos, verificando se há prova suficiente de que o delito ocorreu, assim como se há indícios suficientes de que o acusado foi o autor ou partícipe (art. 29 do CP). O juízo não é exauriente, mas não se admitem

competência do relator para todos os recursos posteriores, tanto na ação quando na execução referentes ao mesmo processo; e a distribuição do inquérito e da sindicância, bem como a realizada para efeito da concessão de fiança ou de decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa, prevenirá a da ação penal”.

¹⁵⁴⁶ CAVALCANTI, **A investigação...** op. cit., p. 240.

¹⁵⁴⁷ No RISTF: art. 230: Instaurado o inquérito, a autoridade policial deverá em sessenta dias reunir os elementos necessários à conclusão das investigações, efetuando as inquirições e realizando as demais diligências necessárias à elucidação dos fatos, apresentando, ao final, peça informativa. § 1º O Relator poderá deferir a prorrogação do prazo sob requerimento fundamentado da autoridade policial ou do Procurador-Geral da República, que deverão indicar as diligências que faltam ser concluídas. § 2º Os requerimentos de prisão, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico, bancário, fiscal, e telemático, interceptação telefônica, além de outras medidas invasivas, serão processados e apreciados, em autos apartados e sob sigilo, pelo Relator.

fundamentações vazias, resumidas a fórmulas do tipo “presentes os requisitos, recebo a denúncia”.¹⁵⁴⁸

No que concerne à instrução, o relator pode presidir a audiência de instrução e julgamento ou delegar sua realização ao juiz instrutor (art. 3º, III, da Lei n. 8.038/1990). Seguindo os trâmites legais e restando apto a julgamento, o relator lançará o relatório e passará os autos ao revisor, que pedirá dia para julgamento em sessão do órgão colegiado.

Portanto, depreende-se que o relator participa da fase de investigação, do juízo de admissibilidade, da fase probatória e do julgamento. Pelo apurado nesta pesquisa, percebe-se que também aqui incide o problema da possível quebra da imparcialidade no julgamento das ações penais originárias no STF e no STJ, uma vez que o relator teve contato com os elementos indiciários da investigação que podem levar à formação de prejulgamentos. Além disso, o relator é o “juiz da instrução”, ou seja, colhe a prova na fase instrutória, podendo ou não delegar tal atividade ao juiz instrutor. Os demais membros não participam da audiência, sequer são cientificados dela, de maneira que o acesso às provas ocorre “pela documentação nos autos ou pela instrução na sessão de julgamento”.¹⁵⁴⁹ Ademais, o voto do relator pode acabar influenciando o voto do revisor¹⁵⁵⁰ e até dos demais julgadores, podendo servir de âncora.¹⁵⁵¹

A dinâmica é, em certa medida, equivalente à do primeiro grau, guardadas as peculiaridades da ação penal originária, não sendo razoável excluir o juiz das garantias nesta seara. Também não faz sentido a estrutura delineada no projeto do novo CPP, para tão somente excluir o juiz das garantias da função de relator, mas lhe permitindo enfrentar o mérito do caso penal. Por coerência sistêmica, dever-se-ia impedir ao juiz que atuou na investigação criminal de compor o órgão de julgamento (seja como relator, seja como julgador em qualquer outra condição).

O silêncio normativo vem provocando manifestação da doutrina. Nesse sentido é a posição de AURY LOPES JÚNIOR que argumenta que a exigência de imparcialidade do julgador é a mesma em ação penal originária, de maneira que o Desembargador ou Ministro que atua na fase pré-processual, desempenhando o papel de juiz das garantias, não poderá participar da instrução e julgamento, em face do impedimento. Isso porque Desembargadores e Ministros “não possuem qualquer atributo psíquico que os diferencie

¹⁵⁴⁸ MARCHIONATTI, *Processo penal...* op. cit., p. 224-225.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 167.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 168.

¹⁵⁵¹ Cfr. item 3.2.1.2.b, *supra*.

dos demais magistrados ou seres humanos, para lhes imunizar dos naturais pré-julgamentos, contaminações e efeitos decorrentes da dissonância cognitiva”.¹⁵⁵²

Evidencia-se a necessidade de regras procedimentais uniformes para se observar a garantia da imparcialidade em todo processo penal brasileiro, de forma que não haja incoerências internas. Por isso, urge atentar para propostas que compatibilizem o juiz das garantias também em atuação nos processos da Lei n. 8.038/1990.

Nesse sentido, visando preencher essa lacuna, há muito DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA CAVALCANTI sustenta o fim da prevenção também nos processos de competência originária. A autora aconselha que o papel de juiz atuante nas investigações pode ser atribuído, por critério regimental, a quaisquer membros do Tribunal, por distribuição; nas Cortes menos numerosas, a apenas um de seus membros como, por exemplo, o Corregedor ou o Vice-Presidente. Estes não acumulam funções jurisdicionais ordinárias e ficariam, durante o mandato, sem receber ações penais originárias.¹⁵⁵³ Levariam consigo o impedimento para a relatoria ou julgamento de futuras causas em que houvessem atuado na investigação, quando já expirados os mandatos. A esse juiz, portanto, caberia, o papel de garantidor dos direitos fundamentais, não lhe sendo permitido presidir a fase processual e nem mesmo integrar, como vogal, o órgão colegiado julgador.¹⁵⁵⁴

Arremata a autora:

O juiz natural na investigação preliminar dos delitos de competência originária Tribunalícia deve ser visto como o juiz exclusivo para os episódios de jurisdicionalização que se apresentem nessa etapa, órgão previamente determinado em norma constitucional, com atribuição esmiuçada em norma interna do Tribunal e com pleno resguardo de sua imparcialidade, para tanto se propondo reforma legislativa no sentido de superar-se a regra de prevenção do art. 83 do CPP e torná-lo impedido de integrar, como relator ou vogal, o órgão julgador da ação penal porventura desencadeada a partir daquela investigação.¹⁵⁵⁵

Já para ANDRÉ MACHADO MAYA, embora a Lei n. 13.964/2019 não tenha alterado expressamente a Lei n. 8.038/1990, parece inequívoca a sua revogação tácita, na medida em que o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 8.038/1990, dispõe que o relator no exercício da função de juiz da instrução “terá atribuições que a legislação processual confere aos juízes singulares”. Logo, segundo o autor, com a alteração promovida pela Lei n.

¹⁵⁵² LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 145.

¹⁵⁵³ No Supremo Tribunal Federal, os inquéritos e ações penais originárias são distribuídos entre os dez ministros integrantes do Tribunal, excluído regimentalmente o Presidente da Corte (art. 67 do RISTF). No Superior Tribunal de Justiça, as investigações e ações penais originárias não são distribuídas ao Presidente do Tribunal e do Corregedor Nacional de Justiça.

¹⁵⁵⁴ CAVALCANTI, **A investigação...** op. cit., p. 246.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 248.

13.964/2019, a “competência do relator, no exercício da função de juiz da instrução, é a mesma do juiz das garantias, pois ele atuará no âmbito da investigação criminal”, concluindo que “a ele e aos demais componentes do órgão colegiado também se aplica a hipótese de impedimento regulada pelo artigo 3º-D”.¹⁵⁵⁶

Por sua vez, TEODORO SILVA SANTOS defende que o relator que desempenhou o papel de juiz das garantias na fase investigativa não deve participar do juízo de admissibilidade da acusação, tampouco da instrução criminal. Sugere que, oferecida a peça acusatória, esta seria distribuída para um dos integrantes da Corte que não tivesse participado da fase investigativa, ou seja, passaria a atuar um novo relator na fase de admissibilidade da peça acusatória em diante.¹⁵⁵⁷

De fato, tem-se ciência de que, para implementação de um juízo de garantias, seria necessária uma reestruturação interna de Câmaras dos Tribunais e Turmas do STF e STJ. Este trabalho sugere uma possível alternativa para resolver esse impasse no âmbito das ações penais originárias: a criação de um juízo colegiado de garantia, responsável pelo juízo de admissibilidade da acusação. Depois, se positivo o juízo de admissibilidade, os membros desse primeiro colegiado ficariam impedidos de atuarem no segundo colegiado a quem competiria o julgamento do mérito. Somente assim parece haver coerência com a *mens legislatoris* já aplicada em primeiro grau de jurisdição.¹⁵⁵⁸

Justifica-se essa opção, para seguir a mesma lógica em primeiro grau. Como o julgamento de admissibilidade da ação penal originária é necessariamente colegiado, sugere-se que o relator prossiga nessa condição nesse primeiro colegiado. Se recebida a acusação, outro relator assume a fase instrutória e a matéria de fundo é decidida por outro colegiado, com componentes diversos daqueles que realizaram o juízo positivo de admissibilidade da acusação.

Essa sugestão leva em conta o agravante de que, nas ações penais originárias, o julgamento ocorre em instância única. Assim, “[O] Tribunal é soberano na análise de fatos

¹⁵⁵⁶ MAYA, **Juiz...** op. cit., p. 112-113; JUNQUEIRA, **Lei anticrime...** op. cit., p. p. 132.

¹⁵⁵⁷ SANTOS, **O juiz das garantias...** op. cit., p. 174 e 187. Nessa linha de entendimento, Daniel Marchionatti, ao comentar as investigações *interna corporis* contra magistrados, nas quais o inquérito judicial é distribuído ao membro do Tribunal que preside a investigação, acumulando poderes jurisdicionais e policiais (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar 35/79 – LOMAN), critica a cumulação de funções e por isso sustenta que há razões para duvidar da parcialidade do juiz que preside as investigações e julga o caso. Assim, sugere que “a única forma de compatibilizar o inquérito judicial com o devido processo legal é a redistribuição do feito, caso oferecida denúncia, afastando-se o relator original dos julgamentos seguintes”. In: MARCHIONATTI, **Processo penal...** op. cit., p. 190-191.

¹⁵⁵⁸ Outra sugestão é que “será preciso reorganizar as atribuições das Turmas do STF, talvez para funcionarem como juiz das garantias só três dos seus membros ou apenas um decidindo monocraticamente – e sem cabimento de recurso – na fase de investigação, como forma de viabilizar o julgamento adequado posterior pelo órgão competente”. BEDÊ JÚNIOR, Américo. SENNA, O juiz... op. cit., p. 53.

e provas. Eventual recurso, se cabível, versará apenas sobre questões de mérito”.¹⁵⁵⁹ DANIEL MARCHIONATTI expõe que, assim sendo, não há nenhuma razão para postergar a apreciação de questões que podem barrar a persecução penal. Além disso, agrega que o STF tem sido bastante rigoroso com a exigência da justa causa para o exercício legítimo da acusação formal, apurando a suficiente prova da existência do delito e de indícios de autoria, em um juízo concreto de possibilidade de um julgamento de procedência do pedido condenatório. Desta forma, conclui o autor, que “a acusação deve ser admitida caso haja, desde logo, provas robustas (ainda que unilaterais) do fato e da autoria; ou se, na falta de provas tão consistentes, a petição inicial propõe meios de prova que, provavelmente, levarão à obtenção de provas suficientes para a condenação”.¹⁵⁶⁰

Com tais observações, percebe-se que a cognição do colegiado, quando do juízo de admissibilidade da peça acusatória, é mais aprofundada, o que justificaria a sugestão ora posta de adoção de dois colegiados. Nesse passo, DANIEL MARCHIONATTI explica que incumbe ao próprio Tribunal definir, em seu Regimento Interno, a competência para julgamento. Informa que a maior parte dos Tribunais mantém a competência do Pleno ou do Órgão Especial, o que pode ser explicado por inércia na mudança regimental ou pela relevância que essas causas podem ter. Destaca pontos negativos com julgamentos efetivados em colegiados grandes, mais demorados e com integrantes, muitas vezes, sem especialização em matéria penal. Por outro lado, aduz que o próprio STF já deslocou competência do Pleno para Turmas via Emenda Regimental, posteriormente validada em ADI. Nessa mesma linha fragmentária, enaltece a solução empregada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que especializou um de seus menores órgãos fracionários no julgamento de Prefeitos (4ª Câmara Criminal), enquanto o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entrega as causas originárias à Seção Criminal, composta por membros das duas Turmas especializadas. Em tais casos, além de os julgadores serem especializados em matéria criminal, os órgãos jurisdicionais contam com número reduzido de membros.¹⁵⁶¹

Agregue-se o fato de que a opção por colegiados fracionários permite, em maior extensão, o duplo grau de jurisdição, contido no art. 8.2, h, do Pacto de San José da Costa Rica e art. 14, § 5º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.¹⁵⁶²

¹⁵⁵⁹ MARCHIONATTI, **Processo penal...** op. cit., p. 224-225.

¹⁵⁶⁰ Ibid., p. 224-226.

¹⁵⁶¹ Ibid., p. 150-151.

¹⁵⁶² O tema do duplo grau de jurisdição é complexo, quando visto pelo prisma de garantia processual, legislação doméstica e controle de convencionalidade. O STF, por diversas ocasiões, enfrentou a problemática do duplo grau de jurisdição, especialmente em face da competência originária dos Tribunais, ora entendendo não ser o

Pondere-se, como já exposto no início deste tópico, que o Supremo Tribunal Federal aplicou o art. 400 do CPP, que prevê o interrogatório do réu como último ato da instrução penal, afastando o art. 7º da Lei n. 8.038/1990 (que o prevê como primeiro ato). Na mesma linha, observadas as especificidades rituais, é preciso igualmente estender o juiz das garantias aos processos de competência originária, já que a persecução penal aqui também obviamente deve observar ao devido processo penal e garantias decorrentes. Nas palavras de GUILHERME MADEIRA DEZEM e LUCIANO ANDERSON DE SOUZA, “[N]a verdade, a técnica de interpretação consiste em estender os direitos para aqueles a quem não foi previsto. Dessa forma, o que se deve é reconhecer a extensão desse direito para as hipóteses de competência originária, e não o contrário”.¹⁵⁶³

É preciso, pois, conciliar a adoção do instituto do juiz das garantias com o rito de tramitação de inquéritos e ações penais originárias nos Tribunais brasileiros. O acúmulo de funções pelo relator, quanto à atuação na fase de investigação, na fase instrutória e de julgamento, implica contaminação, tal qual o raciocínio empregado em primeiro grau. A colegialidade não é fator de certeza de imparcialidade, pelo que a interpretação realizada na medida liminar da ADI 6.298/DF é equivocada, limitadora de garantias, sendo premente a necessidade de alteração da Lei n. 8.038/1990, para permitir coerência sistêmica.

No tópico seguinte, prosseguindo na análise no âmbito dos Tribunais, passa-se a perscrutar a necessidade ou não de atuação de juiz das garantias em instância recursal e sua relação com a imparcialidade.

6.2.2.2. Atuação de juiz de garantias em grau recursal

A Lei n. 13.964/2019 não cogitou da atuação de um Desembargador das garantias em segundo grau, nem tampouco um Ministro de garantias, nos Tribunais de vértice. Assim, por exemplo, um Desembargador que tenha atuado em algum recurso ou em ação

duplo grau um princípio e nem uma garantia constitucional (RHC 79.785). Em outro momento, entendeu que a garantia do duplo grau de jurisdição não integra a Constituição Federal (AI n. 513.044). Mais recentemente, no julgamento do AI n. 601.832, DJ de 02.04.2009, reconheceu-se o direito ao duplo grau de jurisdição no âmbito criminal, porém excepcionado nos casos de decisão proferida em processo de competência originária, ante o princípio da taxatividade recursal. Porém, no caso Mensalão, uma das discussões foi o cabimento dos embargos infringentes, previsto no Regimento Interno do STF, porém não previsto na Lei n. 8.038/1990. Em favor do duplo grau, invocou-se o art. 8.2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo entendimento dessa Corte que o mesmo caso pode comportar duas apreciações, independentemente do juízo que proferiu a decisão, como no caso do foro por prerrogativa de função. Frente à reclamação de alguns acusados à Comissão de Direitos Humanos, posteriormente o Regimento Interno do STF foi modificado, existindo hoje duas Turmas, com possibilidade de recurso interno (Emenda Regimental 49/2014). *In: GIACOMOLLI, O devido...* op. cit., p. 360; MARCHIONATTI, **Processo penal...** op. cit., p. 284-286.

¹⁵⁶³ DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 81.

impugnativa autônoma (*habeas corpus* ou mandado de segurança) contra decisões proferidas por um juiz de garantias, não estará impedido de compor o colegiado quando do julgamento da apelação.

Entende-se que o silêncio legislativo, também aqui, causa incoerências internas e desprestigia o princípio da imparcialidade. É que, igualmente, na instância recursal, incide a mesma lógica da contaminação com a possível formação de uma convicção acerca do caso penal ou sobre a culpabilidade do imputado. Como já defendido, a colegialidade não impede os mesmos vieses cognitivos que incidem em primeiro grau¹⁵⁶⁴. Afinal, a se entender que a colegialidade, por si só, é certeza de imparcialidade, seria vedado o questionamento de suspeição e impedimento de julgadores do colegiado, o que é perfeitamente possível na legislação atual.

Em muitos Tribunais a prevenção é regra de fixação da competência. Assim, posteriores recursos interpostos da sentença penal serão julgados pelo magistrado (relator) ou órgão colegiado que tenha atuado, previamente, naqueles incidentes recursais ou ação autônoma de impugnação contra decisões de atribuição do juiz das garantias.

Nesse cenário, ANDRÉ MACHADO MAYA identifica um potencial risco de perda da imparcialidade dos julgadores “com mais acentuada gravidade, na medida em que, como regra, as ações penais são decididas de modo definitivo justamente pelos tribunais de apelação”. Por isso, segundo o autor, nessa instância do processo penal há necessidade de “uma reflexão em torno de medidas aptas a emprestar efetividade ao direito de ser julgado por um Tribunal imparcial”.¹⁵⁶⁵

Por sua vez, RENATO BRASILEIRO DE LIMA expõe a falta de tratamento sistemático que é visível quando um Desembargador ou o órgão colegiado tiver decidido, na fase da investigação preliminar, um recurso interposto contra uma decisão do juiz das garantias de 1ª instância, dando provimento, por exemplo, ao recurso em sentido estrito interposto contra a recusa em homologar a proposta de acordo de não persecução penal (art. 581, XXV, c/c art. 3º-B, inciso XVII, ambos do CPP); recurso em sentido estrito interposto contra a decisão de rejeição da peça acusatória (art. 581, I, c/c art. 3º-B, inciso XIV, ambos do CPP); recurso em sentido estrito contra o indeferimento de requerimento de prisão preventiva (art. 581, V, c/c art. 3º-B, V). Em todas essas situações, quando houver provimento do recurso, ou seja, homologando a proposta de acordo de não persecução penal, recebendo a peça acusatória e decretando a prisão preventiva (funções tais que se inserem

¹⁵⁶⁴ Cfr. item 6.2.2, supra.

¹⁵⁶⁵ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 231.

no rol de competência do juiz de garantias em primeiro grau) impõe-se, pela mesma lógica, o reconhecimento de impedimento dos magistrados *ad quem* que participaram desse julgamento para que futuramente não venham a julgar a apelação interposta contra a sentença.¹⁵⁶⁶

Por sua vez, no projeto do novo CPP (Substitutivo de 26/04/2021) inova-se com a possibilidade de interposição de agravo, com algumas hipóteses que tocariam diretamente com decisões do juiz das garantias.¹⁵⁶⁷ Perceba-se, por exemplo, o que se sucederá com a decisão que rejeitar a inicial acusatória, no todo ou em parte, quando caberá agravo.¹⁵⁶⁸ Hoje, questionamentos quanto ao juízo de admissibilidade (se rejeitada, via recurso em sentido estrito; se recebida, via impetração de *habeas corpus*) são avaliados em segundo grau e os julgadores estarão preventos para o julgamento da apelação, uma vez que não há regra impeditiva de atuação.

A problemática nessas situações é essencialmente a mesma: ao fazer o juízo de admissibilidade da acusação, os julgadores de segundo grau necessariamente terão de avaliar os elementos de informação do inquérito. Em segundo grau, para que o colegiado possa verificar o acerto ou não da decisão que recebeu/rejeitou a denúncia, terá de voltar os olhos à investigação preliminar, simplesmente porque, naquele momento da persecução penal, é o único substrato de onde se pode avaliar a presença ou não de justa causa. Ao final e ao cabo, interposta apelação, aqueles mesmos julgadores estarão preventos para analisá-la, porque não houve previsão de impedimento similar ao do primeiro grau (art. 3º-D, do CPP). Daí porque conclui-se que deve haver igual regra de impedimento em segundo grau, pois *ubi eadem est ratio, ibi ide jus* (onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito).¹⁵⁶⁹

¹⁵⁶⁶ LIMA, **Manual...** op. cit., p. 146. No mesmo sentido: JUNQUEIRA, **Lei anticrime...** op. cit., p. p. 132.

¹⁵⁶⁷ Art. 552. Caberá agravo, no prazo de quinze dias, da decisão que: I - rejeitar, no todo ou em parte, a inicial acusatória; II - rejeitar o aditamento da peça acusatória; III - declarar a incompetência ou afirmar a competência do juízo; IV - deferir, negar, impor, revogar, prorrogar, manter ou substituir qualquer das medidas cautelares, reais ou pessoais; V - conceder, negar ou revogar a suspensão condicional do processo; VI - decidir sobre produção e licitude da prova e seu desentranhamento; VII - não homologar a transação no procedimento sumário; VIII - for proferida pelo juiz das execuções; X - inadmitir o recurso extraordinário ou o recurso especial; XI - outras hipóteses previstas em lei". In: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8045...** op. cit.

¹⁵⁶⁸ Art. 522. Caberá agravo, no prazo de 15 (quinze) dias, da decisão que: I - rejeitar, no todo ou em parte, a inicial acusatória. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8045 de 2010**. Substitutivo de 26 de abril de 2021... op. cit.

¹⁵⁶⁹ No mesmo sentido: "Há entendimento no sentido de que o juiz que recebeu a denúncia ou queixa não estará impedido, nos termos do inc. III do art. 252 do CPP, para atuar, no tribunal, julgando recursos sobre aquele processo. Discordamos de tal posicionamento por considerarmos que o recebimento da denúncia é decisão, em que se analisa a viabilidade da ação penal, visando às condições da ação e aos pressupostos processuais. Assim, o desembargador terá funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se de fato e de direito sobre a questão, sendo, pois, impedido de atuar. Com a instituição da figura do juiz das garantias, que terá competência para a decisão de recebimento da denúncia (CPP, art. 3º-B, XIV), e diante do expresse impedimento previsto

Como se defende neste trabalho,¹⁵⁷⁰ a instituição de uma fase intermediária é essencial para melhor saneamento, filtragem probatória e planejamento da persecução penal. Assim, compreendendo como atribuição do juiz das garantias, na fase intermediária, o juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa, a análise de questões processuais, a decisão sobre a filtragem probatória e outras decisões proferidas nessa fase, sugerimos que recursos ou impugnações interpostas de tais decisões sejam submetidas à avaliação por um juízo de garantias em segundo grau.

Observe-se que, para além das hipóteses exemplificativamente elencadas acima, há outras que podem também suscitar alguma discussão. Nesse sentido, embora o Brasil não esteja vinculado ao TEDH, suas decisões são um importante parâmetro informativo. Nesse ponto, traz-se à lume o caso *Castillo-Algar vs. Espanha*. Resumidamente, questionou-se o fato de dois juízes, que não haviam atuado como juízes de instrução, mas apenas participaram do julgamento de um recurso interposto contra uma decisão interlocutória proferida no curso da instrução preliminar pelo juiz instrutor, tiveram a imparcialidade questionada e isso foi suficiente para que o TEDH entendesse comprometida a imparcialidade deles, impedindo-os de atuar no posterior julgamento de apelação contra a sentença final condenatória.¹⁵⁷¹

Prosseguindo, traz-se à tona outra hipótese que reforça a necessidade de impedimento em segundo grau que é a de impetração de *habeas corpus* ou mandado de segurança tendo como autoridade coatora o promotor de justiça que instaurou o PIC. A competência para processamento e julgamento desse *habeas corpus* será do segundo grau. O Desembargador que apreciar este *habeas corpus* não estará impedido de julgar eventual apelação.¹⁵⁷²

Mesma problemática nos casos em que o juiz das garantias determina o trancamento do inquérito policial, quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento. Como não há previsão de recurso da decisão que determina o trancamento

no art. 3º-D, resta clara a impossibilidade de o juiz que recebeu a denúncia atuar como desembargador, em julgamento de recursos relativos às decisões proferidas no curso do processo e, em especial, julgar o recurso de apelação". In: BADARÓ, *Processo...* op. cit., p. 326.

¹⁵⁷⁰ Cfr. item 6.1, supra.

¹⁵⁷¹ TEDH. **Caso Castillo-Algar vs Espanha**. 28/10/1998. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-55718>. Acesso em: 12 abr. 2022.

¹⁵⁷² Nesse sentido: LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, *Investigação...* op. cit., p. 144.

do inquérito,¹⁵⁷³ possível entender-se pelo reexame necessário¹⁵⁷⁴ que seria submetido ao segundo grau.

Atento a tais incoerências, MAURO FONSECA ANDRADE defende que “para superar essa situação constrangedora, é de rigor que existam desembargadores e ministros de garantias”. Vai além o autor, afirmando que “enquanto isso não ocorrer, a transigência com a imparcialidade judicial será patente, e o rigor na separação de funções só se aplicará ao primeiro grau de jurisdição, onde também ficaria circunscrita a proteção ao festejado princípio acusatório”.¹⁵⁷⁵

Coaduna-se com ANDRÉ MACHADO MAYA o qual sugere a criação de um juizado de garantias, ou seja, um órgão colegiado em grau recursal competente exclusivamente para o reexame de todos e quaisquer atos decisórios proferidos pelo juiz das garantias durante a investigação preliminar e, também, dos atos decisórios proferidos pelo juiz singular durante a instrução criminal, com o que se potencializa a imparcialidade jurisdicional.¹⁵⁷⁶ Assim, reservar-se-á o julgamento da apelação a um outro colegiado, composto por outros juízes que não participaram do julgamento de recursos anteriores.

AURY LOPES JÚNIOR defende que “a colegialidade facilita tudo”. Exemplifica o autor: se uma Turma tem 5 (cinco) ministros, aquele que atuou na fase pré-processual e desempenhou as funções de juiz das garantias simplesmente está impedido de participar

¹⁵⁷³ Como regra, da decisão que determina o arquivamento do procedimento inquisitorial, não cabe recurso. Todavia, há três hipóteses em que será possível interpor recurso contra a decisão que determinou o arquivamento do inquérito policial: a) inquéritos instaurados para apurar os crimes contra a economia popular e a saúde previstos na Lei n. 1.521/51, em cujo artigo 7º determina-se a interposição de recurso *ex officio* (reexame necessário) pelos juízes quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito; b) Lei n. 1.508/51, parágrafo único, que prevê a possibilidade de interposição de recurso em sentido estrito na hipótese de arquivamento de inquérito que apure as contravenções de jogo do bicho e de aposta sobre corridas de cavalos feitas fora do hipódromo ou da sede e dependências das entidades autorizadas; c) quando a decisão que determinar o arquivamento do inquérito for teratológica, será possível a impetração de mandado de segurança (STF, HC 12365/SP).

¹⁵⁷⁴ Rogério Sanches Cunha defende que aqui se trata de concessão de ofício de Habeas Corpus, desafiando o reexame necessário (art. 574, I, CPP), indicando que se se tratar de natureza diversa, tal decisão escapa de qualquer controle. *In: CUNHA, Pacote Anticrime...* op. cit., p. 87

¹⁵⁷⁵ ANDRADE, **Juiz das Garantias**. 2. ed... op. cit., p. 117. No mesmo sentido, Abel Fernandes Gomes, para quem “em caso de desembargadores e ministros das Cortes, Superior e Suprema que venham a conhecer dos habeas corpus impetrados ainda enquanto o processo originário se encontra na fase pré-processual, para discutir a admissibilidade e legitimidade do deferimento de tais medidas pelo juiz das garantias, também se adotará, por coerência e simetria, a instituição dos desembargadores e ministros das garantias, que ficarão impedidos – em vez de preventos – para o julgamento do mérito dos recursos de apelação, especial e extraordinário? *In: GOMES, “Juiz das garantias”...* op. cit.

¹⁵⁷⁶ MAYA, **Imparcialidade**... op. cit., p. 232. No mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima sugere a imediata mudança dos regimentos internos dos Tribunais para prever que, uma vez recebida a peça acusatória no primeiro grau de jurisdição, eventuais recursos interpostos na sequência teriam que ser redistribuídos a órgão colegiado diverso no Tribunal, e não àquele mesmo que já interviria anteriormente, como ocorre nos dias de hoje em que se reconhece a prevenção *In: LIMA, Manual...* op. cit., p. 148. Ver também: JUNQUEIRA, **Lei anticrime**... op. cit., p. 132.

daquele julgamento, permanecendo o colegiado apto a decidir. Ainda, no caso de Câmaras com 3 (três) julgadores, haverá necessidade de convocar um desembargador de outra Câmara e fazer um rodízio.¹⁵⁷⁷

Em complemento, sugere-se que, no Brasil, poderia haver algo semelhante ao Juiz das Liberdades e Detenção francês,¹⁵⁷⁸ que poderia ser o próprio juiz de garantias de primeiro grau. Dessa maneira, o juiz das garantias decidiria sobre a necessidade de renovação da prisão preventiva prevista no art. 316 e parágrafo único, do CPP,¹⁵⁷⁹ ainda que o feito já se encontrasse em fase de instrução. Ou, ainda, medidas cautelares requeridas já em fase processual, deveriam ser avaliadas pelo juiz das garantias. Posteriormente, recursos dessas decisões seriam julgados pelo juizado de garantias em segundo grau. Tal procedimento nos parece ser mais coerente sistematicamente, na medida em que o juiz da fase processual não deve, antes da decisão final, antecipar juízes valorativos. Ademais, justifica-se a atuação do juiz de garantias vinculado ao juiz da instrução e julgamento porque, assim, evita-se a supressão da primeira instância.

Concluindo, percebe-se que a omissão legislativa trouxe um injustificado tratamento diferenciado à imparcialidade. Faltou, portanto, ao legislador, “uma dose pouco mais concentrada de ousadia”,¹⁵⁸⁰ porque a manutenção da atual redação conduz à proteção da imparcialidade apenas em primeira instância.

É preciso, portanto, uniformidade de tratamento para garantir a harmonia do sistema, prevendo causas de impedimento igualmente em superiores instâncias. Sugere-se a adoção de juiz de garantias em graus recursais, que seriam os juízes naturais para julgar recursos contra todas as decisões prévias à sentença, sejam de lavra do juiz de garantias de primeiro grau, seja do juiz da instrução e julgamento. Com isso, blinda-se o colegiado que julgará os recursos interpostos da decisão de mérito, evitando-se a ocorrência de julgamentos enviesados.

A despeito do enorme avanço ao devido processo legal, o modelo traçado pelo legislador demanda lapidação, para que a imparcialidade possa ser melhor protegida. Por isso, no intuito de aprimorar e fortalecer o instituto, e embasada nas pesquisas realizadas ao

¹⁵⁷⁷ LOPES JUNIOR, **Direito Processual Penal...** op. cit., p. 161.

¹⁵⁷⁸ Cfr. item 4.2.1, supra.

¹⁵⁷⁹ Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

¹⁵⁸⁰ MAYA, **Imparcialidade...** op. cit., p. 232.

longo deste trabalho, sugere-se, no tópico a seguir, uma Minuta de anteproposta legislativa¹⁵⁸¹, atenta não só a possíveis questionamentos que certamente serão suscitados e enfrentados pela jurisprudência, como também visando a uma sistematização coerente, quando da aplicação prática do novel instituto.

6.3. PROPOSTA DE ANTEPROJETO DE LEI COMO CONTRIBUIÇÃO ACADÊMICA PARA APERFEIÇOAMENTO DO JUIZ DE GARANTIAS

Com o devido respeito, este trabalho científico, aliando os dados da realidade e a prática judiciária cotidiana, sugere, humildemente, aprimoramentos ao instituto do juiz das garantias, introduzido no sistema processual penal brasileiro por meio da Lei n. 13.964/2019, com eficácia suspensa. A mencionada inovação foi um grande avanço no sistema processual penal brasileiro e é viável a sua implementação no território nacional. Contudo, para manter a coerência sistêmica com a ideia basilar da introdução do instituto, são necessários ajustes e a inclusão de outras previsões não abarcadas pelo legislador, sob pena de se criar embaraços e discussões judiciais.

Como próprio das reformas pontuais, a Lei n. 13.964/2019 não promoveu um olhar global sobre a legislação vigente. Por isso, urge superar algumas incoerências presentes na novel lei, eliminar contradições entre artigos integrantes do Código de Processo Penal e, ainda, acrescentar previsões, tudo com vistas a garantir tratamento isonômico da imparcialidade.

Para facilitar a compreensão, dividiremos as sugestões de alterações legislativas e as devidas justificações em blocos:

- Atribuições do juiz das garantias

No rol das atribuições previsto no art. 3º-B do CPP, sugere-se a inserção de inciso prevendo que o juiz das garantias decidirá sobre o recebimento da denúncia ou queixa-crime oralmente e em audiência, após oportunizar o contraditório e a ampla defesa. Assim, deixa-se assentada a necessidade de um prévio contraditório oral ao juízo de admissibilidade da

¹⁵⁸¹ A estrutura abaixo adotou o modelo oficial de projeto de lei extraído do site da Câmara dos Deputados. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Modelo de projeto de lei**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/programas-institucionais/educacao-para-a-cidadania/parlamentojovem/sou-estudante/material-de-apoio-para-estudantes/modelo-de-projeto-de-lei>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

peça acusatória, oportunizando à defesa aportar fatos e fundamentos para subsidiar a decisão, evitando o recebimento de peças acusatórias desprovidas de justa causa.

Outrossim, sugere-se que também compete ao juiz das garantias a homologação de acordo de não persecução penal e de colaboração premiada, quando celebrados em fase processual. Com isso, preserva-se a imparcialidade do juiz da instrução e julgamento, blindando-o de contaminações que poderiam ser impactantes frente à exigência da confissão e os elementos de corroboração anexados ao acordo de colaboração.

Ainda, prevê-se, expressamente, a possibilidade de acordos probatórios que tornam incontroversos determinados fatos reconhecidos por ambas as partes, competindo ao juiz das garantias a sua homologação, em decisão oral na fase intermediária.

Ao juiz das garantias competirá decidir sobre a necessidade de renovação da prisão preventiva prevista no art. 316 e parágrafo único, do CPP, ainda que o feito se encontre em fase de instrução. Na mesma linha, medidas cautelares requeridas em fase processual devem ser avaliadas pelo juiz das garantias. Posteriormente, recursos dessas decisões serão julgados pelo juizado de garantias em segundo grau. Tal procedimento é o mais coerente sistematicamente, para evitar que o juiz da instrução e julgamento antecipe juízes valorativos antes da decisão final. Ademais, justifica-se a atuação do juiz de garantias vinculado ao juiz da instrução e julgamento porque, assim, evita-se a supressão da primeira instância.

Por outro lado, permite-se, excepcionalmente, a realização de audiência de custódia na modalidade virtual ou semipresencial, quando inviável a sua realização de forma presencial. A pandemia de COVID-19 mostrou que é possível a realização de tais atos de forma virtual, desde que assegurados todos os direitos e garantias do autuado. A permissão da realização da audiência por videoconferência é essencial para viabilizar a atuação do juiz das garantias, evitando deslocamentos, proporcionando celeridade e redução de custos na prestação jurisdicional.

- Previsão da fase intermediária

Necessária a estipulação da persecução penal em procedimento trifásico, consistente em uma fase de investigação, uma fase intermediária e uma fase de instrução e julgamento. As duas primeiras serão conduzidas pelo juiz das garantias, com finalidades diversas: enquanto a primeira objetiva apurar a ocorrência de um crime e seus agentes, a segunda, preparatória para o julgamento de mérito, é regida pelo princípio da oralidade, com a finalidade de avaliar a existência de justa causa para a ação penal, saneamento de questões processuais e exclusão de elementos de informação produzidos ou obtidos ilicitamente.

Essa inovação permitirá um processo penal de maior qualidade, pois atualmente a legislação não prevê uma destacada fase de saneamento, de maneira que, por automatismo, não é incomum que peças acusatórias sejam recebidas, sem um filtro minucioso, assoberbando as pautas judiciais, sem maiores aprofundamentos sobre a existência de justa causa para o prosseguimento à fase processual. Além disso, por não haver uma cautelosa filtragem dos elementos informativos produzidos, por vezes, ocorre um transpasse automático, para a fase processual, de provas ilícitas que podem contaminar o juiz da instrução e julgamento.

Acresce-se previsão de preclusão das questões decididas em audiência da fase intermediária e não impugnadas (exceto as conhecíveis de ofício) e, ainda, que não se admitirão, na instrução, meios de prova não solicitados pelas partes no debate da audiência da fase intermediária. Tais previsões visam a evitar a perenização de discussões sobre questões processuais, trazendo maior estabilidade e segurança jurídica. Ademais, pretende-se evitar a surpresa das partes em instrução com a produção de meio de prova não requerida na fase intermediária. Por outro lado, uma vez delimitada na fase intermediária a teoria do caso, consistente em um planejamento da formulação do caso penal consolidado no tripé composto da imputação fática, da classificação jurídica e dos meios probatórios dos quais as partes pretendem se valer em instrução, terá o juiz da instrução e julgamento maiores subsídios para pautar a audiência instrutória e, assim, entregar uma prestação jurisdicional mais célere.

- Alterações no campo de atuação do juiz de garantias

A Lei n. 13.964/2019 estabeleceu tão somente duas únicas situações de não atuação do juiz das garantias (infrações penais de menor potencial ofensivo e julgamento de crimes praticados por organizações criminosas por varas colegiadas de 1ª instância). Contudo, no julgamento da liminar da ADI 6.298/DF, o Min. DIAS TOFFOLI, procedendo uma interpretação conforme, estendeu o âmbito de não atuação do juiz das garantias para mais quatro situações: a) Tribunais; b) Tribunal do Júri; c) casos de violência doméstica (Lei Maria da Penha) e d) Justiça Eleitoral.

Entretanto, essa ampliação do campo de não atuação do juiz de garantias é indevida, porque além de verdadeira inovação jurisprudencial, desconsidera a intenção legislativa de garantir a todos os jurisdicionados, independentemente do tipo de jurisdição, um tratamento isonômico no que tange à garantia da imparcialidade.

Por isso, sugere-se a previsão expressa de que a competência do juiz das garantias deve abranger todas as infrações penais, independente da instância e da jurisdição¹⁵⁸², ressalvadas as exceções expressamente contidas em lei.

- Alterações no campo recursal

No campo recursal, sugere-se estabelecer um espelhamento no plano vertical, ou seja, o magistrado que decidir recurso ou ação autônoma de impugnação de decisões proferidas pelo juiz de garantias de primeiro grau ou do juiz da instrução e julgamento, ficará impedido de funcionar no julgamento de recursos interpostos da sentença proferida por este último.

Os juízos de garantias em graus recursais passam a ser os juízes naturais para julgar recursos contra todas as decisões prévias à sentença, sejam de lavra do juiz de garantias de primeiro grau, seja do juiz da instrução e julgamento. Com isso, blinda-se o colegiado que julgará os recursos interpostos da decisão de mérito, evitando-se a ocorrência de julgamentos enviesados.

Sugere-se a previsão de recurso de agravo, com excepcional efeito suspensivo, contra todas as decisões previstas em lei prévias à sentença, a ser julgado pelo respectivo juízo de garantias atuante em segundo grau, designado conforme Regimento Interno.

Pretende-se solucionar a sensível situação contida no art. 3º-C, § 1º, CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/2019, ao dispor que: “recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento”. Entende-se que a atual previsão criará embaraços a esse juiz, que não disporá dos elementos de informação para tal análise que, por vezes, deve ser feita antes mesmo da instrução. Assim, recomenda-se que as questões pendentes não decididas pelo juiz das garantias sejam questionadas em recurso ao juízo de garantias atuante em segundo grau.

Por outro lado, o art. 3º-C, § 2º, CPP com redação dada pela Lei n. 13.964/2019, determina que “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”. Elimina-se essa revisão obrigatória, entendendo-se por adequada a provocação, pela via recursal, sobre a necessidade de manutenção ou não de medidas cautelares em curso, até porque o juiz da instrução e julgamento não dispõe da integralidade da investigação preliminar, justamente para evitar sua contaminação com elementos informativos unilaterais.

¹⁵⁸² Nesta linha, acompanha-se SANTOS, **O juiz das garantias...** op. cit, p. 185.

- Alterações no acatamento dos autos de investigação

No rol dos elementos que seguem para a fase processual e que podem ser acessados pelo juiz da instrução e julgamento, acrescem-se os acordos probatórios realizados entre as partes que, conjuntamente, consideram um determinado fato como incontroverso.

Outrossim, acrescenta-se uma previsão expressa de que é vedado às partes, em manifesta tentativa de burla legal, juntar aos autos do processo peças da investigação preliminar não autorizados pelo juiz das garantias. Estabelece-se que: a) excepcionalmente, é possível a leitura, na audiência de instrução, dos depoimentos prévios prestados na fase de investigação preliminar, para permitir o confronto das declarações da testemunha com as suas declarações precedentes, com a finalidade de demonstrar a falsidade do que foi relatado em juízo ou para infirmar a credibilidade de um relato; b) nos limites que o Código de Processo Penal vier a definir, poder-se-á permitir, excepcionalmente, a leitura dos depoimentos prévios prestados na fase de investigação preliminar, sem que tal seja incorporado como prova, com o fim de reavivar a memória da testemunha. Essa previsão é necessária, porque não é incomum que as pautas de audiência de instrução e julgamento superem os prazos previstos no Código de Processo Penal e afetem a memória das testemunhas.

- Alterações na competência e prevenção

Como reforço à estipulação de uma fase intermediária, deixa-se assente que a competência do juiz das garantias cessa com a confecção do auto de abertura do processo penal, realizados na forma do sugerido art. 396-A e parágrafos do CPP e o *locus* deste ato processual é a fase intermediária.

Como consequência lógica da nova regra de impedimento judicial prevista no art. 3º-D do CPP, os arts. 75 e 83 do mesmo dispositivo legal são expressamente revogados, uma vez que a precedência da distribuição ao juiz das garantias não mais prevenirá a sua competência para a fase processual.

Ainda, para evitar questionamentos sobre o princípio do juiz natural da causa, estabelece-se que o juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos e previamente divulgados pelo respectivo Tribunal, vedando-se designação *ad hoc*.

Reputa-se importante uma regra que disponha que para a fixação de competência deve-se levar em consideração, hipoteticamente, quem seria o juízo da instrução e

julgamento, observando os critérios de competência do art. 69 do CPP. Assim, praticado o fato aparentemente criminoso, faz-se um juízo prospectivo de quem seria o juízo da instrução e julgamento que atuaria em eventual fase processual, para daí distribuir-se a investigação ao juiz das garantias que a ele está vinculado.

Para viabilizar a adoção de modelos de regionalização, é necessário deixar assente na legislação que a competência territorial do juiz das garantias poderá abranger mais de uma circunscrição judiciária, conforme dispuserem as normas de organização judiciárias.

- Alterações na regra de impedimento

Ajusta-se a redação do art. 3º-D do CPP que claramente equivocou-se ao fazer menção aos arts. 4º e 5º do mesmo diploma legal, quando o correto é o art. 3º-B, que trata do rol de atribuições do juiz de garantias.

Visando a manter a coerência do sistema, prevê-se expressamente que a regra de impedimento do art. 3º-D do CPP igualmente se aplica ao relator que atuar na fase de investigação de ação penal originária, cujo procedimento é regido pela Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, que ficará impedido de participar do colegiado que julgará o mérito.

Outrossim, o magistrado que, em fase recursal, decidir recurso ou ação autônoma de impugnação interpostos contra decisões prévias à sentença, ficará impedido de funcionar no julgamento de recurso de apelação interposto em face desta.

- Alterações nos arts. 396 a 399 do CPP

Operam-se ajustes necessários nos arts. 396 a 399 do CPP, no que concerne ao recebimento da denúncia que, por opção concretizada na Lei n. 13.964/2019, ocorrerá na fase do art. 399 do CPP, daí advindo a necessidade, inicial, de se revogar a previsão de duplo recebimento do art. 396 do CPP. Ademais, dada a sugestão de inclusão de uma fase intermediária, ajustes são sugeridos para compatibilizar a atuação do juiz das garantias nessa nova fase.

Assim, estabelece-se um roteiro para nortear os trabalhos na audiência da fase intermediária.¹⁵⁸³

Em linhas gerais, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz de garantias se não a rejeitar liminarmente, ordenará a notificação do acusado para comparecer à audiência da fase intermediária juntamente com sua defesa técnica.

¹⁵⁸³ As sugestões de modificação apresentadas neste tópico levam em consideração o modelo concebido por Marco Aurélio Nunes da Silveira, conforme exposto no item 6.1, supra.

Na audiência, serão debatidas, se cabível, soluções alternativas previstas no CPP. Se inviável, o Ministério Público e, se houver, o assistente habilitado, apresentará oralmente a sua teoria do caso, sobre a qual o juiz de garantias deverá se certificar que o acusado a compreendeu integralmente. Na sequência, a defesa, em igual tempo concedido à acusação, manifestar-se-á oralmente, apresentando, sendo o caso, eventuais irregularidades formais da peça acusatória, exceções processuais, ausência de condições de ação ou pressuposto processual, hipóteses de absolvição sumária, bem como eventuais outras questões preliminares e prejudiciais que interesse à sua defesa.

O juiz das garantias, apreciando as questões debatidas, efetivará o juízo de admissibilidade da peça acusatória. Se positivo, segue-se com a apresentação da teoria do caso pela defesa e, na sequência, iniciar-se-ão os debates sobre as questões processuais relacionadas às provas e sua licitude, bem como acordos probatórios, decidindo o juiz no ato.

Apreciados os requerimentos probatórios, o juiz das garantias formalizará o auto de abertura de processo penal, peça formal que conterá a imputação fática, a classificação jurídica, o resumo das teorias do caso da acusação e da defesa, o rol dos meios de prova que serão produzidas por cada uma das partes e eventual acordo probatório, bem como o rol dos documentos relativos às provas que devem ser apensadas em apartado e serão acessíveis pelo juiz da instrução e julgamento.

Recebido o auto de abertura de processo penal acompanhado das peças selecionadas pelo juiz das garantias, o juiz da instrução e julgamento designará dia e hora para a audiência de instrução, ordenando a intimação das partes e testemunhas.

Fica disposto que igual procedimento adotar-se-á à queixa-crime, observadas às especificidades da ação penal privada.

Por via de consequência, revoga-se expressamente o art. 399 do CPP, eis que o recebimento da peça acusatória passa a ser feito em audiência da fase intermediária.

- Alterações na Lei n. 8.038/1990

Para garantir a necessária simetria da regra de impedimento, o juiz que atuar como relator na fase de investigação de ação penal originária, cujo procedimento é regido pela Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, bem como aqueles que atuarem no colegiado competente que decidir sobre a admissibilidade da acusação ficarão impedidos de participar do colegiado que julgará o mérito.

Sugere-se as alterações necessárias nos Regimentos Internos para estipular: a) critérios prévios de designação dos relatores (um que atuará até o final da fase intermediária e o segundo que atuará da instrução em diante); b) órgãos colegiados distintos, sendo um primeiro chamado de “órgão fracionário de admissibilidade” e outro chamado de “órgão fracionário de mérito”.

- Sugestão de adoção de fases de implementação do juiz de garantias

Para evitar a procrastinação na implementação do juiz de garantias e possibilitar que os Tribunais se organizem administrativa e financeiramente, inclusive com adaptações orçamentárias, sugere-se a estipulação de um cronograma, monitorado pelo Conselho Nacional de Justiça, com estabelecimento de fases.

Os Tribunais, a depender de suas especificidades locais e regionais, considerando a vastidão do território nacional, poderão, justificadamente, adotar outros modelos condizentes com suas realidades locais, facultando-se o acolhimento dos protótipos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, sem prejuízo de outros mais adequados às suas realidades.

A implementação gradual ocorrerá no sentido interior / capital, inicialmente nas comarcas de entrância intermediária e inicial e subseções judiciárias de menor porte. Após, superadas as primeiras naturais dificuldades e já com uma experiência consolidada, progredir-se-á para as maiores comarcas de entrância final ou seções judiciárias com maior estrutura.

Nesse sentido, embasada na Minuta de Resolução elaborada pelo CNJ,¹⁵⁸⁴ sugere-se a previsão de quatro fases para implementação gradual e planejada do juiz de garantias, conforme cronograma apresentado no corpo do Anteprojeto de Lei.

Abaixo, segue a proposta de Anteprojeto de Lei, tal qual idealizada:

ANTEPROJETO DE LEI N. (...), DE 2022

Altera os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, art. 75, art. 83, art. 396, 396-A, art. 397 e art. 399, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, e artigos da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990.

¹⁵⁸⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **A Implantação do Juiz...** op. cit.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, art. 75, art. 83, art. 396, 396-A, art. 397 e art. 399, do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941), passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 3º-A.....

§ 1º. A persecução penal regida por este Código desenvolver-se-á em procedimento trifásico, consistente em uma fase de investigação, uma fase intermediária e uma fase de instrução e julgamento.

§ 2º. As fases de investigação e intermediária serão conduzidas pelo juiz das garantias, tendo a primeira a finalidade de apurar a ocorrência de um crime e seus agentes, enquanto a segunda, que se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa-crime, é preparatória para o julgamento de mérito e será regida pelo princípio da oralidade, com a finalidade de analisar, fundamentadamente, a existência de justa causa, bem como o saneamento de questões processuais e excluir elementos de informação produzidos ou obtidos ilicitamente.

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

(...)

XIV – decidir oralmente em audiência da fase intermediária, após contraditório prévio e oral da defesa, sobre o recebimento da denúncia ou queixa-crime, nos termos do art. 396-A, § 2º, deste Código;

(...)

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação e na fase processual;

XVIII - decidir sobre a necessidade de renovação da prisão preventiva prevista no art. 316 e parágrafo único, deste Código, mesmo que em fase de instrução.

XIX - decidir sobre pedido de medidas cautelares, mesmo que requeridas em fase processual;

XX - outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo.

(...)

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

§ 1º-A. Se inviável a realização da audiência de forma presencial, poderá o juiz de garantias, justificada e excepcionalmente por escrito, designar audiência de custódia de forma virtual ou semipresencial, em plataforma digital devidamente homologada pelo respectivo Tribunal ao qual está vinculado, assegurando, em qualquer hipótese, conversa prévia e reservada do autuado com seu advogado e a não presença dos policiais responsáveis pela prisão.

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, independente da instância e da jurisdição, ressalvadas as infrações penais de menor potencial ofensivo que tramitam pelo procedimento sumaríssimo da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, bem como as infrações penais praticadas por organizações criminosas, na forma do art. 1º-A, § 1º, da Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012.

§ 1º. A competência do juiz das garantias cessa com a formalização do auto de abertura da fase processual, na forma do art. 396-A e parágrafos deste Código, a ser realizado na fase intermediária.

§ 2º. Formalizado o auto de abertura da fase processual, eventuais questões pendentes não decididas pelo juiz das garantias serão decididas, mediante interposição de recurso no prazo de 15 (quinze) dias, contados da intimação da decisão conclusiva da fase intermediária, pelo juízo de garantias atuante em segundo grau.

§ 3º. Contra decisão proferida pelo juiz das garantias cabe agravo, de regra sem efeito suspensivo, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo relator integrará o juízo de garantias atuante no Tribunal, designado conforme Regimento Interno.

§ 4º. A interposição do agravo não retardará o andamento do processo, ressalvada a hipótese de concessão de efeito suspensivo, a critério do relator, desde que relevante a fundamentação do pedido e da decisão puder resultar lesão irreparável ou de difícil reparação.

§ 5º. Considerar-se-ão preclusas as questões decididas em audiência da fase intermediária não impugnadas em recurso, exceto as cognoscíveis de ofício, e não se admitirão, na instrução, meios de prova não solicitados pelas partes no debate da audiência da fase intermediária.

§ 6º. 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 e, ainda, acordos probatórios que deverão ser remetidos para apensamento em apartado;

§ 7º. Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias, sendo vedada a juntada aos autos do processo de elementos não autorizados pelo juiz das garantias.

I – excepcionalmente, é possível a leitura, na audiência de instrução, dos depoimentos prévios prestados na fase de investigação preliminar, para permitir o confronto das declarações da testemunha com as suas declarações precedentes, com a finalidade de demonstrar a falsidade do que foi relatado em juízo ou para infirmar a credibilidade de um relato;

II – excepcionalmente, nos limites que este Código vier a definir, poder-se-á permitir a leitura dos depoimentos prévios prestados na fase de investigação preliminar, com o fim de reavivar a memória da testemunha.

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 3º-B deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

§1º. O *caput* deste artigo aplica-se, igualmente, ao relator que atuar na fase de investigação de ação penal originária, cujo procedimento é regido pela Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, ficando impedido de participar do colegiado que instruirá e julgará o caso penal.

§ 2º. O magistrado que, em fase recursal, decidir recurso ou ação autônoma de impugnação interpostos contra decisões prévias à sentença, ficará impedido de funcionar no julgamento de recurso de apelação interposto em face desta.

Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos e previamente divulgados pelo respectivo Tribunal.

§ 1º. Respeitada a autonomia administrativa de cada Tribunal, faculta-se a adoção dos modelos de regionalização, especialização, rodízio de juízes e de juízos, entre outros, observadas as peculiaridades de cada Estado ou Região.

§ 2º. A competência territorial do juiz das garantias poderá abranger mais de uma circunscrição judiciária, conforme dispuserem as normas de organização competentes, sem prejuízo de outras formas de substituição¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸⁵ Redação já prevista no art. 16, § 2º do PL 8045/2010 (Substitutivo de 26/04/2021). Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8045/2010**. Substitutivo de 26 de abril de 2021.. op. cit.

§ 3º. Para efeitos de observância do princípio do juiz natural, os critérios do art. 69¹⁵⁸⁶ deste Código levarão em consideração prospectivamente o juízo da instrução e julgamento competente para atuar em eventual fase processual¹⁵⁸⁷.

Art. 75. Revogado.

Art. 83. Revogado.

Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz das garantias, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a notificação do acusado para comparecer à audiência da fase intermediária juntamente com sua defesa técnica¹⁵⁸⁸.

Parágrafo único. Revogado.

Art. 396-A. Na audiência, se inviável a oferta de soluções alternativas previstas neste Código, o Ministério Público, seguido por igual prazo pelo assistente de acusação, se houver, apresentará oralmente a sua teoria do caso, sobre a qual o juiz de garantias deverá se certificar que o acusado a compreendeu integralmente. Na sequência, a defesa, em igual tempo concedido à acusação, manifestar-se-á oralmente, apresentando, sendo o caso, eventuais irregularidades formais da peça acusatória, exceções processuais, ausência de condições de ação ou pressuposto processual, hipóteses de absolvição sumária, bem como eventuais outras questões preliminares e prejudiciais que interesse à sua defesa.

§ 1º. Preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais, apreciados os requerimentos da defesa, o juiz das garantias receberá a denúncia fundamentadamente.

§ 2º. Recebida a denúncia, o acusado é citado no ato e a defesa apresentará oralmente a sua teoria do caso, indicando as provas que pretende produzir em juízo.

§ 3º. Concluída a apresentação do caso pela defesa, as partes debaterão sobre as questões processuais relacionadas às provas, sua licitude e acordos probatórios, decidindo o juiz na sequência.

¹⁵⁸⁶ art. 69. Determinará a competência jurisdicional: I - o lugar da infração; II - o domicílio ou residência do réu; III - a natureza da infração; IV - a distribuição; V - a conexão ou continência; VI - a prevenção; VII - a prerrogativa de função.

¹⁵⁸⁷ A Minuta de Resolução do CNJ contém ideia similar, no art. 7º, § 1º: “Os rodízios entre juízos de que trata o art. 3º, III, e entre comarcas ou subseções judiciárias de que trata o art. 4º, II, poderão considerar: (...) § 1º A designação por meio de rodízio diz respeito à definição do juízo sobre o qual recairá as funções de juiz das garantias, de modo a preservar que a competência do juízo da fase da instrução processual seja determinada pelo lugar da infração e demais critérios previstos nos arts. 70 e seguintes do Código de Processo Penal”.

¹⁵⁸⁸ As sugestões de modificação apresentadas neste tópico levam em consideração o modelo concebido por Marco Aurélio Nunes da Silveira, conforme exposto no item 6.1, supra.

§ 4º. Apreciados os requerimentos probatórios, o juiz das garantias formalizará o auto de abertura de processo penal, contendo a imputação fática, a classificação jurídica, o resumo das teorias do caso da acusação e da defesa, o rol dos meios de prova que serão produzidas por cada uma das partes e eventual acordo probatório, bem como o rol dos documentos relativos às provas que devem ser apensadas em apartado consoante previsto no art. 3º-C, § 6º, deste Código.

§ 5º. Recebido o auto de abertura de processo penal bem como os autos com as peças selecionadas pelo juiz das garantias, o juiz da instrução e julgamento designará dia e hora para a audiência de instrução, ordenando a intimação das partes e testemunhas.

§ 6º. Adotar-se-á à queixa-crime o procedimento deste artigo, no que couber, observadas as especificidades da ação penal privada.

Art. 397. O juiz das garantias deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

(...)

Art. 399. Revogado.

Art. 2º. Os artigos 2º, 6º, 7º, 8º e 12 da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 2º. O relator, escolhido na forma regimental, atuará como juiz das garantias na fase de investigação, ficando impedido de atuar na instrução e julgamento.

Art. 6º. O relator pedirá dia para que o órgão fracionário de admissibilidade, designado pelo Regimento Interno do Tribunal, delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.

(...)

§ 2º. Encerrados os debates, o órgão fracionário de admissibilidade passará a deliberar, determinando o relator as pessoas que poderão permanecer no recinto, observado o disposto no inciso II do art. 12 desta lei.

Art. 7º. Recebida a denúncia ou a queixa pelo órgão fracionário, observadas as disposições do art. 396-A e parágrafos do Código de Processo Penal e formalizado o auto de abertura de processo penal, passa a atuar um novo relator, igualmente designado na forma regimental, que designará dia e hora para a audiência de instrução.

Art. 8º. Revogado.

Art. 12. Finda a instrução, o órgão fracionário de mérito, designado pelo Regimento Interno do Tribunal, procederá ao julgamento, ficando impedidos dele participar os magistrados que atuaram no órgão fracionário mencionado no *caput* do art. 6º, observando-se o seguinte:

(...)

II - encerrados os debates, o órgão fracionário passará a proferir o julgamento, podendo o relator limitar a presença no recinto às partes e seus advogados, ou somente a estes, se o interesse público exigir.

Art. 3º A implementação do juiz de garantias dar-se-á de forma programada e monitorada pelo Conselho Nacional de Justiça, dividida em 04 (quatro) etapas, para possibilitar que os Tribunais de todo o país se organizem administrativa e financeiramente, inclusive com adaptações orçamentárias. O cronograma, a ser especificado pelo Conselho Nacional de Justiça, deverá conter, minimamente, as seguintes metas e divisões temporais:

Fase 01: nessa primeira fase, com duração de até 01 (um) ano contado da publicação da lei, os Tribunais de todo o país deverão:

- Instituir grupos de trabalho para desenvolver estudos internos no âmbito de cada Tribunal visando à apresentação de um mapeamento do Estado (Tribunais de Justiça), dividindo-o em dois grandes blocos: o primeiro, das comarcas de entrância final; o segundo, das demais comarcas de entrância intermediária e inicial. No caso dos Tribunais Regionais Federais, deve-se proceder a divisão da Região em seções e subseções judiciárias. Na sequência, levando-se em consideração que a competência territorial do juiz das garantias poderá abranger mais de uma circunscrição judiciária, deverão os Tribunais definir tantas macrorregiões quantas necessárias, em suas respectivas normas de organização judiciária. Dentro de cada macrorregião, poderá haver a divisão em “zonas”, “polos” ou “núcleos regionalizados”, que poderá abranger duas ou mais comarcas ou subseções judiciárias, e em cuja definição deve-se observar, nos termos já preconizados na referida Minuta: a) a distância entre as comarcas ou subseções judiciárias em relação à sede da unidade regionalizada;¹⁵⁸⁹ b) a facilidade de acesso à sede da unidade regionalizada por meio de rodovias ou outras vias de circulação célere;

- Instituir grupos de trabalho para desenvolver estudos internos no âmbito de cada Tribunal visando à apresentação de um mapeamento para atuação do juiz de garantias em

¹⁵⁸⁹ Também chamada de “Vara das Garantias Regionalizada ou de Núcleo ou Central das Garantias Regionalizada”, abrangendo região formada por duas ou mais comarcas ou subseções judiciárias,

segundo grau, com a elaboração de Minutas e posterior alteração dos Regimentos Internos que preveja normas específicas de designação de órgãos fracionários para julgamento de recursos, ações impugnativas autônomas e ações penais originárias no âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais;

- Implementar ou finalizar a adoção de processos eletrônicos e eliminar a tramitação de autos de processos em meio físico eventualmente ainda existentes em cada unidade judiciária;

- Providenciar, em todas as comarcas e seções judiciárias, que ainda não contam com acesso à rede mundial de computadores, as diligências necessárias para a sua ininterrupta utilização, bem como o acesso a plataformas digitais de videoconferência;

- Promover a contratação ou relocação de servidores para atuarem nas Secretarias do juiz das garantias das unidades regionalizadas ou especializadas;

- Quantificar eventuais gastos com contratação de servidores e juízes para atuação na Secretarias do juiz das garantias das unidades regionalizadas ou especializadas;

- Promover a integração das plataformas informatizadas do respectivo Tribunal com as Delegacias de Polícia Civil ou Delegacia de Polícia Federal;

- Instar os respectivos Estados e União a implementar inquéritos eletrônicos em sistema compatível com a plataforma adotada pelo respectivo Tribunal.

Fase 02: com duração de até 01 (um) ano. Findo o prazo da primeira fase, dar-se-á início à fase de implementação do juiz de garantias nas comarcas de entrância intermediária e inicial e subseções do interior, adotando-se, preferencialmente, o modelo inicial de regionalização, onde uma vara ou central polo denominada de “Vara das Garantias Regionalizada ou de Núcleo ou Central das Garantias Regionalizada”, na modalidade Justiça 4.0, atenderia um grupo de unidades judiciárias, sem prejuízo de outras formas de substituição.

Fase 03: com duração de até 01 (um) ano. Com a expertise adquirida na segunda fase, seguir-se-á para a terceira etapa, consistente na implantação do juiz das garantias nas comarcas de entrância final e nas seções judiciárias de maior porte. Adotar-se-á, preferencialmente, o modelo de especialização preconizado na mencionada Minuta elaborada pelo CNJ. Assim, nas comarcas de entrância final e nas seções judiciárias de maior porte, com mais de uma vara criminal, haveria a implementação de centrais ou varas de inquérito denominadas de “Vara das Garantias Especializada ou de Núcleo ou Central das

Garantias Especializada”,¹⁵⁹⁰ na modalidade Justiça 4.0. Tais varas especializadas, a critério do respectivo Tribunal, poderão ser instituídas por criação de nova unidade ou transformação de competência de unidade judiciária já existente. Se não for possível tal especialização, poder-se-ia cogitar, também, de “círculos” de atuação de juiz das garantias, ou seja, o juiz de uma vara é o juiz das garantias da outra (ex: o juiz da 1ª vara criminal é o juiz das garantias da 2ª vara criminal; o da 2ª vara criminal é o juiz das garantias da 3ª vara criminal e assim por diante).

Nessa fase, promover-se-á também a instalação dos Juízos de Garantias no âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, para análise de recursos e julgamento de ações impugnativas autônomas interpostos das decisões do juiz de garantias de 1º grau e das decisões do juiz de instrução e julgamento, nos casos estipulados no Código de Processo Penal.

Também nessa fase, promover-se-á a instalação dos Juízos Colegiados de Garantias no âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, para julgamento dos processos de competência originária, observadas as inovações da Lei n. 8.038/1990 propostas neste trabalho.

Fase 04: trata-se da última fase, com duração de 06 (seis) meses. Direciona-se ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, para que adaptem seus respectivos Regimentos Internos com a estipulação de regras prévias de designação de relatores e constituição dos órgãos fracionários, observadas as inovações da Lei n. 8.038/1990 propostas neste trabalho.

¹⁵⁹⁰ Conforme art. 3º, da Minuta de resolução. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **A Implantação do Juiz...** op. cit.

7. CONCLUSÃO

A Lei n. 13.964/19 trouxe importantes mudanças ao processo penal brasileiro, entre elas o novo instituto do juiz das garantias, não sendo demasiado afirmar que é a figura mais polêmica da lei e que divide opiniões.

Esse novo sujeito processual estava sendo amadurecido desde 2009 com o Anteprojeto de novo Código de Processo Penal e é fruto de uma opção legislativa que visa a proteção da imparcialidade judicial objetiva, personificando o emprego de uma técnica de isolamento para evitação de julgamentos enviesados.

A imparcialidade é de importância central e estruturante no sistema acusatório. Para assegurá-la, o sistema processual conta com as hipóteses de impedimento e de suspeição que procuram assegurar um julgamento isento. Contudo, a leitura jurisprudencial é no sentido de que as hipóteses legais de impedimento atualmente existentes são taxativas, o que não resguarda integralmente a imparcialidade, pois há situações de questionáveis prejulgamentos que acabam por ficar sem proteção, o que pode deslegitimar a decisão judicial.

Nesse sentido, as atuações do magistrado na fase de investigação aliadas às permissões oficiosas previstas em lei e à prevenção podem causar dúvida quanto à perda da imparcialidade do magistrado.

A imparcialidade é uma construção jurídica. O juiz, ao ser empossado, não recebe um manto de imparcialidade. O julgador, como ser humano que é, também é imperfeito. Acreditar que um juiz possa se diferenciar de sua natureza é crer que este seja um ser cognitivamente superior. Contudo, este ser humano e profissional, ao prestar um juramento de respeitar a Constituição Federal, assume um compromisso ético de ser imparcial e há um sincero desejo e crença por parte da magistratura de cumprimento do dever da imparcialidade.

A compreensão do instituto do juiz das garantias está intrinsecamente ligada à imparcialidade judicial e ultrapassa o campo processual. O jurista, além de notório saber jurídico, não pode desconhecer outras competências, porque o Direito não é um saber ensimesmado. É necessário humildemente compreender o juiz das garantias para além do Direito, inserindo-o em um contexto maior e, portanto, relacioná-lo transdisciplinarmente com outros setores do conhecimento. Em especial, é preciso ter ciência da influência de heurísticas e vieses cujo conhecimento, aliás, passou recentemente a ser exigido até em concursos públicos para juízes, demonstrando uma preocupação do Direito quanto à tomada

da decisão judicial e uma maior abertura a outros saberes complementares e que não podem ser ignorados.

Parte-se de uma premissa de que o magistrado é imparcial e que a tomada de decisão judicial é sempre deliberativa, consciente e refletida. Contudo, demonstrou-se neste trabalho que o complexo processo de tomada de decisões não é integralmente racional. Não se pode desprezar a influência do inconsciente e a incidência de fatores de cunho sentimental, ideológico, social, afetivo, emocional e prejulgamentos na tomada de decisão. Não obstante não seja inteiramente racional, é previsivelmente irracional, de maneira que urge compreender como as heurísticas e vieses podem afetar uma decisão e, com isso, evitar ou minimizar suas incidências na decisão judicial.

Ao tomar-se consciência de que há riscos da influência de heurísticas e vieses em qualquer processo de tomada de decisão, inclusive a judicial, é de se perquirir como evitar decisões enviesadas, otimizando tal processo. Nessa linha, entende-se que a atual arquitetura procedimental pode ocasionar riscos à imparcialidade. O atual critério da prevenção é sedutor e enviesante. Sedutor porque vivemos em uma sociedade imediatista e acelerada, que demanda respostas céleres. Assim, a princípio, poder-se-ia cogitar que o juiz que atuou na investigação adentra à fase processual já com uma carga cognitiva do fato e da pessoa a ser julgada, o que poderia auxiliar na compreensão do caso posto a julgamento. Mas esse é um ganho ilusório porque a dupla atuação na fase da investigação e também na instrução e julgamento pode propiciar conclusões enviesadas que, ainda que inconscientemente, levem o juiz a buscar fundamentos aderentes às suas concepções iniciais, reforçando aquilo que acredita já saber.

Ao longo deste trabalho criticou-se o modelo ficcional do decisor econômico plenamente racional, que conhece completamente as opções e suas consequências decisórias e age sempre buscando a maximização de ganhos e perdas mínimas. Esse agente matematicamente racional não existe porque humanos reais (e aqui se inserem os julgadores) não são *homo economicus*, são *homo sapiens*, que têm dificuldades para tomar decisões difíceis, adotam decisões subótimas e são suscetíveis a adotar atalhos cognitivos ou práticas simplificadoras (heurísticas) no processo de tomada de decisão e, por vezes, vulneráveis a falhas cognitivas (vieses). Assim, até mesmo decisões que acreditamos serem frutos de raciocínio deliberado e cuidadoso podem ser influenciadas por heurísticas intuitivas, trazendo julgamentos subótimos, afetando nossos julgamentos e comportamentos.

Decisões judiciais, diferentemente de outros atos corriqueiros do cotidiano, demandam muito raciocínio e reflexão, e avaliação de provas e argumentos contrários.

Apesar de todo esse esforço cognitivo, não é possível descartar a incidência de heurísticas e de vieses que, por si só, não são necessariamente ruins e podem, por vezes, conduzir a respostas adequadas para um problema. Porém, assumir que podem tomar espaço no processo de tomada de decisão judicial é compreender a incidência de possíveis consequências negativas passíveis de colocar em xeque a legitimidade de uma decisão judicial, minando a confiança que a sociedade espera da figura de um juiz imparcial. Ciente dessas possíveis incidências, é preciso buscar aprimoramentos no sistema processual, objetivando decisões proferidas de forma mais deliberativa e menos intuitiva.

Destacou-se no presente trabalho algumas heurísticas e vieses que podem afetar o processo de tomada de decisão de qualquer pessoa, desde decisões cotidianas como também no âmbito judicial. Demonstrou-se como a dúplice atuação do magistrado brasileiro nas duas fases da persecução penal, aliado ao acesso da íntegra do inquérito policial, pode propiciar a interferência de heurísticas da disponibilidade, da representatividade e do excesso de confiança e possibilitar a ocorrência de vieses de confirmação, de ancoragem, de trancamento, de custo afundado, de aversão à perda, conduzindo a tomadas de decisão subótimas e gerando um quadro de dissonância cognitiva, passíveis de causar dúvidas sobre a imparcialidade esperada do julgador.

Nesse sentido, concluiu-se como negativa a disponibilidade da investigação preliminar, cujo livre acesso pelo juiz pode causar uma formação enviesada de um estereótipo de culpado e aparente culpabilidade. Isso porque a vividez do contato com a pessoa do imputado e a recente deliberação sobre um caso em condições de incerteza podem conduzir a um quadro mental resistente a contra-evidências na fase processual. A atuação prévia na investigação também pode acarretar uma tomada da visão unilateral do inquérito (parte) como representativo do todo (que advém do contraditório), cristalizando uma imagem na memória do juiz. Identificou-se, outrossim, como o viés de confirmação mostra-se particularmente grave, à medida em que decisões tomadas na fase investigativa, sem contraditório e fundadas em um campo de incertezas, podem gerar um quadro de superconfiança do julgador e bloquear a aceitação de outros argumentos que contrariem aqueles inicialmente tomados por verdadeiros.

Apurou-se que, por ter atuado inicialmente na investigação, pode ocorrer de o magistrado ancorar-se nos dados unilaterais e em suas próprias decisões e razões lá declinadas. Todos esses quadros podem estar associados ao viés de trancamento, de custo afundado e de aversão à perda, dado o tempo e energia dedicados à elaboração de um raciocínio, tendendo o decisor a apegar-se ao trabalho desenvolvido, podendo incidir em

uma maior escalada de comprometimento com as prévias decisões de sua autoria, sobretudo considerando o volume estafante de serviço diário e cumprimentos de metas a que o magistrado brasileiro está sujeito.

Identificados que existem heurísticas e vieses e ciente dos riscos que podem acarretar ao devido processo legal, o presente estudo alerta para a adoção de medidas para eliminar e/ou minimizar os impactos que causam na tomada de decisão, destacando-se as técnicas de *debiasing* e *insulating* como modalidades possíveis de desviesamento do tomador de decisão ou prevenção contra a sua ocorrência.

O legislador nacional optou pelo critério objetivo de isolamento do juiz da investigação, independente da natureza e extensão de suas deliberações nessa fase (se investigativa ou se de mero impulso da investigação) para que, impedido de adentrar à fase processual em um estado de conforto cognitivo, não leve para a fase contraditória memórias adquiridas quando de sua prévia atuação na fase investigativa. Adotou-se a técnica de *insulating*, pretendendo-se eliminar ao máximo os riscos de quebra da imparcialidade, cindindo a atuação judicial, para que o juiz destacadamente atuante na fase de instrução e julgamento tenha uma *virgin mind*, ou seja, um estado de ignorância cognitiva na fase processual, assegurando-lhe originalidade cognitiva.

Embora não exista no sistema processual penal brasileiro a figura de um juiz instrutor, o juiz brasileiro, atuante na investigação preliminar, faz subsunções provisórias dos fatos à norma e também da pessoa submetida a julgamento. Por obrigação constitucional e legal, deve motivar suas conclusões e isso implica uma valoração dos elementos de informação que lastreiam decisões que afetam a esfera jurídica do investigado, formando, conscientemente ou não, prejulgamentos sobre as pessoas envolvidas e sobre os elementos informativos desprovidos de contraditório.

Nesse sentido, é que se concorda com a assertiva de que o juiz das garantias é medida precaucional antienviesante em reforço à imparcialidade objetiva no Processo Penal. É, conseqüentemente, um mecanismo de proteção do próprio magistrado para resguardar ou pelo menos chegar o mais perto do melhor possível contra possíveis decisões enviesadas. Na medida em que o juiz da instrução e julgamento se isola da investigação e do contato com os elementos informativos repetíveis, evita-se que seja contaminado com decisões prévias e com o impacto que tais elementos unilaterais podem lhe causar.

A implantação do juiz das garantias pretende mitigar o risco de possíveis decisões injustas, propiciando uma destacada diferenciação entre a fase pré-processual e processual. Trata-se de uma nova hipótese de divisão funcional de competência: serão dois magistrados

distintos, competindo ao juiz da fase de investigação o papel de zelar pelo controle da legalidade dos atos de investigação praticados e tutelar os direitos não só do investigado, mas também dos demais participantes dessa fase, além do juízo de admissibilidade da acusação, enquanto ao juiz do processo competirá a instrução e o julgamento, sem prejulgamentos oriundos de uma atuação prévia na primeira fase da persecução penal.

A implementação do juiz das garantias representará uma verdadeira transformação qualitativa para o processo penal brasileiro, que romperá com o critério da prevenção judicial para adotar um modelo de “ignorância” sobre o fato e sobre a pessoa do imputado, o que demandará do juiz um maior esforço cognitivo durante a fase de produção probatória e julgamento.

Cada sujeito processual terá um papel bem definido, o que exigirá do órgão de acusação um esforço maior de convencimento probatório, pois já não mais poderá contar com um juiz que se apoia na investigação preliminar para julgar nem tampouco com um investigador de fontes de prova que determine providências investigatórias e instrutórias oficiosas. A eventual inação do Ministério Público ou da defesa não poderá ser suprida pelo juiz, a quem compete o importante papel de julgar, por si só hercúleo.

O juiz das garantias não é uma criação brasileira. Em verdade, por aqui chegou muito tardiamente. Por meio de estudo de legislação de outros sistemas processuais, cada qual com suas peculiaridades, demonstrou-se que outros sistemas judiciais europeus e latino-americanos adotam juízes diversos ao longo de toda a persecução penal, que servem de inspiração para o modelo brasileiro. Observou-se que há matizes diferenciadas de atuação, com maior ou menor envolvimento do juiz na fase pré-processual, cada qual com suas especificidades e que não se pode fazer um transplante acrítico de categorias que não observam a nossa realidade. O estudo demonstrou que efetivamente outros sistemas processuais estão mais avançados no que concerne à real preocupação com a observância de um processo penal verdadeiramente assegurador da imparcialidade.

Apurou-se que enquanto em alguns dos sistemas estudados há uma regra de automático impedimento do magistrado que atuou na investigação para não seguir nas fases subsequentes da persecução, em outros preferiu-se adotar uma dinâmica de questionamento casuística, com instrumentos de recusa do magistrado para, caso a caso, discutir a profundidade de sua atuação e o impacto decorrente sobre a imparcialidade.

No ordenamento brasileiro, não há acolhida na pretensão de recusa do julgador, ao menos no plano horizontal, com base em questionável prejulgamento que implique quebra da imparcialidade, oriundo da atuação do mesmo juiz no julgamento, na instrução e na

investigação. Reforça-se que nossa jurisprudência majoritária é no sentido de que as hipóteses de impedimento e suspeição são taxativas. De qualquer sorte, ainda que se admitisse a recusa nessa situação, ter-se-ia um quadro de insegurança jurídica, acaso a opção legislativa nacional adotasse uma linha casuística, passível de ensejar decisões as mais diversas, com potencial tratamento desigual para situações iguais. Acertou o legislador ao optar por uma nova hipótese de impedimento, evitando discussões caso a caso e permitindo um tratamento uniforme da questão em todo o território nacional.

O presente trabalho também apresentou a cronologia da evolução da idealização do juiz das garantias nacional, iniciando-se com o Anteprojeto de reforma global do novo CPP de 2009, passando pela tramitação no Senado Federal, pela Câmara dos Deputados e a redação dada pela Lei n. 13.964/2019. Demonstrou-se que, em alguns pontos, a moldagem dada ao juiz das garantias e a proteção à imparcialidade foram melhores na Lei n. 13.964/2019. Em outros, o projeto do novo CPP é mais cauteloso, ao prever temas correlatos que, de forma mais holística, protegem a imparcialidade.

Ao longo de toda a tramitação legislativa comparativamente exposta no presente trabalho, destacaram-se divergências de redação, modificações de atribuições no rol exemplificativo de competências do juiz de garantias, maior ou menor campo de sua atuação, a exemplo do termo final de sua atuação. Para além disso, há uma evidente polêmica se os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação desse juiz devem ou não ser apensados aos autos do processo. Evidenciou-se, também, que enquanto no projeto do novo CPP houve preocupação em prever a sua atuação, ainda que insuficientemente, na ação penal originária, tal não ocorreu expressamente na Lei n. 13.964/2019. Percebeu-se também que, ao longo da tramitação do projeto do novo CPP, houve cautela consistente em como implementar a nova regra de impedimento em comarcas com apenas um juiz e quanto aos processos já em andamento, enquanto a opção da Lei n. 13.964/2019 impôs um inconstitucional sistema de rodízio. Outrossim, do estudo comparativo do projeto do novo CPP e da Lei n. 13.964/2019, verificou-se que enquanto naquele há um cuidado em ampliar o rol de impedimento e suspeição, nesta última, embora não tenha havido ampliação das hipóteses, percebe-se uma preocupação sistêmica do legislador com a imparcialidade, ao isolar não só o juiz atuante na investigação como também aquele que tiver contato com prova inadmissível.

Chama-se a atenção para uma involução contida no Substitutivo de 26/04/2021 ao PL n. 8045/2010, uma vez que o juiz de garantias previsto na Lei n. 13.964/2019⁵¹ tem competências jurisdicionais mais amplas do que aquelas previstas na proposta legislativa de

reforma global. De fato, o art. 3º-C do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/2019, dispõe que cabe ao juiz de garantias o juízo de admissibilidade da acusação. Contudo, o projeto do novo CPP insiste na previsão de que a atuação do juiz de garantias cessa com a propositura da acusação (e não o recebimento) e também ao permitir que os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo. Ou seja, com essa atual redação, mesmo posterior à Lei n. 13.964/2019, voltam-se às mesmas críticas doutrinárias que já se faziam à redação originária do Anteprojeto de reforma global do CPP. A insistência nessa competência reduzida implode a própria concepção do juiz das garantias, já que o ato de recebimento da denúncia, nessa estrutura do Projeto do novo CPP, imporá ao juiz do processo o exame dos elementos informativos colhidos na investigação, único substrato até então disponível para análise da existência ou não da justa causa.

Ainda, a Lei n. 13.964/2019 instituiu uma realidade de oralidade na fase pré-processual, mas a atual redação do Projeto do novo CPP igualmente, nesse ponto, retrocede ao não estipular um sistema oral por audiências na fase pré-processual, mantendo-se um sistema escrito e burocrático.

O legislador nacional precisa se definir em relação a três pontos fundamentais: a) quanto ao termo final de atuação do juiz das garantias, se com a *propositura* ou se com o *recebimento* da ação penal; b) se os autos de inquérito adentram ou não para a fase processual e, se positivo, em que extensão; c) quanto à adoção ou não de um modelo de oralidade e audiências na fase investigativa. Comparativamente, o projeto de reforma global do novo CPP e a Lei n. 13.964/2019 adotam linhas muito destoantes entre si quanto a tais sensíveis pontos, que impactam profundamente na moldagem que se pretende dar à atuação do juiz das garantias.

Outrossim, apurou-se que não são poucas as críticas quanto à introdução do juiz de garantias em nosso sistema processual penal. As objeções, que já remontavam ao tempo do Anteprojeto do novo CPP, acirraram-se com a Lei n. 13.964/2019. Ao longo do presente estudo, destacaram-se os principais eixos críticos à tentativa de inserção do juiz das garantias, que perpassam por argumentos como a desnecessidade, a carência de estudo científico sobre a dita contaminação judicial ocasionada pela dúplice atuação, a inadequação da nova regra de impedimento do art. 3º-D do CPP, inconstitucionalidades formal e material de dispositivos da Lei n. 13.964/2019, a inviabilidade financeira e dificuldades práticas para sua implementação, bem como a impropriedade do nome.

Neste trabalho, respeitosamente refutou-se cada um dos eixos críticos e defendeu-se a constitucionalidade do juiz de garantias. Indicaram-se possíveis soluções para a implementação do novel instituto. É certo que a reorganização dos Tribunais para, finalmente, implantar esse novo sujeito processual será inegavelmente um desafio em um país de dimensões continentais e realidades regionais díspares. Porém, por meio de dados apresentados no trabalho, evidenciou-se que a implantação é viável e não necessariamente implicará altos gastos com pessoal e criação de varas. De forma criativa, tal qual já modelado pelo CNJ, é possível implementar juízos especializados ou regionalizados, distribuição cruzada ou criação de círculos de atuação dos juízos criminais, implementação de rodízios, aliado ao inquérito digital e uso da videoconferência. Além disso, é possível cogitar uma implementação gradual (interior / capital), inicialmente nas comarcas de entrância intermediária e inicial e subseções judiciárias de menor porte. Após, superadas as dificuldades iniciais, progredir-se-á para as maiores comarcas de entrância final ou seções judiciárias com maior estrutura.

No Brasil, algumas Comarcas contam com centrais de inquéritos, citando-se, por todas, o DIPO (Departamento de Inquérito Policial) que se aproxima, em certa medida, com o que se espera de um juiz das garantias, embora concebido não propriamente com uma preocupação com a proteção aos direitos fundamentais de todos os envolvidos nessa fase. A sua criação está mais focada na racionalização de trabalho em uma demanda crescente de inquéritos policiais na mais populosa cidade do país, atuando os juízes do DIPO em todos os atos próprios da fase investigativa até a análise do pedido de arquivamento do inquérito policial. Oferecida a denúncia, cessa a competência daquele setor especializado. De qualquer forma, é atualmente um exemplo palpável em operação mais próximo à ideia de um juiz das garantias, mas que não se limita a essa concepção.

É preciso ter em mente que uma Vara das Garantias Especializada ou de Núcleo ou Central das Garantias Especializada vai muito além de uma mera divisão administrativa de uma central de inquérito para otimização de serviços, pois tem-se um destacado juiz de controle da legalidade da primeira fase da persecução penal, que não zela apenas pelos direitos fundamentais do imputado, mas, da mesma forma, tem que garantir os direitos da vítima, das testemunhas e mesmo dos agentes policiais (p.ex., em ações infiltração policial). A atuação judicial, pautada pela legalidade, não deve estar direcionada apenas às garantias de um dos envolvidos na persecução, mas de todos por ela atingidos.

A Pandemia de COVID-19 acelerou, de forma sem precedentes, uma irrefreável marcha para implantação de inquéritos e processos eletrônicos e trouxe perspectivas até

então impensadas, tais como o Juízo 100% Digital, o Balcão Virtual e o Programa Justiça 4.0, o que acabou por criar um campo mais favorável para implementação do juiz de garantias, podendo-se cogitar em trabalho remoto, mesmo naqueles casos de comarcas mais longínquas e com isso o juiz de garantias conseguirá atender um grupo de varas, evitando o temor dos altos custos financeiros para sua implementação. Nessa linha, defende-se a adoção do uso de videoconferência, inclusive para as audiências de custódia, nos casos em que não for possível, justificadamente, sua realização presencial, desde que adotadas determinadas cautelas sob pena de inviabilizar a atuação de um juiz de garantias regional.

A adoção da nova causa de impedimento foi uma opção política do legislador e deve ser respeitada pelo Judiciário. O tema é atual e controvertido. Na eventualidade de ser declarado inconstitucional, o que não se espera, o instituto do juiz das garantias pode vir a ser inserido em nosso sistema jurídico por meio de outra iniciativa legislativa ou no projeto do novo Código de Processo Penal, onde igualmente encontra assento, desde que, naturalmente, sejam sanadas inconstitucionalidades eventualmente reconhecidas.

A implantação do juiz das garantias foi um grande passo rumo a um sistema acusatório, mas necessita de refinamentos.

Falhou a Lei n. 13.964/2019 ao não ter tido a preocupação com a fixação de um prazo ampliado de vacância. Antes tivesse atentado para os estudos prévios no projeto do novo CPP que melhor cuidavam dessa questão, prevendo prazos dilatados para implementação da inovação, inclusive naqueles juízos de vara única. Faltou, com a devida *venia*, senso prático ao legislador do pacote anticrime para concretização do juiz das garantias, o que, certamente, colaborou para repulsa dos críticos ao instituto novo.

Incidu em outra omissão bastante criticável a Lei n. 13.964/2019 ao não prever os ajustes necessários na legislação visando à adoção do juiz das garantias em fase recursal e nas ações penais originárias. Para se manter uma coerência sistêmica, urge a criação de um juizado de garantias, ou seja, um órgão colegiado em grau recursal competente para o reexame dos atos decisórios proferidos pelo juiz das garantias durante a investigação preliminar. Quanto às ações penais originárias, na fase inicial da persecução penal, não há qualquer diferença ontológica entre o magistrado de primeiro e segundo graus, de forma que é incompreensível a ausência de previsão da figura do juiz das garantias nessas situações. Criticou-se a ideia de que o colegiado, por si só, é impeditivo de julgamentos enviesados, já que também podem incidir vieses na esfera de julgamentos plúrimos.

Está claro, todavia, que a reforma parcial promovida pela Lei n. 13.964/2019 foi a possível e não a ideal. Poderia o legislador brasileiro ter tido um pouco mais de coragem e

criado uma fase intermediária dialética e oral, de efetivo controle da acusação, possibilitadora de um juízo de admissibilidade em contraditório, seguido de um efetivo saneamento do processo. Poder-se-ia ter atribuído ao juiz das garantias um papel de barreira, evitando a contaminação do julgador de mérito com eventuais provas ilicitamente produzidas. São lapidações a serem debatidas e talvez incluídas no projeto do novo CPP ou, oportunamente, quando o juiz das garantias já houver, oxalá, sido internalizado, amadurecido e compreendida a sua importância pelos operadores do Direito.

A implementação do juiz das garantias avança para uma forma de trabalho totalmente diversa daquela com a qual os juízes brasileiros foram formados e estão habituados a julgar. Ter-se-á um desafio adicional (talvez o maior de todos) – a mudança cultural – para a magistratura, que terá de aprender a operar em um sistema efetivamente acusatório, sobretudo com a não inclusão da integralidade do caderno investigativo. Isso demandará de todos os atores processuais um maior esforço cognitivo, já que o substrato probatório básico para sentenciar somente pode ser aquele produzido em contraditório, não se dispondo mais dos elementos unilaterais (salvo as exceções legais) para cotejar e embasar uma condenação.

Exigirá daqueles juízes que passarem a atuar como juízes de garantias uma sensibilidade peculiar, não para fomentar impunidades como equivocadamente se posiciona uma corrente contrária à sua instituição, mas para zelar por uma fase investigativa consentânea com os ditames constitucionais.

O juiz das garantias, embora aprovado em um contexto político conturbado, não deve ser recebido como uma crítica à atuação dos juízes brasileiros. Citando JEFFREY J. RACHLINSKI e ANDREW J. WISTRICH, “compreender as fraquezas dos juízes não é um meio de zombar deles, nem deve minar a fé no sistema de justiça. Ao contrário, é um meio de compreender as circunstâncias sob as quais os juízes são vulneráveis e promover a luta interminável por um sistema justo e imparcial”.¹⁵⁹¹

Assim, o novo instituto trata-se de indispensável aprimoramento do sistema processual penal, evidenciando a humanidade do julgador que, no processo de tomada de decisão, não está livre de apegos psicológicos inconscientes e incontroláveis que colocam em xeque o que é mais caro à essência do processo, a imparcialidade.

A introdução do juiz das garantias é mais um passo em uma gradual caminhada rumo a um sistema processual penal verdadeiramente acusatório que suscitará variados debates

¹⁵⁹¹ No original: “*Understanding judges’ weaknesses is not a means of mocking them, nor should it undermine faith in the system of justice. Rather, it is a means of understanding the circumstances under which judges are vulnerable and furthering the never-ending struggle toward a fair and impartial system*”. In: RACHLINSKI, Jeffrey J.; RACHLINSKI, WISTRICH, Judging... op. cit., p. 33.

como sói acontecer em uma mudança paradigmática de tamanha envergadura. A jurisprudência e a doutrina, passo a passo, traçarão balizas quanto a este novo modelo de trabalho e de julgamento. Se bem compreendido e corretamente manejado, certamente transformará qualitativamente o processo penal brasileiro.

Toda mudança traz receio do desconhecido. Heráclito pregava que “nada é permanente, exceto a mudança”. É preciso coragem para mudar para um novo paradigma de especialização e verdadeiramente acusatório, que assegure originalidade cognitiva ao juiz da instrução e julgamento.

REFERÊNCIAS

JURISPRUDÊNCIA – LEGISLAÇÃO

- ALEMANHA. **Strafprozeßordnung – StPO** Código de Processo Penal]. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/StPO.pdf>. Acesso em: 13 out 2021. Versão em inglês: Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, p. 19699, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.html. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE). **Nota Técnica n. 04/2018**. Brasília: AJUFE, 27 set. 2019. Disponível em: <http://ajufer.org.br/images/2019/PDF2019/NT_CPP_Relatorio_Dep_Joao_Campos_grupo_2_REVISADO_-_Condensado.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Associação dos Magistrados Federais (AJUFE). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298**. Brasília: AMB, 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/12/ADI-AMB-e-Ajufer-juiz-de-garantias.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Associação dos Magistrados do Brasil (AMB). **Ao grupo de trabalho, do conselho nacional de justiça, destinado a analisar os impactos da Lei n. 13.964/2019**. Brasília: AMB, 2020 Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/01/AMB_CNJ_Manifestac%CC%A7a%CC%83o_Juiz-das-Garantias-versa%CC%83o-final-Assinada.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8045 de 2010**. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010, do Senado Federal, que trata do "Código de Processo Penal" (revoga o decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1829175&filename=PRP+5+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8045 de 2010**. Substitutivo de 26 de abril de 2021. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1998270&filename=SBT+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Código de Ética da Magistratura**. Brasília: CNJ, 2008. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 335, de 29 de setembro de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **A Implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Release-questiona%CC%81rio-Juiz-de-garantias-21-jan.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei n. 4.207, de 12 de março de 2001**. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26557>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei n. 10372 de 2018**. Introduce modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Brasília: Congresso Nacional, 2018. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-10372-2018>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Resolução n. 181 de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Produtividade Semanal do Poder Judiciário: Regime de teletrabalho em razão do COVID-19**. Brasília: CNJ, [s/d]. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ba21c495-77c8-48d4-85ec-ccd2f707b18c&sheet=b45a3a06-9fe1-48dc-97ca-52e929f89e69&lang=pt-BR&opt=cursel&select=clearall>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Nota Técnica n. 10 de 17 de agosto de 2010**. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/891>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 106, de 06 de abril de 2010**. Dispõe sobre critérios objetivos para promoção por merecimento. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/168>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 184, de 06 de dezembro de 2013**. Dispõe sobre critérios para criação de cargos, funções e unidades judiciárias no âmbito do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_184_06122013_09122013130258.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 345 de 09 de outubro de 2020**. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 357, de 26 de novembro de 2020**. Dispõe sobre a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3595>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Avaliação dos impactos da pandemia causada pela covid-19 nos processos de trabalho dos tribunais**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Impactos-Covid_V3_19082020.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciárias com competência criminal**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciarias-com-competencia-criminal.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 372 de 12 de fevereiro de 2021**. Regulamenta a criação de plataforma de videoconferência denominada “Balcão Virtual.” Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3742>. Acesso em: 12 abr. 2022.

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 385 de 06 de abril de 2021**. Dispõe sobre a criação dos “Núcleos de Justiça 4.0” e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3843> . Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 123 de 07/01/2022**. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília, DF, 2022. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 213 de 15 de dezembro de 2015**. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 75 de 12 de maio de 2009**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/100>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Decreto-lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. **Diário Oficial**, Brasília, DF, suppl., 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 1, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impresao.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 3689, 14 mar. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8716, 7 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial**, Brasília, DF, p. 1, 1 fev. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm . Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: edição extra, Brasília, DF, p. 3, 5 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Parecer da Procuradoria-Geral da República AJCONST/PGR n. 88811/2021, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF, de lavra do Procurador-Geral da República Augusto Aras, datado de 19/03/2021. In: BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2021/03/arasjuiz_190320211128.pdf Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Mensagem nº 350, de 9 de junho de 2008**. Brasília: Presidência da República, 2008. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?sequence=10>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer n. 1.636, de 2010. Redação final do Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Major Olímpio. **Projeto de Lei**. Brasília: Senado Federal. Gabinete do Senador Major Olímpio, 2020. Disponível em: <https://gallery.mailchimp.com/4911ce1e520f5bf26dd891c79/files/61a9a08c-df8b-497e-a01b-06ebd11eb175/Proj.Lei_03_02_2020.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório Estatístico 2020**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=357>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **TÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS - Artigos 66 a 138 - Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/488/3927>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Juiz das garantias** [recurso eletrônico]: bibliografia, legislação e jurisprudência temática / Supremo Tribunal Federal. 2. ed. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021. p. 108. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/JuizDasGarantias_2ed.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 206**. É nulo o julgamento ulterior pelo júri com a participação de jurado que funcionou em julgamento anterior do mesmo processo. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1964. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula206/false>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CHILE. Mensagem presidencial. **Historia de la Ley n. 19.696, 1995**. Disponível em: <https://www.bcn.cl/historiadelaLey/historia-de-la-ley/vista-expandida/6631/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CHILE. **Ley 19696 de 19 de septiembre de 2000. Establece Código Procesal Penal**. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>. Acesso em: 12 abr. 2022.

ESPAÑA. **Ley de Enjuiciamiento Criminal. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em: 12 abr. 2022.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1980**, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. Madrid, 1980. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-25461>. Acesso em: 12 abr. 2022.

ESPAÑA. Ministerio de Justicia. **Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal**. Madrid: Ministerio de Justicia, 2011. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130608_05.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

FRANÇA. **Code de procédure pénale**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C46C7CB0DE262ADC56F52CAEF>>

[9886750.tplgfr23s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006167421&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20200618](https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale)> Acesso em: 12 abr. 2022.

ITÁLIA. **Codice di Procedura Penale**. Decreto del Presidente Della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

MÉXICO. **Código Nacional De Procedimientos Penales**. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. Ciudad de México, 2014. Disponível em: <http://www.stjslp.gob.mx/transp/cont/marco%20juridico/pdf-zip/codigos/CNPP/CNPP.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

MÉXICO. **Sistema Penal Acusatorio**. Guía de bolsillo. 2. ed. San Luiz Potosí: Nuevo Sistema de Justicia, 2014. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/miscelaneas49329.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Ciudad de México, 1917 [2021] Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convención Americana Sobre Derechos Humanos**. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

OEA. Organización do Estados Americanos. **Convencion Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)**. San José. 22 dez. 1969. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

PARAGUAI. **Código Procesal Penal De La República Del Paraguay Ley n° 1.286/98**. Asunción, 1998. Disponível em: <https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomoIII.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 78/87. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34570075/view>. Acesso em: 12 abr. 2022.

STRASBOURG. TEDH. **Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Derecho a un proceso equitativo (parte penal)**. TEDH, 2014. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_SPA.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

URUGUAI. **Ley n. 19.293, de 19 de diciembre de 2014. Código del Proceso Penal**. Montevideo, 2014. Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

JURISPRUDÊNCIA - JULGADOS

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú**. 17/11/1999. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=367>. Acesso em: 10 out 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela**. 05/08/2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. Acesso em: 10 out 2021..

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva Oc-20/09, de 29 de Septiembre de 2009, solicitada por la República Argentina.** 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_20_esp1.pdf. Acesso em: 10 out. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Argüelles y otros vs. Argentina.** 20/11/2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf. Acesso em: 10 out 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala.** Sentença 22/11/2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_117_esp.pdf. Acesso em: 10 mai. 2020.
- ESPAÑA. STC. **145/1988.** 12/07/1988. Disponível em: <http://hj.Tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1988/145>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- ESPAÑA. STC. **145/1988.** 12/07/1988. Disponível em: <http://hj.Tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1988/145>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- ESPAÑA. STC. **Sentencia 164/1988.** 26/09/1988. Disponível em: <http://hj.Tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1988/164>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- ESPAÑA. STC. **Sentencia 170/1993.** 27/05/1993. Disponível em: <http://hj.Tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1993/170>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- ESPAÑA. STC. **SENTENCIA 42/1997.** 10/03/1997. Disponível em: <http://hj.Tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3307>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- ESPAÑA. STC. **Sentencia 39/2004,** 22/03/2004. Disponível em: <http://hj.Tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/2004/39>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- ESPAÑA. STC. **Sentencia 55/1990.** 28/03/1990. Disponível em: <http://hj.Tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1990/55>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- ESPAÑA. STC. **Sentencia 98/1990.** 24/05/1990. Disponível em: <http://hj.Tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1990/98>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- ITÁLIA. **Sentença 496/1990.** 31/10/1990. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it/>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- ITALIA. **Sentença 502/1991.** 08/01/1992. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- ITÁLIA. **Sentença 335/2002.** 17/07/2002. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- ITÁLIA. **Ordinanza 181/2004.** 30.06.2004. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- ITÁLIA. **Ordinanza 400/2008.** 10/12/2008. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- STF (1. Turma). **HC 68784.** Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 01/10/1991.
- STF (1. Turma). **HC 71560.** Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 27/09/1994.
- STF (1. Turma). **HC 73099 SP.** Relator: Min. Moreira Alves. DJ: 03/10/1995.
- STF (1. Turma) **Habeas Corpus 97293.** Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJ: 16/06/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610050>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

- STF (1. Turma). **RHC 98.091/PB**. Relator: Min. Carmen Lúcia. DJe 16/04/2010.
- STF (1. Turma). **HC 120017**. Relator: Min Dias Toffoli. DJ: 27/05/2014.
- STF (1. Turma). **HC 131164**. Relator: Min. Edson Fachin. DJ: 24/05/2016.
- STF (1. Turma). **ARE 813.030-AgR/SP**. Relator: Min. Roberto Barroso. DJe: 29/9/2016.
- STF (1. Turma). **AgR RHC: 165393 PE - PERNAMBUCO 0082765-12.2018.1.00.0000**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 15/03/2019. DJe-060 27/03/2019.
- STF (1. Turma). **Habeas Corpus 97553/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli, DJ: 16/06/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614108>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- STF (1. Turma). **REsp 1.462.669/DF**, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves. DJe: 23/10/2014.
- STF (1. Turma). **RHC 165.393-AgR/PE**. Relator Min. Luiz Fux. DJe: 27.3.2019.
- STF (1. Turma). **RHC 173226**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 14/06/2021.
- STF (1. Turma). **RHC: 179272 SP**. Relatora: Min. Rosa Weber, DJ: 09/02/2021.
- STF (2. Turma). **HC: 77930 MG**. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ: 09/02/1999.
- STF (2. Turma). **HC 77.622**, Relator: Min. Nelson Jobim. DJ 29/10/1999.
- STF (2. Turma). **HC 77930**. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ: 09/02/1999. Por outro lado, no STJ: **5ª Turma: STJ (5. Turma). AgRg no AREsp: 1673264 PR**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 04/08/2020.
- STF (2. Turma). Ação Ordinária 993 QO/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 19.12.2003.
- STF (2. Turma). **Habeas Corpus 86963**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJ: 12/12/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479162>>. Acesso em: 11 jan. 2019.
- STF (2. Turma). **HC n. 90.172/SP**, Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ: 05/06/2007.
- STF (2. Turma). **HC 92.893**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 12/12/2008.
- STF (2. Turma). **Habeas Corpus 103236/ES**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ: 14/06/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613901>. Acesso em: 11 jan. 2019.
- STF (2. Turma). **Habeas Corpus 97544/SP**. Relator: Min. Eros Grau. DJ: 21/09/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617434>>. Acesso em: 11 jan. 2019.
- STF (2. Turma). **HC 97.544**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 3/12/2010.
- STF (2. Turma). **Habeas Corpus 94089**. Relator: Min. Ayres Britto. DJ: 14/02/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1791529>. STF (2. Turma). **RHC 119.892**, Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe 1/10/2015.
- STF (2. Turma). **HC 112.121**. Relator: Min. Teori Zavascki. DJe: 2/3/2015.
- STF (2. Turma). **HC 114649**. AgR, Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 02/06/2015.
- STF (2. Turma). **Habeas Corpus 112121**. Relelator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 10/02/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7894159>>. Acesso em: 11 jan. 2019.
- STF (2. Turma). **RHC AgR 127.256**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe 1/3/2016.

- STF (2. Turma). **RHC 131.544/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli. DJ: 21/06/2016.
- STF (2. Turma). **HC 130351 AgR**. Relator: Min. Celso de Mello. DJ: 12/05/2017.
- STF (2. Turma). **Habeas Corpus 130351 AgR**. Relator Ministro Celso de Mello. DJe: 18/10/2017.
STF, 2017. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13857895>. Acesso em:
11 jan. 2019.
- STF (2. Turma). **RHC 105.791/SP**. Relatora: Min.Cármen Lúcia. DJe: 1/2/2013.
- STF (2. Turma). **HC 95518**, Relator: Min. Eros Grau. DJ: 28/05/2013.
- STF (2. Turma). **RHC 131735**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJ; 03/05/2016.
- STF (2. Turma). **HC 178.786-AgRED/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 03/09/2020.
- STF (2. Turma). **HC n.º 164.493/PR**. Relator: Min. Edson Fachin. DJ: 23/03/2021.
- STF (2. Turma). **RHC 131735**. Relator: Min. Cármen Lúcia. DJ: 03/05/201.
- STF (5. Turma). **AgRg no HC 668973/SE**. Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT). DJ: 14/09/2021, DJe 24/09/2021
- STF (5. Turma). **AgRg no HC 700246/MG**. Relator: Min. Ribeiro Dantas. DJ: 09/11/2021, DJe 16/11/2021.
- STF (6. Turma) **EDcl no AgRg no HC 653425/MG**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. DJ:16/11/2021, DJe 19/11/2021.
- STF (6. Turma). **AgRg no HC 652886/MT**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. DJ: 28/09/2021, DJe 30/09/2021.
- STF (6. Turma). **AgRg no HC 688702/DF**. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª REGIÃO). DJ: 14/10/2021, DJe 04/11/2021.
- STF (6. Turma). **HC 673223/BA**. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. DJ: 09/11/2021, DJe 12/11/2021.
- STF (Corte Especial). **APn 733/DF**, Relator: Min. Herman Benjamin. DJe 4/8/2015
- STF (Decisão Monocrática). **Rcl 23.457/PR – 2º Ag-Reg na Reclamação**. Relator: Min. Edson Fachin, DJ: 23/02/2017, 01/03/2017.
- STF (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1570**. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ: 12/04/2004. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1662827>>. Acesso em 07/07/2019.
- STF (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 92893**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 02/10/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=568515>. Acesso em: 11 jan. 2019.
- STF (Tribunal Pleno). **Rext. nº 466.343/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso, DJ: 22.11.2006.
- STF (Tribunal Pleno). **RE 466343 SP**. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 03/12/2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp> Acesso em: 12 abr. 2022.
- STF (Tribunal Pleno). **HC 92.893/ES**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 12/12/2008.
- STF (Tribunal Pleno). **AImp 4 AgR**, Relator: Min. Ayres Britto. DJ: 24/05/2012.
- STF (Tribunal Pleno). **ADI n. 4.414/AL**. Relator: Min. Luiz Fux. DJe:17/06/2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807860/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4414-al> Acesso em: 12 abr. 2022.
- STF (Tribunal Pleno). **AP AgR 528**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 24/03/2011.

- STF (Tribunal Pleno). **QO AP: 937 RJ - 0002673-52.2015.1.00.0000**, Relator: Min. ROBERTO BARROSo. DJ: 03/05/2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768157047/questao-de-ordem-na-acao-penal-qo-ap-937-rj-rio-de-janeiro-0002673-5220151000000> Acesso em: 12 abr. 2022.
- STF (Tribunal Pleno). **AS 98 AgR**, Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 06/03/2020.
- STF (Tribunal Pleno). **ADI 4109/DF e ADI 3360/DF**. Relatora: Min. Carmen Lúcia, redator para o acórdão Min. Edson Fachin, DJ: 11/02/2022.
- STF. **AI-AgR 253.518/SC**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 30/10/1998.
- STF. **ADI 2.257/SP**. Relator: Min. Eros Grau, DJe: 26/08/2005.
- STF. **HABEAS CORPUS: HC 77.622-6**. Relator Ministro Nelson Jobim. DJ: 17/11/1998. **Diário de Justiça da União**, 29 out. 1999.
- STF. **Habeas Corpus 94.641/BA**. Voto do Min. Cezar Peluso. DJ: 11/11/2008, publicado em 06/03/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>. Acesso em: 11 jan. 2019.
- STF. **ADI 4.414/AL**. Relator: Min. Luiz Fux. DJe: 17/06/2013.
- STF. **ADI 3.483/MA**. Relator: Min. Dias Toffoli. DJe: 14/05/2014.
- STF. **ADI 2.922/RJ**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 30/10/2014.
- STF. **ADI 4.161/AL**, Relator: Min. Cármen Lúcia, DJe: 10/02/2015.
- STF. **Recurso Especial 593727**, Repercussão Geral. Relator: Min. Cezar Peluso, Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, DJ: 14/5/2015, publicação em 8/9/2015.
- STF. **ADI 1.807/MT**. Relator: Min. Dias Toffoli. DJe: 09/02/2015.
- STF. **ADPF 444/DF e 395/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJ: 13 e 14/06/2018.
- STF. **MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 6299 DF 0035998-76.2019.1.00.0000**. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 15/01/2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1105432667/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-6299-df-0035998-7620191000000/inteiro-teor-1105432849?ref=juris-tabs> Acesso em: 12 abr. 2022.
- STF. **ADI 6298 MC/DF**, Relator: Min. Luiz Fux, DJ: 15/01/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- STJ (2 Turma). **HC 95.518/PR**. Relator: Min. Eros Grau, Redator do Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 28/05/2013.
- STJ (5. Turma). **ED em AgRgAI 125.202**. Relator: Min. Gilson Dipp. DJ: 23.11.1999.
- STJ (5. Turma) **RHC 17.949/MG**. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ: 19/9/2005.
- STJ (5. Turma). **HC 99945/SP**. Relator: Min. Og Fernandes. DJe 17/11/2008.
- STJ (5. Turma). **Habeas Corpus 146796/SP**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ: 04/03/2010, fls. 1280-1281. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/HC_146796_SP_1306670154273.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1613594122&Signature=viLou%2BR EMnPgLM4mGt2BjDdvgyk%3D. Acesso em: 17 fev. 2021.
- STJ (5. Turma). **HC 146.796/SP**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ: 04/03/2010, DJe 08/03/2010.
- STJ (5. Turma). **HC 131.792/SP**. Relator: Min. Jorge Mussi. DJe: 6/12/2011.
- STJ (5. Turma). **HC 172.819/MG**. Relator: Min. Jorge Mussi. DJ: 28/02/2012.

- STJ (5. Turma). **REsp 1.379.140/SC**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. DJ. 27.08.2013.
- STJ (5. Turma). **HC 279.008/RS**. Relator: Min. Jorge Mussi. DJe: 22/10/2014.
- STJ (5. Turma). **HC 294.573/PR**. Relator: Min. Arruda Raposos. DJ: 18.06.2015.
- STJ (5. Turma). **HC 331.527/MG**. Relator: Min. Jorge Mussi. DJe: 21/10/2015.
- STJ (5. Turma). **HC 352.067/SP**. Relator: Min. Jorge Mussi. DJ: 28/06/2016.
- STJ (5. Turma). **AgRg no REsp 1518218/ES**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. DJe 26/8/2016.
- STJ (5. Turma). **RHC 57.488/RS**. Relator: Min. Ribeiro Dantas. DJ: 07/06/2016, DJe 17/06/2016.
- STJ (5. Turma). **RHC 69.927/RJ**, Relator: Min. Jorge Mussi. DJ: 28/06/2016.
- STJ (5. Turma). **HC 162.491/SC**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. DJ: 04/08/2016.
- STJ (5. Turma). **RHC n. 57.415/SP**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 4/10/2018.
- STJ (5. Turma). **HC 478.645/RJ**. Relator: Min. Ribeiro Dantas. DJe: 4/6/2019.
- STJ (5. Turma). **AgRg no REsp 1.857.774/RS**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJe de 30/06/2020.
- STJ (5. Turma). **AgRg no HC 533.831/PR**. Relator: Min. Felix Fischer. DJ: 01/09/2020.
- STJ (5. Turma). **AgRg no HC 619360/PR**. Relator: Min. Ribeiro Dantas. DJ: 03/08/2021, DJe 09/08/2021.
- STJ (5. Turma). **AgRg no HC 650907/RS**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. DJ: 15/06/2021, DJe 22/06/2021.
- STJ (5. Turma). **AgRg no HC 652072/ES**. Relator: Min. Felix Fischer. DJ: 18/05/2021, DJe 25/05/2021.
- STJ (5. Turma). **AgRg no RHC 152473/BA**. Relator: Min. João Otávio de Noronha. DJ: 19/10/2021, DJe 25/10/2021.
- STJ (5. Turma). **RHC 147229/AL (decisão monocrática)**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Dj: 12/05/2021, DJe 13/05/2021.
- STJ (6. Turma). **RHC 4.074**. DJU 20/2/95.
- STJ (6. Turma). **RHC 4.074a**, DJU 20/02/1995.
- STJ. (6. Turma). **RHC 4.591/MG**. Relator: Min. Adhemar Maciel, DJ: 12/06/1995.
- STJ (6. Turma). **REsp 245.629/SP**. Relator: Min. Vicente Leal, DJ 01/10/2001.
- STJ (6. Turma). **HC 99.945/SP**. Relator: Min. Og Fernandes. DJe 17/11/2008.
- STJ (6. Turma). **REsp 1177612/SP**. Relator: Min. Og Fernandes. DJe: 17/10/2011.
- STJ (6. Turma). **HC 283.532/PB**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. DJe: 25/4/2014.
- STJ (6. Turma). **REsp 1171973/ES**. Relator: Min. Nefi Cordeiro. DJe 25/3/2015.
- STJ. (6. Turma). **HC 214.049/SP**. Relator: Min. Nefi Cordeiro, Relator p/ Acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJ: 05/02/2015, DJe 10/03/2015.
- STJ (6. Turma). **HC 324.206/RJ**. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe: 17/8/2015
- STJ (6. Turma). **Habeas Corpus 418244/SP**. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. DJ: 25/06/2019. Disponível em: <http://portaljustica.com.br/acordao/2351502>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- STJ (6. Turma). **AgRg no REsp 1721429/SP**. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. DJ: 19/11/2019.

STRASBOURG. TEDH. **Caso Castillo-Algar vs. Espanha**. 28/10/1998. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-55718>. Acesso em: 12 abr. 2022.

TRF4. (8. Turma). **Exceção De Suspeição Criminal (TURMA) 5018556-69.2017.4.04.7000**. Relator: Des. João Pedro Gebran Neto, juntado aos autos em 08/07/2017. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9064099. Acesso em: 12 abr. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção europeia dos direitos do homem**. Strasbourg: ECHR, [s/d]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.

BIBLIOGRAFIA

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AGUILAR, Ana Dulce. México: Justicia Federal. *In*: FUCHS, Marie-Christine; POSTIGO, Leonel González; FADIÑO, Marco (dir.). **La Justicia Penal Adversarial en América Latina: Hacia la Gestión del conflicto y la fortaleza de la ley**. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5621>. Acesso em: 15 nov. 2021.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y derecho procesal**. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997.

ÁLVAREZ, Melissa. México: Justicia Estatal Nuevo León. *In*: FUCHS, Marie-Christine; POSTIGO, Leonel González; FADIÑO, Marco (dir.). **La Justicia Penal Adversarial en América Latina: Hacia la Gestión del conflicto y la fortaleza de la ley**. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. 2018, p. 372. Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5621>. Acesso em: 15 nov. 2021

ALVEZ, Cristiano Botelho. A mítica do “juiz Hércules” de Dworkin na solução dos casos difíceis (hard cases): fábula ou esforço interpretativo? **Emporio do Direito**, 11 maio 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-mitica-do-juiz-hercules-de-dworkin-na-solucao-dos-casos-dificeis-hard-cases-fabula-ou-esforco-interpretativo-por-cristiano-botelho-alves>. Acesso em: 12 abr. 2022.

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172> Acesso em: 12 abr. 2022.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Julgamentos Criminais na Perspectiva da Psicologia: heurísticas e vieses, dissonância cognitiva, falsas memórias e participação**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

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

ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Uma aproximación. **InDret Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, n. 2, abril 2011.

ARAS, Vladimir. O juiz das garantias e o destino do inquérito policial. **Conjur**, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/vladimir-aras-juiz-garantias-destino-inquerito-policial>. Acesso em: 12 abr. 2022.

ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional: as forças invisíveis que nos levam a tomar decisões erradas**. Tradução Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2020.

- AROCA, Juan Montero. **Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- ASSIS, Machado de. **Dom Casmurro**. Porto alegre: L&PM, 2019.
- ÁVAREZ, Rodrigo Ríos. Juez de Garantía: Experiência Chilena. **Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**, a. 4, n. 15, jun. 2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial**: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011., p. 343-363. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz das garantias no processo penal**. Palestra proferida na XXII Semana de Estudos Jurídicos da UNIPAR - Unidade Toledo. 18 jun. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=SvJ17rKIK70>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. **Teoria do caso e sua aplicação ao processo penal brasileiro**. Curitiba: CRV, 2019.
- BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Europeia de Direitos do Homem Anotada**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.
- BARROS FILHO, Clóvis de; CALABREZ, Pedro. **Em busca de nós mesmos**: diálogos sobre o ser humano e seu lugar no universo. Porto Alegre: CDG, 2017.
- BARROS, Marco Antonio de. **Processo Penal**: da investigação até a sentença. Curitiba: Juruá, 2019.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro: Forense. 1982.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BAZERMAN, Max H; MOORE, Don. **Processo decisório**. 8. ed. Tradução Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. O juiz das garantias no Brasil: uma escolha do legislador não uma determinação constitucional ou de Tribunais Internacionais. *In: SOUZA, Renee do Ó (Org.). Lei anticrime*: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- BERCLAZ, Marcio Soares. Um Ministério Público sem Política de Persecução Penal. *In: POSTIGO, Leonel Gonzalez (Coord.). Desafiando a Inquisição*: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017.
- BERTI, Marcio Guedes. O processo penal e o juiz de garantias. *In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al (dir.). Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay*: Hacia la justicia penal acusatoria en Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA; Curitiba: Observatório de mentalidade Inquisitória. 2019, p. 151-159.

- BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- BINDER, Alberto. **Elogio de la audiencia oral y otros ensayos**. Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León: México, 2014.
- BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal anotado**. 4. ed. atual. de acordo com a Lei n. 12.403/2011 (prisão). São Paulo: Saraiva, 2012.
- BREVES notas acerca do seminário "las reformas procesales penales em américa latina". **IBCCRIM**, 12 dez. 2000. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/2821/>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BRODECK, Pedro. Juiz do Paraná liga para vítimas de violência doméstica 24 horas após B.O. e decide junto com a mulher a melhor medida protetiva. **G1 Paraná RPC**, Curitiba, 20 dez. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/12/20/juiz-do-parana-liga-para-vitimas-de-violencia-domestica-24-horas-apos-bo-e-decide-junto-com-a-mulher-a-melhor-medida-protetiva.ghtml>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- BULHÕES, Gabriel. **Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. Florianópolis: EMais, 2019.
- BUNGE CAMPOS, Luis María. Sistema Procesal Penal de Portugal. HENDLER, Edmundo S. (diretor). **Sistemas Procesales Penales Comparados**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 425-444, jul. 2015.
- CAMERER, Colin F.; LOVALLO, Dan. Overconfidence and Excess Entry: An Experimental Approach. In: KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (editores). **Choices, values and frames**. United States of America: Cambridge University Press, 2000.
- CAMPOS, Santiago Pereira. El nuevo sistema de justicia penal de Uruguay: roles de los sujetos y principales estructuras. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al* (dir.). **Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay: Hacia la justicia penal acusatoria en Brasil**. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA; Curitiba: Observatório de Mentalidade Inquisitória. 2019.
- CAPURSO, Thimoty J. How judges judge: Theories on Judicial Decision Making, **University of Baltimore Law Forum**, v. 29, n. 1, Article 2, Fall 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libreria El Foro. 1960.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Subjetivismo judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 120, maio/jun.2016.
- CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. **El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional Español**. Universidad de Piura. Uruguay, 2007.
- CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. **A investigação preliminar nos delitos de competência originária de Tribunais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.
- CHABRIS, Christopher F; SIMONS, Daniel. **O gorila invisível e outros equívocos da intuição**. Tradução Angela Lobo de Andrade. Rio de Janeiro: Rocco, 2011.

- CHAPMAN, Gretchen B; JOHNSON, Eric J. Incorporating the irrelevant: Anchors in judgments of belief and value. *In*: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel. (eds.). **Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment**. United States of America: Cambridge University Press, 2002.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- CISNEROS, Germán Martínéz. El juez de control en México, un modelo para armar. **Revista Del Instituto de la Judicatura Federal**, n. 27, p. 173-194, ene. 2009. Disponível em: <https://vlex.com.mx/vid/juez-control-mexico-modelo-armar-71946979>. Acesso em: 07 nov. 2021.
- CNJ MOSTRA que 20% das varas têm só um juiz, metade do que disse Moro. **Conjur**, 05 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-05/cnj-mostra-20-varas-juiz-metade-disse-moro>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta. **Compendio di procedura penale**. 6. ed. Padova: CEDAM, 2012.
- CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 45, n. 179, p. 165-178, jul./set. 2008.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório e Outras Questões Sobre a Reforma Global do CPP. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 2.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *In*: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; AZEVEDO, Gabriella Saad (Orgs.). **Observações sobre a propedêutica processual penal: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 2.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Juspodivm, 2020.
- DAL MASCHIO, E. A. **Platão: A verdade está em outro lugar**. Tradução: Filipa Velosa. São Paulo: Editora Salvat, 2015.
- DALLEY, J.W.; EVERITT, B. J.; ROBBINS, T. W. Impulsivity, Compulsivity, and Top-Down Cognitive Control. **Neuron Review**, n. 69, p. 680-690, Feb. 24, 2011.
- DAMÁSIO, Antonio. **O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano**. 2. ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DAMAŠKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- DANTAS, Rodrigo D’Orio. **A imparcialidade no divã: por que árbitros e juízes são naturalmente parciais?** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

- DE LUCCA, Giuseppe. **Primi problemi della riforma del processo penale**. Florença: Sansoni, 1962.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Procesos Penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)**. Zaragoza: Editorial Edijus, 2000.
- DERVIEUX, Valerie. O Sistema Francês. *In*: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos Penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 7. ed, rev. atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- DIAS, Horacio L.; LOUSTEAU, María; TEDESCO, Ignacio F. El sistema procesal penal francés. *In*: HENDLER, Edmundo S. (director). **Sistemas Procesales Penales Comparados**. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1999.
- DIAS, Jorge de Figueredo; BRANDÃO, Nuno. O controlo pelo juiz de instrução das invalidades e proibições de prova durante a fase de inquérito. *In*: MOUTINHO, José Lobo *et al.* (coord.). **Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva**. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2020, v. 1. p. 1155-1177.
- DICKERT, Stefan; VÄSTFJÄLL, Daniel; SOLVIC, Paul. Neuroeconomics and Dual Information Processes Underlying Charitable Giving. *In* WILHELMS, Evan A.; REYNA, Valerie F. (Ed.). **Neuroeconomics, judgment, and decision making**. New York: Psychology Press. 2015
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.
- DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão judicial nos crimes sexuais**: o julgador e o réu interior. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2010.
- DOMINGOS, Naiára Tavares. **Custos Perdidos e Insistência Irracional**: Um Estudo do Comportamento de Alunos de Graduação de Cinco Cidades Brasileiras Frente a Decisões de Alocação de Recursos. Dissertação (Mestrado em Contabilidade) – Programa Multiinstitucional e Inter-Regional de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, Universidade de Brasília, Universidade Federal da Paraíba, Universidade Federal de Pernambuco e Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2007.
- DROR, Itiel E; FRASER-MACKENZIE, Peter. Cognitive biases in human perception, judgment, and decision making: Bridging theory and the real world. *In*: ROSSMO, Kim. (Coord.). **Criminal Investigative Failures**. London: Taylor & Francis, 2008, p. 53-67.
- DUCE J., Maurício. La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria em Chile. **Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio**, Madrid, v. 1/2020, p. 103-132, 2020.
- DUNNING, David. **Why incompetent people think they're amazing**. Disponível em: <https://ed.ted.com/lessons/why-incompetent-people-think-they-re-amazing-david-dunning>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- EVANS, Jonathan; FRANKISH, Keith. The duality of mind: as historical perspective. *In*: EVANS, Jonathan; FRANKISH, Keith. **In two minds**: dual processes and beyond. New York: Oxford University Press, 2009.
- EYSENCK, Michael W. **Manual de psicologia cognitiva**. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017.
- FALCÃO, Joaquim *et al.* **VI Relatório Supremo em Números**: a realidade do Supremo Criminal. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2019. Disponível em: <https://editora.fgv.br/produto/vi-relatorio-supremo-em-numeros-a-realidade-do-supremo-criminal-3463>. Acesso em: 09 fev. 2022.

- FERRAIOLI, Marzia. **Il ruolo di “garante” del giudice per le indagini preliminari**. Quarta edizione. Padova: CEDAM. 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.
- FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luís. A imparcialidade do juiz. *In*: ZANIN MARTINS, Cristiano; TEIXEIRA ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael (Coord.). *O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 159-192.
- FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1975.
- FONTES, Samira da Costa; MENDES, Luiz Augusto Aloise de Macedo Mendes. O Juiz das Garantias e o descarte dos elementos de informação: Rumo Certo à Impunidade. **JusBrasil**, jan. 2020. Disponível em: <https://samirafontes.jusbrasil.com.br/artigos/795223857/o-juiz-das-garantias-e-o-descarte-dos-elementos-de-informacao-rumo-certo-a-impunidade>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- FORZA, Antonio; MENEGON, Giulia; RUMIATI, Rino. **Il giudice emotivo: la decisione tra ragione ed emozione**. Bologna: Il Mulino, 2017.
- FRANCO, Alberto Silva; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. O princípio do devido processo legal. *In*: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- FREEDMAN, Jonathan L; CARLSMITH, J. Merrill; SEARS, David O. **Psicologia social**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1977.
- FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013.
- FREITAS, Vladimir Passos de. Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias na Justiça. **Conjur**, 29 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes-juiz-garantias-justica>. Acesso em: 18 mai. 2020.
- FRÍAS, Eduardo Gallardo. Conferencia Inicial del Tercer mentalidade inquisitoria. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: Estudos sobre a reforma do CPP no Brasil**. v. 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- FRIEDE, Reis. **Vícios na capacidade subjetiva do julgador: do impedimento e da suspeição do magistrado (no processo civil, penal e trabalhista)**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GARCÍA, Sandra Alicia García. El procedimiento penal. *In*: **El nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva constitucional**. México: Consejo de la Judicatura Federal, 2011. p. 405. Disponível em: <http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/Elnuevo-sistema-deJusticia-Penal-Acusatorio.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo, 2014.
- GIL, Renata. **Nota Pública – Juiz de Garantias**. Brasília: AMB, 27 dez. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2T1gQ4y>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

- GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. **As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007.
- GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. Defesa no Inquérito Policial. **RDPJ**. Brasília, a. 2, n.4, jul./dez. 2018.
- GLADWELL, Malcolm. **Blink: a decisão num piscar de olhos**. Tradução: Nivaldo Montingelli Júnior. Rio de Janeiro: Sextante, 2016.
- GLADWIN, Thomas E.; FIGNER, Bernd. “Hot” Cognition and Dual Systems: introduction, criticisms, and Ways Forward. WILHELMS, Evan A.; REYNA, Valerie F. (Ed.). **Neuroeconomics, judgment, and decision making**. New York: Psychology Press. 2015.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flavio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (orgs.). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010.
- GOMES, Luiz Flavio. O juiz das garantias projetado pelo novo CPP. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 16, n. 2786, 16 fev. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18508/o-juiz-das-garantias-projetado-pelo-novo-cpp>> Acesso em: 08 ago. 2016.
- GONÇALVES, Gina Bezerra Ribeiro. **Repercussões do “Estado De Inocência” do Arguido nas Fases de Inquérito, Instrução e Julgamento e a (In)Subsistência da Visão Gradualista da Presunção de Inocência**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017, p. 63. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/84138/1/Gina%20Bezerra%20Ribeiro%20Gon%C3%A7alves.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. O juiz das garantias na Justiça Eleitoral. **Conjur**, 11 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-11/luiz-carlos-goncalves-juiz-garantias-justica-eleitoral>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- GONZÁLEZ, Leonel; FANDIÑO, Marco. Balance y propuestas para la consolidación de la justicia penal adversarial en América Latina. In: FUCHS, Marie-Christine; POSTIGO, Leonel González; FADIÑO, Marco (dir.). **La Justicia Penal Adversarial en América Latina**. Hacia la Gestión del conflicto y la fortaleza de la ley. Chile/Santiago, 2018.
- GONZÁLEZ, María Eugenia; PRATO, Magdalena. **Manual Básico para el estudio del proceso penal uruguayo**. [s/l], [s/d]. Disponível em: <<https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/me/article/view/137/130>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini **Pesquise Direito**, [s/l], [s/d]. Disponível em: <<http://www.pesquisedireito.com/artigosprocessopenal.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Que juiz inquisidor é esse?. **Boletim IBCCrim**, n. 30, jun. 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. **Derecho PUCP**, n. 53, p. 949-959, 1 dez. 2000. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6585>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios e Garantias Constitucionais.” *In*: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord). **A renovação processual penal após a constituição de 1988**: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1-21.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.
- GUERREIRO, Valter. Aspectos polêmicos do processo penal alemão. **Empório do Direito**, São Paulo, 30 dez. 2016. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/aspectos-polemicos-do-processo-penal-alemao>. Acesso em 13 out. 2021.
- GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; RIBEIRO, Sarah Gonçalves. A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 147-174, jan.-abr. 2020.
- GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. **Cornell Law Faculty Publications. Paper 814**. 2001. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/814>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Altering attention in adjudication. **UCLA Law Review**, v. 60. n. 1586, p. 1586-1618, 2003.
- GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: how judges decide cases. **Cornell Law Faculty Publications**, Paper 917, nov. 2007.
- HAI DT, Jonathan. A psicologia moral e o direito: como as intuições direcionam o raciocínio, o julgamento e a busca por evidências. *In*: NOJIRI, Sérgio (Org.). **O direito e suas interfaces com a psicologia e a neurociência**. Curitiba: Appris, 2019, p. 19-35.
- HAI DT, Jonathan. **A mente moralista**: por que pessoas boas são segregadas por política e religião. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020.
- HARMON-JONES, Eddie (editor). **Cognitive Dissonance**: Reexamining a Pivotal Theory in Psychology. Whashington, DC: American Psychological Association, 2019.
- HASTIE, Reid; DAWES, Robyn M. **Rational Choice in an uncertain world**: The Psychology of Judgment and Decision Making. 2. ed. United States of America: Sage Publications. 2010.
- HIDALGO, José Leovigildo Martínez. El Sistema Acusatorio en los Códigos de Procedimientos Penales en México. *In*: **El nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva constitucional**. México: Consejo de la Judicatura Federal, 2011. p. 405. Disponível em: <http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/Elnuevo-sistema-deJusticia-Penal-Acusatorio.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- HORTA, Ricardo de Lins e.; COSTA, Alexandre Araújo. Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade. **Cadernos Adenauer XVIII**, n. 1, p. 17-25, 2017.

- HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução: Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Editora UNESP, 2009.
- I JORNADA de Direito e Processo Penal aprova 32 enunciados. **Conselho da Justiça Federal**, 08 ago. 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-e-processo-penal-aprova-32-enunciados>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- INQUÉRITOS policiais passam a ser 100% digitais no Paraná. **Paraná, Agência Estadual de Notícias**, 02 set. 2019. Disponível em: <http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=103550>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- IZZO, Fausto; PICCIOTTO, Guido. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. XXV edizione. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2018.
- LOAEZA, Jahaziel Reyes. **El Juez de Garantías en el Nuevo Proceso Penal Oaxaqueño**. [s/l], [s/d]. Disponível em: <http://www.juiciooraloaxaca.gob.mx/publicaciones/revista55JSL/EL%20JUEZ%20DE%20GARANTIAS%20EN%20EL%20NUEVO%20PROCESO%20PENAL%20OAXAQUENO.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- JOLLS, Christine. Behavioral Law and Economics. **NBER Working Paper 12879**. Cambridge. January 2007. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w12879>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- JUNQUEIRA, Gustavo et al. **Lei anticrime comentada**: artigo por artigo. Inclui a decisão liminar proferida nas ADIS 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. 12. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. **Judgment under uncertainty**: Heuristics and biases. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias. In: KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (editores). **Choices, values and frames**. United States of America: Cambridge University Press, 2000.
- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Loss Aversion in Riskless Choice: A Reference-Dependent Model. In: KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (Eds.). **Choices, values and frames**. United States of America: Cambridge University Press, 2000, p. 217-235.
- KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído**: uma falha no julgamento humano. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.
- KANDEL, Eric R.; HUDSPETH, A. J. O cérebro e o comportamento. In: KANDEL, Eric R. et al. (Ed.). **Princípios de Neurociências**. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.
- KANT, Immanuel. **Beantwortung der Frage**: Was ist Aufklärung?. 5 Detemb. 1783, S. 516. Disponível em: <https://joacamillopenna.files.wordpress.com/2018/03/kant-resposta-acc80-pergunta-que-ecc81-esclarecimento1.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal**. Para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.
- KLEINMAN, Paul. **Tudo o que você precisa saber sobre Filosofia**: de Platão e Sócrates até a ética e metafísica, o livro essencial sobre o pensamento humano. Tradução Cristina Sant'Anna. São Paulo: Editora Gente, 2014.
- KRUGER, Justin; DUNNING, David. Unskilled and Unaware of It: How Difficulties in Recognizing One's Own Incompetence Lead to Inflated Self-Assessments. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 77, n. 6, p. 1121-1134, 1999.

- LANGER, Máximo. From Legal transplants to Legal translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 01, p. 01-65, 2004.
- LARRICK, Richard P. Debiasing. *In*: KOEHLER, Derek J.; HARVEY, Nigel (Eds.). **Blackwell Handbook Of Judgment And Decision Making**. Cornwall/United Kingdom: Blackwell Publishing Ltd. 2004.
- LASVIGNES, Serge; LEMONDE, Marcel. O Processo Penal na França. *In*: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processo Penal e Direitos do Homem**: rumo à consciência europeia. Barueri: Manole, 2004.
- LAZCANO, Erika Bardales. **Guía para el Estudio de la Reforma Penal en México**. México: Editorial Ma Gister. 2008.
- LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). **Direito e Economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- LEDOUX, Joseph E.; DAMASIO, Antonio R. Emoções e Sentimentos. *In*: KANDEL, Eric R. et al. (Ed.). **Princípios de Neurociências**. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.
- LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Daniel Wunder Hachem (tradução). São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.
- LENNON, Maria Ines Horvitz; MASLE, Julian Lopez. **Derecho Procesal Penal Chileno**: Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigacion. Tomo I. Santiago: Editorial Juridica de Chile. 2002.
- LIMA, Fernando Antônio Tavernard. Breve comparativo entre o juiz da investigação (Alemanha) e o juiz “das garantias” (Brasil). **Revista de Doutrina Jurídica**, Brasília, DF, v. 111, n. 2, p. 226–249, 2020. Disponível em: <<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/640>>. Acesso em: 13 out. 2021.
- LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LIMA, Thamirys Costa Quemel. **O Juiz de Instrução e a Proteção dos Direitos Fundamentais no Inquérito Criminal**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017.
- LOPES JUNIOR, Aury. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. **RDP**, n. 4, out-nov/2000. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_04_39.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LOPES JÚNIOR, Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 [E mais algumas preocupações]. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, ed. espec. ago. 2010.
- LOPES JUNIOR, Aury. Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz. **CONJUR**, São Paulo, 11 jul. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

- LOPES JUNIOR Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A decisão tem razões que a própria razão desconhece. **CONJUR**, 28 abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-28/limite-penal-decisao-raoes-propria-rao-desconhece?> Acesso em: 12 abr. 2022.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.
- LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma Jurisdição Penal Imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, a. XIII, n. 73, ago./set. 2016.
- LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. Juiz das garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva. **Boletim IBCCRIM**, a. 28, n. 330, p. 29-30, maio 2020.
- LÓPEZ, Armando Gutiérrez. El Sistema Penal Acusatorio en el Estado Mexicano. **Perfiles de las Ciencias Sociales**, a. 3, n. 6, p. 152-175, ene./jun. 2016. Disponível em: <http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles> Acesso em: 07 nov. 2011.
- LORA, Deise Helena Krantz. **Subjetividade e imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant lo Banch, 2019.
- LUIZÃO, Ana Paula Rebelato. LUIZÃO, José Mauro. O juiz das garantias: uma análise crítica. *In*: WALMSLEY, Andréa. CIRENO, Lígia. BARBOZA, Márcia Noll (Coord. e Org.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: MPF, 2020.
- LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions, **Florida Law Review**, v. 66, n. 2, 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol66/iss2/5>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- MACEDO, Marcelo Alvaro da Silva; OLIVEIRA, Murilo Alvarenga; ALYRIO, Rovigati Danilo; ANDRADE, Rui Otávio Bernardes de. **Heurísticas e vieses de decisão: a racionalidade limitada no processo decisório**. Disponível em: http://www.each.usp.br/rvicente/0176_ArtigoIAMDecisao.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.
- MACHADO, André Mendonça. O impacto de vieses cognitivos sobre a imparcialidade. **Revista Brasileira de Inteligência**, Brasília, n. 13, dez. 2018.
- MACHADO, Leonardo Marcondes. **Introdução crítica à investigação preliminar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2018.
- MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARCHIONATTI, Daniel. **Processo penal contra autoridades**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 48-63, 2018.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense. 1965. v. 1.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Forense. 1965. v. 2.
- MARTINO, Fabio Nunes de. Ciências Cognitivas e o Direito: compreendendo como se dá a mecânica da decisão judicial. *In*: WOLKART, Erick Navarro; FERREIRA, Matheus Milan (coord.). **Neurolaw: Direito, Neurociência e Sistema de Justiça**. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021, p. 95-132.
- MARTINS, Cristiano Zanin; AMBROSIO, Graziella. Efeitos da ancoragem na sentença criminal. **CONJUR**, 26 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/zanin-ambrosio-efeitos-ancoragem-sentenca-criminal>. Acesso em: 08 out. 2021.

- MARTINS, Cristiano Zanin; AMBROSIO, Graziella. O juiz das garantias e a tunnel vision. **CONJUR**, 20 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-20/zanin-ambrosio-juiz-garantias-tunnel-vision-part>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. **Boletim IBCCRIM**, a. 28, n. 331, p. 6-9, jun. 2020.
- MATLIN, Margaret W. **Psicologia Cognitiva**. 5. ed., Tradução: Stella Machado. Rio de Janeiro: LTC Editora, 2004.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 180.
- MAYA, André Machado. A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Constitucional da Espanha. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília. **ANAIS** [...]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/04_258.pdf. Acesso em: 23 set. 2021.
- MAYA, André Machado. Outra vez sobre juiz das garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 215, out. 2010.
- MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. **Novos estudos jurídicos – NEJ**, Itajaí, v. 23, n. 1, p. 71-88, 2018. p. 86. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036>. DOI: <https://doi.org/10.14210/nej.v23n1.p71-88>. Acesso em: 02 mar. 2022.
- MAYA, André Machado. **Juiz de garantias**: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- MAYA, André Machado. **Oralidade e processo penal**: a dinâmica oral como técnica de reforço do contraditório e da democraticidade da persecução penal. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.
- METCALFE, Janet; MISCHER, Walter. A Hot/Cool System Analysis of Delay of Gratification: Dynamics of Willpower. **Psychological Review**, v. 106, n. 1, p. 3-19, 1999.
- MICHENER, H. Andrew; DELAMATER, John D; MYERS, Daniel J. **Psicologia Social**. Tradução Eliane Fittipaldi e Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**: texto atualizado até julho de 2003. Referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2003.
- MISAKA, Marcelo Yukio. Os poderes instrutórios do juiz na investigação preliminar. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MISCHER, Walter. **O teste do marshmallow**: por que a força de vontade é a chave do sucesso. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2016.
- MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

- MODESTO, Danilo Von Beckerath. O critério da prevenção como afronta à imparcialidade do juiz criminal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 12, n. 1511, 21 ago. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10306> . Acesso em: 12 abr. 2022.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.
- MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; ORTIZ, Luiz Fernando Zambrana. Inquérito Policial Eletrônico: tecnologia, garantismo e eficiência na investigação criminal. *In*: GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de (Coord.). **Estudos contemporâneos de polícia judiciária**. São Paulo: Editora LTr, 2018.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O processo penal como instrumento de democracia. **Migalhas**, 18 ago. 2004. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/6301/o-processo-penal-como-instrumento-de-democracia>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. Novo CPP uruguaio mudou do sistema inquisitório para o acusatório. **CONJUR**, 02 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/romulo-moreira-cpp-uruguaio-segue-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- MOROSI, Guillermo *et al.* El Sistema Procesal Penal Italiano. *In*: HENDLER, Edmundo S. (dir.). **Sistemas Procesales Penales Comparados**. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1999.
- MOTA, José Luís Lopes da. A fase preparatória do processo penal português. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v. 10, n. 19, p. 219-257, jan./jun., 2002.
- MUSSWEILER, Thomas; ENGLICH, Birte; STRACK, Fritzp. Anchoring effect. *In*: POHL, Rüdiger F. (editor). **Cognitive Illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory**. Hove and New York: Psychology Press, 2004.
- MYERS, David. G. **Psicologia Social**. 10. ed. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: AMGH Editora Ltda. 2014.
- NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial** Trad. Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.
- NICKERSON, Raymond S. Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises. **Review of General Psychology**, v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998.
- NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Tradução de Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Juiz das garantias do novo CPP é arbitrário. **Conjur**, 06 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-06/sistema-juiz-garantias-cpp-arbitrario-inviavel>> Acesso em: 12 abr. 2022.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- NUNES, Dierle. Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015 **Revista Brasileira de Direito Processual –RBDPro**, Belo Horizonte, a. 23, n. 92, p. 61-81, out./dez. 2015.
- NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.
- OCHSNER, Kevin N. et al. Bottom-Up and Top-Down Processes in Emotion Generation: Common and Distinct Neural Mechanisms. **Psychological Science**, v. 20, n. 11, p. 1322-1331, Nov. 2009.

- OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- OSKAMP, Stuart. Overconfidence in case-study judgments. **Journal of Consulting Psychology**, v. 29, n. 3, p. 261-265, 1965.
- OSMAN, Magda. As evaluation of dual-process theories of reasoning. **Psychonomic Bulletin & Review**, v. 11, n. 6, p. 988-1010, 2004.
- OSWALD, Margit E.; GROSJEAN, Stefan. Conformation Bias. *In*: POHL, Rüdiger F. (editor). **Cognitive Illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory**. Hove and New York: Psychology Press, 2004.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- PALAZZOLO, Massimo. **Persecução penal e dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- PALOMARES, Salvador Guerrero. **La Imparcialidad Objetiva del Juez Penal: análisis jurisprudencial y valoración crítica**. Navarra: Aranzadi / Thomson Reuters, 2009.
- PASSOS, Edilenice. **Código de Processo Penal: notícia histórica sobre as comissões anteriores**. Brasília, Senado Federal: Secretaria de Informação e Documentação, 2008.
- PASSOS, Hugo Malone; DUARTE, Sidiney Ribeiro. Duplo grau de jurisdição, a colegialidade e seus vieses cognitivos. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 12, n. 02. 2020. Disponível em: <<https://doaj.org/article/a76ac360354b4184ae59fc7c3e5c0725>>. Acesso em: 09 out. 2021.
- PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. **Court Review**, v. 49, i. 2, 2013. p. 114. Disponível em: <https://digitalcommons.unl.edu/ajacourtreview/422>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- PEQUENO, Marconi. **10 lições sobre Hume**. Petrópolis: Vozes, 2012.
- PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de. **VIII Relatório Supremo em Números: Quem decide no Supremo? : tipos de decisão colegiada no Tribunal**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/29679>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- PERRODET, Antoinette. O Sistema Italiano. *In*: DELMAS-MARTY, Mireille (org). **Processos Penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PI, Daniel; PARISI, Francesco; LUPPI, Barbara. Biasing, Debiasing, and the Law. **Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-08; U of St. Thomas Legal Studies Research Paper No. 13-02**. February 11, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2215117>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- PILCO, Giammpol Taboada. **El juez de investigación preparatoria y la separación de sus funciones como “juez de audiencia” y “juez de despacho”**. Trabalho de Conclusão de Curso ("Instrumentos para la Implementación de un Sistema Acusatorio Oral) – VI Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2009. Disponível em: < [27 eljueздеinvestigacionpreparatoria Taboada peru \(cejamericas.org\)](http://27_eljueздеinvestigacionpreparatoria_Taboada_peru_(cejamericas.org)) >. Acesso em: 12 abr. 2022.
- PIMENTA, Marcus Vinícius. **Poder-saber inquisitório: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- PITOMBO, Sérgio Marcos Moraes. O indiciamento como ato de polícia judiciária. **Revista dos Tribunais online**, n. 577, p. 313-316, nov. 1983.

- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Breves notas sobre o Anteprojeto de lei, que objetiva modificar o Código de Processo Penal, no atinente a investigação policial. **Revista Cejap**, Campinas, n. 2, p. 3-16, 2000.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Imparcialidade da jurisdição**: problemas contemporâneos do processo penal. São Paulo: Singular, 2018.
- PITTA, Rafael Gomiero. **Discovery e a efetividade da justiça**: a contribuição de institutos do direito processual civil norte-americano na qualidade da jurisdição brasileira. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2015.
- PLATÃO. **A República**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2019.
- PLATÃO. **Fedro**. Tradução do grego, apresentação e notas de Maria Cecília Gomes dos Reis; introdução de James H. Nichols Jr. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2016.
- POHL, Rüdiger F. **Cognitive Illusions**: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory. Hove and New York: Psychology Press, 2004.
- POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- POSNER, Richard A. **How judges think**. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England, 2008.
- POSTIGO, Leonel González. Bases da Reforma Processual Penal no Brasil: Lições a partir da experiência na América Latina. In: POSTIGO, Leonel González (dir.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: CEJA. 2017, p. 15-35.
- POSTIGO, Leonel González. La etapa intermedia en un sistema adversarial: del saneamiento formal al control sustancial de la acusación. In: SILVEIRA, Marcos Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (organizadores). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**: volume 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 79-112.
- POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. In: **Revista da Ajuris**, v. 34, n. 108, p. 167-182, Dez. 2007.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons. 2014.
- PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVEIRA, Edson Damas da. **Prova Penal**: Estado Democrático de Direito. 2015. Florianópolis: Empório do Direito; Rei dos Livros. 2015.
- PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 6. ed., São Paulo: LTr, 2013.
- PRADO, Lúcia Reis de Almeida. Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional. In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; BIZZI, Idete Zimmerman (Orgs.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas: Millennium, 2018.
- RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges, **13 Annual Review of Law and Social Science**, 2017. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2668&context=facpub>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

- RAMOS, Glauco Gumerato. Sistema de enjuizamento escalonado (ou procedimento judicial funcionalmente escalonado): repensando o modelo de processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte**, a. 18, n. 71, p. 65-68, jul./set. 2010.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- RECOMENDAÇÕES de Toledo para um processo justo. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 4, n. 3, p. 437-441, jul./set. 1994.
- REYES, René Hernández. **Los sujetos procesales en el Nuevo Proceso Penal en Juicio oral penal**. Reforma procesal penal de Oaxaca. Andrés Bello, Jurídica de las Américas. México, 2008.
- RIBEIRO, Carlos Augusto. **O contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- RIBEIRO, Paulo Victor Freire. O juízo de garantias: definição, regramento e consequências. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 105, p. 969, jan./dez. 2011.
- RIEGO, Cristián. Informes Nacionales – Chile. In: MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (Coord.). **Las reformas procesales penales em América Latina**. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung / Ad-Hoc / Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2000.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Manual de linguagem jurídico-judiciária**. 6. ed. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2012.
- RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- RITTER, Ruiz; ROSA, Alexandre Morais da. Entenda como você pode ser enganado pelo Efeito Halo no Processo Penal. **Conjur**, 28 fev. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-fev-28/limite-penal-entenda-voce-enganado-efeito-halo>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. **Psicologia Social**. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- ROSA, Alexandre Morais. Dissonância cognitiva no interrogatório malicioso: não era pergunta, era cilada. **CONJUR**, 17 fev. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/limite-penal-efeito-dissonancia-cognitiva-interrogatorio-malicioso>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- SALAS, Denis. O Papel do Juiz. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos Penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SANTOS, Marcos Igor da Costa; SANTOS, Rayane Farias dos; CALLADO, Antônio André Cunha. O efeito Sunk Cost no Processo decisório dos discentes de Instituições de Ensino Superior. **RC&C - Revista Contabilidade e Controladoria**, Curitiba, v. 13, n. 2, p. 113-129, mai./ago. 2021. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rcc/article/download/79197/44562>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- SANTOS, Rubens Sotero dos. A crítica de David Hume à razão. **Theoria - Revista Eletrônica de Filosofia Faculdade Católica de Pouso Alegre**, v. VI, n. 16, p. 179-190, 2014.
- SANTOS, Teodoro Silva. **O juiz das garantias sob a óptica do estado Democrático de Direito: a adequação ao ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.
- SARAIVA, Izabela Novaes. O juiz de garantias: histórico, conceito e críticas. **Conteúdo Jurídico**, 22 maio 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39406/o-juiz-de-garantias-historico-conceito-e-criticas> > Acesso em: 12 abr. 2022.

- SCHREIBER, Simone. O juiz das garantias no projeto do Código de Processo Penal. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 2-3, ago. 2010.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? – Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. *In*: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Orgs.) **Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012**. São Paulo: Marcial Pons. 2012, p. 631-648.
- SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, set./dez. 2012.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SENA, Jaqueline Santa Brígida. **A neutralidade do juiz: uma leitura a partir da obra de Luís Alberto Warat**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- SILVA, César Augusto Tibúrcio; DOMINGOS, Naiára Tavares. Sunk Cost e insistência irracional: o comportamento face às decisões de alocação de recursos. **Advances in Scientific and Applied Accounting**, v. 3, n. 1, p. 41-64, 2011. Disponível em: <<https://asaa.anpcont.org.br/index.php/asaa/article/view/5>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal direta pela defesa**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- SILVA, Gilvan Naibert e. **A fase da investigação na perspectiva do projeto do novo Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.
- SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 55-56. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1843/BUBD-99QJAH>>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao Direito Processual Penal**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set.2009.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Notas sobre o Juízo de Admissibilidade da Acusação no Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. O juiz das garantias como condição de possibilidade de um processo penal acusatória e a importância da etapa intermediária: um olhar desde a experiência latino-americana. *In* POSTIGO, Leonel González (Diretor). **Desafiando a Inquisição: Ideias e**

- propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago/Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, 2017, p. 293-309.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **As condições da ação no direito processual penal**: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Por uma teoria da ação processual penal**: Aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- SILVEIRA, Marcos Aurélio Nunes da. A Etapa Intermediária e o Juiz de Garantias no Processo Penal Brasileiro: um passo importante e insuficiente. **Revista Justiça do Direito. UFP**. Passo Fundo/RS. v. 33, n. 3, p. 189-221, Set./Dez. 2019.
- SOUZA, Altay Alves Lino de Souza. **A influência de atributos físicos na formação de primeiras impressões**: Uso do TAT e impacto no processo decisório de profissionais de Recursos Humanos. 2010. Tese (Doutorado em Psicologia) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2010.
- SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. **Revista dos Tribunais**. a. 97, v. 868, p. 429-452, fev. 2008.
- SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Almedina, 2018.
- SOUZA, Diego Crevelin de. Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. CARVALHO FILHO, Antônio; COSTA, Eduardo José da Fonseca (Coord.). **Coleção devido processo legal 2**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.
- STRUENSEE, Eberhard; MAIER, Julio B. Julio. Introducción. In: MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (coord.). **Las reformas procesales penales em América Latina**. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung / Ad-Hoc / Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2000, p. 19-21.
- SUNSTEIN, Cass R; THALER, Richard H. **Nudge**. Tradução: Angelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Juiz das garantias: o inquérito policial deve compor os autos do processo? In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (Org.). **Pacote anticrime**. Curitiba : Escola Superior do MPPR, 2021. v. 2.
- TALON, Evinis. **Investigação Criminal Defensiva**. Gramado: ICCS, 2020.
- TEICHMAN, Doron and ZAMIR, Eyal, Judicial Decisionmaking: A Behavioral Perspective (December 16, 2013). ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. (eds.). **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, 2014, p. 8-9. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2366678>, Acesso em: 12 abr. 2022.
- TEIGEN, Karl Halvor. Judgments by representativeness. In: POHL, Rüdiger F. (editor). **Cognitive Illusion: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory**. Hove and New York: Psychology Press, 2004.
- TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Inibições processuais**: Abstenção, Impedimento e Suspeição no Processo Civil, Processo Administrativo e Arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011.
- THALER, Richard H. Mental Accounting Matters. **Journal of Behavioral Decision Making**, v. 12, p. 183-206, 1999. Disponível em: https://www.anderson.ucla.edu/faculty/keith.chen/negot.%20papers/Thaler_MentalAccounting_99.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022.
- THALER, Richard H. **Misbehaving**: a construção da economia comportamental. Tradução George Schlesinger. Rio de Janeiro: Instrínseca, 2019.

- THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2006.
- TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. 11 ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- TORNAGUI, Hélio. **Instituições de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense. 1959, v. 5.
- TORNAGUI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1967.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. rev. de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraivam 2012.
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione – Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano: Giuffrè, 1974.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro** [livro eletrônico]: atualizado com a lei da prisão: Lei 12.403/2011. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2019.
- TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Representativeness and availability. *In*: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel. (eds.). **Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment**. United States of America: Cambridge University Press. 2002.
- UBERTIS, Giulio. **Sistema di Procedura Penale: I principi generali**. 4. ed., Milano: Giuffrè Editore, 2017.
- VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O Julgamento nos Tribunais: colegialidade e deliberação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- VALLE, Fernando Córdova del. Investigación: Primera fase procesal de Proceso Penal Acusatorio y Oral. *In*: **El nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva constitucional**. México: Consejo de la Judicatura Federal, 2011. p. 405. Disponível em: <http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/Elnuevo-sistema-deJusticia-Penal-Acusatorio.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- VARGAS LLOSA, Mario. **A Civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.
- VIEIRA, Renato Stanzola. Título VIII: do juiz, do ministério público, do acusado e defensor, dos assistentes e auxiliares da justiça. *In*: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord.). **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters. 2018.
- WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (Coord.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão; MPF, 2020. Coletânea de artigos. v. 7. p. 210-224. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Moraes da. **Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e atuação contraintuitiva**. Florianópolis: EModara, 2018.
- WOLKART, Erick Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

- YEUNG, Luciana. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). **Direito e Economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- ZAJONC, R. B. Felling and thinking: Preferences need no inferences. **American Psychologist**, v. 35, n. 2, p. 151–175, Feb. 1980.
- ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. **Behavioral law and Economics**. New York: Oxford University Press, 2018.
- ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Quem tem medo do “juiz das garantias”? **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, a. 18, p. 21-23, ago. 2010.
- ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Decisão Judicial e medidas cautelares pessoais: em busca de um modelo decisório ideal. *In*: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (Orgs.). **Eficiência e garantismo: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes**. São Paulo: LiberArs, 2017.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. **Boletim do IBCCRIM**, a. 25, n. 300, p. 3-5, nov. 2017.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O juiz das garantias, a estrutura acusatória e as memórias do subsolo. Um olhar sobre o PL 8045/10 (projeto do novo Código de Processo Penal). *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (Orgs.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 387-414.
- ZIMERMAN, David. Uma resenha simplificada de como funciona o psiquismo humano. *In*: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; BIZZI, Idete Zimerman (Orgs.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas: Millennium, 2018.