

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA

WYLSFF RHAMON SOUZA SILVA

**O JUIZ DAS GARANTIAS E SEU PAPEL NO CONTROLE DE LEGALIDADE NA
INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR**

Maceió - AL

2024

WYLSFF RHAMON SOUZA SILVA

**O JUIZ DAS GARANTIAS E SEU PAPEL NO CONTROLE DE LEGALIDADE NA
INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) submetido ao corpo docente do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas (FDA), unidade acadêmica da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), a título de requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar

Maceió - AL

2024

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

S586j Silva, Wylsff Rhamon Souza.
 O juiz das garantias e seu papel no controle de legalidade na investigação preliminar / Wylsff Rhamon Souza Silva. – 2024.
 72 f.

Orientador: Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2024.

Bibliografia: f. 70-72.

1. Brasil. Código de Processo Penal (1941). 2. Juiz das garantias. 3. Controle de legalidade. 4. Investigação preliminar. I. Título.

CDU: 343.211.4(81)

Folha de Aprovação

WYLSFF RHAMON SOUZA SILVA

O JUIZ DAS GARANTIAS E SEU PAPEL NO CONTROLE DE LEGALIDADE NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à banca examinadora do curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas e aprovado em 08 de março de 2024.

ROSMAR ANTONNI
RODRIGUES CAVALCANTI
DE ALENCAR:JU197

Assinado de forma digital por ROSMAR ANTONNI
RODRIGUES CAVALCANTI DE ALENCAR:JU197
DN: c=BR, ou=CP-Brasil, ou=Autoridade Certificadora da
Justiça - AC-JUS, ou=28149205000152, ou=Presencial,
ou=Cert-IES-Magistrado - AJ, ou=PODER JUDICIARIO,
ou=MAGISTRADO, cn=ROSMAR ANTONNI RODRIGUES
CAVALCANTI DE ALENCAR:JU197
Dados: 2024.03.13 15:30:34 -03'00'

**Orientador: Prof. Dr. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar
(Universidade Federal de Alagoas)**

Banca examinadora:



Documento assinado digitalmente

WELTON ROBERTO
Data: 15/03/2024 11:01:10-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof. Dr. Welton Roberto
ERALDO SILVEIRA
FILHO:03746404916

Assinado de forma digital por
ERALDO SILVEIRA
FILHO:03746404916
Dados: 2024.03.13 18:41:11 -03'00'

Eraldo Silveira Filho

Aos meus pais, Kelly e Raimundo, bem como à minha querida avó Marileide, como símbolo de amor incondicional e de gratidão absoluta por toda lágrima e suor derramados, que espero honrar ao escrever estas páginas.

AGRADECIMENTOS

Esperei e muito lutei para chegar a este momento e, a todo tempo, pedi a Deus a sabedoria necessária para ser paciente e perseverante. Confiei meu destino aos seus desígnios e hoje entendo que semear é doloroso, mas colher os frutos é gratificante. Então, começo agradecendo a Deus, por ter me dado saúde e força para persistir e vencer. Que esse ciclo seja, para mim, um constante lembrete de que tudo posso alcançar, se me reservar a acreditar no Grande Criador e em meu potencial.

Aos meus pais, deixo aqui o meu sentimento de gratidão profunda, por terem abdicado de tantos planos em suas vidas em nome da árdua missão que foi me criar. Nessa estrada, as coisas nem sempre foram fáceis, mas nunca os vi esmorecer. Hoje, a concretização do meu ciclo é resultado do que vocês fizeram por mim. Hoje, espero estar retornando uma parte do que vocês depositaram em mim. Obrigado por sempre acreditarem nas minhas capacidades, me incentivando a buscar o lugar que julgar merecer, no mundo. Espero hoje estar continuando a construção dos pilares que, há muito, vocês ergueram. Vocês sempre serão minha maior inspiração!

À minha querida avó Marileide, eu deixo aqui o meu respeito, amor e gratidão. Muitas vezes, foi minha conselheira pessoal e amiga íntima, com quem dividi dores e dilemas. Até aqui, eu sou eternamente grato pelos conselhos, pelo cuidado e pelo amor que sempre me endereçou. Saiba que minha ligação com a senhora é para além dessa vida! Eu sempre estarei aqui pela senhora, para tudo o que a vida exigir. Obrigado por acreditar em mim, sempre! Obrigado por todo esforço e dedicação no auxílio da minha criação, desde o início da minha vida.

Quero agradecer à minha tia Aline, cuja relação sempre foi como a de dois irmãos. Agradeço por tudo o que fizeste em meu favor, desde a infância, até os momentos atuais. Sempre estarei aqui, por você, para tudo o que precisar! Obrigado, inclusive, pelos presentes que geraste para essa família: Huenah e Johann, meus amados primos, a quem destino um amor absoluto e sou igualmente grato por suas vidas e por tudo o que representam em minha própria história!

Aos demais familiares, a quem reservo um grande apreço e carinho, eu agradeço! José Nogueira, obrigado pela referência concebida desde a infância, inclusive como inspiração! Nunca me esquecerei daquele presente, recebido aos 11 anos de idade: a obra “A menina que

roubava livros”, de Markus Zusak. Sua defesa pela importância da educação sempre foram balizas importantes, para mim! Às minhas tias, Maria e Rosa, agradeço de todo o coração por todo carinho e pela torcida verdadeira, pelo meu triunfo na vida. Agradeço também ao anjo que hoje está nos céus, velando por todos dessa família: Dona Tereza Nogueira (*in memoriam*), a quem sempre terei um carinho único e igual gratidão, por todas as orações e doces palavras.

Também sou muito grato à pessoa que apareceu em minha caminhada como uma surpresa feliz, chamada Ingryd! Em inúmeros momentos, você foi minha motivadora e esteve ao meu lado, auxiliando de tantas formas distintas que minhas palavras jamais poderiam ser capazes de quantificar. Obrigado pela força, pelo carinho sincero, pelo amor, compreensão e todo o cuidado a mim destinados! Nessa caminhada, estar ao seu lado torna meus dias mais perfumados e cheios de vida. Obrigado por sua existência em meu caminho! Espero retribuir à altura tudo o que fazes por mim!

Aos grandes amigos que a vida e a FDA me presentearam, eu deposito meus agradecimentos. Tenho sorte de tê-los comigo, sempre que preciso! Obrigado a cada um de vocês, que entenderam minhas ausências e estiveram ao meu lado, quando eu costumava responder às propostas com um “não posso, preciso estudar”. A vocês, deixo aqui meu fraterno abraço, na esperança de que continuemos construindo uma estrada verdadeira de amizade e de confiança. Esse trabalho também é resultado da crença que, em mim, vocês depositaram.

Agradeço ao professor Rosmar Rodrigues Alencar, pela disponibilidade, dedicação e crença em meu potencial, ao me auxiliar no processo de orientação do presente trabalho. A você sou grato pelos momentos em que me ajudou a clarificar incertezas, durante o processo de escrita. Obrigado pelo apreço e consideração de sempre (que, diga-se de passagem, são recíprocos)! Sua trajetória é, para mim, notável inspiração para que eu continue a avançar, em potência e excelência.

Aos demais ilustres e respeitáveis docentes da Faculdade de Direito de Alagoas, meu muito obrigado! Vocês foram (e são) fontes de inspiração em meu processo de formação! Agradeço especialmente aos professores Thiago Bomfim, Raimundo Palmeira, Welton Roberto, Fernando Falcão, Flávio Costa, Gabriel Ivo e ao professor José Barros (*in memoriam*). Cada um de vocês, em algum momento, trouxeram palavras que aqueceram meu coração, nessa trajetória acadêmica. Obrigado pela dedicação e compromisso para conosco, seus alunos!

A todos aqueles que de alguma forma auxiliaram em meu processo de formação, deixo meus sinceros agradecimentos!

Este trabalho é a materialização de algo que há muito sonhei. E que seja o ponto de partida para muitos outros sonhos!

*It's times like these
You learn to live again
It's times like these
You give and give again
It's times like these
You learn to love again
It's times like these
Time and time again*

Times Like These
Foo Fighters

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso trata do novo instituto do Juiz das Garantias e de sua respectiva importância ao controle de legalidade na investigação criminal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019 ao Código de Processo Penal Brasileiro. Para tanto, foi utilizada uma metodologia de pesquisa de natureza exploratória, de cunho qualitativo, com a revisão bibliográfica de obras vinculadas ao processo penal e a elementos afins ao tema central, com análise também da legislação processual penal vigente, além da Lei nº 13.964/2019 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade em torno do tema, a fim de levantar discussão acerca dos diferentes sistemas processuais penais existentes, bem como as diferentes formas de produção probatória, relacionadas a cada um deles. Em paralelo, foram feitas considerações acerca da Teoria da Prova Penal a fim de realizar distinção entre os elementos informativos daqueles que são de convicção – responsáveis por consolidar a prova penal em sentido pleno. Em continuidade, objetivou-se discutir acerca das atribuições e competências conferidas ao Juiz das Garantias pela legislação, a fim de tecer comparação com o que fora decidido pela Suprema Corte, com o reconhecimento de constitucionalidade da matéria em sede de julgamento das ADIs nº 6298, 6299, 6300 e 6305. Ao fim, destinou-se reconhecer a importância do Juiz das Garantias como meio conservador da imparcialidade e da forma processual, a fim de produzir um contexto em que o processo penal se coadune com as garantias individuais e com as premissas oriundas de um sistema acusatório.

Palavras-chave: Juiz das Garantias. Controle de legalidade. Investigação Preliminar.

ABSTRACT

The present undergraduate thesis deals with the new institute of the "Judge of Guarantees" and its respective importance in controlling the legality of criminal investigations, introduced by Law No. 13.964/2019 to the Brazilian Criminal Procedure Code. For this purpose, a research methodology of an exploratory nature was used, with a qualitative approach, including a bibliographic review of works related to criminal procedure and elements related to the central theme, along with an analysis of the current criminal procedural legislation, in addition to Law No. 13.964/2019 and Direct Actions of Unconstitutionality concerning the subject, in order to raise discussion about the different existing criminal procedural systems, as well as the different forms of evidentiary production related to each of them. In parallel, considerations were made regarding the Theory of Criminal Evidence in order to distinguish between informative elements and those of conviction – responsible for consolidating criminal evidence in its full sense. Furthermore, the objective was to discuss the attributions and competences conferred to the Judge of Guarantees by the legislation, in order to make a comparison with what was decided by the Supreme Court, with the recognition of the constitutionality of the matter in the judgment of ADIs No. 6298, 6299, 6300, and 6305. In conclusion, it aimed to recognize the importance of the Judge of Guarantees as a conservative means of impartiality and procedural form, in order to create a context in which criminal proceedings align with individual guarantees and the premises derived from an accusatorial system.

Keywords: Guarantee Judge. Legality Control. Criminal Investigation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPP	Código de Processo Penal
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA	16
2.1 Considerações acerca da <i>Teoria da Prova Penal</i>	24
2.2 A <i>prova</i> em oposição aos <i>elementos de informação</i>	33
2.3 A <i>Teoria da Dissonância Cognitiva</i> e a formação da convicção	36
3. O JUIZ DAS GARANTIAS E SUAS ATRIBUIÇÕES.....	45
3.1 Das atribuições e competências.....	53
3.2 Repercussão na Suprema Corte – A discussão em torno da (in)constitucionalidade.....	58
3.3 Controle de legalidade e segurança jurídica.....	62
4. O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E A CONSERVAÇÃO DA FORMA PROCESSUAL	65
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
6. REFERÊNCIAS	70

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal Brasileiro recebeu notório elemento de modificação em seu aparato normativo, no que concerne a adoção de novos meios de procedimentos e providências que se associem à instauração, instrução e julgamento de ações penais. Trata-se da Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, que trouxe, dentre outros institutos inovadores, o Juiz das Garantias ao Processo Penal.

Preliminarmente, a ideia do juiz das garantias surge como premissa de elemento de controle dos atos produzidos no curso de uma investigação preliminar (que almeja a vinculação de autoria e materialidade para que se dê início à persecução penal). Ocorre que, em linhas específicas, a função desse magistrado pode ser entendida para além desse objetivo, perpassando desde a salvaguarda do princípio do juiz natural – ao afastar o contato do juiz de instrução e julgamento com os elementos de informação, preservando a imparcialidade – até na observância (e proteção) das garantias individuais em um sistema processual penal democrático.

Importante ressaltar que a eficácia supracitada se estabelece quando os elementos de informação, acolhidos pelo juiz das garantias na fase anterior ao processo, não são utilizados como prova em sentido completo, uma vez que são produzidos sem que tenham sido postos em contraditório, já que a finalidade basilar dos instrumentos de investigação preliminar não deve estar destinada ao convencimento do julgador, mas tão somente à possibilidade de oferecimento da denúncia.

Em que pese os diferentes aspectos lógicos que permeiam o campo probatório, é fundante debater acerca dos elementos de informação e os de convicção. Para o primeiro, incidem as alegações e conclusões produzidas em sede de investigação preliminar, feitos por autoridade policial competente, que antecedem a propositura de peça acusatória. Para o segundo, tem-se os indícios, postos em debate no curso da fase de instrução processual, que são capazes de conduzir à convicção do magistrado acerca da veracidade (ou não) dos fatos alegados. Desse modo, é por meio dos elementos de convicção que ocorre a efetiva produção probatória, já que deles participam ambos os polos da relação processual.

É pertinente sinalizar também que, ao verificarmos os conceitos e toda a amplitude do juiz das garantias, não podemos deixar de lado a dicotomia convicção-informação, dos quais se vinculam a prova e os atos produzidos em sede de investigação preliminar, respectivamente. Portanto, será necessário produzir diferenciação semântica acerca desses dois conceitos, a fim

de que se chegue a um entendimento consolidado no entorno da legalidade, com o fito de obtermos uma ação penal condizente com os regramentos já estabelecidos em nosso sistema.

Por essa razão, é conveniente explicar, em linhas gerais, a importância de se ter um elemento da investigação preliminar como etapa anterior à propositura de ação penal. Não é caso de que sua relevância seja descartável, mas sim que sua finalidade deve estar delimitada como condição inerente à formalização da denúncia, de tal maneira que a sentença penal não deve ser influenciada por essa iniciativa, como se fosse prova penal. Ao pensarmos acerca do inquérito policial, por exemplo, todo e qualquer resultado derivado de seu cerne deve ser definido como mero elemento informativo.

Diante do que já fora exposto, torna-se lógico perceber o porquê dos atos contidos num inquérito policial, por exemplo, não serem considerados prova consolidada. Trata-se de ato produzido por autoridade policial que, em momento algum, oportunizará o acusado a se defender acerca das alegações ali postas. Sendo assim, por se destoar do contraditório, avocado como necessidade à produção probatória pelo Art. 155, CPP, acaba por se situar em uma polaridade oposta àquele elemento discutido no curso da instrução processual, posto em debate, para a formação do convencimento.

Nesse entendimento, a atuação do magistrado responsável pelo julgamento deve ser pautada em relação de conformidade com um sistema essencialmente acusatório, em que o juiz das garantias seja inserido como premissa de materialização das garantias fundamentais constitucionalmente previstas. Em outras palavras, é nesta senda que reside a importância de se garantir a forma no processo penal, por se tratar de meio processual que pode limitar a liberdade individual daquele sujeito que é tido como acusado, na relação estabelecida.

Em ampla percepção, se a imparcialidade é justificada pelo sistema acusatório, deve haver, obrigatoriamente, uma dissociação entre o julgador e aquele que deve analisar os elementos de legalidade da atividade investigativa, a fim de que se afastem circunstâncias em que o convencimento do juízo seja motivado por elementos meramente informativos, isto é, sem força probante plena, o que indicaria uma cognição eivada de parcialidades herdadas do procedimento policial.

Sendo assim, o presente trabalho se destinará a suscitar pertinentes visões acerca do juiz das garantias, que também atrairá, por conexão, observações inerentes ao âmbito do processo penal, em especial nas disposições vinculadas à investigação preliminar, bem como

às particularidades atinentes à produção probatória, na atual configuração presente em nosso ordenamento e sistema jurídicos. Em adendo, serão abordados aspectos quanto à atuação dessa espécie de magistrado como garantidor da legalidade, na fase pré-processual. Para tanto, também traremos abordagens iniciais em torno dos diferentes sistemas processuais penais e as diferentes gestões probatórias, neles contidas.

Para além disso, o presente trabalho também visa discorrer acerca da Teoria da Dissonância Cognitiva – sob a ótica de Leon Festinger – e sua conexão com a produção de raciocínios tendentes à parcialidade; uma vez que, no âmbito do processo penal, tal característica pode gerar um resultado diverso: um juízo sumário, que desconsidere a imparcialidade e o respeito aos elementos formais, necessários à atividade de instrução e julgamento em uma dimensão acusatória.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA

Preliminarmente, há de convir que se faça distinção entre os sistemas que a doutrina reconhece, a saber: o inquisitivo, o acusatório e o tido como misto. Cada uma dessas espécies possui características peculiares, tanto em sua fase de condução geral (desde o início da persecução penal até que se culmine na condenação ou absolvição) quanto nos aspectos mais minuciosos dos procedimentos. Tomemos por base inicial o sistema inquisitivo, em que o magistrado possui competência absoluta acerca da atividade de produção probatória, acusação e posterior julgamento. Nesse tipo de sistema, predomina a ausência de elementos basilares às garantias do acusado, tais como a ampla defesa e o contraditório e, claramente, o devido processo legal.

No sistema inquisitivo não há predominância de garantias, tampouco meios que possam assegurar o andamento do processo em consonância com princípios que ratifiquem a dignidade da pessoa humana. A tramitação do processo, nesse caso, é feita em caráter sigiloso. Em outras palavras, é um modelo processual com uma probabilidade quase que absoluta à condenação, uma vez que até a produção probatória fica ao encargo do mesmo magistrado.

Ainda, no tocante a esse sistema, a produção dos elementos de prova é feita de modo tarifário, ou seja, com valoração prévia, já estabelecida antes mesmo de qualquer possibilidade de oferecimento ao contraditório. Dessa maneira, as eventuais alegações ali postas podem ser tidas como presunções absolutas de culpabilidade, dispostas ao livre convencimento do juízo sentenciante, com dissociação a qualquer controle de legalidade.

O sistema inquisitório se traduz como resultado de uma forte influência da religiosidade no séc. XIII, como parte também da opção política do período. Ainda, nesse tipo de sistema, o réu é traduzido na figura de um transgressor, uma fonte do *pecado*, cuja verdade deveria ser extraída por intermédio da confissão pessoal. Nesse sentido, o acusado passaria a ser o próprio objeto da atividade investigativa, cuja confissão seria a finalidade primaz.

Diante disso, para se chegar a essa “verdade”, pouco importam os métodos. É aqui que surge o instituto da tortura como meio principal de obtenção da confissão – tratada como prova absoluta da culpabilidade. A absolvição das condutas imputadas ao acusado viria, caso ele resistisse às torturas. Sob essa ótica, a prova do crime era taxada antes mesmo de se vincular autoria ou materialidade e o inquisidor, incumbido de obter a verdade, já tinha ciência, de modo prévio, de sua existência.

Já no sistema acusatório, espécie adotada (em partes) no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se a estruturação de um conjunto de procedimentos que visam separar as atividades de julgamento, acusação e defesa. Aqui, prevalece a imparcialidade do julgador, de modo que a fase de instrução é a que resguarda meios de valoração probatória devida, não incidindo qualificação prematura de determinado elemento como prova em sentido completo, sem que antes sejam analisadas questões gerais, inclusive pela defesa.

Aury Lopes Jr. assevera que tal sistema é garantidor da imparcialidade e da dita *tranquilidade psicológica do juiz sentenciante*, já que seus métodos permitem uma instrução e julgamento dotados de certo arcabouço de garantias ao acusado, afastando, assim, possíveis casos de abuso de poder que recaiam em tentativas incessantes de condenar, ainda que não restem provas suficientes para vincular o acusado à conduta tida como ilícita.

Essa perspectiva acaba por tornar o processo – e o próprio sistema – como instrumento que pode, verdadeiramente, produzir justiça ao chegar em sua finalidade formal. Afasta, portanto, as eventuais arbitrariedades que podem ser perpetradas por uma atividade de julgamento que não possua limitações objetivas em sua respectiva competência. Ainda, nessa esteira de pensamento, é plausível que se considere o sistema acusatório como um garantidor dos direitos da pessoa acusada, à medida em que se prima por uma atividade judicial pautada sob os ditames da imparcialidade.

Em que pese o referido sistema, podemos defini-lo como garantidor da dita *democracia processual*, uma vez que suas características permitem um maior rigor nos papéis

dos sujeitos da ação penal, afastando o risco da autonomia plena nas competências e atribuições do julgador. Ante essa premissa, seria acertado dizer que essa configuração ratifica o que já suscitara a Constituição Federal de 1988, contrapondo os elementos inquisitoriais presentes no Código Penal Brasileiro, de 1941.

Todavia, insta esclarecer que o sistema processual penal brasileiro não é, essencialmente, acusatório em seu sentido mais puro. Há que se valer da ideia de que ocorre uma confluência entre características contidas nos dois formatos anteriormente trazidos. É aqui que surge a concepção de Sistema Misto, em que elementos do sistema inquisitório subordinados à fase investigatória (claro, sob uma percepção mais garantista) são acolhidos. Por outro lado, os procedimentos do sistema acusatório são tidos como basilares às etapas subsequentes, inclusive na produção probatória, garantindo uma melhor eficiência processual, sob uma perspectiva democrática.

Em complemento, é importante mencionar que o dito “sistema misto” pode ter finalidade meramente didática, haja vista que é muito improvável ainda haver um sistema processual absolutamente puro. No contexto brasileiro, a convergência entre o sistema inquisitório e o acusatório se mantém clara, a depender da fase em que se analisa. Em linhas gerais, na fase pré-processual, predominarão características inquisitórias e na fase processual propriamente dita, teremos maior presença de elementos atinentes ao sistema acusatório.

Apesar disso, não é tão conveniente atribuir ao nosso sistema processual a natureza exclusivamente acusatória, ainda que essa modalidade seja tida como regente, na nossa configuração atual. A classificação de um sistema depende, para além de outros elementos, de seu reconhecimento a partir da identificação do princípio informador¹. Essa percepção possui absoluta pertinência, principalmente se tomarmos por base o grau de democratização de determinado sistema.

Entretanto, a fase processual no nosso contexto não possui apenas características de nível acusatório. Isso porque existem determinados dispositivos, no Código de Processo Penal, que conferem ao juiz de instrução e julgamento certas iniciativas que derivam de um aspecto inquisitório, a exemplo do art. 310, inciso II, que permite ao juízo a conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando se mostrar insuficiente a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e quando houver o preenchimento dos requisitos presentes no art. 312 – prova

¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação S.A., 2019, p. 44-45.

de existência do crime e indício suficiente de autoria do delito e de possível situação de perigo, caso o acusado permaneça em liberdade.

Repise-se, entretanto, que a problemática não reside no ato em si, mas tão somente na possibilidade de assunção de um papel ativo por parte do magistrado, na prática de determinadas ações, no decurso da ação penal. Existem diversos dispositivos do CPP, que versam acerca de atos que podem ser promovidos pelo juízo sentenciante, com a ação penal já em curso, que acabam por representar iniciativas que deveriam estar vinculadas exclusivamente ao polo acusador da relação processual. Podemos citar outro exemplo, como o caso do art. 209, que faculta ao magistrado a possibilidade de inquirir outras testemunhas, diversas das que tenham sido arroladas, a qualquer tempo.

Em adendo, pode-se afirmar que o sistema inquisitório possui como característica principal a concentração de poderes sob a tutela do julgador, de modo que o mesmo magistrado terá a possibilidade de produzir a prova e desenvolver seu raciocínio sentenciante a partir disso, dispensando a necessidade de contraposição dos fatos ou de defesa substancialmente garantida ao acusado, que acaba por ser unicamente o objeto de verificação do processo, não figurando especificamente como sujeito da relação estabelecida pela ação penal.

Em oposição completa, a forma acusatória processual possui uma devida separação nas atividades de acusação e julgamento, de modo que o juiz figura como sujeito imparcial, incumbindo-lhe o dever de valorar a prova sob a égide constitucional, garantindo o pleno direito de ampla defesa e possibilitando a submissão das alegações e fatos ao contraditório, dispensando o sistema tarifário para a formação do elemento probante.

É diante do sistema acusatório, portanto, que há uma afirmação plena da imparcialidade da qual o julgador deve estar imbuído. Isso porque a separação das funções e a descentralização de poder permitem que o magistrado atue verdadeiramente para o que se destina, no cerne da estrutura processual penal democrática, trazendo o réu como sujeito passivo da relação processual; em outras palavras, afastando-o da ótica de mero objeto de verificação para então defini-lo como parte passível de defesa e de uma efetiva voz, no desenrolar da ação penal.

De modo geral, o afastamento do juízo sentenciante na atividade de produção probatória transfere essa competência às partes vinculadas ao processo (tanto réu, quanto acusação), tal qual assevera Aury Lopes Jr. ao dar efetiva valorização na separação entre o

magistrado e os sujeitos da ação, estes últimos detentores da possibilidade de iniciativa e encerramento da feitura dos elementos de prova². Essa modificação deveria, portanto, inviabilizar os atos *ex officio* do juiz, nessa espécie de iniciativa.

A existência do juiz como terceiro imparcial deve ser entendida como meio ratificador das garantias constitucionalmente estabelecidas ao imputado, de modo que o princípio do devido processo legal seja efetivamente respeitado. Além disso, a imparcialidade do julgador está conectada a uma garantia fundamental da própria jurisdição, de modo que a impossibilidade de promoção de atos de ofício que se vinculem a uma atuação excessivamente ativa acaba por estabelecer meios de conservação de um sistema de formato democrático.

Ainda, em se tratando de sistema, é necessário que haja uma comunicação direta e não-contraditória ao ordenamento jurídico positivado. Essa característica pode ser definida como a sincronia de um sistema processual com o respectivo ordenamento ao qual se reporta, já que o próprio sistema é constituído por normas que são descritas a partir do ordenamento jurídico, tecendo uma “teia harmônica” que traduz uma natureza sincrônica, em grande parte de sua estrutura.³

Pela necessidade de uma harmonização sistema-ordenamento, a mesma lógica deve se conservar em se tratando do sistema processual penal brasileiro. E essa comunicação deve estar adstrita à Constituição Federal, por exemplo, que traz à baila um modelo de sistema essencialmente acusatório em sua fase processual. Exemplo disso, que vai de modo contrário ao que versa o art. 156, I do CPP é o art. 5º, LV da CRFB/88, que assegura a ampla defesa e o contraditório aos acusados em uma ação judicial.⁴

No que fora anteriormente versado, fiquemos restritos ao contraditório, ratificado pela Carta Magna Constitucional, nesse primeiro momento. Ocorre que esse meio de garantia traduz de modo inequívoco que até mesmo os elementos de informação devem ser postos em contraposição com as respectivas alegações feitas tanto pela acusação, quanto pelo próprio réu, para que se faça valer a constituição da prova de modo legal (em se tratando de um sistema acusatório). Desse modo, há que se falar acerca de uma certa semântica interpretativa que pode culminar em inconstitucionalidade, presente no art. 156, I do CPP, haja vista que avocará

² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação S.A., 2019, p. 48-49.

³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal: em conformidade com a Teoria do Direito**. 1. ed. – São Paulo: Noeses, 2021, p. 54-56.

⁴ BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 07 de agosto de 2023.

possibilidade contrária quando o juiz de instrução e julgamento terá a faculdade de ordenar, de ofício, a produção antecipada de provas antes mesmo da ação penal ter sido, efetivamente, iniciada.

A situação descrita supra revela um dos diversos casos de possível inconstitucionalidade presentes em alguns dispositivos do Código de Processo Penal. Essa ocorrência acaba por ruir com a ideia de que possuímos um sistema de natureza exclusivamente acusatória na fase processual. Para que essa premissa fosse verdadeira, seria necessária a existência de um *juiz-espectador*⁵, alheio às atividades e iniciativas atinentes às fases investigatória e instrutória, permitindo a disposição de elementos de informação em contraditório, produzidos no curso da investigação preliminar.

Com isso, é necessário haver uma “filtragem constitucional” dos dispositivos presentes no CPP que constituam relação de desarmonia com a norma constitucional, uma vez que esse problema estrutural afeta a sincronicidade do sistema processual penal com a Constituição Federal, infiltrando elementos de fator inquisitório num instrumento que deveria ser pautado em aspectos democráticos. Essa “infiltração inquisitória”⁶ acaba por fulminar, de certo modo, a ampla defesa e o contraditório, garantidos ao réu da ação penal, além de conferir mais poder e autonomia ao juiz em produzir (ou ordenar que se produza) elementos probatórios que possam estar dotados de certa ilicitude.

Essa extensão de poderes ao julgador, de modo contrário ao que pode parecer inicialmente, traduz um grande perigo ao sistema processual penal e aos direitos e garantias individuais. A justificativa está no problema da centralização do poder nas mãos de um único polo da relação processual – nesse caso, do juiz de instrução e julgamento – o que será propriamente discutido mais adiante, no presente trabalho.

Ainda, sob a mesma esteira de pensamento, reside novo problema quanto ao protagonismo do julgador: o *ânimo persecutório*. Trata-se de eventual tendência de se chegar à condenação do réu a qualquer medida, mesmo que as alegações e provas obtidas não possuam conclusão irrefutável. Nessa senda, a imparcialidade é um elemento que restringe a amplitude

⁵ O referido termo é avocado por Aury Lopes Jr., na composição de suas obras, acerca do Direito Processual Penal Brasileiro.

⁶ Tal expressão se vincula a termo próprio, introduzido por nossa própria concepção acerca da existência de dispositivos notadamente inquisitórios no Código de Processo Penal Brasileiro, no âmbito da fase processual.

dos poderes de instrução de um julgador, de modo que a competência nessa etapa fica vinculada às partes da ação penal. Em conclusão, a ausência da imparcialidade fere a jurisdição.⁷

A urgente necessidade pela condenação gera um novo modelo de processo inquisitório, em que as alegações da defesa e suas sustentações acerca dos fatos apresentados pouco influirão na cognição do julgador, que já terá formado sua convicção muito antes de se dar por concluída a fase de instrução processual. Essa situação acaba por gerar um cenário de maior insegurança jurídica e, mais uma vez, de ofensa aos ditames constitucionais.

É a partir das premissas anteriormente apresentadas que surge a constatação de que se faz necessário o afastamento do magistrado que irá proferir sentença da fase de investigação e de instrução. Com isso, temos a figura do Juiz das Garantias, introduzido, inicialmente, em nosso sistema processual penal por intermédio da Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como *Pacote Anticrime*.

A figura do Juiz das Garantias pode ser entendida como um microssistema processual, na medida em que os arts. 3º-B ao 3º-F foram introduzidos ao CPP. Nessa perspectiva de um microssistema, é importante salientar de modo direto que essa espécie de magistrado estaria contida em uma estrutura mais ampla (no caso em comento, o sistema processual penal). Importante dispositivo introduzido pelo referido diploma legal ao Código de Processo Penal é o art. 3º-A, que caracteriza o sistema como possuidor de estrutura acusatória, gerando restrições à iniciativa do magistrado no que concerne a atividade investigativa e da que é de competência da acusação, no sentido de produção da atuação probatória.⁸

Outrossim, o art. 3º-B do CPP traz à baila um rol de atribuições concernentes à competência do Juiz das Garantias, inclusive, atribuindo-lhe um importante papel na investigação criminal – que é o controle de legalidade dos atos e procedimentos dessa fase⁹. A conexão dessa fase pré-processual com a legalidade se faz absolutamente indispensável, a fim de que se afaste – ou mitigue ao máximo – a incidência de arbitrariedades na produção de

⁷ FAYET, F. A.; POLL, R. E. **Ânimo persecutório do magistrado: a quebra do dever de imparcialidade e sucessivas decisões contrárias ao direito à prova defensiva**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n. 2, p. 645, 17 jun. 2018. Disponível em: < <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/143>>. Acesso em 15 de setembro de 2023.

⁸ **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.

⁹ **Art. 3º-B.** O juiz das garantias é responsável pelo **controle da legalidade da investigação criminal** e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...]. (grifo nosso)

elementos de informação ou, ainda, que esses elementos sejam considerados prova em sentido completo, sem qualquer análise primária acerca da licitude em sua obtenção.

Não obstante, as novas atribuições introduzidas ao Juiz das Garantias não ficam tão somente restritas ao âmbito da investigação preliminar. Isto porque também compete a essa espécie de magistrado o recebimento da comunicação de eventual prisão, inclusive aquela feita em flagrante delito, a fim de que seja avaliada a circunstância que ensejou o ato, promovendo controle de legalidade e, também, primando pelos direitos e garantias do preso, podendo inclusive exigir a condução do réu à sua presença, a qualquer momento¹⁰

Há que se falar, também, que a Lei nº 13.964/2019 inovou quando transferiu a competência de decisão acerca da produção antecipada de provas consideradas urgentes e irrepetíveis ao juiz garantidor, de modo que essa antecipação, se deferida, estará condicionada à ampla defesa e ao contraditório, assegurar meios de produção probatória mais eficazes, nos termos do art. 3º-B, VII.

Essa modificação de competência e até do próprio procedimento de antecipação probatória encontram maior aspecto garantista, por prezarem pelo respeito aos direitos do réu e controlarem em certa medida o *jus puniendi* estatal, que pode estar contido numa linha tênue entre a legalidade e o abuso de poder. Claramente, o rol de atribuições se estende para além do que fora inicialmente abordado, o que será pormenorizado mais adiante, no presente trabalho.

É evidente que a investigação preliminar, ainda que seja fase pré-processual, é de importância fundante na constituição da prova, mas não deve ser confundida como fase em que a prova, efetivamente, se produz. Isto porque não há comunicação direta com a ampla defesa e com o contraditório nesse primeiro momento, mas sim uma etapa que permite a instrumentalização da denúncia – possibilidade de oferecimento por haver possível conexão entre autoria e materialidade com o acusado, inicialmente.

Por derradeiro, faz-se necessário tecer uma breve discussão acerca da Teoria da Prova e sua diferenciação entre os elementos de informação e os ditos elementos de convicção, a fim de que se evitem equívocos entre o que deve ser considerado prova em contraposição àqueles documentos e fatos alegados que não foram submetidos ao crivo do controle de legalidade, tampouco ao contraditório, no âmbito da fase preliminar.

¹⁰ Essas possibilidades de promoção ao controle de legalidade pelo Juiz das Garantias estão elencadas no rol de atribuições, contido no art. 3º-B, CPP, mais precisamente nos incisos I a VI.

2.1 Considerações acerca da *Teoria da Prova Penal*

Nesse momento inicial, é necessário que se faça conceituação acerca do que seria, efetivamente, a prova penal. Essa necessidade não reside apenas na importância da definição a nível semântico, mas também a nível instrumental, no âmbito do processo penal, justamente por ser comum observar a incidência de erros quanto à valoração de determinados fatos em casos concretos, em nosso sistema.

Nesse sentido, a prova pode ser definida como um meio objetivo do qual haverá uma posse indiscutível da verdade, sendo sua eficácia aferida pelo grau de intensidade em que a convicção humana pode verificar e confirmar essa tal verdade¹¹. Em outras palavras, quanto maior o grau de certeza (convicção) de que aquele ato fora praticado pelo acusado, maior será a eficácia do elemento probante em vincular a conduta delituosa, de modo que seja possível a ocorrência de condenação por sentença penal.

Essa definição acaba por atestar uma constatação lógica: se, em determinado momento, um objeto que seja recebido como prova, levante dúvidas acerca da culpabilidade do réu, poderemos ter dois cenários possíveis; o primeiro seria o caso de provável inocência, se a prova for dotada de legalidade; o segundo, uma possível ocorrência de prova ilícita, que não tenha sido obtida pelos meios lógicos adequados, ou ainda, eivada de vícios que culminem em ofensa à legalidade.

Para as duas hipóteses, o estado de certeza será o norteador determinante de algum dos possíveis resultados, tomando por consideração que a semântica em torno da verdade se estabelece como um ponto de conformidade com a realidade que nos cerca. Nesse mesmo sentido, a certeza seria um estado subjetivo da consciência humana, que não se comunica necessariamente com a verdade objetiva.

Desse modo, não há um silogismo direto entre o estado de certeza e a verdade, o que significa dizer que, por ser de natureza subjetiva, a certeza pode estar arraigada com concepções próprias de cada indivíduo e produzir cognições que se afastam da verdade, que é objetiva, nessa perspectiva. Em linhas gerais, a consciência pode ser contaminada por situações em que a dúvida possa pairar (acerca do dualismo culpado-inocente), impedindo o alcance ao estado de certeza.

¹¹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Trad. J. Alves de Sá – 2. ed. – Lisboa. Livraria Clássica Editora, 1927, p. 19-20.

É por essa percepção que a prova deve ser produzida sob ditames rígidos e especificamente demarcados, a nível de procedimento, a fim de afastar ao máximo as presunções meramente subjetivas, que possam estar imbuídas de dúvida. Aqui, ratificamos essa necessidade de afastamento porque é impossível eliminar a nível total os pontos de incerteza, por se tratar de característica atinente ao âmbito idiossincrático da natureza humana.

Sob essa ótica, a prova em si pode ser definida como elemento empírico acerca de determinada conduta que seja típica, ilícita e culpável, ou seja, regulada pelo Direito Penal. A prova, nesse sentido, seria colocada à disposição da cognição de um magistrado, por intermédio de uma parte legítima da ação penal. O juiz, ao tomar conhecimento daquele elemento, colocaria a prova à disposição do contraditório, de modo que o resultado desse procedimento teria a finalidade de gerar influência em seu conhecimento e convicção acerca do fato apurado no processo.¹²

Essa apreciação da prova, sob a égide do contraditório, deve estar mantida em relação de conformidade com o ordenamento e sistema jurídicos, para que seja constituída de legalidade. Não se trata, portanto, de análise abstrata ou dotada de procedimento irregular, sem que haja um respeito às etapas previstas na legislação. Então, se o próprio processo de análise da prova deve estar harmonizado com a legalidade, assim, igualmente, deverá ser com a produção dela, inclusive em sua fase inicial¹³.

Ante a premissa supra, a prova também pode ser reconhecida de modo distinto, ao estabelecermos definição como elemento resultante da demonstração plena acerca da ocorrência de fatos úteis à cognição pertinente ao julgamento, devendo essa ser submetida ao rigor do contraditório, no âmbito do processo penal¹⁴. Não se trata, pois, de mera recomendação (a submissão ao contraditório processual), mas sim de procedimento ideal, o que cabe à uniformização em sua produção.

Nesse sentido, urge por oportuno salientar que a prova penal possui o objetivo de encaixe lógico com os fatos expostos no curso da ação penal. Em linhas gerais, sua finalidade é, igualmente, sincrônica – deve estar comunicada de modo coerente com a situação fática narrada nos autos, tecendo relação construtiva com o que se pretende demonstrar, ao mesmo

¹² ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal: em conformidade com a Teoria do Direito**. 1. ed. – São Paulo: Noeses, 2021, p. 759-760.

¹³ *Idem*.

¹⁴ JARDIM, Afrânio Silva. **O ônus da prova na ação penal condenatória**. In: Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça, Rio de Janeiro, nº 23, 1986, p. 29.

tempo em que os atos processuais, a ela ligados, se desenvolvem no curso da ação penal. Desta feita, a prova não pode contradizer os próprios fatos de modo afastado de um nexos substancial, no sentido de gerar contextos diversos da possibilidade de ocorrência, dentro do caso concreto.

Aqui, a não-contradição se vincula àqueles fatos que são avocados a interesse próprio da parte que busca a sua efetiva demonstração, por intermédio da prova. Não é caso das hipóteses em que uma prova desconstrói o que fora alegado inicialmente, acerca de determinada conduta. Nesse sentido, seria caso, por exemplo, de afastamento da ação supostamente produzida e, em alguns casos, de eventual favorecimento ao réu, culminando (provavelmente) em sua absolvição.

É de bom alvitre que seja trazida à baila uma breve visão acerca da importância da prova como meio de natureza sincrônica, na fase instrutória, para a formação do conhecimento. Nas lições de Ferdinand de Saussure, o aspecto sincrônico diz respeito ao estudo de determinado elemento (naquele caso, a língua), em um dado espaço de tempo¹⁵. Trata-se, portanto, de um contexto de estudo em que não há um enfoque na evolução do objeto ao longo do precedente histórico como um todo, de modo que só interessam as variações linguísticas que ocorrem em um período determinado. Dessa maneira, as acepções decorrentes dessa análise possuem caráter descritivo e estático, reportando-se ao estado da língua no intervalo de tempo ao qual o estudo se vincula.

Em oposição, o referido autor trata do estudo diacrônico como espécie mais ampla, versando acerca das transformações sofridas pela língua ao longo de todo um curso temporal, desde o seu nascimento. Trata-se de um meio de estudo *reconstrutivo*, em que a análise perpassa a fase originária até o estado da língua em seu momento atual. Assim, há uma certa ocorrência de constante mutabilidade do objeto, de tal maneira que não há uma estaticidade, mas sim uma contínua evolução dos aspectos daquela língua, traduzindo uma espécie de estudo que se concatena com a dinamicidade.¹⁶

Nesse diapasão, é certo que a prova versa acerca de narrativas sobre fatos já transcorridos, no decurso do tempo. Sendo assim, sua formação diz respeito a ocorrências pretéritas, com o fito de elucidar – e conectar – o fato penal narrado com os elementos disponíveis à demonstração, a fim de influenciar o conhecimento de seu destinatário. Ainda há

¹⁵ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Lingüística Geral**. Tradução Antônio Chelini, José Paulo Paes, Isidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 117-129.

¹⁶ *Idem*, p. 163-177.

que se falar sobre eventuais possibilidades de conexão com a cognição do magistrado, a depender da intensidade em que o elemento probatório é capaz de alcançar sua finalidade.¹⁷

Apesar da prova se reportar ao passado, seus elementos nucleares não poderão estar dispostos à ocorrência da mutabilidade, com o decorrer do tempo. Deve a prova ser, então, elemento estático, do qual se extrai, a partir de sua análise, conclusão lógica e sólida sobre os fatos imputados. Sob essa ótica, ao ser colocada como objeto de um exame detalhado, na fase de instrução, a prova deveria ser vista como fonte sincrônica, da qual caberia a análise conforme o que fora tratado nos autos, impedindo assim uma modificação contínua de sua essência, porque isso acabaria por comprometer o caráter sólido, necessário à formação dos fundamentos indispensáveis à prolação de sentença. Assim, a fase de sua construção, na etapa instrutória, com o devido oferecimento ao contraditório, corroboraria com a concepção de um sincronismo, em sua análise e formação.

Desconsiderar a necessidade de se conservar um sincronismo na produção e apreciação da prova nos parece um possível caso de violação do procedimento atinente à instrução, sob a égide da legalidade. Ainda, se tomarmos emprestada a concepção derivada da linguística para o nosso âmbito, quanto à composição das palavras sob a ótica da mutabilidade fonética, chegaremos a uma conclusão semelhante no processo penal: ao se atribuir um valor pré-determinado à composição de determinados elementos contidos na estrutura probatória, passaremos a reduzir o processo de análise do conjunto como um todo, findando em uma *obliteração* da fase de produção da prova. Isto porque passaremos a selecionar algumas narrativas como objetos indivisíveis e, portanto, dispensáveis de contradição, por parecerem plenamente esclarecidos, supostamente. O resultado, dos vários possíveis, pode ser exemplificado como cerceamento da prova defensiva, já que os argumentos considerados válidos já estariam selecionados e valorados previamente¹⁸.

¹⁷ O referido autor avoca três cenários prováveis, a saber: *o juízo de possibilidade*, em que reside um “limiar de incerteza”, insuficiente para resultar em confirmação ou negação dos fatos narrados; *o juízo de probabilidade*, que possui moderado grau de influência no convencimento (relação de plausibilidade) e, por último, *o juízo de certeza*, que não possuirá eventual incerteza, mas clara relação do fato imputado, seja quanto à sua vinculação com o réu, seja com a insuficiência, que incida na absolvição.

¹⁸ Conforme leciona Saussure (2006), acerca da ruptura do vínculo gramatical: “Outro efeito gramatical da mudança fonética consiste em que as partes distintas de uma palavra, que contribuíam para fixar-lhe o valor, deixam de ser analisáveis: a palavra se torna um todo indivisível [...]”. p. 179. Sendo assim, sob a perspectiva diacrônica, é possível que, em determinado momento, alguns elementos contidos na prova passem a se desconectar das premissas incipientes, inviabilizando a decomposição de todas as partes integrantes do elemento probatório e gerando certa dissonância na estrutura central, uma vez que a indivisibilidade (decorrente da mutabilidade) podem dotar certos elementos de uma autenticidade, a nosso ver, nociva à produção probatória.

Num contexto de prova diacrônica, sob a perspectiva linguística do termo, a contínua mutabilidade sofrida pode gerar conflitos de ordem estrutural, quanto à sua produção. Conseqüentemente, a variabilidade constante prejudica a possibilidade do elemento probatório em se conservar de modo perene, quanto à demonstração dos fatos, tornando-a frágil e de questionável procedência, já que seus aspectos lógicos estariam fadados a uma mudança sem limitação objetiva. Aqui, haveria uma natural ruptura com as características fundantes que tornam a prova – em seu sentido pleno – instrumento sólido de conexão com a verdade processual. O cenário finda, portanto, em uma espécie de prova que se afasta de sua acepção ideal.

Ante o exposto, é necessário que se considere a importância de conservação da prova em um contexto de invariabilidade – ou de estaticidade, tal qual já dito antes – quando tratamos de características sincrônicas. Para tanto, há uma necessidade fundamental de se proceder ao devido controle dos atos vinculados à formação do elemento probatório, principalmente em se tratando de adstrição com as limitações previstas no ordenamento e sistema jurídicos (respeito ao princípio da reserva legal). Portanto, o controle de legalidade aos elementos de prova se faz indispensável, não sendo caso de faculdade ou de iniciativa de baixa prioridade – deve estar intrinsecamente ligado aos requisitos de formação.

Do contrário ao que fora anteriormente suscitado, a ausência de um controle de legalidade dotado de rigidez, no âmbito da produção probatória, acabaria por invalidar toda a premissa nuclear do sistema acusatório, culminando, mais uma vez, em cerceamento de defesa. Seria, em outras palavras, um resgate aos primórdios do sistema inquisitório, em que a gestão e iniciativa da prova se concentrariam sob o comando do magistrado. Nesse contexto, o acusado poderia se tornar (novamente) mero objeto de verificação e a prova, ainda que produzida em cenários desconectados com a legalidade, poderia ser conduzida a um modo de formação tendente a buscar ratificações arbitrárias acerca da autoria e materialidade delitivas – o que, por si só, traduziriam certa questionabilidade quanto à veracidade, por não existirem meios objetivos de controle dos atos procedimentais.

A importância de se preservar um respeito a procedimentos que reduzam a incidência de ilegalidades encontra respaldo na própria legislação, em especial na Lei nº 13.964/2019, que introduziu os arts. 158-A ao 158-F ao nosso Código de Processo Penal. Trata-se de dispositivos que buscam definir e delimitar os atos que são produzidos em torno da cadeia de custódia da prova, a fim de se buscar a devida preservação dos vestígios obtidos no local do crime. Seria

coerente, então, concluir que a necessidade de preservação de determinados objetos, materiais ou vestígios que estejam vinculados ao delito, se justifica em razão da premissa em torno da estaticidade dos elementos de prova. Conservar os vestígios no modo em que foram obtidos, traduz a conclusão de que a prova não pode variar, em seu contexto geral, devendo manter sua estrutura lógica e material, do início ao fim de sua produção.¹⁹

No tocante ao que a prova se destina, para além da conexão com a verdade, deve-se voltar a atenção ao seu respectivo objeto. O fato relativo à conduta delitiva é o próprio objeto da prova, uma vez que o fim dela é a efetiva confirmação daquilo que está referenciado no processo – o fato que ensejou o delito. Porém, para além disso, a prova é importante delimitador do próprio conhecimento do magistrado, já que esse não poderá formar sua convicção de modo dissociado, devendo limitar-se ao que fora discorrido nos autos e devidamente provado, sem que possa utilizar de sua subjetividade ou de meios externos ao processo, para fundamentar e integralizar sua decisão²⁰.

Por se tratar de um ponto de contato fundamental com o resultado da ação penal, é necessário entender que a prova é um meio de conexão de um fato com a verdade processual (finalidade)²¹. Nesse sentido, a prova possuiria a função de “fazer crer” a determinação do processo penal sobre os fatos que trata. Nesse sentido, a prova seria uma espécie de meio persuasivo que levará seus destinatários à convicção de que aqueles fatos se vinculam à verdade, ainda que não se trate de uma verdade comunicante com o que se apresenta na realidade; aqui, no âmbito do processo penal, o elemento probatório se mantém associado de forma única e exclusiva aos fatos tratados nos autos.²²

É importante considerar, porém, que o elemento probatório se firma para além do fato penal que se busca provar. É que sua existência constitui importante liame com o resultado do

¹⁹ O art. 158-A do CPP define a cadeia de custódia como “[...] o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”. Nessa percepção, há uma notável preocupação em se resguardar o histórico do material obtido, a fim de preservar sua leitura e interpretação, inclusive na forma documental. Assim, entendemos que essa descrição possui comunicação direta com a qualificação da modalidade sincrônica aos elementos de prova, uma vez que o registro histórico dos vestígios se mantém restrito a um período definido, o qual se relaciona com o fato delitivo, na proporção devida.

²⁰ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. ao espanhol de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 89-90.

²¹ Aqui, tratamos da expressão *verdade processual* sob o pressuposto de que, por ser um elemento de retrospectiva, o processo penal sempre versará acerca de fatos passados. Diante dessa premissa, a prova penal buscará conectar os fatos com o que o processo dita como *verdade*, ainda que não se trate daquela verdade objetiva, conceituada inicialmente por Malatesta (1927), presente no contexto da realidade, que é exterior ao processo.

²² TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. ao espanhol de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 81.

processo, seja a condenação ou a absolvição do réu. Ainda que o fato penal constitua importante parte integrante da estrutura, não se trata de razão única e exclusiva que justifica a necessidade de existência da prova. É necessário rememorar que a finalidade dela, em seu sentido amplo, é ter efeito na formação da convicção do juízo sentenciante.

No que se refere ao contexto da *verdade processual*, Luigi Ferrajoli, com um entendimento subsidiário ao de Alfred Tarski, traz pontos fundantes para sua elucidação, no plano do que pretendemos demonstrar neste estudo. É que, para ele, a *verdade processual* se estabelece numa aproximação com a relação de correspondência entre a proposição fática e a jurídica. Significa dizer que um argumento, dentro da esteira processual, só pode ser definido como válido quando é possível verificar seu devido enquadramento no plano dos fatos presentes na realidade (externa ao processo), bem como sua indicação como conduta regulável por norma penal (no âmbito interno ao processo).²³

Continuando em discussão acerca do pensamento prévio, essa concepção da *verdade processual* como gênero que abarca duas espécies – a verdade fática e a jurídica –, traz para o autor uma referência direta à jurisdição penal, que só possuirá efetividade quando se verifica um fato regulável por norma sancionadora. Assim, a *verdade processual* seria uma definição em torno de um enunciado (como, por exemplo, a prova penal), do qual deve estar revestido de um caráter verdadeiro para ser considerado como válido, no plano jurídico. Não seria controverso, então, definir a prova sob essa perspectiva de validação, em que pese sua conexão com a situação fática reportada nos autos. Para tanto, sua estruturação lógico-argumentativa deve ser igualmente afastada de termos que sugiram ambiguidade interpretativa ou baixa credibilidade, no que se propõe em demonstrar.²⁴

É conveniente salientarmos que, tanto para o autor suprarreferido quanto em nosso próprio entendimento, a *verdade processual* não será, necessariamente, uma qualidade que estará absolutamente vinculada ao plano da realidade, constituindo relação de dependência com as proposições levantadas dentro da relação processual. Nesse sentido, teríamos um contexto *aproximativo* (tal qual Ferrajoli definira) em que os juízos valorativos devem se manter restritos até o que se sabe acerca das proposições, não se devendo buscar um nexos conclusivo que se comunique com elementos externos ao que está contido na ação penal.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

²⁴ *Idem*, p. 42.

Em discreta digressão, há que se falar acerca da possibilidade de iniciativa da prova penal. Aqui se faz necessário tecer breve discussão sobre os diferentes meios de gestão (ou iniciativa) em torno da prova, a depender do sistema posto em análise. Diante dessas diferenças possíveis, o princípio regente de um sistema acaba por definir como a prova será gerida. No sistema inquisitório, tem-se o princípio inquisitivo e no sistema acusatório ocorrerá a incidência do princípio dispositivo.²⁵

De modo intuitivo, é notório perceber que o princípio inquisitivo atribui a competência de gestão probatória ao próprio magistrado (já que se trata de princípio informador do sistema inquisitório). Nessa perspectiva, o juiz pode acabar por já estruturar sua convicção em primeiro plano, culminando em condenação e formando elementos que justifiquem a sua decisão em momento posterior. Não haverá, portanto, o oferecimento dos elementos ao contraditório para a formação de seu conhecimento (que pode já estar estruturado muito antes da instrução probatória). Ao voltar a visão ao princípio dispositivo, teremos percepção oposta. Aqui, a gestão do elemento probatório estará ligada às partes do processo, reafirmando a posição de um juiz imparcial. Sob essa definição, teremos a iniciativa da prova em uma ótica mais democrática – podendo ser concebida como ideal, no âmbito do processo penal.

Em adendo, parece-nos mais adequado que a iniciativa probatória se mantenha restrita aos polos da acusação e defesa, ao passo em que o julgador se situe em posição de terceiro imparcial. Pode-se conceber, inclusive, a ideia de que a gestão probatória deveria encontrar suporte em um modal deôntico, do qual deveria ser proibida a conduta de produção pelo magistrado de modo arbitrário, ou dissociado de um procedimento que respeite a legitimidade quanto às possibilidades de iniciativa, sendo assegurada essa gestão aos interessados da ação penal.

Todavia, não é o que se percebe com o teor do art. 156, I do CPP (já anteriormente suscitado, no presente trabalho). Aqui, parece-nos ocorrer um choque principiológico, quando é facultado ao juízo que proceda à produção antecipada de provas, de ofício, antes de instaurada a ação penal. Diferentemente daqueles casos tratados no âmbito do processo civil, não deve haver qualquer espécie de sopesamento ou de ponderação. É que, como já dito anteriormente, um sistema processual penal deve se manter conectado com seu princípio regente; portanto, permitir a produção de provas antecipadas pelo magistrado, ao mesmo tempo em que a

²⁵ COUTINHO, J. N. DE M. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001, p. 165-167.

iniciativa cabe às partes, é contradizer a democratização do próprio sistema e sua respectiva conexão obrigatória com a imparcialidade do julgador e seu princípio informador.

Ainda tratando do que fora anteriormente levantado, teremos outra questão incidental, na produção antecipada de provas, desta vez em nível semântico. Isto porque a atuação em torno da produção probatória, num sistema processual penal acusatório, encontra fundamento lógico quando já se tem instaurada a ação penal²⁶. Sendo assim, não poderíamos considerar como prova aquilo que fora desenvolvido antes de se ter processo penal em curso. Em último caso, esse tipo de atuação produziria, unicamente, o que se tem por elemento de informação, vinculado aos atos promovidos na investigação preliminar (fase pré-processual).

É por esse motivo que consideramos a ocorrência de inconstitucionalidade no art. 156, CPP, pois essa iniciativa probatória, de modo antecipado e dissociado das partes, caracteriza certa anomalia que contradiz o princípio dispositivo. Amplificar as possibilidades de um julgador, seja no âmbito de suas atribuições ou na concentração de condutas que podem ser feitas *ex officio*, pode tender a uma contaminação no processo de conhecimento e valoração, uma vez que a formação de um entendimento em momento prévio ao processo influenciará na seletividade dos argumentos e fundamentos a serem utilizados na etapa decisória, influenciando em comportamento parcial.

Até aqui, podemos inferir que a prova, em seu sentido de plena validade, é todo elemento que, em si mesmo, é capaz de confirmar a ocorrência dos fatos (úteis ao resultado do processo) aos quais se reporta, devendo ser submetido ao contraditório processual e destinado ao magistrado – dotado de imparcialidade e desvinculado de interesse com a situação fática – para a formação de seu conhecimento, que culminará em sentença. Ainda, a prova deve ser produzida sobre procedimentos devidamente demarcados, em consonância com o sistema processual e ordenamento jurídico vigentes, para conservar a sua validade.

Sendo assim, seria equivocado tratar como prova tudo aquilo que se afaste, de alguma maneira, das características e fundamentos aqui levantados. Principalmente se tomarmos por referência os tais elementos de informação, muitas vezes tratados como algo de natureza probatória. A própria justificativa dessa inadmissibilidade encontra respaldo no art. 155, *caput*

²⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal: em conformidade com a Teoria do Direito**. 1. ed. – São Paulo: Noeses, 2021, p. 763.

do CPP, que veda a possibilidade de o juiz fundamentar sua sentença com base na formação da convicção decorrente dos elementos de informação²⁷.

2.2 A prova em oposição aos *elementos de informação*

Como já dito em alguns excertos anteriores, no presente trabalho, há uma diferença expressiva no que se entende por elementos de informação, quando comparados com a prova devidamente consolidada. Nessa perspectiva, entende-se que esses são produzidos em momento anterior ao da instauração da ação penal; em outras palavras, sua formação se dá na fase pré-processual, mais precisamente no cerne da investigação preliminar. A função principal dos elementos de informação é de subsidiar o oferecimento da denúncia, de modo que o pedido de eventual prisão preventiva ou de medidas cautelares diversas da prisão sejam justificados pelo que eles trazem, em seu teor.

Por ser um contexto em que pode haver uma certa confusão, quanto à finalidade dos elementos informativos em comparação à prova penal, é necessário que se faça delimitação e, por conseguinte, distinção. Ainda que determinadas conclusões obtidas na investigação preliminar sejam substanciais quanto à vinculação de autoria e materialidade delitivas, a diferença em relação à prova penal está contida exatamente no momento de sua produção. Uma vez que a produção probatória está situada numa etapa processual – com ação penal já em curso – sua *poiesis* está condicionada ao contraditório, de modo que sua criação perpassa pela possibilidade de a defesa apresentar suas contrarrazões. Doutra partida, os elementos de informação são formados em momento anterior à propositura de ação penal, o que inviabiliza sua disposição à ampla defesa e ao contraditório.

A própria finalidade dos elementos informativos resguarda o teor de sua essência. Trata-se de objeto que detém características inquisitórias, não apenas por indisponibilizar a contraposição da defesa, mas também por serem gerados por autoridade policial, por exemplo. Em outras palavras, é resultado da capacidade persecutória do Estado em relação ao acusado, já que ali poderão ser obtidos todo tipo de material que possa servir como base para o início da ação penal. Em suma, o Estado pode se utilizar de todos os meios legais disponíveis para a colheita dos elementos informativos, independentemente da vontade alheia, por se tratar de iniciativa contida no âmbito do *jus puniendi*, de competência do ente estatal.

²⁷ **Art. 155.** O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, **não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação**, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (grifo nosso)

É conveniente que esclareçamos o seguinte: aqui, não tratamos dos elementos de informação ou da investigação preliminar como nocivos ou inválidos ao âmbito do processo penal; tratamos, justamente, de premissa diversa. A grande problemática está na amplitude de utilização destes institutos para além de sua própria semântica, quando são reportados como fontes indiscutíveis de prova, ou fundamentos substanciais para a condenação. Pela grande extensividade que podem alcançar, os elementos de informação devem ser submetidos a um rigoroso controle de legalidade, principalmente no que se refere à sua forma de obtenção, a fim de que se afastem eventuais arbitrariedades, dissociadas dos parâmetros estabelecidos na legislação regente.

A nosso ver, não parece ser muito lógica a utilização do que fora produzido na investigação preliminar com a mesma intensidade que o elemento probante, pois quem detém a iniciativa nessa fase pré-processual é o próprio poder estatal, única e exclusivamente. É tão verdade que o próprio Código de Processo Penal, em seu art. 155, cuidou de vedar a fundamentação de decisões judiciais baseadas unicamente em elementos informativos, o que por si só evidencia o risco da condenação em exclusiva decorrência desse tipo de elemento.

Essa conclusão lógica trazida pelo referido diploma legal constata que o elemento de informação não deve possuir a mesma força que a prova penal, justamente por se fazer necessário o respeito ao contraditório judicial. Utilizar o resultado da investigação preliminar como se prova fosse, pode acabar por levar o processo penal a uma necessidade una e urgente de condenação. E essa circunstância pode acabar por cercear o direito de defesa e instalar um ânimo persecutório que não variará o resultado da sentença penal – que geralmente será condenatória.

Insta relembrar que toda essa cautela quanto à utilização devida dos elementos de informação encontra respaldo no Princípio da Presunção de Inocência, trazido por nossa Carta Magna Constitucional²⁸. É cabido, nesse sentido, que não se desenvolva uma imagem de que o réu já é culpado, antes mesmo de qualquer vinculação probatória acerca de eventual autoria do delito, o que geralmente é observado nos descritivos de um inquérito policial, por exemplo.

²⁸ A Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII, aduz que: “[...] ninguém será considerado culpado até o **trânsito em julgado de sentença penal condenatória**” (grifo nosso). Trata-se de fundamentação expressamente derivada da presunção de inocência e que pode ser utilizada como meio basilar à necessidade de produção probatória em consonância com a legalidade, uma vez que a sentença penal condenatória não deve ser fundamentada com base nos elementos colhidos na investigação preliminar.

De modo paralelo, se apropriar do que está contido em um elemento informativo como base de formação da convicção acaba por contaminar a imparcialidade necessária ao magistrado, numa estrutura acusatória. Em sequência, a violação da imparcialidade culminará em um ataque ao preceito fundamental do que deve ser a própria jurisdição. Não é possível, pois, existir efetiva jurisdição dissociada da imparcialidade, porque se o juiz não for um terceiro desinteressado com o resultado da ação, poderá formar sua convicção com base nas alegações de um dos lados da relação processual, gerando decisões dotadas de absoluta parcialidade e favorecimento. Nessa visão, a decisão judicial seria *um puro ato de força*.²⁹

A critério de reforço, a formação do conhecimento decorrente do elemento informativo fere a imparcialidade porque, como já dito antes, sua produção compete à iniciativa da autoridade estatal. Sendo assim, tem-se um silogismo, quanto à decisão judicial, nessa configuração: o conhecimento do magistrado eivado de influências exclusivas dos elementos de informação, decorrentes da investigação preliminar, poderá gerar uma sentença com provável tendência aos argumentos provenientes da acusação.

Em conexão ao que tratamos, é necessário refletir acerca do grau de influência que um elemento informativo pode trazer ao juiz responsável pela prolação de sentença. Como os meios resultantes da investigação são pré-processuais, o magistrado terá contato com esses dados e informações em momento prévio à etapa instrutória, inevitavelmente. Essa conduta pode gerar conclusões antecipadas à consciência do julgador, o que pode afastá-lo do pressuposto da imparcialidade, ainda que esse comportamento não esteja evidente na fundamentação da sentença penal.

Em resgate à premissa inicial do presente trabalho, é mais uma vez nesse ponto que se justifica uma necessidade de um certo afastamento do magistrado responsável pela atividade de julgamento com essas peças integrantes da investigação preliminar. Uma solução plausível é a própria introdução do juiz das garantias, de modo que a sua atuação ficaria unicamente restrita ao controle dos atos dessa fase, promovendo o devido exame do que fora obtido, preliminarmente. É caso em que a atividade jurisdicional do juiz sentenciante não se daria por afetada, por não haver contato prévio, já que os elementos informativos estariam disponíveis para sua apreciação apenas na fase instrutória.

²⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises acertos e desacertos**. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 86.

Ante o exposto supra, passaremos a tecer breve síntese acerca da Teoria da Dissonância Cognitiva e em como suas definições podem implicar na modificação do conhecimento do magistrado, em decorrência dos elementos de informação, bem como nas eventuais consequências, positivas e negativas, para a atividade de conhecimento e julgamento, no âmbito do processo penal.

2.3 A Teoria da Dissonância Cognitiva e a formação da convicção

Apesar de concebermos a necessidade de o judiciário ser dotado de independência para exercer sua jurisdição, inclusive na etapa decisória, é evidente que essa independência diz respeito à possibilidade de atuação plena do magistrado no exercício de sua atividade; não há, pois, uma correlação de independência com aspectos idiossincráticos, de modo que a imparcialidade é um elemento basilar da atividade jurisdicional, mas que pode encontrar certa resistência quando posta em contraste com a subjetividade do julgador.

Frente a isso, o juiz é detentor de consciência moral e a independência vinculada a ele não se comunica com aspectos subjetivos ligados à moral e ética, afinal, todo ser humano racionaliza conforme suas convicções e concepções adquiridas no decorrer de sua vivência, particularizada com cada elemento que confere a diversidade de pensamento, diante das mais variadas circunstâncias.³⁰

Nessa senda, a independência da atividade judicial é razão fundante para a sua própria essência, uma vez que o julgador não poderá estar à mercê das pressões externas que podem ser empregadas, inclusive pelos próprios órgãos que compõem o poder judiciário³¹; mas, aqui, também tomaremos a liberdade de acrescentar as pressões sociais como forma de cerceamento da atividade judicial, conforme a ideia de imparcialidade – que, logicamente, se trata de concepção no âmbito processual, para reafirmar o compromisso do julgador com o desinteresse acerca do resultado da ação penal.

A independência do juiz, para Eugênio Zaffaroni, refere-se a uma espécie externa e outra interna. A primeira, seria aquela exercida pelos órgãos externos à estrutura do poder judiciário, quais sejam, os que compõem o Poder Executivo e Legislativo. De modo intuitivo, a independência interna se relaciona com os componentes integrantes da estrutura judiciária, tais quais os órgãos colegiados e outros anexos. De tantas relações possíveis de se extrair, entre

³⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises acertos e desacertos**. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 87.

³¹ *Idem*, p. 88-90.

a imparcialidade e a independência do magistrado, teremos enfoque maior a uma em específico, no presente trabalho: a intensidade de influência que elementos internos ou externos podem produzir na formação do conhecimento de um magistrado, ao analisar uma ação penal da qual será responsável pelo julgamento.

Para tanto, reafirmamos o que já fora suscitado pela doutrina clássica: a imparcialidade é razão primaz para o efetivo exercício da jurisdição e, por isso, deve ser preservada a todo custo. Para que essa preservação se manifeste e se ratifique, o juiz de instrução e julgamento³² deve exercer a jurisdição de modo desvinculado a quaisquer interferências externas e internas que se produzam no sentido de contaminar seu conhecimento de parcialidade, devendo estar comprometido com o aspecto técnico, para o efetivo deslinde da ação.

Com o fito de elucidarmos com maior clareza o grau de influência que um julgador pode sofrer, ante o contato com elementos informativos de maneira precoce ou até descabida, passaremos a discorrer acerca da Teoria da Dissonância Cognitiva, inicialmente estudada por Leon Festinger, no âmbito da Psicologia. Apesar de ser uma corrente de estudo completamente diversa do nosso escopo, possui intrínseca relação com a formação de opiniões, crenças e, conseqüentemente, conhecimentos acerca de fatos narrados em uma demanda processual.

Em introdução, a Teoria da Dissonância Cognitiva se reserva a um estudo acerca do comportamento humano diante de situações em que opiniões e fatos (ou condutas) sejam antagônicos entre si, ou seja, que gerem contradição direta com as próprias convicções subjetivas do ser. Com esse cenário de incongruência (*dissonância*), poderá ocorrer uma tendência de eliminação ou redução do desconforto produzido, até que o indivíduo alcance um estado de coerência (*consonância*) entre as cognições outrora conflitantes, por intermédio da adoção de um comportamento determinado. Essa linha de pensamento será melhor desenvolvida adiante, com uma abordagem mais voltada ao âmbito do nosso objeto de estudo, no presente trabalho.

Ao delimitar o conceito de *dissonância*, Festinger explica que se trata de uma relação de discordância entre cognições distintas, que acabam por produzir um cenário de desconforto no indivíduo que experimenta esse fenômeno. Geralmente, a incoerência está contida entre

³² Aqui, faz-se necessário esclarecer que não é apenas o juiz de instrução e julgamento da ação penal que deve exercer a atividade jurisdicional de modo independente. O que queremos referir é que, para o presente trabalho, interessa-nos discorrer acerca da necessidade de conservação do Juiz de Instrução e Julgamento como dotado de imparcialidade, em seu grau máximo. E, diante disso, a figura do Juiz das Garantias surge com um objetivo comunicante com essa preservação.

determinada convicção interna (subjéitiva) que se mostra contrária a um fato ou conduta específica. O autor referencia, ainda, que essa condição se manifesta de modo inicial, culminando em eventuais meios de reduzir (ou aumentar) essa incompatibilidade. É possível determinar, então, que a dissonância cognitiva se trata de *condição antecedente* e a busca pelo aumento da coerência (ou afastamento maior entre as cognições) pode ser entendida como uma *condição consequente*.³³

Claramente, existem exceções, diante dessas tendências comportamentais, a depender do meio e do indivíduo analisados. Urge por oportuno ressaltar que essas exceções não serão aqui aprofundadas, uma vez que isso desviaria o enfoque ao que a Teoria da Dissonância Cognitiva nos alcança. Dito isso, a incoerência na cognição pode ser reduzida ou ampliada, a depender do comportamento adotado pelo ser humano. Essa dualidade pode ser refletida na variabilidade de pensamento de cada pessoa, ratificando que a subjetividade influencia diretamente na tomada de decisão quanto ao comportamento. Apesar disso, cabe ao nosso interesse a hipótese do indivíduo em tomar iniciativas que reduzam seu estado de dissonância, para o presente estudo.

No que se refere à circunstância de ocorrência do estado dissonante, Festinger assevera que o indivíduo não possui controle absoluto sobre as informações que recebe, o que configura um contexto em que a dissonância cognitiva facilmente se instala³⁴. Podemos, a partir disso, desenvolver um raciocínio voltado aos elementos informativos, no processo penal. Por não se deter um meio de controle inicial em torno dos dados obtidos naquela fase preliminar, a aproximação do juízo sentenciante com esses elementos, de forma precoce, tenderá a induzi-lo a um estado de dissonância. Consequentemente, seu comportamento poderá ser destinado a uma redução dessa incoerência, selecionando argumentos que validem sua conclusão previamente formada, com base na apreciação dessas informações. Diante disso, a seletividade argumentativa atacaria de modo direto a imparcialidade do julgador, contaminando seu conhecimento e, provavelmente, conduzindo a ação para o resultado ao qual o elemento informativo se destinou.

Por conseguinte, a impossibilidade de o julgador controlar as informações sem se deixar afetar por eventual estado dissonante justifica que esse controle não deve ser feito por ele, mas sim por um segundo juiz, desvinculado da atividade sentenciante, que poderá promover

³³ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975, p. 10-13.

³⁴ *Idem*, p. 14.

a devida retenção dos elementos informativos para análise, tanto de seu teor, quanto da maneira em que foram obtidos, a fim de salvaguardar a devida legalidade, no momento da iniciativa e em suas respectivas formações.

Festinger também aduz que, ao se criar a dissonância, não há uma segurança de que seja possível a sua remoção ou redução, o que instaura um cenário concebido pelo autor como *persistência da dissonância*. De maneira geral, o juiz que tenha formado sua cognição por derivação de um estado de dissonância, decorrente da apreciação precoce de fatos que não foram constituídos como prova penal, poderá ter grandes dificuldades de afastar esse estado de incoerência para formar sua convicção de modo dissociado da *doxa*³⁵, o que geraria um contexto de ofensa à imparcialidade, da qual deveria estar revestido.

É certo que a dissonância cognitiva estará presente de modo constante naquelas situações em que exista um choque de ideias que se contrapõem, tal qual é no caso do direito e, indiscutivelmente, na seara do processo. A questão central é justamente como o comportamento do sujeito pode ser influenciado de modo negativo à imparcialidade, quando o teor da decisão judicial contém, em sua formação, alegações e supostos fatos que não foram produzidos na fase de instrução, mas sim, na fase pré-processual, que por si só pode conter uma tendência a influenciar o resultado do processo sob um viés condenatório.

Naturalmente, com a existência de um antagonismo entre a razão subjetiva e o fato externo, ocorrerá uma busca pela redução do desconforto produzido, inclusive com a adoção de comportamentos que impliquem nessa consequência prática. Trata-se da possibilidade de ocorrência quanto à modificação da convicção individual, com base na informação externa, a fim de que se alcance – ou ao menos, que se tente alcançar – um estado em que as cognições passem a se assemelhar, o que implicará na redução das incongruências inicialmente observadas³⁶.

³⁵ Tratamos da *doxa* com a mesma semântica adotada pela Filosofia. Consiste em opinião formada por uma série de juízos prévios, aparentemente, intuitivos. Entretanto, tais juízos não são dotados de solidez, por se tratar de constatações derivadas do conhecimento superficial, ou, como Platão definira, do plano sensível. De um todo, a *doxa* se coaduna com a ideia de *conhecimento frágil*, enquanto a *episteme* se relaciona com o conhecimento verdadeiro, obtido por meios mais concretos e racionais e, portanto, mais adequado à estruturação de uma convicção sólida e que facilmente poderá se vincular ao plano da imparcialidade e da ausência de vícios na sentença penal.

³⁶ O que pode ocorrer, em regra, é uma urgência para que a dissonância seja mitigada (ou reduzida). Essa inclinação é traduzida por Festinger (1975) da seguinte maneira: “[...] O ponto importante a recordar é que existe pressão para que se produzam relações consonantes entre cognições e para que se evite ou reduza a dissonância.” (p. 17). Diante dessa premissa, o juiz de instrução facilmente poderá se contaminar com a parcialidade eventualmente contida no bojo da investigação preliminar, quando tem contato de modo prévio com tais elementos, evitando quaisquer argumentos que se coloquem em oposição à sua convicção já formada.

Com a redução do efeito dissonante, o magistrado pode acabar por valorar a prova penal com intensidade inferior ao que adotara nos elementos informativos, afetando sua própria cognição para um plano mais afastado do devido procedimento. Quaisquer alegações contrárias, ainda que produzidas sob os ditames legais, poderão ser dispensadas ou evitadas pelo juízo, involuntariamente, com o fito de conservar a sua cognição no mesmo estado, evitando incompatibilidades supervenientes, principalmente se culminarem em fatos que possam modificar de modo substancial a sentença – para um contexto absolutório, por exemplo.

Sob o plano da dissonância cognitiva desenvolvida após a *primeira impressão* obtida sobre o réu, é plenamente possível que o magistrado busque preservar seu estado de congruência, afastando toda e qualquer tese que sustente posição contrária à que ele desenvolveu, com a análise preliminar, o que também indicará uma valoração negativa de determinadas provas defensivas, ainda que perenes, pela simples razão de que a existência desses recursos de defesa são afrontas diretas à conclusão lógica que ele detém, sobre o acusado. É por esse motivo que a tendência maior é pela preservação das primeiras acepções obtidas após o contato com o objeto ao qual se destina a valoração; sendo esse objeto um determinado conteúdo do inquérito policial, a maior probabilidade é de surgir um raciocínio ligado à condenação sumária.³⁷

Em continuidade, as pressões pela redução da dissonância cognitiva, no processo penal, podem corresponder exatamente às ocorrências do ânimo persecutório – muitas vezes praticado pelo aparelho estatal – o que gera contradição com a proposição inicialmente vertida pelo sistema acusatório, pois a consequência desse tipo de comportamento incorrerá em cerceamento de defesa e, também, em prejuízos quanto à devida valoração de provas que podem ser fundantes para o deslinde do caso concreto.

Regressando ao cerne da presente seção, o efeito da dissonância cognitiva será observado de modo distinto, a depender da intensidade em que se manifesta ou, nas palavras de Festinger, de sua *magnitude*. Não há uma quantificação fixa acerca do grau de intensidade que as relações possuem, a nível de dissonância, em todos os casos; o que gera a necessidade de se estabelecer pontos fundantes que determinarão os graus variáveis. Um dos possíveis elementos fundantes para a quantificação da *magnitude* é a *função da importância dos elementos*

³⁷ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016, p. 118-120. Disponível em: <<https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/7262>>. Acesso em 09 de agosto de 2023.

cognitivos. Em outras palavras, quanto maior for a importância (valor) dos elementos dissonantes para o indivíduo, maior será a intensidade da dissonância produzida.³⁸

A evidência de uma diversificação nos graus de magnitude da dissonância sobre um indivíduo reflete de maneira intuitiva que sua influência sobre a cognição se manifestará de modo distinto para cada caso e pessoa. Isto porque existe uma relação de proximidade das próprias concepções individuais e suas respectivas valorações, que acabam por determinar o nível de influência sofrido. Desse modo, a variabilidade gera um cenário de indeterminação quanto ao nível em que um fato pode influenciar a cognição de diferentes magistrados, realçando o risco que se desenha em um contexto de apreciação precoce de certos objetos que não forem submetidos a rigoroso controle de legalidade.

Ao retomarmos a visão para a tendência à redução da dissonância – que é circunstância natural, ao passo em que sua ocorrência é percebida – incide a busca pela adição de outros elementos de cognição. Aqui, tomaremos como exemplo o cenário de um processo em que o magistrado teve contato com um inquérito policial de modo anterior à ação penal, atualmente em tramitação. Consideremos, também, que essa investigação administrativa não tenha sido submetida ao crivo de um juiz garantidor. Sob essa linha, caso o juiz de instrução e julgamento desenvolva sua cognição de modo influenciado pelo que a investigação preliminar indicara (nesse caso, alegando que o réu é culpado quanto à suposta conduta delitiva), pode haver uma probabilidade significativa de se buscar novos fatos ou alegações que ratifiquem a hipótese de que o réu de fato é culpado, ainda que existam levantamentos feitos pela defesa que possam sugerir o contrário.

Persistindo no exemplo anterior, o julgador poderá buscar dar maior enfoque (e valor) às narrativas que corroborem com o que sua cognição sugere, num contexto de dissonância entre a tese da acusação em detrimento da defesa. Essa adição contínua de novos elementos e justificativas favoráveis ao entendimento formado também produzirá um afastamento ou redução na apreciação do que for suscitado pelo réu, desqualificando a sua possibilidade de influir em resultado diferente. Nesse exemplo, a adição de elementos que comunguem com a cognição do magistrado pode gerar uma redução ou eliminação da dissonância inicialmente

³⁸ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975, p. 23-28.

incidente, o que é prejudicial ao resultado do processo, já que a decisão judicial estará eivada de parcialidade, ainda que indireta, derivada do que fora versado, unicamente, no inquérito.³⁹

Na percepção suscitada pelo exemplo, teremos um contexto em que o magistrado tenderá a buscar novas informações que justifiquem ou confirmem que a decisão judicial prolatada nos autos é correta e, portanto, procede. Porém, se levarmos em consideração que sua *ratio decidendi* tenha sido afetada de modo indiscutível pela parcialidade contida no conjunto de informações dispostas na investigação preliminar, também poderá haver a incidência dos efeitos da dissonância cognitiva – nesse caso, como resultado do desconforto produzido pela tomada de determinada decisão, em detrimento da alternativa que fora rejeitada.

Ainda sob a análise de Festinger, esse tipo de busca pela redução ou eliminação do estado de *dissonância* após a tomada de uma decisão conduz à consequência de que, mesmo havendo dúvida entre as alternativas ou, ainda, sendo as possíveis escolhas dotadas de alguma possibilidade de inclinação, na fase anterior à decisão, o indivíduo agirá de modo a modificar sua cognição para um sentido de favorecer os aspectos inerentes à decisão escolhida, ao final. Com essa conclusão, a dúvida que antes existia acerca das alternativas deixará de ocorrer, para dar lugar a um contexto em que o indivíduo buscará se utilizar de justificativas que tornam a escolha feita mais assertiva e a rejeitada, portanto, menos atraente à tomada de decisão.⁴⁰

Esse cenário dissonante sempre será observado num contexto pós-decisão, porque a escolha de uma alternativa implicará, automaticamente, na rejeição da outra. Por isso, o indivíduo buscará meios de aumentar a consonância de que sua cognição foi a mais correta, naquela situação, a fim de reduzir o estado de incoerência, também se distanciando de quaisquer informações que sejam antagônicas com a decisão tomada. Da mesma maneira que tratamos antes, aqui também ocorrerá uma variação na *magnitude* da dissonância observada, que dependerá dos mesmos fatores determinantes contidos no momento de dissonância anterior à decisão – a exemplo da *importância* que, aqui, será voltada à decisão, *per si*.⁴¹

³⁹ O exemplo trazido faz referência ao que Leon Festinger definiu como “Adição de Novos Elementos Cognitivos”, ao projetar a Teoria da Dissonância Cognitiva. Para ele, a busca pela eliminação ou redução do caráter dissonante entre dois elementos cognitivos também pode ser feita com a busca ativa por informações que sejam consonantes com um dos dois objetos postos em incoerência. Em um excerto de seu trabalho, o autor afirma que “[...] se existir dissonância entre alguns elementos cognitivos respeitantes aos efeitos de fumar, a dissonância total poderá ser reduzida mediante a adição de novos elementos cognitivos que são consoantes com o fato de se fumar.” (FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975, p. 28.)

⁴⁰ FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975, p. 38-40.

⁴¹ *Idem*, p. 41-46.

Sob um caráter analógico, essas características são perfeitamente observadas em nosso âmbito, a saber, o processo penal em sua etapa decisória e, em cenário mais amplo, o próprio direito. A dissonância cognitiva oriunda de evidências aparentes, das quais não seja possível qualificar o nível de segurança da informação obtida, poderá instaurar cenários em que a formação da decisão do juiz estará imbuída de influências destituídas de uma lógica processual e, até mesmo, de sentido. Uma das consequências será a possibilidade de aparecimento de uma dissonância orientada pelas convicções internas do magistrado, afastadas da necessidade de condução técnica do processo, sob a égide da imparcialidade. Como não existirão garantias concretas de que o estado dissonante será mitigado ou eliminado para uma tendência imparcial, não haverá, igualmente, garantia de que aquele juízo fora concebido de modo dissociado de certo interesse quanto ao deslinde do processo.

De igual forma ao que fora tratado em momento precedente, é lógico que a imparcialidade encontra alguma limitação quanto à sua dimensão, por existir uma linha tênue entre sua existência em concomitância com a própria subjetividade do julgador, enquanto ser humano dotado de pensamentos e convicções próprias. Mais uma vez, a ideia não é de conceber um cenário em que o julgador não possui influências internas, acerca de suas próprias conclusões e entendimentos sobre o que o cerca.

Porém, ao analisarmos a perspectiva técnica, à qual deve estar situada em relação ao processo penal, o posicionamento do juiz sob os ditames da imparcialidade, mantendo-se restrito à apreciação de modo equivalente e sem inclinações, às provas e alegações produzidas no decurso da ação, deve ser o ideal. Sendo assim, mesmo que haja dissonância sobre determinadas provas apresentadas pela acusação e defesa, deve esse estado se reservar a uma dicotomia que se deriva por elementos que passaram pelo devido procedimento de formação, inclusive na submissão ao controle de legalidade.

Diante desse plano, é por intermédio da Teoria da Dissonância Cognitiva que entendemos ser de um grande risco expor o juízo sentenciante àquelas informações que tenham sido produzidas sem um procedimento instrutório – tal qual é o caso da investigação preliminar – pois isso poderá culminar em um cenário de dissonância que poderá estar constituída de parcialidade, o que certamente contaminará a independência e o papel devido do julgador, na estrutura processual. Esse tipo de ocorrência distancia o processo das características de um sistema acusatório, afetando de maneira negativa a possibilidade de mudança favorável – e justa

– no entendimento que influenciará na decisão judicial, pela defesa, ainda que seus argumentos detenham força probante significativa.

É evidente que não desconsideramos que a imparcialidade do julgador não se trata de um princípio absoluto, livre de quaisquer interferências particulares. É óbvio que existirão situações e contextos que estarão dependentes de questões individuais, pertencentes ao próprio juiz. É, inclusive, o que se concebe ao tratarmos da *subjetividade específica do conhecimento* do magistrado, levando em consideração que a subjetividade de quem será responsável pelo processo decisório é o terceiro fator que poderá interferir na ligação da *verdade processual* com um absoluto estado de certeza. Ainda que o juiz busque uma imparcialidade objetiva, sua decisão estará condicionada às suas próprias vivências, opiniões, convicções internas e ao ambiente em que está atuando.⁴²

Entretanto, é justamente em respeito aos aspectos subjetivos de cada indivíduo que surge a iminente importância de se evitar um estado dissonante que derive de premissas obtidas em um procedimento afastado do contraditório judicial e a da possibilidade de ampla defesa, tal qual é o caso da formação dos elementos de convicção. Isto porque, essa circunstância produz, concretamente, um cenário em que possíveis valorações de elementos informativos se constitua – o que é inviável ao processo decisório de uma ação penal, como já dito em diversos momentos anteriores.

Com essa justificativa antecedente é que surge a necessidade de separação de competência do ente judicante entre a formação da sentença e o tratamento (e controle) dos elementos da investigação preliminar. A fim de evitar uma contaminação ampla na formação da convicção necessária ao devido julgamento, reputa-se que a análise e regulação do procedimento atinente à produção de elementos informativos deve estar contida sob a responsabilidade de apreciação de outro magistrado, cuja competência se findará com o encerramento da fase investigatória e do recebimento da denúncia. Nesse caso, é absolutamente cabível a inserção do Juiz das Garantias como detentor dessa competência, inclusive com o fito de conservar o princípio dispositivo, concernente ao sistema acusatório.

Frente ao que já tratamos até aqui, passaremos à discussão em torno do Juiz das Garantias – elemento nuclear do presente estudo – e a sua (ir)relevância em nosso sistema processual penal vigente, a fim de aferir sua eficácia ao que se propõe – a exemplo da

⁴² FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 45-49.

manutenção de aspectos garantistas e a preservação de princípios mais inclinados à natureza de um processo penal acusatório, por intermédio da promoção do controle de legalidade, nos atos promovidos no curso da investigação pré-processual.

3. O JUIZ DAS GARANTIAS E SUAS ATRIBUIÇÕES

A presente seção se destina a analisar o instituto do juiz das garantias, introduzido ao nosso Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, comumente conhecida como “pacote anticrime”. Essa análise será promovida tomando por base, inclusive, o que já fora tratado em momentos precedentes, neste estudo, em comunicação ao que o novo instituto se destina. Também abordaremos seu rol de atribuições e competências, a fim de que seja colocada em perspectiva a função proposta por essa modalidade, dentro do nosso sistema processual. Para tanto, mais adiante, revisaremos, ainda, o que está disposto no art. 3º-B, especialmente sob a lógica da promoção do controle de legalidade sobre os atos concernentes à investigação policial.

Destarte, trataremos o instituto do juiz das garantias, em primeiro plano, em seu sentido geral – de modo descritivo – para então definirmos sua essência e determinarmos, assim, nosso posicionamento acerca de sua utilidade ao nosso sistema processual penal vigente. De maneira supletiva, insta esclarecer que o juiz das garantias não se trata de nova espécie de carreira, no âmbito da magistratura. Trata-se de um meio de repartição de competências, que inicialmente se concebe sob a premissa de conservação da imparcialidade e de reafirmação de uma modalidade processual voltada ao sistema acusatório. O controle de legalidade promovido na fase pré-processual pode, de fato, ser meio assecuratório ao devido julgamento, como forma de controle de danos à cognição do julgador, para evitar sua contaminação por elementos que não sejam, legitimamente, prova em sentido completo.

Em caráter propedêutico, o juiz das garantias é um instituto que possui definições que podem ser distintas, a depender do tipo de sistema processual em que é posto. No presente trabalho, tomaremos, obviamente, o sistema acusatório como base fundante – já que é tido pela legislação brasileira como estrutura nuclear (apesar de certas incongruências detectadas no próprio CPP e já discutidas anteriormente). Levando em consideração o sistema acusatório como meio em que se insere o referido instituto, traduziremos sua definição geral sob uma ótica garantista.

Define-se, então, o juiz das garantias como o magistrado que será responsável pela análise dos atos promovidos na investigação criminal, sob a premissa de exercer controle de

legalidade nos procedimentos e, inclusive, nos resultados obtidos por esses atos preliminares. Para além disso, também o teremos como aquele que será responsável pela proteção dos direitos e garantias individuais assegurados ao acusado, constitucionalmente⁴³. A partir dessas delimitações prévias, podemos inferir que o objetivo da implantação dessa modalidade é, acima de tudo, preservar o cumprimento da legislação quanto à questão procedimental que incide no momento que antecede a própria ação penal. Toda essa função exercida sugere a ausência de contato do juiz de instrução e julgamento com todo e qualquer ato concernente à investigação.

Ainda, o juiz garantidor traz uma reafirmação acerca da lógica que sustenta o sistema acusatório, incluindo a possibilidade de existência de um devido contraditório judicial, uma vez que sua aproximação com a análise dos elementos informativos permite que tudo aquilo que se afaste da legalidade, quanto à produção/obtenção, não seja incorporado aos argumentos conclusivos, ao final da fase investigatória, de modo que o julgador só teria contato com as questões resultantes de aprovação ao prosseguimento, pelo juiz garantidor. A ratificação do contraditório é evidenciada quando a ação penal se inicia (caso haja suficiência na denúncia, que permita a sua admissibilidade), concebendo que é apenas durante o curso do processo que a contraposição de narrativas e teses é efetivamente visível e legítima.

Até aqui, fazemos uma breve interrupção da perspectiva introdutória para levantar uma problemática que está contida em nosso sistema vigente, se considerarmos a ausência de divisão de competências, tal qual ocorre com a existência do juiz das garantias: trata-se do contexto em que o critério fixador de competência se vincula à prevenção, quanto às atividades de análise e controle da investigação criminal e, também, de instrução processual e prolação de sentença. Explicaremos melhor a seguir.

A prevenção se trata de um dos diversos elementos que determinam a fixação de competência na ação penal que será desenvolvida. Conforme o art. 83 do nosso Código de Processo Penal, a ocorrência da prevenção se dará a todo momento em que houver concorrência entre dois ou mais juízes competentes para julgar. Nesse caso, se um dos magistrados promover qualquer ato de modo antecedente a todos os outros com quem ele concorre, no âmbito do processo ou da própria fase administrativa – leia-se, na investigação criminal – a ele será devida a competência de julgar aquela ação.

⁴³ Essa definição inicial é avocada, inclusive, no *caput* do art. 3º-B, do nosso Código de Processo Penal.

Continuamente, se um julgador decretar alguma medida cautelar, inerente ao caso em que será iniciada a ação penal, a ele estará fixada a competência de julgamento – é nesse caso que teremos o que se concebe por “juiz preventivo”. Nesse sentido, não ocorrerá uma separação nas atividades, ainda que o ato tenha decorrido em momento preliminar ao processo. Conseqüentemente, o mesmo magistrado que teve contato com o que fora contido na fase investigatória e que procedeu a um mandado de busca e apreensão também será o responsável por sentenciar.

Entendemos que a prevenção como critério fixador de competência encontra um grave problema, quanto à conservação de uma cognição dissociada de influências indevidas. Sob essa mesma percepção, o conhecimento prévio do juiz deveria ser nexos de causa impeditiva ao julgamento do mérito, já que a antecipação da atividade cognitiva – isto é, quando antecede o curso da ação penal – atenta contra a imparcialidade necessária ao ato de sentenciar. É, aliás, o que o art. 3º-D do CPP nos informa, quanto ao fato de que o julgador deveria estar impedido de atuar no processo, tornando-o incompetente para o juízo de mérito.⁴⁴⁻⁴⁵ Intuitivamente, a atuação judicial desimpedida, após algum conhecimento ou participação na fase pré-processual, pode incorrer em rompimento com o *status quo ante* do conhecimento do julgador, fulminando a imparcialidade, absolutamente.⁴⁶

Desenvolvendo essa análise, parece-nos mais adequado que, em verdade, a prevenção esteja situada como critério de exclusão da competência, urgindo pela separação das atividades concernentes ao controle da investigação e à cognição sentenciante. Comungando dessa lógica, a prevenção como critério de exclusão reforça a perspectiva de um processamento da ação por um juiz distinto daquele que atuou na fase preliminar, justificando que o magistrado da investigação deveria ser o responsável por receber a peça inicial, oriunda da acusação, uma vez que o movimento contrário a essa iniciativa poderia gerar ruptura com a coerência reservada ao sistema acusatório – mais uma vez, tratando da violação de imparcialidade quando um único juiz promove todos os atos, antes e durante o curso do processo.

A título de reforço, no que tange a perspectiva garantista do instituto, parte da doutrina, ao tratar acerca do nascimento e do encerramento das atribuições do juiz das garantias, no caso

⁴⁴ **Art. 3º-D.** O juiz que, na fase de investigação, **praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º** deste Código **ficará impedido de funcionar no processo.** (grifo nosso)

⁴⁵ A título de breve acréscimo, as competências dos arts. 4º e 5º do CPP são concernentes ao inquérito policial, instrumento específico da investigação criminal.

⁴⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal: em conformidade com a Teoria do Direito.** 1. ed. – São Paulo: Noeses, 2021, p. 668-669.

concreto, sustenta que lhe seria cabido o ato de absolver ou de mandar citar o acusado, para que possa apresentar resposta ao que lhe fora imputado. Com isso, a competência do juiz garantidor se encerraria com o próprio recebimento da denúncia, remetendo posteriormente os autos ao juízo de instrução e julgamento, com o fito de se proceder ao prosseguimento da demanda.⁴⁷

Ao que fora aludido, parece-nos acertada a concepção de que a prevenção como critério excludor de competência traduz uma coesão plena com o modelo garantista e, portanto, avoca a necessidade de uma dupla jurisdição⁴⁸ como meio conservador dos direitos constitucionalmente estabelecidos ao réu de uma ação penal. Essa exclusão de competência no julgamento pode ser vista como um instrumento limitador da atuação do Estado no âmbito processual penal, que pode reduzir arbitrariedades que derivem de juízos antecedentes, pelo contato com os materiais colhidos na investigação criminal.

A limitação se faz primordial porque, em toda relação processual de natureza criminal, o réu sempre será a parte mais frágil (tratamos dessa maneira porque o Estado possui uma diversa gama de meios para obter materiais tendentes a subsidiar o oferecimento da denúncia e, conseqüentemente, permitir a propositura de ação penal). De todo modo, o réu tem uma finitude de possibilidades para construir sua defesa; assim, há que se justificar a limitação da atuação estatal como uma conduta lógica e igualmente coesa com o garantismo penal. Afinal, até que se tenha sentença penal transitada em julgado, o princípio da presunção de inocência deve imperar, devendo o réu ser tratado, no decorrer dos procedimentos, sob essa percepção.

Sob a ótica do modelo garantista, há que se falar acerca de alguns princípios norteadores, a saber: a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes da relação processual e a presunção de inocência⁴⁹. A partir desse ponto, daremos enfoque à legalidade estrita e à presunção de inocência em momento posterior; não porque os outros são menos importantes, mas sim, porque os dois citados possuem uma relação intrínseca com o escopo do presente trabalho.

⁴⁷ RIBEIRO, P.V.F. **O Juízo de Garantias. Definição, Regramento, Consequências**, p. 968-969. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31801.pdf>>. Acesso em 13 de setembro de 2023.

⁴⁸ Para clarificar o que pretendemos definir, não devemos confundir a expressão “dupla jurisdição” com o que se entende por “duplo grau de jurisdição”, que se destina ao princípio processual que permite a possibilidade de revisão de atos decisórios por um órgão distinto daquele que os produziu. Queremos fazer menção, aqui, à “dupla jurisdição” como a existência de dois juízes diferentes – um, destinado à atuação na investigação criminal e o outro incumbido de conduzir o processo até sua fase final. Seria, então, a “dupla jurisdição” um termo que designa a separação de competências em momentos diferentes da ação, para conservar a legalidade e a imparcialidade.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

Retomando a perspectiva do que fora tratado, tem-se a estruturação de uma epistemologia garantista, que se conduz pelos princípios norteadores que foram mencionados acima, formando, conforme expõe o autor, um *sistema coerente e unitário*. Porém, para que a sua efetividade seja alcançada, tais princípios devem estar concatenados com uma orientação racional e que demonstre confiabilidade do juízo, que conseqüentemente incidirá em uma necessidade de limitação do *jus puniendi* estatal, cabendo assegurar meios de proteger o indivíduo contra eventuais arbitrariedades que poderiam ser perpetradas pelo aparelho estatal.⁵⁰

Essa visão constitui uma relação consonante com a atribuição da prevenção como critério de exclusão da competência, a nosso ver. Isso se ratifica, principalmente, quando entendemos que o instituto de um juiz da investigação nasce, em seu cerne, de uma visão garantista, preocupada com a reafirmação dos direitos e garantias individuais, a fim de afastar possíveis juízos autoritários e desvinculados do que nossa Carta Magna Constitucional invoca⁵¹. Em continuidade à temática da competência, o juízo de garantias encontra lastro constitucional, mais precisamente no art. 5º, LIII da CF/88⁵². A necessidade de respeito à competência ao devido julgamento também se conecta, a nosso ver, com a imparcialidade e, conseqüentemente, com a efetiva jurisdição.

Mais uma vez, a proposta do juiz garantidor na fase investigatória encontra uma finalidade que se comunica àquilo que se propõe inicialmente – a conservação da imparcialidade que pode garantir a manutenção da efetiva justiça penal. Conforme o raciocínio aristotélico, toda ação humana busca alcançar algum *bem*, que se define como a finalidade das coisas. Assim surge a referência ao teleologismo, que faz menção ao fim que determinada ação se propõe em atingir.⁵³

Nesse mesmo sentido, podemos associar o juiz das garantias à sua perspectiva teleológica e, dessa maneira, traçarmos conclusão acerca de sua relevância (ou ausência dela) ao nosso sistema jurídico. Se tratarmos a questão sob um silogismo (que, também, é derivado do pensamento aristotélico), poderemos deduzir o seguinte: se o propósito do sistema

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

⁵¹ A Constituição Federal de 1988 elenca, em seu texto, um rol de direitos e garantias individuais que é inerente a todo cidadão brasileiro. Nesse ponto, estamos tratando das garantias individuais previstas pelo art. 5º, *caput*, além do que consta em seus incisos I, III, LIV, LVI e LVII.

⁵² O inciso LIII do art. 5º da Constituição Federal impõe que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

⁵³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 17-33

processual acusatório é a democratização de um meio de julgamento que se baseia no contraditório judicial e na ampla defesa e a principal qualidade do julgador competente deve ser a imparcialidade, a atividade de controle promovida pelo juiz garantidor acaba por ser uma efetivação e uma salvaguarda da imparcialidade que deve ser inerente ao julgador, além de ser um importante limitador do poder estatal, mantendo os procedimentos atinentes à persecução penal restritos ao que está regulado pela legislação processual (o que também ratifica os princípios da legalidade e do devido processo legal).

Porém, de nada adiantaria o controle sobre os atos da investigação se, ao fim, os documentos e elementos obtidos nessa fase pré-processual continuarão a afetar negativamente a imparcialidade do juízo sentenciante se não forem desentranhados dos autos do processo em si, haja vista que isso implicaria em apreciação desses elementos pelo julgador, antes de ser instaurada a fase instrutória. Sob essa lógica, pode residir notável erro na questão do recebimento da denúncia pelo juiz que será responsável ao processamento e julgamento da ação – percepção essa que, inclusive, comungamos.⁵⁴

Mais adiante, ao tratarmos das atribuições e competências do juiz das garantias, poderemos verificar argumentos que justificam a premissa de que a ele deveria ser encarregada a responsabilidade de receber ou rejeitar a denúncia, fazendo uma espécie de “juízo de admissibilidade” para verificar ocorrência de justa causa que fundamente devidamente o início da ação penal. Por esse motivo, igualmente defendemos que todos os elementos da investigação preliminar (e, até mesmo, a denúncia) não deveriam estar acompanhados dos autos do processo, disponíveis à livre apreciação do julgador. Entendemos que, em primeira instância, o juiz das garantias deve fazer análise acerca da possibilidade de prosseguimento à ação penal, conforme o que se constar na denúncia, além de proceder à análise e controle nos elementos da investigação criminal, sob a égide do princípio da reserva legal.

Em referência à ação penal e ao princípio do devido processo legal, há certa consonância com a garantia da tutela jurisdicional do Estado. Trata-se de previsão concebida diante do monopólio estatal do poder de punir, na medida em que visa extinguir a vingança privada. Sendo assim, esse *direito à jurisdição* deve estar balizado com a tramitação de um processo com a devida demarcação da legalidade, a fim de evitar a atuação ilimitada do ente estatal quanto à persecução. Nessa senda, o *direito à jurisdição* é tão proporcional quanto o

⁵⁴ RIBEIRO, P.V.F. **O Juízo de Garantias. Definição, Regramento, Consequências**, p. 973. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31801.pdf>>. Acesso em 13 de setembro de 2023.

direito ao *devido processo penal*, em que prevaleçam garantias tais quais a ampla defesa, o contraditório e, inclusive, da paridade de armas e do julgamento devido por juiz natural em matéria penal.⁵⁵

Nessa perspectiva, a ideia de um *devido processo penal* também sugere um enfoque na proteção às garantias individuais ao réu – que devem ser amplamente defendidas – para a afirmação de um processo estritamente democrático. Diante disso, conservar a cognição do juiz de instrução e julgamento afastada de pré-concepções ou constatações superficiais (sem a submissão a uma devida análise) parece uma iniciativa mais aproximada de um procedimento com teor “acusatório”. Além da salvaguarda às garantias individuais, o conceito de *devido processo* deve se concatenar justamente com o respeito ao devido regramento quanto à produção de elementos e promoção de iniciativas. A tudo isso podemos inserir o juiz das garantias, quando verificamos seu papel ao atuar na fase preliminar, num sentido de elemento de reforço da legalidade.

Na visão positivista, temos o direito sob um viés coercitivo, isto é, um instrumento que possui força suficiente para gerar intervenções diante de condutas que reflitam em alguma consequência para a ordem social. Tratar do direito sob uma ótica coercitiva é pensá-lo como meio em que o Estado se utiliza para gerar interferência (e regulamentação) nas condutas⁵⁶. De fato, trata-se de uma visão acertada, se levarmos em consideração que as normas só serão eficazes quando forem dotadas de alguma força que seja capaz de compelir o indivíduo a adequar o seu comportamento, em conformidade ao texto legal.

Porém, é necessário rememorar que adotar a visão unicamente positivista para determinadas espécies jurídicas (a exemplo do processo penal), pode conduzir a uma tendência autoritária, que certamente produzirá um cenário de injustiça absoluta. É nessa linha de pensamento que os direitos e garantias individuais são avocados como premissa máxima de inviolabilidade, ao tratarmos do sistema acusatório. Como já dito antes, tais garantias também são meios limitadores da atuação estatal, afastando uma perspectiva absolutista sobre o processo. E, aqui, entra o juiz garantidor como instituto que irá reafirmar as aspirações inicialmente trazidas pelo próprio sistema acusatório. Repisamos, até aqui, que nossa visão não

⁵⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo penal e alguns dos seus mais importantes corolários**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 88, p. 465-468. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67232>>. Acesso em 04 de outubro de 2023.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Cone Editora, 1995, p. 147-159.

busca a discordância com a visão positivista do direito; em verdade, tratamos de uma necessidade de visualizar o direito sob a lógica positivista, desde que existam meios capazes de limitar a atuação estatal (na persecução penal e no processo como um todo) em consonância com os direitos e garantias previstos pelo diploma constitucional.

Em definição breve, o positivismo jurídico indica que a coercibilidade conferida ao direito se mantém de modo dissociado da coação porque sua força obrigacional deriva do poder legal (as normas positivadas). Nesse sentido, a coação está mais vinculada a uma forma de adequação ao comportamento que não terá tantos limites objetivos na sua forma de imposição – o que pode, muitas vezes, culminar em formas de violência para consumir sua finalidade. Já na percepção coercitiva, ao Estado é conferida a possibilidade de intervenção dentro de um cenário de legalidade, em sentido estrito, por exemplo⁵⁷. Essa aproximação com uma força obrigacional limitada à previsão legal pode ser relacionada com a definição de Carlo Cossio quanto ao objeto do conhecimento ao qual o direito se vincula – que é a conduta humana em sua interferência intersubjetiva.⁵⁸

Nesse sentido, o cerne do conhecimento jurídico é a conduta de um indivíduo que produz consequências no “espaço” ou “liberdade” de outros. Daí deriva a Teoria Ecológica do Direito – que se destina, a princípio, em estudar essa interferência entre sujeitos. Nesse cerne, as normas são concebidas pelo autor como *conceitos imputativos* que vão descrever a conduta numa perspectiva de *dever ser*. A partir desse pressuposto é que incide o direito como meio regulador, a fim de estabelecer parâmetros sancionadores – no que couber. Tomando essa visão emprestada, para o âmbito processual penal, teremos um contexto em que os sujeitos serão tratados em sua essência – como partícipes de uma relação – cuja discussão central seria determinada pela verificação (julgamento) da conduta do réu em produzir eventual consequência negativa no espaço de liberdade ou de direito do ofendido. Essa perspectiva resgata uma premissa que se encontra no sistema acusatório, quando o acusado deixa de ser visto como mero objeto de verificação e é dotado de direito à ampla defesa e a contestar as alegações do autor da ação penal.

⁵⁷ A legalidade estrita se comunica com a necessidade de previsão legal daquilo que será responsável por definir a conduta punível pelo direito penal. Essa definição primária foi trazida por Ferrajoli (2002) e será abordada com maiores detalhes em momento posterior, no presente trabalho.

⁵⁸ COSSIO, Carlos. **La Teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 133-147.

Fundamentar a implantação de um juízo de garantias, em nosso sistema processual, é também reconhecer que a atuação estatal não pode ser ilimitada, ainda que ao Estado pertença a força que gera obrigação de cumprimento ou imposição de sanção. E, para tanto, por existirem sanções capazes de afetar diretamente o espaço de liberdade do réu é que, no âmbito penal, esse controle e limitação devem ser amplamente defendidos, a fim de garantir que todos os meios dos quais o Estado se utilizou para concretizar sua ação persecutória sejam dotados de legalidade plena.

Prosseguindo, faremos, na seção seguinte, uma descrição acerca das atribuições e competências do juiz das garantias conforme o que está disposto nos dispositivos introduzidos pela Lei nº 13.964/2019, em sua literalidade. Em momentos subjacentes, após essa visão geral, não olvidaremos de discorrer acerca das interpretações que o Supremo Tribunal Federal produziu, diante dos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6298, 6299, 6300 e 6305. Por ora, daremos enfoque ao texto legal para, em seguida, desenvolvermos as eventuais modificações interpretativas que foram dadas pelo Pretório Excelso.

3.1 Das atribuições e competências

Como já mencionado anteriormente, aqui faremos uma breve análise acerca do rol de atribuições e competências do juiz das garantias no que está literalmente tratado nos arts. Introduzidos ao CPP pela Lei nº 13.964/2019, em relação à investigação criminal e à ratificação dos direitos e garantias individuais. A finalidade está contida na discussão em torno da utilidade do que a lei conferiu a esse instituto, em termos de competência, ao nosso sistema. Para tanto, faremos menção direta ao que está contido no dispositivo legal retrocitado, tecendo breves comentários acerca de seu teor.

Preliminarmente, levantaremos breve discussão acerca do teor do Art. 3º-B, *caput*, no qual aduz que cabe ao juiz das garantias o devido controle de legalidade da investigação preliminar e a proteção dos direitos e garantias individuais do acusado⁵⁹. Nesse dispositivo, fica evidente a preocupação do legislador em realçar aspectos inerentes ao sistema acusatório, quando atribui a responsabilidade de assegurar os direitos individuais do acusado ao juiz garantidor. É, inclusive, o que pode ser observado em alguns incisos seguintes, a exemplo do teor do inciso I e II, do mesmo artigo, que tratam da obrigatoriedade de recebimento da

⁵⁹ **Art. 3º-B.** O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...]”.

comunicação da prisão do réu e do auto da prisão em flagrante, respectivamente, pelo juiz das garantias, a fim de que seja possível analisar se há algum grau de ilicitude nesses atos, seja formal ou materialmente. Na ocorrência de alguma ilegalidade na prisão, deveria o juiz garantidor, sob a égide do art. 310, I, CPP, relaxar a prisão, imediatamente.⁶⁰

De igual modo, ao avaliar a comunicação e o auto da prisão em flagrante, esse tipo de magistrado poderia, de igual forma, conforme o teor do art. 310, II, CPP, promover a conversão da prisão em flagrante delito em preventiva naquelas hipóteses em que caibam os requisitos elencados pelo art. 312, ou ainda quando as medidas cautelares diversas da prisão não forem eficazes para o caso concreto. Naquelas situações em que seja possível, também caberá a possibilidade de concessão de liberdade provisória (nos termos do art. 312, III, CPP). Nesse caso, haveria maior segurança na decretação de alguma medida contra o acusado (seja prisão, seja uma medida cautelar), uma vez que a análise dos atos teria sido feita de modo pleno e isolado do processo, sob uma lógica balizada pelo *caput* do art. 3º-B.

Continuamente, uma das competências vinculadas à garantia dos direitos individuais do réu também é observada nos incisos III e V do art. 3º-B⁶¹. O juiz responsável pela investigação preliminar, ao analisar o pedido de prisão provisória ou medida cautelar diversa da prisão, poderá avaliar a presença de requisitos que coincidam com a admissibilidade do pedido, sob uma percepção formal, podendo deferi-lo ou negá-lo. Até então, tratamos de um momento anterior à consolidação do processo penal, o que revela um importante papel na atividade do magistrado, que está cingida em evitar o indevido cerceamento de liberdade baseado apenas no que se consta no pedido de prisão, pela autoridade policial. Verificados os requisitos inerentes ao pedido de prisão e sendo essa o único caminho, do qual não seja possível a substituição por medidas cautelares, a garantia dos direitos e, a necessidade de condução do acusado à presença do juiz das garantias também se faz indispensável, no que tange a avaliação de possíveis arbitrariedades praticadas pelo Estado, com a consumação da prisão.

Em se tratando de prisão provisória ou outra medida cautelar imposta ao réu, cabe ao juiz das garantias a prorrogação ou, ainda, a revogação ou substituição de uma por outra, nos termos do inciso VI. Nessa espécie de iniciativa, o magistrado deverá observar,

⁶⁰ **Art. 3º-B.** “[...] I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal; II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; [...]”.

⁶¹ **Art. 3º-B.** “[...] III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; [...] V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; [...]”.

imperiosamente, a possibilidade de o réu exercer o direito ao contraditório em audiência pública e oral, quando se tratar de prorrogação de prisão provisória decretada⁶². Em linhas gerais, há novamente um respeito às garantias das quais o réu tem direito, haja vista que, mesmo na ocorrência de prisão provisória, o tratamento ao acusado não deve estar dissociado do princípio da presunção de inocência, uma vez que ainda não há sentença penal condenatória transitada em julgado. Em adendo, há outra previsão legal, no art. 3º-F, *caput*, do CPP, quanto à devida observância no tratamento dos presos, inclusive com a vedação de qualquer tratativa perante a imprensa, mais uma vez ratificando os direitos e garantias individuais inerentes à pessoa acusada.⁶³

Ao voltarmos a visão às atribuições e competências inerentes à investigação criminal, o juiz garantidor poderá prorrogar o prazo de duração de um inquérito quando o investigado estiver preso em caráter provisório ou em flagrante delito, condicionando-se ao que a autoridade policial manifestar, nos termos do art. 3º-B, VIII. Ainda, no §2º do mesmo artigo, há a previsão de relaxamento da prisão caso a investigação preliminar não tenha findado após a prorrogação de sua duração (que não deverá ser superior a quinze dias e será concedida uma única vez). Trata-se de uma possibilidade acertada, uma vez que não faria sentido manter a prisão em vigor se a própria autoridade policial encontra alguma dificuldade na conclusão da investigação criminal (razão pela qual venha a solicitar a prorrogação de sua duração).

É, inclusive, o que o inciso IX do art. 3º-B prevê, quando o inquérito policial não for acompanhado de fundamento conciso que justifique sua instauração e devido prosseguimento. Nesse caso, cabe ao juiz das garantias a determinação de seu sobrestamento (ou, tal qual discorrido no texto legal, seu *trancamento*). Tem-se mais uma lógica justificável, ao passo que não faz sentido instaurar uma investigação contra determinado indivíduo se não existirem elementos suficientes que possam subsidiar a necessidade. De igual forma, o magistrado responsável pelo controle dessa fase deve se utilizar da coerência formal, inerente à premissa de existência do próprio processo penal, para exigir a suspensão ou rejeitar o prosseguimento de um inquérito que seja inepto, de alguma maneira.

⁶² O inciso VI do Art. 3º-B do CPP assevera que é, também, competência do juiz das garantias: “[...] prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente”.

⁶³ **Art. 3º-F.** O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

A legislação ainda traz alguns incisos, ainda no art. 3º-B, que se conectam com a investigação preliminar. Em primeiro lugar, para fins de esclarecimento e até mesmo para verificar a possibilidade de prosseguimento de um inquérito, o juiz das garantias também poderá solicitar, a qualquer tempo, documentos ou relatórios que evidenciem o seu atual andamento, ao delegado de polícia (inciso X), bem como decidir ativamente sobre pedidos, feitos pela autoridade policial, para deferimento de interceptações de dados telefônicos e de comunicação em geral, quebra de sigilo fiscal, bancário e de dados gerais do acusado, iniciativas de busca e apreensão ou quaisquer outros métodos que busquem a obtenção de elementos informativos que culminem em restrição de direitos fundamentais daquele que está submetido ao alcance da investigação (inciso XI e alíneas subsequentes).

A incidência das possibilidades anteriormente previstas ocorre de modo acertado, a nosso ver, se concebermos a necessidade de ampla intervenção do juiz das garantias na etapa pré-processual. É evidente que essa intervenção ampla também deve estar balizada pela legalidade, de tal maneira que não significa que sua atuação possui caráter ilimitado, mas sim, que deve estar vinculada ao que o texto legal dispõe como possível, a fim de igualmente afastar qualquer arbitrariedade produzida pelo próprio juiz garantidor que possa obstruir ou fulminar o desempenho das atividades da autoridade policial, no curso da investigação criminal.

A decisão em torno da produção antecipada de provas, prevista no inciso VII, também parece ser eficiente em ser atribuída ao juízo das garantias. Isso porque, por sua atuação estar delimitada na fase anterior ao processo, não haverá preocupação quanto à contaminação de sua cognição, já que ele não poderá proferir sentença, tampouco funcionar no processo em si. Dessa maneira, o legislador forma mais uma “barreira” que afastará o juízo sentenciante nesse tipo de procedimento. A mesma linha de raciocínio pode ser observada no teor do que está disposto no inciso XVII, quanto à competência de decidir sobre homologação de acordos de não-persecução penal e de colaboração premiada, quando celebrados na fase pré-processual. Existe uma exceção, quanto a uma decisão que pode ser efetuada pelo juiz das garantias. Tratamos da hipótese de impetração de *habeas corpus* em momento anterior ao do oferecimento da denúncia. Nesse caso, o juiz garantidor poderá promover o devido julgamento do remédio constitucional, em razão do momento em que fora produzido (na fase preliminar). Obviamente, essa exceção também encontra coerência, simplesmente por se tratar de um julgamento sobre ato oferecido em momento antecedente ao processo. Sendo assim, o juiz garantidor é quem deve julgá-lo, sob a premissa basilar de afastamento do juízo de instrução e julgamento.

Em que pese ainda a competência do juiz das garantias, devemos voltar a atenção ao que dispõe o art. 3º-C, do CPP. Conforme o *caput*, sua abrangência deveria estar voltada a todas as infrações penais, desde que não sejam de menor potencial ofensivo, cuja cessação da competência se daria com o recebimento da denúncia ou queixa-crime, que deverá seguir o rito do art. 399, CPP⁶⁴. Aqui, faremos um breve apontamento, acerca do teor do *caput* do art. 3º-C. Ocorre que, a nosso ver, a cessação da competência com o recebimento da denúncia parece mais coerente do que no oferecimento da denúncia (tal qual fora decidido pelo STF, o que será melhor desenvolvido em momento posterior).

A cessação da competência com o oferecimento da denúncia pode incorrer em questão incidental que tem probabilidade de afetar a imparcialidade do juízo sentenciante. Nessa senda, o juiz das garantias deveria ser o responsável por, também, apreciar a denúncia ou queixa-crime como forma de avaliar seus elementos e decidir pela viabilidade no início da ação penal; então, ao fim desse juízo de admissibilidade, sua competência cessaria para que a do juízo de instrução e julgamento se iniciasse, ocorrendo designação de audiência de instrução e julgamento. Com essa perspectiva, é evidente também que o teor de tudo o que fora discutido em sede de investigação preliminar (inclusive a própria denúncia) não deveria ser apensado aos autos do processo, para evitar o contato deles com o julgador, conforme versa o § 3º do art. 3º-C.⁶⁵

Não parece fazer muito sentido o fato de se manter apensado ao processo a denúncia ou outro elemento derivado da investigação preliminar, quando tratamos da implantação do juiz das garantias como meio assecuratório da imparcialidade do julgador. Seria um contrassenso, pois, agir de modo a possibilitar a exposição desses elementos, dissociados de contraditório, ao julgador. Esse tipo de iniciativa acaba por encontrar contradição total com o que o juiz garantidor deve se destinar, o que resulta em mais um afastamento dos princípios inerentes ao sistema acusatório, conseqüentemente gerando um cenário de incerteza quanto ao desinteresse pleno do julgador, que estará em um cenário de dissonância por elementos de questionável capacidade probatória.

⁶⁴ **Art. 399.** Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

⁶⁵ **Art. 3º-C.** A **competência** do juiz das garantias **abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia** ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

§ 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. (grifo nosso)

Dito isso, com o enfoque das competências e atribuições inerentes à investigação preliminar e à proteção das garantias individuais, passaremos à seção seguinte, que se reservará ao que o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca do teor interpretativo que deve ser dado aos dispositivos relativos ao juiz das garantias, diante do julgamento das ADIs nº 6298, 6299, 6300 e 6305. A título de reforço, também concentraremos nossa crítica e discussão sobre os dispositivos que tratam da investigação criminal e daquilo que se vincula aos direitos e garantias individuais do réu, posto que se trata de dispositivos comunicantes com o escopo central do presente trabalho.

3.2 Repercussão na Suprema Corte – A discussão em torno da (in)constitucionalidade

Em pertinente digressão, diante do que fora versado previamente, agora passaremos a verificar o entendimento da Suprema Corte, quanto à interpretação das atribuições e competências do juiz das garantias. A análise será feita tomando por recorte o que fora decidido nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade já citadas no presente trabalho. Para além do aspecto unicamente descritivo, também trataremos de nosso próprio entendimento acerca das mudanças interpretativas produzidas.

A princípio, com o advento da Lei nº 13.964/2019, a temática em torno da implantação de um juízo de garantias ganhou notória repercussão, em nosso contexto, o que acabou decorrendo em suspensão de sua eficácia, somente tendo sua aprovação definitiva em momento mais recente. À época da suspensão de implementação, foram propostas quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade, urgindo pela revogação total da modalidade garantista em nosso sistema. Adiantamos que, em nossa visão, nada há que se falar acerca de inconstitucionalidade com o juiz das garantias, principalmente se relembrarmos da teleologia vinculada à sua existência – inclusive, já discutida no presente trabalho.

Na verdade, o risco de julgamentos parciais, dissociados de procedimentos devidos e evitado de vícios que culminem em inconstitucionalidade é o que se tem como causa primeira para a propositura de um juiz, dissociado daquele que julgará a ação, como responsável para controlar todas as etapas em que o *jus puniendi* do Estado pode se manifestar de modo arbitrário e alheio às garantias individuais. É perante o estabelecimento de um instituto que busca conservar a imparcialidade do julgador que o sistema processual penal se afasta do caráter inquisitório e de injustiça sumária.

Ainda sob a suposta inconstitucionalidade, a coexistência de um juiz garantidor junto aos direitos e garantias individuais suscitados pela Carta Magna Constitucional não produz

quaisquer conflitos, a não ser um reforço na possibilidade do próprio Ministério Público, junto ao juiz das garantias, atuar com maior eficiência no acompanhamento dos trabalhos desenvolvidos pela autoridade policial, além do estabelecimento de prazos que sejam, efetivamente, exequíveis, sendo possível que todos e quaisquer requerimentos dilatórios, interpostos por parte da polícia judiciária, sejam devidamente justificados ao tempo em que forem feitos. No que se refere a uma possível ofensa à ampla defesa e ao contraditório, não há qualquer prejuízo, uma vez que permaneceria existindo um magistrado capaz de intervir na investigação preliminar quando essa estiver dotada de ilegalidades. A única diferença, aqui, é que esse magistrado que pode controlar os atos preliminarmente seria destituído da competência de julgar a ação, pela lógica da prevenção como critério excludor. E, ainda nessa senda, a circunstância geral produziria notória aproximação com o devido processo legal e com a própria ideia em torno do princípio do juiz natural.⁶⁶

Tal qual já tratamos previamente, essa visão nos parece perfeitamente coerente. Conforme nosso próprio entendimento, a presença do juiz das garantias no sistema processual penal brasileiro representa mais uma modalidade de atestar que o processo não estará contaminado por provas ilícitas ou ilegítimas, pois seus componentes preliminares estariam sendo analisados conforme o princípio da legalidade, reduzindo possíveis incidentes processuais resultantes em vícios e conferindo maior segurança jurídica a um procedimento cuja sanção pode acarretar em cerceamento da liberdade do indivíduo. Por esse motivo é que todo o processo e a investigação criminal devem ser produzidos sob os ditames constitucionalmente definidos.

Regressando à discussão no STF, com o julgamento das ADIs em agosto de 2023, houve decisão que confirmou a constitucionalidade do juiz das garantias, permitindo sua inserção no Código de Processo Penal e, inicialmente, prevendo um prazo de 12 meses que igualmente podem ser prorrogados uma única vez, a fim de assegurar que os tribunais sejam capazes de se adequar à nova sistemática. Apesar da declaração de constitucionalidade proferida no teor da decisão, o Supremo Tribunal Federal deu interpretações distintas, em alguns dispositivos específicos, que tratam das atribuições e competências do juiz garantidor, além de algumas ressalvas quanto à estrutura acusatória do sistema processual vigente.

⁶⁶ RIBEIRO, P.V.F. **O Juízo de Garantias. Definição, Regramento, Consequências**, p. 972-978. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31801.pdf>>. Acesso em 13 de setembro de 2023.

Começemos pelo art. 3º-A, que versa acerca do caráter acusatório do processo penal brasileiro, além de vedar a atuação *ex officio* do julgador durante a investigação preliminar e na busca por provas, em caráter substitutivo à acusação. Apesar de termos o referido artigo como meio limitador da atuação do magistrado, o STF decidiu por acolher exceções em que o juízo sentenciante poderá atuar de ofício, com a finalidade de dirimir dúvidas relativas a alguma questão relevante ao julgamento de mérito.⁶⁷

Nessa percepção, o STF admitiu a atuação do juiz nos termos do art. 156, CPP (que já fora tratado no presente trabalho, inclusive sobre eventual inconstitucionalidade em sua matéria). Sendo assim, pode o juiz de instrução e julgamento atuar de ofício na produção antecipada de provas que sejam consideradas urgentes e relevantes (inciso I) e ainda determinar durante a fase de instrução ou em momento anterior à prolação de sentença a realização de diligências que busquem sanar dúvidas sobre questão relevante ao mérito (inciso II). Como já versado no presente estudo, entendemos que o art. 156 resguarda grave risco quanto à manutenção do sistema acusatório, inclusive no teor de seus dois incisos, representando direção contrária ao ideal garantista que defendemos e, também, fulminando a lógica por trás da existência de um juízo de garantias.

Outro risco ao sistema acusatório que se manteve em nosso Código de Processo Penal, pela Suprema Corte, está contido nos arts. 196, 234 e 242. Para o art. 196, temos a previsão do juiz de instrução poder, a qualquer tempo, proceder com novo interrogatório, tanto conforme requerimento das partes, mas também de ofício. Por sua vez, o art. 234 permite a iniciativa do juízo, de modo independente ao requerimento das partes, quanto à juntada (aos autos do processo) de documento que trate de questão relevante, tanto para a acusação, quanto para a defesa. E, ainda, temos o art. 242 permitindo a promoção de busca por via de determinação *ex officio*, pelo juiz de instrução e julgamento.

Permitir a vigência de dispositivos como esses reflete, *data maxima venia*, uma grave decisão, por parte do Pretório Excelso, principalmente com o reconhecimento de constitucionalidade do juízo de garantias, porque as previsões trazidas por esses artigos contrariam as próprias atribuições e competências do novo instituto, além de representarem

⁶⁷ O Código de Processo Penal elenca alguns dispositivos que versam acerca da possibilidade da atuação *ex officio* do juiz de instrução e julgamento em determinadas iniciativas relativas a diligências complementares. Podemos citar os arts. 156, 196, 234 e 242 que tratam desse tipo de atuação, que independe do órgão de acusação e da defesa, sendo facultada ao juízo de instrução e julgamento a iniciativa, ou não, quanto à busca por elementos novos, em momento superveniente.

ofensa direta ao princípio informador de um sistema de natureza acusatória. Em linhas gerais, os dispositivos citados anteriormente traduzem o que já concebemos, nesse estudo, como normas dotadas de uma *infiltração inquisitória*, por estarem contidas em um sistema que, majoritariamente, não deve ter características diversas de um princípio dispositivo.

Em avanço, a Suprema Corte também modificou o entendimento do art. 3º-B, VI, no sentido de que o exercício do contraditório poderá ser realizado de modo diverso à audiência pública e oral, prevista no texto legal. Em outras palavras, a previsão de audiência pública e oral não será mais obrigatória, podendo ser feita por outros meios alternativos. Também houve modificação interpretativa no que está disposto no inciso VII, possibilitando ao juiz a faculdade de não realizar audiência nas hipóteses de produção antecipada de provas, sob a justificativa de provável risco ao processo.

Para os dois casos anteriores, também manifestamos discordância. Isto porque a audiência pública e oral traduz um eficaz meio de defesa, para o devido exercício do contraditório, principalmente quando tratamos de uma demanda penal. Inviabilizar (ou facultar) a realização de audiência nessas configurações não implicaria em cerceamento de defesa, mas poderia gerar tendência a reduzir a valoração dos argumentos levantados. A não-realização de audiência durante a antecipação de provas nos parece resguardar um risco maior ao direito à ampla defesa e ao contraditório judicial, já que a formação devida de elemento probatório depende do choque entre as teses da acusação e defesa.

O inciso XIV do art. 3º-B também sofreu modificações interpretativas pelo STF, ao entender que a competência do juiz das garantias se finda com o oferecimento da denúncia – circunstância contrária ao que está no texto legal, que trata da cessação da competência pelo recebimento. Com isso, esse magistrado ficaria impedido de analisar o conteúdo da peça acusatória, a fim de verificar sua admissibilidade ao prosseguimento. Conforme já tratamos anteriormente, não comungamos dessa percepção por entendermos que caberia ao juiz garantidor a verificação dos requisitos necessários ao prosseguimento da ação penal, de modo que o juiz de instrução e julgamento não deveria ter acesso ao teor de tudo o que foi produzido em sede de investigação criminal. Desse modo, compartilhamos da ideia trazida pelo inteiro teor do inciso XIV, que confere ao juiz das garantias a competência quanto ao recebimento da denúncia.

Aproveitando o raciocínio prévio, o STF também desconstruiu (a nosso ver) o sentido dos §§ 3º e 4º do art. 3º-C, de modo que declarou inconstitucional o desentranhamento dos autos

físicos, referentes à investigação preliminar. Para efeito geral, todos os atos promovidos na investigação preliminar, de competência originária para apreciação do juízo de garantias, serão apensados aos autos do processo que estará à disposição do juiz de instrução. Assim, o julgador continuará tendo contato com os elementos informativos, submetendo sua cognição ao risco da influência produzida pelos seus conteúdos. Para agravar o cenário, também houve declaração de inconstitucionalidade do art. 157, §5º, CPP⁶⁸, resultando em um cenário do qual o julgador que tiver contato com prova ilícita funcionará no processo, independentemente, inclusive prolatando sentença penal; algo que, mais uma vez, atenta contra o nosso entendimento, por tudo o que já fora levantado neste estudo (sobretudo quanto ao risco de contaminação da cognição, que poderá gerar valoração parcial).

Ante o exposto, as modificações interpretativas efetuadas pelo STF, mesmo com o reconhecimento de constitucionalidade do juiz das garantias, limitam de maneira geral o seu alcance, no contexto ideal. Trata-se de um avanço, indiscutivelmente; porém, ainda não parece ter sido a melhor conclusão, visto que restam determinados respingos inquisitoriais em nossa esfera processual penal, que podem comprometer a premissa basilar de um devido processo legal, produzido sob o respeito às garantias estabelecidas por um estado democrático de direito.

3.3 Controle de legalidade e segurança jurídica

A partir desse momento, faremos uma breve exposição a respeito do papel controle de legalidade e sua relevância no estabelecimento de segurança jurídica, com o fito de demonstrar a importância do juiz das garantias ao procedimento como um todo. Não nos reservaremos a uma crítica absoluta, mas sim à nossa própria percepção no que tange o papel de um juiz garantidor na seara penal.

Analisando, pois, o que seria o princípio da legalidade, devemos voltar nossa atenção ao seu conceito geral, no âmbito do direito constitucional. Tratemos acerca da legalidade em ligação com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Em razão dessa conexão, os atos praticados pelo Estado devem estar limitados exatamente pelo que está previsto na legislação, em relação de conformidade. Diferentemente das relações privadas, prevalece a

⁶⁸ **Art. 157.** São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

[...]

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

permissão quando a lei não determina alguma proibição; já pela legalidade, o Estado não pode atuar se a norma não autorizar, expressamente.⁶⁹

Por conseguinte, o princípio da legalidade deve estar ínsito ao processo penal, de igual maneira. Por se tratar de um procedimento cuja legitimidade para o início – e seu efetivo deslinde – está reservada ao Estado, a limitação da capacidade punitiva se faz necessária. Não deve haver, pois, qualquer redução a esse princípio, no decorrer do exercício do *jus puniendi*, tampouco no transcorrer da ação, pois a supressão dele incide em ausência de restrição ao poder estatal – remontando uma característica presente na visão inquisitorial.

Atuar com inobservância à legalidade é, automaticamente, agir de modo descortinado da previsão constitucional. E, a isso, há grave perigo à própria ordem jurídica porque o Estado é o ente legítimo para promover a persecução penal e, posteriormente, por intermédio de atuação substitutiva pela jurisdição, promover o devido julgamento. Logo, a certeza sobre a legalidade de todos os atos que entornam o processo – e a investigação criminal – deve ser inafastável, para que não incidam ilegalidades que atentem contra os direitos e garantias individuais daquele que é alvo do poder punitivo.

Ao regressarmos à legalidade estrita, podemos vincular sua essência à presunção de inocência pelo fato dos dois serem elementos componentes de uma epistemologia garantista. Para a doutrina, a legalidade estrita determinará a conduta punível e a respectiva sanção. O estabelecimento desse princípio é tido como *técnica legislativa específica* que buscará a exclusão de normas “pessoalizadas”, que não busquem regulamentar fatos ou condutas de modo indiscriminado, a fim de afastar a tendência de punibilidade absoluta, vislumbrada em ordenamentos jurídicos anteriores, no decorrer da história. Em suma, as *normas constitutivas* seriam substituídas por *normas regulamentares*, balizadas por um modal deôntico em que exista a proibição de uma conduta e uma respectiva sanção, à ocorrência dela. Não deve haver, pois, uma norma que vise “punir por punir”, com vistas a se destinar a grupo ou condição específica.⁷⁰

Nesse condão, toda e qualquer ação perpetrada pelo Estado em momento anterior à existência de sentença penal condenatória deve observar a presunção da inocência como um dos pontos norteadores. Afinal, trata-se de uma garantia prevista em nosso diploma

⁶⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. – Salvador: JusPodivm, 2012, p. 959-960.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

constitucional, mais precisamente em seu art. 5º, LVII⁷¹. Então, se não há atestação definitiva acerca da culpabilidade do réu, a ele não deve ser atribuído um tratamento como se culpado fosse, porque teríamos uma conduta absolutamente parcial, desvinculada da legalidade estrita e, portanto, tendente ao ânimo persecutório injustificado. É por raciocínio semelhante que se afirma que a presunção de inocência obriga um *dever de tratamento* que possui uma dimensão interna ao processo e outra, externa. Para a dimensão interna, teremos a incumbência do ônus da prova à acusação, afinal, não caberia ao réu provar qualquer coisa se a sua inocência se presume em estado inicial. Nessa senda, a dimensão interna deve restringir quaisquer abusos praticados contra o réu e a dúvida que impere sobre sua culpabilidade seja conduzida à sua absolvição. Por fim, na dimensão externa, a presunção de inocência deve ser baliza que restrinja o uso da imagem do acusado pela imprensa, para evitar o *juízo midiático* ao qual ele seja submetido.⁷²

A preocupação em torno da necessidade de promoção de controle de legalidade como condição indispensável ao processo penal democrático é o que torna possível (e indispensável) a concepção de um juiz capaz de estabelecer parâmetros analíticos sobre a investigação criminal – que também deverá estar restrito à presunção de inocência. O perigo de se chegar a um julgamento cuja fundamentação se baseou em um elemento informativo que sugira culpabilidade, mesmo com a inocência do indivíduo, poderá ter como conclusão uma pena privativa de liberdade, que repercutirá na vida de quem for condenado indefinidamente, traduzindo em um dano irreparável.

Portanto, ter competência plena na análise de tudo aquilo que se vincula à investigação é causa de garantia maior da exclusão dos atos eivados de ilicitude, que não irão repercutir na peça acusatória, tampouco na ação penal, quando consolidada. Sob essa lógica, submeter a fase pré-processual a um rigoroso controle produz inevitavelmente segurança jurídica, pois não haverá risco de variabilidade no procedimento para um sentido arbitrário, para além do que a legislação prevê como possível. A segurança jurídica firma, em suma, uma estabilidade à fase preliminar, qualidade que deve ser indissociável de um procedimento dotado de capacidade persecutória e, também, punitiva.

⁷¹ **Art. 5º.** [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁷² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação S.A., 2019, p. 107-108.

4. O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E A CONSERVAÇÃO DA FORMA PROCESSUAL

A partir da discussão desenvolvida até aqui, urge tratarmos brevemente do Princípio do Juiz Natural e sua relação direta com a conservação da forma, no âmbito do processo penal, ao inserirmos o juiz das garantias como avaliador daquilo que pode influenciar, de algum modo, o aspecto cognitivo do qual deriva a sentença penal. Aqui, faremos uma analogia particular entre a concepção do juiz natural e questões em torno da competência de julgamento conservado sob a imparcialidade, a fim de evidenciar a necessidade de respeito à forma.

Na visão do formalismo processual, a sua presença se incorpora aos direitos e garantias individuais em favor do acusado, como espécie de contenção à atuação arbitrária do Estado; aduz-se ainda que o processo penal tem o condão de estabelecer uma proteção à liberdade, com o objetivo de afastar quaisquer ofensas ilegais a essas garantias, traduzidas em abuso de poder. A garantia seria, então, inerente à forma processual e associada à sua finalidade, que se relaciona com uma lógica para aplicação da pena, só podendo ser atribuída com previsão legal expressa; para além disso, o processo penal dotado de forma absoluta é instrumento de *pacificação social* na medida em que se destina como intermediário para o exercício do poder estatal, em substituição à vingança privada.⁷³

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 5º, LIII que ninguém deverá ser alvo de processo ou sentença que não sejam conduzidos por autoridade competente. A isso, tem-se notória coerência com o princípio do juiz natural, no sentido de que o juiz competente para julgar a ação penal é aquele dotado de imparcialidade, capaz de manifestar a jurisdição em seu sentido puro. Assim sendo, não há conexão fundante do juiz que atuou em momento anterior ao processo com a efetiva jurisdição penal, porque sua capacidade de julgamento estará comprometida (aqui, rememoremos brevemente o que tratamos sobre a prevenção como critério excludor de competência).

Esclarecido o ponto inicial acerca do juiz natural em matéria penal, tragamos à baila o que se entende sobre a garantia da *reserva de jurisdição*. Sob esse ditame, o acesso ao judiciário é assegurado a qualquer indivíduo, para que esse Poder atue na proteção a direitos e garantias que tenham sido violados, manifestando-se em sede de julgamento, que será a *última palavra*, que será ato estritamente legítimo. Sob essa percepção, o judiciário será o único capaz de

⁷³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal: em conformidade com a Teoria do Direito**. 1. ed. – São Paulo: Noeses, 2021, p. 148-151.

analisar e julgar quaisquer situações que possam resultar em restrição de direitos e liberdades individuais.⁷⁴

Determinar a separação de juízes com competências distintas, a depender do momento em que a conduta está em análise, é confirmar a importância de um processo penal límpido, a nível formal, cuja pureza não deve estar contida no teor de seus autos, mas sim em sua essência – com a adoção de um juízo imparcial, incompetente para qualquer ato preliminar ao processo, por já haver um magistrado responsável pelo controle dessa fase. Tanto o juízo de instrução e julgamento quanto o juiz das garantias devem ser vislumbrados diante da lógica de um juiz natural, cada um responsável pela etapa que lhe concerne, a fim de que seja alcançada a estrutura de um sistema acusatório verdadeiramente democrático. Dessa maneira, poderemos ter uma legítima atuação estatal em caráter substitutivo, descontaminado da urgência pela condenação, derivada do pensamento que firmou a vingança privada, em séculos passados.

É necessário, pois, compreendermos a estrutura processual penal como algo mais próximo da defesa das liberdades individuais do que um instrumento que imprime o poder do Estado sobre um indivíduo, isoladamente. Perceber o processo dessa forma nos conduzirá a um ideal contexto de justiça plena, em que se condene efetivamente quem detenha culpabilidade, diante do que se prove nos autos, e que se absolva a quem reste dúvida indissolúvel sobre as condutas imputadas.

Ante tudo o que tratamos, desde o início, defendemos que o juiz das garantias deve ser concebido como um instituto necessário para a promoção de um processo penal devidamente demarcado pelas “regras do jogo”, em respeito a um sistema acusatório que deve estar livre de quaisquer arbitrariedades inquisitórias, conferindo ao juízo sentenciante a possibilidade de definir o processo por intermédio de uma sentença que tenha sido formada com efetiva imparcialidade. O juiz das garantias tem o papel de, enfim, reafirmar a democratização de nosso sistema processual penal, com a finalidade de afastar o julgador de quaisquer elementos que contaminem seu estado imparcial, indispensável à plena manifestação da jurisdição penal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho de conclusão de curso, cuidamos de levantar questões que circundam o papel do juiz das garantias quanto à atividade de controle de legalidade sobre os

⁷⁴ CAVALCANTI, D. S. de A. e S. **O juiz das garantias na investigação preliminar criminal**. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, v. 0, n. 9, 2017, p. 18-21.

atos inerentes à investigação preliminar criminal, a fim de se verificar a sua relevância (ou utilidade) ao sistema processual penal brasileiro vigente. Para tanto, nos destinamos a fazer um estudo doutrinário em torno de aspectos fundantes ao processo penal e às garantias individuais, de modo a comunicar a relação do juiz garantidor com a própria estrutura de uma lógica acusatória.

Em primeira instância, lançamos discussão acerca dos sistemas processuais penais e suas particularidades quanto ao procedimento que decorrerá em julgamento, inclusive no que tange a produção de provas. Para tanto, julgamos pertinente trazer algumas considerações vinculadas à Teoria da Prova, a fim de se prover constatação sobre a força probante que um elemento de convicção deve possuir, em detrimento aos elementos informativos colhidos no momento que precede a formação do processo, para que se evitem equívocos entre esses dois elementos, por conta de uma valoração semântica incoerente.

Em seguida, procuramos trazer aspectos inerentes à Teoria da Dissonância Cognitiva, oriunda da Psicologia Social e desenvolvida por Leon Festinger, para evidenciar os riscos existentes em um cenário de incoerência cognitiva produzida com a apreciação de elementos informativos valorados como suposta prova, que pode contaminar a imparcialidade do julgador, levando-o a decidir conforme suas próprias convicções subjetivas ou derivadas da visão investigativa, com vistas a reduzir a dissonância gerada em seu próprio conhecimento.

Ao trazermos à tona a Teoria da Dissonância Cognitiva, não objetivamos defender um posicionamento pela inexistência de um cenário de desconforto entre cognições distintas, mas sim que essa incoerência entre teses opostas não deve conter em sua essência a influência parcial e tendenciosa do que está contido na fase preliminar ao processo, porque não há qualquer preocupação com um procedimento vinculado à formação de prova, nesse contexto. A dissonância sempre ocorrerá em situações que exijam a tomada de decisão e, por isso, não deve conter fatores que influenciem negativamente o conhecimento do magistrado, a ponto de fulminar sua imparcialidade.

Posteriormente, passamos a delimitar o juiz das garantias em aspecto conceitual, em conformidade ao que fora versado na Lei nº 13.964/2019, juntamente à natureza principiológica do sistema acusatório. A partir desse ponto, surgiu a necessidade de se produzir contraposição com o que a Suprema Corte decidiu nas ADIs nº 6298, 6299, 6300 e 6305, por ter havido interpretação diversa daquela que está presente no texto legal, o que ocasionou modificações que, a nosso ver, podem comprometer a proposição reservada ao juiz das garantias.

É certo que o teor do texto legal buscou introduzir esse novo instituto diante da percepção mais garantista possível, cuja redação, quando interpretada em sua literalidade, estabelece parâmetros rígidos acerca da repartição de competência entre os diferentes magistrados responsáveis pelas respectivas fases. Por isso, iniciamos com uma análise do *caput* do art. 3º-B do CPP, que atribui a competência sobre a investigação criminal ao juiz das garantias, absolutamente. Por conseguinte, discorreremos sobre os incisos seguintes do referido artigo, a fim de promover, igualmente, a devida análise sobre o que a mudança se destina, em consonância à visão garantista na qual acreditamos.

Sustentamos também que a competência sobre o recebimento da denúncia também deveria estar inerente ao juiz garantidor, que seria responsável pela avaliação da peça acusatória, de modo a deferir (ou não) a possibilidade de propositura da ação penal, cessando sua competência, após esse ponto. Em adendo, também defendemos que o apensamento dos elementos produzidos em sede de investigação criminal ao processo em si gera prejuízo à cognição do juízo sentenciante. Portanto, para que se constituísse um devido procedimento, esses elementos deveriam estar desentranhados da ação, para que o magistrado possa formar sua convicção na fase de instrução, oportunizando as partes a produzirem os argumentos que poderão ter força probatória.

Apesar de declarar a constitucionalidade em torno da matéria, o STF produziu decisão que modificou o teor interpretativo de determinados dispositivos introduzidos pela Lei nº 13.964/2019, o que comprometeu a eficácia do que o legislador procurou definir. Diante dessas modificações, apesar do reconhecimento do juiz de garantias como essencial ao nosso sistema, ainda há muito o que se debater e inovar para alcançarmos um cenário ideal – um processo penal com respeito à forma e dissociado de um viés condenatório, com vistas a elucidar o caso concreto com o resguardo da legalidade, para que toda sanção, quando devida, seja imposta sob um contexto de certeza da culpabilidade, por decorrência de uma apreciação imparcial. Nessa percepção, ainda há muito a ser debatido quanto à importância de se manter um eficiente controle de legalidade, com o objetivo de conferir segurança jurídica plena ao instrumento de materialização do *jus puniendi* estatal – que é o próprio processo penal.

Mais adiante, fizemos considerações acerca do princípio do juiz natural em conexão lógica com a forma processual penal, que surge como meio que deve confirmar as garantias individuais estabelecidas pelo diploma constitucional. Nessa seara, entendemos que o juiz das garantias possui o condão de reforçar a necessidade de um juiz natural ao processo penal, uma

vez que é direito do réu o processamento sob um devido processo legal, bem como a prolação de uma sentença por juízo competente – cuja imparcialidade sobre o processo deve ser condição fundante para funcionar na ação penal.

Por fim, defendemos que a atuação do juiz das garantias (ao que lhe concerne) realça a garantia do devido processo legal, afastando práticas arbitrárias e resgatando premissas que são caras ao sistema acusatório. Somos pela indispensabilidade do juiz das garantias em atuação plena nas ações penais, concebido sob os ditames do que está tratado no texto da Lei nº 13.964/2019, de modo que os dispositivos do CPP que vinculem uma inclinação inquisitória – ao juiz de instrução e julgamento – devem ser revistos e modificados, sob a justificativa de que a imparcialidade do julgador deve ser característica cuja preservação se faça de modo absoluto, a fim de viabilizar a promoção de um julgamento imparcial, em consonância com uma metodologia democrática na estrutura processual.

6. REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal: em conformidade com a Teoria do Direito**. 1. ed. – São Paulo: Noeses, 2021.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Cone Editora, 1995.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 07 de agosto de 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 08 de agosto de 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em 06 de agosto de 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 06 de agosto de 2023.

CAMPOS, G. T. DE; TIZZO, L. G. L. **Juiz das garantias: direito fundamental assegurado na Constituição da República**. Brazilian Journal of Development, v. 8, n. 2, p. 9792–9806, 8 fev. 2022. Disponível em: <<https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/43805/pdf>>. Acesso em 09 de agosto de 2023.

CAPEZ, Fernando. **Sistema acusatório e garantias do processo penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-07/controversias-juridicas-sistema-acusatorio-garantias-processo-penal/#_ftn3>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

CAVALCANTI, D. S. de A. e S. **O juiz das garantias na investigação preliminar criminal**. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, v. 0, n. 9, p. 15–40, 2017.

COSSIO, Carlos. **La Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

COUTINHO, J. N. DE M. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001.

COUTINHO, J. N. DE M. **Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183, p. 103–115, 1 jul. 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. – Salvador: JusPodivm, 2012.

FAYET, F. A.; POLL, R. E. **Ânimo persecutório do magistrado: a quebra do dever de imparcialidade e sucessivas decisões contrárias ao direito à prova defensiva**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n. 2, p. 645, 17 jun. 2018. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/143>>. Acesso em 15 de setembro de 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975.

JARDIM, Afrânio Silva. **Garantismo no Processo Penal: Breve e Parcial Reflexão**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIV. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14523/15843>>. Acesso em 08 de agosto de 2023.

JARDIM, Afrânio Silva. **O ônus da prova na ação penal condenatória**. In: Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça, Rio de Janeiro, nº 23, p. 26-44, jan./jun. 1986.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação S.A., 2019.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Trad. J. Alves de Sá. 2. ed. – Lisboa. Livraria Clássica Editora, 1927.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O STF e o juiz das garantias: crônica de uma morte anunciada**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-set-03/romulo-moreira-stf-juiz-garantias/>>. Acesso em 17 de setembro de 2023.

RIBEIRO, P.V.F. **O Juízo de Garantias. Definição, Regramento, Consequências**. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31801.pdf>>. Acesso em 13 de setembro de 2023.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/7262>>. Acesso em 09 de agosto de 2023.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Lingüística Geral**. Tradução Antônio Chelini, José Paulo Paes, Isidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Princípio do juiz natural, uma garantia de imparcialidade**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Principio-do-juiz-natural-uma-garantia-de-imparcialidade.aspx>>. Acesso em 11 de setembro de 2023.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. ao espanhol de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo penal e alguns dos seus mais importantes corolários**. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 88, p. 463-484. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67232>>. Acesso em 04 de outubro de 2023.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises acertos e desacertos**. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.