



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

MARINA HELOU GIRALDELI TONI

**A INSERÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS E A CULTURA INQUISITÓRIA
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**Assis/SP
2022**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

MARINA HELOU GIRALDELI TONI

**A INSERÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS E A CULTURA INQUISITÓRIA
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando(a): Marina Helou Giraldelel Toni
Orientador(a): Profª Dra. Maria Angélica Lacerda
Marin**

**Assis/SP
2022**

FICHA CATALOGRÁFICA

T665i TONI, Marina Helou Giraldele.
A inserção do Juiz das Garantias e a cultura inquisitória no processo penal brasileiro / Marina Helou Giraldele Toni. Fundação Educacional do Município de Assis –FEMA – Assis, 2022.
57 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, curso de Direito, Assis, 2022.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria Angélica Lacerda Marin.

1. Cultura Inquisitória. 2. Juiz das Garantias. 3. Sistema acusatório.

CDD: 341.43
Biblioteca da FEMA

A INSERÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS E A CULTURA INQUISITÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

MARINA HELOU GIRALDELI TONI

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Prof^a Maria Angélica Lacerda Marin

Examinador: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha querida avó, que em vida, tanto me incentivou e me apoiou nesta jornada, à minha mãe pelo exemplo e contribuição em minha formação.

AGRADECIMENTOS

Primordialmente, às pessoas mais importantes da minha vida, meus pais, Christine e Paulo, a minha amada avó Marisa e meu avô Flávio, por propiciar uma formação irretocável e me ajudarem a concretizar desde sempre em meus sonhos.

Ao grande Mestre e amigo Alexandre Pinheiro Valverde, exímio advogado criminalista, pelos mais valorosos ensinamentos, pelo dispêndio de tempo destinado ao meu aprimoramento profissional e por inculcar princípios e valores que transcendem a esfera profissional, os quais carregarei por toda vida. Agradeço imensamente pelas oportunidades que me foram concedidas.

Aos meus amigos e colegas de curso, pela convivência e apoio durante esses anos, especialmente nos momentos mais conturbados. Foi um prazer inenarrável dividir as manhãs em vossas companhias.

À minha querida Professora Mestra, Doutora e Orientadora Maria Angélica Lacerda Marin, por toda a orientação minuciosa neste trabalho. A construção desta proposta jamais seria possível sem sua rica contribuição enquanto Orientadora e Professora. Meus mais sinceros agradecimentos pela paciência, cuidado e prontidão.

Por fim, e não menos importante, agradeço a todo corpo docente do curso de Direito, pelo valioso conhecimento passado durante toda a graduação.

“Infeliz a nação que precisa de heróis”.

Bertold Brecht

RESUMO

A pesquisa em questão, ocupa-se em analisar a cultura processual brasileira demarcada pela inquisitorialidade, sistema este historicamente predominante, e os efeitos da implementação do juiz das garantias. Para tanto, iniciaremos com a cronologia histórica do pensamento inquisitório até às disposições oriundas de nosso código vigente, questionando pontualmente as reformas e seus impactos na atuação dos magistrados. Posteriormente, será abordado o processo de formação da convicção dos julgadores quando inseridos em uma lógica inquisitória, a partir da teoria da dissonância cognitiva e sua aplicabilidade no sistema de justiça criminal.

Palavras-chave: Cultura inquisitória. Juiz das garantias. Sistema acusatório.

ABSTRACT

The research in question occupies itself in analyzing the Brazilian procedural culture demarcated by inquisitorialism, a system historically predominant, and the effects of the implementation of the judge of guarantees. To this end, we will begin with the historical chronology of the inquisitorial thought up to the provisions of our current code, punctually questioning the reforms and their impact on the performance of magistrates. Subsequently, the process of conviction formation of judges when inserted into an inquisitorial logic will be addressed, based on the theory of cognitive dissonance and its applicability to the criminal justice system.

Keywords: Inquisitorial culture. Guarantor judge. Accusatory system.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Relação e divisão de participantes da pesquisa	39
Tabela 2: Resultado da pesquisa	40

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF - Constituição Federal

CPP - Código de Processo Penal

CP - Código Penal

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TEDH - Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS MUNDIALMENTE RECONHECIDOS.....	14
1.1. INQUISITÓRIO.....	14
1.2. ACUSATÓRIO.....	18
1.3. O SISTEMA “MISTO” E SUA CONCEITUAÇÃO DOUTRINÁRIA.....	21
2. A FUNÇÃO DO PROCESSO PENAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL.....	22
2.1. A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE E A BUSCA PELA VERDADE REAL.....	23
2.1.1. A atuação do juiz na investigação preliminar.....	27
2.2. OS RITUAIS DE SUSPEIÇÃO DO JUIZ: UM REMÉDIO PALIATIVO FRENTE A CULTURA INQUISITÓRIA.....	30
2.3. A INDISSOCIABILIDADE DO SISTEMA GARANTISTA COM O IDEAL DE PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO.....	33
2.4. O PROCESSO DE FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DO JUIZ A PARTIR DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA.....	36
2.5. A CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO PELO “PACOTE ANTICRIME”: AVANÇO OU ILUSÃO?.....	42
3. O JUIZ DAS GARANTIAS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO.....	44
3.1. O JUIZ DAS GARANTIAS NA PLS 156/09.....	46
3.2. O JUIZ DAS GARANTIAS NA ATUALIDADE.....	47
3.3. UM BREVE COMPARATIVO INTERNACIONAL.....	48
3.3.1. Itália.....	48
3.3.2. Chile.....	49
CONCLUSÃO.....	50
REFERENCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

A pesquisa ora desenvolvida, tem o condão de analisar e proporcionar o questionamento acerca da inserção do instituto do juiz das garantias, frente a mentalidade preponderantemente inquisitória no sistema de justiça criminal, em vista das recentes tentativas de modificação da sistemática processual penal pouco eficazes no que tange a consolidação de um sistema acusatório tal qual previsto implicitamente em nossa Carta Magna e de maneira expressa com o advento da Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como pacote "anti crime". Nesse sentido, o objeto da pesquisa será a discussão acerca da implementação do referido instituto e sua aplicabilidade, bem como das demais alterações que estabelecem de forma objetiva um novo paradigma no sistema de justiça criminal.

O tema essencialmente pesquisado, se mostra relevante a partir da intensificação de arbitrariedades cometidas rotineiramente, que podem ser nitidamente visualizadas em casos célebres, e posteriormente convalidadas em nome do combate à corrupção e à criminalidade organizada. Diante de tal contexto, constata-se a prevalência de uma política criminal de recrudescimento penal fundamentada por antigas disposições processuais oriundas de nosso Código de Processo Penal de 1941, bem como da lei penal que historicamente elege seus inimigos, de tal modo que há uma verdadeira supressão de garantias fundamentais.

Na atualidade, observamos a existência de reformas pontuais contendo disposições incoerentes com o mandamento constitucional e o sistema acusatório, a exemplo das Leis n. 11.689/08, 11.690/08, 11.719/08 que alteraram significativamente o rito do Tribunal do Júri e a gestão da prova. Sob outro prisma, na última década houveram modificações positivas, a exemplo da excepcionalidade da prisão preventiva, que há tempos é utilizada como um subterfúgio para antecipar os efeitos da sentença penal condenatória e de certa forma, proporcionar uma resposta mais célere aos anseios punitivistas.

Nesse diapasão, a partir das reformas pontuais e abrangentes, tem-se que a normativa processual penal tornou-se uma "colcha de retalhos" com dispositivos conflitantes entre si e principalmente, entre princípios e garantias fundamentais, restando aos Tribunais Superiores a faculdade de seguir ou não uma lógica garantista e acusatória.

Facultado aos Magistrados o poder de seguir a norma processual penal caracterizada pela inquisitorialidade, e a possibilidade de julgar utilizando-se de preceitos constitucionais, evidentemente há a prevalência das concepções preestabelecidas que cada magistrado utiliza na formação de sua convicção.

Ocorre que por vezes, o juiz atuante desde o início da persecução penal, acaba por ter contato com os atos investigatórios bem como toma conhecimento do teor das peças do inquérito, formando assim prematuramente sua convicção com base em elementos informativos coletados sem a existência do contraditório e por vezes, maculado por ilegalidades cometidas tanto pela autoridade policial, como pelo próprio magistrado atuante.

Vale ressaltar, que no contexto de reformas na Itália, mesmo após a revogação do famigerado “*Codici Rocco*”, em 1988, o qual inspirou a criação de nosso código vigente, de matriz inquisitória, não encerrou as práticas condizentes com tal modelo, subsistindo um autoritarismo penal enraizado e sistêmico, como ocorre no Brasil e nos demais países que não reformaram seu sistema processual.

Assim, com a introdução do juiz das garantias, instituto este presente em diversos países referenciais como Itália e Chile, visa-se mitigar o fenômeno da contaminação da cognição do julgador, evidenciado a partir da teoria da dissonância cognitiva aplicada ao sistema de justiça criminal, e posteriormente observada a partir das conclusões de SCHUNEMANN. Nesse ínterim, a metodologia adotada consiste na análise textual bibliográfica e jurisprudencial, conjuntamente com o direito comparado e da literatura, que auxiliarão na compreensão do novo instituto.

A fim de aprofundarmos na proposta ora discutida, utilizaremos como base teórica bibliográfica, as obras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “O papel do juiz no processo penal” e “Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro”, “O juiz como um terceiro manipulado no processo penal”, do teórico alemão Bernd Schunemann e “A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial”, de Salah Khaled Jr.. No que tange a análise das inovações legais na seara processual penal, analisaremos as principais correntes doutrinárias a respeito do tema.

Inicialmente, analisaremos a cronologia histórica-filosófica do pensamento inquisitorial em sua origem até os dias atuais em que subsistem de forma explícita em nosso regramento processual e como a prevalência de tais institutos moldaram a mentalidade dos julgadores. Posteriormente, abordaremos as particularidades do sistema

acusatório em contraste com o sistema processual brasileiro, e por fim, críticas acerca do novo instituto, embasando-se no direito comparado, especialmente do que trata os diplomas processuais penais italiano e chileno.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS MUNDIALMENTE RECONHECIDOS

Sob a ótica kantiana, conceitua-se “sistema”, de maneira geral, como a unidade de conhecimentos diversos, destinados a um fim, originária de uma ideia central. No âmbito processual, tal conceituação advém da etimologia grega “*systema-atos*”, que para COUTINHO, se traduz em um “*conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim*”. A partir de um princípio unificador básico, constituído a partir de um ideal, temos a sistematização coesa de normas e preceitos que se destinam ao fim máximo do processo penal, que divergirá de acordo com o sistema adotado. Em suma, pode-se dizer que a persecução penal se amolda ao modelo instituído pelo Estado, suscetível portanto a oscilações ideológicas/políticas, caracterizando-se como o reflexo de uma escolha inicialmente política.

Partindo-se das conceituações iniciais, historicamente temos dois sistemas mundialmente difundidos: o sistema inquisitorial e o acusatório. Ambos tratam-se de modelos decorrentes de um determinado período histórico que se sucederam, demarcando diretamente a forma de se proceder o julgamento da causa penal.

1.1. O sistema inquisitorial

O sistema inquisitorial (como sua própria etimologia intui), tem suas origens nos meandros da inquisição moderna nos séculos XII e XIII, período este demarcado pela constante e cruel perseguição aos tidos como “*hereges*” através da criação de procedimentos específicos legais que formalizaram e legitimaram tais perseguições.

Consigna-se que a despeito de seu surgimento popularmente conhecido, tal modelo possui semelhanças com sistemas processuais catalogados na antiguidade, a exemplo do Egito Antigo, em que o poder decisório era inteiramente concentrado na mão dos sacerdotes. Para Ada Grinover, trata-se do “embrião” do procedimento inquisitorial, uma vez que o sistema processual estava submetido a uma lógica de governo absolutista

e reunia características semelhantes a inquisitorialidade, demarcadas pelo dever cívico de se delatar os crimes cometidos, a repressão policial que influiu diretamente no julgamento e o dever das testemunhas de corroborar com o teor da acusação, sendo que a instrução mantinha-se sigilosa.

No que concerne propriamente ao período da inquisição, a Igreja propagava aos fiéis os ideais de salvação, vida eterna que só poderiam ser alcançados a partir da crença nos dogmas religiosos, assim, eventuais questionamentos que afrontavam a unidade doutrinária pregada pela Igreja, caracterizavam por si só a heresia e ensejavam a perseguição. Assim, o marco inicial de tal período origina-se a partir de um novo fenômeno social emergente, o qual caracteriza-se pela propagação das chamadas “doutrinas hereges” e da ascensão social de toda uma classe historicamente relegada aos feudos:

Algumas medidas já haviam sido tomadas: Inocêncio III, o papa de então, havia baixado uma Bula (*Vergentis in senium*), em 1199, equiparando o crime de heresia ao de lesa majestade, historicamente o mais grave dos crimes. Ela, como tal, produziu poucos efeitos, porque eventual punição ainda estava afeta aos leigos que, ademais, começavam a avolumar poder em face do crescimento das nascentes cidades medievais, construídas, não pela decadência dos feudos, mas, sobretudo, em função da necessidade dos senhores das caravanas melhor conduzirem e distribuírem suas mercadorias, fato determinante não só da criação dos entrepostos comerciais, mas, principalmente, para serem eles regidos por uma outra mentalidade, ligada ao comércio e, portanto, muito diferente daquilo que se tinha nos feudos.

(...)

Por evidente – e como não se duvida –, o movimento migratório na direção dos burgos foi acompanhado (como não poderia deixar de ser) pela Igreja Católica. Sua presença nos burgos (desde o início), principalmente nos séculos X e XI, não foi suficiente para aplacar o móvel do crescimento, ou seja, o desejo, mola mestra da propulsão de qualquer sociedade.

Inevitável seria a profusão de dogmas e ideias decorrentes do constante processo de “globalização” através das relações comerciais. Diante desse contexto, a Igreja não vislumbra outra alternativa diversa da intensificação da repressão, observada no século XIII, consolidada com a Bula de Gregório XI em 1231, e posteriormente, a Bula de Inocêncio IV, em 1254, as quais explicitavam os métodos de condução da inquisição, servindo como um verdadeiro manual para os inquisidores, assegurando inclusive aos mesmos uma espécie de garantia em casos de excessos cometidos durante as torturas.

Observa-se que tanto na fase medieval como na moderna, o procedimento básico de perseguição permaneceu o mesmo, consistindo na “delação, a denuncia, os rumores. Havia já naquele tempo, como posteriormente na Península Ibérica e nas colônias, os

auxiliares da Inquisição, chamados “familiares”, que ajudavam na caça aos suspeitos, funcionando como espiões, o que tornava mais eficiente o trabalho dos inquisidores.” (NOVINSKY, 1982, p. 18).

Na fase moderna em seu apogeu, se estabeleceu, sobretudo na Espanha e em Portugal, o Tribunal da Inquisição, momento no qual temos a instrumentalização do aparato legal com a finalidade de se perseguir as diferentes etnias que ocupavam a Península Ibérica. Não à toa que instrumentos de perseguição se intensificaram em tal região, visto que era ocupada por cristãos, judeus e muçulmanos, representando assim uma enorme ameaça a hegemonia católica, apesar da convivência harmônica histórica desses povos.

Não obstante, os Tribunais da Inquisição foram amplamente adotados pela Igreja, de tal modo que se sistematizou regimentos internos, contendo todas as ordens, leis e jurisprudências que norteavam o procedimento a ser seguido pelos inquisidores (NOVINSKY, 1982, p. 56). Assim, os crimes a serem julgados perante o Tribunal consistiam nos crimes contra a fé, consubstanciados na prática deliberada do protestantismo e de qualquer outra denominação religiosa conflitante com o catolicismo, na blasfêmia, desacato e em quaisquer críticas aos dogmas religiosos, e nos crimes contra a moral e os costumes, tais como a bigamia, sodomia feitiçaria, dentre outras condutas que destoam da moral pregada pelo catolicismo (p. 56). Tratava-se assim, de uma cruzada indelével aos inimigos eleitos pela Igreja, eram submetidos a desde sentenças mais leves, até as penas de tortura, confisco de bens e não raramente a morte. Bastava somente uma denuncia, ainda que anônima, para que os transgressores fossem duramente perseguidos.

Deste conturbado período histórico, origina-se o sistema inquisitório, o qual é orientado pela instrução probatória sob os poderes do magistrado, onde sua atuação é destinada à extração de uma verdade como objeto principal da investigação. Usava-se os meios mais cruéis, destacando-se a tortura como principal instrumento da obtenção da verdade. Havia notadamente, a supervalorização da confissão, dispensando quaisquer outros elementos de prova. Contudo, ainda que houvesse a preponderância do valor probatório da confissão, o inquisidor, de forma prévia, era detentor de informações oriundas de denúncias que deveriam ser compatíveis com a eventual confissão do inquirido. Todo o procedimento estava condicionado a obtenção da confissão, competindo ao inquisidor sua extração após as longas sessões de tortura. Ainda que houvesse

testemunhas que ratificassem a inocência do acusado, preponderava-se a confissão, pois o ato serviria como uma espécie de redenção que o conduziria à salvação. Quanto ao direito à defesa técnica, o acusado deveria necessariamente ser defendido por um advogado comprometido com os dogmas católicos devendo promover acima de tudo a confissão do acusado, visto que não havia garantias legais a serem preservadas.

Assim, tratava-se de um julgamento pautado em uma verdade pré-constituída onde o inquisidor conduz o destino da investigação de acordo com as premissas moduladas, tendo assim a verdade idealizada pelos inquisidores como fim de cada inquirição, e neste, aglutina-se as funções de acusar e julgar, inexistindo contraditório e lógica dialética, sobrevivendo somente a verdade extraída da inquirição.

Chama-se a atenção para a concentração de funções que o inquisidor/magistrado, que ao passo que determina/busca elementos probatórios, também é destinatário de tais elementos que apenas corroboram a hipótese pré-estabelecida. Nesse diapasão, as principais características do sistema inquisitorial ficam evidenciadas pela: a) concentração de papéis (acusador e julgador), b) gestão da prova pelo magistrado, c) parcialidade do magistrado (haja vista que este apenas busca embasar sua convicção previamente formulada, a qual é pautada em elementos essencialmente desfavoráveis ao investigado); d) atuação de ofício, dispensada a provocação para quaisquer atos e por fim, e) a inexistência de contraditório e de publicidade.

Para CORDERO, a aglutinação de papéis e a ausência do contraditório, leva, além da busca seletiva por provas que fundamentam a primeira hipótese, ao isolamento cognitivo, visto que se restringe a uma primeira verdade, levando a um quadro mental paranóico. O julgador, nessa lógica, fica restrito a premissas que não estão lastreadas em um grau mínimo de confiabilidade, muitas vezes pautadas no senso comum e em ideias pré-concebidas sobre determinado fato. Para ilustrar, durante a Inquisição, mulheres que não se enquadraram na cartilha moral delineada pelos dogmas católicos, eram alvo de uma atenção especial por parte da igreja. A mera aparência de um certo “desprendimento” da rigidez moral e a diversidade de costumes (muitos de origem étnica-cultural), era motivo de submissão a investigação, assim, o inquisidor, apegado tão somente a tais elementos, utilizava-se da tortura como forma de alcançar a verdade desejada. Da mesma forma se procedeu com as mulheres judias, que em detrimento de suas crenças e costumes, foram taxadas popularmente de “bruxas” e duramente perseguidas.

Portanto, elementos indicativos de mera aparência, eram suficientes para embasar uma investigação, que implicava na imposição da tortura, o que desencadeava na confissão por crimes jamais cometidos.

As sentenças, por sua vez, a despeito de seu cunho terminativo, não fazia coisa julgada, sendo assim, o acusado permanecia privado de sua liberdade durante todo o curso do processo como regra (LOPES, 2020, p. 55)

1.2. O sistema acusatório

A influência religiosa no âmbito da justiça criminal foi preponderante até o surgimento de ideias iluministas encampadas a partir dos séculos XVII e XVIII, a partir das ideias humanização das penas e maior abrangência dos direitos do acusado, de tal modo que a fase inquisitorial deixou de ser movida a seu fim anteriormente primado, qual seja a obtenção da verdade a todo o custo. Chama-se a atenção para a difusão de ideias iluministas no período demarcado pela Revolução Francesa, precisamente no ano de 1789, inspirada, essencialmente, nos ideais propostos por Cesare Beccaria em sua obra *“Dei delitti e delle pene”* (1764), Tommasio em *“de origine processus inquisitorii”*, Montesquieu, em sua clássica obra *“Esprit des lois”* (1748), Voltaire em *“Prix de la justice et l’humanité”* (1777), Bentham e Jean-Jacques Rousseau (*Contract social*) em 1764. Com as ideias iluministas houve o “reconhecimento da necessidade de substituir o sistema absolutista monárquico pela república, com repercussões no campo do processo penal, por meio da abolição da tortura e da adoção de um sistema processual penal inspirado nos aplicados pela Roma Republicana e pela Inglaterra, postularam um novo modelo que, a rigor, recolocaria a oralidade e a publicidade no lugar da escrituração e do segredo, assegurando-se a defesa e a liberdade de julgamento pelos jurados, com a proscrição do sistema de provas legais”. (PRADO, 2001, p. 110)

Assim, pode-se dizer que os ideais Iluministas no âmbito criminal, foram um contraponto a antiga lógica absolutista, pois tratava-se de uma tentativa de reduzir o poder estatal em face do indivíduo, em detrimento de uma sociedade classista e estamentaria que historicamente elegia seus inimigos, os quais representavam uma ameaça à nobreza ou aos dogmas religiosos, e os reprimia criminalmente.

Nesse contexto, se consolida com maior robustez a lógica acusatória no processo penal, que diametralmente oposto ao inquisitorial, estabelece de forma delimitada o papel

das partes, competindo-as à gestão das provas. Por partes, entende-se tão somente acusação e defesa, relegado ao magistrado apenas a apreciação e valoração do conjunto probatório.

Para LEONE, a característica elementar do sistema acusatório é a unidade do órgão acusador autônomo, enquanto titular da ação penal, competindo-a a iniciativa processual e o desprendimento total do juiz dos atos inerentes às pretensões do autor, tão somente impulsionando a ação penal, pautada no contraditório, na paridade de armas, oralidade e publicidade. Complementando o conceito apresentado, CONSO assevera a liberdade pessoal do acusado como regra no sistema acusatório, até a sentença condenatória definitiva. Já para COUTINHO, o fator determinante, além das características elencadas, é o distanciamento do magistrado no tocante à produção probatória, que deve ser designada às partes. Ora, se o juiz da causa possui legitimidade para determinar a produção probatória a partir de questões controvertidas no curso da instrução, bem como a possibilidade de deliberar a respeito da pertinência ou não da prova, é evidente que a gestão do conjunto probatório está sob seu domínio.

No que tange a sua origem, tem-se os primeiros elementos do sistema no ordenamento jurídico inglês, precisamente nos séculos XII e XIII, durante o governo de Henrique II, com inspirações na Carta de João Sem-Terra, que instituiu a estrutura processual no formato de Júri. Assim, a estrutura acusatória nasce através de debates feitos em praças públicas entre as partes, porquanto o resultado das premissas apresentadas possuíam o condão de formar a convicção dos jurados, que decidiriam livremente acerca do resultado da causa penal. Dessa forma, para COUTINHO, o procedimento era regido da seguinte forma:

Deste modo, as regras de processo (ou do como se deveria proceder) eram gerais e geravam um sistema comum (Common Law), ao passo que o direito material era local e expresso muito mais (como sempre foi) pelos costumes que pelas leis. Eis porque, no Common Law, remedies precede rights. De qualquer maneira – percebe-se –, em sendo um sistema, trata-se d'O Common Law e não d'A Common Law.

Ao que por ora interessa, vê-se que, nele, a disputa entre acusação e defesa aparentemente tendia – e tende – a ser leal e indicava uma paridade de condições entre os contendores. O vital, porém, era que os juízes decidiam com base naquilo que sabiam (como não poderia deixar de ser), mas, depois, com base naquilo que as partes aportavam ao processo, o qual se mostrava como um jogo dialético entre os argumentos delas, em geral travado em local público.

Frisa-se que ambas as partes e os jurados deliberavam livremente, sem as conhecidas amarras impostas por governos absolutistas e autoritários, e finalmente, sem

a submissão aos chamados “Juizes de Deus”. Havia elementarmente, o reconhecimento do acusado enquanto cidadão e portanto, sujeito de direitos.

Segundo PRADO, na França pós-revolução, institui-se um novo sistema processual dividido em duas fases:

“Na primeira delas, denominada instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstancias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes a culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de juízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou o júri, com a controvérsia e o debate entre as partes, no maior nível possível de igualdade.” (2001, p. 111)

Trata-se assim, de um sistema que preserva a inquisitorialidade na primeira fase, dispensando o contraditório com a produção de provas unilateral, presidida por um juiz, e na segunda fase, confronta-se as provas anteriormente produzidas a fim de formar a convicção do juiz da instrução, diverso daquele que conduz a investigação (PACELLI, 2020, p. 34):

Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado – os Juizados de Instrução –, tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, característica já essencial do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se referido sistema de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios.

A despeito das características inquisitivas na primeira etapa, vislumbramos uma tendência acusatória inovadora em relação aos sistemas da antiguidade, caracterizada pelo protagonismo do Ministério Público na pretensão acusatória, regida por um princípio, ainda que incipiente, acusatório. Tal estrutura, classificada como acusatória, prevalece até os dias atuais no regramento processual penal vigente francês (1959).

Observa-se que mundialmente, os sistemas processuais seguem a tendência acusatória, no entanto, pode-se dizer que poucos ordenamentos jurídicos explicitam o sistema adotado, relegando a seara interpretativa sua definição a partir de disposições constitucionais que devem se sobressair em detrimento do regramento processual penal específico, comumente talhado sob uma ótica autoritária e inquisitória, a exemplo da realidade italiana e por derivação, a brasileira, posteriormente moldados pela influência acusatória.

1.3. O sistema “misto” e sua conceituação

Parte majoritária da doutrina atribui ao sistema brasileiro como sendo “misto”, a partir dos limites e participações do magistrado na persecução penal. A corrente doutrinária prega a existência de um sistema misto em razão da atuação do magistrado na fase investigativa, denominada pré-processual, onde o juiz atua na salvaguarda das liberdades públicas, cumuladas com a amplitude de sua atuação estampadas nas disposições do Código de Processo Penal, de 1941, reunindo assim características do sistema inquisitório e acusatório simultaneamente.

Valendo-se da máxima kantiana sobre sistemas, não se pode conceber a terminologia “mista” para fins de conceituação, pois, todo sistema pressupõe uma unidade de ideia, sendo esta indivisível. Todo princípio regente comporta em si características antagônicas, assim, se a ideia unificadora escolhida (proveniente de uma escolha política) for essencialmente inquisitória, naturalmente reunirá tímidas características acusatórias dispositivas. Portanto, conceitualmente todo sistema possui em sua essência características mistas, porém, partindo-se de uma ideia “pura”, trata-se de uma anomalia conceitual um sistema originalmente misto que reúne elementos notadamente conflitantes.

Conforme assevera COUTINHO, ou tem-se a opção por um sistema inteiramente acusatório, em conformidade com os preceitos constitucionais, desprezando as disposições do atual CPP (o qual carece de uma abrangente reforma, em vista das suas inspirações inquisitórias), ou temos um sistema inquisitório com contornos meramente ilusórios de uma lógica aparente acusatória.

Ao conferir ao juiz da causa o poder de gerir a prova, sob o fundamento da busca pela verdade como fim útil do processo, limitando a capacidade das partes na reconstituição do fato, a figura do magistrado por consequência torna-se hierarquicamente superior. Sendo o pretense tutor da verdade, o juiz fica condicionado a alcançar a verdade a partir das hipóteses traçadas previamente, normalmente orientadas pelas informações colhidas na investigação, comprometendo assim sua imparcialidade. Sob outro prisma, atribuída às partes a função de reconstituição da verdade com o devido distanciamento do julgador, o coloca na condição de imparcial, ainda que a verdade fática reste prejudicada (NUNES, 2018, p. 70).

Dessa forma, se temos um modelo processual penal que confere ao juiz uma condição de “senhor da causa”, controlando a instrução probatória, condição determinante

do sistema inquisitorial, tampouco podemos atribuir-lhe a denominação mista como quer a corrente doutrinária majoritária.

2. A FUNÇÃO DO PROCESSO PENAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Diante das conceituações ora discutidas, é certo que o regramento processual penal e conseqüentemente a escolha do sistema, é fruto de decisões essencialmente políticas que dão origem ao regramento constitucional, pois, conforme preceitua ADAUTO SUANNES, “a distinção entre processo penal inquisitório e processo penal acusatório não se limita a mera diferença de procedimentos. É uma questão ideológica” (SUANNES, 1995, p. 80).

Nesse diapasão, nossa CRFB/88 estabelece em seu art. 1º que o estado brasileiro se consubstancia em um Estado Democrático de Direito, o que implica na recepção de normas que compatibilizam a função do processo penal com a prevalência das garantias fundamentais, em detrimento das disposições que mais se assemelham e lhes são inerentes a regimes autoritários. Observa-se diante desta hipótese, uma problemática debatida há tempos no campo teórico, entretanto, com repercussões práticas: O Código Processual vigente, oriundo de um período ditatorial e de inspirações fascistas, em que pese suas pontuais modificações, é compatível com o regramento constitucional eminentemente democrático, que preza pela proteção dos direitos fundamentais do acusado em sua integralidade? No que pertine a tal questionamento, por certo devemos analisar os fundamentos norteadores da atuação jurisdicional.

Hodiernamente, o processo penal brasileiro é orientado pela busca da verdade real, materializada no art. 156, do referido Códex, o qual preceitua exceções ao ônus da prova incumbido originariamente a acusação, atribuindo ao magistrado a faculdade de “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” Embora a atuação do magistrado seja considerada como subsidiária e excepcional, conforme observa a doutrina majoritária, não se deve perder de vista a noção de imparcialidade como princípio regente da atuação jurisdicional. Isso porque, com o poder de gerir a prova, o magistrado baseia a iniciativa probatório de acordo com elementos/intuições pré-estabelecidas que comumente corroboram com a hipótese acusatória, rompendo

assim com o ideal de imparcialidade na medida que adota tal característica peculiar ao sistema inquisitório (TAVARES, 2020, p. 111).

Para o penalista alemão SCHUNEMANN, amparado pela Teoria da Dissonância Cognitiva de Festinger, reformulada *a posteriori* por Irle:

cada pessoa ambiciona um equilíbrio em seu sistema cognitivo. Em outros termos, busca-se obter relações harmônicas entre seu conhecimento e suas opiniões. Dessa busca resulta a manifestação de uma motivação cognitivamente dissonante a ser reduzida ou trazida à consonância. Assim, para se alcançar este equilíbrio do sistema cognitivo há de se solucionar a contradição existente entre conhecimento e opiniões. Desse quadro emergem o efeito perseverança e o princípio da busca seletiva de informações. O efeito perseverança ou inércia ou mecanismo de autoafirmação da hipótese preestabelecida faz com que as informações, previamente consideradas corretas à ratificação da hipótese preconcebida, sejam sistematicamente superestimadas, enquanto que as informações dissonantes sejam sistematicamente subavaliadas (IBCCRIM, 2012) .

Nesse diapasão, se a busca seletiva por informações corroboram com a hipótese previamente tomada como verídica pelo magistrado, trata-se de um fenômeno inconsciente e involuntário. Assim, muito há que se questionar sobre o ideal de imparcialidade no âmbito do sistema da justiça criminal.

2.1. A garantia da imparcialidade e a busca pela verdade real

A imparcialidade trata-se de um princípio fundante da atuação jurisdicional, pois, é a garantia que assegura a equidistância da figura do juiz, de ambas as partes, o que não implica na superioridade do órgão jurisdicional decorrente de seu poder decisório. Isso significa que o magistrado deve estar alheio às pretensões tanto da acusação, como da defesa, na medida que estes devem exercer, cada qual em seu mister, a parcialidade. Assim, a imparcialidade do julgador, nada mais é do que um produto lógico e necessário, proveniente da atuação essencialmente parcial das partes, que se traduz na dialeticidade dos atos judiciais.

Em suma, o magistrado no exercício de suas funções, deve estar desprendido das pretensões que emergem sobre a causa penal. Depreende-se que a garantia da imparcialidade é um princípio constitutivo e basilar do sistema acusatório, haja vista que tal sistema tem por finalidade a atuação autônoma e delimitada das partes (acusação e defesa) e relega o magistrado como um terceiro alheio aos interesses, afastado das funções instrutórias e investigatórias (LOPES JR, 2020, p. 91).

No entanto, em que pese ser uma das garantias máximas que rege a atuação jurisdicional, nossa Carta Magna de 1988 não a consagra expressamente como tal em seu rol de direitos fundamentais no art. 5º, sendo assim uma garantia implícita, contida nos demais direitos fundamentais elencados, juntamente com as disposições decorrentes de tratados internacionais os quais o Brasil figura como signatário, em consonância com o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 10, dispõe que “todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”. Ainda, a garantia da imparcialidade do julgador pode ser observada (b) Declaração Americana dos Direitos do Homem (artigo 26, 2); (c) Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8.1); (d) Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (art. 14, I); (e) Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (art. 6º, I).

Nos julgados *Piersack* e *De Cubber*, ambos do TEDH, a corte delimita o conceito de imparcialidade, na medida em que salienta a ruptura com tal garantia, quando o julgador inicia sua atuação durante a investigação preliminar de tal modo que sua cognição fica contaminada com informações não submetidas ao crivo do contraditório.

Para a corte, a noção de imparcialidade, portanto, pode ser dividida pelo viés objetivo e subjetivo. O primeiro diz respeito às garantias responsáveis pela materialização de tal princípio, trata-se de outras garantias que viabilizam sua funcionalidade, como a existência do contraditório e da ampla defesa, paridade de armas, bem como outros princípios cogentes. Ainda, nesse aspecto a conceituação formulada pelo TEDH a descreve como “imparcialidade de aparência”, ou seja, a percepção generalizada de que o julgador não possui quaisquer pretensões e interesses pelos resultados (LOPES JR, 2020, p. 93). A subjetiva, por sua vez, caracteriza-se pela íntima convicção do julgador, formada pelos prejuízos adquiridos ao realizar certo juízo de valor prévio sobre a causa. Por certo, a formação de pré-conceitos fere frontalmente a imparcialidade subjetiva, conforme decidido em ambos os casos.

Ainda, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, adota a teoria da aparência, concernente a imparcialidade objetiva, salientada no caso *Piersack*:

a abordagem objetiva: o Tribunal europeu considera que a noção de imparcialidade contém não só um elemento subjetivo, mas também um elemento

objetivo. Não só o tribunal deve ser mentalmente imparcial, pois “nenhum de seus membros deve ter um preconceito pessoal e predileções”, mas também “tem que ser imparcial de um ponto de vista objetivo”, o que significa que “deve ter garantias para excluir todas as dúvidas justificadas a esse respeito” (ECHR, *Daktarasvs. Lithuania*, 2000, paragraph 30).

A partir destas considerações, questionamos a imparcialidade, quando figurada concomitantemente com a busca pela verdade real. Para CARNELUTTI, a verdade real se consubstancia no objeto da persecução penal, pois, a finalidade do processo para além de ser uma garantia ao acusado, é reconstituição histórica do fato a partir de elementos de prova concretos. Tal entendimento encampado pelos processualistas clássicos, consolidou a máxima de que a sistemática processual penal deve privilegiar a busca pela verdade real, ainda que demande do julgador a realização de atos instrutórios a fim de dirimir dúvidas. Sob outro prisma, Aury Lopes Jr. assevera que o processo comporta dupla função, pois é o instrumento que viabiliza a efetiva e legítima aplicação da pena, ao passo que assegura ao acusado direitos e garantias individuais enquanto limitadoras do poder estatal (2001, p. 20).

Historicamente, a adoção da verdade real enquanto um objetivo a ser perseguido, possui implicações históricas que remontam a forma de se proceder o julgamento da causa como ocorria durante a inquisição, evidentemente, com novos contornos e matizes próprias do sistema acusatório, que de certa forma suavizam os rompantes inquisitórios. Nesse mesmo sentido, a busca pela verdade real revela uma faceta pouco questionada, visto que carrega consigo o ideal de infalibilidade do juiz ao designar poderes instrutórios, legitimando assim repressões e arbitrariedades em nome da verdade, a qual por vezes foi construída por uma narrativa, que provavelmente sequer será trazida à baila através da instrução, como se o juiz fosse o único ente legitimado e capaz de buscar a verdade.

Tem-se assim a escolha de um propósito nobre perante a sociedade, como forma de legitimar abusos as garantias fundamentais e que atingem de sobremaneira o devido processo legal, em detrimento de uma justificativa plausível perante o contexto social.

Salah Khaled Jr. em sua obra “A busca pela verdade no processo penal: Para além da ambição inquisitorial”, retrata a verdade real como um mito. O mito, por sua vez, trata-se:

Na definição de Eliade, o mito é uma história exemplar que serve para estabelecer normas humanas e procedimentos. Podemos dizer que o mito da busca da verdade que remonta à sistematização inquisitória de Eymerich fornece uma definição /explicação sobre a estrutura em que o processo penal deve se embasar, legitimando e justificando-a, de forma a colocar como herético qualquer desvio na sua finalidade sagrada de encontrar a verdade (p. 481, 2012).

Sob o enfoque político-social, o mito também pode ser considerado um veículo de informações falsas destinado a um fim comum, assim como Platão aponta em sua obra *A República*, como o direito do governante mentir pelo bem comum. Assim, os mitos nada mais são do que uma forma de imposição de regras, em que sua gênese, ainda que aparentemente oculta, remonta um período histórico e possui como finalidade a manutenção dos dogmas visando a imposição de uma lei ou costume, de matriz religiosa.

Portanto, a verdade real figura como um princípio fundante do processo penal brasileiro, tal como na inquisição, e seu pressuposto se baseia na infalibilidade da figura do julgador, na medida em que se considera que este está legitimado e deve buscar a verdade enquanto representante dos interesses do estado.

Pressupondo que existe um ideal intrinsecamente ligado à busca pela verdade real, pautado na confiabilidade de tal busca designada a figura do julgador, entende-se que os limites ao poder estatal ficam dissipados. Desse modo, subverte-se a busca pela veracidade dos fatos pela verdade do julgador, a fim de que o sistema se justifique perante a sociedade. Em que pese sua gênese derivar da lógica inquisitorial, parte majoritária da doutrina persiste em compreendê-la como um dos pilares do processo penal, pois, propicia a conclusão lógica-fática na medida em que se aproxima da verdade.

O aspecto acusatório dado ao processo penal brasileiro oriundo de reformas pontuais em sua redação, nada mais é, de certa forma, do que perpetuar o ciclo inquisitivo que reside no âmago da sistemática processual. Assim, para Octavio Paz:

O sistema de simbolização se reproduz sem cessar. O mito engendra mitos: oposições, permutações, mediações e novas oposições. Cada solução é "ligeiramente distinta" da anterior, de modo que o mito "cresce como uma espiral": a nova versão o modifica e, ao mesmo tempo, o repete (PAZ, 1993, p. 31).

Evidentemente, há uma gama de vertentes que buscam conceituar o que é a verdade no aspecto filosófico e se de fato é coerente e possível sua busca através da reconstituição de um fato passado. Reconhecer a falibilidade deste meio enquanto finalidade do processo, significa compreender as limitações inerentes ao processo de reconstituição dos fatos, pois, conforme preceitua KHALED JR: “considerar a passividade como elemento crucial do referencial cognitivo processual nos leva a considerar que os historiadores não estudam os eventos enquanto acontecem, mas sim, as condutas dos homens”. Ao empreender a chamada busca pela verdade real, o juiz está envolto por

inúmeras influências decorrentes de narrativas que podem se modificar com o fator tempo, além de formar inconscientemente um juízo de valor prévio a partir de elementos externos ao processo que chegam ao seu conhecimento.

A problemática da reconstituição do passado, perpassa, necessariamente, pela própria falibilidade humana, de quem verdadeiramente reconstrói as narrativas. Dispensada a notável possibilidade da tentativa de corrompê-las visando interesses pessoais, a reprodução da verdade está intimamente ligada com a capacidade de se reproduzir fielmente o fato criminoso, em contrapartida ao fenômeno natural da deterioração da memória daqueles encarregados de narrar. Logo, em vista da possibilidade de distorção da realidade vivenciada, acarretada pela criação inconsciente e fantasiosa, há de se destacar o acometimento pelas chamadas falsas memórias. Assim sendo, prevalece a máxima de que inexistem verdades absolutas, tal como depreende-se da verdade científica, onde os saberes se modificam ao longo do tempo.

A verdade real, portanto, se traduz na manutenção da lógica inquisitória e concomitantemente, do poder atribuído aos magistrados que por vezes se coaduna com os anseios da sociedade, dando-lhes a resposta que lhes pareça razoável de modo a nutrir o sentimento de aprovação da atuação jurisdicional.

Observamos que a partir destas considerações, não se pode falar em imparcialidade, tanto em seu aspecto subjetivo como objetivo dentro de uma lógica em que perdurar o princípio máximo inquisitivo, que acaba por ensejar a consolidação de um direito penal do inimigo.

Como regra, a verdade real se consubstancia na verdade do julgador, que munido de suas convicções prévias, visa reforçá-las indistintamente, ainda que prevaleça a dúvida a respeito da hipótese acusatória. Assim, concluímos que a própria garantia da imparcialidade se trata de um mito, contudo, calcado sob outras matrizes.

2.1.1. A atuação do juiz na investigação preliminar

Dentre as demais representações dos lastros da inquisição, certamente a maior herança de tal período histórico subsiste nos meandros da investigação preliminar, momento no qual o Estado se vale do aparato ostensivo e investigativo a fim de viabilizar a pretensão acusatória. A bem da verdade, a investigação preliminar é responsável pela

reunião de informações que formará, ao final, a *opinio delicti* do órgão acusador, através do que se pode extrair do inquérito policial.

Segundo a definição de KHALED JR., o inquérito policial nada mais é do que “um monumento travestido de documento, na medida em que é uma verdadeira homenagem ao exercício arbitrário do poder punitivo.” Referida conceituação faz alusão ao recurso investigativo enquanto mecanismo do poder estatal, voltado à perseguição de seus alvos, independentemente da época, mas que sobretudo remonta a maior herança da inquisição. Nesta fase, comumente ignora-se a inexistência do contraditório e de garantias fundamentais, sob o pretexto de se tratar de uma fase essencialmente sigilosa que dispensa a obrigatoriedade do exercício da defesa técnica.

Evidentemente, diferentemente da fase processual, não é possível que o inquérito seja inteiramente público, sob pena de frustrar seu objeto, contudo, a sigilosidade que lhe é inerente, rotineiramente é utilizada para suprimir direitos fundamentais. Isso se evidencia, pela cultura cultivada no imaginário popular e da própria Polícia Judiciária a respeito da indispensabilidade da presença do defensor nos atos investigativos enquanto garantidor da legalidade. Assim, o réu se vê de “mãos atadas”, impossibilitado de contradizer o conteúdo do inquérito, restando-lhe tão somente a submissão aos fatos imputados (KHALED JR, 2008, p. 223).

Nesse contexto, reside a figura do julgador no curso do inquérito:

Ao colocar a cargo do Ministério Público a titularidade da ação e a instrução dos processos, surge a necessidade de intervenção jurisdicional, ao menos no momento de se adotar medidas cautelares e restritivas de direito, por exigências legais, constitucionais e para preservar a imparcialidade do julgador. Portanto, a atuação do julgador frente ao inquérito deve sim ser analisada pela ótica dos princípios constitucionais, de modo a fazer valer os princípios ali insculpidos (OLIVEIRA, 2016, p. 68).

Nesse sentido, a atuação do magistrado deve ser excepcional, restrita aos atos que demandam sua autorização. Contudo, a intervenção na fase inquisitiva por si só representa um problema passível de discussão, isso porque ao decidir a respeito de medidas cautelares ou nos demais atos que envolvam a restrição de direitos, o magistrado se vê obrigado a analisar o teor do inquérito policial a fim de determinar se o pedido da autoridade policial ou do Ministério Público, é coerente e adequado.

Destarte, o magistrado acaba por analisar os autos do inquérito e os elementos informativos colhidos, na ausência do contraditório. Ao se deparar com seu conteúdo, automaticamente e inconscientemente forma-se um juízo de valor prévio a respeito do réu/investigado, conforme a Teoria da Dissonância Cognitiva.

Segundo a teoria, no momento em que há o contato a assimilação com o conteúdo do inquérito, o julgador pode tomar para si inconscientemente um juízo de valor negativo e a partir da contaminação de sua cognição, buscar informações com seus poderes instrutórios, em nome da busca da verdade real, de forma coordenada e seletiva, de acordo com seu juízo de valor previamente formado.

Somado a este fator natural, prevalece o entendimento de que as garantias fundamentais não se aplicam a esta fase, sobretudo no que tange ao contraditório e a ampla defesa insculpidas no art. 5º, da CRFB/88. O resultado desta terrível cultura que permeia o judiciário e a própria polícia judiciária, pode ser observado pelas ilegalidades corriqueiras cometidas nesta fase, em que o juiz, por vezes, atua como um investigador e não como um supervisor da atividade do órgão acusador, de tal modo que sua atuação se distancia das tendências internacionais (FERNANDES, 2007, p. 17).

Enquanto a vista aos autos do inquérito é corriqueiramente negada aos defensores em nome da inexistente sigilosidade absoluta, tal como na Itália sob a previsão do *codice di procedura penale*, de 1930, em 1955, observou-se a necessidade de se fazer valer o caráter universal das garantias fundamentais em toda a persecução penal, com enfoque especial a publicidade ampla dos autos do inquérito ao defensor:

Na Itália, o Código de 1930 se inspirava no segredo absoluto, excluindo as partes e os defensores de todos os atos instrutórios. Contudo, isto fora corrigido, já na reforma de 1955 (vindo a ser ainda mais ampliado na reforma de 1988), que reconheceu aos defensores, em medida absoluta e às partes, de forma mais restrita, o direito de participar de importantes atos instrutórios e quando estas garantias forem inobservadas, incidindo sobre o direito do imputado referente a sua intervenção, sua assistência ou sua representação, haverá nulidade absoluta (OLIVEIRA, 2016, p. 127).

No procedimento italiano, já na década de 50 houve a compatibilização constitucional da fase inquisitorial, posteriormente reforçada pela reforma de 1988, em que os preceitos constitucionais, alicerçados sob os direitos humanos, foram ainda mais reforçados.

No que tange a possibilidade da prevalência do contraditório nesta fase, ressalta-se que seu cerceamento não é cogente, porquanto deriva-se da cultura inquisitória instaurada pelas disposições iniciais do Código de Processo Penal de 1941. Consigna-se que por si só, a investigação se consubstancia na imputação de um fato, ainda que calcado sob elementos indiciários prematuros no tocante a formação de culpa.

Ainda assim, entendemos que ampliação do contraditório é de suma relevância

para a prevalência da ordem constitucional em todos os atos da persecução penal e também auxiliaria na construção da *opinio delicti* do órgão acusador após a obtenção de eventuais esclarecimentos acerca da imputação.

No que diz respeito à ampla defesa, o art. 5º, LV, da CRFB/88, assevera sua amplitude a todos os acusados em geral, utilizando-se desta terminologia. Há quem defenda que o legislador se referiu aos acusados já processados e não de forma ampla aos investigados. Não entendemos ser este o entendimento adequado. Isso porque o investigado também é alvo de imputações que posteriormente se tornarão formalizadas na acusação propriamente dita. Nesse sentido, OLIVEIRA pontua:

A postura do legislador constitucional fora claramente garantidora, uma vez que em seu Art. 5º LV, manifestou o direito à defesa aos “acusados em geral”, portanto, não há o que se construir em matéria de confusões terminológicas quanto a processo ou procedimento e acusado ou indiciado, haja vista ser evidente que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo, pois decorre de uma imputação determinada. Por essa razão, o legislador adotou o termo “acusados em geral”, para que pudesse abranger um leque muito mais amplo do que apenas a acusação formal (vinculada a ação penal) e com o nítido propósito de defender o indiciado (OLIVEIRA, 2016, p. 129).

Ressaltamos a importância da prevalência da ordem constitucional a ser primada pelo juiz encarregado de acompanhar tal fase da persecução, pois, trata-se da principal característica do sistema acusatório, somado a necessidade da separação de figuras.

Após a modificação proveniente do intitulado “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/2019), que institui expressamente o sistema acusatório na sistemática processual penal¹, no art. 3-A, tem-se que a atuação do juiz na fase inquisitiva deve ser limitada, haja vista que no sistema acusatório inadmite-se a atuação de ofício do magistrado, sem a respectiva provocação, pois, conforme BINDER, é preferível sacrificar a busca pela verdade do que legitimar o abuso de poder (2006, p. 66).

2.2. OS RITUAIS DE SUSPEIÇÃO DO JUIZ: UM REMÉDIO PALIATIVO FRENTE A CULTURA INQUISITÓRIA

Dada a relevância extrema do ideal de imparcialidade do julgador, o CPP insere enquanto questão incidental, a exceção de suspeição, delineada no art. 96, com suas

¹ Referida alteração ao menos dá um nome e definição ao nosso sistema, que segundo a ótica constitucional seria desde 1988, o sistema acusatório. Contudo, somente em 2019 foi possível sedimentar o entendimento de que nosso sistema deve ser regido pela lógica acusatória, como determina implicitamente nossa Constituição Federal. Não obstante esta inserção encontra-se suspensa pela liminar deferida pelo Min. Luiz Fux, no julgamento da ADI 6305.

causas previstas no art. 254. A suspeição nos remete a integridade e legitimidade da justiça de modo geral, podendo caracterizar-se no corrompimento cognitivo, em função da proximidade ou aspectos subjetivos que o impeçam de atuar no processo de forma imparcial, causando, potencialmente, um enorme prejuízo à parte. São causas de suspeição, segundo o art. 254, do CPP:

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

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

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

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

IV – se tiver aconselhado qualquer das partes;

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

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

Do que se extrai do texto legal, as hipóteses de suspeição estão amparadas por causas concretas, passíveis de apuração e comprovação. Além disso, a exceção arguida será processada em autos apartados e o feito principal continuará a tramitar, o que carece de sentido, já que o acolhimento da arguição de suspeição acarretará na nulidade de todos os atos, conforme determina o art. 101, do CPP. Ainda, em função da gravidade da existência de quaisquer causas de suspeição, impera a necessidade de obstar a perpetuação de tal ofensa à imparcialidade e à ordem constitucional como um todo.

Em que pese a necessidade de se repensar o instituto processual, nesta temática, há uma celeuma que raramente é discutida no âmbito da suspeição, que é a existência de pré-julgamentos que influem no resultado da causa. Por certo, os pré-julgamentos se manifestam silenciosamente, salvo quando externalizados expressamente.

Assim, nos parece inviável a previsão de tal hipótese no rol previsto no art. 254, do CPP. Por esta razão, na tentativa de minar a influência dos pré-julgamentos no resultado da ação penal, se estabeleceu a adoção ao juiz das garantias (LOPES JR, 2020, p. 532).

Nesse sentido, no que pertine a manifestação de pré-julgamentos durante os atos judiciais, a título de exemplificação, comentaremos a seguir pontos que podem ser

extraídos da sentença exarada pelo ex-juiz Sérgio Moro, ao condenar o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, na denominada Operação Lava-Jato.

Evidentemente, nos utilizaremos deste exemplo em razão das inúmeras manifestações discursivas que revelaram a existência de pré-juízos e do rompimento com a noção de imparcialidade. Analisando atentamente a sentença, nota-se a externalização através de expressões reveladoras de representações e de seus desejos recalcados, que se materializam através de dizeres que revelam a posição de satisfação no deslinde da sentença condenatória. Assim, a sentença ora discutida contém inúmeros “acidentes de fala” que remontam o anseio condenatório, que pode ser demonstrado através dos seguintes dizeres: “prevalece, enfim, o ditado ‘não importa o quão alto você esteja, a lei ainda está acima de você’”. Quando o juiz atribui o ditado, adaptando-o e destinando-o a “você”, eis a determinação de um sujeito específico, como se o próprio interlocutor ocupasse um lugar de superioridade à lei (JARDIM, 2017, p. 28).

Somado a estas manifestações de cunho tendencioso, observamos a tentativa de negar manifestação desse desejo recalcado, através de reiteradas negativas a sua real intenção. Este fenômeno, intitulado por Freud como “denegação”, age de modo a repudiar prontamente uma representação de uma ideia que acaba de ocorrer. Primeiramente o sujeito traz à tona o recalque, posteriormente o nega, como forma de manter o desejo nesta condição.

Manifestações que tais, certamente representam o julgamento pelo que se é em detrimento “do que de fez”, pois, determina-se o inimigo e utiliza-se do aparato estatal para se fazer valer seu anseio pessoal enquanto preceito moral.

Nesse diapasão, nota-se a prevalência do “decisionismo jurídico” em casos similares em que há a ruptura com o ideal de imparcialidade. O decisionismo, conforme preceitua ROSA:

Por outra parte, o segundo elemento da epistemologia anti-garantista manifesta-se pelo ‘decisionismo processual’, avivado pelo caráter não cognitivo, mas potestativo da Jurisdição e da irrogação da pena, capaz de tornar o Processo Penal mero mecanismo de legitimação da sanção, baseado em “valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato.” Logo, a verdade processual é remetida para uma instância incontrolável, dado que subjetiva, consistente na convicção pessoal do julgador, isto é, ‘sem verdade’ faticamente demonstrável (ROSA, 2004, p. 309).

Portanto, constatamos que o “decisionismo” enquanto impasse a concretização da imparcialidade do julgador, deriva-se da corrente “anti-garantista”, que relega a aplicação de preceitos constitucionais em detrimento da unificação do direito com a moral,

dando continuidade a cultura inquisitiva que julga através do que se é, da vida pregressa do indivíduo e naquilo que o jurisdicionado representa perante a sociedade (ROSA, 2004, p. 311).

2.3 A INDISSOCIABILIDADE DO SISTEMA GARANTISTA COM O IDEAL DE PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

O sistema garantista constitui-se, por excelência, em um modelo de Direito tratado por Ferrajoli (tal como, paralelamente, o modelo de Kelsen), em que há a prevalência dos preceitos de dignidade da pessoa humana e dos Direitos Fundamentais de modo geral, como mecanismo propiciador da democracia propriamente dita. Para ROSA, a busca pela democracia material, e não tão somente formal, é necessário elevar o patamar de valoração dos preceitos constitucionais:

Com efeito, a Teoria Geral do Garantismo, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, aqui trabalhados dissociados de uma visão essencialista. Isto porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. Em outras palavras, tendo-se em vista a supremacia Constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos (CR, art. 5º, § 2º), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam (ROSA, 2004, p. 106).

Tendo o garantismo como fator fundante os Direitos fundamentais, Ferrajoli atribui a Constituição enquanto elemento indissociável do garantismo, porquanto neste último impera a compatibilização das normas jurídicas com os preceitos fundamentais, como requisito de validade destas:

el garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales (FERRAJOLI, 2006, p. 17).

O garantismo, portanto, é materializado pela primazia das garantias individuais insculpidas na Constituição Federal, como forma de limitação do poder arbitrário estatal.

Por poder estatal, entende-se pelo aparato estatal em todas as esferas, se estendendo ao poder executivo e ao legislativo, que encontra limites na elaboração das leis penais e processuais penais (ROSA, 2004, p. 107).

Desta feita, diante de tais considerações, observa-se que a lógica garantista se coaduna perfeitamente com os ideais democráticos, vislumbrados a partir do viés constitucional. Para Ferrajoli, a democracia no campo constitucional, pode ser definida como um sistema jurídico dividido em duas dimensões: a formal, pautada no exercício dos direitos que transmitem autonomia política e civil ao indivíduo; e a dimensão substancial, afeta aos direitos “de liberdade” e a concretização dos direitos de ordem social.²

Assim, o garantismo constitui-se em uma Teoria do Direito, que possui como ponto de partida a inalienabilidade e indisponibilidade dos direitos fundamentais, como pressuposto de uma democracia formal.

No Brasil, em decorrência da cultura predominantemente inquisitória, o garantismo encontra-se obstado pela crise da teoria das fontes, que consiste na sobreposição de uma lei ordinária sobre o preceito constitucional, sobretudo em matéria processual penal. Tal fenômeno se estende inclusive aos tratados e convenções internacionais os quais o país é signatário, ignorando sua força supralegal.

Ocorre que não raramente temos julgadores comprometidos com sua própria verdade e até mesmo reféns da repercussão midiática que os induz a satisfazer o anseio popular pela punição a todo custo. Para muitos julgadores, lamentavelmente o garantismo penal é sinônimo de impunidade e de obstaculização do combate à criminalidade. Tal influência externa, enseja, por vezes a aplicação das disposições contidas no Código de Processo Penal pátrio, que se chocam frontalmente com a Constituição Federal, em nome da falsa sensação de contribuição ao combate ao crime, como se fosse, em razão da sua função, dotado de poderes para tanto.

Nessa toada, não podemos deixar de abordar o importante papel da mídia, sobretudo os jornais policiais, na modulação do imaginário de impunidade. Ao longo das últimas décadas, observamos uma crescente no tocante a programas policiais e sua popularização, sobretudo naqueles canais de amplo acesso. O fascínio popular por este tipo de conteúdo pode ser explicado pela inflamação no senso de indignação e

² El resultado ha sido una redefinición de la democracia constitucional como sistema jurídico articulado sobre dos dimensiones: la dimensión formal, fundada en el ejercicio de los derechos de autonomía, tanto política como civil, y la dimensión sustancial, fundada sobre la tutela de los derechos de libertad y la satisfacción de los derechos sociales. (p. 17)

consequentemente na sensação de impunidade, transformando a barbárie em entretenimento. E é nesse contexto que surgem propostas escabrosas na seara da segurança pública e de reformulação de preceitos legais, pois, aos olhos de uma sociedade ensandecida por vingança e punição a todo custo, as leis não são rígidas o bastante. O sociólogo WACQUANT define com precisão o sentimento incutido na população, pelo discurso midiático: “‘tranque-os e jogue fora a chave’ torna-se o *leitmotiv* dos políticos de última moda, dos criminólogos da corte e das mídias prontas a explorar o medo do crime violento (e a maldição do criminoso) a fim de alargar seus mercados.”

Inegavelmente, o discurso midiático é utilizado como mecanismo de cooptação política, visto que diante de problemas complexos como o combate a criminalidade, propõe soluções simplórias que visam agradar seu potencial eleitorado. Trata-se, assim, de um novo *modus operandi* de uma política *neoliberal* percussora do bordão “Lei e Ordem”, como bem observa PASTANA:

Paradoxalmente, o medo e a insegurança neste período democrático permitem ao Estado medidas simbólicas cada vez mais autoritárias, leis cada vez mais punitivas, legitimadas por demandas sociais de proteção reais e imaginárias, principalmente da elite. Além disso, justificam a criação de empresas de segurança e o apoio à privatização da polícia. (...) A cultura do medo que se criou em torno da criminalidade provoca um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão e uma obsessão por segurança. A lei passa a ser a ‘tábua de salvação’ da sociedade e, quanto maior for a sua dureza, mais satisfeita ela estará. Além disso, todos os programas e notícias que lidam de forma direta com esse pânico passam a ser produtos muito consumidos e por isso muito divulgados, aumentando ainda mais o próprio alarme. A segurança torna-se plataforma política e algumas vezes a causa da derrocada de um governo. A promessa é sempre repressão (PASTANA, 2003, p. 97-98) .

Diante deste cenário, há a perpetuação no imaginário social de que a ordem se mantém a partir da repressão, viabilizada a partir medidas autoritárias que ganham espaço em um contexto de “inflamação dos animos”, provocada pelo discurso político-midiático.

Não se pode conceber a existência de um processo penal democrático se o momento político enseja a restrição de direitos fundamentais individuais e sociais, e o regramento processual penal, conforme visto anteriormente, segundo a visão de COUTINHO, se traduz em uma consequência política.

Com a manifestação do chamado ativismo judicial, protagonizado por juízes que encarnam o anseio social como “termômetro” ao proferir uma sentença condenatória, não podemos concluir pela plenitude de um processo penal democrático e por consequência, de uma ordem garantista. Também sequer podemos taxar nosso sistema processual

como sendo o acusatório, enquanto não houver a primazia pelas garantias individuais e poderes de ofício na gestão da prova, que atribui-se ao magistrado a condição de “senhor da causa”.

2.4 O PROCESSO DE FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DO JUIZ A PARTIR DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

Partindo-se das considerações feitas outrora, a respeito da noção de imparcialidade e de sua insuficiência natural, dada as peculiaridades do processo penal brasileiro, nota-se que o julgador sofre a influência da busca seletiva de informações a partir do momento em que toma conhecimento dos elementos informativos e provas colhidas no inquérito.

Como em nosso sistema não ocorre a separação de figuras entre o juiz atuante na fase investigativa e o juiz “instrutor”, este primeiro já assimila a formação de culpa de forma inconsciente, através de elementos informativos produzidos na ausência do crivo do contraditório. Desta feita, conforme SIMON preceitua, as decisões judiciais nem sempre dialogam com o processo de racionalidade que lhe é demandado (ROSA, 2017, p. 163).

Não devemos perder de vista o caráter humano influenciador como fator decisivo nos atos judiciais e no processo de formação da culpa. O julgador, enquanto ente humano, é norteador por ideais, emoções e vaidades, os quais não podem ser negados, sob pena de endossar a narrativa de que os juízes se consubstanciam em verdadeiros “heróis” e detentores de um poder emanado a fim de se obter a verdade real. A construção de “heróis”, no imaginário popular, reforçam a ideia de que as questões afetas ao combate a criminalidade, se solucionam a partir de medidas autoritárias de caráter não-convencional, tal como nos seriados em que protagonizam os “heróis” do mundo fantasioso, em que estes fazem justiça com as próprias mãos (LEITE, 2020, p. 36).

Sem embargo da estrutura inquisitória que permite e convalida inúmeras arbitrariedades, em nome da eliminação de agentes tidos como “desviantes”, o magistrado, ainda que imbuído de suas próprias certezas, busca, no momento de proferir a sentença/atos decisórios, um *estado de coerência* dentre suas crenças e convicções, ou seja, o julgador procura equilibrar seus conhecimentos pré-adquiridos com a racionalidade exigida, involuntariamente.

Contudo, quando há o rompimento deste estado, o indivíduo passa a admitir um estado de incoerência de seus próprios pensamentos, assim, neste momento, há a desconexão do processo de racionalidade, causando-lhe inquietação. O indivíduo passa a exercer comportamentos antagônicos ao que se entende por racional, ainda que intimamente compreenda o caráter ilógico de sua atitude, definido como comportamento dissonante, por isso, o estado de inquietação latente:

En otras palabras, cuando advertimos que dos o más de nuestras actitudes son incoherentes las unas con las otras [...], o que nuestras actitudes y comportamientos son incoherentes [...], nos sentimos en un estado incómodo conocido como disonancia cognitiva [...] (BARON, 1998, p. 162).

Nessa toada, Festinger define a teoria a partir dos elementos dissonantes e consonantes: “existindo dissonância cognitiva haverá também uma pressão involuntária e automática para reduzi-la; e, quando há essa dissonância, além da busca pela sua redução, há também um processo de evitação ativa de contato com situações que possam aumentá-la” (RITTER, 2016, p. 88). Para a teoria, após o efeito dissonante, de forma instintiva o indivíduo almeja buscar, mentalmente, certa coerência em seu comportamento, em que pese o grau de incoerência entre o comportamento e a informação. Eis a ação da consonância como contraponto ao estado dissonante (FESTINGER, 1975, p. 12).

Portanto, após o incômodo propiciado pelo estado dissonante, o indivíduo passará a buscar a consonância, como forma de reduzir a inquietação, e para tanto, é necessário que haja o afastamento das informações que provocam a dissonância.

Diante de tais considerações, Festinger estabelece os reflexos da dissonância, que em fins práticos, tratam-se de processos cognitivos-comportamentais. Em síntese, inicialmente constatada a dissonância entre a ação e os elementos cognitivos, desvaloriza-se os elementos cognitivos dissonantes, de tal modo que a fim de justificar a ação, o indivíduo busca novos elementos cognitivos, porém desta vez, compatíveis com a cognição pré-existente (RITTER, 2016, p. 92).

Assim sendo, há a busca seletiva de elementos cognitivos que validem, de certa forma, suas ações, aliviando a inquietação da dissonância. Após o alcance do efeito consoante, o indivíduo evita ativamente as informações dissonantes, assim, a título de exemplificação, o fenômeno da dissonância cognitiva figura como um processo de autossabotagem da racionalidade, porquanto se trata de um processo inconsciente.

As etapas da dissonância cognitiva podem ser ilustradas a partir do hábito de fumar, em que a ação, ou seja, o ato de fumar, destoa dos conhecimentos obtidos a respeito dos malefícios da nicotina presente nos cigarros (cognição). A consequência de um processo lógico-racional, em nome da cognição, seria automaticamente eliminar o uso de cigarros, em se tratando de um indivíduo que se preocupa minimamente com sua qualidade de vida. No entanto, em função do hábito, o indivíduo passa a diminuir os efeitos nefastos da substância, aderindo ao consumo de cigarros com teor reduzido de nicotina ou até mesmo que o controle da quantidade consumida, poderá conter eventuais danos à sua saúde. Tem-se assim, a mitigação do efeito dissonante como forma de retomar o estado de consonância. Por fim, temos a última etapa caracterizada pela rejeição das informações dissonantes e a consequente busca seletivas de informações que validam a ação, o que nesta ilustração é representado pela adoção de estudos, ainda que incipientes, que suavizam as consequências do tabagismo (RITTER, 2016, p. 94).

Na seara processual penal, SCHUNEMANN, a partir da reformulação da teoria por IRLE, o penalista alemão aplica a teoria da dissonância cognitiva na compreensão do processo de construção da cognição pelo juiz. A última etapa do processo cognitivo trazido à baila, na qual nos referimos anteriormente, é amplamente discutida em sua pesquisa: “O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental”, a qual ocupa-se de comprovar empiricamente os efeitos da busca seletiva de informações, definida pelo autor como “efeito perseverança”.³

Similarmente ao modelo brasileiro de persecução penal, o Código de Processo Penal alemão, prevê a acusação formalizada pelo representante do Ministério Público, com a transmissão da ação penal ao juiz para que neste momento delibere sobre o recebimento ou rejeição da denúncia. Posteriormente, se faz uma análise prévia do pleito acusatório e havendo verossimilhança, designa-se a realização da audiência de instrução, a qual será presidida pelo magistrado de modo a confrontar o que se produziu durante o inquérito. Assim como na sistemática processual brasileira, o juiz forma sua convicção, a partir da colheita oral das provas, pautando-se em elementos produzidos na fase

³ A última etapa na qual nos referimos, diz respeito a complementação/reformulação da Teoria da Dissonância Cognitiva por IRLE, em que se estabelece a busca seletiva de informações como efeito derradeiro do processo cognitivo-comportamental, denominada como *efeito perseverança*. Referida etapa, por sua vez, é *conditio sine qua non* para se compreender o resultado da pesquisa ora discutida, o qual será abordado no deslinde deste tópico.

inquisitória. Já a acusação e a defesa, possuem função meramente complementar, haja vista que a condução é exercida pelo juiz.

A vinculação do magistrado aos autos do inquérito enquanto ponto de partida, revela vestígios de inquisitorialidade, pois, observa-se certa presunção de veracidade dos elementos informativos/provas, no momento da confrontação sob o crivo do contraditório:

Como explica Schünemann, o grave problema existe no fato de o mesmo juiz receber a acusação, realizar a audiência de instrução e julgamento e posteriormente decidir sobre o caso penal. Existe não apenas uma “cumulação de papéis”, mas um “conflito de papéis”, não admitido como regra pelos juízes, que se ancoram na “formação profissional comprometida com a objetividade”. Tal argumento nos remete a uma ingênua crença na “neutralidade” e supervalorização de uma (impossível) objetividade na relação sujeito-objeto, já tão desvelada pela superação do paradigma cartesiano (ainda não completamente compreendido). Ademais, desconsidera a influência do inconsciente, que cruza e permeia toda a linguagem e a dita “razão” (LOPES JR, 2018, p. 93).

Frente a tal situação elucidativa no tocante a existência de uma cultura inquisitória, que ainda nos tempos atuais permeia a persecução penal, materializada pela “invasão” do espaço reservado a acusação, SCHUNEMANN, estabelece quatro hipóteses a fim de comprovar o efeito perseverança:

- 1.^a Hipótese – O magistrado condena mais frequentemente quando, antes da audiência de instrução e julgamento, possui conhecimento dos autos do inquérito do que quando não os conhece. Este fenômeno é reforçado pela possibilidade de inquirir os sujeitos da prova.
- 2.^a Hipótese – Na audiência de instrução e julgamento, o juiz comete mais erros na retenção das informações que não se conjugam com o teor do inquérito quando o conhece previamente do que quando não dispõe desse conhecimento.
- 3.^a Hipótese – Haverá uma redução no quantitativo de erros quando inexistir o conhecimento prévio do inquérito pelo magistrado. Esse percentual de erros será substancialmente minorado quando o magistrado puder inquirir pessoalmente os sujeitos da prova.
- 4.^a Hipótese – Haverá maior número de perguntas formuladas na audiência de instrução e julgamento para os sujeitos da prova quando o magistrado conhecer previamente o inquérito.

A pesquisa fora realizada sob duas variáveis: o conhecimento prévio do teor dos autos do inquérito e faculdade de inquirição pessoal durante a audiência de instrução e julgamento. Além disso, foram selecionados casos que tanto poderiam ensejar uma condenação, como a absolvição do acusado. Para tanto, os juízes e membros do Ministério Público foram divididos da seguinte forma:

Tabela 1: Relação e divisão de participantes da pesquisa

Base Fática para Análise do Problema	Com a Possibilidade de Inquirir Testemunhas	Sem a Possibilidade de Inquirir Testemunhas
Autos do Inquérito e Audiência de Instrução e Julgamento	14 (8 Juízes e 6 Membros do MP)	14 (9 Juízes e 5 Membros do MP)
Apenas a Audiência de Instrução e Julgamento	17 (11 Juízes e 6 Membros do MP)	13 (7 Juízes e 6 Membros do MP)

Fonte: Revista Liberdades. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. 2012.

Dos resultados obtidos pela pesquisa, observada a primeira hipótese, em que os juízes possuem amplo acesso ao inquérito, todos optaram pela condenação do acusado:

Tabela 2: Resultado da pesquisa.

Base fática para análise do problema	Com a possibilidade de inquirir testemunhas		Sem a possibilidade de inquirir testemunhas	
	Juízes	MP	Juízes	MP
Autos do inquérito e audiência de instrução e julgamento	8 (C) 0 (A)	2 (C) 4 (A)	9 (C) 0 (A)	1 (C) 4 (A)
Apenas a audiência de instrução e julgamento	3 (C) 8 (A)	1 (C) 5 (A)	5 (C) 2 (A)	1 (C) 5 (A)
(A) – Absolvição / (C) – Condenação				

Fonte: Revista Liberdades. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. 2012.

Por outro lado, os juízes que se basearam única e exclusivamente nas provas produzidas na audiência de instrução, demonstraram maior propensão para absolver. Importante ressaltar, que essa tendência é observada também nos membros do Ministério Público, que pleitearam maciçamente pela absolvição.

No que tange a 2ª hipótese, tem-se a confirmação da derradeira etapa da dissonância cognitiva, que se traduz no efeito inércia ou perseverança, isso porque, o

acesso aos autos permitiu a formação de um juízo de valor prévio, razão pela qual ocorre o fenômeno da desconsideração ou da baixa valoração da prova defensiva produzida.

Na 3ª hipótese, o juiz, passivo a inquirição, também possui menor tendência para condenar. Nota-se diante desta hipótese, maior atenção aos fatos do que propriamente a prova testemunhal. Por fim, na 4ª hipótese, por evidente, o grupo de juízes que tiveram acesso ao inquérito, foi quantitativamente mais capaz de formular perguntas. No entanto, o resultado aventado não deve ensejar uma análise precipitada, no sentido de que a atuação do juiz que possui conhecimento dos elementos colhidos no inquérito é mais completa, e por consequência, possui margem de erro reduzida. Longe disso. A partir dos resultados obtidos, é possível identificar que os juízes munidos das peças do inquérito, permanecem demasiadamente vinculados ao seu conteúdo, que acabam por ter um desempenho afeto à capacidade de memorização inferior em relação ao outro grupo.

Assim, a discussão das hipóteses alinhavadas por SCHUNEMANN e posteriormente comprovadas empiricamente, demonstram, efetivamente, a influência da dissonância cognitiva no processo decisório.

As conclusões obtidas através destas constatações, por si só, evidenciam a urgência em redesenhar a concepção da atuação do magistrado. A alteração de tal lógica só será possível a partir de uma reforma generalizada no regramento processual penal que consolide o sistema acusatório, sem as amarras da inquisitorialidade que restam vigentes nos dias atuais. Questão esta que parece ter sido solucionada há tempos, rotineiramente está em voga, chegando até mesmo ao Supremo Tribunal Federal, que recentemente proferiu decisão no sentido de não se deve pronunciar o acusado, remetendo-o ao julgamento pelo Tribunal do Júri, somente com base nos indícios provenientes do inquérito. Assim, a 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu o Habeas Corpus de nº. 180144, cujo paciente havia sido pronunciado com base, unicamente, nos elementos informativos colhidos na fase do inquérito policial. Na ocasião, asseverou o Min. Celso de Mello:

o sistema jurídico-constitucional brasileiro não admite nem tolera a possibilidade de prolação de decisão de pronúncia com apoio exclusivo em elementos de informação produzidos, única e unilateralmente, na fase de inquérito policial ou de procedimento de investigação criminal instaurado pelo Ministério Público, sob pena de frontal violação aos postulados fundamentais que asseguram a qualquer acusado o direito ao contraditório e à plenitude de defesa.

Desse modo, é inegável a influência propiciada pelos elementos colhidos na fase investigativa, de essência inquisitória, no sentenciamento dos acusados. Desta feita, em

2019, apesar de uma tônica originariamente repressiva, o pacote anticrime abarcou importantes alterações de cunho acusatório, conforme veremos a seguir.

2.5 A CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO PELO “PACOTE ANTICRIME”: AVANÇO OU ILUSÃO?

Antes de se adentrar em uma das temáticas mais relevantes do presente trabalho, há de se consignar, inicialmente, o histórico de propostas e reformas propriamente ditas nos últimos tempos. A tentativa de se compatibilizar o regramento processual penal com os ideais democráticos da Constituição Federal, resultou na PLS 156/2009.

O projeto, por excelência, tem por finalidade vedar a iniciativa probatória por parte do juiz, a qual nos tempos atuais ainda é autorizada pelo art. 156, do CPP, além de consolidar a figura do juiz das garantias na investigação preliminar, a fim de que se exerça o controle da legalidade nesta fase, em contraponto a ideia de mitigação das garantias fundamentais.

Também se propõe uma espécie de otimização dos recursos, delimitando melhor as hipóteses de cabimento, a fim de minar a utilização indiscriminada do *Habeas Corpus*.

Com efeito, sucederam diversas tentativas de reformas pontuais, dentre estas, a intitulada popularmente e por seu precursor, como “Lei Anticrime”. Referida lei deriva-se de um contexto político efervescente, ocasionado pela inflamação da discussão pública a respeito do combate a criminalidade, em que nasceu como uma promessa “messiânica” de redução dos índices de delinquência e repressão da criminalidade organizada.

Importante ressaltar, como a própria nomenclatura dada a reforma diz muito sobre sua real finalidade. Prevalece popularmente a ideia de que a repressão através de institutos legais, resolverá o imbróglio da criminalidade, quando, a bem da verdade, figura tão somente como forma de reprimir e restringir as garantias individuais. Não se pode deixar de destacar, que a reforma fora idealizada pelo ex-juiz, e Ministro (à época), Sérgio Moro, o qual talhou sua atuação na Operação Lava a Jato de modo a burlar preceitos constitucionais fundantes a atuação jurisdicional. Nesse sentido, pela tônica da reforma, observamos que trata-se de uma imposição de um projeto pessoal de política criminal, que visa reforçar ainda mais a estrutura inquisitória.

Nesse sentido, dentre as alterações dignas de menção, temos a ampliação substancial do instituto da legítima defesa, insculpido no art. 23, do CP. A extensão dada ao dispositivo revela a real intenção deste pacote de reformas, que é a repressão direta (através da violência, haja vista que a nova redação abre um leque de possibilidades de enquadramento da legítima defesa do agente estatal) e indireta (praticada pelo próprio ente estatal, o qual deveria zelar pela aplicação constitucional).

Em suma, o texto final do aludido pacote, se consubstancia em uma miscelânea de dispositivos legais conflitantes entre si. Ora se observa um apelo punitivista, ora estabelece novidades concernentes ao sistema acusatório e ainda tem-se a importação de preceitos legais, a exemplo da incorporação do ANPP (Acordo de Não-Persecução Penal), reforçando a justiça negociada para o campo penal.⁴

Malgrado as alterações que sequer comportam concordância entre si, tem-se a criação do instituto do Juiz das Garantias, tal como previa a PLS 156/2009. Ainda, a título de complementação, no § 3º do art. 3-B, do CPP, fica determinado que “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”. Naturalmente, a restrição dos autos e documentos atinentes à atuação do Juiz das Garantias, diz respeito a impossibilidade do juiz instrutor obter amplo acesso aos autos do inquérito, evitando assim a modulação de prévios juízos que influenciam, conforme outrora pontuado, no resultado final da causa.

Não obstante, tais modificações encontram-se liminarmente suspensas pelo STF, por tempo determinado, sob o pretexto de que o estado não possui aporte financeiro para implementar tais medidas.

⁴ As aludidas incoerências do pacote de reformas muito se deram pelo próprio idealizador, mas também pela inserção “*a posteriori*” (durante o processo de discussão legislativa), das novidades que mais se aproximam do garantismo penal e da consolidação do sistema acusatório.

3. O JUIZ DAS GARANTIAS NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Pelas razões salientadas anteriormente, a consolidação do sistema acusatório, tal como prevê nossa Constituição democrática de 1988, depende primordialmente da completa dissociação das fases da persecução penal. Isso implica, por óbvio, a separação de funções a diferentes juízes, a fim de evitar o comprometimento da imparcialidade, pois, conforme depreende-se da pesquisa realizada por SCHUNEMANN, é inevitável a contaminação cognitiva diante do amplo conhecimento dos autos do inquérito, razão pela qual justifica-se a separação de atores.

Tamanha é a imprescindibilidade do instituto, que a PLS 156/2009, já previa a criação do Juiz das Garantias, como forma de se amoldar o processo penal à realidade acusatória, constitucionalmente prevista.

Hodiernamente, com o batizado “Pacote Anticrime”, projetado sob o argumento de que o enrijecimento legal é meio hábil a reduzir a proliferação da criminalidade, inclui-se a sua sistemática (diga-se de passagem, a contragosto dos idealizadores) o Juiz das Garantias, partindo-se do pressuposto de que a nova lógica processual seria a acusatória, tal como prevista no art. 3-A, do CPP, e que portanto, a inclusão do instituto seria imperativa diante de tal paradigma.

A inserção da figura garantidora durante a investigação preliminar, além de assegurar a imparcialidade, revela notória importância na preservação de garantias na fase inquisitiva, haja vista que sua função é realizar o controle de legalidade nesta fase antes que o material obtido seja transposto para a fase processual, de tal modo que seria possível minar a ocorrência de eventuais nulidades.

No que se refere aos impasses para sua efetiva aplicação, observamos a incidência de dois argumentos preponderantes: possíveis abalos ao tempo útil do processo e a ausência de recursos financeiros para a reestruturação do sistema de persecução penal. A última questão fora invocada no julgamento da ADI 6298, ajuizada por associações de classes de juízes e promotores, em que decidiu-se monocraticamente pela inconstitucionalidade formal dos artigos 3-A a 3-F, pela ausência de dotação orçamentária:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ART. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F DO CPP. JUIZ DAS GARANTIAS. REGRA DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. ARTIGO 96 DA CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE

DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PRÉVIA. ARTIGO 169 DA CONSTITUIÇÃO. AUTONOMIA FINANCEIRA DO PODER JUDICIÁRIO. ARTIGO 96 DA CONSTITUIÇÃO. IMPACTO SISTÊMICO. ARTIGO 28 DO CPP. ALTERAÇÃO REGRA ARQUIVAMENTO. ARTIGO 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS ENTRE ACUSAÇÃO, JUIZ E DEFESA. ARTIGO 310, §4º, DO CPP. RELAXAMENTO AUTOMÁTICO DA PRISÃO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PROPORCIONALIDADE. FUMUS BONI IURIS. PERICULUM IN MORA. MEDIDAS CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS.

(...)

O juiz das garantias, embora formalmente concebido pela lei como norma processual geral, altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em nível tal que enseja completa reorganização da justiça criminal do país, de sorte que inafastável considerar que os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (Art. 96 da Constituição);

O juízo das garantias e sua implementação causam impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, especialmente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, bem como com o incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas;

A ausência de prévia dotação orçamentária para a instituição de gastos por parte da União e dos Estados viola diretamente o artigo 169 da Constituição e prejudica a autonomia financeira do Poder Judiciário, assegurada pelo artigo 99 da Constituição;

Nesse ínterim, a questão orçamentária a fim de viabilizar a implementação sequer fora solucionada, em nome da impossibilidade de se empregar recursos para tanto. Contudo, há de se destacar que, ao menos provisoriamente, de modo a evitar a perpetuação dos efeitos do julgamento da ADI, deve-se considerar a possibilidade de deslocamento de competências e atribuições com o contingente de juízes já investidos. Assim, trata-se de uma celeuma de cunho organizacional.

No que concerne ao argumento de que a inserção do Juiz das Garantias, afetaria a prolongação temporal do processo criminal e portanto a celeridade do procedimento, não vemos como óbice a sua implementação. Por evidente, a fase inquisitiva se torna mais complexa, ao passo que os atos que lhe são inerentes perpassam uma análise de constitucionalidade. No entanto, trata-se, sumariamente, da proteção das garantias do investigado, inexistindo quaisquer prejuízos.

Por fim, consigna-se que no ápice das discussões acerca do instituto, durante a tramitação do PLS 156/2009, autores como Mário Leite de Barros Filho, criticaram maciçamente a implementação da figura do juiz garantidor, pois, para o autor, haveria um processo de “inutilização” da atuação do Delegado de Polícia, visto que o controle das investigações, em última análise, seria realizado pelo magistrado nesta fase que posteriormente presidiria a instrução criminal, criando-se um “juizado de instrução”.

Portanto, para entendermos o modelo de atuação do juiz na fase pré-processual, nos valeremos da análise dos modelos previstos nas legislações da América Latina e de países europeus.

3.1. O Juiz das Garantias na PLS 156/09

Antes de se iniciar a abordagem internacional do instituto, é valorosa sua análise sob a vertice do anteprojeto de 2009. Em sua exposição de motivos, tem-se que a consolidação do sistema acusatório está condicionada a implementação do Juiz das Garantias:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: a) otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação (BRASIL, 2009, p. 17).

Pretende-se, por tal medida, delimitar os papéis investigativos e instrutórios a cada uma das figuras. Ainda, o projeto visa impedir a simbiose de figuras atuantes na persecução, bem como do material colhido na fase inquisitiva e também, veda a iniciativa probatória na fase instrutória, tal como prevê os ditames do sistema acusatório.

O Art. 15. do texto inicial dispõe: “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 (...)”. A definição contida no dispositivo legal, por si só, destoa da crítica empreendida pelo autor Mário Leite de Barros Filho, pois, atribui poderes ao magistrado, de cunho avaliativo/verificatório da atividade policial, em consonância com as garantias individuais.

Contrário *sensu*, não se atribui ao Juiz das Garantias, poderes investigativos, que ensejam a busca pela verdade de ofício nesta fase. A atuação do corpo policial e do

Ministério Público mantém seu grau de importância, entretanto, o produto desta atuação apenas será submetido a uma análise de legalidade.

3.2. O Juiz das Garantias na atualidade

Não é forçoso ressaltar novamente, que a criação do Juiz das Garantias previsto na Lei 13.964/2019, está em meio a um bojo de alterações de cunho populista, que visam satisfazer o anseio popular de maior rigor punitivo, através do enrijecimento legal. Além de supressões a garantias na seara do diploma penal, o qual é intimamente conectado com o regramento processual penal, a lei restringe importantes direitos, tal como a presunção de inocência ao autorizar a execução provisória da pena no rito do Tribunal do Júri.

Nesse contexto, emerge desta reforma inócua e demagoga, a figura do Juiz das Garantias, previsto no art. 3-B, do CPP:

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:

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; III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; VI - 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; VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; (...)

Do que se extrai da nova redação, são reservados ao Juiz das Garantias o controle de legalidade nos atos investigatórios e cautelares, dentre outros reservados à fase da investigação criminal. Nesse sentido, o produto desta fase, fica restrito ao juiz atuante, porquanto está impossibilitada a transposição dos autos ao juiz da instrução, por força do § 3º.

Superada a análise legal, conclui-se que a inserção do Juiz das Garantias se mostra um avanço para a consolidação do sistema acusatório, no entanto, não é condicionante ao fim da cultura inquisitória.

3.3. Um breve comparativo internacional

A fim de se traçar um elo comparativo, elencamos o Juiz das Garantias de origem italiana e chilena. A análise do primeiro, se justifica em função das influências do *codicce rocco* no regramento processual brasileiro, e o último, por tratar-se de um país situado na América do Sul, o qual vivenciou experiências históricas similares.

3.3.1. O modelo italiano

Ao final da década de 80, a Itália passou por uma reforma estrutural no antigo Código Rocco (1930), de inspirações autoritárias e fascistas, as quais eram externalizadas pelo caráter inquisitório atribuído a sistemática penal.

Assim, o Código de 1989, em contraponto a herança histórica de um país marcado pelo fascismo, estabelece o sistema acusatório como forma de minar arbítrios praticados pela figura do juiz que mais se assemelha ao inquisidor. Para tanto, se estabelece a “*relação trigonal entre juiz, acusação e defesa, em antítese ao processo do Código Rocco, que era baseado, no tocante à fase instrutória, na confusão entre juiz e acusação e na relação diádica inquisidor/inquirido*” (FERRAJOLI, p. 677).

Percebe-se que a consolidação do sistema acusatório se dá justamente pela instituição do juiz mantenedor da legalidade, na fase pré-processual, ao passo que se extirpa a figura do juiz instrutor atuante em ambas as fases.

Conforme disciplina o art. 326, do Código de Processo Penal italiano: “*Art. 326 (Finalità delle indagini preliminari) 1. Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.*” Depreende-se assim, que a fase pré-processual é conduzida pela polícia judiciária, juntamente com o Ministério Público, que exerce atividades instrutórias dando os contornos necessários à investigação⁵, e nessa

⁵ Art. 327. 1. Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria che, anche dopo la comunicazione della notizia di reato, continua a svolgere attività di propria iniziativa secondo le modalità indicate nei successivi articoli,

delimitação de atribuições que o Juiz das Garantias pautará sua atuação como garantidor da legalidade durante toda a investigação.

Por sua vez, ao Juiz das Garantias, compete-lhe a decretação de medidas que implicam na restrição de direitos individuais, bem como o controle de prazos do inquérito e a função de garantia da formação antecipada da prova (APRILE; SILVESTRI, 2011, p. 13).

Sendo assim, extrai-se da última reforma, a protagonização do Juiz das Garantias enquanto *conditio sine qua non* na definição do sistema acusatório. Especialmente a reforma processual de 1989, influenciou diversos países no continente europeu, que ainda insistiam no ultrapassado modelo jurisdicional, a repensar e adaptar o regramento processual à lógica acusatória. Tal influência não se restringiu ao continente europeu, abrangendo a América Latina, dada a similitude histórica.

3.3.2. O modelo chileno

Tal como no Brasil, o Chile coleciona um passado ditatorial militar, que se inicia como a deposição e morte do então Presidente Salvador Allende, em 1973. Desta feita, o período autocrático consolidado através de um golpe, liderado por *Pinochet*, perdurou até 1990.

Por evidente, a instauração de ditaduras por toda a América Latina teve como reflexo na política criminal a manutenção do sistema inquisitorial, o qual se origina a partir da influência espanhola (código espanhol de 1882) e italiana (código idealizado por Arturo Rocco, em 1930).

No que concerne à estrutura chilena, sequer havia a presença de um órgão acusador na investigação preliminar. Sendo assim, o juiz exercia poderes investigativos, ilimitadamente e de ofício, de modo a investigar por conta própria o fato criminoso. Após a investigação, o mesmo juiz instrua o processo e prolatava a sentença.

Tinha-se, então, a verdadeira instituição da inquisição, entretanto, por motivos diversos, porquanto utilizava-se do aparelho estatal para perseguir politicamente os opositores de *Pinochet*.

Com a redemocratização, surgiu a necessidade de se reformar e ressignificar a figura do julgador no processo penal. Para tanto, aderiu-se ao sistema acusatório, pois, para BINDER, a manutenção do sistema inquisitório, não se restringe à "caça às bruxas",

em verdade, trata-se de um mecanismo político-legal de manutenção da concentração de poder, independente do regime adotado.

A adoção do sistema acusatório, por consequência, desencadeia na alteração dos métodos de obtenção da informação. Nesse sentido:

Substitui-se o modo de aquisição do conhecimento acerca do caso penal: enquanto no sistema inquisitivo a aquisição de informações é gradual e progressiva desde o primeiro dia de investigação, ficando elas registradas por escrito no inquérito policial (quase sempre sigiloso) e na posterior ação penal, no acusatório o modo de aquisição é a audiência pública, oral e contraditória, momento em que o juiz toma conhecimento das provas produzidas diante de si. No novo modelo, a audiência assume o lugar da escritura e o juiz, a centralidade no controle e na legitimação da utilização dos métodos repressivos e na prolatação de decisões. Sempre que se pretender alguma decisão judicial, será numa audiência pública, oral e contraditória que ela será produzida (CARVALHO e MILANEZ, p. 4).

O procedimento chileno possui algumas particularidades a serem exploradas, haja vista que é estruturado em três etapas. A primeira delas, é a investigação. Diferentemente da atuação documentada da polícia, que promove os atos investigatórios no Brasil, a investigação nos moldes chilenos é exercida pelo Ministério Público, amparado pela polícia. Quanto a sua formalização, apenas se exige um breve relatório da apuração.

Emergindo quaisquer causas autorizadoras de medidas cautelares, o Juiz das Garantias procederá a realização de uma audiência de formalização da investigação, comparecendo o investigado.

Ainda, o MP dentro de suas atribuições, é detentor de discricionariedade no que tange a abertura da investigação, em se tratando de ausência de tipicidade ou constatada a extinção da responsabilidade penal, e também na hipótese da ausência de interesse público, que será encaminhada para deliberação do Juiz das Garantias.⁶

Outro aspecto do sistema chileno que se diferencia do brasileiro, é a existência de uma etapa intermediária entre a investigação e a instrução processual. Referida etapa exige a realização de uma audiência de preparação do julgamento, a qual servirá para a redução a termo da acusação escrita e da pretensão de produção probatória. Por excelência, cuida-se de uma fase que prepondera a oralidade, mecanismo inerente ao sistema acusatório.

⁶ Esta última possibilidade, refere-se a crimes de pequeno ou médio potencial ofensivo, cuja condenação enseja penas razoáveis, excetuando os crimes considerados como graves ou crimes cometidos por funcionário público.

Por fim, temos a etapa do julgamento, audiência esta composta por três juízes em que prevalece a oralidade, razão pela qual não se admite a utilização de documentos escritos. No entanto, visando retomar o teor dos depoimentos, autoriza-se sua leitura no ato.

Findada a produção probatória e os debates, o corpo de juízes julgam a causa, podendo reclassificar o tipo penal e incluir agravantes, contudo, somente procederá com a alteração, após os debates prévios sobre seus motivos.

A estrutura chilena, portanto, comporta muitas peculiaridades, afinal, cada reforma possui como alicerce o ecossistema histórico-político. No entanto, em que pese as diferenças, o Chile se mostra um verdadeiro exemplo, no que se refere a consolidação do sistema acusatório e a libertação das amarras inquisitórias, derivadas do autoritarismo que durante décadas imperou em toda América Latina.

O Brasil, por sua vez, falha constantemente na busca pela consolidação do sistema acusatório, isso porque se exige uma reforma substancial no regramento ainda vigente. Dentre os países da América Latina, somente o Brasil não promoveu qualquer reforma generalizada e seu Código de Processo Penal, persistindo assim a ultrapassada cultura inquisitória reforçada pelo diploma legal de 1941.

CONCLUSÃO

Depreende-se da pesquisa realizada, que a adoção de um sistema processual, por excelência, requer a definição de um princípio unificador, que norteará todos os demais preceitos. Se a sistematização é guiada pelo princípio inquisitivo, logo, as demais normas estão acometidas pela inquisitorialidade, ainda que existam temáticas importadas da lógica acusatória.

Nesse diapasão, faz-se mister a mudança sistemática do Código vigente, pois, embora se faça reformas pontuais, o caráter inquisitivo continua em voga. Isso porque, conforme observado na pesquisa, o ponto nevrálgico da inquisitorialidade se traduz na gestão da prova exercida pelo juiz e na valorização exacerbada dos elementos informativos produzidos no inquérito. Tais características ainda podem ser vislumbradas no processo penal brasileiro, pois se materializaram como uma verdadeira “praxe”. Assim, o juiz possui amplo acesso aos autos do inquérito, os quais são produzidos na ausência

do contraditório, e inconscientemente acabam por formar os chamados pré-juízos e externalizá-los no momento da prolação da sentença

A formação da convicção antecipada, ou seja, antes mesmo da produção probatória na fase de instrução, pode ser explicada pelo fenômeno da dissonância cognitiva, teoria na qual Bernd Schunemann adaptou a esfera processual penal. Os estudos do penalista alemão são esclarecedores, no que tange ao vício cognitivo protraído pela leitura antecipada dos autos. Do que se extrai da pesquisa, todos os juízes que tiveram amplo acesso aos elementos informativos na fase da instrução, decidiram pela condenação, ao passo que os juízes que tomaram por base a prova produzida na instrução, demonstraram maior tendência para absolver.

Nesse aspecto, a permanência de uma estrutura de julgamento que favorece a ruptura com a imparcialidade subjetiva, deve ser afastada em nome da consolidação de um sistema verdadeiramente acusatório.

A elaboração da PLS 156/2009, por sua vez, traz em seu bojo a compatibilização da sistemática com o sistema acusatório, em conformidade com os princípios constitucionais, sobretudo em atenção ao devido processo legal e o contraditório. Observamos que a novidade central do aludido projeto, é a implementação do Juiz das Garantias, que, conforme a exposição de motivos, é a medida adequada a finalidade de salvaguarda das garantias individuais e inerentes ao sistema acusatório.

Nota-se também, que tanto na configuração do sistema italiano e chileno (pós-reforma), cada um com suas peculiaridades, o ponto de partida é a implementação de tal instituto. Portanto, conclui-se que a inserção dos Juiz das Garantias é uma condição indissociável do ideal de sistema acusatório.

As reiteradas reformas pontuais, tal como a Lei 13.964/2019, apesar de abarcar dispositivos originariamente derivados do sistema acusatório, em sua maioria não cumprem a missão constitucional democrática, haja vista que surge em um contexto de latência do populismo penal, potencializado pela cultura do medo enquanto discurso político.

Por certo, uma reforma que atende às exigências constitucionais, deve estar comprometida com seu próprio fim, ainda que contrarie o anseio popular por maior rigor da lei.

REFERÊNCIAS

ARENDETT, Hannah. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARON, Roberta A; BYRNE, Donn. **Psicología social**. 8ª ed. Trad. Montserrat Ventosa; Blanca de Carreras; Dolores Ruiz; Genoveva Martín; Adriana Aubert; Marta Escardó. Madrid: Prentice Hall Iberia, 1998.

BINDER, Alberto M. **O descumprimentos das Formas Processuais: Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal**. Trad. Angela Nogueira Pessoa com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. Código de **processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689>.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal** / Francesco Carnelutti ; Tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. -- São Paulo : Editora Pílares, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>. Acesso em 20 de fev. de 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório de Mentalidade Inquisitória, 2018. P. 135.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione: **teoria dei garantismo penale**, de Luigi Ferrajoli, 6.ed. Roma: Laterza, 2000 : ANA PAULA ZOMER, JUAREZ TAVARES, FAUZI HASSAN CHOUKR, LUIZ FLÁVIO GOMES.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: Una discusión sobre Derecho y Democracia**. Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

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

FILHO, Mário Leite de Barros . **Da inconstitucionalidade do juiz de garantias**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14 , n. 2049, 9 fev. 2009 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12302>. Acesso em: 20 jul. 2022.

JARDIM, Afrânio. **Breve análise da sentença que condenou o Ex-Presidente Lula e outros**. Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula. Carol Proner, Gisele Cittadino, Gisele Ricobom, João Ricardo Dornelles (organizadores). Projeto Editorial Praxis, Canal 6 Editora, Bauru/SP, 1ª ed. 2017.

KHALED JÚNIOR, Salah H.. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitória: a busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

KHALED JUNIOR. **A Produção Analógica da Verdade no Processo Penal: Desvelando a Narrativa dos Rastros da Passeidade**. Porto Alegre: Tese. (Doutorado em Ciências Criminais) – Fac. de Direito, PUCRS, 2011.

KHALED JR, Salah Hassan. **O Juiz e o Historiador na Encruzilhada da Verossimilhança: Ambição de Verdade no Processo Penal**. Porto Alegre: Diss. (Mestrado em Ciências Criminais) – Fac. de Direito, PUCRS, 2008.

LEITE, Luiz Claudio da Silva. **Juiz das Garantias: uma crítica à Mentalidade Inquisitorial conduzida pela Teoria da Dissonância Cognitiva** / Luiz Claudio da Silva Leite. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Departamento de Direito. Natal, RN, 2020.

LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1963.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

LOPES JUNIOR., Aury. **Pacote Anticrime [recurso eletrônico] : um ano depois** / Aury Lopes Jr., Ana Claudia Bastos de Pinho, Alexandre Morais da Rosa. - São Paulo, SP : Saraiva Educação, 2020.

LOPES Jr, Aury, **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001,

NOVINSKY, Anita Waingort. **A inquisição**. Coleção Tudo é História, 3ª edição. Editora Brasiliense, 1982.

SCHUNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental.** Revista Liberdades, nº. 11. Curitiba: IBCCRIM, 2012.

SILVEIRA, Marco Aurelio Nunes. **Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro;** Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Coleção Mentalidade Acusatória; 1).

SUANNES, Adauto. **Provas éticamente inadmissíveis no processo penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminas, v.31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil.** São Paulo: IBCCRIM, 2003.

PAZ, Octavio. **Claude Lévi-Strauss ou o novo festim de Esopo.** São Paulo: Perspectiva, 1993.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis penais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos.** 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SUANNES, Adauto. **Provas eticamente inadmissíveis no processo penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminas, v.31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional O Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva].** Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, Editora Revan, 2015.