

ALVARO AUGUSTO MACEDO VASQUES ORIONE SOUZA

JUIZ DE GARANTIAS: INSTITUTO NECESSÁRIO À GARANTIA DA
IMPARCIALIDADE DO JUÍZO

São Paulo

2022

ALVARO AUGUSTO MACEDO VASQUES ORIONE SOUZA

JUIZ DE GARANTIAS: INSTITUTO NECESSÁRIO À GARANTIA DA
IMPARCIALIDADE DO JUÍZO

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Mestre em Direito
Processual Penal, no Programa de Pós-
Graduação em Direito da Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Orientador: Prof. Dr. Claudio José Langroiva
Pereira.

São Paulo

2022

Ao meu filho, Ivan Augusto.

“As teorias são redes lançadas para capturar aquilo que denominamos ‘o mundo’: para racionalizá-lo, explicá-lo, dominá-lo. Nossos esforços são no sentido de tornar as malhas da rede cada vez mais estreitas.”

Karl Popper

RESUMO

Esta dissertação de mestrado é dedicada ao tema do Juiz de Garantias, e à necessidade de sua implementação, no Brasil. Inicia-se com um resgate da garantia fundamental da imparcialidade do juízo, como direito humano de estatura constitucional, no ordenamento brasileiro, e em razão do qual o Juiz de Garantias se faz necessário. Avança por uma exposição das razões psicológicas pelas quais existe essa necessidade de implementação da figura. Prossegue, pretendendo uma abordagem diferente da tradicional, dos precedentes de tribunais supranacionais de interesse para a matéria, e encerra com o enfrentamento dos principais argumentos, suscitados pelos opositores do Juiz de Garantias, para, ao final, concluir que a separação entre as funções de juiz do inquérito e juiz do processo é necessária no Brasil, justifica-se pelos paradigmas de direito internacional atinentes à matéria, é legítima e possível, a despeito do quanto digam os seus opositores.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, que tudo me permitiram, e sem os quais nada, muito menos esse trabalho, teria sido possível.

Agradeço à minha esposa, que na reta final deste trabalho, me presenteou com o filho mais perfeito.

E agradeço, de forma especial, ao meu orientador, Professor Doutor Cluadio José Langroiva Pereira, pelos ensinamentos e pela paciência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 IMPARCIALIDADE E JUIZ DE GARANTIAS	10
1.1 A importância da imparcialidade, como pilar da própria função jurisdicional, e sua posição no ordenamento brasileiro.....	12
1.2 Imparcialidade subjetiva e objetiva, e o Juiz de Garantias	21
2 AS RAZÕES PSICOLÓGICAS PARA O JUIZ DE GARANTIAS	30
2.1 Dissonância Cognitiva Pós-Decisão e Juiz de Garantias.....	36
2.2 Dissonância Cognitiva Pós-Primeira Impressão e Exclusão das Peças do Inquérito	44
3 A ABORDAGEM NEM SEMPRE APROPRIADA DOS PARADIGMAS INTERNACIONAIS.....	50
3.1 Caso <i>Piersack vs. Bélgica</i>	51
3.2 Caso <i>De Cubber vs. Bélgica</i>	54
3.3 Caso <i>Hauschildt vs. Dinamarca</i>	58
3.4 Caso <i>Castillo Algar vs. Espanha</i>	71
3.5 Caso <i>Herrera Ulloa vs. Costa Rica</i> , da Corte Interamericana de Direitos Humanos	73
3.6 A título de conclusão do capítulo	79
4 OS PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO JUIZ DE GARANTIAS.....	81
4.1 O argumento de que “a decretação de cautelares não exigiria juízo de certeza”	82
4.2 O argumento de que “o modelo brasileiro é diferente dos estrangeiros, onde o Juiz de Garantias foi implementado”	87
4.3 O argumento de que “afirmar a necessidade de Juiz de Garantias seria uma generalização contra os magistrados criminais”	89
4.4 O argumento da “falta de recursos materiais”	92
4.5 O argumento da “decretação de cautelares já no curso da ação penal”	98
CONCLUSÃO.....	102
BIBLIOGRAFIA	107

INTRODUÇÃO

As discussões a respeito do Juiz de Garantias são muitas, e ganharam destaque, nos últimos anos, com a edição da Lei 13.964/2019¹, que pretendeu instituí-lo no país, bem como com a superveniente decisão liminar, do Supremo Tribunal Federal, que determinou a sua suspensão². Embora o instituto já fosse, há muito tempo, objeto de debate entre os cultores e operadores da ciência processual penal, sem dúvida a promulgação de uma lei, que pretendeu trazê-lo do plano acadêmico para o universo do direito positivo, foi um importante catalisador para os debates a seu respeito.

Contudo, não deixa de ser uma infelicidade, o fato de essa lei ter sido, justamente, o tão falado Pacote Anticrime, apelido dado à Lei 13.964/2019. Como se sabe, o Juiz de Garantias foi apenas uma das diversas alterações promovidas pelo Pacote, o qual também trouxe em seu bojo drásticas transformações, não só em outros institutos de direito processual, como também de direito material penal, e de execução criminal. Ter integrado o Pacote, sem dúvida, enredou o Juiz de Garantias na pletora de polêmicas suscitadas pelas outras mudanças legislativas contidas na Lei 13.964/2019, o que talvez prejudique a serenidade com que esse instituto merecia ser debatido.

Afinal, a comunidade jurídica, política e, principalmente, a sociedade como um todo, são chamadas a analisar e ponderar os prós e os contras dessa figura, concomitantemente aos clamorosos debates que vêm sendo travados em torno de polêmicas alterações legislativas em matéria de *delação premiada*, *prisão preventiva*, *prova ilícita*, *aumento de penas*, *progressão de regime*, entre outras. Isso, na melhor das hipóteses, divide a atenção que se deveria dedicar à questão do Juiz de Garantias. Na pior, verdadeiramente contamina as discussões sobre a figura, com simplificações conceituais e polarizações indevidas, tanto mais comuns, quanto mais acirrados sejam os ânimos dos envolvidos no debate.

Nesse contexto, a presente dissertação pretende abordar o tema do Juiz de Garantias, partindo, no primeiro capítulo, de um resgate da relação intrínseca desse instituto, com a

¹BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, dez 2019.

²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298/DF. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>.

garantia fundamental à imparcialidade do juízo. O Juiz de Garantias não é uma medida para beneficiar criminosos, nem para dificultar ainda mais o trabalho dos magistrados criminais, mas sim um instituto que visa, apenas, a conferir melhores condições de efetividade e concretude, ao direito fundamental ao juiz imparcial. Assim, no primeiro capítulo, resgata-se a importância elementar da imparcialidade, para o processo penal, e o seu status de direito positivo, com estatutura constitucional, no ordenamento brasileiro. Afinal, se se questiona a constitucionalidade do Juiz de Garantias, nesse debate deveria pender a seu favor a condição que essa figura ostenta, de instrumento para ampliação da concretude de um direito fundamental.

Aborda-se, também, a dicotomia imparcialidade *subjetiva/objetiva*, demonstrando-se que o impedimento que se pretende impor, ao juiz do inquérito, para que presida a futura ação penal, será um reforço adicional às garantias sistêmicas, que o Processo Penal deve oferecer, de que o ordenamento se esforça por manter imparciais os seus juízes, afastando, objetivamente, toda e qualquer hipótese que possa suscitar o questionamento se a subjetividade do magistrado foi contaminada em favor de alguma das partes.

No segundo capítulo, o trabalho procura expor, com base no substrato oferecido pela ciência da Psicologia, os motivos para que a separação de funções, entre o juiz do inquérito e o da ação penal, tenha um papel tão importante, na garantia da imparcialidade do juízo. Serão descritos os efeitos psicológicos que o fato de um juiz ter decidido sobre o caso, ou ao menos tomado conhecimento dele, desencadeiam no seu inconsciente, e o potencial prejuízo que os mesmos representam, para a posição de imparcialidade que o magistrado deve guardar, ao julgar o mérito do caso penal.

Busca-se apresentar os fenômenos do inconsciente, como a formação de vieses e os efeitos da dissonância cognitiva, não como achismos, mas sim como os acontecimentos cientificamente demonstrados que são, os quais não podem ser negligenciados, em prol de uma idealização desarrazoada da racionalidade dos juízes. *Inconsciente* é a palavra-chave, é a tecla a que se vai voltar sistematicamente, ao longo de todo o trabalho. Os efeitos psicológicos que se quer evitar, ou ao menos mitigar, com a criação do Juiz de Garantias, são *inconscientes*, não são o produto da vontade dos magistrados, e o seu reconhecimento não implica a afirmação de algum defeito ou insuficiência na sua atuação profissional, mas apenas o reconhecimento de que os juízes são humanos.

No terceiro capítulo, procede-se a uma análise crítica da jurisprudência supranacional, em especial do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, normalmente utilizada, pela doutrina brasileira, como reforço argumentativo em prol da criação do Juiz de Garantias no Brasil. Essa utilização, no entanto, não vem se apresentando, normalmente, como a melhor interpretação

dos precedentes daquela corte supranacional europeia. Na verdade, busca-se o fundamento para a necessidade do Juiz de Garantias em precedentes nos quais aquele Tribunal teve que apreciar casos muito diferentes da realidade brasileira. No julgamento em que o sistema processual avaliado pelo TEDH era semelhante ao do Brasil, tem-se dado enfoque errado, a uma afirmação abstrata proferida pelos julgadores europeus, ao invés de ao resultado concreto do julgamento, o que, na verdade, faz enfraquecer a argumentação a favor do instituto. Quando o realinhamento da abordagem aos precedentes do Tribunal Europeu tornaria desnecessário o recurso a precedentes que não guardam semelhança fática com a realidade brasileira, sem perder força, a conclusão de que o Juiz de Garantias é necessário no Brasil.

Para além disso, o capítulo três também procura evoluir, na busca de amparo em precedentes internacionais, para além do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com o reconhecimento de que a lógica jurídica que anima o instituto do Juiz de Garantias já se faz presente, também, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O capítulo final da dissertação se dedica ao enfrentamento dos principais argumentos contrários à implementação do Juiz de Garantias no Brasil, os quais não só vêm sendo suscitados pela parte da doutrina que lhe é desfavorável, como também fizeram parte da decisão liminar, concedida pelo Ministro Luiz Fux, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade da qual é relator, por meio da qual suspendeu a aplicabilidade dos dispositivos que pretendiam criar a figura, no país.

Para tanto, foram eleitos 5 dos principais argumentos daqueles que se mostram contrários ao Juiz de Garantias: o argumento de que as decisões tomadas pelo magistrado, no inquérito, são meramente superficiais, portanto não comprometeriam a sua imparcialidade para o processo; o argumento de que o sistema processual brasileiro é diferente daqueles em que a figura foi criada, por isso ela não seria necessária por aqui; o argumento de que defender o Juiz de Garantias seria fazer uma generalização injusta contra os juízes criminais; o argumento da falta de recursos materiais; e o argumento de que o Juiz de Garantias não resolveria o problema, pois continuaria a haver o mesmo comprometimento da imparcialidade para o julgamento de mérito, se o juiz do processo decretasse alguma cautelar, já após o recebimento da denúncia.

Procurou-se enfrentar esses argumentos, inclusive reconhecendo as limitações do Juiz de Garantias, nos pontos em que elas existem, chegando-se à conclusão de que, mesmo assim, o instituto continua sendo necessário, no sistema processual penal pátrio.

Com isso, espera-se contribuir para o debate acadêmico a respeito da criação, no Processo Penal brasileiro, da figura do Juiz de Garantias, que será tão importante para uma maior concretização da garantia fundamental da imparcialidade do juízo.

1 IMPARCIALIDADE E JUIZ DE GARANTIAS

Os debates acerca da figura do Juiz de Garantias não são novos, no Brasil. Realmente, desde muito antes da promulgação da Lei 13.964/2019, já havia significativa corrente doutrinária, que vinha defendendo a implementação dessa figura no ordenamento processual penal brasileiro.

Afinal, um dos vértices da ideia de que o Juiz de Garantias seria necessário, é a concepção de que se deveria deixar para trás o dogma da prevenção como critério fixador da competência, em matéria criminal. E isso, com efeito, já vem sendo defendido há bastante tempo, por exemplo, por Aury Lopes Jr.³, bem como por considerável vertente dos operadores do Processo Penal⁴. A necessidade de um Juiz de Garantias já era debatida, quase uma década antes da Lei 13.964/2019 vir a lume⁵, sendo o instituto, inclusive, previsto no Projeto de Novo Código de Processo Penal⁶, que se encontra há 11 anos aguardando, na Câmara dos Deputados, a criação de uma Comissão Especial, pela Mesa Diretora⁷.

É verdade que o Juiz de Garantias criado pela Lei 13.964/2019 é até mais completo do que o previsto no Projeto de Novo CPP – já que, pela Lei promulgada, esse juiz teria competência para o recebimento da denúncia, enquanto no Projeto de Código, a decisão de

³LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 86-88.

_____. *A opacidade em torno da discussão do promotor investigador (mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa)* In *Boletim IBCCrim*. São Paulo. a. 12. n.142. set. 2004. pp. 10-11.

_____. *Bom para quê(m)* In *Boletim IBCCrim*. São Paulo. a. 16. n. 188. jul. 2008. pp. 10-11.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 135-139.

⁴MAYA, 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*. In *Anais do XVII Congresso Nacional do COMPEDI*. Brasília: Conpedi, 2008. pp. 4.289-4.308.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Um veto e o malabarismo psicológico*. In *Boletim do IBCCrim*. São Paulo. a. 16 n. 193. Dez. 2008. pp. 18-19.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 86.

⁵GIACOMOLLI, Nereu José. *Juiz de garantias – um nascituro estigmatizado*. In MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coord.). *Setenta anos do código de processo penal brasileiro: balanços e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 299.

⁶CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 8.045/2010. Código de Processo Penal. Autor: Senado Federal, Sen. José Sarney (PMDB-AP).

⁷Andamento do PL 8.045/2010 disponível em: < <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/490263>>, consulta em 02/10/2021.

recebimento da acusação já seria atribuição do magistrado que deveria julgar o mérito, o que iria na contramão das próprias razões para a cisão entre o juiz da investigação e o da ação penal. Mas, quis o destino que essa mesma Lei, apelidada de Pacote Anticrime, trouxesse, também, diversas alterações polêmicas, em matéria de direito penal, processual penal, e de execução criminal⁸, algumas das quais atinentes a institutos do ordenamento punitivo que já vêm ocupando, nos últimos anos, os holofotes da opinião pública – como a *delação premiada* e a *progressão de regime*.

Dividindo espaço com tantas controvérsias, era inevitável que, nos debates a respeito do Juiz de Garantias, acabassem se infiltrando simplificações conceituais e argumentos diversionistas, como as celeumas orçamentárias, suscitadas pelos opositores da figura, e as resistências classistas opostas por setores da magistratura. Descuidando-se, com isso, do núcleo da questão, aquilo que realmente está em jogo, na discussão sobre o Juiz de Garantias. Com efeito, argumentos como o de que a implantação do Juiz de Garantias oneraria os orçamentos do Poder Judiciário⁹, ou de que defender o afastamento do juiz do inquérito seria uma afronta, como se a própria condição de Juiz de Direito já não representasse garantia suficiente ao acusado¹⁰, tornaram-se verdadeiros lugares comuns no debate.

Quando, na verdade, o cerne principal da discussão deveria ser o direito fundamental ao juiz imparcial. O juiz que atua no inquérito policial, determinando cautelares, tomando contato com o material acusatório produzido nessa fase, recebendo a denúncia, pode ter comprometida a sua imparcialidade para julgar a ação penal, pode carregar para o processo ideias pré-concebidas sobre o réu, inerentes, por exemplo, à decretação de uma prisão, ou à decisão de admissibilidade da acusação – o que coloca em xeque a sua imparcialidade.

Portanto, quando se defende que o juiz do inquérito não pode ser o mesmo do processo, está-se falando de formas de se promover a imparcialidade do juiz a *standards* de efetividade maiores, na contínua marcha evolutiva de afirmação das garantias fundamentais do indivíduo. Se o debate a seu respeito, insuflado pela promulgação da Lei 13.964/2019, e pela subsequente decisão liminar que o suspendeu¹¹, parece ter alçado o Juiz de Garantias ao *status* de ponto

⁸BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, dez 2019.

⁹SANTOS, Francisco Geraldo Matos; MARTINS, Urá Lobato. *O novo instituto do juiz das garantias no processo penal: uma análise dos aspectos legais e orçamentários*. In *Revista da Defensoria Pública da União*. Brasília. n. 14. 2020. pp. 95-113.

¹⁰GOMES, Abel Fernandes. “JUIZ DAS GARANTIAS”: *inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia*. In *Revista CEJ*. Brasília. Ano XIV. n. 51. out/dez 2010. pp. 98-105.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298/DF. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>.

nuclear de discussões inflamadas, atualmente em curso na doutrina processual penal, não se pode esquecer que ele não é mais do que uma faceta da matéria de fundo verdadeiramente em questão: a garantia ao juiz imparcial, e as formas de se promover não só a proteção, mas a otimização desse direito fundamental.

Necessário, portanto, que um trabalho a respeito do Juiz de Garantias comece por um resgate da própria garantia da imparcialidade do juízo, sua estatura constitucional e de direito internacional, seu conceito e relevância. Reajustando-se o foco da questão pelas lentes da imparcialidade, é que se pode projetar corretamente os pontos favoráveis e contrários à implementação do instituto, no direito processual penal pátrio.

1.1 A importância da imparcialidade, como pilar da própria função jurisdicional, e sua posição no ordenamento brasileiro

A imparcialidade do juiz talvez seja, em Processo Penal, uma das garantias individuais mais críticas, no sentido de essenciais à consecução do justo processo. Com efeito, Piero Calamandrei já afirmava ser, a imparcialidade, “Historicamente, a qualidade proeminente que parece inseparável da própria ideia de juiz, desde sua primeira aparição nas árvores da civilização”¹². A imparcialidade é qualificada, nas palavras de Aragoneses Alonso, como *princípio supremo do processo*¹³. Também se encontra, em doutrina, quem a considere como *princípio basilar da função jurisdicional*¹⁴, uma ideia com a qual, de fato, é forçoso concordar.

Sobretudo em matéria processual penal, seara na qual se podem efetivar as restrições mais gravosas, aos direitos fundamentais mais relevantes do cidadão. Como sustenta Rubens Casara, uma intervenção tal sobre o indivíduo só é legítima, se operada por um juiz imparcial, e a imparcialidade do juízo é, ao lado de sua independência, condição para o próprio acesso à justiça¹⁵. Zaffaroni afirma mesmo que a jurisdição não existe se não for imparcial, pois a imparcialidade não é um elemento acidental da jurisdiccionarietà, mas a sua própria

¹²CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México*. Tradução: Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 38.

¹³ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Processo y derecho procesal (introducción)*. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997. p. 127.

¹⁴MONTERO AROCA, Juan et. al. *Derecho jurisdiccional III: proceso penal*. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 29.

¹⁵CASARA, Rubens R.R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p 144.

essência¹⁶. Antonio Scarance Fernandes, por seu turno, afirma que sem imparcialidade, não há efetivo contraditório¹⁷.

André Machado Maya também é da opinião de que a imparcialidade surge, enquanto uma das garantias estruturantes do devido processo, justamente como condição para a legitimidade do monopólio da força, pelo Estado:

Como consequência da atribuição exclusiva do poder jurisdicional em matéria penal ao Estado, enfim, surgiram garantias hoje estruturantes da ideia de devido processo legal, tais como a do juiz natural, independente e imparcial. Imparcialidade, independência e o juízo pré-determinado por lei são garantias estreitamente relacionadas com a legitimidade do exercício do poder jurisdicional e, pois, da concretização do poder punitivo propriamente dito. É nesse sentido que a garantia da imparcialidade representa um dos alicerces da cláusula do devido processo penal, e como tal merece uma reflexão especial.¹⁸

A imparcialidade é, assim, um dos pilares sobre os quais se ergue a legitimidade do poder jurisdicional, justamente porque é ela que confere, aos jurisdicionados, a necessária segurança jurídica, quanto às decisões que o Estado Juiz porventura venha a lhes impor.

Para Geraldo Prado, a imparcialidade do juiz deve ser entendida no sentido de “estarem seguras as partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido *a priori* a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõem durante o processo”¹⁹. E para o autor, realmente, a preocupação com o envolvimento psicológico prévio do juiz, com uma das versões em discussão na causa, coloca em foco a segurança jurídica quanto a este direito inalienável das partes no Processo Penal, de se submeterem a um juiz não vinculado a alguma versão pré-estabelecida²⁰.

Nereu José Giacomolli classifica a imparcialidade como valor ou qualidade estruturante da função jurisdicional, ao mesmo tempo em que ela se apresenta como um padrão de conduta devida, a ser observado pelos magistrados²¹. Para o autor:

A função do princípio é evitar, essencialmente, a arbitrariedade, ou seja, que o julgador decida conforme a sua opinião, com critérios pessoais e não com base no conteúdo dos autos. Outra função é evitar a contaminação subjetiva do julgador, para

¹⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 86.

¹⁷FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.122.

¹⁸MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 29

¹⁹PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. pp. 129.

²⁰PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001 p. 128.

²¹GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2016. pp. 276-277.

que profira um julgamento sem prejuízos inautênticos, previamente comprometidos; que haja um julgamento idôneo.²²

Nessa linha, a imparcialidade pode ser entendida como uma regra de tratamento, a ser observada pelo magistrado, derivada da noção de igualdade, e que integra, para o processo, um núcleo duro de valores jurídicos, ao lado das noções de certeza, equidade e justiça²³. Mas, enquanto os demais valores desse grupo têm em vista o resultado do processo, a imparcialidade incide, justamente, sobre o caminho percorrido até esse resultado, ao mesmo tempo em que o condiciona, como pontua, mais uma vez, André Machado Maya:

Sob esta ótica, a imparcialidade é concebida como uma regra básica de tratamento que tem por pressuposto a noção de igualdade, integrando, ao lado das ideias de Justiça, certeza e equidade, o grupo de valores jurídicos. A diferença entre esses valores está em que, ao contrário de igualdade, certeza e Justiça, que são relevantes do ponto de vista do resultado a que se orienta o Direito, a imparcialidade tem um caráter nitidamente procedimental, afetando o modo de desenvolvimento da atividade jurisdicional, sendo, por isso, uma condição para a realização dos outros valores.²⁴

E essa regra de tratamento, ou de conduta do magistrado, consiste num duplo dever, como afirma Ruiz Ritter, de conduzir o processo como terceiro desinteressado, em relação às partes, ao mesmo tempo em que não pode deixar de analisar, em sua integralidade, as versões de cada uma delas, concedendo-lhes igualdade de oportunidades²⁵, na produção do resultado final do processo. A imparcialidade, nesse sentido, precisa ser entendida como uma *construção jurídica* “fruto de uma leitura constitucional e convencional do processo penal de matriz acusatória”²⁶.

Regra de tratamento. Construção jurídica. A utilização de categorias como essas, para descrever a imparcialidade, toca uma questão importante, que é a necessidade de se imprimir uma carga maior de concretude à garantia do juiz imparcial, nos debates a seu respeito. Concretude que deve ir muito além da sua previsão normativa, mas que por certo não prescinde dela, de modo que é essencial assentar as raízes constitucionais e de direito fundamental da garantia ao juiz imparcial.

Dito isso, a imparcialidade do juiz ostenta, antes de mais nada, a condição de corolário do devido processo legal. Mais além, trata-se de uma garantia formalmente prevista em nosso

²²GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 280.

²³MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 30.

²⁴MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 30.

²⁵RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 65.

²⁶RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 65.

ordenamento, de maneira expressa, inclusive, com a internalização de tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário. De modo que o direito ao juiz imparcial se eleva, a despeito de não encontrar previsão expressa no texto constitucional originário de 1988, à estatura de garantia fundamental do cidadão, cuja eficácia tem, o Estado, o dever de assegurar.

Realmente, pouco importa que o direito ao juiz imparcial não encontre previsão expressa no texto constitucional²⁷, a imparcialidade é, inegavelmente, uma garantia constitucional implícita²⁸. A despeito de não estar listada no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, ou entre os princípios regentes da magistratura do artigo 93, ou mesmo em qualquer outro dispositivo constitucional, a imparcialidade é exemplo do que Artur César de Souza chama de direitos e garantias fundamentais *ocultos* na Constituição²⁹. Para o autor, a existência de direitos fundamentais “não expressamente *nominados*” seria autorizada pela redação do §2º do artigo 5º do Texto Maior, segundo o qual os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros, decorrentes seja dos princípios por ela mesma adotados, seja dos tratados internacionais de que o Brasil é signatário³⁰.

Não se trata, como bem explica, de se criar novos direitos fundamentais pelo puro arbítrio do intérprete:

Não se cria um novo direito fundamental, mas o desvenda reflexamente do *direito a um processo com todas as garantias*, ou em decorrência da permissibilidade constitucional para que o ordenamento jurídico incorpore outros direitos fundamentais previstos em tratados internacionais, dos quais o Brasil seja signatário.³¹

Pode-se afirmar, então, que a Constituição Brasileira é permeável a direitos fundamentais outros, para além dos nela expressamente anotados, direitos e garantias que, embora *ocultos*, não são nem um pouco menos *constitucionais*. Também se depreende, do artigo 5º, § 2º, que essas garantias ocultas na Constituição podem ser de origem *endógena* (“*decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*”) ou *exógena* (“*ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”).

Seja por uma, seja por outra dessas vias, é inegável que a garantia fundamental ao juiz imparcial encontra abrigo no seio constitucional. De uma perspectiva *endógena*, a imparcialidade se encontra enfeixada na garantia fundamental ao devido processo legal, como destacam Luciano Feldens e Andrei Zenkner Schmidt:

No Brasil, a exemplo do que em regra sucede nas sociedades democráticas, a configuração do direito a um juiz imparcial ganhou contornos constitucionais. Sua

²⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, out. 1988.

²⁸BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 24.

²⁹SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 68.

³⁰SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 67.

³¹SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 70.

caracterização como autêntico direito fundamental decorre da cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF). Uma cláusula genérica, porém suficientemente clara no que define o modelo de processo que adotamos: um processo com todas as garantias.³²

De fato, à míngua de maiores especificidades, no texto constitucional, quanto ao que seja “devido processo legal”, mostra-se insuficiente uma eventual interpretação literalista, de que a Carta Magna estaria falando apenas em “processo nos termos da lei”, isto é, de acordo com as regras formalmente previstas nas normas e códigos. Em linha com o espírito democrático da Constituição Cidadã, mais acertada é a exegese de que, por “devido processo legal”, o constituinte quis dizer “processo com todas as garantias”. E o direito fundamental a um processo com todas as garantias é entendido como “um entroncamento entre direito fundamental ao juiz natural, à igualdade das partes, ao contraditório e à *imparcialidade do juiz*”³³.

Ainda de uma perspectiva *endógena*, para além do direito fundamental ao devido processo legal, ao processo com todas as garantias, o imperativo da imparcialidade é tradicionalmente reconduzido, também, às prerrogativas asseguradas, assim como às vedações impostas aos juízes, previstas no artigo 95 da Constituição, o que se poderia chamar de garantias atinentes à autonomia da carreira judiciária³⁴. Parece evidente que vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios são atributos que visam a permitir, ao magistrado, que se mantenha imparcial, imune a influências de qualquer ordem que pudessem turvar o seu julgamento. A mesma função pode ser reconhecida nas proibições ao exercício de outros cargos, ao recebimento de valores ou custas processuais e à atividade político-partidária.

E não se pode esquecer, como norma constitucional expressa que não deixa de guardar estreita ligação com a garantia da imparcialidade, a vedação aos tribunais e juízos de exceção, preconizada no art. 5º, inciso XXXVII da Carta Magna.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, com efeito, destacam que “Justamente para assegurar a imparcialidade do juiz, as constituições lhe estipulam garantias (Const., art. 95), prescrevem-lhe vedações (Const., art. 95, par. ún.) e proíbem juízos e tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII)”³⁵.

³²FELDEN, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O marco normativo do direito fundamental a um juiz imparcial: do passado ao presente*. In MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coord.). *Setenta anos do código de processo penal brasileiro: balanços e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 24.

³³SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Almedina, 2018. 70, itálico no original.

³⁴RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 67.

³⁵CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p.52.

Nereu José Giacomolli destaca, para além das previsões constitucionais que implicitamente promovem a imparcialidade do juiz, também as normas infraconstitucionais que estipulam as hipóteses de impedimento e suspeição, como corolários da garantia ao juiz imparcial:

A CF, em seu art. 95, elenca uma série de garantias e vedações, aplicáveis aos membros da magistratura. Contudo, o CPP situa hipóteses de impedimento e de suspeição, nos arts. 252 a 254 (...). Ademais desse rol exemplificativo de hipóteses de suspeição e impedimento, a garantia constitucional do devido processo e da convencionalidade internacional permitem uma interpretação ampliativa e a consideração de outras situações geradoras da perda de imparcialidade.³⁶

A posição de Giacomolli, acima transcrita, já permite antever que, não só do ponto de vista *endógeno* a imparcialidade é uma garantia presente no ordenamento brasileiro. De uma perspectiva *exógena*, essa garantia deita raízes, também, na normativa internacional da qual o Brasil é signatário, uma vez que o direito ao juiz imparcial “ultrapassa as barreiras das legislações internas e adentra nos paradigmas internacionais da prestação jurisdicional”³⁷.

De fato, o Pacto de São José da Costa Rica, que estabeleceu a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 678, de 06/11/1992, prevê, no artigo 8º do seu título das “Garantias Judiciais”:

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.³⁸

Comentando este artigo do Pacto, a doutrina internacionalista reconhece a *imparcialidade* como importante garantia do devido processo criminal, resgatando a sua relação com o preceito latino da inércia da jurisdição, no qual enxerga importante proteção contra possível vinculação psicológica prévia do juiz com a prova.

“A imparcialidade do juiz, de outro lado, constitui sem sombra de dúvida uma das mais importantes garantias do devido processo criminal. Como vimos acima, a preocupação com o *fair trial* tanto se dá em nível interno como internacional. O clássico princípio do *ne procedat iudex ex officio* visa exatamente a resguardar o magistrado de qualquer comprometimento psicológico prévio com a prova (...).³⁹

³⁶GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 276.

³⁷GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 275.

³⁸BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, nov 1992, destacamos.

³⁹MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 98.

Assim, a garantia a um juiz imparcial se estabelece como direito fundamental em nosso sistema, também a partir do ordenamento internacional. Desde a paradigmática decisão, do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 466.343-1/SP⁴⁰, os tratados de direitos humanos internalizados pelo Brasil, mas que *não* tenham seguido o rito previsto no artigo 5º, §3º da Constituição⁴¹ (incluído pela Emenda Constitucional 45/2004), recebem o exótico *status* de norma *supralegal*. Dessa forma, à previsão da imparcialidade do juiz como garantia fundamental do cidadão, contida no Pacto de São José da Costa Rica, não foi conferida a estatura equiparada à de norma constitucional *per se*.

Mas seu *status supralegal* significa, não obstante, que a imparcialidade encontra, para além da previsão implícita, derivada de fontes endógenas no próprio texto constitucional, previsão normativa expressa, no sistema de direitos e garantias fundamentais pelo qual se deve pautar a nação brasileira, desde a promulgação do Decreto 678/1992, que internalizou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pode-se deduzir, mais do que isso, que o Pacto de São José da Costa Rica, dado seu *status supralegal*, oferece já, às Leis Ordinárias que pretendam otimizar a efetividade da garantia ao juiz imparcial – como o diploma que pretende implementar o Juiz de Garantias – a legitimação de estarem conformes a norma que lhes é hierarquicamente superior.

No entanto, a previsão expressa do direito fundamental ao juiz imparcial não se esgota no nível *supralegal* da hierarquia normativa brasileira. Isso porque existe outro tratado internacional, que também reconhece o direito ao juiz imparcial, e que foi internalizado no ordenamento pátrio, esse sim, segundo o rito do artigo 5º, §3º da Constituição – a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Decreto n. 6.949/2009⁴². E essa convenção prevê, em seu artigo 12, item 4:

4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à **revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente,**

⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.341-1/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 05 de junho de 2009. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>.

⁴¹§ 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.

⁴²BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF, ago 2009.

independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.⁴³

Tendo sido, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada nas duas casas do congresso, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos parlamentares (artigo 5º, §3º da Constituição), constata-se que a garantia ao juiz imparcial nela contida não tem meramente a hierarquia de norma supralegal, mas se reveste da imperatividade de norma constitucional propriamente dita. O artigo em questão, é verdade, trata de uma situação bastante particular – a revisão, por autoridade judicial, das medidas relativas ao exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência.

Contudo, em se tratando do reconhecimento de um direito humano fundamental, a sua exegese deve ser a que lhe garanta a máxima amplitude possível. Esse ideal, associado ao imperativo, igualmente constitucional, da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput* da Constituição, autoriza que se considere, a garantia ao juiz imparcial contida na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, como comando normativo expresso, de *status* constitucional, e aplicável como regra geral, a todo e qualquer indivíduo que se veja submetido à autoridade jurisdicional.

Desse modo, tem-se que a garantia à imparcialidade do juízo é um direito fundamental, previsto no ordenamento pátrio. Previsto de maneira implícita, no texto originário da Constituição. E previsto explicitamente, em tratados de direito internacional de que o Brasil é signatário – tanto em tratado a que o Supremo Tribunal Federal reconhece *status* supralegal, como em tratado que formalmente integra o conjunto das normas de hierarquia constitucional propriamente dita.

Na realidade, em pleno século XXI, seria quase intuitiva, a afirmação de que a imparcialidade é uma das garantias fundamentais do cidadão, em qualquer Estado que se pretenda democrático. No entanto, a constatação da posição normativa do direito ao juiz imparcial não é despicienda, num estudo acerca do Juiz de Garantias. Afinal, a constitucionalidade do instituto encontra-se, atualmente, como dito, questionada perante o Supremo Tribunal Federal⁴⁴.

E, se o Juiz de Garantias é figura instrumental e imprescindível para o aperfeiçoamento e maior efetividade do direito ao juiz imparcial, qualquer juízo acerca da sua

⁴³BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF, ago 2009. Destacamos.

⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298/DF. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>.

constitucionalidade ou inconstitucionalidade precisa ter em vista que a imparcialidade é norma fundamental de direitos humanos, de caráter inegavelmente constitucional, e também derivada do sistema de direito internacional no qual o Brasil optou por se inserir. Qualquer norma, portanto, que vise à maior efetividade desse direito humano fundamental, já tenderia, *a priori*, a se inserir no campo da constitucionalidade, não no da inconstitucionalidade.

Para encerrar, é preciso mencionar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, qualquer que seja ela, quanto à constitucionalidade ou não do Juiz de Garantias, não deixará de ser uma proclamação implícita quanto à constitucionalidade ou não do atual modelo brasileiro de juiz criminal – em que não existe a cisão entre o juiz que atua na investigação, e aquele que atua no processo.

Na formação do seu convencimento quanto a essa questão, urge que a Corte Constitucional não perca de vista a adequação do modelo de juiz criminal que se quer para o Brasil aos valores defendidos pelo sistema de direitos fundamentais adotado pelo Estado. Nas palavras de André Machado Maya, “a validade substancial das leis aprovadas pelo Poder Legislativo depende também da sua adequação aos diplomas supranacionais de proteção aos direitos humanos, aos quais esteja vinculado o Estado”⁴⁵.

A escolha a ser feita, pelo Supremo Tribunal Federal, entre o modelo de Processo Penal com e o modelo sem o Juiz de Garantias – no limite, é isso o que está em jogo na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298/DF⁴⁶ – será uma escolha entre a maior ou menor conformidade, da persecução criminal pátria, à garantia fundamental da imparcialidade, consagrada como direito humano no sistema supranacional de proteção a que o Brasil é vinculado, internalizada de forma expressa, no ordenamento nacional, com *status* não só de norma supralegal, mas constitucional propriamente dita, e implicitamente prevista, no texto original da Constituição Federal, desde a sua promulgação, em 1988.

Antes, contudo, de se avançar ao estudo de como, efetivamente, o Juiz de Garantias contribuirá para o aperfeiçoamento da garantia à imparcialidade do Juízo, é necessário discorrer sobre a distinção entre imparcialidade *subjetiva* e imparcialidade *objetiva*, e sua relação com o Juiz de Garantias.

⁴⁵MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 23.

⁴⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298/DF. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>.

1.2 Imparcialidade subjetiva e objetiva, e o Juiz de Garantias

Alguns conceitos jurídicos e processuais (penais ou não) têm significado bastante específico à matéria do direito, sendo raro que se veja a sua utilização fora do contexto jurídico. *Perempção*, por exemplo, ou *contradita*, ou *litispendência*, são palavras assaz particulares ao direito, especialmente ao processo, as quais dificilmente se vê sendo utilizadas em outras situações, que não as jurídicas. Outros termos são mais compartilhados com as demais áreas do saber, embora ostentem um significado jurídico próprio, ou que, se não difere, ao menos excede a semântica usual que carregam, quando utilizados em outros campos, ou por agentes não-jurídicos. Como *contraditório*, *cautela*, mesmo *denúncia* ou, talvez a mais famosa, *queixa* – quem nunca ouviu que alguém foi “prestar *queixa* na delegacia”?

Imparcialidade, no entanto, não é uma dessas palavras, podendo-se considerá-la como detentora de um conceito muito mais ubíquo. Realmente, a quem quer que se pergunte uma definição de imparcialidade, seja ou não da área do direito, é razoável esperar que as respostas apresentem vários elementos em comum, não destoando muito da conceituação que Piero Calamandrei dá ao juiz *imparcial*:

O juiz é um terceiro estranho à controvérsia, que não comparte os interesses e as paixões das partes litigantes entre si, e que, desde fora, considera com serenidade e com desapego o seu litígio: um terceiro *inter partes*, ou melhor, *supra partes*. Aquilo que o leva a julgar não é um interesse pessoal seu, egoístico, que esteja em contraste ou em conveniente aliança com um ou com outro dos egoísmos em conflito. O interesse que o move é um interesse superior, de ordem coletiva; o interesse a que o conflito seja resolvido civilmente e pacificamente (...) ⁴⁷

Ser estranho à controvérsia. Não compartilhar os interesses das partes. Desapego ao litígio. Ausência de interesse pessoal ou egoísta na questão. Ausência de contraste ou aliança com um dos lados. Desejo maior de resolução civilizada e pacífica. Esses são atributos comumente esperados do juiz de direito que decide com *imparcialidade*. Mas são, também, os atributos que se espera do juiz de futebol que apita, ou do professor que dá nota aos alunos, ou do pai que resolve a briga entre os filhos, todas situações da vida comum, normalmente não-jurídicas, mas em que se espera, igualmente, que o sujeito aja com *imparcialidade*.

Donde se extrai uma primeira conclusão importante: ao contrário do que pode ocorrer com outros conceitos jurídicos, a noção de imparcialidade, no que interessa ao processo, é muito próxima àquela que lhe é atribuída em outras áreas do saber e do agir humanos.

⁴⁷CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México*. Tradução: Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 38.

Voltando aos atributos característicos da imparcialidade – estranheza à controvérsia, ausência de interesse pessoal, desapego às partes, etc. – também se verifica que eles guardam estreita relação com o íntimo, com a consciência do juiz. Com a sua *subjetividade*. Isso se traduz, inclusive, nas hipóteses legais de suspeição e impedimento do magistrado, previstas pelo Código de Processo Penal⁴⁸, as quais dizem, todas, respeito a situações subjetivas do julgador.

Assim, no que toca ao impedimento:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Quanto à suspeição:

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Não suscita muita discussão que o juiz não deva julgar, quando sua esposa for a advogada de defesa; ou quando ele mesmo foi o promotor da causa, antes de assumir a magistratura; ou se o seu filho responder a processo por acusação análoga; ou se o réu lhe deve dinheiro – ou, enfim, se, por qualquer das outras situações contidas nas 10 hipóteses legais acima transcritas, houver possibilidade de que o deslinde do processo seja remotamente do seu interesse pessoal.

E não se discute que possa haver *perda de imparcialidade* nessas hipóteses, justamente porque, dada a assimilação extrajurídica dos atributos da imparcialidade, essas situações encontram, facilmente, eco no senso comum da sociedade. Realmente, o reconhecimento de que, dada a oportunidade, poderia haver um impulso para que o magistrado favorecesse, através de sua decisão, a sua *família imediata*, os seus *interesses econômicos*, ou as suas *convicções*

⁴⁸BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941.

interiores, é um dado pré-jurídico, é um receio que não se precisa ter estudado direito para sentir, e que deriva, antes da sua condição de *juiz*, da própria condição de *humano* do julgador. Afinal, não encontra muita resistência a afirmação de que a primeira lei do homem “consiste em proteger a própria conservação, seus primeiros cuidados, os devidos a si mesmo”⁴⁹.

O que importa ressaltar é que as hipóteses tradicionais de impedimento e suspeição – diga-se, as hipóteses incontroversamente aceitas de suspeita de parcialidade – estão todas atreladas à subjetividade do juiz. Só se desconfia da perda de imparcialidade porque o magistrado pode ser tentado a favorecer a si mesmo ou aos seus, seja material, seja moralmente, por situações ou circunstâncias que, no caso concreto, dizem respeito a ele, magistrado, pessoalmente. É o seu parente que estaria envolvido na causa, é o seu crédito ou o seu débito que dependeriam de alguma das partes, é a sua convicção sobre o caso que já teria sido manifestada anteriormente. Em outras palavras, toda parcialidade só pode ser *subjetiva*, portanto é o aspecto subjetivo da imparcialidade, o determinante⁵⁰.

Sob que perspectiva, então, pode-se falar de uma imparcialidade *objetiva*? Ruiz Ritter afirma que, enquanto a imparcialidade subjetiva é examinada no íntimo da convicção do magistrado, “a imparcialidade *objetiva* é analisada por meio da postura do julgador, que não deverá deixar qualquer espaço para dúvida de que conduz o processo sem preterir uma parte a outra”⁵¹. Essa não parece, contudo, definição das mais claras, na medida em que se afigura difícil apontar no que, exatamente, a “postura” do magistrado diferiria, ou se afastaria do “íntimo de sua convicção”. É dizer, como a postura do magistrado se distanciaria da sua subjetividade, não seria por ela determinada, para que tivesse a ver com a faceta *objetiva* da imparcialidade, e não com a *subjetiva*?

No que Ritter foi feliz, ao definir a imparcialidade *objetiva*, no entanto, foi na afirmação de que ela teria a ver com *não deixar margem a dúvidas de que o processo é conduzido com imparcialidade*.

Mas, justamente porque, de um lado, a perda de imparcialidade é um fenômeno eminentemente subjetivo, e, de outro, porque ninguém consegue entrar na cabeça do juiz, pra aferir, no seu íntimo, se ele se mantém imparcial ou não, é preciso que sistemas jurídico-processuais democráticos contemplem previsões abstratas (*objetivas*) para o afastamento do

⁴⁹ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014. p. 20.

⁵⁰MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 32.

⁵¹RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 76, *itálico no original*.

magistrado, sempre que circunstâncias concretas (*subjetivas*) possam colocar em xeque a higidez da sua imparcialidade. Do contrário, a segurança contra decisões parciais dependeria exclusivamente de o próprio juiz reconhecer, de ofício, que a sua imparcialidade pode ter sido comprometida.

A imparcialidade *objetiva* corresponde, assim, à previsão legal das hipóteses de impedimento e suspeição e, mais do que isso, à cominação dos efeitos jurídicos que essas hipóteses ensejam – a possibilidade de afastamento do magistrado e de anulação das decisões por ele tomadas – a fim de que o sistema jurídico-processual, objetivamente, não ofereça espaço para dúvidas quanto à imparcialidade das suas decisões. Como afirmam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

Na verdade, o que se tem aqui, nas hipóteses legais de *impedimento* e de *suspeição*, é a previsão *abstracta* de risco à liberdade de escolha do julgador, de tal modo que a violação à imparcialidade passa a ser pressuposta ou objetivamente afirmada pelo legislador, ao mero exame de subsunção (adequação do fato – julgamento – à hipótese legal de impedimento ou de suspeição). Em imagem medieval: “À mulher de César não basta ser honesta, deve também parecer honesta”. Em resumo: o juiz *pode* não se ver *contaminado* pela situação; mas, aos olhos de outros, a dúvida estará sempre presente.⁵²

E, se a dúvida estiver presente, é *objetivamente* necessário que o magistrado se abstenha de julgar a causa, quer ele se reconheça, em seu íntimo, *subjetivamente* parcial ou não. Assim, a imparcialidade *objetiva* guarda relação menos com a postura do magistrado, e mais com a postura do próprio ordenamento jurídico, com o tratamento que as normas processuais conferem às hipóteses que podem levar a que o juiz se veja subjetivamente contaminado. É dizer, às hipóteses que possam dar margem a suspeitas de parcialidade, para que o jurisdicionado não dependa unicamente da consciência do juiz em se declarar suspeito ou impedido.

Em última instância, a imparcialidade *objetiva*, como bem pontua, aí sim, Ruiz Ritter, visa à “confiança da sociedade na correta administração da justiça”⁵³. Porque os indivíduos que serão julgados precisam poder depositar a máxima confiança possível no seu julgador, “de modo que essas pessoas não só não tenham, mas inclusive não temam, ter um juiz inimigo ou, seja como for, não imparcial”⁵⁴.

⁵²PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 8. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 545, *itálico no original*.

⁵³RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 77.

⁵⁴FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. Ed. rev. ampl. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 535-536.

A imparcialidade *objetiva* corresponde, assim, a uma exigência de que o sistema jurídico-processual ofereça garantias formais de que a margem para a contaminação da imparcialidade do julgador é, se não inexistente, a menor possível. Trata-se de uma necessidade de garantia sistêmica, garantia de que o sistema processual rechaça qualquer possibilidade de que o sujeito seja julgado por um magistrado parcial, proscrevendo aquelas hipóteses que podem ocasionar a perda *subjetiva* da sua imparcialidade, ao prescrever o afastamento do juiz, sempre que alguma delas for observada.

Do que foi dito, algumas constatações ganham relevo, acerca da dicotomia entre imparcialidade *subjetiva* e *objetiva*. A primeira delas é a de que toda parcialidade (ou, o que é o mesmo, toda perda de imparcialidade) é sempre *subjetiva*. Há quem afirme que a imparcialidade *subjetiva* diria respeito à possível relação do juiz com as partes, enquanto a imparcialidade *objetiva* diria respeito à relação do juiz com o objeto do processo⁵⁵ – o que poderia ser o caso claro do magistrado que tomou conhecimento e decidiu sobre o caso, durante o inquérito, e a perda de sua “imparcialidade *objetiva*” pra julgar a ação penal. Mas uma classificação como essa não agrada, pois acaba conduzindo a uma tentativa de separar as causas potenciais de perda da imparcialidade em “hipóteses *subjetivas*” e “hipóteses *objetivas*”.

Quando mais adequada é a constatação de que *todas* as hipóteses de perda da imparcialidade seriam *subjetivas* – mesmo naquelas de *contato anterior com o objeto do processo*, seria a pessoa do juiz, no caso concreto, quem teria, subjetivamente, tomado esse contato, vindo a comprometer a sua imparcialidade – ao mesmo tempo em que *todas* essas hipóteses, que sempre terão relação com a subjetividade do magistrado no caso concreto, precisam receber, abstratamente, um tratamento *objetivo* do ordenamento processual.

Porque é no seu íntimo que o magistrado pode ser levado, muitas vezes inconscientemente, a pender para o lado de uma das partes. Assim sendo, por mais que possa haver casos nos quais a parcialidade se revele de modo incontestável (por exemplo, pela teratologia de uma decisão, ou pelo tratamento manifestamente desigual a alguma das partes), a forte carga de subjetividade envolvida faz com que a aferição da imparcialidade ou parcialidade do julgador possa se apresentar, no limite, impossível.

Por isso, a fim de oferecer garantias suficientes a inspirar a confiança dos cidadãos no seu sistema de justiça, um ordenamento processual que se pretenda democrático precisa *objetivar* situações as quais, se configuradas, levem ao afastamento do juiz, dado o mero risco de que venha a tomar decisões parciais – ainda que não seja possível ingressar na mente do

⁵⁵GARCIA, Alessandra Dias. *O juiz das garantias e a investigação criminal*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 89.

magistrado e confirmar, acima de qualquer dúvida, se o mesmo perdeu ou não a imparcialidade. O juiz pode mesmo acreditar, com sinceridade e sem malícia, que sua imparcialidade não estaria comprometida se precisasse, por exemplo, julgar o próprio filho, e ninguém conseguiria invadir a sua mente para lá constatar empiricamente se isso é ou não verdade. Por isso, nesses casos, o ordenamento processual preconiza o afastamento do julgador, no que não deixa de ser um *juízo de possibilidade* – a possibilidade de que a imparcialidade possa estar comprometida basta para que o magistrado não deva julgar.

Mas esse esforço de objetivação das causas potenciais de parcialidade jamais poderá ser completo. Justamente pelo peso ponderado que a subjetividade carrega, na determinação da parcialidade ou não do magistrado, o ideal do juiz imparcial jamais poderá ser alcançado de forma plena. Luigi Ferrajoli chega a afirmar que a imagem do juiz verdadeiramente imparcial é fundamentalmente ingênuo⁵⁶. Para ele, essa imagem

Não é uma representação descritiva, mas uma fórmula prescritiva que equivale a um conjunto de cânones deontológicos: o compromisso do juiz de não se deixar condicionar por finalidades externas à investigação do verdadeiro, a honestidade intelectual que, como em qualquer atividade de investigação, deve encerrar o interesse prévio na obtenção de uma determinada verdade, a atitude “imparcial” a respeito dos interesses das partes em conflito e das distintas reconstruções e interpretações dos fatos por elas sustentadas, a independência do juízo e a ausência de preconceitos no exame e na valoração crítica das provas, além dos argumentos pertinentes para a qualificação jurídica dos fatos por ele considerados provados.⁵⁷

Prossegue, o autor italiano, afirmando que todas essas atitudes seriam indispensáveis ao juiz, mas não bastariam para excluir completamente a sua subjetividade, a qual pode ainda influenciar na decisão, não tanto por desonestidade do magistrado, mas, mais frequentemente, por deformações involuntárias da sua interpretação, em processos que podem levá-lo a “valorizar algumas provas e a descuidar-se de outras, e o impedem, às vezes, não apenas de compreender, mas inclusive de ver dados disponíveis em contraste com elas”⁵⁸.

Essa ideia de inalcançabilidade do paradigma de juiz perfeitamente imparcial precisa ser assimilada, no meio jurídico, não como uma afirmação demeritória à figura dos juízes, mas sim como o dado da realidade que é. Não se trata de *acusar* a todos os magistrados de *não conseguirem* ser plena e absolutamente imparciais, como se por isso lhes faltasse algum atributo, ou se lhes questionasse a aptidão para a elevada posição que ocupam, de julgadores.

⁵⁶FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. ampl. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 58.

⁵⁷FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. ampl. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 58.

⁵⁸FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. ampl. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 58-59.

Mas sim de reconhecer que a imparcialidade é um dever difícil que se impõe ao julgador, que não envolve apenas predileções expressas, mas também propensões subjetivas⁵⁹ – as quais podem não ser de todo conscientes, portanto, mais difíceis de se trazer à luz.

Trata-se, apenas, de desromantizar a figura dos juízes, aceitando os limites da sua condição humana, bem como que, onde a sua subjetividade impede que se atinja o ideal pleno, o ordenamento processual deve tentar reduzir essa lacuna (pois suprimi-la seria impossível), com o constante aperfeiçoamento do rol de situações objetivas de afastamento do juiz, pela potencial perda da sua imparcialidade.

É dizer, para que o processo ofereça garantia sistêmica a melhor possível, de que os julgamentos são conduzidos da maneira o mais imparcial, é preciso estar aberto ao reconhecimento de novas situações em que a imparcialidade do magistrado poderia estar comprometida, com a correspondente criação de novas causas para o seu impedimento. É isso o que é o Juiz de Garantias – uma causa de impedimento ao juiz que atuou no inquérito, para conduzir a ação penal, dado o potencial comprometimento da sua imparcialidade, pelos atos praticados na fase pré-processual.

Essa abertura, no entanto, é dificultada pelo racionalismo exacerbado que, a partir da modernidade, irradiou-se para o campo jurídico, difundindo o dogma de que o direito seria absoluto em si mesmo, e não guardaria associação com o íntimo dos seus intérpretes e aplicadores⁶⁰. Com efeito, o positivismo jurídico, ainda hoje muito presente na formação e atuação dos operadores do direito, rechaça a aproximação entre a ciência do direito e, por exemplo, a psicologia ou a sociologia⁶¹. O que resultou, no que diz respeito à imparcialidade judicial, na idealização de que os juízes estariam imunes aos influxos da sua própria subjetividade. Idealização esta que é, sem dúvida, responsável por grande parte da resistência cultural que o Juiz de Garantias vem encontrando, em alguns setores do Judiciário.

Porque *idealmente* se espera que o juiz seja imparcial, o racionalismo exacerbado do positivismo, segundo o qual o direito existiria desconectado da condição humana, conspirou para que se criasse a ideia de que *o juiz seria mesmo imparcial* – ou seja, não haveria

⁵⁹LORA, Deise H. K. *Subjetividade e imparcialidade no processo penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. pp. 16-17.

⁶⁰LORA, Deise H. K. *Subjetividade e imparcialidade no processo penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 24.

⁶¹KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1.

necessidade de se criar um Juiz de Garantias, porque a só condição de Juiz de Direito já seria garantia suficiente, ao jurisdicionado, da imparcialidade do julgador⁶².

Essa mentalidade, no entanto, produz o que Deise Lora chama de um grande descompasso, entre a afirmação da imparcialidade como princípio supremo do processo, indispensável à legitimação da própria jurisdição, e a efetividade substancial que essa garantia possa alcançar⁶³. Para a autora, o fenômeno jurídico não pode ser equiparado a processos mecânicos, sendo impossível deles dissociar a multiplicidade psicossocial do sujeito no cotidiano do direito⁶⁴. Uma tal idealização do juiz, e de sua imparcialidade, não passa de uma armadilha, que perpetua as condições não ideais de efetividade do direito fundamental ao juiz imparcial.

As hipóteses tradicionais de suspeita de parcialidade do juiz, encontradas nos artigos do Código de Processo Penal que tratam do impedimento e da suspeição, representam, em sua maioria, preocupações que traduzem aquela ubiquidade do conceito de imparcialidade, da qual já se falou. É amplamente difundido, no senso comum, que, dada a chance, existe o risco de o sujeito, detendo o poder de julgar, favorecer a sua família, prejudicar os seus inimigos, buscar os seus próprios ganhos ou reafirmar as suas convicções. Por isso mesmo, é muito mais fácil, a despeito de uma tradição jurídica que prega a separação hermética entre o direito e as demais facetas do humano, admitir essa medida de subjetividade do magistrado, e reconhecer a necessidade de se combater os seus efeitos.

Com o Juiz de Garantias é diferente, porque a perda potencial de imparcialidade subjetiva, decorrente de o juiz da ação penal ser o mesmo que atuou no inquérito, exige um raciocínio mais refinado de psicologia, exige que se admita uma maior permeabilidade do Processo Penal às ciências do inconsciente. Por consequência, aceitar a necessidade do Juiz de Garantias – aceitar que ter decidido sobre o caso na fase de inquérito, torna um mesmo juiz suscetível de perder a indispensável imparcialidade para o julgamento da ação penal – encontra muito mais resistência do que aceitar aquela dose de subjetividade mais evidente, mais incontestável, presente, por exemplo, no receio de que o juiz venha a favorecer ou prejudicar o réu, caso este seja seu amigo íntimo ou seu inimigo capital.

⁶²GOMES, Abel Fernandes. “JUIZ DAS GARANTIAS”: *inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia*. Revista CEJ, Ano XIV, n. 51, pp. 98-105, 2010.

⁶³LORA, Deise H. K. *Subjetividade e imparcialidade no processo penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 21.

⁶⁴LORA, Deise H. K. *Subjetividade e imparcialidade no processo penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 24.

Mas nem por isso a implementação do Juiz de Garantias é menos importante, no esforço para reduzir esse descompasso observado, entre a importância professada à garantia fundamental da imparcialidade do juízo, e a sua real efetividade.

Um esforço que é, e sempre deverá ser, perene. Por tudo o que foi dito, acerca do papel que a subjetividade desempenha na definição da imparcialidade ou de sua perda, surge a conclusão, também, de que a garantia de imparcialidade jamais poderá ser plena. Nunca se poderá ter a mais perfeita certeza de que o juiz será absolutamente imparcial. Tudo o que se pode é promover o constante aperfeiçoamento dos mecanismos objetivos de prevenção contra a imparcialidade – o que implica aceitar novas hipóteses de comprometimento da imparcialidade, que a evolução da experiência e das ciências humanas venha a revelar.

O ideal nunca será alcançado, mas o trabalho do operador é sempre buscar otimizar, num trabalho constante e incessante, as condições de concretização – que será sempre imperfeita, incompleta, melhorável, ampliável – das garantias que se espera contra julgamentos parciais.

No próximo capítulo, será visto como ocorre esse comprometimento potencial da imparcialidade do juiz que atuou no inquérito e quais são as nuances da psicologia humana que justificam a necessidade do seu afastamento da ação penal.

2 AS RAZÕES PSICOLÓGICAS PARA O JUIZ DE GARANTIAS

A razão de se defender que o juiz do processo não seja o mesmo da investigação preliminar, é que a atuação, na primeira fase, pode comprometer sua imparcialidade para julgar a ação penal. Mecanismos psicológicos do inconsciente tornam-no mais suscetível de restar subjetivamente comprometido com uma das versões que já lhe foram apresentadas sobre o indivíduo que deverá julgar. Normalmente, é preciso não ser hipócrita, a versão da acusação – afinal, ainda que o inquérito corra com o investigado em liberdade e sem a decretação de cautelares, *pelo menos* o recebimento da denúncia (sem o qual não haveria ação penal a ser julgada, nem, portanto, razão para se preocupar com a imparcialidade do julgador) é uma decisão na qual se privilegia, ainda que minimamente, a imagem que a *acusação* faz do futuro réu.

Esse *comprometimento subjetivo em potencial*, no entanto, como visto, não é tão evidente, não está tão escancarado e à vista de todos, quanto o comprometimento do juiz que tivesse de julgar a própria mãe, por exemplo. Por isso mesmo, não é assim tão fácil de ser aceito pela mentalidade jurídica tradicional, excessivamente formalista, positivista e idealizadora da capacidade racional dos magistrados. De fato, aceitar a realidade, de que a imparcialidade do juiz resta ameaçada pelas decisões ou ideias que ele traz consigo da fase de inquérito, exige uma maior permeabilidade do Direito, e de seus operadores, às descobertas científicas da psicologia, muitas delas ocorridas após o lançamento das bases conceituais que até hoje animam o sistema processual penal.

Foi apenas do século XX para o começo do XXI que despontou uma tendência a mostrar que muito do que se considerava fruto do pensamento consciente era, na verdade, produto de um pensamento automático; que ocorrências do ambiente social podem ser captadas, e influenciar nos julgamentos e comportamentos da pessoa, sem que se tenha consciência disso⁶⁵. A principiologia que orienta o Processo Penal brasileiro, no entanto, é do século XIX.

Com efeito, o racionalismo daquela época induziu o homem a uma crença na sua própria hegemonia, na sua capacidade de, através do método científico, tudo descobrir, transformar e dirigir, inclusive as paixões e as emoções humanas⁶⁶. Essa crença, em que pese equivocada, tem razão de ser, afinal, a capacidade de fazer previsões calculadas, de estabelecer relações

⁶⁵RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. *Psicologia social*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 65.

⁶⁶LORA, Deise H. K. *Subjetividade e imparcialidade no processo penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 31.

lineares de causa e efeito sem dúvida conferiu, ao racionalismo, o *status* de oferecer respostas com um aparente domínio sobre todas as coisas⁶⁷. Entretanto, com isso se olvida que

na transferência das estruturas racionais da ciência natural à social, foram excluídas dimensões humanas importantes, cuja ausência dificulta a compreensão de problemas que são, também, fruto da racionalidade extrema.⁶⁸

Em um artigo de 1974⁶⁹, os psicólogos israelenses Amos Tversky e Daniel Kahneman expuseram as formas pelas quais mesmo o pensamento racional está sujeito a vieses inconscientemente produzidos, e que induzem a erros. Um exemplo, segundo os autores, de como associações perfeitamente racionais podem levar a equívocos, é o da correlação entre nitidez e distância. É um dado que quanto mais distante um objeto, menor a nitidez com que se enxerga o mesmo. Assim, é comum que o sujeito estime a distância a que se encontra de um objeto, com base na maior ou menor nitidez com que consegue discernir os seus contornos⁷⁰.

No entanto, constataram os autores, experimentos comprovaram que a distância de um objeto é frequentemente superestimada, por não se enxergá-lo com clareza, em dias de baixa visibilidade; da mesma forma, a distância costuma ser subestimada em dias límpidos, em que seja possível enxergar melhor um objeto mais longínquo. Isso se deve a um fenômeno a que os psicólogos deram o nome de *heurística de disponibilidade*, o qual determina que aquilo que vem à mente mais rapidamente, ou que é mais facilmente resgatado na memória, direciona os julgamentos e avaliações do sujeito⁷¹.

Ao estimar uma distância, assim, o que vem à mente primeiro é a correlação – racional, não há dúvida – de que quanto melhor se enxerga um objeto, menor é a distância até ele, e vice-versa. O cérebro, então, toma o atalho menos trabalhoso, de se socorrer dessa ideia que mais facilmente vem à memória, e não raro deixa de ponderar variáveis mais complexas, como por exemplo a das condições de visibilidade no momento da avaliação, e as possíveis distorções que podem provocar na estimativa da distância do objeto observado.

Isso acontece porque o ser humano é um “avaro cognitivo”, que frequentemente não se dá ao trabalho de processar informações da forma criteriosa como o faz um cientista; ao

⁶⁷LORA, Deise H. K. *Subjetividade e imparcialidade no processo penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 31.

⁶⁸LORA, Deise H. K. *Subjetividade e imparcialidade no processo penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 36.

⁶⁹TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases: Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty*. Science, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

⁷⁰TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases: Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty*. Science, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

⁷¹TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases: Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty*. Science, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

contrário, lança mão dessas heurísticas, desses atalhos para se chegar a uma decisão, sobretudo no meio extremamente complexo e sobrecarregado de informações em que hoje se vive⁷².

Outra das heurísticas identificadas por Tversky e Kahneman foi a *heurística de representatividade*, por meio da qual *similaridade induz juízos de probabilidade*⁷³. Explicando por meio de um experimento, os autores apresentaram, a um grupo, as características de um sujeito hipotético, como sendo tímido, introvertido, prestativo, mas com pouco interesse nas pessoas, organizado e com necessidade de ordem, estrutura, e atenção a detalhes. Após essa descrição, os integrantes do grupo foram solicitados a ranquear, dentre uma lista de possíveis ocupações, qual acreditavam ser mais provavelmente a profissão do sujeito descrito.

Os participantes do estudo afirmaram ser mais provável que o sujeito fosse um bibliotecário do que um agricultor, em função da maior proximidade entre as características descritas e a imagem que se faz dos bibliotecários. Mas desconsideraram, com isso, que existem muito mais trabalhadores rurais do que bibliotecários no mundo, e que, portanto, as similaridades, ou a *representatividade* entre as supostas características e o estereótipo de um bibliotecário, não deveriam induzir o juízo quanto às chances de que o sujeito fosse, de fato, um agricultor⁷⁴.

Trazendo esses conceitos para a discussão acerca do Juiz de Garantias, é possível inferir que o magistrado também esteja sujeito às mesmas heurísticas que influenciam as avaliações e julgamentos das pessoas em geral. E, portanto, aos mesmos vieses provocados por esses atalhos do pensamento. Existe o risco de que a ideia do *sujeito como provável autor do crime* venha mais rapidamente à memória do juiz, na hora de julgar o mérito, a partir da cognição sobre esse sujeito que ele já formulou antes, ao, por exemplo, receber a denúncia. Ou que as características que o magistrado reconheceu, num juízo preliminar, ao decretar a prisão do investigado, influenciem sua futura avaliação quanto à probabilidade de culpa do mesmo.

O que é importante repetir, sempre, é que esses são fenômenos do inconsciente, não são o produto da vontade dos magistrados, e nem refletem o seu caráter ou a sua aptidão para a função jurisdicional. A adoção de heurísticas, na realidade, é um verdadeiro mecanismo evolutivo do ser humano, pois “Se nos propuséssemos a proceder a análises exaustivas e

⁷²RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. *Psicologia social*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 62.

⁷³TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases: Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty*. Science, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

⁷⁴TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases: Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty*. Science, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

aprofundadas diante de todas e quaisquer tarefas rotineiras, viveríamos constantemente assoberbados e sobrecarregados, exibindo neste caso um comportamento não adaptativo”⁷⁵.

Mas o fato é que, se a adoção sistemática de heurísticas permite que as pessoas não se consumam na tomada das pequenas decisões cotidianas, esses atalhos produzem vieses, também, nas tomadas de decisão que deveriam, sim, exigir mais atenção e cuidado, que deveriam, sim, ser mais trabalhosas, como a decisão sobre a culpa ou inocência do acusado. Por isso, é importante que se procure adotar o máximo possível de mecanismos que mitiguem os efeitos deletérios, desses processos do inconsciente, sobre a atividade de julgar o mérito das ações penais. Mecanismos como o Juiz de Garantias.

Negar que os juízes criminais estejam sujeitos aos fenômenos acima descritos é fechar os olhos à própria condição humana do julgador. É idealizar a suposta racionalidade judicial de maneira, isso sim, irracional. Pois tudo quanto se descobriu em psicologia, nas últimas décadas, revela que, deixada à sua própria mercê, “a razão reproduz o que a razão assimilou, estabelecendo um círculo vicioso constante”⁷⁶.

Essa idolatria ao *ser racional* impede que se veja que as pessoas não são necessariamente animais racionais, mas sim animais racionalizantes, motivadas não tanto para *terem de fato razão*, mas para *parecerem que têm razão*⁷⁷.

Para além de reconhecer a existência de heurísticas e vieses, abdicar da ideia de que o juiz é perfeitamente racional – no que interessa, *abdicar da ideia de que o magistrado teria plenas condições de decidir unicamente com base nas provas produzidas em contraditório, e não se deixaria influenciar por suas decisões da fase anterior* – não é algo fácil. Impõe, de fato, a aceitação da fragilidade humana do julgador, e da sua suscetibilidade não só às heurísticas já tratadas, como aos impulsos que acometem a todos, sendo um dos principais, o de *não se desapegar com facilidade de uma decisão ou ação já tomada*. Com efeito, afirma Elliot Aronson, o indivíduo, tendo feito alguma coisa, procurará convencer-se – e aos demais – de que o que fez foi lógico e razoável⁷⁸.

E se aquilo que *confronta decisões ou ações anteriores* – no que interessa, por exemplo, *o confronto com a prova defensiva, que seja contrária aos juízos já emitidos na decretação da*

⁷⁵RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. *Psicologia social*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 62.

⁷⁶LORA, Deise H. K. *Subjetividade e imparcialidade no processo penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 36.

⁷⁷ARONSON, Elliot. *O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano*. Tradução de Noé Gertel. São Paulo: Ibrasa, 1979. p. 103

⁷⁸ARONSON, Elliot. *O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano*. Tradução de Noé Gertel. São Paulo: Ibrasa, 1979. p. 100.

prisão, no bloqueio dos bens, ou no singelo recebimento da denúncia – gera desconforto, também já foi demonstrado que, “a fim de atingir bem-estar psicológico, lançamos mão de processos cognitivos que distorcem a realidade”⁷⁹.

Grande relevo tem, para a discussão sobre o Juiz de Garantias, o conjunto desses processos cognitivos enfeixado na Teoria da Dissonância Cognitiva, elaborada na década de 1950, pelo psicólogo estadunidense Leon Festinger, e que encontrou grande apoio empírico através de numerosos experimentos realizados para testá-la⁸⁰.

Num resumo introdutório, essa teoria preconiza⁸¹ que, quando é preciso formar uma opinião ou tomar uma decisão, é criada certa *dissonância* entre a cognição da decisão tomada e a de outras opiniões ou conhecimentos que apontem para uma tomada de decisão diferente. Existe, então, uma pressão para reduzir esse estado dissonante, o qual causa desconforto psicológico ao sujeito. Essa pressão se manifesta por mecanismos de enviesamento seletivo⁸², seja na exposição a novas informações, seja na forma de percepção das informações disponíveis.

Um exemplo moderno da Teoria da Dissonância Cognitiva em ação pôde ser observado, em 2003, quando os Estados Unidos da América invadiram o Iraque. A maioria dos estadunidenses que apoiou a invasão o fez, a princípio, acreditando que o seu motivo eram as armas de destruição em massa de Saddam Hussein. De fato, era inicialmente minoritário o número de norte-americanos que afirmavam que a guerra era justificada mesmo que o Iraque não tivesse essas armas. A *cognição de que as armas não existiam* provocou, assim, para aqueles cidadãos, *dissonância* em relação à *cognição de que defenderam a guerra, com todos os seus custos e sacrifícios*. A fim de lidar com o desconforto causado por essa dissonância, os estadunidenses alteraram a sua percepção dos motivos iniciais para a guerra, passando, em sua maioria, a afirmar que a mesma se justificava pela libertação do povo iraquiano, independentemente de haver ou não armas de destruição em massa⁸³.

⁷⁹RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. *Psicologia social*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 56.

⁸⁰RODRIGUES, Aroldo. *Consistência cognitiva e comportamento social*. In *Arquivos Brasileiros de Psicologia Aplicada*. Rio de Janeiro. v. 21. n. 2. abr./jun. 1969. pp. 9-86. p. 55.

⁸¹FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 14.

⁸²MONTEIRO, Maria Benedicta; VALA, Jorge (Coord.). *Psicologia social*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017. pp. 227-228.

⁸³MYERS, David G. *Psicologia social*. Tradução de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: AMGH, 2014. p. 126.

Cognição é, para Festinger, um conhecimento ou uma opinião do indivíduo, sobre si mesmo, o seu comportamento ou o mundo que o cerca⁸⁴. Num exemplo, e tentando traduzir a teoria em termos mais próximos à discussão sobre o Juiz de Garantias, quando um magistrado recebe a denúncia, ele forma uma *cognição* sobre a pessoa acusada. No caso, a cognição de que o crime existiu (*prova de materialidade*), e de que o imputado é o seu potencial autor (*indícios suficientes de autoria*). A prova defensiva produzida ao longo da instrução, no sentido, por exemplo, da *inexistência do crime*, representa uma *nova cognição* – um novo conhecimento apresentado ao juiz – *em sentido contrário àquela formada*, pelo magistrado, quando recebeu a denúncia.

A informação de que o crime *não* existiu é *dissonante* da decisão anteriormente tomada pelo juiz. Se o magistrado fosse frio e autômato como um computador, não haveria problema nenhum, a solução oferecida – a decisão tomada – *ao receber a denúncia* seria produto de um *input* errado; corrigindo-se esse termo, a máquina calcularia um novo resultado – uma nova decisão – para a equação do processo. O problema é que a cabeça do magistrado não pode funcionar como um microprocessador. Reconhecer validade, por exemplo, ao depoimento de uma testemunha que afirme a *inexistência do crime*, implica reconhecer que o juízo inicial, de que *o crime teria existido*, estava errado.

E isso é causa inconsciente de desconforto psicológico. Festinger chama a dissonância de “um fator motivante *per se*”, que “leva à atividade orientada para a redução de dissonância, tal como a fome conduz à atividade orientada no sentido de redução da fome”⁸⁵. O ser humano, assim, procura um estado de harmonia entre as suas cognições⁸⁶.

Dito de outra forma, tomar uma decisão prévia sobre alguém é, inevitavelmente, impingir-lhe um rótulo. Seja porque o inconsciente do julgador vai passar a ser influenciado pelas características atribuídas à pessoa na decisão, por meio de heurísticas como as de disponibilidade e de representatividade, seja porque esse mesmo inconsciente vai se esforçar por eliminar informações que se apresentem em dissonância com a cognição – com o rótulo – resultante dessa decisão. O problema é que o rótulo atribuído a uma pessoa ativa um esquema mental que passa a governar o processo de informação a seu respeito, com a tendência de

⁸⁴FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 18.

⁸⁵FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 13.

⁸⁶RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. *Psicologia social*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 117.

procurar elementos coerentes com o esquema formado, rechaçando aqueles que a ele se opõem⁸⁷.

Para o debate acerca do Juiz de Garantias, os mecanismos mentais e efeitos inconscientes descritos pela Teoria da Dissonância Cognitiva são fundamentais, sobretudo, mas não só, no que ela esclarece acerca do surgimento de dissonância, após a tomada de uma decisão.

2.1 Dissonância Cognitiva Pós-Decisão e Juiz de Garantias

Segundo Leon Festinger, assim, dois elementos, ou duas cognições, estão em relação dissonante se, considerados isoladamente, o inverso de um deles decorrer do outro⁸⁸. Por exemplo, a cognição de que *há prova de materialidade e indícios suficientes de autoria contra o réu* está em relação dissonante com a cognição de que *o réu é inocente*. Ainda segundo o autor, para toda ação que a pessoa possa empreender, haverá quase certamente algum elemento cognitivo que lhe seja dissonante, em razão do grande número de elementos cognitivos existentes sobre qualquer matéria⁸⁹.

Uma das principais consequências de se tomar uma decisão, portanto, é o surgimento, a partir dela, de dissonância cognitiva para o agente⁹⁰. Mas se a dissonância é o resultado natural de praticamente toda e qualquer ação, se mesmo as decisões mais frequentes e banais podem originar conflito⁹¹, o que, então, distingue uma relação dissonante em especial, e a torna uma fonte maior de influência sobre as ações e comportamentos subsequentes? Em outras palavras, se o normal é sentir alguma medida de dissonância, qualquer que seja a situação, por que o seu impacto mereceria maior atenção, maior preocupação, em se tratando do juiz que, ainda na fase de inquérito, toma decisões sobre o imputado?

⁸⁷RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. *Psicologia social*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 67.

⁸⁸FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 21.

⁸⁹FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 24.

⁹⁰FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 37.

⁹¹ROSA, Inês Valente; SCHOLTEN, Marc; CARRILHO, Joana Paixão. *Festinger revisitado: Sacrifício e argumentação como fontes de conflito na tomada de decisão*. In *Análise psicológica*. v. 24. n. 2. 2006. pp. 167-177.

Porque a *magnitude* da dissonância é uma função da importância das cognições dissonantes⁹² – o que implica dizer que quanto mais importante for a decisão tomada, mais intensa será a dissonância por ela causada em quem a tomou. Por óbvio que as decisões do magistrado sobre a vida do imputado, ainda na fase de inquérito, estão, ou ao menos deveriam estar, entre as mais relevantes que um juiz é solicitado a tomar. Afinal, o julgador será chamado a decidir sobre a prisão de um indivíduo, sobre o bloqueio dos seus bens, sobre a invasão da sua intimidade, ou, no mínimo, sobre a sua estigmatização enquanto réu de uma ação penal, tudo enquanto nem sequer existe, ainda, prova definitiva da culpa do sujeito.

Especialmente na fase pré-processual, uma decisão do magistrado pode significar a violação da liberdade, da propriedade, da privacidade ou da imagem de uma pessoa inocente. Não se admite que qualquer juiz, num Estado Democrático de Direito, tome decisões como essas de maneira leviana, razão por que é lícito esperar que as decisões judiciais, na fase de investigação, provoquem dissonância de elevada magnitude. E se, como visto, a presença de dissonância dá azo a pressões para a sua redução, a intensidade dessas pressões será uma função óbvia, por sua vez, da magnitude da dissonância em questão⁹³. Segundo Festinger:

Por outras palavras, a dissonância atua da mesma forma que um estado de impulso, necessidade ou tensão. A presença de dissonância leva à ação para reduzi-la, tal como a presença da fome, por exemplo, conduz à ação para reduzir a fome. Semelhante à ação de um impulso, também quanto maior for a dissonância maior será a intensidade da ação para reduzir a dissonância e maior a evitação de situações que aumentariam a dissonância.⁹⁴

O que a Teoria da Dissonância Cognitiva propugna é que as pessoas – e aqui, acrescenta-se, os juízes não são exceção, pelo contrário⁹⁵ – não são receptáculos passivos de informação, mas, sim, distorcerão o mundo objetivo, a fim de reduzir o desconforto causado por situações dissonantes⁹⁶. Não se está, com isso, a lançar um juízo negativo, ou demeritório sobre *aqueles que se deixam influenciar pela dissonância*, como se houvesse *aqueles que se quedam*, em oposição *àqueles que não se quedam* sob os efeitos da dissonância cognitiva.

⁹²FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 23.

⁹³FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 25.

⁹⁴FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 25.

⁹⁵“A dissonância cognitiva, definida como o desconforto ou tensão gerada a partir de duas crenças ou cognições contraditórias, não é um fenômeno atípico na vida dos juízes.” In ANDRADE, Flávio da Silva. *A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal*. In *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre. v. 5. n. 3. 2019. pp. 1651-1677. p. 1659.

⁹⁶ARONSON, Elliot. *O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano*. Tradução de Noé Gertel. São Paulo: Ibrasa, 1979. p. 106.

O mundo não pode ser dividido entre *pessoas racionais* de um lado, e *redutores de dissonância* de outro; todos os seres humanos são capazes de comportamento racional, assim como todos estão sujeitos, também, às pressões para redução de dissonância, sendo comum que um mesmo sujeito exiba as duas formas de comportamento⁹⁷. Aceitar que o juiz seja passível dos efeitos da dissonância cognitiva não o diminui, não o rebaixa enquanto pessoa, enquanto profissional, enquanto magistrado – muito ao contrário, apenas o liberta da posição heroica e inalcançável a que o ideário racionalista e positivista o condenaram, nos primórdios da ciência jurídica-processual, de ser *infalível e exclusivamente racional*.

O ser humano – e o juiz – é, sim, capaz de um comportamento racional. A Teoria da Dissonância Cognitiva apenas sugere que uma boa parte dos seus comportamentos não é racional, a despeito de parecê-lo⁹⁸.

Assim, ao decretar qualquer cautelar, ainda no inquérito, ou ao receber a denúncia, o juiz adota uma cognição – a de que *há prova da materialidade delitiva, e indícios suficientes de autoria*. A partir de então, todo e qualquer elemento que lhe venha a ser apresentado, e que aponte no sentido de *não haver prova de materialidade*, ou de que aquele indivíduo *não seria o autor do crime*, é *dissonante* da sua decisão anterior – fazendo surgir as consequentes pressões para redução de dissonância. Dissonância essa que será de magnitude inegavelmente elevada, dada a importância da matéria decidida – *a liberdade ou os direitos fundamentais de uma pessoa ainda não condenada*.

E se é elevada a magnitude da dissonância, mais fortes serão as pressões inconscientes exercidas, sobre o magistrado, para reduzi-la. De modo que o resultado da tomada de alguma decisão pelo juiz, na fase de inquérito, é o surgimento de pressões para que a alternativa por ele escolhida – no exemplo, a alternativa de que *há prova de materialidade e indícios de autoria* – passe a parecer muito mais atraente, enquanto a alternativa contrária passará a parecer menos atraente, de modo a estabilizar a decisão tomada⁹⁹, frente à dissonância que dela surgiu.

Essas pressões, como explica Festinger, serão orientadas para a *busca ativa de novas informações que reduzam a dissonância*, combinada à *evitação ativa de novas informações que*

⁹⁷ ARONSON, Elliot. *O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano*. Tradução de Noé Gertel. São Paulo: Ibrasa, 1979. p. 109.

⁹⁸ ARONSON, Elliot. *O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano*. Tradução de Noé Gertel. São Paulo: Ibrasa, 1979. p. 108.

⁹⁹ FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 38.

possam aumentá-la, distorcendo-se a percepção destas últimas, caso seja inevitável o contato com as mesmas¹⁰⁰.

É claro que a forma mais rápida de se eliminar a dissonância cognitiva seria simplesmente *mudar de ideia*. No caso do juiz que reconheceu haver *prova de materialidade e indícios de autoria*, a maneira mais fácil de se livrar da dissonância, quando confrontado com cognições em sentido contrário, seria *admitir que errou e revogar psiquicamente a decisão tomada*. O próprio Festinger previa que a pessoa poderia, simplesmente, aceitar, para si mesma e para os outros, que errara¹⁰¹. Mas, pontuava ele, esse processo, de se divorciar psicologicamente da ação anterior, encontra, por vezes, uma resistência muito forte¹⁰².

Não se pode perder de vista que o comportamento de reduzir dissonâncias – um comportamento inconsciente, nunca é demais repetir – é uma ferramenta egodefensiva, pois, pela redução da dissonância, o indivíduo pode manter uma imagem positiva de si mesmo¹⁰³, já que todas as pessoas querem transparecer coerência em suas ações, ninguém almejando a desconfortável¹⁰⁴ posição de parecer contraditório, perante os olhos dos demais.

Esse impulso será tanto mais forte, quanto mais graves forem as consequências da decisão anteriormente tomada. Como afirma Aronson:

(...) suponha que você praticou uma ação que causou um grande mal a uma pessoa inocente. Suponhamos também que o mal é real e nada ambíguo. Sua cognição “eu sou uma pessoa decente, boa e justa”, será dissonante da sua cognição “eu magoei uma pessoa”. Se o mal causado for claro, então você não poderá reduzir a dissonância mudando sua opinião sobre a questão e convencer-se, assim, de que você não causou qualquer mal (...). Nessa situação, um meio efetivo de reduzir a dissonância seria o de maximizar a culpa da vítima de sua ação, convencendo-se a si próprio que a vítima mereceu o que teve, seja porque ela fez alguma coisa que provocou o mal, seja porque ela era pessoa má, traiçoeira e repreensível.¹⁰⁵

Parafraseando o exemplo hipotético acima, suponha que um juiz decretou a prisão de um investigado. É inquestionável o mal que essa decisão causou àquele indivíduo, que foi mandado para a cadeia. Não existe malabarismo mental por meio do qual o magistrado consiga se iludir, no sentido de que a sua decisão não teria provocado mal algum ao imputado. Isso posto, a cognição de que sua decisão causou um mal dessa magnitude está em dissonância com

¹⁰⁰FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 28.

¹⁰¹FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 34.

¹⁰²FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. pp. 34-35.

¹⁰³ARONSON, Elliot. *O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano*. Tradução de Noé Gertel. São Paulo: Ibrasa, 1979. p. 107.

¹⁰⁴ANDRADE, Flávio da Silva. *A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal*. In *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre. v. 5. n. 3. 2019. pp. 1651-1677. p. 1653.

¹⁰⁵ARONSON, Elliot. *O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano*. Tradução de Noé Gertel. São Paulo: Ibrasa, 1979. p. 131.

a cognição que todo e qualquer juiz certamente tem de si mesmo, enquanto pessoa boa, justa, e que apenas aplica a lei por meio de suas decisões, sem lesar a ninguém.

É pertinente a ponderação de Flávio da Silva Andrade:

Há flagrante dissonância quando o julgador, em sede de cognição sumária, ao analisar uma medida de urgência, faz um juízo positivo da probabilidade do direito alegado, mas depois, no juízo de cognição exauriente, constata que não existe o direito afirmado. Mesmo que o primeiro juízo tenha sido de mera probabilidade (e não de certeza), o magistrado, dependendo da hipótese, sentirá certo desconforto por ter reconhecido a plausibilidade de um direito inexistente.¹⁰⁶

Será que esse julgador não sentiria mesmo nenhum desconforto, em reconhecer a atipicidade do fato imputado, por exemplo, depois de ter decretado a prisão preventiva do investigado¹⁰⁷? É tão absurdo assim supor que surgiria, no inconsciente desse juiz, a tendência, por mais sutil que fosse, de convencer a si próprio de que a pessoa cuja liberdade tomou *seria mesmo culpada*, de modo a mitigar a dissonância causada pela imposição do mal tão grave que é a prisão?

Seria, o magistrado, um ser de faculdades assim tão superiores às das pessoas normais, que não estaria nem um pouco suscetível de ceder a essa armadilha do inconsciente, sintetizada na fórmula “porque gente boa como eu não anda por aí causando males a pessoas inocentes, sem dúvida, você deve ter merecido tudo que lhe fiz de desagradável”¹⁰⁸?

Se se puder, então, desmistificar os magistrados, aceitando que eles não são mais do que seres humanos normais, sujeitos aos mesmos fenômenos que afetam a todas as pessoas, então é fato que as observações da Teoria da Dissonância Cognitiva, que se aplicam aos indivíduos em geral, são aplicáveis também a eles. E que, portanto, mesmo sendo Juízes de Direito (como é comum que se os retrate, com a distinção honorífica das iniciais em maiúsculo), sempre que tomarem uma decisão sobre um investigado, sofrerão com o surgimento de dissonância cognitiva, cujo efeito primário é o impulso para mitigá-la, com a tendência inconsciente de valorizar a alternativa escolhida, desvalorizando a alternativa rejeitada¹⁰⁹.

Isso porque as pessoas, após tomada uma decisão, tentam obter a segurança de que a mesma foi sábia, procurando informações que sejam tranquilizadoras¹¹⁰. Um dos principais

¹⁰⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. *A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal*. In *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 5, n. 3, 2019. pp. 1651-1677. p. 1660.

¹⁰⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. *A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal*. In *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 5, n. 3, 2019. pp. 1651-1677. p. 1660-1661.

¹⁰⁸ ARONSON, Elliot. *O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano*. Tradução de Noé Gertel. São Paulo: Ibrasa, 1979. p. 133.

¹⁰⁹ RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. *Psicologia social*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 117.

¹¹⁰ ARONSON, Elliot. *O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano*. Tradução de Noé Gertel. São Paulo: Ibrasa, 1979. p. 110.

mecanismos pelos quais isso se opera é a *busca ativa de elementos de cognição em consonância* com o decidido, como afirma Festinger:

Se existir dissonância entre dois elementos cognitivos ou entre dois conjuntos de elementos cognitivos, essa dissonância pode ser reduzida, como se explicou anteriormente, pela adição de novos elementos cognitivos que produzam novas relações consonantes. Portanto, é lícito esperar que, na presença de dissonância, se observe a busca de informações suscetíveis de reduzirem a dissonância existente.¹¹¹

O móvel dessa *busca ativa pelo consonante* é intuitivo: se o estado de dissonância causa desconforto, surgindo o impulso de reduzi-la, a melhor forma de fazê-lo é buscando o reforço de novos elementos de convicção que confirmem, corroborem ou concordem com a decisão tomada. Associado a esse esforço de busca ativa, é observado, também, um esforço de *evitação ativa dos elementos de cognição dissonantes* da decisão tomada. De modo que, dada uma fonte de informação, se o agente tiver a expectativa de que ela venha a fornecer dados *consonantes* à sua decisão, tenderá a buscá-la ativamente; se, por outro lado, a expectativa for de que aquela fonte produzirá elementos *dissonantes* da decisão que tomou, haverá o mesmo esforço, mas dessa vez para evitar o contato com a informação oriunda daquela fonte¹¹². Frise-se, não se tratará de uma mera atitude de *indiferença* para com os elementos de cognição dissonantes, mas de *evitação ativa* mesmo¹¹³.

Não é difícil enxergar os riscos que os efeitos da dissonância cognitiva representam, para a imparcialidade do juiz que venha a julgar a ação penal, tendo sido o mesmo que atuou durante o inquérito e até o recebimento da denúncia. A atuação jurisdicional, durante o processo, é essencialmente a de *tomar contato com fontes de informação* – as provas trazidas pela acusação, bem como aquelas produzidas pela defesa.

No entanto, o magistrado que atuou na fase pré-processual traz, consigo, a *dissonância criada pelas suas decisões anteriores*. Quer tenha decretado uma prisão, quebrado um sigilo, bloqueado um bem; quer não tenha feito nada disso, e apenas tenha admitido a acusação contra o réu, o juiz chega ao processo já tendo tomado ao menos uma, quando não todas essas decisões *contra o acusado*. Decisões que, como visto, geram dissonância, e o inevitável impulso por tentar mitigá-la. E esse impulso irá se materializar pela *busca ativa de informações consonantes* – no caso, serão consonantes, por óbvio, aqueles elementos trazidos pela acusação;

¹¹¹FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. pp. 118-119.

¹¹²FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. pp. 119-120.

¹¹³FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. pp. 120.

concomitante à *evitação ativa de informações dissonantes* – que claramente serão aquelas trazidas pela defesa.

Mas os efeitos da dissonância cognitiva para a sua atuação no processo, a que está sujeito o juiz que tenha, por exemplo, recebido a denúncia, não se resumem à busca/evitação ativa de informações. Haverá situações em que ele não poderá evitar o contato com informações dissonantes – no que interessa, *não poderá evitar o contato com a prova defensiva*. Nesses casos, a pulsão pela redução de dissonância comprometerá também a forma como essa prova será percebida e avaliada pelo magistrado.

Quando não pode evitar, e se vê confrontado com elementos cognitivos dissonantes, o sujeito é propenso à interpretação ou percepção errônea do material que lhe é apresentado¹¹⁴; com efeito, o melhor meio de reduzir a dissonância forçosamente introduzida é rejeitar ou deformar a evidência dissonante¹¹⁵. Outro recurso para se lidar com a informação dissonante é o esquecimento seletivo dos elementos dissonantes a que a pessoa se vê exposta¹¹⁶. O indivíduo tende a filtrar as informações que recebe, pelas cognições que já possui, e apenas aqueles dados novos que se mostrem coerentes com elas são alvo de atenção¹¹⁷. Quando, mesmo assim, a informação é percebida, opera-se uma tentativa de lhe negar validade, normalmente não aceitando aquele elemento como factual¹¹⁸.

O que isso significa é que o juiz da primeira fase, que traz para o processo as dissonâncias instaladas pelas decisões anteriormente tomadas contra o réu – ainda que apenas tenha decidido pelo recebimento da denúncia – não apenas pode privilegiar a busca pela prova acusatória, que esteja em consonância com as suas decisões anteriores. Pode, efetivamente, não registrar (esquecimento seletivo) a prova defensiva, ou procurar inconscientemente invalidá-la, recusando-lhe a devida credibilidade.

Rogério Schietti Cruz afirma que a *ratio essendi* do Juiz de Garantias é, justamente, preservar o magistrado que julgará a causa dessa vinculação psíquica com o conteúdo da

¹¹⁴FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. pp. 125.

¹¹⁵ARONSON, Elliot. *O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano*. Tradução de Noé Gertel. São Paulo: Ibrasa, 1979. p. 105.

¹¹⁶FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. pp. 143.

¹¹⁷RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. *Psicologia social*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 57.

¹¹⁸FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. pp. 140.

cognição que precisou formar, ao decidir alguma cautelar ou ao receber a denúncia¹¹⁹. E a razão dessa preocupação é, em suma, como afirma Ruiz Ritter, pelo fato de que

*Nota-se, pois, que “decidir” não é apenas fazer uma escolha. Muito mais do que isso, 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.*¹²⁰

Merece ênfase, mais uma vez, a observação que o autor coloca entre parênteses, de que os efeitos pós-tomada de decisão são *involuntários*. Não é que os juízes ajam de propósito, os impulsos pela redução de dissonância imperam no campo do involuntário¹²¹, do inconsciente.

Em razão, assim, dos efeitos da dissonância cognitiva, em especial daquela instalada pós-decisão, o magistrado que tenha decretado cautelares no inquérito, ou até aquele que tenha apenas recebido a denúncia, pode ficar inclinado a agir para confirmar o conteúdo da decisão que proferiu em cognição sumária¹²².

Cabe ressaltar que o mesmíssimo efeito seria de se esperar, dessa vez em prejuízo da acusação, caso a decisão de cognição rasa seja no sentido contrário, pela rejeição da denúncia:

*Ainda, acaso o juiz rejeite a peça inicial acusatória, por entender que inexistente justa causa para a abertura do processo, vindo a segunda instância a dar provimento ao recurso do Ministério Público, recebendo a denúncia, pode depois aquele julgador de 1º grau, de modo enviesado, apresentar resistência para condenar o réu, ainda que a acusação exiba provas bastantes de sua culpa.*¹²³

De forma que a defesa do Juiz de Garantias não é uma pauta que interesse apenas aos acusados, embora a experiência demonstre o quanto é difícil uma denúncia não ser recebida, em juízo de admissibilidade.

Pretender que a imparcialidade do magistrado não esteja sob risco, no modelo de juiz único, é simplesmente negar as constatações científicas da psicologia social, nos últimos 70 anos. Afinal, no momento de sentenciar o mérito da futura ação penal, uma possível *absolvição* seria a ação mais intensamente dissonante daquelas decisões anteriormente tomadas, ainda que a única decisão anterior tenha sido o recebimento da denúncia. O que significa que haveria pressões inconscientes, as mais intensas e variadas, para redução dessa dissonância, ou seja, no sentido contrário ao da absolvição.

¹¹⁹CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar – dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 333.

¹²⁰RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 120, itálico no original.

¹²¹RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 104.

¹²²ANDRADE, Flávio da Silva. *A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal*. In *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre. v. 5. n. 3. 2019. pp. 1651-1677. p. 1661.

¹²³ANDRADE, Flávio da Silva. *A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal*. In *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre. v. 5. n. 3. 2019. pp. 1651-1677. pp. 1662-1663.

É verdade que pode haver juízes menos suscetíveis a esses fenômenos do inconsciente. Mas também é verdade que basta o *receio* de comprometimento da imparcialidade judicial, para que se justifique a adoção de *medidas objetivas de prevenção a esse risco*, como se pretende que seja o Juiz de Garantias.

Dito isso, a dissonância cognitiva não é consequência apenas da tomada de uma decisão, ela também pode surgir a partir da formação de uma primeira impressão – o que acaba sendo inerente, mas não exclusivo do ato decisório porventura tomado na fase pré-processual. A dissonância pós-primeira impressão também merece ser abordada, por justificar outra das medidas atreladas ao Juiz de Garantias implementado pela Lei 13.964/2019 – a exclusão física do inquérito policial, da formação dos autos do processo.

2.2 Dissonância Cognitiva Pós-Primeira Impressão e Exclusão das Peças do Inquérito

A reforma legislativa que pretendeu implementar o Juiz de Garantias no Processo Penal brasileiro trouxe, em seu bojo, uma importante provisão acessória, contida no § 3º do novo artigo 3º-C do Código de Processo Penal: a da exclusão das peças do inquérito, da formação dos autos do futuro processo de instrução:

§ 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.¹²⁴

Ricardo Gloeckner lembra que o inquérito policial não foi nem sequer criado pelo Código de Processo Penal de 1941, mas foi herdado da legislação do Império¹²⁵. O autor é crítico da manutenção das peças de investigação, nos autos do processo em juízo, afirmando que essa permanência degenera a garantia do *contraditório*, já que este se desenrolaria, diante do juiz, unicamente para ratificar o que viesse do inquérito, ao invés de efetivamente construir o convencimento judicial¹²⁶. O inquérito, assim, teria a função *declarada* de instruir a *opinio*

¹²⁴BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, dez 2019.

¹²⁵GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 393.

¹²⁶GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 395.

delicti do Ministério Público¹²⁷, mas a sua manutenção nos autos desempenharia a função *não declarada* de imunizar o futuro contraditório¹²⁸.

Gloeckner critica a manutenção do inquérito, nos autos da ação penal, como um instrumento do ferramental fascista, que visava a autorizar condenações com base em “conjunto de indícios”, em subversão à garantia da presunção de inocência¹²⁹. Para além disso, não se pode, mesmo, falar em efetiva presunção de inocência, se o réu já larga, no processo, precisando desconstituir os elementos trazidos da investigação preliminar.

Mas, de maneira intrinsicamente ligada à presunção de inocência, a exclusão do inquérito dos autos da ação penal também tem tudo a ver com a garantia do juízo imparcial, correlacionando-se, assim, com a figura do Juiz de Garantias. É preciso separar o juiz que atua no inquérito, daquele que conduzirá o processo e julgará o mérito da acusação, também para que a imparcialidade não se veja ameaçada pelo mero conhecimento do produto das investigações pré-processuais.

A separação entre as funções de *atuar durante o inquérito e presidir a ação penal*, pelas razões já expostas, representará um inegável ganho de efetividade, no que concerne à garantia da imparcialidade do juízo. Afinal, não trazendo, para o processo de mérito, as pressões oriundas da dissonância cognitiva causada pelas decisões anteriores (decretação de cautelares e/ou recebimento da denúncia), o magistrado que seja exclusivamente da instrução e julgamento oferece melhores condições objetivas de imparcialidade, do que as daquele que concentra os dois papéis, de juiz do inquérito e juiz do processo.

Contudo, não basta excluir o magistrado das funções decisórias da fase pré-processual, para que esteja assegurado esse ganho de efetividade do direito ao juiz imparcial. O resultado líquido de se separar as duas funções, em termos de *maximização da imparcialidade do juízo*, estaria prejudicado, caso ainda se permitisse, ao magistrado do processo, o amplo e irrestrito acesso aos autos do inquérito policial, mesmo não tendo sido ele a tomar qualquer das decisões eventualmente proferidas naquela fase.

Isso porque não é apenas a *tomada de uma decisão* que pode gerar dissonância cognitiva (com todos os seus corolários); também a *formação de uma primeira impressão* é capaz de influenciar, pelos mesmos processos inconscientes, a busca ou a percepção de informações

¹²⁷GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 394.

¹²⁸GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 397.

¹²⁹GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. pp. 395-396.

posteriores sobre o objeto dessa impressão. Como afirma Ruiz Ritter, as informações subsequentes a respeito de uma pessoa são consideradas sob a influência da primeira cognição formada sobre ela, seja pela necessidade inconsciente de se manter coerência (evitar dissonância) entre essa primeira cognição e as ulteriores, seja porque o nível de atenção dedicada a novas informações diminui, quando já se formou uma primeira impressão sobre algo¹³⁰.

Na realidade, *decidir* alguma coisa sobre o investigado é, indissociavelmente, *formar uma primeira impressão* sobre ele. Mas, se toda decisão implica uma primeira impressão, não é só por meio do ato decisório que se pode formar, na mente do magistrado, uma cognição sobre o imputado. Isso também pode acontecer a partir do contato do juiz com as peças da investigação preliminar, as quais são capazes de produzir uma primeira impressão, mesmo que o juiz não seja solicitado a tomar nenhuma decisão sobre elas.

Mas se poderia questionar por que razão não convém que o magistrado forme uma primeira impressão sobre o caso ou o acusado, a partir das peças produzidas no inquérito. E a resposta é porque o inquérito policial brasileiro – ou outra forma de investigação preliminar – é um procedimento conduzido unilateralmente, pelas autoridades de persecução penal, no qual os direitos fundamentais do acusado, em especial o contraditório e a ampla defesa, não têm a mesma primazia que ostentam (ou deveriam ostentar) durante a instrução processual.

Por exemplo, na fase processual, o imputado tem o direito de ouvir um determinado número de testemunhas (art. 396-A do CPP), o que não pode, de regra, ser obstado pelo juiz. Já no inquérito policial, não há previsão legal que assegure a oitiva de qualquer testemunha apontada pelo investigado, que até pode requerer essa diligência, mas ficará à mercê da discricionariedade da autoridade policial, como se lê no artigo 14 do Código de Processo Penal¹³¹.

Algumas alterações legislativas mais recentes até têm tentado trazer mais concretude para as garantias constitucionais do imputado, na fase de investigação preliminar. Como a Lei 13.245/2016¹³², que inseriu, entre o rol de direitos do advogado, o de acompanhar seu cliente no interrogatório policial, inclusive formulando quesitos e apresentando arrazoados. Mas essa é uma prerrogativa que ainda depende de o investigado ter dinheiro para contratar um advogado.

¹³⁰RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 129.

¹³¹BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941.

¹³²BRASIL. Lei 12.245, de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Brasília, DF, jan 2016.

Não sendo esse o caso, o que é o mais comum, o inquérito continuará se desenvolvendo normalmente, mesmo na ausência de defesa técnica – enquanto na fase judicial, se o réu não tem advogado, nomeia-se para ele a Defensoria Pública, ou, ao menos, um defensor dativo.

Por tudo isso, a imagem do caso penal, construída no inquérito policial (ou outra forma de investigação que faça suas vezes) tende a ser, via de regra, desfavorável à pessoa do investigado. O que redundará, para o juiz que tem contato com as peças do inquérito, numa *primeira impressão desfavorável ao réu* – primeira impressão, esta, que influenciará a forma como as provas produzidas na instrução serão apreciadas por esse julgador, já que a dissonância pós-primeira impressão desencadeia, para o sujeito, os mesmos mecanismos involuntários já vistos, de *evitação ativa de informações dissonantes*, ou de *percepção distorcida dos elementos dissonantes forçosamente introduzidos*¹³³.

Sobre o ponto, vale o alerta Ruiz Ritter:

Afinal, sabendo-se que a primeira informação (primeira impressão) recebida pelo juiz sobre o fato, em tese, criminoso é produto desta investigação policial, que é produzida unilateralmente (e tendenciosamente) ao arrepio das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, existe a possibilidade desse julgador manter-se imparcial no curso do processo? Ou é inviável falar em imparcialidade judicial nesse contexto de fixação de uma primeira impressão negativa sobre uma pessoa, considerando que esta dificilmente será revertida em face da busca involuntária e seletiva por coerência (correlação) entre os conhecimentos que sustentam tal imagem e novos que sobrevierem em relação à mesma (investigação preliminar vs. processo)?¹³⁴

Os efeitos deletérios, para a imparcialidade do julgador da ação penal, do seu contato com os elementos produzidos na investigação preliminar, foram empiricamente constatados num experimento conduzido por Bernd Schünemann¹³⁵. De posse dos postulados da Teoria da Dissonância Cognitiva, Schünemann submeteu um mesmo caso penal à apreciação de inúmeros julgadores. Os participantes do experimento foram divididos, entre outros critérios, segundo o *conhecimento ou não da investigação preliminar*.

O resultado foi que o número de condenações, entre aqueles que conheciam a investigação, foi bem mais elevado do que entre os que não a conheciam. Em verdade, nesse experimento, 17 juízes participaram do grupo que *conhecia os autos da investigação* – e todos

¹³³RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 132.

¹³⁴RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. pp. 132-133.

¹³⁵SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito / Bernd Schünemann*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp. 205-221.

os 17 optaram pela condenação; enquanto o grupo que *não conhecia os autos da investigação* era composto por 18 juízes – dos quais 10 absolveram, e apenas 8 condenaram¹³⁶.

O estudo em questão confirmou a dissonância cognitiva e seus efeitos perniciosos, provocados pelo conhecimento prévio dos autos da investigação, nos juízes que precisam sentenciar a ação penal:

O juiz tendencialmente apegar-se à imagem do fato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes desta imagem inicial são não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas (...)¹³⁷.

Segundo as constatações de Schünemann, o juiz que conhece dos autos da investigação já forma uma imagem do fato investigado, e acaba por procurar, durante a instrução processual, reafirmar essa imagem pré-constituída. E essa “procura por reafirmação” – é dizer, essa *busca ativa por informações consonantes* – foi materialmente aferida, no mesmo experimento, assim como o foi o *esquecimento seletivo dos elementos dissonantes*. Os participantes do experimento também eram submetidos, posteriormente, a um teste com perguntas sobre o material defensivo produzido na instrução simulada. O índice de acerto – é dizer, de retenção, na memória, dos elementos de defesa apresentados – foi maior entre os julgadores *sem conhecimento do inquérito*; ao mesmo tempo em que se verificou que os julgadores *com conhecimento do inquérito* eram os que mais formulavam perguntas às testemunhas¹³⁸.

Pode-se daí concluir que a quantidade de perguntas nada tem a ver com a qualidade do processamento de informações e que a formulação de perguntas serve mais para a autoconfirmação da hipótese inicial do que para uma melhora do processamento de informações¹³⁹.

Em síntese, a experiência de Schünemann demonstrou que o juiz que conhece os autos do inquérito tende a armazenar menos as informações, produzidas no processo, que contrariem o teor da investigação preliminar. Tende, também, a fazer perguntas, em audiência, que confirmem o seu conhecimento extraído do inquérito. Ou seja, o contato prévio, do julgador,

¹³⁶SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito* / Bernd Schünemann. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 211.

¹³⁷SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito* / Bernd Schünemann. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 215.

¹³⁸SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito* / Bernd Schünemann. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp. 211-212.

¹³⁹SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito* / Bernd Schünemann. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 212.

com os autos da investigação preliminar, é um fator determinante para um juízo condenatório de mérito¹⁴⁰.

Analisando-se a questão do Juiz de Garantias à luz dessas conclusões, constata-se que o magistrado não *formaria uma imagem amplamente desfavorável ao acusado* apenas na hipótese de *ter tomado alguma decisão grave contra ele* no inquérito, como, por exemplo, a decretação da prisão preventiva. Também aquele juiz que, *sem tomar qualquer decisão desfavorável* ao investigado, tem, ainda assim, *contato com os autos da investigação preliminar*, tende a formar uma *imagem do fato* – do mesmo fato sobre o qual, no atual modelo brasileiro, deverá depois proferir sentença de mérito – alinhada com o produto do trabalho unilateral das autoridades de investigação, normalmente no sentido de que *o crime existiu*, e de que o investigado, agora réu, *é o seu autor potencial*.

E, à luz do que foi visto acerca da Teoria da Dissonância Cognitiva, a fim de, inconscientemente, preservar tal imagem, esse juiz estaria predisposto a buscar, preponderantemente, informações que a confirmassem, ou, ao menos, a superestimar informações confirmatórias (consonantes), menosprezando aquelas que lhe fossem contrárias (dissonantes).

Portanto, a implementação do Juiz de Garantias precisava, mesmo, vir acompanhada da exclusão das peças do inquérito dos autos da futura ação penal. Porque o juiz que assumir a instrução processual, mesmo sem tomar qualquer decisão prévia sobre o caso, estará sujeito a formar uma primeira impressão sobre o acusado, pela só leitura do caderno policial. E essa primeira cognição desencadeará os mesmos efeitos inconscientes, de busca de informações consonantes e aversão a informações dissonantes, que se pretende evitar, separando as funções judiciais do inquérito e do processo.

¹⁴⁰RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 138.

3 A ABORDAGEM NEM SEMPRE APROPRIADA DOS PARADIGMAS INTERNACIONAIS

Como mencionado no primeiro capítulo, já faz algum tempo que o Juiz de Garantias tem lugar, nos debates que animam a doutrina processual penal brasileira. Nesses debates, tornou-se comum o recurso aos precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), como paradigmas para a defesa da necessidade de implementação da figura, no ordenamento pátrio.

Contudo, as análises que normalmente se faz, da jurisprudência do TEDH, têm pecado por buscarem se socorrer, como reforço argumentativo pró-Juiz de Garantias, no mais das vezes, de julgamentos nos quais aquela corte europeia analisou casos concretos bastante diferentes da realidade brasileira. Com efeito, os primeiros julgados do TEDH, normalmente citados nos trabalhos sobre a matéria¹⁴¹, são os casos *Piersack vs. Bélgica*¹⁴² e *De Cubber vs. Bélgica*¹⁴³ – ambos precedentes em que a corte supranacional analisou situações fáticas, no Estado da Bélgica, muito pouco semelhantes à do juiz brasileiro, durante o inquérito.

A esses dois julgados costumam se seguir alguns outros, que podem variar de trabalho para trabalho, até que, quase fatalmente, se chega ao julgamento *Hauschildt vs. Dinamarca*¹⁴⁴. Neste caso, sim, o ordenamento nacional e as funções do juiz durante a investigação pré-processual, analisados pelo Tribunal Europeu, eram semelhantes ao que é encontrado no Brasil. Contudo, uma afirmação em abstrato, proferida pelos julgadores europeus neste acórdão, tem induzido a uma interpretação equivocada do significado do caso *Hauschildt vs. Dinamarca*,

¹⁴¹Vide, p. ex.: MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020; ANDRADE, Danielle Souza de; CAVALCANTI, Silva. *O juiz das garantias na investigação preliminar criminal*. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n. 9, pp. 15-40, 2017; SOUZA, Arthur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Almedina, 2018; LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. *A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. In Duc In Altum-Cadernos de Direito, v. 8, n. 16, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11252>>. Acesso em: 25/11/2020.

¹⁴²CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Application 8692/79. Requerente: Christian Piersack. Requerido: Estado da Bélgica. Estrasburgo, França, 01 de outubro de 1982. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%228692/79%22%22\],%22sort%22:\[%22kdate%20Descending%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22JUDGMENTS%22,%22DECISIONS%22\],%22itemid%22:\[%22001-57557%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%228692/79%22%22],%22sort%22:[%22kdate%20Descending%22],%22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22,%22DECISIONS%22],%22itemid%22:[%22001-57557%22]}>)>.

¹⁴³CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Application 9186/80. Requerente: Albert De Cubber. Requerido: Estado da Bélgica. Estrasburgo, França, 26 de outubro de 1984. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57465%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57465%22]}>)>.

¹⁴⁴CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Application 10486/83. Requerente: Mogens Hauschildt. Requerido: Estado da Dinamarca. Estrasburgo, França, 24 de maio de 1989. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20HAUSCHILDT%20v.%20DENMARK%22%22\],%22sort%22:\[%22kdate%20Descending%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22JUDGMENTS%22\],%22itemid%22:\[%22001-57500%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20HAUSCHILDT%20v.%20DENMARK%22%22],%22sort%22:[%22kdate%20Descending%22],%22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22],%22itemid%22:[%22001-57500%22]}>)>.

para as discussões acerca da necessidade ou não de se implementar o Juiz de Garantias no Brasil.

A abordagem equivocada dos precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por um lado, facilita que autores contrários à figura do Juiz de Garantias contestem a sua necessidade, afirmando, não sem alguma medida de razão, haver uma falha lógica na argumentação daqueles que defendem o instituto, ao se socorrerem de paradigmas internacionais que não se prestam a uma analogia com a realidade brasileira. A exemplo de Mauro Fonseca Andrade, que chega a afirmar que a jurisprudência do TEDH recomendaria, na verdade, a *desnecessidade* do Juiz de Garantias no Brasil¹⁴⁵.

Por outro, leva mesmo os autores que defendem o instituto, como André Machado Maya, a afirmar ter havido uma *flexibilização* na jurisprudência do Tribunal Europeu, a partir do caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, da “regra segundo a qual o juiz que participou da fase pré-processual está impedido de atuar no julgamento”¹⁴⁶. Ou seja, induz os defensores do Juiz de Garantias a reconhecer um suposto enfraquecimento do seu próprio argumento – o argumento de autoridade dos precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

O que se pretende, neste capítulo, é realizar uma análise que se entende mais adequada, da jurisprudência supranacional europeia normalmente suscitada, na matéria, a qual, considerada nas balizas corretas, leva, sim, à conclusão de que o Juiz de Garantias é necessário no Brasil, não tendo havido qualquer flexibilização dessa conclusão, após o julgamento do caso *Hauschildt vs. Dinamarca*.

3.1 Caso *Piersack vs. Bélgica*¹⁴⁷

Para compreender no que consistiu a controvérsia, acerca do comprometimento da imparcialidade do juízo a que foi submetido o Sr. Piersack, é preciso apresentar brevemente o seu caso, bem como as peculiaridades do tribunal do júri belga. Christian Piersack era um armeiro, a quem foi imposta pena de 18 anos de prisão, com trabalhos forçados, por homicídio.

¹⁴⁵ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015. pp. 33-34.

¹⁴⁶MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 52.

¹⁴⁷CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Aplication 8692/79. Requerente: Christian Piersack. Requerido: Estado da Bélgica. Estrasburgo, França, 01 de outubro de 1982. Disponível em: <[>.](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%228692/79\%22%22],%22sort%22:[%22kdate%20Descending%22],%22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22,%22DECISIONS%22],%22itemid%22:[%22001-57557%22]}>)

Contra ele, foi expedida uma ordem de prisão, cumprida ainda durante a fase de investigação, na França.

Uma vez preso, o Sr. Piersack foi extraditado, e a sua extradição foi notificada ao promotor público *sênior*, Pierre Van de Walle, em 1976. Este, por sua vez, teria encaminhado o caso a uma promotora subalterna, integrante da sua equipe. Em dezembro de 1977, o Sr. Van de Walle assumiu o cargo de juiz da Corte de Apelação de Bruxelas.

De acordo com a legislação belga¹⁴⁸, o tribunal do júri, para casos como o de Christian Piersack, era composto por 12 jurados leigos, e 3 juízes togados, um deles o seu presidente, que deve ser oriundo da Corte de Apelação. As decisões são por maioria, em votação dos 12 jurados. Se, contudo, houver condenação por maioria simples (7 a 5), os juízes togados decidirão e, se a maioria deles não concordar com a maioria dos jurados, o acusado é absolvido.

Após a votação, os três juízes, junto com os jurados, elaboram a fundamentação da sentença. Aqui, também, se os três juízes togados, desta vez à unanimidade, estiverem convencidos de que os jurados cometeram erro manifesto, de fato ou de direito, anula-se o julgamento, com a remessa do acusado a um novo júri.

Ou seja, a função do juiz togado, no júri belga, ao contrário do júri brasileiro, pode ter papel determinante no próprio resultado de mérito do julgamento, na decisão sobre a culpa ou a inocência do acusado.

Dito isso, em junho de 1968, a Câmara de Indiciamento da Corte de Apelação Belga, em decisão presidida pelo Sr. Van de Walle, admitiu a acusação contra o Sr. Piersack – e o juiz de direito designado para presidir o seu tribunal do júri foi, justamente, Pierre Van de Walle. Os jurados leigos condenaram o réu, mas por 7 a 5, o que deflagrou automaticamente a revisão dessa decisão pelos 3 juízes togados. Estes, por sua vez, sob a presidência do magistrado Van de Walle, referendaram a condenação. É dizer, o juiz Van de Walle participou da decisão de mérito que condenou o acusado.

Christian Piersack recorreu, por questões de direito, à Corte de Cassação. Sua alegação era de nulidade, por contrariedade ao dispositivo legal belga que determinava ser nulo o julgamento, quando fosse presidido por um juiz que tivesse agido, no mesmo caso, como promotor público. Segundo a defesa, pelo fato de a notícia da prisão e extradição ter sido endereçada ao Sr. Van de Walle, ele, e não algum dos seus subordinados, era quem encabeçava

¹⁴⁸BÉLGICA. Código Judicial, de 10 de outubro de 1967. Bruxelas, 1967. Disponível em: <[https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=1967101002&&caller=list&N&fromtab=wet&tri=dd+AS+RANK&rech=1&numero=1&sql=\(text+contains+\(%27%27\)\)#t](https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=1967101002&&caller=list&N&fromtab=wet&tri=dd+AS+RANK&rech=1&numero=1&sql=(text+contains+(%27%27))#t)>, acesso em 29/04/2022.

o caso naquele ponto crucial da marcha processual, tendo, assim, atuado como promotor público na investigação.

A condenação foi mantida, e o caso foi levado ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Lá, o argumento do Estado Belga foi o de que Pierre Van de Walle não tinha atuado, de fato, como promotor do caso do Sr. Piersack, tendo-o delegado a outra promotora da sua equipe.

O TEDH, no entanto, entendeu violada a garantia ao julgamento por juiz imparcial, em razão de o juiz Van de Walle ter presidido o juízo de admissibilidade da acusação, e posteriormente o próprio júri, onde poderia ter, como de fato teve, papel na decisão sobre a culpa do acusado. Para a Corte, era desnecessário perquirir a real extensão da efetiva atuação do Sr. Van de Walle, na fase de investigação. A sua condição de promotor *sênior* do caso, àquela altura, era suficiente para lançar dúvida, para arranhar a necessária imagem de imparcialidade dos julgamentos, de admissibilidade e de mérito, que ele posteriormente presidiu. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, então, reconheceu o comprometimento da imparcialidade objetiva do juízo, no julgamento do Sr. Piersack.

Esse é o resumo do caso. Agora, veja-se como o mesmo é abordado, nas discussões brasileiras acerca do Juiz de Garantias.

Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter¹⁴⁹ ressaltam, do julgamento *Piersack vs. Bélgica*, o reconhecimento, pelo TEDH, da faceta objetiva da imparcialidade, que restaria prejudicada, em função de pré-juízos que o magistrado poderia formar, quando toma conhecimento anterior do objeto do processo. Nesse sentido, Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti¹⁵⁰ buscam, nos casos *Piersack vs. Bélgica* e *De Cubber vs. Bélgica* (que será visto adiante), o reforço argumentativo para defenderem que “a prevenção deveria ser tida antes como uma causa de exclusão que de fixação de competência para o processo, de modo que o órgão jurisdicional competente para processar e julgar seja distinto daquele que haja participado da investigação”.

Essas deduções teóricas, a partir do quanto decidido pelo TEDH no caso *Piersack*, não estão erradas. No entanto, a profunda dissemelhança entre o caso concreto apreciado, naquele precedente, e a realidade da atuação do juiz brasileiro, no inquérito policial, abre o flanco a que os opositores do Juiz de Garantias afirmem que, na verdade, o precedente *Piersack vs. Bélgica*

¹⁴⁹LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. *A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. In Duc In Altum-Cadernos de Direito, v. 8, n. 16, 2017. p. 62. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11252>>. Acesso em: 25/11/2020.

¹⁵⁰ANDRADE, Danielle Souza de; CAVALCANTI, Silva. *O juiz das garantias na investigação preliminar criminal*. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n. 9, pp. 15-40, 2017. p. 33.

não indicaria a necessidade de implementação da figura no Brasil, pois o Código de Processo Penal já conteria previsão que impede a atuação do juiz que tenha oficiado, anteriormente, como promotor de justiça, no mesmo caso¹⁵¹:

Todavia, essa é uma lição do TEDH que o direito brasileiro pode considerar totalmente prescindível, já que, desde a década de quarenta do século passado, nosso CPP – sim, aquele apontado como superado, antidemocrático e *antigarantista* – já a prevê como uma das causas de impedimento judicial.

Realmente, a combinação dos incisos I e II, do artigo 252 do CPP¹⁵², determina que não poderá exercer jurisdição no processo, o magistrado que nele houver atuado anteriormente, entre outras funções, como órgão do Ministério Público¹⁵³. O que não invalida as premissas teóricas que a doutrina *pró*-Juiz de Garantias tenta extrair do caso *Piersack vs. Bélgica*, mas, sem dúvida, retira robustez desse precedente, enquanto argumento de autoridade a ser utilizado na discussão.

3.2 Caso *De Cubber vs. Bélgica*¹⁵⁴

Albert De Cubber respondeu a uma reunião de acusações, num mesmo processo. Nas fases de investigação de diversos dos casos reunidos, atuou um mesmo juiz instrutor, o qual, inclusive, chegou a decretar a prisão do Sr. De Cubber.

O juiz instrutor belga¹⁵⁵ conduz a apuração prévia à ação penal, tendo como função levantar os elementos necessários para a formação da *opinio delicti* do ministério público, bem como para o juízo de admissibilidade de eventual acusação. Formalmente, incumbe-lhe angariar não só elementos incriminadores, como também os exculpantes, a fim de prover o órgão judiciário competente com o necessário para que decida se o acusado deve ou não ser submetido a julgamento. Esse juiz investigador tem status de oficial de polícia, com as atribuições normais

¹⁵¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015. p. 21.

¹⁵² BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941.

¹⁵³ 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;

¹⁵⁴ CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Application 9186/80. Requerente: Albert De Cubber. Requerido: Estado da Bélgica. Estrasburgo, França, 26 de outubro de 1984. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57465%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57465%22]})>.

¹⁵⁵ As informações sobre o papel do juiz investigador, na Bélgica, são extraídas da própria decisão do caso *De Cubber vs. Bélgica*.

a esse tipo de função (interrogar o acusado, ouvir testemunhas, fazer acareação, visitar a cena do crime, etc.), acrescidas do poder de conduzir coercitivamente, ou mesmo ordenar a prisão do imputado.

Terminado o seu trabalho, o juiz instrutor envia o caso ao ministério público, que então apresenta as suas conclusões (*opinio delicti*) à autoridade judicial – diversa do juiz instrutor – com competência para admitir ou não a acusação, bem como encaminhá-la ao juízo competente para o julgamento de mérito, dentro da divisão de funções da justiça criminal belga.

No caso do Sr. De Cubber, o mérito das acusações lançadas contra ele haveria de ser decidido por um órgão colegiado, composto de três magistrados togados. Por ocasião do seu julgamento, um dos três juízes em questão era, justamente, aquele que desempenhara a função de juiz instrutor, inclusive mandando prendê-lo, durante a investigação preliminar à ação penal.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu que, nesse caso, houve violação à garantia do julgamento por juízo imparcial. A Corte frisou que, mais uma vez, estava em jogo a imparcialidade objetiva, as garantias sistêmicas oferecidas, pelo Estado Belga, de que as suas instituições judiciais operam com imparcialidade. A confiança que os tribunais, numa sociedade democrática, devem inspirar não só no público, mas principalmente no sujeito acusado.

O TEDH pontuou que o acusado tem motivos para duvidar da imparcialidade do julgamento, se encontra, entre os magistrados que decidirão o mérito, aquele juiz instrutor que já havia decretado a sua prisão, na fase de investigação. Mais que isso, as atribuições e poderes inquisitórios conferidos ao juiz instrutor, na Bélgica, determinavam, na visão da Corte, que, ao compor o julgamento de mérito, ele já teria adquirido conhecimentos detalhados do caso, ao contrário dos demais magistrados que participaram da decisão. De modo que era perfeitamente concebível que ele já trouxesse consigo uma opinião pré-formada, acerca da inocência ou culpa do acusado.

Sobre o caso *De Cubber vs. Bélgica*, Arthur César de Souza afirma que o TEDH considerou que o exercício sucessivo das funções de juiz instrutor e juiz de mérito, por uma mesma pessoa, lançava dúvidas legítimas sobre a imparcialidade do tribunal a que submetido o acusado¹⁵⁶. O autor tem razão, foi o exercício sucessivo das duas funções, pelo mesmo magistrado, o que levou a Corte a enxergar violação à garantia da imparcialidade.

No entanto, a leitura apressada da decisão do caso *De Cubber* poderia levar a um falso paralelismo, o de que “tal como no caso *De Cubber vs. Bélgica*”, o exercício sucessivo das funções de juiz do inquérito e juiz da ação penal, no Brasil, ameaçaria a imparcialidade do juízo,

¹⁵⁶SOUZA, Arthur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 103.

e justificaria a implementação do Juiz de Garantias. O exercício sucessivo das funções de juiz do inquérito e juiz do processo, no Brasil, representa, sim, uma ameaça à garantia da imparcialidade, mas não pelas mesmas razões sustentadas, pelo TEDH, no caso *De Cubber vs. Bélgica*.

Afinal, como afirma André Machado Maya, naquele caso, o que justificou a dúvida do acusado quanto à perda de imparcialidade do julgador, aos olhos do TEDH, foi o exercício sucessivo das funções “aliado à intensa atuação durante a fase pré-processual”¹⁵⁷. E esse é, justamente, o calcanhar de Aquiles que fundamenta a crítica de Mauro Fonseca Andrade, à utilização do precedente *De Cubber vs. Bélgica* como argumento em prol do Juiz de Garantias no Brasil: o caso *De Cubber* tratava de um modelo de juiz que conduz a investigação criminal ativamente¹⁵⁸, um juiz que efetivamente investiga, o que não é o caso das funções exercidas, no inquérito, pelo juiz brasileiro¹⁵⁹.

Existe, indubitavelmente, uma diferença qualitativa, entre o papel do magistrado brasileiro, na fase pré-processual, e aquele do juiz instrutor, nos países que adotam o modelo de investigação preliminar conduzida diretamente por um juiz. No Brasil, o juiz não tem (*rectius*, não deveria ter) iniciativa investigatória. A condução das apurações está a cargo da Polícia e/ou do Ministério Público, e o magistrado tem um papel de guardião dos direitos fundamentais do investigado, interferindo apenas para decidir as situações em que se mostre necessária alguma afetação desses direitos (pedidos de prisão, de busca e apreensão, ou de quebra dos sigilos assegurados constitucionalmente, por exemplo).

Nos sistemas processuais que adotam a figura do juiz instrutor, este é o responsável pelo “impulso e direção oficial da investigação”¹⁶⁰. Ele:

É o principal responsável pelo desenvolvimento da instrução preliminar. Como protagonista, o juiz instrutor detém todos os poderes para realizar as investigações e diligências que entenda necessárias para aportar elementos de convicção que permitam ao Ministério Público acusar, e a ele decidir, na fase intermediária, a admissão ou não da acusação.¹⁶¹

A prova, durante a investigação, não é produzida meramente na sua presença, mas sim pelo próprio juiz instrutor, que pode, inclusive, atuar de ofício e independentemente de

¹⁵⁷MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 51.

¹⁵⁸ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015. pp. 21.

¹⁵⁹ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015. pp. 23.

¹⁶⁰LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 132.

¹⁶¹LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 132.

provocação do órgão de acusação¹⁶². A iniciativa e gestão da produção probatória, durante a fase sob a sua presidência, está nas mãos do juiz instrutor, o que confere a esse modelo de investigação um caráter de todo inquisitorial¹⁶³. A perda potencial de imparcialidade do juiz instrutor é muito mais palpável, pois ele desempenha mesmo o papel de investigador, o que distancia ainda mais a sua função, daquela do magistrado que deverá atuar no processo e julgar a causa¹⁶⁴.

Por tudo isso, defende-se, inclusive, que o processo penal moderno não poderia aceitar a figura do juiz instrutor, uma vez que uma mesma pessoa não deveria concentrar a iniciativa por um ato de instrução, e a valoração da legitimidade desse mesmo ato, havendo uma incompatibilidade lógica entre as funções de investigar e de garantir os direitos do investigado¹⁶⁵.

Mas, é verdade, esse não é o papel atualmente desempenhado, pelo juiz brasileiro, na fase pré-processual. No entanto, se é forçoso reconhecer que o caso *De Cubber vs. Bélgica* não oferece o melhor paradigma para a defesa do Juiz de Garantias no Brasil, já que a situação concreta objeto daquele julgamento é muito diferente da realidade brasileira, isso não significa que o Juiz de Garantias não seja, em absoluto, necessário no sistema processual pátrio. O paralelismo com o caso *De Cubber* também é falso no sentido inverso, consistindo numa falácia a afirmação de que *o precedente De Cubber vs. Bélgica contraindica a adoção do Juiz de Garantias no Brasil, já que aqui o magistrado não preside ativamente a investigação, como era o caso na Bélgica*.

Isso porque, como visto, a imparcialidade não se faz ameaçada apenas pelo exercício ativo do papel de investigador. É o que bem pontuam Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner¹⁶⁶:

Em primeiro lugar, inúmeras violações ao princípio da imparcialidade podem resultar não da instrução exercida pelo mesmo juiz, mas pelo advento de preconceções irrompidas a partir do conhecimento da causa pelo juiz que futuramente decidirá a partir de momentos anteriores ao ato decisório.

¹⁶²LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 133.

¹⁶³LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 134.

¹⁶⁴LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 137.

¹⁶⁵LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 148.

¹⁶⁶LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 145.

Na linha do quanto afirmado pelos autores, não se pode esquecer que o simples conhecimento prévio dos fatos investigados – esse, sim, presente nas atividades hoje confiadas ao juiz brasileiro, durante o inquérito – pode levar à formação de uma primeira impressão sobre o caso e a pessoa do investigado/acusado. Isso, e a tomada de qualquer das decisões que hoje são da sua atribuição, na fase pré-processual, são o bastante para que se instale, no magistrado brasileiro, o fenômeno da dissonância cognitiva, visto no capítulo anterior, com todos os seus efeitos deletérios para a imparcialidade do futuro julgamento, se este tiver de ser proferido pelo mesmo juiz.

Portanto, o contraste entre o caso *De Cubber vs. Bélgica* e as funções concretas do juiz brasileiro não chega a invalidar a defesa da criação do Juiz de Garantias no Brasil. Mas é fato que a argumentação a favor da sua implementação fica fragilizada, quando pretende tomar como paradigma um precedente internacional cujo caso concreto não guarda semelhança com o papel do juiz brasileiro no inquérito – isso, tal como ocorre com as alusões ao caso *Piersack*, abre o flanco à crítica de que *os defensores do Juiz de Garantias procuram se valer de exemplos estrangeiros que não são comparáveis à realidade brasileira*.

O que demanda, daqueles que se colocam a favor do instituto, o dispêndio de tempo e energia a fim de esclarecer que não, os casos *De Cubber* e *Piersack* não traduzem situações equiparáveis ao papel do juiz brasileiro no inquérito, mas sim, a implementação do Juiz de Garantias continua sendo urgentemente necessária, pois o magistrado brasileiro, se não tem as atribuições de juiz que investiga, ainda assim está sujeito à perda de imparcialidade, ao conhecer e decidir sobre o caso penal que lhe é apresentado na fase pré-processual.

3.3 Caso *Hauschildt vs. Dinamarca*¹⁶⁷

Dos demais precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, comumente citados nos trabalhos sobre o Juiz de Garantias, o que se mostra mais relevante é o caso *Hauschildt vs. Dinamarca*. Isso porque, nesse julgado, o TEDH pôde analisar um caso concreto em que o juiz não teve o papel de conduzir ativamente a investigação preliminar (seja como juiz instrutor, seja tendo feito parte do ministério público). Pelo sistema judicial dinamarquês, o papel do

¹⁶⁷CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Application 10486/83. Requerente: Mogens Hauschildt. Requerido: Estado da Dinamarca. Estrasburgo, França, 24 de maio de 1989. Disponível em: <

magistrado, durante a fase pré-processual, seria o de zelar pelos direitos fundamentais do acusado, decidindo as medidas reivindicadas pelas autoridades investigativas, que impliquem mitigação desses direitos, como, o que ocorreu no caso *Hauschildt*, a decretação e manutenção da prisão preventiva¹⁶⁸.

Um papel, portanto, esse sim, bastante análogo ao do juiz brasileiro, durante o inquérito, daí porque a sua importância destacada, para o debate do assunto Juiz de Garantias no Brasil. No entanto, a interpretação comumente dada ao caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, tanto pelos doutrinadores pró, como pelos contra a implementação da figura no país, incorre em equívocos que precisam ser desconstruídos.

Os contrários à figura do Juiz de Garantias afirmam que o precedente *Hauschildt* conduziria à conclusão de que, na realidade, o Brasil não precisaria da figura, o que não é verdade; enquanto aqueles que lhe são favoráveis normalmente veem o precedente como uma suposta “inflexão” na jurisprudência do TEDH, um marco a partir do qual aquela Corte teria “flexibilizado” a sua posição quanto à necessidade de separação entre o juiz da investigação e o do processo, o que também é impreciso, e decorre do equívoco de se pretender inserir o caso *Hauschildt* numa linha de continuidade com os casos *Piersack* e *De Cubber*.

Antes de enfrentar pormenorizadamente essas questões, uma breve síntese do caso *Hauschildt vs. Dinamarca* se faz necessária.

Mogens Hauschildt atuava no mercado financeiro, tendo se tornado um dos mais proeminentes corretores da Escandinávia. Em 30/01/1980, o órgão dinamarquês equivalente à Receita Federal encaminhou, à polícia, uma denúncia de que o Sr. Hauschildt e sua empresa estariam cometendo delitos tributários. Após obter uma ordem judicial, a polícia prendeu o imputado, e apreendeu seus bens.

O imputado foi apresentado à Corte Municipal de Copenhague, no dia seguinte, e acusado de sonegação fiscal, tendo, essa corte, determinado que ele fosse mantido preso por 3 dias. No dia 02 de fevereiro, após ouvir acusação e defesa, a mesma corte aferiu que as acusações contra o imputado não eram mal fundamentadas, e determinou a sua prisão preventiva.

A segregação do Sr. Hauschildt foi mantida por uma sucessão de decisões, que eram renovadas a cada 4 semanas, a maioria delas (exceto a primeira, tomada por um juiz anterior no posto) tomadas pelo juiz Claus Larsen, até o julgamento de mérito, iniciado em 27/04/1981. Além do mais, o mesmo juiz tomou algumas outras decisões, anteriores ao julgamento de

¹⁶⁸Todas as considerações sobre o sistema processual dinamarquês, inclusive eventual transcrição de dispositivos legais daquele país, foram extraídas do próprio acórdão do TEDH, no caso *Hauschildt vs. Dinamarca*.

mérito, concernentes a cooperação internacional para obtenção de provas, assim como algumas decisões sobre outras questões da investigação (apreensão de bens, interceptação de correspondências do acusado com sua esposa, etc.).

O julgamento de mérito do Sr. Hauschildt se deu perante um juiz profissional, o mesmo juiz Larsen, e 2 juízes leigos. O processo se estendeu até 01/11/1981, e ouviu centenas de testemunhas e experts, culminando com a condenação do acusado, pelo corpo julgador presidido pelo juiz Larsen, a 7 anos de prisão, pena reduzida, em segunda instância, para 5 anos.

O Sr. Hauschildt afirmou, perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que seu julgamento não foi imparcial, porque o juiz de direito que o presidiu havia, ao longo do processo, proferido inúmeras decisões de manutenção da sua prisão preventiva, além de ter decidido, também, outras questões processuais. Do acórdão do TEDH, sobre as alegações do nacional dinamarquês:

O requerente, embora não se insurja, por princípio, contra um sistema tal qual o existente na Dinamarca, onde um juiz é incumbido do papel de supervisionar a investigação (vide parágrafos 32-33 acima), criticou tal sistema na medida em que se espera que o mesmíssimo juiz conduza o julgamento com a mente inteiramente livre de juízos prévios. Ele não sustentou que um juiz, nessas condições, iria se conduzir de maneira pessoalmente enviesada, mas arguiu que o tipo de decisões que ele deveria tomar, na fase pré-processual, requereriam dele, nos termos da lei, avaliar a força das evidências, bem como o caráter do acusado, turvando inevitavelmente a sua apreciação das provas e dos fatos, no julgamento posterior. Pelas alegações do requerente, o réu tinha direito a ser julgado com razoável confiança na imparcialidade da corte que o julgaria. Ele sustenta que qualquer observador razoável consideraria que o juiz de mérito, que tivesse desempenhado uma tal função de supervisão, fatalmente inspiraria apreensão e insegurança na pessoa do réu.^{169 e 170}

Na análise das reclamações do Sr. Hauschildt, o Tribunal pontuou que, mais uma vez, o que estava em questão era a imparcialidade objetiva, ressaltando que, para além de a conduta pessoal do magistrado ser subjetivamente parcial ou imparcial, a aparência objetiva de imparcialidade também determina se a garantia ao juízo imparcial é ou não respeitada, num dado caso. Nesse ponto, faz-se menção ao caso *De Cubber*, o que talvez contribua para a

¹⁶⁹CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Application 10486/83. Requerente: Mogens Hauschildt. Requerido: Estado da Dinamarca. Estrasburgo, França, 24 de maio de 1989. Disponível em: <

¹⁷⁰“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.” (tradução livre)

3. à vista das circunstâncias do caso, houver razões específicas para se acreditar que o suspeito vá obstar as investigações, particularmente removendo evidências ou alertando ou influenciando terceiros.

(2) Um suspeito poderá, ainda, ser preso quando houver uma ‘suspeita particularmente confirmada’ [tradução fornecida pelo Estado, da frase em dinamarquês *saerlig bestyrket mistanke*] de que ele tenha praticado um delito sujeito a ação penal pública e que possa, nos termos da lei, resultar em pena de prisão de seis anos ou mais, quando a preservação do interesse público, de acordo com as informações recebidas acerca da gravidade do caso, demandar que o suspeito não fique em liberdade.^{177 e 178}

E, a partir dessa redação legal, a Corte, no caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, a despeito de afirmar, abstratamente, que a tomada de decisão na fase pré-processual não implicaria, automaticamente, a perda de imparcialidade para o processo, reconheceu, ainda assim, que no caso concreto do ordenamento processual dinamarquês, o nível de cognição exigido para a decretação da prisão – a “suspeita particularmente confirmada” – não se afastaria muito do nível de cognição exigido para a condenação, num futuro juízo de mérito. Reconhecendo, assim, ter havido violação ao direito à imparcialidade do juízo, pelo comprometimento da imparcialidade do julgador que, nesses termos, decretou a prisão preventiva do imputado, ainda na fase de investigação.

Tendo sido esse o julgamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, veja-se, agora, como esse precedente vem sendo abordado, no debate nacional acerca do Juiz de Garantias.

Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter, em trabalho dedicado à defesa do Juiz de Garantias, furtam-se de analisar o caso *Hauschildt*, resumindo-se a afirmar que a “lição básica” que se extrai desse precedente seria a de que o elemento decisivo para a aferição, pelo TEDH, da perda

¹⁷⁷CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Application 10486/83. Requerente: Mogens Hauschildt. Requerido: Estado da Dinamarca. Estrasburgo, França, 24 de maio de 1989. Disponível em: <

¹⁷⁸“Section 762

(1) A suspect may be detained on remand when there is a justified reason to believe that he has committed an offence which is subject to public prosecution, provided the offence may under the law result in imprisonment for one year and six months or more and if

1. according to information received concerning the suspect’s situation there is specific reason to believe that he will evade prosecution or execution of judgment, or

2. according to information received concerning the suspect’s situation there is specific reason to fear that, if at large, he will commit a new offence of the nature described above, or

3. in view of the circumstances of the case there is specific reason to believe that the suspect will impede the investigation, in particular by removing evidence or by warning or influencing others.

(2) A suspect may furthermore be detained on remand when there is a ‘particularly confirmed suspicion’ [translation supplied by the Government of the Danish phrase *saerlig bestyrket mistanke*] that he has committed an offence which is subject to public prosecution and which may under the law result in imprisonment for six years or more and when respect for the public interest according to the information received about the gravity of the case is judged to require that the suspect should not be at liberty.

ou não de imparcialidade, seria a verificação das hipóteses concretas suscitadas pelo sujeito, como objetivamente constatadas nos autos¹⁷⁹.

Nota-se que esses autores não enfrentam o que de principal o caso *Hauschildt vs. Dinamarca* oferece, para os debates sobre o Juiz de Garantias – a dicotomia entre a afirmação abstrata de que a perda de imparcialidade não seria automática para o magistrado que toma decisões no inquérito, e a decisão final que reconheceu essa perda de imparcialidade, no caso concreto do ordenamento dinamarquês. Para além disso, a forma como eles abordam a relevância afirmada, pelo TEDH, para a “análise do caso concreto”, parece pender para uma interpretação equivocada, de que a Corte teria tomado por “caso concreto” a situação fática específica do Sr. Hauschildt, e não o ordenamento processual penal concreto do Estado Dinamarquês.

Pode não parecer, mas essa distinção é importante. O precedente *Hauschildt vs. Dinamarca* não pretendeu afirmar que caberia a cada investigado, em cada caso concreto, demonstrar que a decisão tomada na investigação por aquele juiz específico, no seu específico caso, implicaria perda de imparcialidade para o julgamento de mérito. O que a Corte analisou, em concreto, foi o ordenamento processual dinamarquês então vigente. A concretude da análise, exigida pelo TEDH, estancou no nível do ordenamento processual do Estado – o qual por sua vez, à toda evidência, dispunha de maneira geral e abstrata para todos os seus cidadãos, inclusive o Sr. Hauschildt.

Não reconhecer essa diferença pode induzir à conclusão equivocada de que a perda de imparcialidade dependeria do caso concreto de cada indivíduo submetido ao juízo, e não das previsões legais gerais e abstratas de cada ordenamento processual. Em outro trabalho, Ruiz Ritter aprofunda um pouco mais a sua análise do caso *Hauschildt*, mas acaba por incidir, justamente, nesse equívoco, de aproximar a “concretude” que o TEDH passou a exigir, de uma suposta análise casuística, em que a perda de imparcialidade só se reconheceria, se manifestada na atuação concreta do juiz, o que leva o autor a afirmar que o julgamento *Hauschildt vs. Dinamarca* representaria uma relativização da posição do TEDH, sobre a matéria¹⁸⁰.

Sob essa ótica, não ocorreu a afirmada “relativização”, porque a decisão do TEDH não se baseou nas circunstâncias do caso concreto do Sr. Hauschildt, mas sim nas previsões legais

¹⁷⁹LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. *A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. In Duc In Altum-Cadernos de Direito, v. 8, n. 16, 2017. p. 63. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11252>>. Acesso em: 25/11/2020.

¹⁸⁰RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 83.

– naturalmente gerais e abstratas – do ordenamento processual dinamarquês. As conclusões da decisão, no caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, não eram aplicáveis exclusivamente ao indivíduo Mogens Hauschildt, em função de circunstâncias personalíssimas suas, mas sim a todo e qualquer cidadão dinamarquês que estivesse submetido ao mesmo ordenamento, este sim concretamente analisado pela Corte.

Não obstante, é amplamente difundida a noção de que o julgamento do caso *Hauschildt* representaria uma flexibilização da postura adotada pelo TEDH, nos casos *Piersack* e *De Cubber*, afirmando-se, nessa linha, que a jurisprudência do Tribunal Europeu sobre a matéria apresentaria dois momentos, um primeiro, em que “o simples fato, objetivamente analisado, de o juiz ter atuado na fase de investigação despojava-lhe a imparcialidade objetiva”, e uma segunda fase na qual “a verificação da perda de imparcialidade objetiva passou a depender mais da análise concreta da natureza do ato praticado”¹⁸¹.

Essa conclusão, com todo o respeito, equivocada, de que o precedente *Hauschildt vs. Dinamarca* representaria uma mudança no posicionamento anterior, adotado pela Corte nos casos *Piersack* e *De Cubber* é bem representada na obra de André Machado Maya¹⁸²:

Pela primeira vez, aqui, o Tribunal Europeu flexibilizou a regra segundo a qual o juiz que participou da fase pré-processual está impedido de atuar no julgamento – firmada no julgamento do caso *De Cubber* – e estabeleceu, como um primeiro critério de análise do problema, a distinção quanto ao grau de convicção exigido do juiz para fins de decisões cautelares e para o julgamento de mérito.

Aqui, o que se tem é o resultado da relação indevida estabelecida, pela maioria da doutrina pátria, entre os precedentes do TEDH, que pretende inserir o caso *Hauschildt* numa linha de continuidade com os casos *Piersack* e *De Cubber*. Quando, na verdade, a decisão do caso *Hauschildt* se deu sobre uma matéria sensivelmente diferente daquela decidida em *Piersack* ou *De Cubber*, justamente pelo fato de que, naqueles julgamentos anteriores, analisava-se casos em que o juiz desempenhara o papel de instrutor da investigação preliminar, enquanto no caso *Hauschildt*, não era essa a situação do magistrado.

É errado afirmar que, nos casos *Piersack* e *De Cubber*, o TEDH teria afirmado que o *simples fato de ter atuado na investigação despojava o juiz de imparcialidade*, não foi isso o que a Corte afirmou. A posição adotada naqueles precedentes foi a de que haveria comprometimento da imparcialidade, não *pelo mero fato de atuar na investigação*, mas

¹⁸¹GARCIA, Alessandra Dias. *O juiz das garantias e a investigação criminal*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 92.

¹⁸²MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 52.

justamente porque, nos casos *Piersack* e *De Cubber*, essa atuação se deu *no papel daquele que deveria conduzir ativamente a apuração pré-processual*.

No debate brasileiro sobre o Juiz de Garantias, só tem lugar a assertiva de que o caso *Hauschildt* teria representado uma flexibilização da Corte, quanto à sua posição nos casos *Piersack* e *De Cubber*, porque os doutrinadores pátrios erraram, desde o começo, ao adotar esses dois precedentes como paradigmáticos. Como visto, os dois julgamentos anteriores versavam sobre um modelo de juiz que não é o brasileiro, e não poderiam, por isso, servir de base para a defesa da necessidade de separação das funções de juiz do inquérito e do processo, no Brasil. A sua relevância, no debate, deveria ser corretamente circunscrita ao marco que lançaram para o reconhecimento da vertente objetiva da imparcialidade.

No entanto, há que se atentar que essas decisões do Tribunal Europeu invocadas para justificar a pertinência da figura do juiz das garantias versam sobre o acúmulo das funções de investigar e julgar – o que não é o caso do juiz das garantias, que não possui iniciativa probatória –, mas representam um marco para a delimitação do conceito de imparcialidade objetiva.¹⁸³

Na verdade, os casos *Piersack* e *De Cubber* não são assim tão fundamentais, na defesa da implementação do Juiz de Garantias no Processo Penal brasileiro, seja porque versam sobre uma realidade absolutamente diferente, seja porque a necessidade imprescindível do Juiz de Garantias, no Brasil, pode ser perfeitamente deduzida do próprio caso *Hauschildt vs. Dinamarca* – quando o mesmo é analisado pela ótica correta, como se verá.

O fato é que a afirmação de que a simples atuação na fase pré-processual comprometeria a imparcialidade nunca fez parte dos julgados *Piersack* e *De Cubber*, razão pela qual a assertiva contrária, de que a mera presença do juiz na investigação, por si só, não prejudica a imparcialidade, contida no caso *Hauschildt*, não significou flexibilização de coisa alguma. Insistir em colocar os casos *Piersack*, *De Cubber* e *Hauschildt* numa mesma linha, como se representassem a suposta evolução de decisões sobre a mesma matéria, só enfraquece a defesa do Juiz de Garantias, pois induz os seus defensores a reconhecerem “certa instabilidade, inclusive com alguns julgamentos contraditórios”¹⁸⁴ na jurisprudência do TEDH.

Enfraquece-se a posição em prol do instituto, pois esses autores acabam afirmando que o Tribunal Europeu, em seus precedentes, meramente “admite que a atuação do juiz na fase

¹⁸³SILVA, Larissa Marila Serrano da. *A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. p. 79.

¹⁸⁴MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 62.

pré-processual lhe retire imparcialidade”¹⁸⁵, tudo a depender das supostas circunstâncias do caso concreto.

Quando, na verdade, o discurso deveria ser o de que a jurisprudência do TEDH peremptoriamente, a partir do caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, reforça a conclusão de que o Juiz de Garantias é urgentemente necessário no Brasil, pois, a par do que aquela corte internacional afirmou em abstrato, o resultado concreto do seu julgamento, no caso *Hauschildt*, afirmou haver comprometimento da imparcialidade do juiz, em situação análoga à experimentada pelos magistrados brasileiros. E ponto final.

Essa afirmação fica mais clara, se demonstrada através da desconstrução do argumento contrário.

Para além de provocar a semicapitulação daqueles que defendem o Juiz de Garantias, na sua tentativa de buscar, no TEDH, um paradigma internacional para defender a implementação do instituto, a má-interpretação do caso *Hauschildt vs. Dinamarca* também leva aqueles que são contrários à figura a afirmar que, com base na lógica jurídica da decisão do Tribunal Europeu, no caso *Hauschildt*, o Juiz de Garantias, então, *não* seria necessário, no Brasil. Mauro Fonseca Andrade, com efeito, afirma que, a partir desse julgamento, a Corte Europeia teria afastado a possibilidade de a decretação de prisão provisória, ou outras decisões congêneres, durante a investigação, justificar, por si só, a quebra de imparcialidade do magistrado¹⁸⁶. O autor também afirma:

(...) o TEDH nitidamente afastou o argumento, insistentemente sustentado no Brasil, de *presunção de quebra da imparcialidade* do juiz que atua na fase de investigação, em razão da suposta *contaminação judicial*. Segundo aquela Corte, a presunção, nesse aspecto, é *pro judicato*, daí advindo a necessidade de prova em sentido contrário, e exame do caso em concreto.¹⁸⁷

Vê-se que esse autor também incorre no erro da fetichização do suposto “exame do caso concreto”, que, nessa leitura distorcida, o TEDH teria passado a exigir, para reconhecer a perda de imparcialidade do magistrado que atuou no inquérito. O Tribunal, repita-se, não exigiu, para o reconhecimento da violação ao direito à imparcialidade, a análise do caso penal em concreto do Sr. Hauschildt, mas sim do ordenamento processual específico a que ele estava submetido, no caso, o dinamarquês. De sorte que, uma vez estabelecido que a norma processual daquele Estado não oferecia garantias objetivas de imparcialidade, a conclusão pela necessidade de impedimento para julgar o mérito da causa, do juiz que, durante a investigação, decretou a

¹⁸⁵MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 63.

¹⁸⁶ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015. p. 27.

¹⁸⁷ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015. p. 28.

prisão preventiva, era, sim, generalizável a todo e qualquer indivíduo submetido à mesma norma.

A perda de imparcialidade foi encontrada, pelo TEDH, na letra da lei dinamarquesa, não no texto da ordem de prisão concretamente proferida contra o Sr. Hauschildt, donde não assistir razão à afirmação de que o Tribunal teria rechaçado *toda e qualquer* presunção de perda da imparcialidade do juiz da investigação, elevando a suposta “análise do caso concreto” ao nível de critério único para a verificação da perda ou não de imparcialidade; essa perda ainda se mantém presumível, na visão da Corte, sempre que a norma processual de regência não oferecer garantias sistêmicas de imparcialidade do magistrado, como a norma dinamarquesa que disciplinava a decretação da prisão preventiva, naquele caso, não oferecia.

Mauro Fonseca Andrade, é verdade, beneficia-se, na sua oposição à implementação do Juiz de Garantias, do equivocado peso que a doutrina a favor do instituo confere aos precedentes do TEDH que não guardam semelhança fática com o papel desempenhado pelo juiz brasileiro, no inquérito:

Ao fim e ao cabo, a propalada lição do TEDH nada mais nos mostra do que, para bem avaliar a imparcialidade de um juiz, a título de início, devemos identificar qual a função que ele desempenha ao longo do modelo de persecução em análise. Especificamente, devemos saber se ele se constitui em um juiz que tenha exercido a função de investigador, ou não. Se positivo, incidirão sobre ele os postulados dos Casos Piersack vs. Bélgica e De Cubber vs. Bélgica, que determinaram a impossibilidade de um juiz investigador exercer posteriormente a função de juiz julgador.¹⁸⁸

Mas, avança o autor, se porventura o juiz não tem essa função de investigação – como o magistrado brasileiro de fato não tem – limitando-se a decidir os incidentes que surjam durante a fase pré-processual, seria necessário perquirir o teor das suas decisões, proferidas nessa fase¹⁸⁹, e então

(...) o que passa a importar é o grau de profundidade exigido nessas decisões, particularmente sobre o exame do fato ou do agente, para determinar a quebra de algum direito fundamental. Em outros termos: o nível de exigência para se deferir uma cautelar não pode ser o mesmo para se condenar alguém. Se assim o é, inegável que a cumulação de funções pelo juiz não leva, *a priori*, a qualquer “presunção de parcialidade” (...).¹⁹⁰

A partir daí o autor afirma, na sequência, que o Juiz de Garantias não seria necessário, no Brasil, porque o nível de profundidade exigido, do magistrado brasileiro, para tomar as decisões que lhe cabem durante a investigação, não seria o mesmo verificado, pelo TEDH, nos

¹⁸⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015. p. 32.

¹⁸⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015. p. 32.

¹⁹⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015. pp. 32-33.

requisitos para a decretação da prisão preventiva, no ordenamento dinamarquês analisado no caso *Huschildt*:

O grau de conhecimento, exigido do juiz, para deferir medidas cautelares, é claramente superficial, contentando-se com elementos de ordem *indiciária* em relação à autoria da infração penal. (...) Portanto, se o grau de profundidade das decisões tomadas na fase de investigação é – em muito, acrescentamos nós – inferior ao exigido para se condenar alguém, por óbvio que a lição do TEDH jamais poderia indicar que o juiz brasileiro, da fase de investigação, seja considerado contaminado após proferi-las.¹⁹¹

Essa é, talvez, a maior falácia propalada por aqueles que se opõem ao Juiz de Garantias – a de que, no ordenamento brasileiro, a decisão sobre cautelares exigiria do magistrado uma cognição *meramente superficial* do fato e do sujeito imputado. E, se essas decisões não exigiriam um convencimento aprofundado da culpa ou inocência do agente, não haveria por que se falar em comprometimento da imparcialidade do magistrado que as toma na fase de inquérito, para julgar a futura ação penal.

No que concerne ao confronto com a jurisprudência do TEDH, como visto, o argumento seria o de que o juiz brasileiro, ao, por exemplo, mandar prender o investigado preventivamente, não incorreria num juízo de mérito tão aprofundado quanto aquele do juiz dinamarquês, razão pela qual se aplicaria, ao caso brasileiro, a afirmação abstrata proferida pelo TEDH, no caso *Hauschildt vs. Dinamarca* – de que *a simples atuação na fase de investigação não presumiria a perda de imparcialidade do magistrado para julgar o mérito* – e não a decisão concreta tomada pela Corte, naquele caso – de que *sempre que o ordenamento exigir, para a decretação de cautelares, um juízo aprofundado de culpa ou inocência, a imparcialidade estará, sim, comprometida*.

Vejamos, então, se essa construção argumentativa se mantém, ao se confrontar os requisitos para a decretação da prisão preventiva, no Brasil, com aqueles analisados no julgamento do caso *Hauschildt*. Retome-se que, naquele caso, o TEDH entendeu prejudicada a imparcialidade do julgador, porque a lei dinamarquesa exigia, para a decretação da prisão, um juízo de “suspeita particularmente confirmada”¹⁹². Leia-se, agora, o que dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro, que disciplina, no país, a decretação da segregação cautelar:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a

¹⁹¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015. pp. 33-34.

¹⁹² CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Application 10486/83. Requerente: Mogens Hauschildt. Requerido: Estado da Dinamarca. Estrasburgo, França, 24 de maio de 1989. Disponível em: <

aplicação da lei penal, **quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria** e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.¹⁹³

É verdade que a lei brasileira, formalmente, exigiria “apenas” os chamados *indícios de autoria*, para a decretação da prisão, não se utilizando, a norma, de qualquer expressão mais contundente, indicativa de culpa do sujeito. No entanto, este é apenas um dos termos da equação que pode resultar no aprisionamento preventivo do investigado. Não se pode esquecer que, além dos indícios de autoria, o artigo 312 também exige a *prova da existência do crime*, como requisito necessário para que se decrete a prisão.

Dessa forma, a análise da profundidade ou superficialidade da cognição, envolvida no decreto prisional, não pode se resumir ao termo “indício suficiente de autoria”, e ao argumento fácil, meramente gramatical ou vernacular, de que a expressão “indício” (e não “prova”) implicaria um juízo “meramente superficial”. Ainda que assim o fosse, já seria questionável se, no mundo real, e não dos dicionários, haveria mesmo diferença prática substancial entre “indício suficiente de autoria” e “suspeita particularmente confirmada”.

Mas não é só. Quando se conjuga, necessariamente, o “indício suficiente de autoria” com a “prova da existência do crime”, torna-se ainda menos razoável defender que o juízo seria “meramente superficial”, na decisão que decreta a prisão do investigado. Afinal, o reconhecimento, ainda na fase pré-processual, quando nem sequer foi oferecida denúncia contra o sujeito, de que estaria provada a existência do crime, é logicamente incompatível com nada menos do que três das hipóteses de absolvição do acusado, ao final do processo. Lê-se, com efeito, do artigo 386 do CPP:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I – estar provada a inexistência do fato;

II – não haver prova da existência do fato;

III – não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.¹⁹⁴

Constata-se, portanto, que o juiz que, na fase de inquérito, venha a decretar a prisão preventiva do investigado, já adota um posicionamento tendente à exclusão de quase metade das hipóteses de absolvição. Dados os efeitos da dissonância cognitiva pós-decisão, já

¹⁹³BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941, destacamos.

¹⁹⁴BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941, destacamos.

demonstrados no capítulo anterior, é inegável que o juiz que decreta a prisão preventiva no inquérito, invariavelmente, está sujeito a ter a sua imparcialidade comprometida para julgar o mérito da futura ação penal que venha a ser movida contra o investigado.

Fenece, assim, o argumento de que a cognição exigida do juiz brasileiro, para decretar a prisão, seria mais rasa – *muito mais rasa*, faz questão de frisar Mauro Fonseca Andrade¹⁹⁵ - do que a analisada pelo TEDH, no caso *Hauschildt vs. Dinamarca*. *Indício suficiente de autoria e prova da existência do crime*, à toda evidência, são expressões que denotam, concretamente, um nível de certeza até mais elevado do que a *suspeita particularmente confirmada*, enfrentada pelo TEDH naquele precedente.

Tendo sido alvo de uma decisão cautelar, ainda na fase investigativa, o indivíduo, no Brasil, passa a estar submetido a um juiz que *já acredita na existência do crime*, bem como *já o vê como seu possível autor*. E existem fundadas razões para se recear que esse juiz, ainda que inconscientemente, tenderá, no curso da ação penal, a reafirmar tais concepções, podendo impor um viés cognitivo desfavorável à apreciação das provas que conduzissem à absolvição, em detrimento daquelas que apontem para a condenação.

Dessa forma, a lógica jurídica da decisão *Hauschildt vs. Dinamarca*, se aplicada ao ordenamento processual penal brasileiro, reafirmaria, isso sim, a necessidade da implementação do Juiz de Garantias, ao invés de afastá-la. E esse precedente do TEDH, por si só, já forneceria substrato suficiente para servir de paradigma internacional, no argumento em prol da necessidade do Juiz de Garantias no Brasil, sem que se precisasse buscar reforço em outros julgamentos do Tribunal Europeu, que não guardam semelhança fática com a realidade nacional.

3.4 Caso *Castillo Algar vs. Espanha*¹⁹⁶

Um último caso do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que merece ser mencionado, é o precedente *Castillo Algar vs. Espanha*. A situação fática tratada nesse caso foge da dicotomia juiz instrutor *versus* juiz meramente garantidor dos direitos do imputado. Mas esse julgado é significativo por aquilo que revela, quando justamente se enfrenta as críticas, daqueles que se opõem ao instituto, à sua utilização na defesa do Juiz de Garantias no Brasil.

¹⁹⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015. pp. 33-34.

¹⁹⁶ CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Aplicação 79/1997/863/1074. Requerente: Ricardo Castillo Algar. Requerido: Estado da Espanha. Estrasburgo, França, 28 de outubro de 1998. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-58256%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58256%22]})>.

Ricardo Castillo Algar foi processado na justiça militar espanhola. Após idas e vindas processuais, ele teve contra si admitida uma acusação criminal. Da decisão que admitiu essa acusação, interpôs recurso, que foi julgado por um órgão colegiado. Esse colegiado negou seu recurso, e manteve a acusação, o que determinou o seu processamento. O julgamento de mérito dessa acusação foi decidido, mais uma vez, por órgão colegiado da justiça militar espanhola, para o qual foram sorteados, no entanto, dois juízes militares que haviam participado daquele julgamento que negara o recurso contra a admissibilidade da acusação.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu que, nesse caso, o acusado tinha por que recluir a perda de imparcialidade do órgão colegiado que o julgou no mérito, em especial devido à linguagem utilizada pelo colegiado anterior (do qual faziam parte 2 dos mesmos julgadores), em que a admissão da acusação foi mantida com afirmações que se imiscuíam no mérito, como por exemplo, de que havia evidências suficientes do cometimento de um crime militar.

No caso *Castillo Algar*, portanto, o que determinou o prejuízo à imparcialidade, aos olhos do TEDH, foi o fato de os mesmos magistrados que compuseram o julgamento final, haverem apreciado, na instância recursal, a impugnação do imputado contra a decisão preliminar de admissibilidade da acusação, oportunidade em que já se imiscuíram no mérito da causa.

Afirma-se, é verdade, que o precedente *Castillo Algar vs. Espanha* não pode servir de fundamento para a necessidade do Juiz de Garantias no Brasil, porque o Código de Processo Penal brasileiro já contém dispositivo que impediria a ocorrência da situação analisada, naquele precedente, pelo Tribunal Europeu¹⁹⁷. Fala-se, na hipótese, do artigo 252, inciso III do CPP, que proíbe o magistrado de exercer jurisdição no processo em que:

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;¹⁹⁸

Aqui, no entanto, chama a atenção uma certa incoerência daqueles que resistem à implementação do Juiz de Garantias. Afinal, a lógica jurídica por trás da necessidade de separação, entre o juiz do inquérito e o do processo, já se faz presente no ordenamento processual brasileiro, justamente neste inciso III do artigo 252 do CPP.

Realmente, qual a razão de se impedir o magistrado de decidir sobre o mesmo caso, em instâncias diferentes, senão a preocupação de que, uma vez tendo tido contato com a matéria,

¹⁹⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015. p. 26.

¹⁹⁸ BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941.

ele possa perder a sua imparcialidade para o julgamento do caso? Veja-se que o impedimento não está adstrito ao juiz que tenha sentenciado o feito, ou julgado o recurso de apelação contra uma decisão de mérito de primeira instância. O impedimento vale para o magistrado que tenha decidido sobre qualquer questão de fato ou de direito – como, por exemplo, uma cautelar em primeira instância, ou a sua manutenção, num *habeas corpus*. É o que a doutrina preleciona, ao comentar o dispositivo:

(...) qualquer participação do magistrado em instância diversa, no processo ao qual é chamado a julgar, faz nascer o impedimento. Assim, se tiver decidido qualquer tipo de questão – excetuando-se despachos de mero expediente, pois a lei fala em matéria de *fato* ou *direito* – em primeiro grau, não poderá integrar colegiado de grau superior, para julgar recurso contra decisão proferida no feito. Caso tenha sido convocado a integrar colegiado, sendo ainda juiz de primeira instância, tornando à Vara, deve abster-se de decidir questão envolvendo o processo do qual participou, enquanto estava em segundo grau.¹⁹⁹

É curioso que ninguém se insurge contra essa causa de impedimento. Ninguém tenta ressaltar a aplicabilidade do inciso III apenas aos casos de decisão “que tenha se aprofundado no mérito”, não se lê que, se a decisão do juiz houver sido sobre alguma cautelar, não deveria ele ter de se afastar do caso em instância diversa, por “ter apreciado o caso de forma meramente superficial”, ou que a aplicabilidade do inciso III dependeria exclusivamente da “análise do caso concreto”.

No entanto, qual a diferença substancial entre essa causa de impedimento, e a que se pretende implantar, com a criação do Juiz de Garantias? Em ambos os casos, o que se quer é afastar, da decisão da causa, o juiz que sobre ela já tenha precisado se manifestar em momento anterior, por se recear o comprometimento da sua imparcialidade.

Talvez pelo fato de que, já desde a década de 1940, o impedimento do artigo 252, inciso III faça parte da cultura jurídica pátria, ninguém o questione; mas a criação de uma nova causa de impedimento, que não faz mais do que replicar, em outra fase processual, a mesma lógica dessa norma que já existe, é motivo de grande alvoroço, a despeito de as suas razões de fundo serem exatamente as mesmas. O que impõe que se questione quanto da oposição oferecida ao Juiz de Garantias não seria puro conservadorismo, pura resistência gratuita à mudança.

3.5 Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁰⁰

¹⁹⁹NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 15. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 647, *itálico* no original.

²⁰⁰ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Requerente: Mauricio Herrera Ulloa. Requerido: Estado da Costa Rica. San José, Costa

Nos trabalhos sobre o Juiz de Garantias, nunca se lê a referência a qualquer julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é sempre junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos que se busca o paradigma para defender a necessidade de implementação da figura no Brasil. Talvez isso se deva ao fato de a CIDH não ter, ainda, tido a oportunidade de se debruçar sobre a questão da separação entre o juiz da investigação e o juiz do processo, com a frequência com que o fez o seu congênere europeu.

Essa pode ser a razão de a doutrina processual penal pátria, que já discute há muito tempo a necessidade do Juiz de Garantias no Brasil, tradicionalmente se socorrer dos precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, na construção do argumento em prol da implementação desse novo instituto.

No entanto, a Corte Interamericana oferece, no caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* um precedente que, se não afirma a necessidade ou não de um Juiz de Garantias, pelo menos aponta para algumas balizas dentro das quais se deve pensar a garantia do juiz imparcial, que muito podem contribuir para o debate.

Numa breve síntese, no caso *Herrera Ulloa*, o jornalista Mauricio Herrera Ulloa foi processado por difamação, em razão de artigos jornalísticos nos quais teria imputado fatos ilícitos ao diplomata Félix Przedborski. Em decisão de primeira instância, o Tribunal Penal do Primeiro Circuito de San José absolveu o Sr. Herrera Ulloa por ausência de dolo.

Mediante recurso de cassação, interposto por Félix Przedborski, a Sala Terceira da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica anulou a sentença absolutória. Chamado a proferir nova decisão, o Tribunal Penal do Primeiro Circuito de San José, dessa vez, condenou Herrea Ulloa. Em novo recurso de cassação, agora interposto pelo jornalista, a Sala Terceira da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica manteve sua condenação.

O ponto fulcral, que interessa para o debate sobre o Juiz de Garantias, é que os magistrados que compunham a Sala Terceira da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica eram os mesmos, em ambos os julgamentos.

Isso motivou a defesa de Herrera Ulloa a buscar a proteção da Corte Interamericana, arguindo violação ao direito a um julgamento por júízo imparcial.

O jornalista argumentou que a imparcialidade da decisão última proferida contra ele, pela Sala Terceira da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica, estava comprometida, pelo fato de os mesmos magistrados que compuseram o julgamento terem apreciado, também, o primeiro recurso interposto no caso, por meio do qual fora anulada sua absolvição. Argumentou, ainda,

que no julgamento do primeiro recurso de cassação, a Sala Terceira teria já estabelecido critérios para a resolução da causa, critérios esses que pautaram a nova decisão de primeira instância.

De modo que, ao decidirem o novo recurso, os magistrados da *Corte Suprema* apenas controlaram se a nova decisão teria se pautado pelos critérios que eles próprios ditaram, ao conhecer do caso pela primeira vez. Veja-se a síntese das alegações de Herrera Ulloa, como compiladas no acórdão da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

- a) o campo para a imparcialidade judicial era muito estreito, dado que os Magistrados que deveriam emitir a decisão final já haviam adiantado sua opinião sobre o mesmo caso, menos de dois anos antes da última decisão;
- b) a segunda sentença emitida pelo tribunal de primeira instância, após a anulação por ordem da Sala Terceira da Corte Suprema de Justiça, cingiu-se ao critério pautado pela mencionada Sala Terceira, ‘de modo que, os mesmos magistrados, ao apreciarem o caso pela segunda vez em cassação, se limitaram a controlar que seu próprio critério já expressado sobre os mesmos fatos no mesmo caso, houvessem sido efetivamente aplicados; e
- c) a imparcialidade dos juízes implica que devam estar livres de pré-juízos e, por isso, os magistrados que anularam a primeira decisão não poderiam ser, novamente, os julgadores que conheceram o recurso de cassação.^{201 e 202}

O Estado da Costa Rica, por sua vez, defendeu que não se pode pressupor perda da imparcialidade, só porque o magistrado tenha tido qualquer contato anterior com o objeto do processo. Argumentou, também, que quando a Corte Suprema devolve um processo à instância inferior, o faz porque detectou vício de forma, não proferindo juízo sobre os fatos em discussão na causa, e que, portanto, no caso do Sr. Herrera Ulloa, não teria sido ditado nenhum critério que viesse a influenciar a nova decisão de primeira instância.

Colhe-se, mais uma vez, do acórdão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), sobre as alegações do Estado:

- a) qualquer relação entre o julgador e o objeto do processo não pode supor uma parcialidade sua. A própria natureza do recurso de cassação impede a violação à garantia da imparcialidade, pois o tribunal de cassação atua como tribunal de direito, e não se pronuncia sobre os fatos. O tribunal de cassação verifica unicamente se a sentença se encontra conforme ao direito, tanto ao direito de fundo como de forma. Quando a Sala de Cassação reenvia um assunto ao tribunal que o resolveu, o faz

²⁰¹ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Requerente: Mauricio Herrera Ulloa. Requerido: Estado de Costa Rica. San José, Costa Rica, 02 de julio de 2004. Disponible em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>.

²⁰²“a) el campo para la imparcialidad judicial era muy pequeño dado que los Magistrados que habían de emitir la sentencia final ya habían adelantado su opinión sobre el mismo caso menos de dos años antes del último fallo; b) la segunda sentencia emitida por el tribunal de primera instancia, luego de la anulación por orden de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se ciñó al criterio pautado por la mencionada Sala Tercera, ‘de modo que, los mismos magistrados, al conocer por segunda vez en casación, se limitaron a controlar que su propio criterio ya expresado sobre los mismos hechos en el mismo caso, se hubieran efectivamente aplicado’; y c) la imparcialidad de los jueces implica que deben estar libres de prejuicios y, por lo cual, los magistrados que habían anulado el primer fallo condenatorio no podían nuevamente, ser los jueces que conocieran del recurso de casación.” (tradução livre)

porque encontrou vícios no procedimento, e nem sequer discute os motivos de mérito que tenham sido apresentados, muito menos analisa os fatos. Portanto, a Sala Terceira da Corte Suprema de Justiça, ao resolver o recurso de cassação interposto contra a sentença absolutória, não emitiu critério algum que pudesse influir na decisão do tribunal de primeira instância.^{203 e 204}

Nesse quadro, a Corte Interamericana, antes de tudo, constatou que, de fato, o órgão que julgou ambos os recursos de cassação – o primeiro, interposto contra a absolvição do jornalista, e o segundo, interposto contra sua condenação – era composto, nas duas oportunidades, pelos mesmos magistrados:

A Corte observa que os quatro magistrados titulares e o magistrado suplente que integraram a Sala Terceira da Corte Suprema de Justiça, ao decidir em 7 de maio de 1999 o recurso de cassação interposto pelo advogado do Senhor Félix Przedborski contra a sentença absolutória, foram os mesmos que decidiram em 24 de janeiro de 2001 os recursos de cassação interpostos contra a sentença condenatória (...).^{205 e 206}

Avançando, a CIDH pontuou que, ao decidir o primeiro recurso, e anular a absolvição por falta de dolo do senhor Herrea Ulloa, a Sala Terceira teria fundamentado sua anulação na afirmação, expressa, de que os motivos declinados na sentença não teriam sido suficientes a afastar, racionalmente, a existência do dolo por parte do jornalista:

Quando a Sala Terceira da Corte Suprema de Justiça resolveu o primeiro recurso de cassação, anulou a sentença cassada e ordenou o reenvio do processo ao tribunal competente para novo julgamento, o fez pelo argumento de que ‘a fundamentação da sentença não se presta como suficiente para descartar racionalmente a existência de um dolo direto ou eventual (a respeito dos delitos imputados)’ (...).^{207 e 208}

²⁰³ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Requerente: Mauricio Herrera Ulloa. Requerido: Estado da Costa Rica. San José, Costa Rica, 02 de julho de 2004. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>.

²⁰⁴ “a) cualquier relación que haya tenido el juzgador con el objeto del proceso no puede suponer una parcialidad de éste. La misma naturaleza del recurso de casación impide la violación a la garantía de la imparcialidad pues el tribunal de casación actúa como tribunal de mérito y no se pronuncia sobre los hechos. El tribunal de casación verifica únicamente si la sentencia se encuentra apegada a derecho, tanto en lo que respecta al derecho de fondo como de forma. Cuando la Sala de Casación reenvía un asunto al tribunal que resolvió lo hace porque ha encontrado vicios en el procedimiento, y ni siquiera discute los motivos de fondo que han sido presentados, ni analiza los hechos. Por lo tanto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia absolutoria, no emitió criterio alguno que pudiera influir en la decisión del tribunal de primera instancia;” (tradução livre)

²⁰⁵ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Requerente: Mauricio Herrera Ulloa. Requerido: Estado da Costa Rica. San José, Costa Rica, 02 de julho de 2004. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>.

²⁰⁶ “La Corte observa que los cuatro magistrados titulares y el magistrado suplente que integraron la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia al decidir el 7 de mayo de 1999 el recurso de casación interpuesto por el abogado del señor Félix Przedborski contra la sentencia absolutoria, fueron los mismos que decidieron el 24 de enero de 2001 los recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria (...).” (tradução livre)

²⁰⁷ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Requerente: Mauricio Herrera Ulloa. Requerido: Estado da Costa Rica. San José, Costa Rica, 02 de julho de 2004. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>.

²⁰⁸ “Cuando la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia resolvió el primer recurso de casación anuló la sentencia casada y ordenó remitir el proceso al tribunal competente para su nueva sustanciación, con base en

Com base nisso, a Corte entendeu, ao contrário do que defendia o Estado parte, que esses magistrados, ao anularem a absolvição do jornalista, teriam decidido sobre mais do que apenas a forma da sentença, avançando sobre a própria matéria de fundo do caso penal. Por essa razão, entendeu que os magistrados da Sala Terceira da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica não guardavam a necessária imparcialidade para julgar o recurso de cassação posteriormente interposto, pelo jornalista, contra a sentença que o condenou:

Os magistrados da Sala Terceira da Corte Suprema de Justiça deveriam ter se abtido de conhecer dos recursos de cassação interpostos contra a sentença condenatória de 12 de novembro de 1999 porque, considera esta Corte, que ao resolverem o recurso de cassação contra a sentença absolutória de 29 de maio de 1998, os mesmos magistrados haviam analisado parte da matéria de fundo, e não apenas se pronunciaram sobre a forma.

Pelas considerações anteriores, a Corte conclui que os magistrados da Sala Terceira da Corte Suprema de Justiça, ao resolver os dois recursos de cassação interpostos contra a sentença condenatória, não reuniam a exigência de imparcialidade. Em consequência, no presente caso, o Estado violou o artigo 8.1 da Convenção Americana combinado com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo do Senhor Mauricio Herrera Ulloa.^{209 e 210}

Parece, realmente, que, ao anular a sentença absolutória não por qualquer vício de forma, mas sim por entender que o dolo não estava suficientemente afastado, a Corte Costarriquenha, ainda que em juízo de cassação, procedeu a uma análise, mesmo que não definitiva, do próprio mérito do caso penal. Em tal situação, a Corte Interamericana entendeu ter havido comprometimento dos magistrados para o julgamento do segundo recurso, interposto no mesmo caso.

Por absoluta honestidade intelectual, e a fim de não se distorcer o precedente internacional, no afã de ver reafirmada a tese em prol do Juiz de Garantias – o que só prejudicaria a defesa da sua implementação, ao invés de fortalecê-la – é preciso, antes de tudo, pontuar o que *não* se pode extrair do julgamento do caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.

que, inter alia, ‘la fundamentación de la sentencia no se presenta como suficiente para descartar racionalmente la existencia de un dolo directo o eventual (respecto a los delitos acusados)’ (...)” (tradução livre)

²⁰⁹“ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Requerente: Mauricio Herrera Ulloa. Requerido: Estado da Costa Rica. San José, Costa Rica, 02 de julho de 2004. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>.”

²¹⁰“Los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia debieron abstenerse de conocer los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 porque, considera esta Corte, que al resolver el recurso de casación contra la sentencia absolutoria de 29 de mayo de 1998, los mismos magistrados habían analizado parte del fondo, y no solo se pronunciaron sobre la forma. Por las anteriores consideraciones, la Corte concluye que los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al resolver los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria, no reunieron la exigencia de imparcialidad. En consecuencia, en el presente caso el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa.” (tradução livre)

Em primeiro lugar, a Corte não afirmou que, em abstrato, haveria comprometimento da imparcialidade do magistrado, sempre que se trate de caso sobre o qual ele já tenha decidido, ou com o qual já tenha tido contato. Da mesma forma, não se pode deduzir, do precedente, nem sequer que, no caso concreto do Sr. Herrea Ulloa, os magistrados teriam perdido sua imparcialidade, simplesmente por já terem decidido o primeiro recurso de cassação.

O que a Corte afirmou foi que, naquele caso, houve comprometimento da imparcialidade porque, no julgamento do primeiro recurso de cassação, os magistrados avançaram sobre a matéria de fundo, de mérito, e não decidiram apenas sobre matéria de forma. Não se pode, com efeito, descartar que, se a primeira cassação tivesse sido por outros fundamentos, talvez a Corte decidisse esse caso de maneira diferente.

Portanto, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Herrea Ulloa vs. Costa Rica*, não pode ser tomada como uma declaração peremptória de que o Juiz de Garantias é necessário. Contudo, ela ainda assim conduz a uma conclusão que reforça os argumentos a favor da implementação da figura, no Brasil.

Afinal, a Corte reconheceu que há perda da imparcialidade, em situação na qual um magistrado é chamado a decidir pela segunda vez sobre o mesmo caso, quando, na primeira decisão, tiver avançado sobre a matéria de mérito em discussão.

E, pelos fundamentos expostos no tópico anterior, já se demonstrou que o juiz que atua no inquérito, ao decretar a prisão preventiva do investigado, por exemplo, avança sim, ainda que não exaustivamente, mas com profundidade que não é desprezível, sobre o mérito da imputação lançada contra o sujeito. Forma uma primeira ideia sobre o caso penal francamente desfavorável ao imputado, pois reconhece já a existência do crime, e que o investigado seria o seu aparente autor.

Frise-se que a hipótese de decretação da prisão preventiva foi eleita como recorte temático, neste ponto, para se manter o paralelismo com o caso apreciado no precedente do TEDH, no caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, mas o mesmo fenômeno – *formação de uma ideia preliminar sobre o caso penal, pela incursão, ainda que parcial, na matéria de fundo* – pode ser observado na decretação de qualquer outra medida cautelar, no curso do inquérito, como será melhor abordado adiante.

E, mesmo que cautelar alguma venha a ser decretada durante as investigações, o inescapável ato de recebimento da denúncia – que a Lei 13.964/2019 também pretendia confiar ao Juiz de Garantias – implica, mais uma vez, a necessária formação de um juízo de que o crime existiu e de que o acusado parece ser o seu autor.

É dizer que a função atualmente desempenhada pelo juiz brasileiro, na fase pré-processual, ainda que não se compare à dos juízes investigadores, observados em alguns ordenamentos estrangeiros, impõe-lhe, sim, a tomada de decisões que não deixam de representar uma ideia acerca do mérito do caso penal.

Não existe, na essência, diferença entre a situação de se exigir que esse mesmo juiz decida novamente sobre o caso, ao proferir a sentença de mérito, e a hipótese apreciada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, dos magistrados que proferiram um segundo julgamento sobre caso, a respeito de cujo mérito já se haviam pronunciado, ainda que não de forma definitiva.

Por isso, a despeito das ressalvas aqui registradas, a lógica jurídica da decisão da Corte Interamericana, no caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, é aplicável ao debate sobre a necessidade de implementação do Juiz de Garantias no Brasil, e sugere mesmo sua necessidade.

3.6 A título de conclusão do capítulo

Por tudo o que foi visto, constata-se que é necessário repensar a forma como a doutrina brasileira vem abordando os precedentes internacionais, no debate acerca do Juiz de Garantias.

Não é adequado, e nem necessário, socorrer-se dos precedentes *Piersack* e *De Cubber*, do TEDH, com a ênfase que se vem fazendo. Esses julgados são de importância, sim, mas apenas pela afirmação, neles contida, de que a imparcialidade precisa ser apreciada também de uma perspectiva objetiva. Mas o fato de que os juízes, em ambos os casos, desempenhavam, na investigação, papéis muito diferentes daquele do juiz brasileiro, desautoriza a equiparação muitas vezes pretendida, da realidade nacional com aqueles precedentes, para fins de justificar a implementação do Juiz de Garantias no Brasil.

Também é errado afirmar que o precedente *Hauschildt vs. Dinamarca* representaria qualquer “flexibilização” dos postulados firmados nos casos *Piersack* e *De Cubber*, porque justamente o caso *Hauschildt* não versava sobre um juiz instrutor, mas sim sobre um juiz garantidor dos direitos fundamentais do investigado, que apenas intercede para decidir os pedidos, das autoridades de investigação, que afetem esses direitos – tal como ocorre no Brasil. Versando sobre realidades diferentes, não é certo pretender que o caso *Hauschildt* se insira numa relação de continuidade, de evolução do pensamento da Corte, com os dois precedentes anteriores.

E a decisão alcançada pelo TEDH, no caso *Hauschildt*, leva à conclusão, sem a necessidade de se socorrer de outros precedentes do Tribunal Europeu, de que o Juiz de Garantias é, sim, necessário no Brasil. Afinal, o que aquela corte internacional fez, nesse julgamento, foi reconhecer que existe comprometimento da imparcialidade do juiz que atua na investigação, para julgar o mérito da futura ação penal, sempre que ele, nas suas funções da fase pré-processual, profere decisão que precise se aprofundar, senão exaustiva, ao menos consideravelmente, no juízo de culpa ou inocência do investigado. E o nível desse aprofundamento, considerado, por aquele Tribunal no julgamento *Hauschildt*, suficiente para prejudicar a imparcialidade, era equivalente, senão até inferior, àquele exigido do juiz brasileiro, ao por exemplo decretar a prisão do imputado, durante o inquérito.

O precedente *Castillo Algar vs. Espanha*, também do TEDH, suscita o questionamento de por que, na doutrina brasileira, se esperneia tanto contra o pretendido impedimento do juiz do inquérito, para atuar na ação penal, quando a lógica jurídica para esse impedimento já está, desde 1941, presente no nosso ordenamento, na causa de impedimento do artigo 252, inciso III do CPP, que proíbe a atuação do juiz que tenha decidido alguma questão de fato ou de direito, sobre o mesmo caso, em instância diversa.

Por fim, a busca de paradigmas de jurisprudência supranacional, para fundamentar a defesa do Juiz de Garantias no Brasil, não precisa se limitar ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Embora não ofereça tantas decisões assim sobre a matéria, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, se não trata especificamente do tema do Juiz de Garantias, ao menos oferece balizas, para a discussão sobre imparcialidade do juízo, que são aplicáveis ao debate em questão, ao afirmar que perde a sua imparcialidade para julgar, o magistrado que já tenha proferido decisão anterior, sobre o mesmo caso, em que tenha incurso pelo mérito da questão, ainda que não de maneira exauriente.

Essa, portanto, é, em síntese, uma abordagem dos paradigmas internacionais a qual se tem a esperança de que contribua melhor para o debate acerca do Juiz de Garantias no Brasil.

4 OS PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO JUIZ DE GARANTIAS

Como visto, o Juiz de Garantias está umbilicalmente ligado ao direito fundamental à imparcialidade do juízo. A imparcialidade é uma garantia prevista implicitamente no texto constitucional originário, e que também integra os tratados internacionais de que o Brasil é signatário, já internalizados no ordenamento pátrio. A exigência de imparcialidade, com efeito, faz parte do direito positivo brasileiro, com status mais do que supralegal, constitucional propriamente dito. Imparcialidade que é uma moeda de duas faces, uma delas indissociavelmente ligada à subjetividade dos magistrados – a qual é, no limite, intangível ao observador externo. Daí a necessidade da outra faceta da imparcialidade, a objetiva, que significa, justamente, os mecanismos oferecidos, pelo sistema processual, para assegurar que se afaste, independentemente da subjetividade dos juízes, toda e qualquer situação que possa suscitar a suspeita de parcialidade do juízo.

O Juiz de Garantias se insere, justamente, como mais um instrumento para o aperfeiçoamento das garantias objetivas de imparcialidade, oferecidas pelo ordenamento processual penal. Adotar, no direito brasileiro, a regra de impedimento do juiz do inquérito, para presidir a ação penal, é incrementar o patamar de concretude, na realidade judiciária do país, da garantia fundamental ao juízo imparcial. E assim o é em função dos efeitos psicológicos a que os juízes, seres humanos como todos os outros, estão sujeitos, não só ao tomarem decisões no inquérito, mas também simplesmente por conhecerem o caso penal antes da instrução em contraditório.

Efeitos esses que, nunca é demais repetir, são inconscientes, e em nada dependem do caráter ou das qualidades profissionais dos magistrados. A ciência psicológica já comprovou a formação de vieses, e os efeitos da dissonância cognitiva – após uma decisão, ou mesmo após uma simples primeira impressão –, tais quais a busca ativa por consonância, e o esquecimento seletivo do dissonante, como fenômenos que se instalam no inconsciente, independentemente da vontade do sujeito.

Também a comparação com a experiência internacional demonstra que a inexistência do Juiz de Garantias, no Brasil, deixa o processo penal pátrio em situação de atraso, comparado

com as balizas lançadas pela jurisprudência supranacional, especialmente a do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mas também a da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Apesar disso, ainda é forte a resistência ao Juiz de Garantis, no Brasil. Dessa forma, este capítulo se dedica a um enfrentamento dos principais argumentos, suscitados pelos seus opositores, nos debates acerca da implementação desse instituto no país.

4.1 O argumento de que “a decretação de cautelares não exigiria juízo de certeza”

No capítulo anterior, já se teve a oportunidade de desconstruir o mito de que *o juízo seria meramente superficial, ao se decretar a prisão preventiva, não comprometendo, por isso, a imparcialidade*. Mais uma vez, essa forma de pensar é bem traduzida na obra de Mauro Fonseca Andrade:

Mesmo que pareça desnecessário, vamos à redundância: o juiz brasileiro não analisa o mérito, seja da conduta do sujeito investigado, seja da probabilidade de sua responsabilização, ao contrário do que ocorre no direito alienígena (...). A nós bastam os indícios de autoria e prova da materialidade, que não se confundem com nenhum daqueles critérios utilizados fora do Brasil. Isso leva a que o grau de cognição do juiz brasileiro seja infinitamente inferior ao buscado pelo juiz estrangeiro em relação a qualquer tema que tenha que decidir na fase de apuração.²¹¹

O argumento é falacioso, e isso se demonstra, como visto, da simples leitura das hipóteses legais de absolvição, contidas no artigo 386 do CPP²¹². Com efeito, a exigência legal de que o juiz, para decretar a prisão, afirme a prova da materialidade – ou seja, a existência do crime – é logicamente incongruente com, ao menos, três das sete hipóteses de absolvição. Afinal, existe manifesta incompatibilidade entre a afirmação de *existência do crime*, para efeitos de decretação da preventiva, e uma futura absolvição por *inexistência do fato* (inciso I), por *não haver prova da existência do fato* (inciso II), ou por *não constituir, o fato, infração penal* (inciso III).

O que significa que, ao longo da instrução processual, todo e qualquer elemento de prova que se produza, no sentido de alguma das conclusões descritas nos incisos I a III do artigo 386, será dissonante em relação à decisão de prisão anteriormente tomada – é dizer, em relação à decisão anterior de que *existe crime* no caso penal a ser julgado. E isso implica, segundo visto no capítulo 2, que esses elementos de prova, a uma, não serão objeto de interesse ativo do julgador e, a duas, quando inevitavelmente trazidos ao seu conhecimento, estarão passíveis de

²¹¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015. pp. 64-65.

²¹² BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941.

serem esquecidos ou desacreditados, pelo magistrado, com muito mais facilidade do que elementos porventura consonantes à sua decisão anterior.

Dito isso, a prisão preventiva não é a única medida cautelar que o juiz pode determinar, em desfavor do imputado, ainda na fase de inquérito. Mais do que cercear a sua liberdade, cabe ao magistrado, também, sempre que necessário, determinar a incursão do Estado em outros direitos fundamentais do investigado, como a intimidade e a propriedade. É verdade que nem todas essas medidas exigem, expressamente, o reconhecimento de prova da materialidade delitiva. Cabe, então, avaliar se o raciocínio empregado para a prisão preventiva se aplica, também, às demais cautelares decretáveis no inquérito.

Assim, por exemplo, na seara patrimonial, a decretação de hipoteca legal dos imóveis do indiciado exige, a teor do artigo 134 do Código, a “certeza da infração e indícios suficientes de autoria”²¹³, no que não se diferencia da prisão preventiva, já que exige, também, o juízo de certeza da existência do crime. De modo que, à hipoteca legal, aplicam-se as mesmas conclusões já expostas quanto à prisão preventiva, e à incompatibilidade entre um juízo de “certeza da infração”, proferido na fase de inquérito, e quase metade das hipóteses de absolvição, ao final do processo.

A disciplina legal do sequestro de bens, no entanto, não exige, do magistrado, um juízo tão peremptório quanto à materialidade do delito investigado, contentando-se com “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”, conforme o artigo 126 do Código de Processo Penal²¹⁴. Uma linguagem semelhante é utilizada na Lei 9.296/1996, ao estipular os requisitos para a interceptação telefônica. Aquele diploma, em seu artigo 2º, inciso I, determina que a interceptação não será possível quando não houver “indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal”²¹⁵.

Essas são, portanto, duas hipóteses de decisões cautelares, possíveis de serem tomadas no inquérito, em que *não* se exige o juízo de certeza quanto à materialidade delitiva, observado nas hipóteses de prisão preventiva ou hipoteca legal. Sistemática equivalente é verificada nas hipóteses de busca domiciliar e pessoal, que exigem, respectivamente, “fundadas razões” (artigo 240, § 1º) e “fundada suspeita” (artigo 240, § 2º)²¹⁶.

²¹³BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941.

²¹⁴BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941.

²¹⁵BRASIL. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF, jul 1996.

²¹⁶BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941.

Pode-se dizer, assim, que, enquanto a prisão preventiva e a hipoteca legal associam um juízo de certeza quanto à materialidade a uma análise “perfunctória” de autoria, as demais cautelares vistas se contentam apenas com o juízo supostamente “não definitivo” acerca da autoria delitiva.

Com isso em mente, o argumento contra o Juiz de Garantias (que fecha os olhos ao requisito da materialidade, e se concentra apenas na linguagem empregada para o requisito da autoria delitiva, no caso de prisão) segue a seguinte estrutura: **i)** o comprometimento da imparcialidade seria função direta do grau de cognição do juiz, ao tomar decisões no inquérito; **ii)** ao decretar cautelares, esse grau de cognição, pelo juiz brasileiro, seria meramente superficial, pois a Lei exigiria, para tanto, apenas um juízo provisório, indiciário, quanto à autoria delitiva, e não a convicção da culpa do investigado; **iii)** portanto, o juiz que decreta cautelares contra o investigado, no inquérito, não perderia a sua imparcialidade para julgá-lo, na posterior ação penal.

Apesar de bem arquitetado, esse raciocínio se apresenta excessivamente formal, como uma espécie de esquema lógico centrado demais no sentido literal dos vocábulos utilizados pela Lei. Contudo, como afirma Norberto Bobbio “Encontramo-nos frente a uma questão de palavras, e por conseguinte, frente a uma questão de mera oportunidade”²¹⁷. E não se pode esquecer, também, do alerta de Tercio Sampaio Ferraz Jr., de que:

uma interpretação literal, que se pretenda capaz de esgotar, eventualmente, o sentido do texto, é ilusória (...) a hermenêutica jurídica raras vezes consegue limitar-se ao sentido vocabular do texto²¹⁸.

É oportuno, aos detratores do Juiz das Garantias, com base numa análise eminentemente formalista das palavras, supostamente mais brandas, que a legislação utiliza – “*indício suficiente*”, “*veemente*” ou “*razoável*”, “*fundada suspeita*” ou “*fundadas razões*”, ao invés de alguma expressão mais contundente, e que expressasse uma carga semântica maior de reconhecimento de culpa – superestimar uma suposta diferença *para menor* no grau de cognição exigido para decretação de cautelares, se comparado com aquele necessário para a condenação. Com base nisso, sustenta-se a afirmação de que o Juiz de Garantias, então, não seria necessário no Brasil, pois uma cognição assim tão “superficial” do caso penal não teria o condão de prejudicar a imparcialidade do magistrado.

De fato, defende-se que a atuação prévia na fase de investigação não implicaria risco de parcialidade, porque, supostamente, se viesse a decretar alguma cautelar contra o investigado,

²¹⁷BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Ariane Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016. p. 168.

²¹⁸FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 76.

a lei exigiria do magistrado um conhecimento raso sobre o mérito do caso, no nível dos simples “indícios”. Como se as palavras utilizadas pelo texto legal tivessem o condão de excluir, peremptoriamente, qualquer possibilidade de formação do convencimento do magistrado em prejuízo do investigado.

Esse, no entanto, é o tipo de raciocínio que conduz à manutenção de um *status quo* jurídico que não se eleva, para os destinatários da norma, ao nível da efetividade concreta dos direitos e garantias fundamentais. No caso, mantém-se uma ilusão de promoção da garantia da imparcialidade, expressamente prevista na norma abstrata, enquanto se perpetuam, *in concreto*, as condições para que a efetividade dessa garantia não seja ótima. Trata-se, portanto, de um raciocínio desconectado da realidade empírica injusta, que exsurge, como produto dessa aplicação formal-literal dos dispositivos legais, do fato de o juiz que atua no inquérito ser o mesmo que julga a ação penal.

Contra a utilização, no Direito, desse tipo de raciocínio, são pertinentes as considerações de Chain Perelman:

(...) seja qual for a técnica de raciocínio utilizada em direito, este não pode desinteressar-se das reações das consciências diante da iniquidade do resultado ao qual tal raciocínio conduziria. Pelo contrário, o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com a justiça ou, ao menos, a aceitabilidade social da decisão. Esta preocupação basta para salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo sobre o valor da conclusão.²¹⁹

Apegar-se exclusivamente ao sentido literal das palavras utilizadas pela norma, ao disciplinar a decretação de cautelares contra o investigado, é um exercício de controle meramente formal das inferências – infere-se que, porque a Lei fala apenas em indícios, a decretação de uma cautelar não implicaria comprometimento da imparcialidade – que fecha os olhos, no entanto, aos resultados concretos de se manter o mesmo juiz que precisou tomar essas decisões no inquérito, na condução da ação penal – o risco de comprometimento inconsciente da sua imparcialidade, pelos efeitos da dissonância cognitiva causada por qualquer elemento porventura apresentado, em contradição com a decisão anterior.

Vale lembrar que a dissonância, e com ela a força dos seus efeitos, aumenta em razão da importância ou gravidade das decisões anteriormente tomadas. O que pode ser mais grave do que privar um indivíduo da sua liberdade, dos seus bens, ou devassar a sua intimidade? Assim, apesar de a norma exigir “apenas indícios” para a decretação de cautelares, a força dos fenômenos inconscientes de esquecimento seletivo e descrédito da prova defensiva

²¹⁹PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: a nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 13.

eventualmente produzida, assim como a busca ativa dos elementos acusatórios consonantes à decisão anterior, tenderá a ser elevada, durante a instrução, porque os efeitos das decisões cautelares são muito gravosos, pouco importando que a sua decretação exija “apenas indícios” e não “certeza de culpa”.

Evidentemente que os efeitos da dissonância cognitiva no inconsciente não atingirão a todos os magistrados de forma idêntica. Por certo haverá aqueles mais, e aqueles menos afetados por esses fenômenos do inconsciente, de modo que não se está negando, como se fosse uma impossibilidade absoluta, que a prova produzida em contraditório, durante o processo judicial, poderia levar o juiz a rever seu posicionamento inicial. Nem se pretende recusar aos magistrados o devido respeito e reconhecimento de que são agentes racionais, não havendo nada que os impedisse de reconhecer eventual equívoco cometido, por ocasião de alguma decisão tomada durante o inquérito.

Não se está, de forma nenhuma, a afirmar que os juízes seriam criaturas irracionais, surdas aos bons argumentos, movidas pelo ego e pela emoção, e que prefeririam se aferrar a um posicionamento, ainda que comprovadamente errado, a voltar atrás e reconhecer o próprio erro. Longe disso. Mas o fato é que, para o comprometimento da imparcialidade, não é necessário que o juiz exiba teimosia cega, ou inarredável obstinação em manter um posicionamento inicial contrário ao investigado/réu.

Basta a ligeira inclinação por uma das versões contrapostas, ou a mais leve sugestão de que, mesmo inconscientemente, haveria alguma resistência do juiz em aceitar os argumentos de uma das partes, para que se veja comprometida a garantia da imparcialidade do juízo. E é inegável que, ao reconhecer “indícios suficientes” ou “fundada suspeita” contra o investigado, o juiz, ser humano que é, adota já um viés em relação ao caso que lhe é apresentado, do qual possivelmente será muito difícil se desvencilhar completamente, caso venha a julgar a futura ação penal.

O argumento de que a cognição exigida para a decretação de uma cautelar não seria profunda a ponto de comprometer a imparcialidade, já que não exigiria que o juiz afirmasse peremptoriamente a culpa do investigado, desconsidera que mesmo um juízo de valor pretensamente preliminar e raso já incutiria no julgador esses vieses cognitivos desfavoráveis ao investigado, pois, ainda que provisória, já se formaria no seu convencimento uma imagem do fato sobre o qual deve decidir, e isso é o que basta para que se instale a inclinação pela confirmação dessa imagem.

Negar essa realidade seria mais um exemplo do que Chaim Perelman procurou criticar, quando afirmou que “*o direito, tal como está determinado nos textos legais, promulgados e formalmente válidos, não reflete necessariamente a realidade jurídica*”²²⁰.

4.2 O argumento de que “o modelo brasileiro é diferente dos estrangeiros, onde o Juiz de Garantias foi implementado”

Muito atrelada ao argumento do “*juízo meramente superficial para decretação de cautelares*”, existe, também, a tese de que, justamente em função dessa cognição supostamente mais rasa do caso, durante o inquérito, o modelo de processo penal brasileiro seria diferente do de outros países, em que o Juiz de Garantias foi implantado, de modo que os exemplos estrangeiros não poderiam servir de fundamento para a necessidade do instituto, no Brasil.

Aqui se está diante, mais uma vez, da crítica de que os paradigmas internacionais em que os defensores da figura buscam amparo não se aplicariam à realidade brasileira.

Para além do quanto já foi visto a esse respeito, no capítulo 3, é importante destacar que essa linha argumentativa se fez presente, também, na decisão liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade movida contra os dispositivos da Lei 13.964/2019 que pretendiam inaugurar o Juiz de Garantias no Brasil, por meio da qual o Ministro Relator suspendeu a implementação do instituto, por tempo indeterminado:

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 juízes que acompanham a investigação e os juízes 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. Em outros sistemas europeus, o Ministério Público não se encontra em total independência do Poder Judiciário, podendo inclusive juízes pedirem remoções para cargos ministeriais, o que de certa forma justificaria melhor o arranjo do juiz de garantias.²²¹

O argumento parece ser o de que o Juiz de Garantias não seria necessário, no Brasil, porque o modelo atual de atuação do magistrado, na fase pré-processual, não seria “tão ruim”,

²²⁰PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: a nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 188.

²²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298/DF. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>.

em termos de comprometimento da imparcialidade, quanto o de países estrangeiros que tenham adotado o instituto.

No entanto, o que é preciso ter em mente é que o Juiz de Garantias tem relação com o nível de efetividade da garantia fundamental ao juízo imparcial. E que o nível de efetividade dos direitos e garantias fundamentais não se mede em chaves binárias – em que ou a garantia tem efetividade, ou não a tem. Não se vira um botão, e um sistema processual que antes não assegurasse a imparcialidade passa, então, a assegurá-la de maneira plena. Ao contrário, a concretização dos direitos fundamentais é um processo de contínua evolução.

O que significa que, se um sistema processual, como o brasileiro, por exemplo, não se encontra tão atrasado quanto outros, em termos de efetividade de algum direito fundamental, como o direito à imparcialidade do juízo, isso não quer dizer que não haja espaço para melhoria desse mesmo sistema. Que não seja necessário nenhum incremento no patamar de proteção a esse direito, que ele já se encontre satisfatoriamente assegurado.

Dito isso, deve-se reconhecer que o caso brasileiro não pode mesmo ser acriticamente equiparado ao de todo e qualquer ordenamento estrangeiro que tenha implementado a figura do Juiz de Garantias.

Com efeito, essa figura não vem ao contexto nacional para corrigir uma estrutura na qual o juiz ainda estivesse à frente da própria investigação, como foi o caso, por exemplo, no Panamá²²².

Também no Chile, como se depreende do histórico traçado por Paulino Varas Alfonso²²³, a disciplina legal dada ao Juiz de Garantias, pela reforma processual penal de 2000, estava inserida no contexto maior da transferência, para o nascente Ministério Público, criado apenas em 1997, da própria condução da atividade investigativa – que lá era, até o final dos anos 1990, encabeçada por um juiz, o que de fato não é o caso do modelo processual brasileiro.

Mas é um tanto enganosa, a captura de exemplos extremos, nos quais o Juiz das Garantias foi introduzido em contextos que guardavam diferenças gritantes com o Processo Penal brasileiro, nos quais o magistrado tinha verdadeiro papel de juiz instrutor na investigação, como tentativa de desqualificar a adoção desse instituto no ordenamento pátrio, pelo fato de o magistrado, aqui, já não ter essa função investigativa.

²²² MUÑOZ SAAVEDRA, Yeimy Yesivel. *El juez de garantías como aplicador de la medida cautelar de la detención preventiva en el sistema penal acusatorio*. Ciudad de Panamá: Universidad de Panamá, 2011. 144 f. Tese de Doutorado. Universidad de Panamá, 2011.

²²³ ALFONSO, Paulino Varas. *El juez de garantía: protector permanente de los derechos fundamentales en la reforma procesal penal*. In *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, n. 63, p.p. 642-662, 2001.

Afinal, não se nega que o ordenamento do Brasil já há bastante tempo evoluiu em direção a um modelo mais acusatório e menos inquisitório de processo. Contudo, ainda que o juiz criminal brasileiro não tenha, na investigação preliminar, um papel tão diretivo quanto tinha, por exemplo, o juiz chileno até o fim dos anos 1990, isso não quer dizer que a sua atuação no inquérito não possa, mesmo assim, colocar em risco a sua imparcialidade para conduzir a futura ação penal.

Mesmo sem presidir a investigação, o juiz brasileiro está sujeito aos vieses inconscientes estudados no capítulo 2, em especial aos efeitos deletérios da dissonância cognitiva pós-decisão e pós-primeira impressão. Donde se conclui que, a despeito de não apresentar, na fase pré-processual, um papel tão inquisitorial quanto o dos juízes de outros países, há, sim, margem para melhoria, no sistema processual brasileiro, do *standard* de efetividade da garantia fundamental à imparcialidade do juízo, a ser obtida por meio da implementação do Juiz de Garantias, impedindo-se o magistrado que atuou no inquérito – mesmo não sendo, essa atuação, na condição de seu principal condutor – de exercer jurisdição no processo em contraditório.

Na verdade, não se deve comparar o modelo brasileiro atual com o que *foram* os modelos superados de outros países, antes de adotarem o Juiz de Garantias, a fim de apontar simplesmente como o caso nacional é superior ao que *era* a realidade no estrangeiro. Esse é mais um tipo de raciocínio que apenas conduz à conservação do *status quo*, negando qualquer possibilidade de melhoria dos direitos e garantias do imputado, no Processo Penal.

A comparação correta deve ser entre o modelo brasileiro e *aquilo que se tornou* a realidade de outras nações, após adotarem a separação entre o magistrado do inquérito e o do processo. E, uma vez que se mitigou o risco de o juiz do mérito, naqueles países, estar sujeito aos fenômenos do inconsciente que, hoje, podem comprometer a imparcialidade do magistrado brasileiro, o qual traz consigo as cognições já formadas no inquérito, a conclusão a que se chega é a de que, atualmente, o modelo brasileiro está aquém do daquelas nações. De que o Brasil se deixou ultrapassar por países que, antes, se encontravam atrás dele, em termos de efetividade do direito fundamental ao juízo imparcial.

4.3 O argumento de que “afirmar a necessidade de Juiz de Garantias seria uma generalização contra os magistrados criminais”

Existe uma linha de argumentação, que parece mais uma posição inspirada em algum sentimento de orgulho de classe, segundo a qual a defesa do Juiz de Garantias seria um ataque à categoria dos juízes criminais.

Essa ordem de ideias transpareceu, mais uma vez, na decisão liminar do Ministro Luiz Fux, que hoje mantém suspensa a implementação do instituto no país:

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.²²⁴

Há aqueles, mais moderados, que parecem argumentar, na linha do que constou da liminar do STF, que a possibilidade de o magistrado perder sua imparcialidade, atuando no inquérito, não pode ser tratada como regra²²⁵ que justificasse a adoção do Juiz de Garantias. Outros, de verve mais inflamada, chegam a chamar de *preconceituosa*, recusando-lhe qualquer “base científica”, a ideia de que o juiz do inquérito pudesse ter a imparcialidade comprometida para o processo, defendendo que a própria condição de “juiz” já seria garantia suficiente para o imputado:

Contudo, com todo respeito aos argumentos que procuram sustentar a afirmação – até certo ponto preconceituosa – de que todo juiz que decide medidas provisórias estará contaminado para sempre por esse contexto decisório, tais assertivas não se revestem de nenhuma base científica. Do que se parte, para tais afirmações, por vezes, é de um juízo daquilo que se imagina difícil, possível, ou provável acontecer.²²⁶

Em tempos de negacionismo, percebe-se que não é apenas no que concerne a pandemias e vacinas que se tenta relativizar o próprio valor da ciência enquanto ciência. O fenômeno social, de se procurar recusar validade científica ao que já foi empiricamente demonstrado há décadas – como a Teoria da Dissonância Cognitiva e a formação de heurísticas e vieses, já abordados no capítulo 2 – parece ser observado enquanto reação conservadora, sempre que uma classe ou categoria é confrontada com alguma tentativa de mudança das estruturas tradicionais do seu meio ou do seu ofício. E disso é exemplo esse tipo de reação, ou de reatividade hipersensível, que um segmento da categoria dos magistrados vem opondo ao Juiz de garantias.

²²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298/DF. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>.

²²⁵MORO, Sérgio Fernando; NOGAS, Matheus. *Fórmula do compromisso dilatório aplicada ao juiz das garantias*. In *Revista Jurídica*. Curitiba. v. 3. n. 56. 2019. pp. 524-547.

²²⁶GOMES, Abel Fernandes. “*JUIZ DAS GARANTIAS*”: *inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia*. In *Revista CEJ*. Brasília. Ano XIV. n. 51. out/dez 2010. pp. 98-105. p. 102.

Não se pode recusar validade científica às constatações da Psicologia, ao longo do século XX, quanto à formação de vieses e aos efeitos que a dissonância cognitiva acarreta nas ações do agente, após a tomada de uma decisão ou a formação de uma impressão²²⁷.

E isso não significa *acusar* os juízes de serem deliberadamente parciais, em favor do Ministério Público e contra o acusado. Tem-se feito questão de repetir, defender a necessidade do Juiz de Garantias não é atacar as qualidades dos juízes criminais, ou a retidão com que exercem a função jurisdicional.

É, isso sim, procurar libertá-los da função idealizada em que o racionalismo exacerbado de séculos passados os aprisionou, reconhecendo meramente que o magistrado é um ser humano, e não uma entidade superior, da qual se espera o impossível, e à qual se nega a suscetibilidade aos mesmos fenômenos que afetam e afligem a todos. Como afirmam Guilherme Madeira Dezem e Luciano Anderson de Souza²²⁸:

É importante que se ressalte essa ideia: não se trata de desconfiar do juiz, ou seja, não se trata de imaginar que o juiz seja alguém predeterminado a atuar contra o investigado.

No entanto, é inegável que pode haver alguma captura psíquica do magistrado pela tese acusatória ao se envolver de maneira profunda com a investigação. Trata-se de reconhecer que o juiz é humano e, como tal, sujeito aos fluxos e influxos de capturas e seduções das teses acusatórias quando atua de maneira mais próxima da investigação.

O que se defende é que a tomada de decisões pelo juiz, na fase de inquérito, tem o condão de comprometer a sua imparcialidade, pela imagem do fato e do investigado que o magistrado forma, já nesse momento, e que tem a tendência inconsciente de procurar reafirmar. Inconsciente, aqui, é a palavra-chave. O juiz não faz isso de propósito, ou porque é um mau juiz. E o reconhecimento desse fenômeno inconsciente não lhe é demeritório, nem o diminui, enquanto magistrado.

De mais a mais, o argumento de que a possibilidade não pode ser tratada como regra, na verdade, vale muito mais no sentido inverso, da promoção do Juiz de Garantias, do que no da crítica ao instituto.

É verdade que os receios quanto à perda de imparcialidade do juiz que atuou no inquérito situam-se, no limite, no campo da possibilidade, já que não se tem como adentrar a mente de cada magistrado e medir a sua parcialidade ou imparcialidade. O que acarreta a possibilidade, nunca negada, de também haver juízes menos afetados pela dissonância cognitiva, os quais poderiam, em tese, conservar mais intacta a sua imparcialidade, a despeito de terem atuado no

²²⁷Vide capítulo 2.

²²⁸DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.81.

inquérito. Nunca se pretendeu afirmar que os fenômenos do inconsciente sejam imperativos absolutos.

Mas é justamente porque existe a possibilidade – já demonstrada cientificamente – de haver perda da imparcialidade, quando o magistrado atua no inquérito, que se faz necessária a criação de uma regra que possa estender, a todo e qualquer jurisdicionado, o mesmo nível de proteção ao seu direito fundamental ao juízo imparcial. Uma regra que não deixe o imputado à mercê do acaso, na dependência da “sorte” de o juiz do seu processo ser mais ou menos suscetível à formação de vieses e aos efeitos da dissonância cognitiva.

Não se olvide que, pelas mesmas razões, a perda de imparcialidade é, em última instância, indemonstrável também para todas as outras hipóteses de impedimento do juiz, já previstas no ordenamento. Sendo impossível ao observador externo, conhecer o íntimo da mente do magistrado, é a *possibilidade* de que o seu julgamento possa pender em favor da sua esposa, do seu filho, do seu interesse econômico externo ao processo, etc., que justifica as previsões legais dos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal²²⁹. E ainda assim, essas hipóteses de impedimento, de possível perda de imparcialidade, que já existem desde 1941, são aceitas sem maiores celeumas, não se vê ninguém as chamando de “preconceituosas” ou de “desprovidas de embasamento científico”.

É a possibilidade de comprometimento da imparcialidade, o que basta para que se institua toda e qualquer causa legal de impedimento do magistrado, de modo que não faz sentido que seja diferente, com a criação do Juiz de Garantias, do impedimento do juiz do inquérito, para presidir o processo.

4.4 O argumento da “*falta de recursos materiais*”

Há quem argumente que a implementação do Juiz de Garantias demandaria, inexoravelmente, a necessidade de se criar novos cargos de juiz, país afora, o que seria um problema não só pela oneração dos cofres públicos, como pela possível ingerência que isso representaria, na autonomia financeira do Poder Judiciário²³⁰.

²²⁹BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941.

²³⁰SANTOS, Francisco Geraldo Matos; MARTINS, Urá Lobato. *O novo instituto do juiz das garantias no processo penal: uma análise dos aspectos legais e orçamentários*. In *Revista da Defensoria Pública da União*. Brasília. n. 14. 2020. pp. 95-113.

Mais uma vez, é preciso remeter à decisão liminar que mantém suspenso o instituto, na qual o Ministro Relator, para além de questionar a criação do Juiz de Garantias do ponto de vista orçamentário, também sugere que a introdução da figura poderia criar problemas, ao invés de resolvê-los, tumultuando a marcha e acarretando mais morosidade processual:

(...) a instituição do juiz das garantias, combinada com a morosidade atual de muitos juízos criminais do país em virtude do assolamento de processos, pode fornecer também incentivos à impunidade ou, ao menos, prejudicar a duração razoável do processo - aumentando o tempo necessário para que prestação jurisdicional final ocorra (...)²³¹

As duas inferências – a de que a criação do Juiz de Garantias implicaria sobrecarga orçamentária, e a de que a sua implementação geraria entraves processuais – parecem predicadas na premissa de que faltariam recursos materiais, na realidade judiciária brasileira atual, para que fosse possível adotar a separação entre o juiz do inquérito e o do processo. Não se nega que alguma adaptação vai se fazer necessária, e que toda mudança traz consigo um custo. No entanto, é preciso desmistificar a magnitude que se vem atribuindo ao suposto custo material para a implementação do Juiz de Garantias.

Por dedução lógica, chega-se ao ponto fulcral do problema como sendo o das comarcas ou seções judiciárias que contem com apenas uma vara, ou ao menos, com apenas uma vara criminal. Se o Juiz de Garantias pressupõe que o magistrado que atua no inquérito fica impedido para o processo, isso se revela um problema, nas localidades onde porventura officie apenas um juiz criminal.

A questão, no entanto, poderia ser enfrentada por meio da integração regional dos juízos de comarcas ou seções judiciárias próximas, em que os magistrados de duas localidades possam se alternar, nas funções de juiz do inquérito e juiz do processo. O óbice que, também por dedução lógica, se poderia levantar a essa solução, é o de que, num país de dimensões continentais como o Brasil, a distância entre uma comarca isolada e a que lhe é mais próxima pode inviabilizar a atuação integrada entre os seus magistrados, para que um pudesse funcionar como Juiz de Garantias em relação ao outro. A distância, no entanto, é um entrave que vai cada vez mais perdendo a importância, diante da difusão do processo eletrônico pelos tribunais do país.

Mas a afirmação de que a solução para as localidades de juízo único seria a integração regional e a adoção do processo eletrônico fica no vazio, sem a apresentação de dados que

²³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298/DF. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>.

permitam avaliar, concretamente, quais seriam as reais dificuldades de se implementar o Juiz de Garantias.

Para tanto, o Conselho Nacional de Justiça, após a promulgação da Lei 13.964/2019, criou um Grupo de Trabalho especialmente dedicado ao estudo dos efeitos e impactos de se implementar o Juiz de Garantias no Brasil. Como resultado, esse Grupo de Trabalho produziu o estudo “A Implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro”²³², o qual concluiu pela viabilidade da criação da figura, no país. A relevância desse estudo, no entanto, está no que ele trouxe de dados concretos, relativos aos questionamentos quanto à suposta falta de juízes ou de possibilidade material de implementação do Juiz de Garantias.

O Grupo de Trabalho colheu dados, por meio de um formulário encaminhado a Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, entre os dias 30/12/2019 e 10/01/2020 – imediatamente após, portanto, a promulgação da Lei 12.964/2019, que ocorreu na véspera de Natal do ano de 2019²³³. Esse formulário foi respondido por 19 Cortes, de todas as regiões do país, o que oferece um cenário representativo da realidade nacional²³⁴.

Como parte do formulário recebido, cada Tribunal participante precisava responder a 4 perguntas básicas: **i)** quantas unidades judiciárias contavam com um único juiz com competência criminal; **ii)** dessas unidades judiciárias de juiz criminal único, quantas delas ainda recebiam novos casos penais por meio de autos físicos; **iii)** das unidades judiciárias de juiz criminal único, que ainda recebiam novos casos penais pelo meio físico, quantas se situavam a mais de 70km da comarca ou seção judiciária mais próxima; e **iv)** quantos cargos de juiz criminal se encontravam vagos, naquele Tribunal, no momento da pesquisa (a virada do ano de 2019 para o ano de 2020)²³⁵.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais era o que, àquela altura, contava com o maior número de comarcas com um único juízo criminal, 176. Aquele Tribunal era, também, o de pior índice de digitalização de novos casos criminais: 100% das 176 comarcas de juízo criminal único recebiam novos casos penais exclusivamente por meio físico. No entanto, apenas 31

²³²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro. Brasília, jun. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>.

²³³BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, dez 2019.

²³⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro. Brasília, jun. 2020. p. 23. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>.

²³⁵BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro. Brasília, jun. 2020. p. 24. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>.

dessas comarcas, ou 18% do seu total, situavam-se a mais de 70km da comarca mais próxima. E mais, no momento da pesquisa, o TJMG contava com 32 cargos vagos de juiz criminal²³⁶.

Ou seja, o número de comarcas mineiras para as quais a implementação do Juiz de Garantias poderia se revelar crítica – aquelas cuja distância até a comarca vizinha poderia inviabilizar a integração regional, distância essa que não poderia ser superada pelo recurso aos meios digitais – era menor do que o número de cargos de juiz – cargos já existentes, que não precisariam ser criados – que se encontravam vagos, no período pesquisado. O que sugere que o simples preenchimento dos cargos que já existiam, e a sua distribuição otimizada, poderia atender às necessidades das comarcas em que a implementação do Juiz de Garantias se mostrasse mais problemática.

Isso sem mencionar que Minas Gerais teve, no ano de 2019 – para manter a proximidade temporal com o período da pesquisa – o terceiro maior PIB, entre todos os Estados da Federação, segundo dados do IBGE²³⁷. Que 100% dos novos casos criminais, naquele Estado, fossem ainda físicos, revela um atraso significativo, daquele Tribunal, na implementação do processo eletrônico que, naquela mesma data, já respondia pela totalidade dos novos casos penais, por exemplo, do Tribunal de Justiça do Amapá²³⁸, um Estado que teve, no mesmo ano, um PIB 37 vezes menor que o de Minas Gerais²³⁹.

A difusão do processo eletrônico era o que permitia, no momento da pesquisa, que o Tribunal de Justiça do Amazonas, o maior Estado brasileiro em extensão territorial, não apresentasse nenhuma comarca em situação crítica. Com efeito, o TJAM apresentava 50 comarcas com uma única vara criminal, 47 das quais situadas a mais de 70km de distância do juízo mais próximo. No entanto, 100% dos casos criminais, naquelas comarcas, já ingressavam no Poder Judiciário pela via eletrônica²⁴⁰.

E a falta do processo eletrônico lançava o Tribunal de Justiça do Pará, um Estado de dimensões semelhantes ao Amazonas, em situação bem diferente: no Pará, havia 20 comarcas em que o juízo criminal era único, os processos ingressavam por meio físico, e a unidade judiciária mais próxima era localizada a mais de 70km de distância. No entanto, o Tribunal

²³⁶BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro. Brasília, jun. 2020. p. 24. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>.

²³⁷Informação disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>>. Acesso em 08/06/2022.

²³⁸BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro. Brasília, jun. 2020. p. 24. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>.

²³⁹Informação disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>>. Acesso em 08/06/2022.

²⁴⁰BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro. Brasília, jun. 2020. p. 24. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>.

paraense, assim como o mineiro, contava, naquele momento, com 21 cargos de juiz criminal já existentes, mas vagos²⁴¹.

A criação do Juiz de Garantias, no Brasil, vai implicar algum custo de recursos materiais? Provavelmente vai. Mas os dados compilados pelo Grupo de Trabalho do CNJ revelam que, com a otimização do processo eletrônico e o melhor aproveitamento dos cargos de juiz que já existem, mas se encontram vagos, esse custo não se mostrará, nem de longe, um fator que *inviabilize* a implementação do instituto.

Outro dado do levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça é significativo: na Justiça Estadual brasileira, as localidades de vara única representam 59% do total de comarcas – mas respondem por apenas 17% do total de novos processos criminais. Na Justiça Federal, as seções judiciárias de vara única são 56% do total, mas respondem por apenas 26% dos novos processos criminais²⁴².

O que isso significa é que a esmagadora maioria dos casos penais acontece em unidades judiciárias nas quais existe mais de um juiz criminal. Negar a implementação do Juiz de Garantias, porque o mesmo seria “inviável” nas comarcas de vara única, seria sujeitar a grande maioria dos réus, em ações penais, a um nível de efetividade da garantia da imparcialidade – um direito fundamental – aquém do que lhes poderia ser assegurado, o que não se afigura, nem de longe, proporcional.

O Brasil é, sim, um país continental, e profundamente desigual, e é óbvio que uma comarca isolada no meio da Floresta Amazônica está muito longe de poder oferecer as mesmas condições materiais experimentadas, por exemplo, em São Paulo, ou em algum outro grande centro. Mas é uma inversão de valores, procurar pautar o nível de concretude dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, pelo *pior cenário* oferecido no país. A lógica deveria ser a inversa, não se deve nivelar a efetividade dos direitos fundamentais do acusado, numa cidade desenvolvida, pelos limites materiais da mais precária comarca do interior, mas sim o contrário, deve-se almejar, sempre, expandir as melhores condições materiais de concretização das garantias fundamentais, dos grandes centros em direção ao interior.

Restrições materiais existirão, que podem dificultar a implementação do Juiz de Garantias nas localidades mais isoladas, o que justifica que um prazo de implementação mais

²⁴¹BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro. Brasília, jun. 2020. p. 24. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>.

²⁴²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro. Brasília, jun. 2020. p. 27. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>.

compreensivo seja estipulado, com a participação de todos os Tribunais do país – um prazo a ser estritamente observado e rigorosamente fiscalizado, pelas Corregedorias de cada Tribunal e do próprio Conselho Nacional de Justiça, com a aplicação de sanções administrativas aos órgãos judiciais que não cumpram as metas estabelecidas de implementação do Juiz de Garantias.

O que não se justifica é a utilização da propalada “reserva do possível” como um teto para a efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Ela deve, isso sim, ser um piso, que sempre se pretenda elevar, nunca se fechando os olhos ao fato de que aprimorar a realização das garantias fundamentais deveria ser um trabalho constante de aperfeiçoamento das estruturas e instituições já existentes.

De mais a mais, todas as transformações do sistema processual penal brasileiro, em prol de um modelo mais igualitário, mais acusatório e mais respeitador dos direitos do imputado, representaram, inexoravelmente, alguma inconveniência de ordem orçamentária ou material. A criação dos Juizados Especiais Criminais, das Defensorias Públicas, das audiências de custódia – tudo isso deu trabalho para ser implementado.

Não obstante, assim é a evolução, e o ganho em qualidade da prestação jurisdicional, com maiores garantias de que o réu será submetido a um julgamento verdadeiramente imparcial, precisa ser visto como um objetivo que vale a pena ser perseguido, ainda que custoso. Pretender impedir o Juiz de Garantias, no Brasil, em razão de pretensas barreiras orçamentárias e déficits de magistrados, é incorrer no que Nereu José Giacomolli chama de pseudoargumentos “forjados na superfície do senso comum, envoltos em um fantasioso reducionismo utilitário”²⁴³.

No mesmo sentido é a crítica de Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter, que, de tão contundente, merece encerrar essa seção²⁴⁴:

O que se percebe, portanto, nessa pseudoargumentação, é o emprego de uma desculpa já conhecida (utilizada, por exemplo, para explicar a inexistência de Defensoria Pública em alguns Estados e a superlotação dos estabelecimentos prisionais do País) para acobertar o velho e perverso propósito de mudar o sistema desde que tudo fique como está, mantendo-se ‘[...] viva a espinha inquisitória do atual processo penal brasileiro, exatamente como projetada no período do Estado Novo.’

²⁴³GIACOMOLLI, Nereu José. *Juiz de garantias – um nascituro estigmatizado*. In MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coord.). *Setenta anos do código de processo penal brasileiro: balanços e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 307.

²⁴⁴LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. *A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. In Duc In Altum-Cadernos de Direito, v. 8, n. 16, 2017. p. 83. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11252>>. Acesso em: 25/11/2020.

4.5 O argumento da “*decretação de cautelares já no curso da ação penal*”

O último argumento contra o Juiz de Garantias sobre o qual se deve ponderar, é o de que o Juiz de Garantias não resolveria o problema da decretação de medidas cautelares contra o acusado, já no curso da ação penal. Com efeito, a competência do Juiz de Garantias deverá se encerrar após o recebimento da denúncia e, a partir do início da instrução, o processo estará sob a condução do magistrado que deverá julgar o mérito.

Mas pode acontecer de, durante o curso da ação penal, tornar-se necessário que o juiz profira alguma decisão, antes da sentença final, o que leva alguns opositores da figura a afirmar que o Juiz de Garantias, então, não resolveria problema nenhum²⁴⁵.

O magistrado da instrução pode, por exemplo, ser compelido a decretar a prisão preventiva do acusado, se sobrevier informação de que o mesmo tentava destruir provas, ou fugir do país. Se, como visto, a tomada de uma decisão gera dissonância cognitiva, e o juiz da instrução precisa decidir uma cautelar, antes de sentenciar, não ficaria, ele também, com a sua imparcialidade em cheque para o julgamento de mérito?

Por tudo quanto se viu no capítulo 2, a resposta é sim. O juiz que toma decisões anteriores à sentença, já no curso da instrução, está sujeito aos mesmos efeitos psicológicos da dissonância cognitiva, que justificam o afastamento do magistrado que atuou no inquérito. É possível que ele passe a, inconscientemente, buscar ativamente elementos que corroborem a decisão tomada, evitando aqueles que pudessem apontar na direção contrária.

Poder-se-ia sugerir que o juiz da instrução, ao decidir uma cautelar, preocupasse-se apenas com o *periculum libertatis*, e não com o *fumus commissi delicti*, este já reconhecido, pelo Juiz de Garantias, ao receber a denúncia. Que, uma vez em curso a ação penal, se o magistrado precisasse decidir um pedido de prisão contra o réu, ele prestasse atenção apenas no risco de fuga, no perigo para a prova, nos sinais de nova prática delitiva, e não na materialidade do crime que já está sendo processado, e nos indícios de autoria contra o réu.

No entanto, é forçoso reconhecer que isso seria uma tergiversação argumentativa. Pretender que o juiz, ao decretar a prisão do réu já durante o processo, pudesse desvincular essa decisão de toda e qualquer impressão sobre a probabilidade de culpa do acusado, é exercitar o mesmo formalismo desconectado da realidade que propugna que *a cognição seria rasa, na decretação da prisão, não justificando o afastamento do juiz que atuou no inquérito*.

²⁴⁵GOMES, Abel Fernandes. “JUIZ DAS GARANTIAS”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. In Revista CEJ. Brasília. Ano XIV. n. 51. out/dez 2010. pp. 98-105. p. 101.

O mais honesto é, sem dúvida, reconhecer que a hipótese de decretação de cautelares, no curso da ação penal e pelo juiz que deverá sentenciar, é ainda um problema, é ainda uma brecha pela qual podem reingressar, no sistema processual penal, os mesmos receios quanto à manutenção da imparcialidade, que o Juiz de Garantias tenta corrigir.

A única maneira logicamente coerente de enfrentar essa questão talvez fosse defender que o juiz da instrução, se decidisse alguma cautelar antes da sentença, deveria ser impedido de continuar até o julgamento de mérito. Isso implicaria a necessidade de redistribuição do processo, sempre que uma decisão cautelar fosse tomada. O que, muito provavelmente, seria impossível pois isso sim poderia inviabilizar o próprio processo, especialmente diante, por exemplo, da previsão – salutar e da qual não se pode prescindir – do artigo 316, parágrafo único do Código²⁴⁶, que determina a revisão necessária da decretação da prisão, a cada 90 dias.

O impedimento do juiz que decidisse qualquer cautelar, no curso do processo, acabaria, no limite, impondo a redistribuição do feito a um novo magistrado, a cada decisão de reanálise da necessidade de prisão. Não se pode ser tolo de defender essa solução como viável, ou hipócrita de negar que, em não o fazendo, está-se permitindo que se instale, no juiz que irá julgar, os mesmos fenômenos do inconsciente que se quis evitar, ao separar as funções de juiz do inquérito e juiz do processo.

Mas isso não é dizer que o Juiz de Garantias, então, seria inútil, ou que seria incongruente defender o impedimento do magistrado do inquérito, mas permitir a continuidade daquele que toma as mesmas decisões, já no curso da ação penal. Muito ao contrário, esse reconhecimento nada mais é do que aceitar que o Juiz de Garantias, como todo instituto que visa ao aperfeiçoamento dos direitos fundamentais, a despeito de ser importante e de trazer grande ganho, em termos de efetividade do direito ao júízo imparcial, tem ainda as suas limitações.

O Juiz de Garantias não vai ser capaz de solucionar todos os problemas do Processo Penal Brasileiro – nem mesmo vai conseguir remediar todos aqueles que digam respeito aos receios de perda da imparcialidade. Mas é inegável que, com a sua implementação, haverá um incremento substancial no nível de efetividade desse direito, no sistema como um todo. E um número muito maior de imputados terá mais assegurada a garantia de que será julgado por um magistrado imparcial, do que no atual cenário em que todos os réus, no Brasil, são julgados pelo magistrado que já proferiu contras eles ao menos uma decisão, de recebimento da denúncia.

²⁴⁶BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941.

Afinal, não se pode esquecer que a prisão, ou a decretação de qualquer outra cautelar, deveriam ser a exceção, não a regra. O normal deveria ser o investigado permanecer solto, o inquérito ser concluído e oferecida a denúncia a qual, recebida pelo Juiz de Garantias, inauguraria a fase processual, na qual mais uma vez o acusado de regra permaneceria solto e sem a decretação de cautelares, até a sentença de mérito, a qual seria proferida por um magistrado que, até aquele momento, não precisou tomar nenhuma decisão sobre o imputado, e formou a sua impressão sobre ele mediante exclusivamente a prova produzida em contraditório, com ampla defesa.

Mesmo nos casos em que há decretação de outras cautelares contra o imputado, até pela lógica do caminho investigativo, o mais comum é que elas sejam decretadas na fase pré-processual – é na investigação que se quebram os sigilos, se decretam as buscas, assim como a necessidade de bloqueio do patrimônio do investigado dificilmente é verificada *após* a decisão de recebimento da denúncia.

Resta a prisão, que, se decretada pelo Juiz de Garantias, e não revogada até o recebimento da denúncia, precisará ser reanalisada pelo magistrado da instrução. E sim, não se desconhece que é grande, no Brasil, o número de investigados presos, que se transformam em réus presos – o que significa que seria grande o número de imputados para os quais o juiz de mérito precisaria proferir decisão, antes da sentença.

Mas não se pode negligenciar que o elevado índice de encarceramento provisório, no Brasil, é uma distorção do sistema punitivo nacional, provocada pelos seus operadores, a qual não se pode legitimar, admitindo-a como argumento válido a obstar a adoção de uma figura que pretende ampliar o alcance de uma garantia fundamental.

Além do que, independentemente do número existente de investigados e réus presos, isso não anula que, para aqueles que venham a responder à persecução penal soltos, a existência do Juiz de Garantias representa um ganho inegável. A separação entre o juiz do inquérito e o da ação penal, se não elimina os riscos de perda da imparcialidade, representa, ainda assim, um raio de proteção a essa garantia fundamental bem maior do que o hoje experimentado, e isso por si só já é razão para se defender sua implementação.

Reconhecer que um novo instituto não será capaz de resolver *todos* os problemas que visa enfrentar não enfraquece a argumentação pela sua necessidade, justamente porque a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, no Processo Penal, é uma construção em constante aperfeiçoamento.

Trinta anos atrás, seria inviável implantar o Juiz de Garantias no Brasil, dado que a quantidade de comarcas de vara única seria, com certeza, muito maior do que é hoje, as

distâncias físicas muito mais intransponíveis, e o processo digital não existia. A evolução tecnológica e de estrutura dos meios de transporte, comunicação, e do próprio Poder Judiciário, tornaram possível a sua implementação hoje. Se o Juiz de Garantias tem os seus limites, nas possibilidades que oferece de concretização da garantia da imparcialidade, quem pode dizer que novas soluções trarão os próximos trinta anos?

De modo que se opor à criação do Juiz de Garantias, pelo fato de que ele não resolve os problemas da decretação de cautelares após o recebimento da denúncia, é negar uma melhoria possível na concretização da garantia fundamental à imparcialidade do juízo, apenas porque a essa concretização continuará não sendo plena e absoluta.

É não fazer avanço algum, em razão apenas daquilo que ainda falta avançar - o que não faz o menor sentido.

CONCLUSÃO

A conclusão a que se pode chegar, após a pesquisa aqui desenvolvida, é a de que o Juiz de Garantias é necessário, no sistema processual penal brasileiro e a sua implementação, em que pese possa dar trabalho, é possível.

O Juiz de Garantias é necessário, para que se possa ampliar o alcance e a concretude da garantia fundamental à imparcialidade do juízo. Com ele, o sistema processual brasileiro passa a oferecer melhores condições objetivas de imparcialidade para os seus julgamentos criminais. Toda parcialidade é, em última análise, subjetiva, é no íntimo de cada magistrado que se operará o comprometimento da sua imparcialidade. Cabe a um ordenamento processual penal que se pretenda democrático, instituir causas objetivas para o impedimento dos juízes, quando motivos possam lançar a possibilidade de a sua imparcialidade ter sido perdida, independentemente de se ter a certeza absoluta de que isso aconteceu ou não – o que será, no limite, impossível, por não se ter como adentrar a cabeça dos magistrados, a fim de aferir se eles se mantêm ou não imparciais.

A criação do Juiz de Garantias nada mais é do que a instituição de uma nova causa legal de impedimento do magistrado criminal – o impedimento de que o juiz que tenha oficiado, durante a investigação preliminar, presida e decida o mérito da ação penal subsequente.

Uma causa de impedimento que retira suas razões das descobertas da Psicologia, ao longo do século XX. Talvez daí venha a resistência ferrenha que parte dos operadores do Direito tem oposto ao Juiz de Garantias, afinal, o Processo Penal pátrio continua a seguir uma lógica jurídica do século XIX, em que se mitifica a figura dos juízes, como criaturas superiores, seres de pura razão, impermeáveis aos fluxos e influxos do inconsciente, que afligem os humanos comuns.

A cultura judiciária brasileira parece não ter dificuldades em aceitar que o juiz poderia perder a imparcialidade, se sua esposa fosse a advogada de defesa ou promotora do caso, ou se o réu lhe devesse dinheiro. Isso porque, talvez, a desconfiança de que o julgador pode favorecer a si próprio, aos seus interesses ou aos de sua família, seja mais intuitiva, uma ideia com a qual já se convive “desde que o mundo é mundo”, por assim dizer.

É muito mais difícil aceitar, no entanto, que o magistrado pode ter a sua imparcialidade comprometida devido a fenômenos do inconsciente, como a formação de vieses ou os efeitos da dissonância cognitiva, descobertas científicas que, para além de consolidadas apenas nas décadas mais recentes, abalam a autoimagem de seres movidos exclusivamente pela razão, não só dos juízes, dos humanos em geral.

Não obstante, a possibilidade de comprometimento da imparcialidade do juiz que já conheceu ou decidiu antes, sobre o mesmo caso penal, é tão real quanto aquela derivada do parentesco com as partes, ou de qualquer das outras causas de impedimento e suspeição já contempladas pelo Código de Processo Penal.

Como visto, devido aos efeitos da dissonância cognitiva pós-decisão e pós-primeira impressão, existe a tendência de que esse magistrado apresente uma evitação ativa, ou mesmo um esquecimento seletivo dos elementos, produzidos na instrução, que sejam dissonantes da sua decisão anterior, ao mesmo tempo em que poderá demonstrar um interesse ativo muito maior por aquilo que se produza, no processo, em consonância à imagem do caso penal que ele já trouxe consigo da fase pré-processual.

Essa quebra da imparcialidade é uma certeza absoluta? Não, em momento algum se propõe que todos os juízes sejam iguais, e, portanto, igualmente suscetíveis de sofrer os efeitos desses fenômenos do inconsciente, de modo que não se pode descartar a possibilidade, em tese, de haver juízes que, mesmo atuando na fase de inquérito, poderiam guardar intacta a sua imparcialidade, para a persecução penal em juízo. Mas, no limite, o mesmo não poderia ser dito de todas as outras hipóteses de impedimento e suspeição, já previstas na Lei, e contra as quais não se levanta polêmica?

Como é que se garante que todo e qualquer juiz será incapaz de manter a imparcialidade, quando em causa, por exemplo, o seu amigo íntimo, ou um inimigo capital? A conclusão de que, nesse caso, o juiz deve ser afastado é, em última instância, um juízo de possibilidade – é a possibilidade de que ele decida de maneira parcial, a favor do seu amigo ou em prejuízo do seu inimigo, que justifica o seu impedimento.

O mesmo vale para o Juiz de Garantias. A possibilidade de que o magistrado carregue consigo, do inquérito para o processo, algum viés, ou alguma propensão inconsciente em favor de alguma das partes, deveria bastar para que se aceitasse o impedimento do magistrado da investigação, para presidir a futura ação penal. E essa possibilidade é bastante real, já sobejamente demonstrada, no campo científico da Psicologia, por inúmeros estudos, conforme visto no capítulo 2.

Inclusive, é uma possibilidade – a de que o juiz que decidiu anteriormente sobre um caso tenha sua imparcialidade comprometida para decidir de novo, sobre o mesmo caso – já aceita pela lógica jurídica do próprio Código de Processo Penal, que prevê o impedimento de um magistrado decidir o caso sobre o qual já tenha se manifestado, sobre questão de fato ou de direito, em outra instância judicial.

Afinal, o que justifica o impedimento de um desembargador julgar o mesmo caso em que atuou em primeira instância? Ou de que o juiz sentencie o processo sobre o qual decidiu um HC, quando convocado ao Tribunal? E ressalte-se que, como visto, a doutrina nem exige, para que se configure o impedimento do artigo 252, inciso III, que a decisão anterior tenha sido sentença ou acórdão de mérito – basta que o magistrado tenha se pronunciado sobre questão de fato ou de direito.

Por que, então, é tão difícil aceitar a mesma lógica, no que diz respeito ao impedimento de que o juiz que já decidiu sobre o caso, no inquérito – e, ainda que não venha a decretar nenhuma cautelar, o magistrado, na primeira fase, pelo menos recebe a denúncia – para decidir o mérito da futura ação penal?

Mais do que já contida no ordenamento processual brasileiro, a lógica do Juiz de Garantias também é recomendada pela jurisprudência internacional. No ponto, é preciso desconstruir a análise tradicionalmente empreendida, em se tratando de Juiz de Garantias, da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

É preciso reduzir a importância que os comentadores brasileiros conferem aos precedentes, do TEDH, nos casos *Piersack vs. Bélgica* de *De Cubber vs. Bélgica*, esses precedentes não analisaram situações fáticas equiparáveis à realidade do juiz brasileiro, na fase de inquérito. Nesses dois julgamentos, o reconhecimento de que teria havido quebra de imparcialidade se deveu, em grande medida, pelo papel de condução da investigação, desempenhado pelo magistrado Belga, o que não acontece (ou não deveria acontecer) no Brasil.

Os casos *Piersack* e *De Cubber* precisam ser valorizados, no debate sobre o Juiz de Garantias, por aquilo que efetivamente têm de aplicável – a importância dada à faceta objetiva da imparcialidade, ao reconhecimento de que o sistema processual precisa oferecer garantias objetivas de que se preocupa em afastar toda e qualquer hipótese de parcialidade judicial, independentemente da subjetividade dos magistrados em causa.

Mas o verdadeiro reforço argumentativo, para a causa do Juiz de Garantias no Brasil, deveria ser buscado no precedente do TEDH no caso *Hauschildt vs. Dinamarca*.

Essa decisão do Tribunal Europeu vem sendo mal interpretada pela doutrina brasileira, que nela reconheceria uma suposta “flexibilização” do entendimento da corte europeia, de que

o juiz do inquérito não poderia atuar no processo. Quando a realidade é que não houve flexibilização nenhuma.

O TEDH afirmou, realmente, no caso *Hauschildt* que, *em tese*, o simples fato de o magistrado ter atuado na fase pré-processual não autorizaria a presunção quanto à sua perda de imparcialidade. O que comumente se olvida, nas análises desse precedente empreendidas no Brasil, é que, *in concreto*, o TEDH reconheceu a perda de imparcialidade no caso do juiz dinamarquês, que estava em análise, porque a lei daquele país exigia um aprofundamento no mérito da própria culpa ou inocência, para a decretação da prisão do investigado.

Aprofundamento esse, como visto no capítulo 3, equiparável, senão até inferior àquele que o Código de Processo Penal exige do magistrado brasileiro, como requisito para a decretação da prisão preventiva. Afinal, o artigo 312 do CPP exige que o juiz afirme a existência do crime, o que, por si só, é logicamente incompatível com três, das sete hipóteses legais de absolvição. E mesmo nos casos de decretação de alguma outra cautelar, que exija apenas os supostos “indícios de autoria”, esse juízo já seria suficiente para deflagrar, no inconsciente do magistrado, os efeitos deletérios decorrentes da dissonância cognitiva.

E não é apenas a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que recomenda a implementação do Juiz de Garantias no Brasil, a lógica jurídica elementar do instituto, a de que o magistrado que tomou uma decisão incursionando no mérito do caso penal, perderia a imparcialidade para decidir novamente sobre o mesmo caso, está presente, também, no precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.

Portanto, a realidade processual penal brasileira demanda a criação, no país, da figura do Juiz de Garantias.

E essa constatação não é em nada enfraquecida, quando confrontada com o argumento de que outros países que implementaram a figura o fizeram num contexto processual pior, em termos de inquisitorialidade, do que é o atual modelo brasileiro. A criação ou não do Juiz de Garantias não deveria se pautar por *quão piores eram os regimes processuais que adotaram a medida*, mas sim por *quão melhor vai se tornar o próprio Processo Penal brasileiro, em termos de efetividade da garantia da imparcialidade do juízo*, após a sua implementação.

Nem se quer, com a defesa do Juiz de Garantias, hostilizar os magistrados criminais brasileiros, diminuindo-os ou atacando-os nas suas qualidades morais e profissionais. Afirmar que é necessária a separação, entre o juiz do inquérito e o do processo, não é lançar dúvida sobre a retidão dos juízes que atuam na fase de investigação, é apenas reconhecer-lhes, permitir-

lhes, a própria condição humana. Afinal, é de fenômenos inconscientes que se fala, quando se descreve os problemas de manter o mesmo juiz do inquérito durante a ação penal.

Inconscientes. É dizer, independentes da vontade ou das qualidades do magistrado.

Também não tem lugar a oposição, ao Juiz de Garantias, fundada na suposta insuficiência de recursos materiais para a sua criação. Toda evolução do Processo Penal brasileiro, em direção a um modelo mais garantista e menos punitivista, enfrentou a resistência calcada na falta de recursos. Foi assim, por exemplo, com a criação das Defensorias Públicas, ou com a implementação das audiências de custódia.

A pesquisa realizada, pelo CNJ, quando da promulgação da Lei 13.964/2019, revelou que as principais dificuldades materiais para a implementação do Juiz de Garantias, aquelas enfrentadas pelas unidades judiciárias com uma única vara criminal, poderiam ser mitigadas pela utilização do processo eletrônico, pela integração regional de comarcas, ou pelo preenchimento e remanejamento de cargos de juiz já existentes, mas vagos.

E não deve ser impeditiva, para a criação do Juiz de Garantias, a constatação de que o mesmo não conseguirá pôr fim a todos os problemas do Processo Penal, atinentes à manutenção da imparcialidade do juiz, já que o magistrado da ação penal que viesse a decretar uma cautelar também estaria sujeito aos mesmos efeitos do inconsciente, pelos quais se defende o afastamento do magistrado que atuou no inquérito.

O fato de não poder resolver todos os problemas, não diminui a importância e a valia da solução que o Juiz de Garantias oferece àquilo que ele pode remediar. Não se pode recusar um avanço, apenas porque mesmo com ele ainda continua existindo espaço por avançar, porque o aperfeiçoamento da efetividade das garantias fundamentais precisa ser visto como um processo de construção constante. Após uma conquista, em termos de concretização das garantias do indivíduo, haverá sempre a próxima, pela qual se deve continuar lutando. Sempre foi assim, e tomara que sempre continue a ser, pois é isso que impulsiona a marcha dos direitos e garantias fundamentais para frente.

Dessa forma, espera-se ter contribuído para o debate acerca da necessidade de implementação do Juiz de Garantias, no Brasil, com argumentos em defesa da criação dessa figura, no ordenamento processual penal brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

ALFONSO, Paulino Varas. *El juez de garantía: protector permanente de los derechos fundamentales en la reforma procesal penal*. In *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, n. 63, p.p. 642-662, 2001.

ANDRADE, Danielle Souza de; CAVALCANTI, Silva. *O juiz das garantias na investigação preliminar criminal*. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 9, pp. 15-40, 2017.

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

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal (introduccion)*. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997.

ARONSON, Elliot. *O animal social: introdução ao estudo do comportamento humano*. Tradução de Noé Gertel. São Paulo: Ibrasa, 1979.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BÉLGICA. Código Judicial, de 10 de outubro de 1967. Bruxelas, 1967. Disponível em: <[https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=1967101002&&caller=list&N&fromtab=wet&tri=dd+AS+RANK&rech=1&numero=1&sql=\(text+contains+\(%27%27\)\)#t](https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=1967101002&&caller=list&N&fromtab=wet&tri=dd+AS+RANK&rech=1&numero=1&sql=(text+contains+(%27%27))#t)>, acesso em 29/04/2022.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Ariane Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, out. 1988.

BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, nov. 1992.

BRASIL. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF, jul 1996.

BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF, ago 2009.

BRASIL. Lei 12.245, de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Brasília, DF, jan 2016.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, dez 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. A implantação do Juiz das Garantias no Poder Judiciário Brasileiro. Brasília. jun. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.341-1/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 05 de junho de 2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298/DF. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México*. Tradução: Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 8.045/2010. Código de Processo Penal. Autor: Senado Federal, Sen. José Sarney (PMDB-AP).

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

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Aplication 8692/79. Requerente: Christian Piersack. Requerido: Estado da Bélgica. Estrasburgo, França, 01 de outubro de 1982. Disponível em: <

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Aplication 9186/80. Requerente: Albert De Cubber. Requerido: Estado da Bélgica. Estrasburgo, França, 26 de outubro de 1984. Disponível em: <

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Aplication 10486/83. Requerente: Mogens Hauschildt. Requerido: Estado da Dinamarca. Estrasburgo, França, 24 de maio de 1989. Disponível em: <

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Aplicação 79/1997/863/1074. Requerente: Ricardo Castillo Algar. Requerido: Estado da Espanha. Estrasburgo, França, 28 de outubro de 1998. Disponível em: <

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. 2016. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CRUZ, Rogerio Schietti. *Prisão cautelar – dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Juspodivm, 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O marco normativo do direito fundamental a um juiz imparcial: do passado ao presente*. In MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coord.). *Setenta anos do código de processo penal brasileiro: balanços e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 23-47.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. *Sobre a dissonância cognitiva, o autoengano e a ignorância autoimposta*. In *Derecho y Cambio Social*. Lima. v. 50. out. 2017. pp. 2-12.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. ampl. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

GARCIA, Alessandra Dias. *O juiz das garantias e a investigação criminal*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juiz de garantias – um nascituro estigmatizado*. In MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coord.). *Setenta anos do código de processo penal brasileiro: balanços e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 299-308.

_____. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GOMES, Abel Fernandes. “*JUIZ DAS GARANTIAS*”: *inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia*. In *Revista CEJ*. Brasília. Ano XIV. n. 51. out/dez 2010. pp. 98-105.

GOMES, Lúcia Pereira. *Papel do engajamento no aparecimento da dissonância cognitiva*. In *Arquivos Brasileiros de Psicologia Aplicada*. Rio de Janeiro. v. 21. n. 1. jan./mar.1969. pp. 17-22.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Um veto e o malabarismo psicológico*. In *Boletim do IBCCrim*. São Paulo. a. 16 n. 193. Dez. 2008. pp. 18-19.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *A opacidade em torno da discussão do promotor investigador (mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa)* In *Boletim IBCCrim*. São Paulo. a. 12. n.142. set. 2004. pp. 10-11.

_____. *Bom para quê(m)* In *Boletim IBCCrim*. São Paulo. a. 16. n. 188. jul. 2008. pp. 10-11.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. *A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. In *Duc In Altum-Cadernos de Direito*, v. 8, n. 16, 2017. pp. 55-91. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11252>>. Acesso em: 25/11/2020.

LORA, Deise H. K. *Subjetividade e imparcialidade no processo penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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*. In *Anais do XVII Congresso Nacional do COMPEDI*. Brasília: Conpedi, 2008. pp. 4.289-4.308.

_____. *Juiz de garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.964/19*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTEIRO, Maria Benedicta; VALA, Jorge (Coord.). *Psicologia social*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

MONTERO AROCA, Juan et. al. *Derecho jurisdiccional III: processo penal*. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

MORO, Sérgio Fernando; NOGAS, Matheus. *Fórmula do compromisso dilatatório aplicada ao juiz das garantias*. In *Revista Juridica*. Curitiba. v. 3. n. 56. 2019. pp. 524-547.

MUÑOZ SAAVEDRA, Yeimy Yesivel. *El juez de garantías como aplicador de la medida cautelar de la detención preventiva en el sistema penal acusatorio*. Ciudad de Panamá: Universidad de Panamá, 2011. 144 f. Tese de Doutorado. Universidad de Panamá, 2011.

MYERS, David G. *Psicologia social*. Tradução de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: AMGH, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 15. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Requerente: Mauricio Herrera Ulloa. Requerido: Estado da Costa Rica. San José, Costa Rica, 02 de julho de 2004. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 8. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2016.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: a nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução Leonidas Hegenberg, Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição*. *Direito & Justiça*, v. 39, n. 1, 2013.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

RODRIGUES, Aroldo. *Consistência cognitiva e comportamento social*. In *Arquivos Brasileiros de Psicologia Aplicada*. Rio de Janeiro. v. 21. n. 2. abr./jun. 1969. pp. 9-86.

RODRIGUES, Aroldo; ASSMAR, Eveline Maria Leal; JABLONSKI, Bernardo. *Psicologia social*. Petrópolis: Vozes, 2016.

ROSA, Inês Valente; SCHOLTEN, Marc; CARRILHO, Joana Paixão. *Festinger revisitado: Sacrifício e argumentação como fontes de conflito na tomada de decisão*. In *Análise psicológica*. v. 24. n. 2. 2006. pp. 167-177.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

SANTOS, Francisco Geraldo Matos; MARTINS, Urá Lobato. *O novo instituto do juiz das garantias no processo penal: uma análise dos aspectos legais e orçamentários*. In *Revista da Defensoria Pública da União*. Brasília. n. 14. 2020. pp. 95-113.

SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito / Bernd Schünemann*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp. 205-221.

SILVA, Danielle Souza de Andrade. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. 2003. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. *A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

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

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases: Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty*. Science, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.