

JUIZ DE GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL VERSUS CULTURA INQUISITÓRIA¹

GUARANTEES JUDGE IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE: CONSTITUTIONAL COMPATIBILITY VERSUS INQUISITORIAL CULTURE

Pedro Henrique do Prado Haram COLUCCI²

Ana Cristina GOMES³

RESUMO

O presente artigo tem como propósito investigar as características da figura do Juiz de Garantias, introduzido pela Lei nº 13.964/19, e suspenso liminarmente pelo STF. Trata-se de uma iniciativa de aperfeiçoamento processual penal brasileiro feita pelo legislador, visando compatibilizar o código com o sistema acusatório previsto na Constituição Federal. Assim, para realizar a análise, a proposta emprega o método dedutivo, e em plano auxiliar, o sociojurídico-crítico, buscando confrontar os fenômenos sociais com as estruturas jurídico-políticas e normativas vigentes, questionando as contradições e os seus pressupostos de legitimidade e validade a partir de uma análise interdisciplinar. A abordagem da pesquisa é qualitativa e a técnica consiste na revisão literatura e documentos. O referencial teórico da pesquisa é composto por autores que exploram e discutem questões sobre efetivação de direitos fundamentais, sistema acusatório e controle de legalidade, bem como os limites e contradições do sistema processual brasileiro; afinal, ao centralizar o indivíduo e o Estado no atual cenário jurídico-político, tais pontos se apresentam como premissas para a abordagem a se realizar.

Palavras-chave: Juiz de garantias. Imparcialidade. Sistema acusatório.

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2020-2021) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Discente da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP. Bolsista do Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2020-2021).

³ Doutoranda em Direito pela Universidad de Salamanca. Mestre e graduada em Direito pela UNESP. Coordenadora Chefe do Departamento de Monografias do IBCCrim. Membro da Diretoria do IBCI. Professora colaboradora da Faculdade de Direito de Franca-SP. Advogada associada no Escritório Nishioka e Gaban Advogados.

ABSTRACT

The purpose of this article is to investigate the characteristics of the figure of the Judge of Guarantees, introduced by Law No. 13.964/19, and preliminarily suspended by the STF. It is an initiative of Brazilian criminal procedure improvement made by the legislator, aiming to make the code compatible with the accusatorial system provided for in the Federal Constitution. Thus, in order to carry out the proposed analysis, the deductive method is employed, and on an auxiliary level, the socio-legal-critical method, seeking to confront social phenomena with the legal-political and normative structures in force, questioning the contradictions and their assumptions of legitimacy and validity from an interdisciplinary analysis. The research approach is qualitative, and the technique consists of a literature and document review. The theoretical framework of the research is composed of authors who explore and discuss issues on the effectiveness of fundamental rights, accusatorial system and legality control, as well as the limits and contradictions of the Brazilian procedural system. After all, by focusing on the individual and the State in the current legal-political scenario, such points are presented as premises for the approach to be carried out

Keywords: Guarantees judge. Impartiality. Accusatorial system.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo realizar uma análise da figura do Juiz de Garantias introduzido pela Lei nº 13.964/19, e suspenso liminarmente pelo STF. Trata-se de uma iniciativa de aperfeiçoamento do sistema processual penal brasileiro, visando compatibilizá-lo com o sistema acusatório previsto na Constituição Federal. O conceito introduzido é simples: versa que o juiz que opera e profere decisões durante o inquérito policial não poderá ser o mesmo que presidirá a futura ação penal que poderá vir a se formar.

A figura do Juiz de Garantias, incorporada na recém promulgada Lei nº 13.964/19, popularizada pela alcunha de lei do “pacote anticrime”, gerou muitos debates no mundo jurídico, por se tratar de uma iniciativa de aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal brasileira, tocando em divergências advindas do complexo sistema acusatório pátrio.

O juiz que profere decisões no âmbito da investigação criminal, atua em um espaço ausente de prévio contraditório e ocupado somente pelas provas apresentadas pela promotoria. Logo, afigura-se um cenário em que a imparcialidade da jurisdição se encontra ameaçada pela proximidade do julgador com o órgão de persecução penal, pois temos um encontro de subjetividades entre os dois polos com a exclusão do terceiro, a defesa.

Além disso, considerando que o magistrado que atua na fase pré-processual acaba por construir um convencimento prévio sobre os fatos, quando ele também atua no processo, acaba por mesclar a formação da culpa com o julgamento.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) assevera reiteradamente em sua jurisprudência, como no caso Piersack vs. Bélgica (1982), que um juiz que atua na fase pré-processual está contaminado e, portanto, impedido de julgar. No mesmo sentido, o TEDH ressalta a importância de uma “estética de imparcialidade” no processo, isto é, refletir na jurisdição a qualidade de terceiro do julgador, ao não ser parte.

Para realizar a análise a proposta, emprega-se o método dedutivo, e em plano auxiliar, o sociojurídico-crítico, buscando confrontar os fenômenos sociais com as estruturas jurídico-políticas e normativas vigentes, questionando as contradições e os seus pressupostos de legitimidade e validade a partir de uma análise interdisciplinar. A abordagem da pesquisa é qualitativa, e a técnica consiste na revisão de literatura e documentos.

O referencial teórico da pesquisa é composto por autores que exploram e discutem questões sobre efetivação de direitos fundamentais, sistema acusatório e controle de legalidade, bem como os limites e contradições do sistema processual brasileiro; afinal, ao centralizar o indivíduo e o Estado no atual cenário jurídico-político, tais pontos se apresentam como premissas para a abordagem a se realizar.

Nessa perspectiva, as contribuições de autores como Aury Lopes Júnior (2020), Geraldo Prado (2006), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001) e Luigi Ferrajoli (2006) tornam-se fundamentais, pois esclarecem os caminhos para se entender os meandros do processo penal e das garantias inerentes a ele.

2 O JUIZ DE GARANTIAS

O juiz de garantias traz no seu conceito uma cisão com a estrutura contemporânea do judiciário no âmbito do processo penal brasileiro, isto é, impacta, diretamente, estruturas inquisitórias que resistem à compatibilização constitucional dos princípios norteadores do sistema acusatório. A ideia de um juiz restrito à fase da investigação criminal, não tendo competência para o julgamento da causa, contribui para a efetivação da originalidade cognitiva do julgador, fazendo com que o juiz do processo não seja contaminado por pré-compreensões adquiridas na fase de investigação.

O juiz que profere decisões no âmbito da investigação criminal, atua em um espaço ausente de prévio contraditório e ocupado somente

pelas provas apresentadas pela promotoria. Logo, afigura-se um cenário em que a imparcialidade da jurisdição se encontra ameaçada pela proximidade do julgador com o órgão de persecução penal, pois temos um encontro de subjetividades entre os dois polos com a exclusão do terceiro, o investigado.

Além disso, considerando que o magistrado que atua na fase pré-processual acaba por construir um convencimento prévio sobre os fatos, quando ele também atua no processo, acaba por mesclar a formação da culpa com o julgamento. Assim, convencido previamente na fase pré-processual, o juiz tem a sua imparcialidade cindida pela tendência a ser mais receptivo aos elementos probatórios que refletem as imagens mentais construídas anteriormente.

Embora o instituto em questão tenha sido pauta recente nas discussões jurídicas do país, a ideia de criar um magistrado que opere somente dentro do escopo da investigação criminal, isto é, inserido no campo pré-processual, não é nova no debate acadêmico-dogmático, nem nas proposições legislativas de reforma do Código de Processo Penal, menos ainda quando nos debruçamos sobre o âmbito de análise do direito comparado. Dito isso, faz-se necessário analisar o histórico de formação do instituto.

O prazo exíguo de *vacatio legis* (após decorridos trinta dias de sua publicação oficial) projetou desafios quase intransponíveis para a implementação desse novo instituto. Provocado pelas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Dias Toffoli, suspendeu a implantação do juiz de garantias por cento e oitenta dias, visando uma implementação gradual e consciente em todo o território nacional, respeitando a autonomia e as especificidades de cada tribunal. Em seguida, o ministro Luiz Fux, como relator, revogou, liminarmente, a decisão e suspendeu por tempo indeterminado a implementação do juiz de garantias, argumentando que a proposta de lei deveria ter partido do Poder Judiciário, e que a mesma foi aprovada sem a previsão do impacto orçamentário de dois juizes por processo.

Institutos semelhantes já foram implementados em diversas nações, como a Itália desde 1988 (*giudice per le indagini preliminari*), Portugal desde 1987 (juiz de instrução) e Alemanha desde 1970 (*Ermittlungsrichter*), buscando assegurar e concretizar o princípio da imparcialidade do julgador, ponto basilar para o devido processo legal. Os desafios, os ganhos e as críticas direcionadas ao juiz de garantias

se mostram como o centro do debate que visa reformar e aperfeiçoar o judiciário conforme as transformações da sociedade, e as expectativas que são refletidas.

2.2 O TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Como disposto anteriormente, o instituto em questão não é nem de perto uma invenção jurídica brasileira. O juiz das garantias tem seu marco de criação no processo europeu ocidental. Ao analisar o direito comparado podemos verificar que:

os movimentos legislativos de reforma em matéria processual penal, historicamente, indicam uma tendência. Como regra, inovações legislativas experimentadas no continente europeu, anos depois, são implementadas nos países latino-americanos [...] O instituto do juiz de garantias trilhou o mesmo caminho. Sua implementação em solo latino-americano é reprodução do modelo europeu do juiz da investigação criminal [...] (MAYA, 2020, p. 49).

As construções teóricas e normativas acerca da imparcialidade do julgador vêm sendo elaboradas reiteradamente no âmbito do direito internacional, com destaque para os julgamentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que desde o ano de 1982 tentam plasmar essa garantia para a realidade fática. O TEDH divide a questão entre imparcialidade subjetiva e objetiva: a imparcialidade em sua esfera subjetiva representa o íntimo da convicção do magistrado, isto é, a forma como o juiz consegue realmente preservar a sua originalidade cognitiva para que se evite julgar com a carga do contato com a fase pré-processual e assim conservar de fato a originalidade cognitiva, se inserindo para além dos interesses das partes do processo.

Por outro lado, a imparcialidade objetiva trata da postura do julgador, isto é, a disposição de como o julgamento irá acontecer, sem deixar qualquer tipo de espaço para que as partes não tenham dúvida se o juiz vai conduzir ou não o processo de forma imparcial. André Machado Maya assevera:

Por meio dessa aproximação objetiva, o TEDH vale-se da denominada teoria da aparência, pautada pelo adágio inglês justice must not Only be done; it must also be seen to be

done, para afirmar que, no âmbito dos Estados Democráticos de Direito, não basta que o tribunal (Juiz) seja imparcial; ele deve, também, demonstrar ser imparcial, preservando, assim, a confiança da sociedade nas decisões jurisdicionais (MAYA, 2020, p. 50)

O TEDH expõe não só a questão da imparcialidade objetiva, mas daquilo que eles chamam de estética de imparcialidade, e que Luigi Ferrajoli (2006, p. 463) chama em italiano de “*terzietà*”, ou seja, um estado de estranhamento, que “seu sentido é o de manter o juiz como um terceiro equidistante das partes na relação processual, garantindo, assim, sua imparcialidade”.

Assim, a imparcialidade do juiz é um fator essencial para a legitimidade da jurisdição e é interpretada pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direito Humanos como objetiva e subjetiva. O TEDH vem solidificando reiteradamente esse entendimento de que um juiz que atua na fase pré-processual está contaminado e, portanto, não pode julgar, desde o caso Piersack versus Bélgica (1982), Caso De Cubber versus Bélgica (1984) e Caso Castillo Algar v. Espanha (1998).

Dessa forma, a prevenção é causa de exclusão da competência no continente europeu, considerando que “O contato do magistrado com o material produzido na investigação, em determinados casos, gerava um risco concreto de quebra da imparcialidade, garantia expressamente assegurada na Convenção Europeia de Direitos Humanos” (MAYA, 2020, p. 50).

2.3 A IMPARCIALIDADE COMO FOCO

A imparcialidade do julgador é um dos pilares do processo penal democrático, e para a sua efetivação é necessário um sistema processual que possibilite ao magistrado conseguir exercer e se reconhecer como imparcial, isto é, inscrito em balizas que fortaleçam o contraditório e a originalidade cognitiva do julgador. Autores como Aury Lopes Jr. (2017) apontam que o modelo no qual estamos inseridos expõe a inexistência de condições intrínsecas de imparcialidade para exercício efetivo da jurisdição, denunciando que o processo penal brasileiro é inquisitório, ou *neoinquisitório*. Assim, se quisermos nos descolar desse modelo assentado em códigos e experiências medievais, precisamos reconhecer as raízes

estruturantes do problema e nos voltar para qual sistema determinado modelo está inserido. O autor assevera:

Pensamos que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz (LOPES JR, p. 29, 2016).

Quando tratamos de sistemas processuais, observar qual o núcleo e qual o princípio informador de determinado sistema é fundamental para compreender como as dinâmicas de comportamento funcionam dentro das funções a que o processo se propõe. Elenca-se, comumente, a finalidade processual como a reconstrução de um fato histórico, ou seja, o caminhar processual penal é no sentido e na finalidade de recompor um episódio passado trazido à tutela penal, e para isso, elenca-se como núcleo a gestão da prova.

Conforme as lições de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1998), quando se institui a gestão da prova como núcleo do processo, dois princípios unificadores de matrizes distintas são trazidos à baila: o dispositivo e o inquisitivo. Dessa forma, se tratamos de um processo penal inserido no sistema inquisitorial, trata-se de um cenário em que não há limites restritos ao exercício do poder no processo, pois se coloca a iniciativa probatória inteiramente na mão do magistrado, fazendo com que o julgador seja uma espécie de ator, juiz-inquisidor. Assim, dentro dessa lógica, o magistrado se lança em uma pretensa busca de verdade que irá decidir qual será o desfecho do caso penal com base na sua verdade íntima sobre os fatos, para justificar as suas decisões.

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, cominada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que “a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na ‘acusação’ – dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases (COUTINHO, 2001, p.24).

Por outro lado, dentro de uma matriz dispositiva, o juiz é tido como mero expectador, que observa as partes cada uma com as suas próprias iniciativas probatórias, e não se contamina cognitivamente nesse contexto. Seria, assim, a expectativa de um sistema acusatório. Gian Domenico Pisapia assevera:

O processo do tipo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual se contrapõem a acusação e a defesa, num duelo judiciário caracterizado pela igualdade das posições e dos direitos das duas partes contrapostas sobre as quais se ergue, moderador impassível, o juiz. A este último não se reconhece nenhum poder de iniciativa na obtenção da prova, cujo ônus cabe tão-só ao acusador. (PISAPIA, 1975, p. 297, tradução livre⁴)

Estudando o princípio da imparcialidade no Brasil enquanto objeto, a partir dos estudos de Ruiz Ritter (2017), denota-se que no modelo acusatório, a imparcialidade é assegurada, e no modelo inquisitório, esta é sacrificada. Essa será sacrificada dentro da mentalidade inquisitória porque a busca do julgador pela verdade é tornada ilimitada, dando margem para a criação de um juiz justiceiro. Geraldo Prado assinala: “[...] na forma acusatória a existência de parte autônoma, encarregada da tarefa de acusar, funciona para deslocar o juiz para o centro do processo, cuidando de preservar a nota de imparcialidade que deve marcar sua atuação.” (PRADO, 2005, p. 105)

Nesse sentido, Aury Lopes Jr (2016) assinala que só é possível se assegurarem condições mínimas de exercício da imparcialidade quando nos voltamos para além da separação inicial formal das funções de acusar e julgar e defender, e vislumbramos o total afastamento da atividade investigatória e instrutória do juiz, estando este para além das partes.

[...] é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial de funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória

⁴ No original: Il processo accusatorio è essenzialmente un processo tra parti in cui l'accusa e la difesa sono contrapposte in un duello giudiziario caratterizzato dall'uguaglianza delle posizioni e dei diritti delle due parti contrapposte, sulle quali sta il giudice, un moderatore impassibile. A quest'ultimo non è riconosciuto alcun potere di iniziativa nell'acquisizione delle prove, il cui onere ricade unicamente sull'accusatore.

esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz (LOPES JR, 2016, p. 119).

Assim, temos que pensar o processo penal como não só uma forma de se garantir direitos, isto é, a máxima de que forma e procedimento são garantias, mas pensar o processo como construção, e que envolve, portanto, tempo de maturação. Trata-se de um conjunto ordenado de procedimentos que enseja em uma reunião de condições para que o magistrado possa decidir com qualidade. Por isso, a lógica da eficiência e da produtividade, sumamente advindas de uma racionalidade neoliberal, de efficientismo econômico, não deve ter espaço dentro do processo.

Conforme as lições de 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 das hipóteses 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 de ‘sua’ hipótese (CORDERO, 1986, p. 51, tradução livre⁵).

Dessa forma, analisando o cenário do processo penal brasileiro e o papel da oralidade dentro dele, o que nós temos é, de acordo com Nereu José Giacomolli (2011, p. 99), uma espécie de “simulacro de processo”, isto é, o princípio da oralidade está longe de ser implementando integralmente de forma efetiva, o que temos como produção probatória muitas vezes são testemunhas que apenas vão ratificar o que foi dito na fase policial, ocasionando um percurso de instrução probatória prejudicado desde a sua gênese.

O autor continua: “a frágil regulamentação da metodologia da busca de informações na fase preliminar do processo penal, aliada à utilização de métodos, meios e fontes próprios da fase judicial aumenta a

⁵ No original: La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi ao lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti’: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente a garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, ne questo mestiere stimola cautela autocrítica; siccome tutte Le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ‘sua’ ipotesi.

valoração probante dessa etapa (derivação à história inquisitorial) no julgamento” (GIACOMOLLI, 2011, p. 12).

Assim, temos uma série de problemas quando tratamos da conformação do nosso modelo processual pátrio e sua dinâmica de operação. É justamente a preservação da imparcialidade do julgador que sustenta a possibilidade de efetivação da jurisdição válida. Pensar, portanto, que o exercício da jurisdição é um poder, traz a tarefa do processo penal como ferramenta de limitação para impor molduras a essa relação.

Avançar no debate sobre a imparcialidade significa demonstrar que a discussão não pode ser limitada somente em suspeição e impedimento, considerando que esses institutos não dão conta da realidade fática. Assim, por diversas vezes temos condutas de magistrados que estão claramente contaminados cognitivamente pela sua atuação excessiva nas etapas pré-processuais, mas que não se enquadram nos requisitos formais trazidos pelo nosso código de processo penal que o impediria de participar do processo.

Ruiz Ritter assevera:

À vista disso tudo, pode-se concluir que a imparcialidade, como essência da jurisdição, é também responsável pela delimitação do agir dos magistrados (a fim de que tenham preservada sua cognição, para que nenhuma parte seja beneficiada em detrimento da outra, mesmo involuntariamente), que somente atuarão de forma imparcial, se conduzirem o processo como terceiros desinteressados (alheios) em relação às partes, comprometendo-se, contudo, em apreciar na totalidade ambas as versões apresentadas sobre o(s) fato(s) em apuração, proporcionando sempre igualdade de tratamento e oportunidades aos envolvidos, o que nada tem a ver com a superada ideia de neutralidade(!); e tampouco pode se resumir a violação das hipóteses legais de suspeição e impedimento previstas em nosso ordenamento jurídico (RITTER, 2016, p. 60)

Em suma, o processo deve ser o caminho que o acusado percorre, com todos os seus direitos inerentes garantidos, para que consiga nesse caminhar, apresentar suas teses defensivas.

Assim, quando se trata de imparcialidade, não significa uma demanda por neutralidade, isto é, tratar a neutralidade como um dos fatores que devam compor a figura do juiz ideal é algo completamente ingênuo e que ignora os estudos da neurociência e da psicologia, que mostram que o

homem é indissociável de seu meio. Isto posto, a demanda por efetivação da imparcialidade do processo deve decorrer de balizas institucionais.

3 A CONTAMINAÇÃO SUBJETIVA DO JULGADOR

Vemos no cerne deste instituto, a clara preocupação do legislador na conservação da imparcialidade do magistrado frente às influências externas ao processo, visando garantir os direitos fundamentais do acusado e a originalidade cognitiva do julgador, como forma de legitimar o exercício da persecução penal por meio do devido processo legal. Portanto, a imparcialidade da jurisdição é um elemento basilar e imprescindível para a configuração mínima de um Estado Democrático de Direito.

Resta claro que um magistrado que atuou durante toda a investigação criminal tenderá a reproduzir em seu julgamento posições mais próximas às teses apresentadas pelo órgão acusador. Trata-se de uma consequência que ocorre no inconsciente do julgador e, portanto, modula subjetivamente o comportamento deste (FESTINGER, 1975), fazendo com que o processo de formação da culpa erigida durante a etapa preliminar contamine a instrução e o julgamento do mérito.

Os benefícios funcionais garantidos aos magistrados, quando pensados apenas no nível material, parecem suficientes para assegurar a autonomia e independência do julgador, para assim garantir o exercício da jurisdição imparcial e blindar o juiz de pressões externas ao fundamentar suas decisões exclusivamente nos elementos trazidos pelas partes.

No entanto, quando pensamos no processo penal como um todo, percebemos que o legislador anteriormente não havia dedicado a devida atenção à esfera subjetiva do magistrado e às possíveis contaminações advindas de pré-compreensões que podem afligir o seu juízo. Isto é, o devido processo legal só é legítimo de se definir como tal “se o resultado não puder ser determinado antecipadamente, isto é, só há processo penal real se no início do procedimento ambas as teses – de acusação e de resistência – puderem ser apresentadas em condições de convencer o juiz” (PRADO, 2006, p. 179).

Dessa forma, quando pensamos na maneira como as investigações estão estruturadas na contemporaneidade, isto é, extensas em duração no âmbito das decisões sobre as medidas cautelares apresentadas, como quebras de sigilos bancários, interceptações telefônicas, prisões provisórias, entre outras, percebemos que essa dinâmica acaba

demandando um juiz muito ativo na etapa preliminar. Assim, percebemos que se abre um campo fértil para a proliferação de juízos prévios sobre aquele que está sendo investigado, e que pode vir a se tornar réu com a formação do processo.

Logo, reiterando que os referidos atos exigem a devida fundamentação, conforme disposto no artigo 93, IX, da Constituição, o cenário sucessivo desses atos decisórios faz com que o magistrado adquira uma proximidade e um conhecimento deveras particular sobre o objeto da ação e dos elementos coletados na investigação. A necessidade de se formar um juízo de valor prévio para decidir sobre as medidas cautelares no curso da investigação, acarreta em uma necessidade de fundamentação na exposição de motivos para o deferimento ou indeferimento, logo, criando quadros mentais sobre a culpa do acusado e sedimentando pré-compreensões que ensejam o risco potencial de quebra da imparcialidade.

André Machado Maya aponta que:

Naturalmente que o contato com os elementos indiciários que compõem os autos do inquérito policial, imprescindível à verificação da adequação e necessidade de determinada medida cautelar, e também à fundamentação da decisão, propicia ao juiz formar uma convicção inicial, provisória, sobre a provável existência do crime ou sobre a possível participação do investigado no fato delituoso (MAYA, 2020, pp. 36-37).

Assim, como Aury Lopes Júnior (2003, pp. 10-11) ressalta: “crer na imparcialidade de quem está totalmente absorvido pelo labor investigador é o que J. Goldschmidt denomina de erro psicológico. Foi essa incompatibilidade psicológica que levou ao descrédito do modelo inquisitório”. Trata-se, portanto, de uma exigência implícita do próprio texto constitucional de alçar o sistema acusatório como matriz do processo penal pátrio, o que significa indicar que a fase de investigação preliminar, que tem em seu cerne coletar elementos probatórios para justificar a propositura da ação penal, não pode ser uma etapa que possibilite, amplamente, contaminações cognitivas por parte do julgador.

Assim, instituir um magistrado diverso para o processo faria com que esse espaço sugestivo diminuísse consideravelmente, possibilitando que a prova produzida, sob as dimensões da ampla defesa e do contraditório, sirva de devida fundamentação para o provimento jurisdicional. Nesse sentido, Fauzi Hassan Choukr (2006, p. 93) assinala que:

A principal consequência do nosso sistema nesse ponto é a de permitir que o juiz que tem contato com os autos do inquérito para qualquer ato (como nas “concessões” de prazo, por exemplo) possa ser indesejavelmente influenciado por tudo aquilo que foi produzido previamente à ação penal, deixando aflorar essa influência não somente no juízo de admissibilidade da inicial, mas, sobretudo, procurando incorporar ao seu convencimento quanto ao mérito elementos de informação que não teriam essa finalidade.

Portanto, o juiz de garantias traz no seu conceito uma cisão com a estrutura contemporânea do judiciário no âmbito do processo penal brasileiro, isto é, impacta, diretamente, estruturas inquisitórias que resistem à compatibilização constitucional dos princípios norteadores do sistema acusatório. A ideia de um juiz restrito à fase da investigação criminal, não tendo competência para o julgamento da causa, contribui para a efetivação da originalidade cognitiva do julgador, fazendo com que o juiz do processo não seja contaminado por pré-compreensões adquiridas na fase de investigação.

O juiz que profere decisões no âmbito da investigação criminal, atua em um espaço ausente de prévio contraditório e ocupado somente pelas provas apresentadas pela promotoria. Logo, afigura-se um cenário em que a imparcialidade da jurisdição se encontra ameaçada pela proximidade do julgador com o órgão de persecução penal, pois temos um encontro de subjetividades entre os dois polos com a exclusão do terceiro, o investigado.

Além disso, considerando que o magistrado que atua na fase pré-processual acaba por construir um convencimento prévio sobre os fatos, quando ele também atua no processo, acaba por mesclar a formação da culpa com o julgamento.

Assim, convencido previamente na fase pré-processual, o juiz tem a sua imparcialidade cindida pela tendência a ser mais receptivo aos elementos probatórios que refletem as imagens mentais construídas anteriormente.

4 COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL E REFORMAS PONTUAIS

Sérgio Buarque de Hollanda inicia o seu *Raízes do Brasil* (2014), obra que representa um dos principais pilares do pensamento social brasileiro, constatando que as reiteradas tentativas de implantação da cultura europeia em nosso território, com condições e configurações adversas da tradição do velho mundo, é o fato incrustado nas origens da sociedade brasileira que mais gera consequências. Criando o cenário para a discussão que pretende sustentar ao longo da obra sobre a formação do Brasil, o autor conclui:

“[...] Assim, antes de perguntar até que ponto poderá alcançar bom êxito a tentativa, caberia averiguar até onde temos podido representar aquelas formas de convívio, instituições e ideias de que somos herdeiros” (HOLLANDA, 2014, p. 35).

Partindo dos questionamentos deixados no rastro de Buarque de Hollanda, cabe trazer o problema da importação de instituições e ideias para o nosso contexto jurídico de reformas processuais penais pontuais. Assim, pensar o juiz das garantias enquanto criação europeia ocidental e a sua efetivação enquanto instituto que visa garantir a imparcialidade da jurisdição em um país como o Brasil, em que ainda vigora um código processual penal datado da década de quarenta, com claras inspirações fascistas, e com uma escancarada resistência em realizar reformas globais, como empreenderam nações latino-americanas vizinhas, é essencial para pensar se a possibilidade de implementação plena é de fato possível.

Entende-se imparcialidade como uma qualidade do juiz que se coloca de forma equidistante das partes, e que medeia os debates e as produções de provas que são travadas pelas partes no processo. No entanto, temos um Código de Processo Penal de 1941, que apresenta uma estrutura inquisitória em suas bases, pois dá ao julgador várias atribuições para atuar sem ser provocado pelas partes.

O magistrado ainda hoje, de acordo com o Código de Processo Penal pode decretar medidas cautelares em desfavor do réu de ofício durante o processo (artigo 282, § 5º), pode determinar realização de diligências probatórias de ofício (artigo 156) e pode determinar realização de diligências probatórias de ofício, pode condenar o réu quando o Ministério Público pede a absolvição (artigo 385). Assim, existem várias funções que são concedidas ao juiz que acarretam em uma atuação mais protagonista no processo, e diante da escolha da Constituição Federal de 1988 pelo sistema acusatório, tem que haver sempre um movimento de

tentar compatibilizar o Código de Processo Penal brasileiro com o sistema acusatório.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho expõe:

No nosso processo penal, no entanto, onde a estrutura é inquisitória – e daí ser tão infeliz a afirmação de parte da doutrina de que temos um processo acusatório porque se trata de um processo de partes – é muito pior: ainda que exista um arremedo de ônus da prova (art. 156 do CPP), o vero e próprio dever de sair à sua cata é do juiz, o que se percebe pela simples leitura da segunda parte do precipitado artigo: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligência para dirimir a dúvida sobre ponto relevante”. Eis, então, o núcleo do sistema; e a sua verdadeira forma de identificação: a gestão da prova (COUTINHO, 2004, p. 86-87).

A tendência, pelo menos do legislador ordinário, desde que a Constituição Federal foi aprovada, é de adequar o Código de Processo Penal ao modelo aprovado constitucionalmente. Portanto, tivemos várias reformas pontuais desde 1988, procurando adequar os institutos e procedimentos processuais penais às molduras constitucionais.

A gênese dos nossos problemas advém do nosso Código de Processo Penal ter sido escrito sob a Constituição de 1937, do regime autoritário do Estado Novo varguista e, além disso, ter como matriz referencial o Código Rocco Italiano de 1930, que servia como ferramenta de um regime fascista para perseguição de inimigos políticos (SBRICCOLI, 1999). Fauzi Hassan Choukr aponta:

A Constituição em vigor, no que tange ao processo penal, é mais que uma carta de direitos mínimos, ela verdadeiramente impôs um sistema processual penal de caráter exclusivamente acusatório, quadro esse não completamente entendido pelos operadores do direito de forma geral e pelos processualistas penais em particular. [...] O sistema processual penal é, pois, o acusatório, com toda sua fundamentação democrática. E se choca definitivamente com o Código em vigor, de índole marcante inquisitiva, onde as meras concessões democratizantes foram feitas ao sabor do momento (CHOUKR, 2000, p. 2).

Portanto, por mais que exista a previsão constitucional que fixa o sistema acusatório como o corolário do processo penal pátrio, “sem uma

intransigente alteração na espinha dorsal da investigação criminal, da opção definitiva da oralidade como método no processo, da funcionalidade legítima das cautelares, do exercício das vias impugnativas típicas de forma racional” (CHOUKR, 2017, p. 32), nós seguiremos apenas com reformas pontuais que não expurgam a superestrutura inquisitorial que reside no núcleo do nosso sistema.

A permanência de uma “inquisitividade estrutural” como descreve Glauco Gumerato Ramos (2020, p. 37), impede que institutos importados de experiências estrangeiras exitosas manifestem os seus devidos reflexos no Brasil, considerando que a estrutura não é alterada e acaba por macular e frustrar tentativas de compatibilização constitucional. O autor continua:

[...] há fatores históricos que – muito provavelmente – introjetaram em nosso DNA social uma espécie de inquisitividade da qual ainda não nos imunizamos. Gerou-se, a partir daí, uma superestrutura que segue apostando – talvez inconscientemente, talvez não – numa inexistente onipotência das autoridades que nos julgam, como se só elas, e somente elas, fossem capazes de redimir os males que contaminam o tecido social. O problema é grave. Afeta o espaço do processo onde são julgados temas de conotação criminal com a mesma contundência que afeta o espaço do julgamento das relações públicas ou privadas ocorridas no extramuros da criminalidade. [...] Em miúdos: parcela representativa daqueles que nos julgam e nos acusam não conseguem compreender a estrutura acusatória do processo. Não conseguem, pois, fazer-nos livrar do fantasmagórico espectro que segue a nos rondar e que ignora a ordem constitucional vigente: o espectro da inquisitividade (RAMOS, 2020, p. 37).

Assim, alterações como as trazidas pela Lei 13.964/2019 que institui: “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.” (BRASIL, 2019), apresentam um conteúdo de boa intenção teórica, mas que não rompe definitivamente com as vigas inquisitórios da gestão da prova no processo, ao não apostar em uma reforma global do Código de Processo Penal, acabamos como Choukr conclui em análises sobre reformas pontuais anteriores: “Há mais do mesmo com uma roupagem mais atual” (2017, p. 32).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, precisamos compreender a importância dessa figura na reengenharia da nossa dogmática jurídico-processual penal e o seu impacto na cultura inquisitória estrutural do nosso sistema, trazendo para a normatividade infraconstitucional aquilo que a Constituição Federal já expunha em relação ao processo: efetivação da acusatoriedade, e, por conseguinte, das garantias fundamentais inerentes ao processo.

Isso posto, o juiz de garantias impacta diretamente estruturas inquisitórias que resistem aos princípios norteadores do sistema acusatório, e contribui para a efetivação da originalidade cognitiva do julgador, fazendo com que o juiz do processo não seja contaminado por pré-compreensões adquiridas na fase de investigação.

Assim, por mais que para extirpar estruturalmente as vigas inquisitoriais que perduram no nosso sistema seja necessária uma reforma global do diploma processual pátrio, o juiz de garantias é um marco significativo na missão de constitucionalização do processo penal, delineando caminhos para se efetivar a estrutura acusatória na gestão da prova, rompendo com moldes inquisitórios.

Os pilares autoritários do Processo Penal Brasileiro não mais se sustentam. Não há mais espaço para o autoritarismo estatal latente nos ritos processuais de um país que quer ser reconhecido como democrático, pelo menos frente ao cenário internacional. A mudança é imprescindível e decorre de ecos históricos de questionamentos e de resistência ao autoritarismo.

Não obstante, por mais que a reforma do sistema processual não acarrete diretamente na transmutação da mentalidade inquisitória, a reivindicação de um processo penal constitucional, que emoldura e baliza o lugar das partes e do magistrado dentro do processo, com suas respectivas funções positivadas, pode provocar uma nova racionalidade de como o processo se desenvolverá.

REFERÊNCIAS

CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do Código de Processo Penal: Uma refundação garantista? *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XXI, n. 34, p. 21-34, jul./dez. 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **As garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 93.

CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do Código de Processo Penal in: **Revista de Estudos Criminais**. N. 5. 2000, pp. 2-13.

CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: UTET, 1986, p. 51.

COUTINHO, Jacinto de Miranda. Glosas ao Verdade, dúvida e certeza de Francesco Carnelutti para operadores do direito. In: **Revista de Estudos Criminais**, n. 14., p. 77-94, 2004, p. 86-87.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, ano 1, nº 1, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução Aos Princípios Gerais Do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n.30, p. 163-198, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal, *in crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo pena**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 99.

Glauco Gumerato. INQUISITIVIDADE ESTRUTURAL E O JUIZ DE GARANTIAS. In: **Revista de Direito Penal e Processo Penal**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020.

HOLLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras Editora, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. Juízes inquisidores? e paranóicos : uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos. In: **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre. v.3, n.10. 2003. p.121-126.

LOPES JÚNIOR, Aury. Juízes inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 10, n. 122, p. 10-11, jan. 2003.

LOPES JÚNIOR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAYA, André Machado. **Juiz de Garantias: Fundamentos, Origem e Análise da Lei 13.964/19**. São Paulo: Tirant Lo Blanch. 2020.

PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di procedura penale**. 4. ed. Padova: Cedam, 1985.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SBRICCOLI, Mario. Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico**, 28 (1999), p. 817 ss.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH): **Caso Castillo Algar v. Espanha**, App 28194/95, sentença de 28-10-1998.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH): **Caso De Cubber v. Bélgica**, 9186/80, sentença de 26-10-1984.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH): **Caso Piersack v. Bélgica**, App 8692/79, sentença de 01-10-1982.