**A O IMPACTO DA INCLUSÃO DO JUIZ DE GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

O caderno policial se tornou peça chave na formação da culpa no presente sistema judiciário, dele se extraí os principais (em todo ou em parte) dos elementos que irão decidir o resultado do processo. O inquérito policial configura o primeiro juízo de do Estado acerca do evento criminoso e do indiciado - culpado-, sendo reproduzido na exordial acusatória pelo Ministério Público.[[1]](#footnote-1)

Existe uma problemática com a permanência do inquérito policial nos autos do processo. Sabe-se que na fase pré-processual -fase policial- as informações ali contidas, foram produzidas de forma unilateral pelo Estado-polícia, muitas vezes ao arrepios das garantias constitucionais, sem contraditório e ampla defesa, limitando ou eliminando a possibilidade do julgador se manter imparcial, criando uma primeira impressão negativa da pessoa, que dificilmente será revertida ao longo da fase processual.[[2]](#footnote-2)

Segundo Kahneman, o primeiro contato tem um poder vinculante de memória associativa, fazendo com que uma informação vista pela segunda, terceira, quarta vez, torne-se uma informação aceitável, com contornos de verdade, sem que o cérebro faça um esforço para desconstrução ou busque de forma minuciosa perquirir de a veracidade dos fatos. Desse modo, uma informação antes vista, ela acaba com a capacidade de surpresa em nosso sistema cognitivo, deixando o raciocínio mais raso capaz de gerar uma expectativa de futuro. A memória busca o elemento anterior para completar um evento com o qual não possuí todas as informações, mesmo que sua ligação não esteja diretamente relacionada, é uma forma de complemento mental do raciocínio.[[3]](#footnote-3)

Dessa forma, Ritter é taxativo ao afirmar: "não há condições de imparcialidade num processo penal em que se autoriza que o julgador de mérito atue na investigação preliminar".[[4]](#footnote-4)

Segue a mesma linha Andrade, ao abordar a teoria da dissonância cognitiva, traz à baila a afirmação de que o sujeito, no caso juiz, muda sua forma de atuar, seu comportamento e seleciona provas, informações relevantes para confirmar sua decisão, na tentativa de diminuir a tensão gerado por suas cognições conflitantes. Essas atitudes inconscientes buscam o alívio da angustia, do sofrimento psicológico na tentativa de manter uma coerência cognitiva, alicerçando seu entendimento em uma crença para justificar seu comportamento,[[5]](#footnote-5) “quantas e quantas vezes, por não se conhecer, o julgador pune, inconscientemente, os outros, quando, em verdade, está cuidando de abafar sua própria e mal resolvida angústia".[[6]](#footnote-6)

Para Coutinho, o Direito tem no homem seu principal objetivo, bem como, no homem seu interprete para aplicação do poder estatal. Na estrutura do poder o juiz estaria alheio a realidade dos fatos, de forma genial definiu o juiz como um estrangeiro tentando entender uma cultura diferente de seus costumes, fatos que não seria capaz de assumir o lugar das partes e analisar pela perspectiva delas, não se tratando de termos aproximativos, mas, sim, de termos reconstrutivos.[[7]](#footnote-7)

Segundo estudo realizado por Kahneman, quando apontado certo dado a um indivíduo, acaba-se por criar o efeito de ancoragem, no qual, em uma análise incompleta, tem efeito vinculante na tomada de decisões que serão feitas a partir evento que influência, uma vez, que estará decidindo sem todos os elementos e em parcial grau de certeza. Assim, a ancoragem estimula o indivíduo decisor a tomar decisões influenciadas por um elemento que nem ao menos possui relação com objeto da decisão. [[8]](#footnote-8)

Como a hipótese aventada por Gloeckner, é de que “a existência de uma prisão cautelar poder ser o critério definitivo para uma condenação,”.[[9]](#footnote-9)Nesse sentido corrobora para esclarecimento o texto abaixo:

a mudança de atitude ou de comportamento pode expressar-se de diversas formas. A pessoa pode, diante de uma situação de dissonância cognitiva, alterar seus argumentos, tentando manter a consistência entre as opiniões contraditórias, assim como pode ignorar elementos cognitivos dissonantes. Pode adicionar (seletivamente) mais informações, tentando aumentar o número de elementos cognitivos consonantes que justifiquem sua ação e reduzam a dissonância. Pode, também, praticar um ato ou expressar uma ideia que não condiz com sua crença ou ideia tão somente para afastar a tensão entre suas duas cognições incompatíveis18. Noutras palavras, a pessoa pode alinhar ou ajustar suas atitudes em conformidade com seus comportamentos anteriores, de modo a buscar coerência e a poder justificar seus atos ou escolhas.[[10]](#footnote-10)

A simples existência de elementos científicos que apontem para a possibilidade da quebra de imparcialidade ou parcialidade do julgador, por si só, deflagra a necessidade da construção legislativa alicerçada do dever de precaução, na busca de eliminar a possibilidade, senão for possível, mitigar seu efeitos para garantir a credibilidade na comunidade jurídica e nas decisões dos magistrados. Pois os juízes, como sujeitos cognoscentes, estão sujeitos a ilusões cognitivas, afastando uma atuação com margem segura e imparcial. Afinal, a imparcialidade é o núcleo duro do devido processo legal e característica inafastável do exercício da jurisdição,[[11]](#footnote-11) não basta a existência de um juiz, se faz necessário que este ostente mínimas qualidades que o coloquem como apto a desempenhar o seu papel de garantidor"[[12]](#footnote-12), seguindo a mesma linha, completa Zaffaroni: " a jurisdição não existe se não for imparcial".[[13]](#footnote-13)

Com efeito, o trabalho do julgador é reconstrução do delito por meio das provas trazidas a ele, como explica Lopes Jr.:

É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (story of the case) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença. Assim, a atividade do juiz é sempre recognitiva, pois, como define JACINTO COUTINHO, a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão de dizer o direito no caso concreto. Daí por que o juiz é, por essência, um ignorante: ele desconhece o fato e terá de conhecê-lo através da prova. Logo, a prova para ele é sempre indireta.[[14]](#footnote-14)

Outrossim, existe uma contaminação precoce do julgador, afastando a imparcialidade da cognição do processo penal e quebra do devido processo legal, ferindo uma garantia fundamental do indivíduo. Ao ser ignorada tal consequencia, estará se consumando graves prejuízos ao continuar usando o julgador pré-processual nas demais etapas do processo.[[15]](#footnote-15)

Em uma análise com a reforma do Processo Penal Chileno, Frías salienta a importância do juiz de garantias para construção de um Processo Penal Democrático, com a figura de um terceiro imparcial, exercendo intenso controle jurisdicional na atividade policial, conjuntamente com o promotor, que exerce o papel de fiscalizador, em audiências adversariais, sempre na presença de um defensor penal. A reforma do Processo Penal Chileno foi um marco para a cultura da atuação das partes no procedimento e maior garantia dos direitos fundamentais, amplamente negligenciados durante o período ditatorial chileno, o que cominou na redução das mazelas do sistema penal, tão acentuadas na América Latina.[[16]](#footnote-16)

Antes da reforma feita pela Lei n.º 13.964/19, promulgada em 24 de dezembro daquele ano, cujo início da vigência é dia 23 de janeiro de 2020, senão fosse a concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. Luiz Fux, está suspensa, *sine die*, a eficácia do art. 3º-A, Maya já advertia para como deveria ser a postura do magistrado na fase pré-processual, devendo agir com zelo aos direitos fundamentais do indivíduo e garantias processuais, em especial à garantia do devido processo legal, sendo-lhe vedada uma postura ativa, travestindo a roupagem de investigador ou de instrutor. Assim, o juiz teria o papel de garantido da legalidade das medidas cautelares, que devem ser a exceção no processo penal.[[17]](#footnote-17)

Assim, o juiz de garantias tem como finalidade primordial reforçar as garantias constitucionais individuais como juiz natural, equidistante e imparcial, afastando qualquer dúvida acerca de razões pessoais ao proferir suas decisões, seja no caderno policial ou na fase processual. Conforme de extrai da pela Lei n.º 13.964/19, o juiz de garantias vem para aperfeiçoar a legislação processual e fazer uma aproximação com a Constituição.[[18]](#footnote-18)

Ao analisar a possibilidade da criação do juiz de garantias, no projeto da reforma do Código de Processo Penal, o Projeto de Lei do Senado Federal, número 156 de 2009, Oliveira chama atenção para escolha da nomenclatura, que, segundo o autor, juiz de fases seria o termo mais adequado ao instituto jurídico, como explica:

Pode-se dizer, inclusive, que a expressão juiz das garantias constitui, por si só, uma redundância em termos, uma vez que a figura do juiz, no âmbito processual penal não pode ter outro sentido ou função que não seja a de garantir a estrita observância dos direitos fundamentais do acusado.

Todavia, a nomenclatura não fora à toa e nem poderia ser, as palavras carregam um conjunto de significantes e, com isto, o emprego da terminologia quis ilustrar o caráter de garantidor do juiz, deixando claro o seu papel enquanto guardião das regras do jogo e não “senhor” da prova, do processo ou do inquérito.[[19]](#footnote-19)

A figura do juiz de garantias, inserida pela Lei n.º 13.964/19, vai ao encontro dos ditames constitucionais, deixando claro como a luz solar o modelo adotado, como sendo o modelo acusatório, retirando, assim, a iniciativa probatória oficiosa do juiz, mas apenas para complementação de alguma possível dúvida. No entanto, na fase processual, a iniciativa probante é exclusiva das partes, sendo vedado atuar como órgão de acusação, que tem o ônus de provar os fatos estabelecidos na denúncia, detendo os meios, técnicas e conhecimentos necessários para fazê-lo.[[20]](#footnote-20)

Para compreender o julgador precisa ter em mente a linguagem de construção aplicada, não basta apenas se atentar para valoração da prova, antes de tudo imprescindível atentar para a possibilidade de valorar à prova. Sem atentar para a tradição em que está inserido o julgador, consciente e inconscientemente, seus pré-conceitos, seus desejos. Pensar o julgador é inseri-lo em uma tradição para compreender a sua formação do convencimento, a qual não se tem acesso livre e constante. Acreditar na formação do convencimento a partir da prova, de modo lógico e racional, sem a interferência de fatores externos ao consciente do julgador, em uma atitude solipsista, revela um saber simbólico, negando grande parte do saber que escapa da consciência. Sempre irá haver brechas no saber, lacunas a serem preenchidas.[[21]](#footnote-21)

Para obter um Processo Penal consoante às garantias individuais inseridas no texto da Carta Política é preciso mais que uma simples mudança legislativa, é necessário um mudança na cultura, quebrar velhas corretes, crenças e mentalidades autoritárias, que vêem sempre envoltas em uma embalagem bonita, com um propósito benéfico, ou, até, louvável, mas no fundo trazem a obscuridade de interesses espúrios, atentatórios ao Estado Democrático de Direito e aos princípios esculpidos na Constituição Federal.[[22]](#footnote-22)

Importante ressaltar, ao abordar o tema da imparcialidade no exercício da jurisdição, não se está defendendo, apenas, o direito do réu ser julgado por um juiz imparcial, mas também um direito do autor, no caso de ação pública, o Ministério Público, pois, segundo estudos realizados, ao rejeitar a peça inicial acusatória, apresentado o recurso cabível e aceita pelo órgão de segundo grau, o magistrado de primeira instância, enviesado, pode fornecer resistência ao trabalho da acusação, mesmo que esta exiba abundância probatória que sustente sua pretensão punitiva narrada na exordial. Logo, a imparcialidade do exercício jurisdicional é um direito das partes, não tão somente do réu, ainda que este seja o mais vulnerável.[[23]](#footnote-23)

Segundo Costa, as pessoas têm a tendência natural de formar juízos de certeza mesmo com uma quantidade limitada de elementos informativos, partem de pressupostos anteriores para formar sua convicção, sendo a formação ou aceitação a tarefa mais difícil para o sistema cognitivo. Assim segue o autor:

Hoje já se sabe que, às vezes, juízes profissionais ou jurados se levam por erros de representatividade na valoração das declarações das partes ou das suas testemunhas. Os estudos empíricos sugerem que, quando solicitadas a fazer um julgamento, as pessoas frequentemente raciocinam a partir de um caso representativo ou típico, tratando esse caso como se ele fosse inteiramente descritivo da gama total de casos possíveis. Ou seja, quando os sujeitos tecem *juízos categóricos* (p. ex., ponderar a probabilidade de que o acusado seja culpado), *concluem que a evidência concreta analisada* (p. ex., comportamento do réu durante a audiência) *representa a categoria* (p. ex., culpabilidade ou inocência do réu). Se a amostra parece representativa ou similar à categoria (p. ex., o réu se mostra nervoso durante o interrogatório), o magistrado tende a julgar a probabilidade da categoria – a prova da culpabilidade – na mesma medida. Em contrapartida, quando a amostra não se parece com a categoria (p. ex., quando o réu se mostra calmo diante do juiz), produz-se o fenômeno inverso, ou seja, o julgador tende a ver nisso uma prova de inocência.[[24]](#footnote-24)

O julgador não pode improvisar, precisa construir de forma lógica uma decisão para o caso concreto percorrendo às normas e assegurando os direitos fundamentais, ciente dos interesses que estão em jogo, sem se apressar para afastar a possibilidade de injustiças. E como qualquer ser humano, o julgador trará consigo seus valores, crenças, preconceitos, não se espera que aja como uma máquina ou um robô, a implementação do juiz de garantias no projeto do Pacote Anticrime funciona como forma de se tentar superar decisões enviesadas ou falhas. "A nobreza de reconhecer um equívoco é uma característica que distingue os grandes juízes".[[25]](#footnote-25)

Com efeito, o juiz de garantias vem trazer eficácia à garantia de imparcialidade, contida no devido processo legal, pois não se relativiza imparcialidade e não se negocia com juiz contaminado, ao ponto do autor Lopes jr. chamar de "garantia constitucional e verdadeiro princípio supremo do processo penal", rechaçando argumentação em sentido contrário que estabelece uma visão reducionista do Processo Penal; e não uma visão ampla como um todo.[[26]](#footnote-26)

Dessa forma, busca-se apenas o reconhecimento dos prejuízos ocorridos derivado contato do julgador na fase pré-processual, ma fase inquisitória do processo, garantindo uma prestação jurisdicional em sintonia com os direitos fundamentais contidos na Constituição Federal de 88, materializando no procedimento as garantias, sem a exigência de um comportamento inumano do julgador. Ainda, pode-se dizer que a jurisdição prestada hodiernamente é inválida, ilegítima, por não fornecer imparcialidade.[[27]](#footnote-27)

1. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. O inquérito policial em questão: situação atual e a percepção dos delegados de polícia sobre as fragilidades do modelo brasileiro de investigação criminal. **Revista Sociedade e Estado**, v. 26, n. 1, jan./abr. 2011. Disponívem em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000100004>>. Acesso: em 28 de mar. 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. RITTER, Ruiz**. Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 119. [↑](#footnote-ref-2)
3. Kahneman, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, ed. 2012, p. 81-83. [↑](#footnote-ref-3)
4. RITTER, Ruiz**. Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 150. [↑](#footnote-ref-4)
5. ANDRADE, Flávio da S. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1651-1677, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.227>. Acesso em: 11 mai. 2020. [↑](#footnote-ref-5)
6. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional**: O juiz de Garantias como um Redutor de Dano da Fase de Investigação Preliminar. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 140. [↑](#footnote-ref-6)
7. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O estrangeiro do Juiz ou o Juiz é o estrangeiro?. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda**. Direito e Psicanálise interseções a partir de “o estrangeiro” de Albert Camus.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, p. 69 - 70. [↑](#footnote-ref-7)
8. Kahneman, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, ed. 2012, p. 132-133. [↑](#footnote-ref-8)
9. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 273.p. 273. [↑](#footnote-ref-9)
10. ANDRADE, Flávio da S. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1651-1677, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.227>. Acesso em: 11 mai. 2020. [↑](#footnote-ref-10)
11. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e pscicologia. 2016. Tese. 88-89 f. (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2016. [↑](#footnote-ref-11)
12. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional**: O juiz de Garantias como um Redutor de Dano da Fase de Investigação Preliminar. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 104. [↑](#footnote-ref-12)
13. ZAFFARONI, Eugênio Raul**. Poder Judiciário**: Crises acertos e desacertos. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 86. [↑](#footnote-ref-13)
14. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 557. [↑](#footnote-ref-14)
15. RITTER, Ruiz**. Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 110. [↑](#footnote-ref-15)
16. FRÍAS, Eduardo Gallardo. Conferecia Inicial Del Tercer Mentalidade de Inquisitoria. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, Paula, Leonardo Costa de, Silveira, Aurélio Nunes da**. Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil.** V. 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória. 2018, p. 50-52. [↑](#footnote-ref-16)
17. MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 186-187. [↑](#footnote-ref-17)
18. PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1291. [↑](#footnote-ref-18)
19. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional**: O juiz de Garantias como um Redutor de Dano da Fase de Investigação Preliminar. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 191-192. [↑](#footnote-ref-19)
20. PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1288. [↑](#footnote-ref-20)
21. CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 181-182 [↑](#footnote-ref-21)
22. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional**: O juiz de Garantias como um Redutor de Dano da Fase de Investigação Preliminar. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 169. [↑](#footnote-ref-22)
23. ANDRADE, Flávio da S. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1651-1677, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.227>. Acesso em: 11 mai. 2020. [↑](#footnote-ref-23)
24. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese. 102 f. (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2016. [↑](#footnote-ref-24)
25. ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019. Disponível em <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>. Acesso em: 11 mai. 2020. [↑](#footnote-ref-25)
26. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 218-219. [↑](#footnote-ref-26)
27. RITTER, Ruiz**. Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 150-151. [↑](#footnote-ref-27)