



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

IURY ÍTALO SOARES DE OLIVEIRA

**O JUIZ DAS GARANTIAS À LUZ DA TEORIA DA DISSONÂNCIA
COGNITIVA DE LEON FESTINGER**

Recife
2023

IURY ÍTALO SOARES DE OLIVEIRA

**O JUIZ DAS GARANTIAS À LUZ DA TEORIA DA DISSONÂNCIA
COGNITIVA DE LEON FESTINGER**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito pela Universidade Federal
de Pernambuco.

Área de Concentração: Direito
Processual Penal.

Orientador: Prof. Dr. Teodomiro
Noronha Cardozo.

Recife
2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Oliveira, Iury Italo Soares de.

O Juiz das Garantias à luz da teoria da dissonância cognitiva de Leon
Festinger.

/ Iury Italo Soares de Oliveira. - Recife, 2023.

51 f.

Orientador(a): Teodomiro Noronha Cardozo

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade
Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito -
Bacharelado, 2023.

1. Juiz das garantias. 2. Teoria da Dissonância Cognitiva. 3.
Imparcialidade do Julgador. 4. Processo penal. 5. I. Cardozo,
Teodomiro Noronha. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

IURY ÍTALO SOARES DE OLIVEIRA

**O JUIZ DAS GARANTIAS À LUZ DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA DE
LEON FESTINGER**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Pernambuco,
Centro de Ciências Jurídicas, como
requisito parcial para a obtenção do título
de bacharel(a) em Direito.

Aprovado em: 24 / 04 / 2023.

BANCA EXAMINADORA

Profº. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Profº. Paulo Simplício Bandeira (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Profª. Dra. Ângela Simões Farias (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso apresentará o tema “O Juiz das Garantias à luz da Teoria da Dissonância Cognitiva de Leon Festinger”, sendo desenvolvido ao longo de 3 (três) capítulos, discorre-se sobre os modelos processuais penais, os meandros da figura do juiz das garantias, instituída pelo denominado “Pacote Anticrime” e, com base na Teoria da Dissonância Cognitiva de Festinger, como juiz das garantias pode solucionar alguns dos problemas que acometem o sistema processual penal brasileiro, garantindo a realização da justiça e concretizando os princípios norteiam o Estado Democrático de Direito. Na elaboração deste trabalho, adotou-se o método hipotético-dedutivo, que consiste em submeter uma premissa à falseabilidade, por meio do embate epistemológico, testando a hipótese por meio da observação de experimentos e estudos, para, ao final, verificar se permanece válida ou não. Utilizando-se da revisão de literatura como apoio, examinou-se as contribuições de diversos autores sobre o assunto em questão, por meio de consulta a livros, artigos científicos e periódicos acadêmicos.

Palavras-chave: Juiz Das Garantias; Teoria da Dissonância Cognitiva; Imparcialidade do Julgador; Processual Penal.

ABSTRACT

The present term paper will present the theme "The Guarantee Judge in the light of Leon Festinger's Theory of Cognitive Dissonance", being developed throughout 3 (three) chapters, it is discussed on the criminal proceedings models, the intricacies of the figure of the Judge of Guarantees, instituted by the so called "Anti-Crime Package", the impartiality of the judge as a basis for an accusatorial model of criminal procedure and, based on Festinger's Theory of Cognitive Dissonance, how the judge of guarantees can solve some of the problems that beset the Brazilian system of criminal proceedings, ensuring the realization of justice and realizing the principles that guide the Democratic State of Law. In preparing this term paper, the hypothetical-deductive method was adopted, which consists in submitting a premise to falsifiability, by means of epistemological discussion, testing the hypothesis through the observation of experiments and research to, in the end, verify whether it remains valid or not. A vast bibliographic review was carried out, using as support and basis contributions from various authors on the subject in question, by consulting books, scientific articles and academic periodicals.

Keywords: Judge of Guarantees; Cognitive Dissonance Theory; Impartiality of the Judge; Criminal proceedings.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
1.1 Problemática	8
1.1.1 Hipótese da Pesquisa	9
1.1.2 Pergunta preliminar	10
1.1.3 Resposta preliminar	10
1.2 Metodologia.....	10
1.3 Objetivo geral	10
1.4 Objetivos específicos	11
1.5 Justificativa.....	11
2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	13
2.1 O Sistema Processual Inquisitório	13
2.2 O Sistema Processual Acusatório.....	15
2.3 O Sistema Processual “Misto”.....	16
2.4 O Sistema Processual Penal Brasileiro e suas Características	18
3 O JUIZ DAS GARANTIAS	21
3.1 A Lei nº 13.964/2019 e o ambicioso “Pacote Anticrime”.	21
3.2 Direito Comparado: O Juiz das Garantias no Contexto Internacional.	25
3.2.1 França	25
3.2.2 Portugal	26
3.2.3 Itália	27
3.2.4 Chile	28
3.3 As Principais Modificações na Legislação Processual Penal do Brasil.	29
4 A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA	34
4.1 Conceituação e Surgimento da Teoria da Dissonância Cognitiva.....	34
4.2 A Teoria da Dissonância Cognitiva em experimentos práticos.	36
4.3 A Dissonância Cognitiva e a Imparcialidade do Juiz.....	39
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

1.1 Problemática.

O presente trabalho se ocupará de conceituar a teoria da dissonância cognita desenvolvida por Leon Festinger, um dos conceitos mais clássicos da psicologia, e entender a relação existente entre esta teoria e o chamado “Juiz das Garantias”, instituído pela Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, alcunhada de “Pacote Anticrime”, a qual alterou 17 (dezessete) leis - dentre as quais estão inseridos o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Execuções Penais – impactando profundamente toda a legislação processual penal brasileira.

Em janeiro de 2020, o ministro Luiz Fux, então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), suspendeu por tempo indeterminado a implementação do juiz das garantias em âmbito nacional, em resposta às várias ações que questionavam a sua viabilidade prática.

O juiz das garantias já é objeto de discussão no mundo jurídico há décadas, mesmo que denominado de forma diversa, apesar do debate ter tomado força no Brasil apenas em 2019, com o “Pacote Anticrime”, de autoria do então Ministro da Justiça, Sérgio Moro.

Em paralelo, tem-se a Teoria da Dissonância Cognitiva, a qual busca entender determinados padrões no comportamento humano quando diante de situações que geram um estado de desconforto consigo mesmo, em razão de uma incoerência entre o que se crê e o que lhe é apresentado na realidade.

A imparcialidade do juiz é uma das maiores garantias de realização de justiça, uma vez que esta só pode ser alcançada por meio de um sistema acusatório pleno e efetivo. Com isso em mente, o Constituinte de 1988 tratou de evidenciar que o sistema adotado pelo Brasil seria o acusatório, mormente pela separação entre acusador e julgador, bem como pela imposição do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CRFB/88, a

fim de obter a imparcialidade no julgamento, essencial para que se tenha um Estado Democrático de Direito.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos – assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 – da qual o Brasil é signatário, o artigo 8º preceitua que todo indivíduo tem o direito de ser ouvido por um "juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei".

A atuação do juiz na fase pré-processual no Brasil vai de encontro ao que se entende como sistema acusatória ideal, haja vista que há diversas normas no nosso Código Processual Penal, que é anterior à própria Constituição, que embasam significativas críticas à nossa legislação, decorrentes do fato de que estes dispositivos carregam consigo características marcadamente inquisitoriais, mormente a gestão das provas na mão do juiz.

Buscar-se-á questionar, com base na Teoria da Dissonância Cognitiva, a imparcialidade do juiz frente aos atos praticados durante a investigação preliminar. Utilizando-se de conhecimentos do campo da psicologia, irá se analisar se um juiz que recebeu a denúncia e que concedeu alguma medida cautelar não estaria contaminado pelas informações obtidas na fase pré-processual, afetando sua imparcialidade e a tomada de decisões no decorrer de toda a fase processual.

1.1.1 Hipótese da Pesquisa

A imprescindibilidade da completa separação entre o juiz responsável pela investigação criminal (inquérito) e o juiz do processo, separando as funções de investigação e julgamento, para que não se contamine a imparcialidade do julgador. Possibilitando, assim, que os princípios constitucionais sejam concretizados e que se desenvolva um Estado Democrático de Direito pleno e efetivo.

1.1.2 Pergunta preliminar

Se o juiz acompanha toda a investigação preliminar, sendo chamado a decidir medidas invasivas e diligências que eventualmente flexibilizem direitos fundamentais, esse juiz pode vir a construir uma pré-concepção ou um preconceito em relação à vindoura imputação que seja deduzida em juízo?

1.1.3 Resposta preliminar

Sim, tendo como base a teoria da dissonância cognitiva de Leon Festinger, a partir do momento que o juiz decide ou manifesta suas opiniões na fase da investigação, principalmente quando *ex officio*, suas próximas decisões tendem a buscar pela confirmação do seu posicionamento anterior, ainda que de maneira inconsciente, como uma forma de evitar o desconforto e o estresse gerados pela dissonância cognitiva. De modo que o juiz que acompanha a ação desde a investigação preliminar tem a sua pré-compreensão influenciada quando da instrução probatória em juízo e, enfim, na prolação de uma sentença que resolva a culpa sobre a imputação.

1.2 Metodologia

Para o desenvolvimento do presente trabalho adotar-se-á o método hipotético-dedutivo de Karl Popper, que consiste em submeter uma premissa à falseabilidade, por meio do embate epistemológico. O presente trabalho tem como proposição o juiz das garantias à luz teoria da dissonância cognitiva, analisando o impacto da dissonância cognitiva no comportamento dos magistrados, a qual será submetida ao teste prático de falseabilidade para, ao final, verificar se a hipótese permanece válida.

Por meio da revisão bibliográfica, debruçar-se-á sobre bibliografia nacional e estrangeira, artigos científicos, monografias, dissertações de mestrado e periódicos científicos de diversos autores sobre o assunto em questão.

1.3 Objetivo geral

Compreender a Teoria da Dissonância Cognitiva e sua relação com a imparcialidade do julgador, de maneira que se entenda a importância da implementação eficaz do juiz das garantias no Brasil.

1.4 Objetivos específicos

- a) Discorrer sobre os modelos processuais do ordenamento brasileiro.
- b) Compreender o Juiz das Garantias, que surge por meio da Lei nº 13.964/19, bem como suas implicações no sistema processual penal brasileiro;
- c) Conceituar a Teoria da Dissonância Cognitiva e entender seus possíveis impactos no comportamento humano, em especial, sua influência nas decisões dos magistrados;

1.5 Justificativa

O sistema processual penal brasileiro passou por uma grande mudança com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, que instituiu o "juiz de garantias". Esse novo modelo de atuação do magistrado busca garantir uma maior imparcialidade do processo penal, separando as funções de investigação e julgamento.

Desde a sua criação, o juiz de garantias tem sido alvo de muitas críticas e questionamentos por parte de diversos setores da sociedade. Alguns questionam a sua viabilidade prática, outros defendem que sua implementação demandaria uma grande estruturação do sistema de justiça criminal e ainda há quem aponte a possibilidade de interferência política na nomeação dos juízes.

É fundamental realizar uma pesquisa aprofundada sobre o tema do juiz das garantias, a fim de esclarecer as dúvidas e contribuir para um debate mais informado e embasado. É importante também avaliar os impactos que essa mudança pode ter no sistema de justiça criminal brasileiro e na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo investigar o juiz de garantias, analisando sua origem, evolução e características, bem como apresentar e discorrer acerca dos argumentos que corroboram a favor da sua implementação, lastreados na Teoria da Dissonância Cognitiva de Leon Festinger, apontando também algumas das críticas direcionadas este instituto jurídico.

No primeiro capítulo realizar-se-á uma apresentação introdutória da divisão clássica da doutrina no que tange aos modelos de sistemas processuais penais, bem como delinear as notas características do modelo processual brasileiro.

No segundo capítulo aborda-se o juiz das garantias em si e seus impactos na legislação processual penal do Brasil, realizando também um estudo do direito comparado tendo como base a experiência de outros países que adotaram institutos semelhantes ao do juiz das garantias em sua legislação.

Já no terceiro capítulo, trata-se da Teoria da Dissonância Cognitiva desenvolvida por Leon Festinger, discorrendo sobre sua conceituação e sua relação com o direito, em especial no que diz respeito ao seu impacto na atuação e na imparcialidade do julgador durante a atividade jurisdicional.

2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

2.1 O Sistema Processual Inquisitório

O sistema inquisitório, como se pode deduzir pelo próprio nome, remonta à Idade Média, período da Santa Inquisição e dos Tribunais Eclesiásticos. Nesse sentido, o sistema inquisitório não nasce tendo uma relação direta com a criminalidade, isto é, com a tutela de bens jurídicos como o patrimônio, a vida, a integridade física, dentre outros, mas sim relacionado ao desvio no que diz respeito aos dogmas estabelecidos pela Igreja Católica, no contexto da Reforma Protestante do século XVI¹. Assim, fundamentando-se na busca pela “verdade real”, o aparato de repressão inquisitorial girava em torno do arcabouço ideológico oferecido pelo dogmatismo religioso da época (KHALED JR., 2010, p. 294).

O juiz atuava como parte, investigava, dirigia toda a produção de provas, acusava e julgava. O processo era sigiloso, sob a justificativa de que a curiosidade dos populares poderia atrapalhar os métodos do inquisidor e, por conseguinte, a busca pela justiça.

Destaca-se trecho de Aury Lopes Jr:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu (LOPES JR, 2019, p. 46).

O que se tinha era um princípio de presunção de inocência às aversas, ou melhor, uma presunção de culpa, pois bastava um mero rumor para dar início à investigação, sendo que a prisão era regra, não havendo sequer constatação de inocência na sentença que absolvía o réu, mas um mero reconhecimento de insuficiência de provas para sua condenação.

¹ A Reforma Protestante foi um movimento importante dentro do cristianismo ocidental na Europa do século XVI, representou um desafio religioso e político para a Igreja Católica e em particular para a autoridade papal, decorrente do que eram percebidos como erros, abusos e discrepâncias cometidos pela Igreja. É considerada um dos eventos históricos que marcam o início do período moderno.

Quanto às provas, vigorava o sistema tarifado, ou seja, estas possuem valor pré-estabelecido e presunções absolutas, sendo a confissão a "rainha das provas", não havendo qualquer limitação quanto aos meios utilizados para extraí-la, pois se utilizava a justificativa de que estavam em uma missão sagrada. Em razão disso, tinha-se a prisão ainda na fase de investigação como regra, na medida que assim o inquisidor tinha o acusado a seu dispor, podendo torturá-lo e obter a confissão.

O modelo processual da Inquisição se afastava da cognição e critérios objetivos, gerando uma subjetivação do processo. O escopo do processo penal passara a ser meramente a confirmação da hipótese que o juiz já havia criado. Nesse sentido, o professor Salo de Carvalho ressalta que “o processo inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz” (CARVALHO, 2003, p. 21-22).

Tem-se o juiz como a figura principal e soberana do processo. Aury Lopes Júnior destaca, de forma sucinta, as principais características do sistema inquisitório: i) Juiz aglutina a função de investigar, acusar e julgar; ii) gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo); iii) Juiz como gestor da produção de provas, podendo, inclusive, atuar de ofício; iv) Juiz Parcial; v) Inexistência de contraditório pleno e ampla defesa; vi) Desigualdade de recursos e oportunidades (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 47-48).

Destaca-se que o inquérito policial, uma das fases da persecução penal no Brasil, possui características marcadamente inquisitoriais, pois não permite o contraditório nem a ampla defesa, uma vez que ainda não há uma acusação contra o investigado, de modo que o indivíduo passa a ser apenas um objeto de pesquisa conduzida pela autoridade policial (RANGEL, 2015, p. 95), totalmente à mercê do poder do Estado.

Como sintetiza CUNHA MARTINS (2010), com efeito, no processo inquisitório há um “desamor” pelo contraditório, somente possível no sistema acusatório.

2.2 O Sistema Processual Acusatório

Com o advento da modernidade e o surgimento da codificação, fruto das ideias iluministas que passaram a pôr o “homem” no centro das ações do mundo, iniciou-se um movimento de laicização do Estado e do Direito, trazendo uma gradativa ideia de tolerância, passando a ser empreendida uma racionalização do poder punitivo do Estado a partir de um paradigma humanitário, não mais fundado na ideia de uma “missão sagrada” como no sistema inquisitório. Assim, buscou se afastar das arbitrariedades do período inquisitório, desenvolvendo o que seriam entendidos como fundamentos do direito penal moderno, cuja característica era de uma intervenção limitada e restrita do Estado, bem como a tutela de garantias e liberdades individuais diante de um Estado propenso a violar tais liberdades.

Corroborando para a tese supra o seguinte trecho, destacado da obra de Salo de Carvalho :

com a laicização do Estado e do direito, o crime não corresponde mais à violação do divino, mas à livre e consciente transgressão da norma jurídica promulgada pelo Estado, submetendo o infrator à penalidade retributiva decorrente do inadimplemento [...] (CARVALHO, 2003, p.43).

A verdade passaria a ser construída em um procedimento de atos concatenados, racionalizados e ritualizados, de modo que a incriminação de um indivíduo deverá seguir um percurso racional-legal que através de procedimentos impessoais, por meio de provas e testemunhos, irá construir a “verdade” da acusação (MISSE, 2007, p. 17).

Em contraposição ao que é adotado pelo sistema inquisitorial, o sistema acusatório é caracterizado pela separação das funções de acusar, defender e julgar, que, ao afastar o juiz da iniciativa probatória, trouxe igualdade de posições entre defesa e acusação, fortalecendo a estrutura dialética e assegurando a imparcialidade do julgador. Esse, então, passa a ser o principal escopo do sistema processual, garantir a imparcialidade do julgador, o devido processo legal, a eficácia do contraditório e da ampla defesa, bem como atender ao princípio da publicidade e demais garantias fundamentais pré-estabelecidas normativamente, impondo-se o dever de motivação

das decisões judiciais, como forma de evitar decisões arbitrárias que remetam aos sistemas absolutistas de outrora.

Ilustra o Ministro Celso de Mello no *habeas corpus* nº 162650, que, em face dessa nova ordem jurídica, o processo penal deixa de ser visto não mais como meio para concretização da pretensão punitiva do Estado para transformar-se em instrumento de salvaguarda de direitos (MELLO, 2019).

Apenas se houver a eficaz separação das funções de acusar, defender e julgar, deixando exclusivamente na mão das partes a iniciativa probatória, que se cria uma possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter um juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual.

Para que o processo penal em um modelo acusatório seja devidamente respeitado, é necessário que a iniciativa probatória seja exclusivamente das partes, decorrência lógica da distinção entre as funções, de modo que se mantenha o juiz da ação como um terceiro imparcial, alheio à investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, promovendo um tratamento igualitário das partes, com um contraditório e ampla defesa sólidos.

Percebe-se que o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do sistema acusatório é o fato de, ao promover a clara distinção das funções e retirando da mão do julgador a gestão das provas, este segundo permite preservar o juiz na condição de terceiro desinteressado em relação às partes, isto é, um juiz imparcial, estando alheio aos interesses processuais.

2.3 O Sistema Processual "Misto"

O Sistema Misto nasce com o Código Napoleônico de 1808 e a divisão do processo penal em duas fases: fase pré-processual (inquisitória) e fase processual (acusatória). O sistema brasileiro é caracterizado por muitos como misto, justamente com base nessas premissas. Contudo, alguns doutrinadores criticam essa qualificação, como o Aury Lopes Júnior (2019), que qualifica o Sistema Misto como

“uma grande ilusão”. Nesse sentido, alguns autores tem se destacado na denúncia do que chamam de “falácia do sistema misto”, como é o caso de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001).

A partir da noção de núcleo fundante, isto é, a predominância das características de um sistema acusatório ou inquisitivo, sustenta-se que o sistema misto brasileiro é um sistema essencialmente inquisitório:

Embora em outros casos sistemas mistos possam ser majoritariamente acusatórios, o fato é que qualquer comprometimento na estrutura acusatória do sistema já basta para caracterizá-lo como inquisitório. Inclusive pode ser dito que não há efetivamente nenhum sistema plenamente acusatório em vigor em escala mundial, seja na estrutura da civil law (continental) ou na estrutura da common law (anglo-americana), como será visto posteriormente. Em suma: a Inquisição ainda vive, ou pelo menos o sistema por ela proposto (COUTINHO, 2001, p. 18).

Na medida que atualmente todos os sistemas do mundo são mistos, é reducionista tomar como paradigma a mera “separação inicial” das “funções de acusar e julgar” para caracterizar o processo acusatório, sendo os modelos puros apenas uma referência histórica. Desse modo, ao observarmos um sistema, torna-se essencial analisar o “núcleo fundante” para definir o predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, caso a gestão da prova esteja na mão do juiz, temos um sistema inquisitório, caso a gestão da prova esteja exclusivamente na mão das partes, tem-se um sistema acusatório (LOPES JR, 2019, p.50).

Quando se fala em “sistema misto” tem-se duas vertentes doutrinárias no Brasil.

A primeira corrente entende que este sistema se caracteriza pela mera divisão em fase pré-processual e fase processual, sendo a primeira de caráter inquisitório e a segunda acusatória. Ocorre que alguns doutrinadores entendem esta corrente como sendo reducionista.

Enquanto uma segunda corrente, norteadora por Carvalho, tem uma visão mais crítica no que diz respeito à insuficiência conceitual do sistema misto, sustentando que o fato do sistema processual penal ser misto se traduz, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos

secundários), que de um sistema são emprestados ao outro. Dessa maneira, para esses autores, os sistemas não podem ser mistos, já que estes são formados por um princípio unificador, qual seja, se o princípio informador é o inquisitivo (gestão da prova nas mãos do juiz) ou acusatório (gestão da prova nas mãos das partes) (COUTINHO, 2001).

Para que se tenha a possibilidade de um juiz imparcial, torna-se fundamental que se mantenha a separação entre as funções de acusar e julgar, para que a estrutura acusatória não se rompa, sendo imprescindível para tanto que a iniciativa probatória esteja sempre nas mãos das partes.

2.4 O Sistema Processual Penal Brasileiro e suas Características

Em que pese as considerações apresentadas no tópico anterior, parte significativa dos processualistas penais ainda afirma que no Brasil vigora um sistema misto, sendo predominantemente inquisitório na fase pré-processual (inquérito) e acusatório na fase processual. Contudo, atualmente, tomar como base apenas esses elementos para classificar um sistema como misto é deveras reducionista, a ponto de não nos dizer praticamente nada sobre um dado sistema, com vistas que, observando apenas esse parâmetro, todos os sistemas do mundo são mistos.

Alguns autores incorrem no mesmo erro ao classificar o sistema penal brasileiro como “acusatório formal” ou misto com predominância acusatória. No entanto, estes processualistas ignoram aspectos de ordem empírica e normativa que desmentem essa caracterização. O formato da investigação preliminar e alguns dispositivos inquisitoriais de caráter processual mostram o quanto é equivocada essa posição, como bem percebeu Kant de Lima. A constatação do autor é, inclusive, compartilhada pela doutrina mais progressista em relação ao tema: o comprometimento do modelo acusatório brasileiro se dá nas duas etapas, ainda que seja mais evidente na fase preliminar (LIMA, 1989, p. 75).

Os problemas não giram em torno apenas da fase pré-processual, mas também dizem respeito à fase processual, de modo que desfiguram a estrutura acusatória do procedimento penal ao ponto de não ser possível caracterizá-lo mais como um modelo

acusatório. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, por possuir a fase inquisitória (inquérito) e a fase acusatória (processo), tomando como base o princípio informador postulado por Carvalho, a fase processual não seria de fato acusatória, e sim inquisitória, na medida em que o núcleo fundante é o inquisitivo, pois a gestão da prova permanece nas mãos do juiz, mesmo durante a fase processual. Por essa razão Aury Lopes Jr. afirma que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, utilizando-se da expressão “neoinquisitório” para referenciá-lo, como uma forma de diferenciá-lo da referência histórica medieval (LOPES JR, 2019, p.52).

Para compreender a atual estrutura processual do país, faz-se central apresentar o contexto histórico de como surgiu o nosso modelo processual. O Código de Processo Penal brasileiro atualmente vigente veio à tona com o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Trata-se de norma concebida durante o período ditatorial, conhecido como “Estado Novo”², estando inspirado no Código de Processo Penal Italiano de 1930 (*Codice Rocco*), de matriz ideológica marcadamente inquisitorial.

A Constituição Federal de 1988 buscou romper com este modelo inquisitorial até então vigente, combatendo concepções que exacerbavam os poderes inerentes à figura do juiz, atribuindo-lhe iniciativas não condizentes com a imparcialidade que um sistema acusatório demanda, conseqüentemente, provocando mudanças nas diretrizes norteadoras do processo penal.

Apesar da imprescindibilidade da separação entre acusação e julgador no arcabouço do sistema acusatório, essa separação inicial é insuficiente para que se implemente um modelo acusatório pleno, uma vez que ainda permitimos ao juiz assumir um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como vemos positivado no art. 156, incisos I e II do Código de Processo Penal.

² Estado Novo é como ficou conhecida a ditadura instaurada por Getúlio Vargas entre os anos de 1937 e 1945. Teve forte influência de ideais fascistas, até mesmo na Constituição, que iniciou institucionalmente o período e foi apelidada de polaca, porque foi inspirada nas leis da Polônia e Itália.

Com o advento da reforma trazida pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, para além do instituto que se abordará adiante neste trabalho, trouxe também o artigo 3º-A do Código de Processo Penal, que passou a prever expressamente que o ordenamento jurídico brasileiro possui estrutura acusatória:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

O dispositivo supracitado veda a atuação de ofício do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Assim, a iniciativa probatória no processo caberia privativamente às partes.

A Constituição de 1988 já delineava a estrutura de um processo acusatório, fundando no devido processo legal, na separação entre julgador e acusação, no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras e princípios que regem o Processo Penal Brasileiro, mas para efetivação do sistema acusatório é imprescindível afastar a vigência de artigos dissonantes do Código de Processo Penal, isto é, substancialmente inconstitucionais, como, por exemplo, que decreta a prisão preventiva de ofício no curso do processo, uma busca e apreensão (art. 242 do CPP), o sequestro (art. 127 do CPP); ouça testemunhas além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196 do CPP); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, incisos I e II do CPP); reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegadas (art. 385 do CPP); condene, ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385 do CPP), altere a classificação jurídica do fato (art. 383 do CPP), dentre outros.

A eficácia e efetividade das previsões constitucionais somente será possível ao pensarmos em um sistema processual penal para além da separação inicial das funções de acusar e julgar, quando há condições que permitem a possibilidade de imparcialidade do juiz, revogando a eficácia dos dispositivos que, por apresentarem conteúdos que vão ao encontro das práticas marcadamente inquisitórias, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória.

3 O JUIZ DAS GARANTIAS

3.1 A Lei nº 13.964/2019 e o ambicioso “Pacote Anticrime”.

No dia 4 de fevereiro de 2019, o Governo Federal, por intermédio de seu então ministro da Justiça, Sergio Moro, deu publicidade a um anteprojeto de Lei nº 13.964/2019, de sua autoria. A referida lei encontra-se em vigor desde janeiro do ano de 2020.

Temas como Juiz das Garantias, Acordo de Não Persecução Penal, regime específico atinente à temática da Colaboração Premiada, modificação da lei de interceptação telefônica, dentre diversos outros, são conteúdos abordadas pela de Lei nº 13.964/2019, de maneira que não se precisa ir longe para dizer que a lei em comento instaura uma série de controvérsias jurídicas no ordenamento brasileiro.

A Lei nº 13.964/2019 ficou conhecida como “Pacote Anticrime”, e em seu primeiro artigo, de forma até bastante pretensiosa, a define como uma lei que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Essa expressão, importante dizer, é objeto de uma série de críticas, uma vez que não parece adequado que uma proposição legislativa receba essa alcunha.

Dada as estatísticas da violência no Brasil, tem-se uma sensação generalizada de insegurança e impunidade, o que se traduz no anseio popular por medidas mais rigorosas no que diz respeito ao enfrentamento à criminalidade. Sob esse contexto, o “Pacote anticrime” surge como fruto de um discurso demagógico utilizado nas eleições presidenciais de 2018, com o propósito de atender os anseios populares por meio da venda de uma ilusão: a de que sistematizar mudanças em uma perspectiva mais rigorosa no combate à criminalidade, como aumentar penas, endurecer regimes e dar mais ‘efetividade’ ao processo penal vai ‘resolver o problema da criminalidade. O que historicamente já se mostrou uma política fadada ao fracasso.

O juiz das garantias vai de encontro à ideologia que deu origem à Lei nº 13.964/2019, uma vez que este instituto tem como escopo a salvaguarda das garantias e direitos fundamentais daqueles indivíduos contra quem se instaurou a

persecução criminal, por conseguinte, ergue-se como um instituto jurídico salutar para um modelo processual penal garantista, como proposto pela Legislador Constituinte.

Quando se fala em efetividade do processo penal, é fundamental termos em mente os ensinamentos do professor Renato Brasileiro Lima, que ressalta a importância do processo penal como um sistema que visa a tutela dos direitos e garantias fundamentais e não como um mero instrumento processual cujo sua finalidade principal seja a satisfação da pretensão punitiva do Estado (LIMA, 2020).

Destaca-se que as mais profundas mudanças advindas do “Pacote Anticrime” dizem respeito ao Código de Processo Penal. Embora não constasse no projeto original, o “juiz de garantias”, responsável por gerir a legalidade da investigação criminal na fase pré-processual (inquérito), foi contemplada no texto aprovado. A decisão atendeu a uma demanda suscitada há décadas por pesquisadores e operadores do direito processual penal, os quais reclamavam ao direito brasileiro para que adotassem alguma providência no que concerne a separação do juiz responsável pela investigação no inquérito e o juiz profere a sentença no processo, com vistas a propiciar maior independência e imparcialidade ao ato de julgar.

A ideia já circundava o ordenamento jurídico brasileiro há tempos, sendo contemplada no Projeto de Novo Código de Processo Penal (PLS 156/09), apresentado ao Senado Federal há mais de uma década e ainda em tramitação. Os debates foram aproveitados pelo Congresso Nacional para incrementar o “projeto anticrime”. A inovação fomentada pela inclusão do artigo 3º-A e seguintes até o 3º-F, homenageia a imparcialidade da jurisdição e ajuda a aproximar o Brasil dos sistemas processuais da maioria dos países democráticos.

Com a inclusão do artigo 3º-A da lei 13.964/19, tem-se uma harmonização do Código de Processo Penal com o texto constitucional, decorrente da expressa ratificação do sistema acusatório, o que nos leva a reavaliar o postulado do artigo 156, inciso I do CPP, posto que este permite ao magistrado ter iniciativa probatória, isto é, atuar *ex officio*, sem a provocação das partes:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Apesar de já se poder inferir, à luz da interpretação sistemática da Constituição de 1988, que o modelo adotado pelo direito processual penal brasileiro é o acusatório, determinadas normas processuais penais, anteriores à Constituição de 1988, acabam por vilipendiar o texto constitucional, a exemplo do já citado art. 156, incisos I e II do CPP. Outrossim, o art. 3º-A, *caput*, incluído pela Lei nº 13.964/19, assenta este entendimento de maneira expressa, trazendo o seguinte postulado “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Nos termos do art. 3º-B, *caput*, o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. Consiste no exercício exclusivo de um juiz na função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal.

O juiz das garantias atuará entre a instauração da investigação criminal e o recebimento da denúncia, o qual ficará, na sequência, impedido de funcionar no mesmo processo judicial, sendo de competência de outro juiz a atuação na instrução e julgamento do caso após o recebimento da peça acusatória.

No modelo ainda vigente, qualquer ato decisório tomado pelo juiz na fase de inquérito o torna prevento para prosseguir até a sentença na ação penal, com isso, reduz-se consideravelmente as condições necessárias para que se tenha um juiz imparcial, pois se permite a possibilidade da contaminação do juiz da causa. Não restam, assim, condições mínimas de imparcialidade num processo penal, pois o juiz tem sua pré-compreensão³ influenciada desde a instrução probatória em juízo, se

³ Vem do campo da filosofia o conceito de pré-compreensão. Aplicada aos processos de interpretação, esse conceito indica que a compreensão de um texto não começa do zero. Não se entende algo sem que aquele que procura o conhecimento deste objeto projete sobre ele alguma idéia pré-concebida sobre seu significado.

tornando imparcial no momento da prolação de uma sentença que resolva a culpa sobre a imputação (HEIDEGGER, 2012).

Eduardo Gallardo Frías, que atua como juiz das garantias no Chile, traz o seguinte depoimento:

En esto no hay dos lecturas posibles: quien conoció de los autos y registros en la etapa preliminar, decretando muchas veces medidas restrictivas de derechos fundamentales no está en condiciones de actuar como juez imparcial en el juicio. Supongamos que un juez en la etapa de investigación decretó una prisión preventiva, un levantamiento del sigilo bancario, interceptaciones de comunicaciones privadas, leyó informes policiales para adoptar decisiones, conoció las circunstancias de una detención flagrante, etc. ¿Cómo puede ese mismo juez después sacar todo eso de su cabeza y por arte de magia, en una especie de “auto lobotomía epistémica”, decidir en un juicio oral donde se supone que solo se debe resolver en base a las pruebas producidas por las partes en esa audiencia? (FRÍAS, 2012, p.7).

No modelo em vigor no Brasil, tem-se margem para que o juiz atue de ofício na “busca pela justiça”, inclusive, impondo medidas restritivas de direitos fundamentais, o que, como destacado no trecho supra, acarreta na impossibilidade de se ter um juiz imparcial no processo. Inevitavelmente, acaba-se por ter o envolvimento psicológico do juiz com aquela causa, de modo a defenestrar sua imparcialidade na respectiva ação penal que poderá surgir posteriormente.

O objetivo principal do juiz das garantias é assegurar a imparcialidade e independência do processo penal, garantindo que o juiz que atua na fase de investigação não tenha contato com as provas e elementos que serão utilizados na fase de julgamento. Com isso, busca-se asseverar um julgamento mais justo e equilibrado, evitando que o juiz que conduziu a investigação tenha algum tipo de predisposição ou influência no julgamento posterior.

A implementação do juiz das garantias gerou controvérsias e críticas por parte de alguns setores, contudo, frisa-se que a maioria dos argumentos lançados contra o instituto em comento são dirigidos às questões atinentes à organização judiciária dos Estados e não à figura do juiz das garantias em si, sendo a alegação mais recorrente a de que a medida pode gerar mais burocracia e custos para o sistema de justiça. Por outro lado, defensores da medida afirmam que ela é imprescindível para garantir os direitos fundamentais e a imparcialidade do processo penal.

Para a doutrina progressista penal, não restam dúvidas que a atuação de *ex officio* do juiz o torna parcial, pois acarreta no envolvimento psicológico e na tentativa de buscar a existência da infração penal, o magistrado inclina-se no sentido de procurar um viés de confirmação para seus atos, ainda que de forma inconsciente, o que reverbera em seu envolvimento pessoal com a causa, independentemente da materialidade do delito (PRADO, 2005).

3.2 Direito Comparado: O Juiz das Garantias no Contexto Internacional.

É notório que cada sistema jurídico tem suas próprias particularidades e procedimentos, e a forma como a investigação criminal é conduzida e supervisionada varia bastante de um país para outro.

É possível, contudo, encontrar modelos semelhantes adotados em alguns países, principalmente no que concerne ao principal aspecto do juiz das garantias, qual seja, um juiz diferente daquele que irá julgar o mérito do caso é o responsável por supervisionar a investigação e garantir que os direitos dos investigados sejam respeitados. Países como Portugal, França, Chile, Argentina, Colômbia, México e outros, sendo o Brasil um dos últimos países a prever a figura do juiz das garantias em seu Código de Processo Penal (GRINOVER, 1993, p. 41-63).

3.2.1 França

Conforme apresenta DOS SANTOS (2021), na França, por exemplo, tem-se o chamado juiz das liberdades e da detenção (JLD), utilizado desde a promulgação da Lei de Presunção de Inocência em 15 de junho de 2000, que é um magistrado que atua durante a fase de prisão preventiva de um suspeito de crime. O papel do JLD é garantir que a detenção do suspeito seja legal, proporcional e que seus direitos sejam respeitados. O JLD é um juiz de direito designado pelo presidente do Tribunal de Primeiro Grau (*Tribunal de Grand Instance*) e especializado em questões que dizem respeito à violação da liberdade individual, atuando em diversas atribuições durante a fase de inquérito, dentre as quais se destacam: decidir sobre liberdade provisória, prisão provisória, prisão domiciliar e outras medidas cautelares. Apesar das diferenças

entre o juiz das garantias e o juiz das liberdades e da detenção, para além da questão nominal, tem-se como aspecto comum a divisão da competência do magistrado durante a persecução penal, designando um juiz para a fase processual e outro para a investigação.

3.2.2 Portugal

Portugal é tido como o primeiro país a estabelecer em seu sistema processual penal mecanismos que se assemelham com o que entendemos hoje no Brasil como juiz das garantias, sendo a experiência efetivada no Código de Processo Penal português em 1987. O sistema processual penal português, como explana COSTA (2012), estrutura-se em três fases distintas: uma preliminar e obrigatória, chamada de inquérito, que tem como objetivo angariar provas e indícios de autoria, presidida pelo Ministério Público; uma segunda, de viés facultativo, responsável pela apuração do delito; e uma terceira, na qual se dará o julgamento, sendo, efetivamente, a ação penal.

Esta segunda fase, não-obrigatória, denominada de instrução, que tem por finalidade confirmar ou não a acusação, fica a cargo do chamado juiz de instrução. Vejamos o que postula o art. 286 do Código de Processo Penal português:

Art. 286 (Finalidade e âmbito da instrução)

1 - A instrução visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento.

2-A instrução tem carácter facultativo.

3 - Não há lugar a instrução nas formas de processo especiais.

Sob o nome de juiz da instrução, temos novamente a figura de um magistrado designado na função de garantidor no âmbito pré-processual, ou seja, de controle de legalidade da investigação criminal, bem como o resguardo dos direitos fundamentais do acusado na mencionada fase. Outrossim, o art. 17 do Código de Processo Penal português prever que compete ao juiz de instrução "proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até a remessa do processo para julgamento", estando os atos a serem por ele praticados previstos nos arts. 268 e 269 do mesmo diploma legal (PORTUGAL, 1987).

3.2.3 Itália

Na Itália, existe uma figura similar ao "juiz das garantias" chamada de "*giudice per le indagini preliminari*", que pode ser traduzido como "juiz para as investigações preliminares". Esse juiz é responsável por supervisionar as investigações criminais preliminares conduzidas pelos promotores públicos e garantir que os direitos dos suspeitos sejam respeitados. O contexto em que emerge o "juiz para investigações preliminares" se dá após a superação do Código Rocco de 1930, influenciado pelo regime fascista italiano, marcado pela forte punibilidade advinda do Estado para com seus súditos, quando novel diploma italiano foi responsável por adotar o sistema acusatório. (DA SILVA, 2012)

Leciona Ferrajoli:

Passa o processo penal a adotar uma relação trigonal entre juiz, acusação e defesa, em antítese ao processo do Código Rocco que era baseado, no tocante à fase instrutória, na confusão entre juiz e acusação e na relação diádica inquisidor/inquirido. No modelo italiano, a processualística penal é dividida em duas fases, dentre elas a fase preliminar entendida e concebida como as investigações encetadas pelo Ministério Público e pela polícia judiciária necessárias ao exercício da pretensão punitiva e a fase da ação penal propriamente dita (apud DA SILVA, 2012).

Nesse aspecto, uma das principais mudanças trazidas na Itália foi a supressão da figura do juiz instrutor e a sua devida alteração pelo *giudice per le indagini preliminari*, o qual não realiza atos instrutórios, uma vez que busca garantir a imparcialidade e a independência do processo penal italiano, supervisionando a investigação realizada pelos promotores públicos, que são responsáveis por acusar e conduzir a investigação criminal.

Algumas das funções do *giudice per le indagini preliminari* incluem: i) autorizar ou não medidas cautelares, como prisões preventivas e busca e apreensão; ii) Controlar a legalidade das provas obtidas na investigação preliminar; iii) Proteger os direitos dos suspeitos, como o direito à defesa e o direito ao devido processo legal; iv) Decidir sobre recursos apresentados pelas partes durante a investigação preliminar.

De forma semelhante ao juiz das garantias brasileiro, o objetivo do juiz para investigações preliminares na Itália (*giudice per le indagini preliminari*) é garantir que a investigação criminal seja conduzida de forma justa e imparcial, e que os direitos dos suspeitos sejam protegidos desde o início do processo, tendo como regra básica a de que o juiz que atua na fase de investigação está terminantemente proibido de atuar na fase processual.

3.2.4 Chile

Pontua-se que esse instituto não é algo exclusivo dos países europeus. Diversos países da América Latina já experienciam figuras semelhantes ao juiz das garantias em seus respectivos sistemas processuais penais.

O Chile, assim como outros vários países da América Latina, também vivenciou uma ditadura militar, por meio de um golpe de estado feito pelo general Augusto Pinochet, em 11 de setembro de 1973, tendo a ditadura chilena se estendido até a década de 90. Desse modo, a reforma processual penal do Chile é considerada uma das mais recentes na América Latina, que entrou em vigor a partir dos anos 2000, sendo responsável por mudanças profundas no seu código, criando um até então inexistente Ministério Público no país.

O modelo chileno passou a ser uma referência quando falamos em um sistema garantista, contando com o apoio dos poderes estatais para alterar integralmente o modelo então existente, de modo que atendesse a nova demanda constitucional garantista vigente no país.

O juiz de garantias se tornou imprescindível para o modelo processual penal chileno, na medida que traz a devida separação entre as funções de julgar e acusar, possibilitando efetivar o princípio basilar de um sistema acusatório, a imparcialidade do julgar e a equidistância entre as partes, bem como a divisão das fases processuais, em administrativa e judicial, não confundindo suas provas, de modo que apenas a oralidade que deverá conduzir os pedidos, acabando-se com o uso manipulado de declarações da fase de investigação, porque só vale o produzido oralmente, normalmente em audiências presenciais, perante o juiz da ação penal.

O professor André Machado Maya disserta sobre os benefícios advindos da ênfase dada à oralidade na figura do juiz das garantias chileno:

Além do mais, tal figura apresenta um elemento estruturante de um modelo oral, que tem muito mais sentido e traz razão a ideia do sistema acusatório e a devida agilidade processual, bem como à efetivação das garantias dos direitos fundamentais, a começar de uma maior facilitação do cumprimento do devido processo legal na esfera do processo penal(MAYA, 2017, p. 285).

Evidencia-se que figuras semelhantes ao juiz das garantias já estão amplamente vigentes no contexto internacional, isto é, o cenário internacional passou a entender que é salutar para um sistema acusatório em um modelo garantista constitucional, independentemente da nomenclatura dada, seja ele um juiz para investigações preliminares (como na Itália) , seja ele um juiz da instrução (como em Portugal), seja ele um juiz das garantias (como no Brasil) ou sejam eles um promotor de justiça (como nos Estados Unidos), o aspecto principal para que se tenha a garantia do devido processo legal é que o juiz que atua na fase de investigação não seja o mesmo que atue na fase na ação penal em si. Busca-se garantir um julgamento mais justo e equilibrado, evitando que o juiz que conduziu a investigação tenha algum tipo de predisposição ou influência no julgamento posterior por força da dissonância cognitiva, como veremos adiante.

Independentemente do mecanismo utilizado, a garantia do devido processo legal é fundamental para assegurar que o Estado não exerça o seu poder de forma abusiva ou arbitrária, de modo que o processo penal seja conduzido de forma justa e imparcial, protegendo os direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

3.3 As Principais Modificações na Legislação Processual Penal do Brasil.

A figura do juiz das garantias foi introduzida pela Lei 13.964/2019, disposta entre os artigos 3º-A a 3º-F do CPP, tendo como escopo harmonizar o Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, com a matriz constitucional acusatória, de 1988.

O tema se encontra suspenso em razão da concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. Fux, em 22 de janeiro de

2020, ainda assim, persiste sendo um dos debates mais atuais e acalorados entre os doutrinadores penais e processuais penais no Brasil. Em que pese a relevância das citadas ações que questionam o tema, até a presente data não se tem previsão para julgamento uma vez que, dentre os processos pautados para julgamento nas sessões plenárias presenciais do STF no primeiro semestre do ano de 2023, não se encontram incluídas na pauta as ações que questionam a criação do juiz de garantias no Brasil.

São apontadas diversas razões para a suspensão do juiz das garantias no Brasil, sendo que os principais objetos de questionamentos nas ADIn's mencionadas estão relacionados à sua viabilidade prática, na medida que incluem preocupações que dizem respeito à falta de estrutura e recursos para a implementação plena do instituto, o curto prazo para sua entrada em vigor, a complexidade do sistema judicial brasileiro e a interpretação de que a criação do juiz das garantias poderia gerar uma sobrecarga adicional ao Poder Judiciário. Pouco se questiona quanto à sua efetividade na salvaguarda dos direitos do investigado.

O juiz das garantias encontra-se previsto no CPP entre os artigos 3º- A a 3º-F, percebe-se que são poucos dispositivos, porém, carregam consigo inovações significativas para todo o sistema processual penal, motivo pelo qual se faz mister destrinchar as principais inovações trazidas por esse instituto jurídico.

O juiz das garantias surge como um instrumento para preservar a imparcialidade do julgador. Tem-se hoje um consenso de que o juiz designado para julgar uma determinada ação penal não pode ter sua imparcialidade contaminada durante a fase do inquérito, razão pela qual não deveria se admitir que o juiz tenha a iniciativa probatória na persecução penal, pois isto acarreta em um inevitável envolvimento psicológico do julgador com aquela ação.

O juiz das garantias consiste numa figura de impedimento objetivo pessoal do magistrado. É dizer, o juiz que atua durante a fase investigatória não poderá ser o mesmo juiz perante o qual se produzirá as provas em juízo e, por conseguinte, o qual prolatará a sentença atinente à imputação de culpa do acusado.

A função do juiz das garantias é atuar como um filtro imparcial no início do processo, buscando garantir que as provas coletadas durante a investigação sejam obtidas de forma lícita e que os direitos fundamentais do investigado sejam preservados. A ideia é que esse juiz atue na fase investigatória, enquanto outro juiz, sem contato com as provas obtidas durante a investigação, conduza o julgamento.

Tem por finalidade preservar a imparcialidade do juízo responsável pelo futuro julgamento do caso, para que este juízo não se contamine com os eventos que aconteceram na fase inquisitorial da persecução. É responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos e garantias individuais do investigado.

O juiz das garantias é designado aleatoriamente para cada caso, a partir de uma lista de magistrados disponíveis na comarca onde o processo é instaurado. Ele é responsável por conduzir as medidas cautelares, autorizar a quebra de sigilos e realizar os demais atos necessários para a investigação.

Possui competência para decidir sobre todos os pedidos que dizem respeito a medidas cautelares; de autorização de mecanismos excepcionais de investigação durante a fase pré-processual (por exemplo, pedidos de interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário, fiscais e informações e etc); sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis (como no caso de testemunha em estado terminal); sobre a prorrogação do inquérito policial, mesmo estando o investigado preso; dentre outras competências previstas no art. 3º-B do Código de Processo Penal.

É a autoridade jurisdicional responsável pela audiência de custódia, hipótese em que o preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz das garantias dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou do advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.

No que concerne à competência do juiz das garantias, esta abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo⁴ e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 do Código de Processo Penal, conforme dispõe o art. 3º-C do CPP. Ora, se para as infrações de menor potencial ofensivo não se tem a fase de inquérito, também não se tem a necessidade de um juiz de garantias. O juiz das garantias tem competência para atuar em toda a fase pré-processual, desde o inquérito policial ou investigação criminal de qualquer natureza, até o recebimento da denúncia ou da queixa. Faz-se central, ainda, destacar que a decisão pelo recebimento ou não da peça acusatória também é atribuição do juiz das garantias, apenas após o recebimento da denúncia ou queixa que cessam suas atribuições e passa-se jurisdição para o juiz da instrução e julgamento.

As decisões do juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento. Dessa maneira, este último pode, após o recebimento da denúncia ou queixa, reexaminar a necessidade das medidas cautelares adotadas na fase pré-processual, como, por exemplo, uma prisão preventiva, no prazo de 10 (dez) dias. Assim, tem-se por preservada a autonomia e imparcialidade dos magistrados (§ 2º art. 3º-C CPP).

O juiz das garantias surge com a finalidade de afastar completamente o juiz da instrução e julgamento das investigações. Por isso, tem-se a necessidade de um juízo específico para esse tipo de atuação, para que todas as decisões, provas e documentos da fase pré-processual fiquem acautelados na secretaria deste juízo, estando à disposição tão somente do Ministério Público e da defesa, vedado o acesso do juiz da instrução e julgamento a estes autos, exceto no caso de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, nos termos do § 3º, do art. 3º-C do CPP.

§ 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.

⁴ As Infrações penais de menor potencial ofensivo são as contravenções penais e aqueles crimes cuja pena máxima prevista não ultrapasse a 02 (dois) anos. As demais regras referentes aos Juizados Criminais estão previstas do artigo 60 em diante na Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/95.

A ideia do dispositivo supracitado é manter o juiz que irá conduzir o julgamento e prolatar a sentença que resolva a culpa sobre a imputação sem contato com as provas obtidas durante a investigação.

Alexandre Morais da Rosa esclarece:

A separação, sem comunicação ostensiva, entre as fases procedimentais, modifica o modo como se prepara o julgamento, já que não se trata da mera modificação do personagem que conduz o processo e sim porque o Juiz do Julgamento somente recebe o sumário da primeira fase e não os autos na totalidade, os quais deverão permanecer acautelado no Juiz das Garantias (CPP, art. 3- B, § 3º), com acesso às partes (CPP, art. 3-B, §4º), acabando-se com o uso manipulado de declarações da fase de investigação (ROSA, 2020, p. 345-350).

O autor ainda assevera que o grande salto é que não se terá mais a lógica atual dos autos do processo, justamente porque ele deixa de ser contínuo, pois os autos não serão simplesmente transferidos do juiz das garantias para o juiz de julgamento. Caso contrário, cindir as funções entre juiz de garantias e juiz de julgamento, sem que ocorra uma radical separação de autos, transforma a reforma em mera falácia garantista (ROSA, 2020).

Constata-se, em última análise, que a implementação do juiz das garantias surge como um dos últimos recursos na busca por conferir uma maior imparcialidade à atividade jurisdicional, o que não se confunde com neutralidade. O juiz não é neutro aos fatos que lhe são apresentados, mas pode e deve ser imparcial. A imparcialidade é uma construção técnica artificial do direito processual, para estabelecer a existência de um terceiro, com estranhamento e em posição de alheamento em relação ao caso penal, sendo, portanto, corolária ao princípio do juiz natural e ao princípio do devido processo legal, ambos consistindo em garantia expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, de maneira que a atuação de juízes distintos nas duas fases da persecução penal, pré-processual (inquérito) e no processo propriamente dito, contribui para a imparcialidade do magistrado e, como já destacado no presente trabalho, verdadeira condição basilar para que se constitua um Estado Democrático de Direito, atribuindo legitimidade à atividade jurisdicional.

4 A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

4.1 Conceituação e Surgimento da Teoria da Dissonância Cognitiva.

No década de 1950, o psicólogo norte-americano Leon Festinger formulou e desenvolveu a Teoria da Dissonância Cognitiva, sendo um dos fenômenos mais atuais para se entender o mundo moderno, ao mesmo tempo que é um dos conceitos mais clássicos da psicologia.

Quando se fala em dissonância cognitiva, adentra-se ao campo da Psicologia Social, sendo este o ramo da psicologia que estuda como os indivíduos veem, pensam e influenciam uns aos outros, isto é, investiga-se a influência que as ideias ou crenças de um indivíduo tem em suas relações interpessoais. (MYERS, 2014, p. 28.).

Em 1934, Festinger estava interessado em estudar como as informações transmitidas por mídias de massa, sendo os jornais a referência da época, afetavam a maneira como as pessoas comunicavam essas mesmas informações de forma interpessoal.

A partir da observação dos comentários populares sobre um terremoto que ocorreu na Índia, constatou-se que os rumores criaram um cenário em que a gravidade do evento e o número de mortes foram muito piores do que o que de fato ocorrerá. (MYERS, 2014, p. 128-131). Em um trabalho publicado na época, Festinger questionou o por que mesmo diante de um evento terrível como este, as pessoas ainda querem provocar mais ansiedade o aumentando em gravidade.

Concluiu que um mecanismo social, até então desconhecido, estava sendo descrito. Constatou que as pessoas estavam inclinadas a aumentar os danos dos eventos factuais, quando repassam as informações umas às outras, como uma estratégia de enfrentamento para dar conta da ansiedade de não poderem fazer nada a respeito. Este mecanismo descreve vários comportamentos sociais observáveis até os dias de hoje.

Esse estudo inicial chamou a atenção de Festinger, tanto que o fez dedicar a vida ao estudo do “estado de desconforto que ocorre quando temos crenças ou comportamentos inconsistentes”. Esta foi a definição dada por Festinger da dissonância cognitiva, em seu livro, "*A Theory of Cognitive Dissonance*", publicado em 1957, que explica muitos comportamentos sociais e é utilizado entender fenômenos como o racismo, comportamento de compra e como nos portamos na presença de outros, seja presencial ou virtualmente. Dispõe da seguinte forma:

a coerência consigo mesmo e também com os outros é um sentimento que as pessoas valorizam muito, e por esse motivo, quando suas ideias, sentimentos ou comportamentos entram em conflito ou mostram-se incompatíveis, elas se sentem desconfortáveis e vivem uma situação de tensão decorrente da falta de harmonia entre dois pensamentos ou crenças relevantes (FESTINGER, 1975, p. 11).

Quando o indivíduo está de frente a uma situação de incoerência com suas crenças ou pensamentos, ao ponto de ser psicologicamente incômodo, isto o motivará a tentar reduzi-la e realizar a consonância – também pode ser lida como “coerência” - cognitiva, evitando ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a sua incoerência interna. Desse modo, ao invés de mudar de idéias ou crenças à luz de novas evidências, o indivíduo passa a buscar, de modo seletivo, informações consonantes às suas idéias, crenças ou ações.

Nos anos 50, Festinger e seu grupo de pesquisa se infiltraram em seitas apocalípticas nos Estados Unidos para entender seu funcionamento. No livro "*When Prophecy Fails*", publicado em 1956, era descrita uma seita que esperava a chegada de uma inundação que acabaria com a humanidade no dia 21 de dezembro de 1954. Segundo mensagens recebidas por sua líder, Marian Keech, seres espaciais de um planeta chamado “Clarion” viriam buscar alguns escolhidos e salvá-los da inundação que destruiria toda cidade de Salt Lake, no Estado de Utah. A carta premonitória escrita por Keech foi publicada no jornal da cidade e seus seguidores abandonaram os empregos e doaram suas posses para participar do evento (FESTINGER; RIECKEN e SCHACHTER, 1956, p. 35-58).

Na madrugada do dia 21 de dezembro de 1954, o grupo notou que nada tinha acontecido, isto é, nenhum visitante de “Clarion” havia chegado à terra e não houve nenhuma inundação global. Após tentativas de explicações pelos seguidores, uma

carta fora escrita por Marian Keech, alegadamente psicográfica, onde ela relata que a fé e a grandeza dos seguidores teria aplacado a ira de Deus, que decidiu poupar o mundo da destruição. Nesse contexto, ao invés de ter sua crença diminuída, os seguidores tiveram sua fé fortalecida, mesmo em diante de evidências que apontaram para o sentido contrário. Tem-se, então, o primeiro caso de dissonância cognitiva observado e documentado na prática, havendo vários trabalhos posteriores que apresentaram variações desse fenômeno, sendo até hoje um tema bastante atual nos diversos campos do conhecimento humano, incluindo o Direito.

4.2 A Teoria da Dissonância Cognitiva em experimentos práticos.

Como toda teoria científica, torna-se necessária atividade experimental que avalie o sistema em estudo e verifique as condições práticas que permitem a ocorrência do fenômeno, para que, à medida que os experimentos são realizados, as evidências sejam reunidas e as hipóteses sejam colocadas à prova, validando ou não aquele estudo.

Vários experimentos práticos foram realizados ao longo das décadas com o fim de se verificar a validade da teoria da dissonância cognitiva e seus efeitos no comportamento humano.

Festinger e seu colega James Carlsmith (1959) desenvolveram um experimento para testar os níveis de dissonância cognitiva das pessoas. Eles reuniram um grupo de estudantes universitários como seus participantes. Os alunos foram instruídos a fazer algumas tarefas bastante tediosas por cerca de uma hora, como dobrar papéis de forma bem lenta.

Posteriormente, os participantes foram divididos em dois grupos com a mesma função, tentar convencer um terceiro de que a tarefa realizada era na verdade divertida. Um dos grupos recebeu apenas 1 (um) dólar para tentar persuadir este terceiro, enquanto o segundo grupo recebeu 20 (vinte) dólares.

Após essa tentativa de tarefa de persuasão, os membros dos dois grupos tinham que avaliar a própria satisfação com a tediosa tarefa de dobrar papéis, feita

anteriormente. Verificou-se que o grupo que recebeu apenas um dólar, quando questionados pelos pesquisadores, avaliou a tarefa como menos enfadonha.

A explicação para isso vem da ideia de que, por receber um valor baixo para persuadir uma outra pessoa de algo que os participantes daquele grupo sabiam que não era verdade, foi necessário inicialmente acreditar minimamente, ou tentar o autoconvencimento, de que a tarefa não era assim tão ruim, pois a recompensa não foi boa o suficiente para “se sentir confortável” com a mentira, de maneira que convenceram a si mesmos de que a tarefa seria divertida, para aliviar a tensão gerada da dissonância cognitiva.

Já para os participantes que receberam vinte dólares, não havia um conflito, uma vez que, em razão do valor ser mais alto, eles justificavam para si mesmos que estavam fazendo aquilo por dinheiro, não necessariamente porque a tarefa era divertida.

Nos anos 60 foi realizado outro experimento e verificou-se a presença da dissonância cognitiva em crianças a partir de cinco anos (DREWS, 2008).

Um grupo de crianças estava em uma sala, com vários brinquedos disponíveis, podendo brincar com todos eles, exceto um, chamado de “brinquedo proibido”. As crianças, então, foram divididas em dois grupos, sendo que um dos grupos recebeu uma ameaça leve para ser persuadido a não brincar com o brinquedo proibido, já o outro grupo recebeu uma ameaça com consequência mais severa. Após trinta minutos, foi dito às crianças que o aviso sobre o brinquedo não era mais válido e elas poderiam utilizar o brinquedo proibido caso quisessem.

O que os pesquisadores notaram é que as crianças do grupo que recebeu ameaça de punição leve brincaram significativamente menos tempo com o “brinquedo proibido”, em relação às crianças do grupo que recebeu ameaça de consequência mais severa.

Conversando com as crianças para verificar o porque de não brincarem mais com o brinquedo proibido, as crianças sob ameaça mais leve, frente à dissonância de

não poder brincar com o brinquedo, apesar de um consequência externa mais branda, passaram a justificar para si mesmas que o brinquedo proibido não era tão divertido assim. Elas criavam uma regra que reduzia o interesse de algo que elas gostavam, para não lidar com o fato da consequência de não brincar com certo brinquedo não ser tão grave.

Este experimento gerou uma série de outros trabalhos mais atuais que mostram como crianças criam representações ligadas a estruturas sociais, como o racismo. Na verdade, para a manutenção de uma lógica de exclusão de um certo grupo sobre algum bem ou direito, não é necessária uma coação muito severa, basta apenas uma consequência de exclusão, desde tenra idade⁵, para que indivíduos de um grupo criem uma percepção de menosprezo sobre determinado objeto ou coletividade (FEITOZA, 2012, p. 37-40).

Neurologistas já encontram no cérebro humano quais as áreas relacionadas à dissonância cognitiva e como as ações podem alterar as preferências de um indivíduo, tendo sido indicado pelos dados coletados que córtex cingulado anterior e o córtex pré-frontal dorsolateral rastream o grau de dissonância cognitiva (IZUMA; MATSUMOTO; MURAYAMA; SAMEJIMA; SADATO e MATSUMOTO, 2010).

Todos esses experimentos realizados constaram o fenômeno da dissonância cognitiva e sua influência no comportamento humanas, evidenciando as pessoas tendem a evitar qualquer estímulo que os faça adentrar ou retornar ao estado de dissonância. Evitam situações, pessoas e ideias que os confrontem novamente com aquele estresse psicológico. Para tanto, buscam o autoconvencimento como uma forma justificar as suas ações, encontrando um alívio psicológico e mental. O problema aparece quando, por essa ânsia de se libertar do desconforto e estresse psicológico, determinados indivíduos adotem comportamentos que causem impacto significativo na vida de terceiros.

⁵ É uma expressão idiomática da língua portuguesa, geralmente utilizada para designar crianças de poucos anos, que não tem o espírito amadurecido, ingênuos, geralmente menores de 10 anos.

4.3 A Dissonância Cognitiva e a Imparcialidade do Juiz.

Como apresentado previamente, a teoria da dissonância cognitiva é uma teoria da psicologia social proposta por Leon Festinger em 1957. Essa teoria postula que, quando uma pessoa mantém crenças, opiniões, atitudes ou comportamentos inconsistentes entre si, ocorre uma sensação de desconforto psicológico conhecida como dissonância cognitiva.

Para aliviar esse desconforto, esse indivíduo busca modular os fatos às suas crenças, opiniões, atitudes ou comportamentos, para torná-los mais consistentes entre si, de modo que reduzam a dissonância e o estresse gerado por ela. Por exemplo, se uma pessoa fuma apesar de saber que isso é prejudicial à saúde, ela pode experimentar dissonância cognitiva e, para aliviar o desconforto, pode conformar suas crenças para justificar o fumo, buscando invalidar internamente os argumentos que vão no sentido da prejudicialidade da prática de fumar. Portanto, pode-se dizer que é um tipo de mecanismo de defesa do indivíduo, buscando encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo e afastar os anseios e estresses causados pelas contradições cognitivas.

FESTINGER (1975) buscou analisar por meio de seus estudos é que, havendo uma decisão, esta influenciará, em alguma medida, na tomada de outras decisões posteriores que lhe sejam relacionadas. Com isso, o indivíduo que exterioriza uma opinião ou toma uma decisão passa a ter um certo comprometimento com seus atos prévios, e passará a ser tendencioso na busca de se estabelecer coerência entre as crenças e decisões já tomadas, o que Festinger qualificou como a busca pela “consonância cognitiva”. Foram realizados vários experimentos empíricos para atestar a tese formulada por Festinger, restando constatado esta tendência humana na busca por afastar o desconforto causado pela dissonância cognitiva.

Destaca-se que Direito não é um sistema puro, isolado dentro de uma sociedade. Como bem elucidado por Luhmann, o sistema jurídico é apenas uma esfera dentro de uma esfera maior que pode ser chamada de “Sistema Social”. Assim,

a autopoiese do direito⁶ se dá por meio do acoplamento estrutural, quando o sistema jurídico dialoga com os demais subsistemas sociais, como a economia, a sociologia, a política, dentre outros, incluindo a psicologia, ocorrendo a “abertura cognitiva” do Direito. Contudo, sem que o Direito perca sua identidade e sua autonomia, de modo que se tenha um fechamento operacional do sistema jurídico (LUHMMAN, 2009, p. 132).

No que diz respeito à imparcialidade do juiz em uma ação processual penal, a teoria da dissonância cognitiva faz-se presente quando estamos diante de cenários em que um juiz que mantém crenças ou atitudes inconsistentes com sua função de ser imparcial, pode experimentar o desconforto e o estresse gerados pela dissonância cognitiva. Por exemplo, se um juiz tem uma forte opinião sobre um assunto em julgamento, mas sabe que deve ser imparcial e decidir com base apenas nos fatos apresentados no tribunal, ele pode experimentar dissonância cognitiva, criando justificativas para si mesmo na busca por decidir em favor de suas inclinações pessoais.

Como explica o professor Aury Lopes Jr:

grave problema existe no fato de o mesmo juiz receber a acusação, realizar a audiência de instrução e julgamento e posteriormente decidir sobre o caso penal. Existe não apenas uma “cumulação de papéis”, mas um “conflito de papéis”, não admitido como regra pelos juízes, que se ancoram na “formação profissional comprometida com a objetividade”. Tal argumento nos remete a uma ingênua crença na “neutralidade” e supervalorização de uma (impossível) objetividade na relação sujeito-objeto, já tão desvelada pela superação do paradigma cartesiano (ainda não completamente compreendido). Ademais, desconsidera a influência do inconsciente, que cruza e permeia toda a linguagem e a dita “razão” (LOPES JR, 2019, p. 78).

Para aliviar esse desconforto, o juiz pode modificar suas crenças ou atitudes para se tornar mais imparcial ou pode tentar buscar a autoconfirmação das suas inclinações e atos pretéritos. É importante frisar que a teoria da dissonância cognitiva não sugere que todos os juízes sejam incapazes de ser imparciais, tão somente explica como a dissonância cognitiva pode afetar as pessoas em geral, incluindo juízes.

⁶ A origem etimológica do vocábulo é derivada do grego, *autós* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção). Seu significado literal é autoprodução

Se consideramos que o juiz, para receber uma denúncia, constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito, é inafastável o pré-julgamento (agravado quando ele decide anteriormente sobre prisão preventiva, medidas cautelares e outros atos que impliquem em restrição de direitos).

O jurista alemão Bernd Schünemann é o responsável por trazer a teoria da dissonância cognitiva para o contexto do processo penal, aplicando-a diretamente sobre o juiz e sua atuação até a formação da decisão (RITTER, 2016).

SCHÜNEMANN (2012, p.30-50) explica que para diminuir a tensão psíquica gerada pela dissonância cognitiva, tem-se dois prováveis efeitos.

O primeiro seria o efeito inércia, também chamado de efeito perseverança, o qual gera uma busca pela autoconfirmação das hipóteses formuladas pelo magistrado, superestimando informações que vão ao encontro das inclinações pessoais do juiz em detrimento daquelas que confrontam suas opiniões (como as informações fornecidas pelo inquérito ou a denúncia; pedidos de medidas cautelares e outros atos que possam gerar um envolvimento pessoal do juiz durante a fase de investigação).

O segundo efeito seria a busca seletiva de informações, onde se procuram, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que em algum momento prévio foi aceita, gerando o efeito confirmador/tranquilizador naquele indivíduo acometido pela dissonância cognitiva (a título de exemplo, se o juiz decreta uma prisão de ofício antes de iniciada a ação penal, caso a persecução penal avance a uma próspera instrução processual, passará a buscar informações que confirmem o que fora decidido anteriormente e não realizará uma análise imparcial das provas trazidas pelas partes).

Na hipótese examinada por Schünemann, este verificou que quando os juízes responsáveis por conduzir o julgamento tem conhecimento prévio da fase de investigação criminal, o conteúdo defensivo produzido na audiência de instrução e julgamento é quase que ignorado, o que não ocorreu com os juízes não dotados de acesso a essas informações.

Avaliando os resultados, o jurista alemão concluiu que os magistrados têm a tendência de agarrar-se na descrição relatada no inquérito policial. Com efeito, o juiz penal não apenas menospreza as informações dissonantes a serem pela defesa durante a audiência de instrução e julgamento como também, e com frequência, não as aceita como verdadeiras, o que, segundo a Psicologia Cognitiva, explica-se pela apercepção favorita e pela retenção de informações redundantes (REIS, 2022).

Se os juízes penais, antes da audiência, tiverem conhecimento das provas constituídas nos autos, estes condenarão com maior frequência que juízes sem esse conhecimento. Disso se extrai uma tendência que estes juízes penais tiveram de se ater às informações colhidas na fase de investigação em detrimento de novas informações que possam ser apresentadas durante a audiência e que iriam de encontro às informações já acostadas nos autos, o que pode se traduzir em uma violação ao princípio do juiz natural e imparcial e à própria lógica do sistema acusatório no processual penal (SCHÜNEMANN, 2012, p.44-49).

Postula Schünemann que o juiz, ao receber a denúncia e posteriormente instruir o feito, passa a ocupar uma posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos, uma vez que o juiz já teve acesso aos autos da investigação preliminar, os examinou e decidiu pelo seu recebimento, e, por isso, já estaria impedido de realizar uma avaliação imparcial. Portanto, forma-se uma imagem mental dos elementos narrados nos autos para, posteriormente, passar a buscar confirmações dessas hipóteses na instrução. Agravando ainda mais esse quadro quando se permite que o juiz adote medidas de ofício.

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. dispõe:

O juiz tendencialmente apega-se à imagem do ato 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." O quadro mental é agravado pelo chamado "efeito aliança", onde o juiz tendencialmente se orienta pela avaliação realizada pelo promotor. O juiz "vê não no advogado criminalista, mas apenas no promotor, a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação". Inclusive, aponta a pesquisa, o "efeito atenção" diminui drasticamente tão logo o juiz termine sua inquirição e a defesa inicie suas perguntas, a ponto de serem completamente desprezadas na sentença as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas do advogado de defesa. (2019, p. 80-81)

Ricardo Jacobsen Gloeckner (2015), com sua contribuição em um artigo na Revista de Ciências Criminais, corrobora a tese de Festinger criador da teoria da dissonância cognitiva. Gloeckner afirma que certas medidas cautelares tomadas pelo juiz, durante a fase pré-processual, como uma prisão cautelar, são tidas como elemento definitivo para uma condenação. Este estudo realizado por Gloeckner conversa diretamente com as pesquisas de campo realizadas por Schünemann, sendo bastante provável que as condenações observadas por aquele sejam decorrentes dos dois efeitos gerados pela dissonância cognitiva, já apresentados nesse capítulo, quais sejam, efeito inércia ou perseverança e a busca seletiva por informações.

Tem-se que uma decisão proferida na fase pré-processual está apta a vincular o magistrado por toda persecução penal, podendo, inclusive, influenciar nas decisões de mérito da ação. Na aludida pesquisa, foram examinados 90 (noventa) acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgados entre 03/10/2012 a 31/12/2013, dos quais houve decretação de prisão preventiva, sendo que todos eles resultaram em confirmação de decisão condenatória ou reforma da decisão de primeiro de primeira instância, com a condenação do réu em segundo grau. GLOECKNER (2015, p.7) acrescenta ainda “[...] Em uma análise superficial, é possível dizer que a existência de uma prisão cautelar pode ser o critério definitivo para uma condenação, o que também como resposta precária, é inadmissível para um Estado Democrático de Direito.”

O autor é enfático ao criticar o cenário evidenciado pela pesquisa, pois, não obstante os dados quantitativos já se revelarem preocupantes e exporem uma tendência anti-democrática nas decisões analisadas, é observado também que em todos os casos, em alguma instância ocorreu a menção à prisão processual nos fundamentos da decisão. Com isso, a outra conclusão que Gloeckner extrai da sua pesquisa é “ a declaração de uma prisão processual acaba se transformando numa verdadeira resolução de mérito” (GLOECKNER,2015, p. 8).

O juiz de garantias se mostra imprescindível para que se tenha a possibilidade de um julgador imparcial durante a instrução e julgamento de uma ação penal, uma

vez que no modelo processual penal ainda vigente no país, ao receber a denúncia ou decretar uma medida cautelar, o juiz já está exteriorizando a sua convicção inicial de que o acusado é culpado dos fatos narrados pela acusação. Dessa forma, ao se deparar com a tese da defesa, cria-se uma relação antagônica à convicção inicial do magistrado, gerando assim a dissonância cognitiva e, por conseguinte, a busca pela confirmação de sua ideia, a fim de se obter a consonância cognitiva. O juiz, então, tem a sua pré-concepção contaminada, passando a ocupar a posição de parte contrária face ao acusado que nega os fatos, impedindo que haja um julgamento justo, pautado na imparcialidade e na equidistância entre as partes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No modelo vigente há a atuação de um só juiz durante toda a persecução criminal. O mesmo juiz que participa da fase pré-processual (inquérito), profere a sentença ao final da ação.

Diante da previsão constitucional acerca do sistema processual acusatório adotado no Brasil, urge-se a necessidade de adotar mecanismos que tornem efetivos os princípios regentes desse modelo. Para tanto é necessária a completa cisão entre as fases da persecução penal (pré-processual e processual), bem como a efetiva separação das funções de acusar, defender e julgar, que somente se torna possível ao afastar o juiz da iniciativa probatória, consubstanciando uma melhor conformação com um modelo processual acusatório, fortalecendo a estrutura dialética e resguardando a imparcialidade do julgador.

O juiz das garantias, implementado pela Lei nº 13.964/19, é um instituto que veio com o intuito de modificar o sistema processual penal brasileiro, de modo a torná-lo compatível com a matriz constitucional do país. Trata-se de uma verdadeira revolução no que diz respeito ao sistema processual penal clássico no Brasil.

Ao juiz das garantias, caberá a atuação na fase da investigação criminal, enquanto ao juiz do processo, incumbirá julgar o mérito do caso. Tem por finalidade preservar a imparcialidade do juízo responsável pelo futuro julgamento do caso, para que este não se contamine com os eventos que ocorreram na fase inquisitorial da persecução, de modo que o juiz da instrução e julgamento sequer terá acesso aos autos do inquérito, ficando acessível apenas às partes. Outrossim, é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos e garantias individuais do investigado.

É uma figura imprescindível para que se concretize o ideal de um sistema processual penal acusatório no Brasil, em que as figuras do acusador e do julgador estão organicamente distintas, uma vez que, nesse modelo garantista, o processo penal não se constitui como um mero aparelho pelo qual o Estado exerce seu poder sancionador, mas sim um instrumento de salvaguarda e de proteção da liberdade

jurídica, somente se legitimando dentro de um sistema predeterminado e intransponível que delimita os poderes do Estado, pautado na imparcialidade do julgador e na equidistância entre as partes.

Por meio da Teoria da Dissonância Cognitiva desenvolvida por Leon Festinger, resta patente que o nosso atual sistema processual penal deve ser desacreditado por incidir em um grave erro psicológico: acreditar que papéis tão antagônicas como investigar, acusar e julgar possam ser desempenhados pelo mesmo indivíduo. O juiz acaba por ser contaminado com circunstâncias fáticas provenientes das informações do inquérito policial, principalmente quando detém em suas mãos a iniciativa probatória (*ex officio judicis*), passando a buscar, mesmo que de forma inconsciente, informações que confirmem os motivos pelos quais agiu na fase pré-processual ou ignorando as informações trazidas pela defesa que contrariem suas decisões e a imagem mental já formada sobre o caso.

Dentro de uma matriz constitucional garantista, é inadmissível que informações e circunstâncias provenientes de uma fase inquisitória da persecução penal sejam tão peremptórias ao ponto de se tornarem verdadeiras sentenças de mérito, pois o juiz já construiu uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, antes mesmo que o indivíduo tivesse a possibilidade de apresentar sua defesa.

Ao relacionarmos a Teoria da Dissonância Cognitiva com o Processo Penal, resta cristalino que o modelo processual penal atualmente vigente não oferece condições para o cumprimento dos ditames constitucionais, somente sendo possível após a completa cisão entre o juiz que conduzirá a investigação criminal e o juiz que conduzirá o processo propriamente dito.

Em que pese todas as críticas acerca das alterações legislativas advindas da Lei nº 13.964/19, denominada “Pacote Anticrime”, a implementação do juiz das garantias, ergue-se como salutar para um modelo processual penal que se propõe a ser acusatório, promovendo a limitação da atuação do juiz a apenas uma das fases da persecução penal, resguardando a atividade cognitiva do juiz do processo, perante o qual serão produzidas as provas atinentes à imputação deduzida contra um acusado, de maneira que este melhor construa sua atividade cognitiva quando da

prolação de uma sentença, permitindo a possibilidade de se ter um julgamento imparcial, sendo a imparcialidade do órgão jurisdicional um “princípio supremo do processo”, pois quando se fala em garantia à jurisdição não se refere apenas ao direito de se demandar em juízo, mas sim de que se promova a realização da justiça, por meio de um julgamento imparcial, a bem da sociedade e em defesa dos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 162.650/SP**, Monocrática, rel. Ministro Celso de Mello. Brasília, j. 21.09.2019. public. 25.11.2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso: 15 fev. 2023.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COSTA, Ivana Rocha. **Juiz das garantias de acordo com o projeto do novo código de processo penal**. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br>. Acesso em: 25 fev. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do Juiz no processo penal**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito**. The Brazilian lessons. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

DOS SANTOS, Gabriel Moisés. **Juiz das garantias no processo penal brasileiro**. 2021. TCC em Direito Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021. Disponível em: <https://www.pucgoias.edu.br>. Acesso em: 24 fev. 2023.

DREWS, Cláudio. **Dissonância cognitiva**. 2008. Disponível em: <http://psicologiarg.blogspot.com>. Acesso em: 28 fev. 2023.

FEITOZA, João Paulo Machado. **Implicações das categorizações profissionais e de cor da pele no preconceito**. São Cristovão: UFS, 2012. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Núcleo de Pós-Graduação e Pesquisa em Psicologia Social da Universidade Federal de Sergipe, São Cristovão, 2012.

FESTINGER, L., & CARLSCHIMIT, J. M. (1959). Cognitive consequences of forced compliance. **Journal of Abnormal and Social Psychology**, 58, 203-210.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Rio de Janeiro: Zahar

Editores, 1975.

FESTINGER, Leon; Henry W. RIECKEN; Stanley SCHACHTER. **When prophecy fails: A Social and Psychological Study of a Modern Group that Predicted the Destruction of the World.** Minnesota. Martino Fine Books, 2009, p. 33-58.

FRÍAS, Eduardo Gallardo. La reforma al proceso penal Chileno y el juez de garantía. **Boletim IBCCRIM: Especial Lei Anticrime**, Ano 20, nº 330, mai. 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 23, v. 117, jan./fev. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do código de processo penal modelo para Ibero-América na legislação latino-americana: convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-63., jan./mar. 1993.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Tradução de Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2012.

IZUMA K; MATSUMOTO M; MURAYAMA K; SAMEJIMA K; SADATO N and MATSUMOTO K. **Neural correlates of cognitive dissonance and choice-induced preference change.** Proceedings of the National Academy of Sciences. United States of America. 6 dez. 2010. Disponível em: <https://www.pnas.org>. Acesso em: 18 mar. 2023.

KHALED JR, S.H. O sistema processual penal brasileiro acusatório, misto ou inquisitório?. Civitas: **Revista De Ciências Sociais**. Porto Alegre, 2010, p. 293–308.

LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial no Brasil. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 10, p. 65-84, 1989.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** 16 edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Petrópolis: Vozes, 2009.

MAYA, André Machado. **O juiz de garantias no Brasil e nos países latino-americanos**: semelhanças e diferenças determinantes à estruturação democrática do sistema de justiça criminal. In: POSTIGO, Leonel González. BALLESTEROS, Paula R. (Coord.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Chile: Centro de Estudios de Justiça de las Américas - CEJA, 2017. p. 277-291. Disponível em: <http://andremaya.com>. Acesso em: 17 fev. 2023.

MISSE, Michel. **Sobre a construção social do crime no Brasil**: esboços de uma interpretação. In: MISSE, Michel (org). *Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MYERS, David G. **Psicologia social**. 10ª ed. Trad. de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: AMGH Editora, 2014.

PORTUGAL. DL nº 75, de 17 de fevereiro de 1987. **Código de Processo Penal**. [S.l. : s.n.]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/>. Acesso em: 27 fev. 2023.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3º edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Editora ATLAS S.A. 2015.

REIS, Jordan Villas Boas. **Teoria da dissonância cognitiva**: a primeira impressão é a que fica?. Canal Ciências Criminais, 2022. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br>. Acesso em: 19 de jan. 2023.

RITTER, Ruiz. **A imparcialidade no processo penal**: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva. Porto Alegre: PUCRS, 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: EMais, 2020, p. 345-350.

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

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, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. Acesso em: 26 fev. 2023.