

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

Campus Governador Valadares

Graduação em Direito

Felipe Soares Barbosa

**CRÍTICAS À DECLARAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE
INCONSTITUCIONALIDADE DA EXCLUSÃO FÍSICA DOS AUTOS DO
INQUÉRITO**

Governador Valadares

2023

FELIPE SOARES BARBOSA

**CRÍTICAS À DECLARAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE
INCONSTITUCIONALIDADE DA EXCLUSÃO FÍSICA DOS AUTOS DO
INQUÉRITO**

Artigo apresentado à faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, *Campus* Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel na área de concentração Direito, sob a orientação do Prof. Renato Santos Gonçalves.

Governador Valadares

2023

FOLHA DE APROVAÇÃO
FELIPE SOARES BARBOSA

**CRÍTICAS À DECLARAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE
INCONSTITUCIONALIDADE DA EXCLUSÃO FÍSICA DOS AUTOS DO
INQUÉRITO**

Artigo apresentado à faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, *Campus* Governador Valadares, submetido à banca examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Renato Santos Gonçalves

Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/GV

Prof. Dener de Oliveira Maia

Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/GV

Prof^a. Hozana da Costa Barreiros

Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF/GV

Parecer da banca:

Aprovado

Reprovado

Governador Valadares, de de 2023.

RESUMO

O artigo tem como objetivo avaliar criticamente a decisão do Supremo Tribunal Federal que, declarou, ao final do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305, a inconstitucionalidade do dispositivo efetivado no § 3º do Art. 3º-C do Código de Processo Penal, o qual determinava a exclusão física dos autos do inquérito policial. Para que a análise seja feita de forma satisfatória, este artigo apresentará o paradigma sistêmico almejado pelos conceitos do processo penal à luz da constituição, qual seja o acusatório. Para tanto, contará com a colaboração teórica dos autores Geraldo Prado e Aury Lopes Júnior. Em seguida, será alvo de explanação a figura do juiz das garantias, que é o responsável por acautelar os autos físicos da investigação, o que promove a exclusão física dos autos investigatórios, além de ser medida essencial para a afirmação do sistema acusatório. Também será avaliada a exclusão dos autos do inquérito em consenso com o referido instituto, a fim da promoção de um processo penal onde o juiz seja verdadeiramente imparcial. Para colaborar com o apresentado, será utilizado os escritos de diversos autores, como Gustavo Badaró, Hugo Caporal, Guilherme Amorim de Campos, Aury Lopes Júnior e Ruiz Ritter Linhares. Por fim, serão explicados os fundamentos que levaram o Supremo Tribunal Federal a decidir pela inconstitucionalidade da medida supracitada e serão feitas as críticas pertinentes à decisão, bem como a apresentação do dispositivo que determina a exclusão dos autos investigativos no Direito comparado.

Palavras-Chave: Juiz das garantias; Sistema acusatório; Constituição; Imparcialidade; Originalidade cognitiva.

ABSTRACT

The article aims to critically evaluate the decision of the Federal Supreme Court, which declared, at the end of the joint trial of Direct Actions of Unconstitutionality 6298, 6299, 6300, and 6305, the unconstitutionality of the provision established in § 3 of Art. 3-C of the Code of Criminal Procedure, which determined the physical exclusion of police investigation records from the case files. To conduct a satisfactory analysis, this article will present the systemic paradigm aimed at by the concepts of criminal procedure in the light of the constitution, namely the accusatory system. For this purpose, it will rely on the theoretical collaboration of authors Geraldo Prado and Aury Lopes Júnior. Following this, the focus will be on the figure of the judge of guarantees, responsible for safeguarding the physical records of the investigation, thereby promoting the physical exclusion of investigative records, a crucial measure for the affirmation of the accusatory system. The exclusion of investigation records will also be assessed in consensus with the aforementioned institution, aiming to promote a criminal process where the judge is genuinely impartial. To contribute to the presented argument, writings from various authors such as Gustavo Badaró, Hugo Caporal, Guilherme Amorim de Campos, Aury Lopes Júnior, and Ruiz Ritter Linhares will be used. Finally, the grounds that led the Federal Supreme Court to decide on the unconstitutionality of the aforementioned measure will be explained, along with relevant criticisms of the decision, as well as the presentation of the provision determining the exclusion of investigative records in comparative law.

Keywords: Judge of guarantees; Accusatory system; Constitution; Impartiality; Cognitive originality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PROCESSO PENAL, SISTEMA ACUSATÓRIO E DEMOCRACIA	11
2.1 SISTEMAS PROCESSUAIS: INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO	11
2.2 COMPATIBILIDADE DO MODELO ACUSATÓRIO DE PROCESSO PENAL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	13
2.3 A DEMOCRACIA E A DIVISÃO DE FUNÇÕES NO SISTEMA ACUSATÓRIO	16
2.4 SISTEMA ACUSATÓRIO: A NECESSIDADE DE UM JUIZ IMPARCIAL	17
3 JUIZ DAS GARANTIAS NO CONTEXTO BRASILEIRO	20
3.1 APRESENTAÇÃO: A FIGURA JURÍDICA DO JUIZ DAS GARANTIAS	20
3.2 A IMPORTÂNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS EM UM SISTEMA ACUSATÓRIO	22
3.3 O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ...	25
3.4 JUIZ DAS GARANTIAS E A EXCLUSÃO FÍSICA DO INQUÉRITO POLICIAL DOS AUTOS DO PROCESSO	27
4 JUIZ DAS GARANTIAS NO CONTEXTO BRASILEIRO: A EXCLUSÃO FÍSICA DOS AUTOS DO INQUÉRITO.....	29
4.1 CRIAÇÃO DO § 3º DO ART. 3º-C DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	29
4.2 FUNDAMENTOS DA DECLARAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EXCLUSÃO FÍSICA DOS AUTOS DO INQUÉRITO	30
4.3 CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EXCLUSÃO FÍSICA DOS AUTOS DO INQUÉRITO	32
4.4 A EXCLUSÃO FÍSICA DOS AUTOS INVESTIGATIVOS NO DIREITO COMPARADO	35
5 CONCLUSÃO	38
6 REFERÊNCIAS	40

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por finalidade analisar criticamente a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do art. 3º-C do Código de Processo Penal, entendendo assim que os autos que competem às matérias relativas ao juiz de garantias, destacando-se o inquérito policial, devem ser encaminhados ao juiz da instrução e julgamento, não devendo ser retidos na secretaria do primeiro juízo.

Para tanto, pretende-se demonstrar através da pesquisa qualitativa, de viés crítico-reflexivo, e à luz da Constituição Federal e dos preceitos basilares que compõem o sistema acusatório, que tal decisão não entra em conformidade com o referido sistema, e que fere diretamente as garantias básicas de um processo onde o Juiz que profere a sentença deveria se estabelecer de forma imparcial, pelo que, ao ter contato com o inquérito policial, tem sua cognição contaminada, o que gera um julgamento injusto, ainda que de forma inconsciente.

Dito isto, destaca-se que a escolha temática deste trabalho se deu pelo grande impacto que o julgamento das ADI's 6298, 6299, 6300 e 6205 gerou no campo do processo penal brasileiro. Ainda está sendo bem discutido acerca da real eficácia da figura do juiz das garantias ante a todas as mudanças que ocorreram; mas fato é que esta figura jurídica, juntamente com todo o aparato legislativo que ela traz consigo, faz com que nosso sistema processual se aproxime cada vez mais do sistema acusatório, ao passo que abandona as premissas inquisitórias ainda tão presentes em nosso ordenamento jurídico.

Em um primeiro momento, este estudo trará uma contextualização do processo penal brasileiro, explicando sobre o sistema processual vigente, que é o acusatório. Posteriormente, será demonstrado, a partir de uma análise dos princípios basilares deste sistema, que o mesmo é compatível com a Constituição Federal de 1988 e com as garantias processuais penais nela contidas. Logo, será demonstrada a importância desse modelo para um processo penal democrático e que observa as garantias fundamentais de cada indivíduo submetido à persecução penal. Então, o primeiro capítulo será

concluído pela demonstração da necessidade de que o Juiz seja imparcial dentro de um sistema acusatório. Para tal, será feita uma análise doutrinária dos escritos dos autores Aury Lopes Junior e Geraldo Prado, que servirão como base teórica para o presente estudo, juntamente com uma análise objetiva da legislação processual penal vigente e da constituição.

Após, será explanada a figura do Juiz das Garantias no contexto processual penal brasileiro, a partir da análise de suas competências, de seu surgimento e do impacto desta medida para o sistema acusatório. Ainda será explicado como a exclusão física dos autos do inquérito em tudo influencia na eficácia desta figura jurídica dentro de um processo que respeite o acusatório, por influenciar diretamente na imparcialidade do Juiz julgador e fazer cumprir o papel a que o Juiz das garantias é destinado. A fim disso, serão utilizados a doutrina e artigos científicos que corroborem com esta teoria.

No último capítulo será feita uma análise crítica do recente julgamento do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade do dispositivo que determina a exclusão física dos autos do inquérito. Primeiramente descrevendo e explicando os fundamentos que levaram a tal declaração, e em momento posterior, refutando os argumentos a partir da doutrina, dos princípios do sistema penal acusatório e de tudo que será construído ao longo deste trabalho. O fechamento deste capítulo contará com uma breve análise de fontes internacionais de direito, utilizando a legislação espanhola, italiana e chilena.

É importante ressaltar que o presente trabalho contará com a pesquisa bibliográfica para fazer valer a carga doutrinária que será exposta, bem como com a análise das legislações penais, processuais penais e da Constituição, e com artigos científicos que comuniquem com as ideias a serem elencadas. Seguindo esta metodologia, chegaremos a uma conclusão explicativa e demonstrativa sobre o tema, pela exposição dos aspectos supramencionados e que serão colocados em contraponto com o entendimento do Tribunal.

O tema trabalhado é de grande importância para a prática processual penal brasileira e ainda muito atual, visto que as alterações que serão explanadas já entraram em vigor, e o instituto do juiz das garantias já possui data marcada para passar a fazer parte da realidade processual brasileira.

2. PROCESSO PENAL, SISTEMA ACUSATÓRIO E DEMOCRACIA.

2.1. Sistemas processuais: inquisitório e acusatório.

Ao serem analisadas as mudanças pelas quais o processo penal passou ao longo de sua história, verifica-se a existência de dois grandes eixos paradigmáticos que servem como base sistêmica através da qual o processo é regido. Tais paradigmas influenciam diretamente a liturgia do processo e toda a persecução penal, e essa influência está presente principalmente na forma que os sujeitos processuais envolvidos devem se comportar.

O primeiro paradigma sistêmico que será destacado é o sistema inquisitório. Seu surgimento se deu através dos primeiros conflitos que ensejaram a atuação das leis penais para serem dirimidos. As primeiras civilizações, não conheciam métodos sistematizados de resolverem seus conflitos penais, e tendiam a concretizar seus direitos através das óticas da moral e da religião. (PRADO, Geraldo, 2005, p. 123)

Na concretização desses direitos, os processos em regra buscavam tão somente a condenação do indivíduo. No sistema inquisitório, a persecução penal (que geralmente se iniciava com uma denúncia anônima) era presidida pelo Juiz, que possuía uma característica marcante: exercia ao mesmo tempo a função de investigar, acusar e julgar. Dessa forma, esta figura procedia a condenação do indivíduo através de provas que ele mesmo produziu, e tão somente as que corroborassem com a acusação alegada. Sobre isso, o autor Afrânio Silva Jardim defende que: “A prova não era fator de convencimento do juiz, mas instrumento para este convencer os outros do acerto da acusação que apresentara liminarmente”. (JARDIM, Afrânio Silva, 2001, p. 24-25)

Ademais, eram dispensados o contraditório e a ampla defesa. Não haveria meios para que o acusado apresentasse sua contraposição e nem efeito se isso o fizesse, uma vez que o próprio julgador também era seu acusador. Logo, também não havia espaço para a imparcialidade em nenhum momento da persecução penal.

Por isso, podemos afirmar que, por confundirem-se as funções de juiz e acusador, não existiam chances para que o acusado fosse sequer considerado um sujeito processual, tornando-se apenas um objeto da investigação (JUNIOR, Aury Lopes, 2023. p. 75). Não há sequer necessidade, neste momento, em se falar de contaminação do julgador pelo seu contato com a investigação e sua função de acusador, uma vez que este já iniciava o processo completamente viesado, tornando impossível um julgamento justo.

Em resumo, o sistema inquisitório traz em seu bojo diversas problemáticas que ferem as garantias fundamentais presentes em nosso ordenamento jurídico atual, qual sejam a inexistência da imparcialidade do julgador, a aglutinação de funções na figura do juiz e o desrespeito ao contraditório e à ampla defesa.

Com a promulgação do texto constitucional do ano de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro, no que tange ao processo penal, passa a vigorar implicitamente sob as lentes de um novo eixo paradigmático: o sistema acusatório. Este contrapõe as ideias do sistema inquisitório, estabelecendo um sistema de garantias que devolvessem ao acusado a posição de sujeito processual.

De modo geral, o sistema acusatório é um sistema processual penal baseado na participação democrática de todos os sujeitos processuais. Há uma clara distinção entre os agentes que executam as funções de julgar, produzir provas e acusar. Neste, não há uma participação do Juiz em qualquer outro ato do processo se não o de julgar a partir de uma posição de imparcialidade que se confirma pelo fato de que este não tem nenhuma participação na fase investigativa ou de gestão probatória, e se destina a produzir um julgamento imparcial, que respeite as garantias fundamentais do acusado. Aqui há uma delimitação do papel exercido pelos sujeitos processuais, na busca por um processo justo e democrático. O Estado de direito tem como único sistema possível o acusatório, o qual se sustenta através da distribuição de funções entre os sujeitos processuais como forma de garantia de sua imparcialidade (GRINOVER, Ada, 1982, p.56).

Isto significa dizer que a iniciativa probatória fica totalmente a encargo das partes. Tal fato, como aduz o autor Aury Lopes Júnior, é uma decorrência lógica da distinção entre as atividades dos sujeitos processuais, e deve ser respeitado a fim de que sejam garantidos tanto a posição imparcial do julgador, quanto a possibilidade de que as provas sejam apreciadas pelas partes em contraditório, e confrontadas no exercício da ampla defesa (JUNIOR, Aury Lopes, 2023, p. 74).

É interessante elucidar que a posição imparcial do julgador funciona como uma garantia processual para o acusado. Uma vez que o juiz que procederá o julgamento não possui uma cognição tendenciosa, existem maiores chances de que a sentença proferida por esse seja adequada para o fato em questão e para aquilo que se construiu durante o processo.

Tendo como base as características citadas, podemos afirmar que apenas com a incidência das bases principiológicas estabelecidas no sistema acusatório pode haver um real exercício da democracia no processo. Para confirmar a efetividade deste sistema para o fim a que ele se propõe, vejamos o que o professor Aury Lopes Júnior diz a respeito:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal (JUNIOR, Aury Lopes, 2023, p. 74).

2.2. Compatibilidade do modelo acusatório de processo penal com a constituição federal de 1988

Como visto anteriormente, o sistema acusatório tem a democracia como condição para sua existência, de forma que não poderíamos falar de acusatório sem pensarmos nela como regra dentro do processo, e sem a devida reverência às garantias fundamentais e à divisão de funções.

No que diz respeito às garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988, que é a lei máxima em nosso ordenamento jurídico, trouxe em seu escopo

a positivação definitiva dessas garantias, as quais também produzem efeitos no processo penal, e neste ramo, se conformam com as premissas do sistema acusatório.

O processo penal é o único ramo do Direito que possui autonomia para impor punições extremamente severas ao indivíduo, e que por si só restringem direitos e garantias básicas como o direito à liberdade. Logo, por haver essa atuação tão interventiva na vida do indivíduo, apenas o Estado possui legitimação para concretizar estas sanções penais, e isto é feito através do processo penal, instrumento normativo do qual o Estado é detentor

Uma vez que o processo penal é utilizado pelo Estado como instrumento para concretização do Direito, este instrumento deve ser utilizado em conformidade com as normas constitucionais, e todos os atos praticados no devido processo penal, devem ser obrigatoriamente vinculados às garantias dispostas na Constituição. Em concordância com esta provocação, esclarece o autor Geraldo Prado:

Por isso, cabe assinalar que na medida em que o processo penal concretamente instrumentaliza o direito penal, visando conceder-lhe a efetividade possível dentro das pautas éticas priorizadas pelos direitos fundamentais (PRADO, Geraldo, 2005. P. 63).

No atual momento, podemos afirmar que o modelo processual penal brasileiro tende a se aproximar cada vez mais do sistema acusatório, em que pese a persistência as diversas características inquisitórias. Consoante o disposto na primeira parte deste tópico, com o advento da Constituição de 1988 e a positivação de garantias fundamentais que produzem efeitos no processo penal, houve uma mudança paradigmática que afirmou, ainda que de forma discreta, o sistema acusatório em nosso ordenamento jurídico-penal.

Existem princípios que afirmam o sistema acusatório presentes em todo o texto constitucional. Ao passo que o sistema acusatório defende a participação democrática dos sujeitos processuais envolvidos e a imparcialidade do julgador, a Carta Magna endossa essas premissas, reafirmando a posição do acusado enquanto sujeito processual dotado de garantias que o eximem de passar por um processo inquisitório. Neste sentido, é importante dizer que o princípio

constitucional básico para o processo penal é a dignidade da pessoa humana, que também é um fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme art. 1º da CF/88. Deste princípio, decorrem diversos outros muito importantes, como o da presunção de inocência, a inadmissibilidade das provas ilícitas, a publicidade, o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade.

É imperioso destacar também, que como garantia de um julgamento imparcial, as normas constitucionais que dispõem sobre a legitimidade para propositura da ação penal e para a realização de diligências na fase investigativa da persecução, apontam para afastar o juiz desta iniciativa, responsabilizando a polícia judiciária e o Ministério Público para tal. Isto também opera a favor do acusado, pois funciona como garantia da imparcialidade do julgador que proferirá a sentença, uma vez que, afastando-o desta iniciativa, triunfa o princípio democrático da separação de funções, garantindo a imparcialidade do julgamento, pois não haveria garantia de um julgamento imparcial se o juiz desempenhasse a função da acusação.

Neste sentido, faz-se necessário também dar destaque a uma característica do sistema acusatório que é totalmente compatível com o princípio da separação de funções, que é a de gestão da prova ao encargo das partes. Partindo do princípio que o juiz deve se manter neutro e afastado da iniciativa probatória, tem-se, portanto, o entendimento que as provas devem ser produzidas e administradas tão somente pela acusação e pela defesa, e questionadas em contraditório quando isso se fizer necessário. Em conformidade com essa teoria, segue o entendimento do autor Aury Lopes Jr.:

Se a imparcialidade é o princípio supremo, deve ser compreendido que somente um processo penal acusatório, que mantenha o juiz afastado da iniciativa e gestão da prova, cria as condições de possibilidade para termos um juiz imparcial. Impossível a imparcialidade do juiz em uma estrutura inquisitória (JUNIOR, Aury Lopes, 2023, p. 72)

Logo, podemos afirmar que as normas constitucionais trazem a existência todos esses princípios, os quais fazem parte do sistema acusatório, que opera a favor da legitimidade das garantias fundamentais do indivíduo e da democracia no processo.

2.3. A democracia e a divisão de funções no sistema acusatório

A democracia se faz de extrema importância em um processo penal que respeite o acusatório. Tal afirmação se comprova verdadeira pelo fato de que a existência de um processo democrático está atrelada à participação de todos os sujeitos processuais envolvidos, e na divisão de funções entre eles.

Dessa forma, só há de se falar em democracia no processo penal, se a divisão de funções for respeitada de forma integral. As normas que regem o processo e estabelecem essa divisão podem ser encontradas tanto na Constituição quanto nas legislações processuais penais vigentes em nosso ordenamento. Por isso, podemos afirmar que existe clara distinção funcional entre o sujeito que irá proceder a acusação, a investigação, a defesa do acusado (que deve ser ampla, podendo ser exercida tanto por seu defensor constituído quanto por ele mesmo) e entre o julgador, que é o juiz do processo.

Neste sentido, destaca-se que a Constituição Federal, em seu artigo 129, conferiu ao Ministério Público, com exclusividade, as funções de promover a ação penal pública e requisitar diligências investigatórias. À polícia judiciária, segundo o art. 4º do Código de Processo Penal, cabe a função de instaurar o inquérito policial e realizar diligências que tenham como objetivo a apuração das infrações penais. Tais ações condizem perfeitamente com a função destes órgãos em um sistema acusatório, haja vista que a polícia judiciária é a responsável pela investigação, e o Ministério Público pela acusação e por buscar conteúdo probatório que demonstre a ação delituosa do acusado para proceder ou não com sua denúncia em momento posterior.

Por sua vez, o juiz é responsável por presidir e julgar o processo, e em nada possui participação no que tange a gestão probatória, ou investigação. Logo, atua passivamente, como um “juiz-espectador” (JUNIOR, Aury Lopes, 2023, p. 80), permanecendo imparcial e formando seu aparato cognitivo a partir daquilo que é produzido pelas partes em contraditório, e ao final proferir sua decisão. Para contribuir com o que foi dito, tem-se o entendimento do referido autor:

[...] pois não basta a mera separação inicial das funções de acusar e julgar, precisamos manter o juiz afastado da arena das partes e, essencialmente, atribuir a iniciativa e gestão da prova às partes, nunca ao juiz, até o final do processo. Um juiz-ator funda um processo inquisitório; ao passo que o processo acusatório exige um juiz-espectador [...] (JUNIOR, Aury Lopes, 2023, p.85).

À defesa do acusado, compete a gestão da prova, a promoção da ampla defesa, e o exercício do contraditório a fim de zelar pelos direitos do acusado no processo, e evitar que ele sofra uma condenação injusta. A atividade da defesa promove a dialeticidade necessária para que o processo se desenvolva com a máxima garantia de todos os direitos pertinentes ao acusado enquanto ele se encontra nessa condição, a fim de que, por exemplo, ele não seja condenado ao cumprimento de pena se houver dúvida sobre sua participação delituosa. Isto é feito em contraditório, onde tanto a acusação quanto a defesa podem dialogar abertamente sobre a fragilidade ou veracidade das provas produzidas, questionando-as, descartando-as, ou levando-as em consideração quando necessário. Nisto se baseia a gestão das provas, que fica ao encargo das partes em um processo acusatório, e nunca do magistrado

A democracia no processo penal, portanto, baseia-se na divisão de funções, e cada participante deve cumprir com exclusividade aquilo que lhe é devido. Somente dessa forma podemos garantir que o Juiz cumpra seu papel com imparcialidade, bem como o Ministério Público e a defesa do acusado. O ideal democrático não pode ser concebido em um ambiente onde o desrespeito às atribuições legalmente impostas aos sujeitos processuais gera evidente desequilíbrio no processo, transformando-o em uma inquisição contra o réu.

2.4. Sistema acusatório: A necessidade de um juiz imparcial.

Restou demonstrado que o sistema acusatório pressupõe a existência de determinadas garantias que devem ser observadas no decorrer do processo. Garantias essas que lhe são conferidas pelo aparato legislativo brasileiro, mas

que devem ser asseguradas por todos os sujeitos processuais, incluindo o Juiz e a acusação.

Uma vez inseridos em um sistema acusatório, o resultado lógico da separação das atividades de acusar e julgar será a presença de um juiz que adota uma posição imparcial, deixando o ônus probatório na responsabilidade das partes e julgando apenas com base naquilo que é produzido no processo, não permitindo que sua cognição seja contaminada com a necessidade inquisitória de achar alguma coisa que opere efeitos contra o acusado.

Por isso, é indispensável que o magistrado seja equânime. O sujeito processual que tem como função sentenciar o Réu deve manter intacta sua “originalidade cognitiva” (JUNIOR, Aury Lopes, 2023, p. 84), não podendo tomar sua decisão a partir de nada que não esteja relacionado com a hipótese acusatória que deu razão para a formação do processo. Caso contrário, há um grande risco de que seja proferida uma sentença injusta, sem razão de ser, e decorrente de uma cognição afetada por elementos alheios ao que foi trabalhado no processo, fugindo da função do juiz e violando as garantias do acusado.

O autor Francesco Carnelutti defende que a existência de uma acusação deve resultar em uma melhor solução, que surgirá da contraposição entre as propostas da acusação e da defesa (CARNELUTTI, Francesco, 1971, p. 302). No entanto, essa melhor solução só será alcançada se o juiz não estiver “psicologicamente envolvido” com nenhuma das versões apresentadas pelas partes.

Assim, podemos afirmar que apenas no sistema acusatório nós podemos encontrar um ambiente processual que permita a imparcialidade do julgador, pelo afastamento deste da iniciativa probatória e pela divisão de funções. Neste sentido, destaca-se o entendimento do autor Geraldo Prado:

Por isso, a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante (PRADO, Geraldo, 2005, p. 178).

Como dito, o momento atual do processo penal brasileiro é marcado pela tendência de aproximação do sistema acusatório. Mesmo com a permanência de diversos dispositivos no Código de Processo Penal que conferem características inquisitórias ao juiz (estas sim inconstitucionais), este texto sofreu alteração legislativa no ano de 2019 que produziu diversas mudanças de extrema importância. Convém, pois, dar especial destaque à mudança que fará de fato que haja imparcialidade cognitiva no julgador e que em tudo é compatível com o sistema acusatório. A referida mudança trata-se da instauração de uma nova figura jurídica que será abordada no próximo capítulo: o juiz das garantias.

3. Juiz das garantias no contexto brasileiro.

3.1. Apresentação: A figura jurídica do Juiz das garantias.

Como visto anteriormente, a estrutura processual penal que emana da Constituição federal de 1988 e das bases do sistema acusatório não condiz com qualquer atuação interventiva do magistrado, buscando provas, agindo em consonância com a acusação e posteriormente faz o julgamento do réu como se fosse imparcial.

Pode-se afirmar que uma das formas liminares de contaminação da cognição do julgador é sua atuação na investigação. Ao ter contato com os elementos informativos produzidos no inquérito policial, o julgador se familiariza com provas que foram trabalhadas e produzidas exclusivamente pelos órgãos da acusação, sem a participação do acusado ou dos responsáveis pela sua defesa. São elementos enviesados, que não passaram por contraditório e possuem apenas a prévia interpretação de uma das partes sobre o fato ocorrido.

Por isso, a simples presença do juiz na fase investigativa da persecução penal já se apresenta como um problema, pois fere a sua imparcialidade. Isto faz com que o processo que se formará, fuja à sua função instrumental, que é a de salvaguardar a liberdade jurídica do Réu (TUCCI, Rogério Lauria, 2004, p. 33/35).

Dessa forma, se faz imprescindível que haja uma restrição na atividade do magistrado a fim de que esse não participe da investigação ou tenha contato com os elementos ali produzidos. No entanto, é válido lembrar que a presença do juiz na investigação significa também o respeito às garantias individuais do acusado, dadas as diversas atribuições jurídicas do magistrado que influenciam nos seus direitos.

Como forma de solucionar a problemática, afastando o juiz do processo da investigação policial e salvaguardando concomitantemente as garantias individuais do acusado, surge a figura jurídica alvo de nossa análise, que é o juiz das garantias.

O juiz das garantias é o novo participante do processo penal brasileiro. Ele atuará na fase investigativa com os poderes investidos para, conforme o art. 3º-B do CPP, ser o responsável tanto pelo controle da legalidade da investigação quanto pela garantia dos direitos daquele que esteja sob a responsabilidade do poder judiciário para fins de investigação criminal.

É imperioso destacar que tal medida encontra respaldo na legislação penal brasileira desde o advento da Lei nº 13.964/2019, também conhecido como pacote anticrime. Esta lei tinha como objetivo produzir alterações não só no Código de Processo Penal, mas em todo o sistema processual penal vigente, motivo pelo qual trouxe essa figura de extrema importância e relevância no sistema acusatório.

A atuação do juiz das garantias se limita à fase pré-processual, e este ficará responsável por atuar como magistrado no momento investigativo da persecução penal, deliberando acerca do requerimento da prisão provisória, de produção antecipada de provas, decidindo sobre os requerimentos de interceptação telefônica, de busca e apreensão domiciliar, acesso a informações sigilosas, entre outras atribuições. (BRASIL, Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/19, art. 3º-B)

Dessa forma, haverá efetiva separação entre aquilo que é produzido em sede de investigação e aquilo que influenciará a cognição do juiz do processo no momento da sentença. Por isso a presença do juiz das garantias se faz tão necessária: é a forma mais eficiente de garantir os direitos individuais do acusado durante o decorrer de todo o processo. Pois faz não somente com que seus direitos e garantias fundamentais sejam observados na fase pré-processual, mas também garante maior originalidade cognitiva para o juiz do processo, ao passo que age como instrumento de preservação de sua imparcialidade.

Ao inserirmos na fase investigativa uma figura jurídica com prerrogativas judiciais suficientes para auxiliar nos meios de produção de provas e efetivar garantias processuais e constitucionais, podemos afirmar que o julgamento do acusado se dará de forma mais imparcial, e a investigação de forma mais garantista.

Sobre isso, tem-se o entendimento dos autores Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter Linhares:

Trata-se o juiz das garantias do aprimoramento (e até se poderia dizer tentativa de *salvação*) da jurisdição penal atual, que inválida, ilegítima e ilegal se não for exercida de forma imparcial. É isso que deve ser levado em consideração e que obviamente beneficia tanto o indivíduo quanto a coletividade. O escopo da proposta, repita-se, é dar condições de imparcialidade e autonomia para o julgador do caso, para que não seja um terceiro involuntariamente manipulado no processo (JUNIOR, Aury Lopes; LINHARES, Ruiz Ritter, 2016, p. 75,76).

3.2. A importância do Juiz das garantias em um sistema acusatório

Em que pese as prerrogativas constitucionais e processuais que reforçam o ideal acusatório, existem diversos pontos no mecanismo processual penal brasileiro que evidenciam o fato de que a estrutura inquisitória perdura até hoje.

Uma forte característica da atuação do juiz em um sistema inquisitório, é quando ele age positivamente na gestão de provas contra o acusado, exercendo a função de acusador. Não bastasse isso, posteriormente este mesmo juiz profere sentença como se sua compreensão sobre o caso não estivesse enviesada. Também é uma característica inquisitória presente em nosso ordenamento o fato de o juiz que profere a sentença presidir toda a persecução penal, sendo o responsável por receber a denúncia, determinar a produção de provas, mas principalmente praticar atos exclusivos do magistrado após ter analisado o conteúdo do inquérito policial, ação a qual, por si só, já seria capaz de gerar um vício em sua imparcialidade.

É perceptível, portanto, que diversas dessas características se dão pelo fato de não haver uma efetiva separação de funções que forneça uma blindagem para a consciência do juiz da instrução a fim de que ele profira uma sentença que em nada fosse influenciada por elementos de produzidos de forma enviesada pela acusação e que não passam pelo devido contraditório.

Esta separação de funções que auxilia na não-contaminação da convicção do juiz é possível com o instituto do juiz das garantias. Os autores Hugo Caporal e Guilherme Amorim Campos da Silva, defendem que o “formato inaugural” da persecução penal, ou seja, todos os atos persecutórios que precedem o recebimento da denúncia, foi totalmente modificado a partir previsão legal do juiz das garantias no Brasil. (CAPORAL, H. C.; SILVA, G. A. C. da., 2021, p.14)

Tamanha é a importância dessa figura, que muitos doutrinadores confirmam o fato de que serve como reforço para o sistema acusatório, que está presente na Constituição Federal, mas que produz efeitos discretos em nossa realidade processual penal, que está repleta de características inquisitórias.

O juiz das garantias afirma o sistema acusatório, pois impede o contato do juiz do processo com aquilo que está sendo produzido na investigação. Tal medida se faz de suma importância para a garantia da imparcialidade do juiz e um julgamento neutro. Sobre isso, tem-se o entendimento do autor Aury Lopes Júnior:

Estamos falando da originalidade cognitiva no sentido jurídico-processual, ou seja, de que o juiz deverá conhecer em termos processuais e probatórios do caso que irá julgar na instrução processual e não antes. Eis o grande problema do processo penal brasileiro que se pretende superar com a reforma de 2019/2020: o juiz é chamado a conhecer muito cedo do caso que futuramente irá instruir e julgar. Ele não entra no processo como um “ignorante”, mas como um sabedor contaminado pela versão unilateralmente apresentada (JUNIOR, Aury Lopes, 2023, p. 88)

Nesta senda, destaca-se também a teoria da dissonância cognitiva, que contribui significativamente com a tese de que o juiz do processo não deve ter contato prévio com os autos investigativos; tal teoria defende que os seres humanos tendem sempre a estabelecer coerência entre suas crenças, opiniões ou convicções. Dessa forma, quando percebem a existência de ideias ou fatos incompatíveis com suas crenças, as pessoas entram em um estado de desconforto, e geralmente se esquivam desse estado a partir da adição seletiva de novas informações à sua cognição a fim da manutenção da coerência entre suas convicções (FESTINGER, Leon, 1975, p. 22-23)

Partindo do princípio que a dissonância cognitiva é algo comum na vida de um ser humano, é natural que este fenômeno incida também sobre a vida dos juízes. Isto opera efeitos no processo à medida que, por ter atuado na fase investigativa conhecendo provas, decretando a prisão preventiva ou a quebra de sigilo, deferindo pleitos da acusação, o juiz tende a seguir um viés meramente confirmatório (JUNIOR, Aury Lopes, 2023) a fim de manter coerência entre os atos praticados na investigação e os atos praticados durante o julgamento até a prolação da sentença. Sobre isso, eis o entendimento do autor Flávio da Silva Andrade:

Nesses casos, à luz da teoria da dissonância cognitiva, o juiz pode ficar apegado à crença ou à opinião anterior, vindo a praticar ato ou a expressar ideias que não condizem com seu pensamento apenas para afastar a tensão entre as duas cognições contraditórias. Pode querer adicionar informações, ajustar sua compreensão e agir consoante seu entendimento anterior tão somente para manter a consistência e a coerência entre seus atos, preservando sua autoimagem. (ANDRADE, Flávio da Silva, 2019, p. 1665)

Isto posto, o prévio contato com a investigação contamina a cognição do julgador, e inibe a possibilidade de que o mesmo seja imparcial em um processo futuro sobre os mesmos fatos. Motivo pelo qual a presença do juiz das garantias como o magistrado que atua de forma exclusiva na investigação, e a divisão de funções entre este magistrado e o juiz da instrução e julgamento, se faz de extrema importância em um modelo acusatório de processo penal.

Por todo o exposto até aqui, é notório que existem vários aspectos em que se faz evidente a relação entre o sistema acusatório e a existência do juiz das garantias. É imprescindível em um sistema acusatório, a efetiva separação de funções entre os sujeitos processuais, retirando do juiz o pleno controle e presença em todos os atos persecutórios. Até porque, como já discutido, a mera presença do juiz na investigação, tendo contato com os elementos investigativos produzidos no inquérito, já fere a sua imparcialidade, o que fere o sistema acusatório. Portanto, o juiz das garantias opera como elemento confirmatório do sistema acusatório na medida que possibilita a efetiva separação das funções e a imparcialidade do juiz da instrução.

3.3. O juiz das garantias no processo penal brasileiro

O Juiz das garantias já havia sido alvo de discussão na legislação processual penal brasileira, a qual se deu no PLS nº156/2009. Este projeto de lei, tinha como objetivo a reforma do Código de Processo Penal, e trazia consigo o instituto do juiz das garantias, ainda que com alguns dispositivos diversos dos contidos na mais recente legislação de reforma do CPP. Dito isto, a inserção do Juiz das garantias na legislação processual penal brasileira, se deu a partir da promulgação da Lei 13.964/2019, que promoveu alteração legislativa que trouxe grandes mudanças para Código de Processo Penal brasileiro.

Tal inserção pode ser observada no Código de Processo Penal nos artigos 3º-A a 3º-F, os quais compreendem não só o instituto em si, mas todos os dispositivos que compõem o sistema do juiz das garantias, agregando a ele valor e eficiência jurídica para obter o fim que se pretende.

O primeiro dispositivo que compõe o sistema do juiz das garantias e merece destaque é o art. 3º-A do CPP. Ele define que “o processo terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase da investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação”. É de grande importância a declaração expressa quanto à natureza estrutural do processo penal, pois uma estrutura realmente acusatória não é compatível com as marcas inquisitoriais presentes na persecução penal brasileira.

Logo, à vista das mudanças que esta afirmação trará consigo, o esperado é que o juiz seja verdadeiramente imparcial, a partir da vedação da iniciativa do juiz julgador com os elementos produzidos unilateralmente durante a investigação, e pelo impedimento do magistrado de agir na gestão da prova, ainda mais em momento pré-processual.

A Lei nº 13.694/19, no art. 3º-B, caput, institui o juiz das garantias como autoridade jurídica que presidirá a investigação, para realizar o controle de sua legalidade. Essa medida por si só, inibe diversas características inquisitórias, e afasta a necessidade da presença do juiz sentenciante na fase investigativa da

persecução, auxiliando na condição de neutralidade dele, o que é extremamente positivo em um sistema acusatório.

Porém, existe um dispositivo decorrente dessa alteração legislativa que merece especial destaque. Trata-se do § 3º do art. 3º-C, que será exposto mais adequadamente em momento futuro. Esse dispositivo determina que os autos que compreendem as matérias de competência do juiz das garantias (dentre os quais destaca-se o inquérito policial) não sejam remetidos ao juiz da instrução junto com os autos do processo, mas permaneçam acautelados na secretaria do juízo das garantias, salvo as provas irrepetíveis, medidas de obtenção ou de antecipação de provas, que serão remetidos para apensamento em apartado. Esse dispositivo, em tudo colabora com a hipótese de neutralidade e originalidade cognitiva do juiz sentenciante, sendo um dos dispositivos mais importantes provenientes dessa Lei.

Existem diversos outros países ao redor do mundo em que o juiz das garantias já é uma realidade processual, como a Espanha, a Inglaterra, a Itália, o Chile, etc. No Brasil, apesar de haver disposição legal para sua implementação, o instituto não teve aprovação imediata.

Em resposta às ações diretas de inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305, que alegavam diversos empecilhos para a pronta implementação da medida, em janeiro do ano de 2020 o ministro Dias Toffoli, presidente do STF à época, concedeu liminar favorável a suspensão da eficácia dos artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D “caput” e parágrafo único, 3º-E e 3º-F do CPP, fazendo com que fosse suspensa por 180 dias a aplicação imediata do juiz das garantias, sob a alegação que o prazo estabelecido de 30 dias para tal cumprimento é insuficiente, pelo que requer maior organização, devendo ser implementada de maneira consciente, respeitando-se a autonomia e as especificidades de cada tribunal. Alguns dias depois desta mesma alegação, houve decisão monocrática do ministro Luiz Fux, relator das ADI’s, que corroborava com a suspensão, mas sem um prazo determinado (Supremo Tribunal Federal, 2020).

Em agosto de 2023 houve nova discussão pelo Supremo Tribunal Federal em análise às ADI’s supracitadas, e o julgamento resultou em um novo rumo para a implementação do instituto no país.

Neste sentido, o Tribunal determinou a aplicação obrigatória do juiz das garantias dentro do prazo de 12 meses, prorrogável uma vez por igual período, entendendo que este período seria o necessário para que fossem tomadas as medidas legais e administrativas suficientes para a adequação e organização judiciária a fim de que o juiz das garantias fosse implantado e entrasse em funcionamento em todo o país (Supremo Tribunal Federal, 2023).

Diversas foram as mudanças que ocorreram também com relação aos dispositivos pertinentes ao juiz das garantias, como por exemplo a alteração no alcance das normas de aplicação do instituto, limitação de sua competência, entre outras. Porém, a alteração que será trabalhada se encontra na redução de texto aplicada no § 3º do art. 3-C do CPP. A partir disso, os autos que compõem as matérias relativas ao juiz das garantias deverão ser encaminhados ao juiz da instrução e julgamento, não mais permanecendo acautelados na secretaria do juiz das garantias.

3.4. Juiz das garantias e a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo

A priori, é válido ressaltar que o inquérito policial é um procedimento administrativo realizado pela polícia judiciária no momento da investigação policial a fim de apurar o fato criminoso e recolher elementos informativos sobre o mesmo. O objetivo principal desse procedimento é reunir informações que sirvam de base para o Ministério Público formar sua opinião, e posteriormente oferecer ou não a denúncia em desfavor do acusado.

Portanto, o inquérito policial possui um objetivo bem delimitado, o qual se resume a reunir indícios de autoria e materialidade delitiva a fim de que o Ministério Público seja capaz de promover a ação penal. Isto evidencia que o inquérito, em primeiro momento, não necessariamente faria parte do conteúdo probatório composto no processo, pois trata-se de um conjunto de elementos informativos utilizados apenas pelo órgão da acusação.

O art. 39, §5º do Código de processo penal confirma este fato, ao aduzir que o órgão do Ministério Público poderá dispensar o inquérito, caso sem ele houver elementos suficientes para o oferecimento da denúncia.

É de suma importância destacar que o inquérito policial é um procedimento puramente unilateral. Os elementos oriundos da fase investigativa não são submetidos ao filtro do contraditório, sendo produzidos tão somente pelos órgãos da acusação. Logo, pode-se afirmar que, via de regra, está presente no inquérito tão somente aquilo que serve como suporte para a produção da exordial acusatória, ou seja, elementos que produzem efeitos contra o acusado.

Dessa forma, é correta a afirmação de que o juiz da instrução e julgamento, se tiver contato com o inquérito policial, será convencido, ainda que na dimensão do inconsciente, de que o acusado deve receber uma sentença condenatória. Observa-se, portanto, que não há dúvidas quanto à integridade dos magistrados em sua atuação, mas a constatação de que um pré-julgamento feito a partir do contato com a versão unilateral dos fatos, influenciará a cognição do julgador e o impedirá de julgar de forma imparcial, ainda que este queira conscientemente fazê-lo.

Dito isto, o juiz que profere a sentença não deve ter contato com o inquérito em nenhum momento da persecução penal. Motivo pelo qual, os autos físicos do inquérito policial não devem ser remetidos ao juiz do processo, e devem permanecer acautelados na secretaria do juízo de competência do juiz das garantias, o único magistrado que pode ter contato com o inquérito

Porém, em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão que declarou a inconstitucionalidade do § 3º do art. 3º-C do CPP, que determinava o acautelamento do inquérito conforme citado anteriormente. Sendo assim, os autos do inquérito passam a ser obrigatoriamente remetidos ao juiz da instrução e julgamento, o que altera o fim pretendido pela Lei nº 13.964/19 e pelo próprio instituto do juiz das garantias.

4. Juiz das garantias no contexto brasileiro: A exclusão física dos autos do inquérito

4.1. Criação do § 3º do Art. 3º-C do Código de Processo Penal.

A Lei nº 13.964/19 produziu diversas alterações legislativas significantes no código de processo penal, das quais a mais importante foi a instituição do juiz das garantias. Como citado anteriormente, seu aparecimento reafirma o sistema acusatório, à medida que as mudanças que o juiz das garantias traz consigo retiram algumas características inquisitórias presentes em nosso ordenamento processual penal.

Nota-se que as mudanças provenientes do advento do juiz das garantias são absolutamente necessárias para sua instauração. Funcionam como parte de um microsistema, no qual todos os dispositivos são coordenados entre si, e buscam a mesma finalidade, qual seja a de garantir a integridade de um ambiente imparcial, que garanta a originalidade cognitiva do juiz da instrução para proferir a sentença, a fim de que o referido instituto produza o efeito desejado em sua máxima eficácia.

Entre vários dispositivos que foram criados neste contexto, e inseridos na lei supracitada, para fortificar e garantir que o instituto seja eficaz, o § 3º do art. 3º-C merece especial atenção:

§ 3º os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz das 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.

Em observância a este dispositivo, a lei determina que os autos que fazem parte da matéria competente ao juiz das garantias, entre os quais encontra-se principalmente o inquérito policial, devem ficar acautelados, restando excluídos do processo. Destaca-se ainda que o parágrafo supra esclarece que os autos do

inquérito ficarão à disposição do Ministério Público e da defesa, sendo plenamente acessível pelas partes, e somente por elas, a qualquer momento.

O fim pretendido por esse dispositivo é fazer com que o juiz sentenciante não tenha a oportunidade ou a necessidade de avaliar o inquérito policial para que não seja influenciado por ele no momento da sentença, pois o único conteúdo probatório que deve tomar parte na cognição do julgador é aquele produzido pelas partes em contraditório, e não de forma unilateral e inquisitória como o inquérito policial.

Estando esse dispositivo inserido no microssistema do juiz das garantias, ele opera efeitos em prol da conservação da originalidade cognitiva do juiz julgador, produzindo assim a preservação de um julgamento imparcial, pode-se afirmar sem dúvida alguma que este dispositivo é condizente com os preceitos estabelecidos pelo paradigma acusatório e com os princípios constitucionais que garantem um julgamento imparcial.

Portanto, o parágrafo supracitado é absolutamente necessário na garantia da eficácia da função afirmativa do juiz das garantias de fornecer um ambiente de imparcialidade e segurança jurídica para o juiz do processo proferir a sentença.

A partir disso, podemos afirmar que a remessa dos autos investigativos para o juiz do processo retira alguma eficácia do instituto do juiz das garantias, pois podendo o juiz ter contato com o inquérito policial, existe um meio através do qual sua cognição pode ser afetada pelos elementos da acusação antes de proferir a sentença.

4.2. Fundamentos da declaração do Supremo Tribunal Federal de inconstitucionalidade da exclusão física dos autos do inquérito

No dia 24 de agosto de 2023, o Supremo Tribunal Federal se reuniu em sessão de julgamento, e proclamou, na pessoa da presidente Ministra Rosa Weber, o resultado do julgamento conjunto das quatro ações diretas de

inconstitucionalidade (6298, 6299, 6300 e 6305) que questionavam a alteração legislativa do Código de Processo Penal proveniente da Lei nº 13.964/19.

Participaram deste julgamento os Ministros Luiz Fux (Relator), José Antônio Dias Toffoli, Kassio Nunes Marques, Cristiano Zanin, André Mendonça, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso.

Em 9 sessões diferentes, que ocorreram ao longo de 3 anos ¹, os Ministros debateram sobre diversos pontos sobre o chamado *pacote anticrime*, com especial ênfase sobretudo na figura do juiz das garantias. Ao final, ficou decidido sobre sua implantação, sobre a extensão de sua competência, e como citado anteriormente, sobre outros dispositivos que compõem o microssistema do juiz das garantias.

Em que pese a grande amplitude da discussão, todos os pontos que estavam em julgamento convergiam para o mesmo fim: decidir sobre a compatibilidade da medida e dos dispositivos anexos com a constituição federal. Nesta senda, um dos pontos que também foi amplamente discutido entre os Ministros, foi sobre a constitucionalidade do dispositivo constante no § 3º do art. 3º-C do CPP.

O Supremo Tribunal Federal foi unânime em declarar a inconstitucionalidade da exclusão física dos autos da investigação. Para tanto, adotaram técnica da redução de texto do dispositivo e atribuíram interpretação conforme a constituição para entender que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias devem ser remetidos ao juiz da instrução e julgamento.

Durante a análise do dispositivo, os ministros buscavam entender se a medida de excluir os autos referidos do processo encontrava respaldo na constituição. Por fim, de forma unânime, compreenderam que não havia compatibilidade constitucional no dispositivo. E mesmo sem se referir diretamente a nenhuma norma presente na carta magna, atribuíram

¹ As sessões de julgamento foram transmitidas virtualmente pela plataforma do Supremo Tribunal Federal no YouTube.

interpretação conforme a constituição para alterar o texto inicialmente redigido pelo legislador.

A inconstitucionalidade declarada se fundamentou em alguns motivos específicos. Entre eles está o entendimento de que a medida seria “irrazoável”, e que não se pode presumir que o juiz da ação penal teria sua parcialidade maculada para o julgamento do mérito pelo simples fato de tomar conhecimento dos autos da investigação. Ademais, o Ministro Dias Toffoli corroborou com essa teoria ao dizer que “a existência de estudos que indicam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não justifica por si só a presunção generalizada de que todos os juízes criminais tem tendências comportamentais que favoreçam a acusação” (TOFFOLI, José Antonio Dias, 2023).

Também houve fundamentação no sentido de que a exclusão física dos autos do inquérito fere a livre convicção do juiz, ao coibir seu contato com as provas colhidas durante a investigação, e que permitir o contato do juiz da instrução com o inquérito, poderia impedir a escolha de provas que favoreçam apenas a acusação, e garantiria o devido processo legal em sua plenitude.

Em primeiro momento, quando do voto do Min. Relator das ADI'S, a intenção era de que os autos pudessem ser remetidos ao juiz da instrução, ou por este serem requisitados. Em momento posterior, à medida que os votos dos demais Ministros foram colhidos, houve a proposta para que a redação não criasse a possibilidade da remissão dos autos, mas a obrigatoriedade. Prova disso é que a decisão final trouxe a seguinte redação para o dispositivo: “os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento” (Supremo Tribunal Federal, 2023).

4.3. Crítica aos fundamentos da declaração de inconstitucionalidade da exclusão física dos autos do inquérito

O “núcleo duro” dos fundamentos apresentados pelos ministros é a teoria de que o mero contato com os elementos informativos do inquérito policial não é

o suficiente para afirmar indubitavelmente que o julgador não cumprirá o seu papel quando da elaboração da sentença, de forma imparcial. Ainda salientam que o contato com os autos da investigação permite que o juiz julgue à luz das provas.

No entanto, percebe-se que as razões que certificam a inconstitucionalidade da medida segundo os ministros, não encontra respaldo no paradigma sistêmico que decorre da constituição federal. A imparcialidade do juiz é indispensável para haver o devido processo penal, de forma que não pode haver no processo a presença de qualquer elemento que venha a vulnerar ou colocar dúvida sobre ela.

O contato do juiz da instrução com o inquérito policial, não somente coloca em dúvida a sua imparcialidade, como a fere diretamente. É impossível que o juiz tenha contato com os elementos informativos colhidos na investigação e não tenha sua cognição afetada por eles. É imperioso lembrar que o inquérito policial é produzido de forma unilateral pela acusação, e não passa pelo filtro do contraditório. Os elementos ali reunidos buscam tão somente dar subsídio à denúncia, que é a peça principal da acusação em desfavor do Réu. Sendo assim, o primeiro contato do juiz com o processo, gera uma impressão sobre eles, o que faz com que ele busque de forma inconsciente sobre uma conclusão dos fatos que estará embasada tão somente naqueles elementos que formaram essa primeira impressão.

A teoria da dissonância cognitiva, já citada anteriormente, confirma o supracitado ao defender que o contato prévio com a prova contamina a originalidade cognitiva do julgador. A comunicação prévia com os autos do inquérito gera uma imagem no inconsciente do julgador, e após isso, todas as informações destoantes de sua convicção, tendem a ser menosprezadas, quando não ignoradas. (SCHÜNEMANN, Bernd, 2013)

O autor Aury Lopes Júnior também alerta pela imprescindibilidade da exclusão física dos autos do inquérito, ao referir-se ao “efeito primazia” que a psicologia social sustenta para defender que a informação recebida inicialmente é a responsável por direcionar a compreensão do ser humano acerca de algo, e todas as informações recebidas posteriormente serão avaliadas a partir da

primeira informação recebida. No contexto do processo penal, ao ter contato prévio com elementos enviesados, o juiz tende a avaliar as provas produzidas em contraditório e apresentadas, tanto pela defesa quanto pela acusação, orientado pelo “viés confirmatório”. Logo, busca apenas a confirmação do fator de convencimento com o qual ele teve contato. (JUNIOR, Aury Lopes, 2023, p. 84)

Tem-se o entendimento do referido autor:

Nessa mesma perspectiva insere-se o chamado “viés confirmatório” (confirmation bias), que pode ser definido como o erro de decidir antes (processo inconsciente – sistema – intuição) e depois buscar apenas os argumentos confirmatórios dessa hipótese inicialmente tomada como verdadeira, desconsiderando outras linhas de raciocínio/atuação. Esse pré-julgamento é intuitivo, conduzindo ao imenso “prejuízo que decorre dos pré-juízos”. Na expressão de Dan Simon, isso conduz a uma falha cognitiva que deriva da visão tunelada – tunnel vision –, pois o agente não vê mais do que uma única direção (JUNIOR, Aury Lopes, 2023, p. 88)

Percebe-se que esta questão não está de forma alguma atrelada à vontade do julgador. É uma decisão tomada de forma inconsciente, à qual a boa intenção do julgador de ser um agente neutro no processo não consegue resistir. (JUNIOR, Aury Lopes, 2023, p.88). Somente através da efetiva exclusão física dos autos do inquérito é possível que haja a devida imparcialidade.

Nesta decisão, o Supremo Tribunal Federal permitiu aquilo que o legislador procurou evitar quando da redação da Lei nº 13.964/19, a qual possuía uma redação compatível com os ditames processuais do sistema acusatório e da constituição federal de 1988. Assim, admitiu que o juiz da instrução, mesmo não produzindo um pré-juízo na fase de investigação, o fizesse em momento anterior à sentença, a partir do contato com os elementos produzidos unilateralmente, sem passarem pelo filtro do contraditório.

Na sentença, é impossível que o juiz elabore sua decisão sem levar em consideração os elementos com os quais teve contato no inquérito policial. E se existe a oportunidade de combate ao elemento de contaminação que oferece risco à legalidade do processo, ela deve ser aproveitada. Ainda mais pelo fato

de que esse elemento seria evitado com a simples observância da redação original do dispositivo.

O que se propõe não é um procedimento para garantir infalivelmente a imparcialidade do juiz. Não há nenhum meio que garanta a imparcialidade do julgador em qualquer caso, pois ainda que este não tenha contato com o inquérito policial, ele está munido de todas as suas experiências pessoais pelos quais passou em toda a sua vida; ou seja, ele é um ser humano. Mas o que se propõe é a mudança afirmativa do sistema para o acusatório que procure da forma mais eficiente possível a criação de um ambiente onde a imparcialidade seja praticável, e isso só pode ocorrer onde há o isolamento da cognição do julgador, impedindo que ele tenha contato com elementos produzidos de forma unilateral.

Ademais, não há de se falar em permitir o acesso do juiz do processo ao inquérito como forma de garantia para o acusado, uma vez que o controle da legalidade da investigação realizado pelo juiz das garantias já observa os direitos do acusado, motivo pelo qual o acesso do juiz sentenciante ao processo é mais uma vez dispensado.

Essa decisão tão somente retira a eficácia do instituto do juiz das garantias, uma vez que abre grande possibilidade de contaminação cognitiva do juiz da instrução, pelo contato direto com o inquérito policial.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que a declaração de inconstitucionalidade dos autos físicos do inquérito policial feita pelo STF, não encontra respaldo na doutrina, na jurisprudência, ou nas teorias sobre a psicologia cognitiva, mas principalmente, não encontra respaldo na constituição e nem no paradigma acusatório, pelo que razão assiste às reflexões que tem sido realizadas.

4.4. A exclusão física dos autos do inquérito no direito comparado

A legislação brasileira não foi a pioneira em instituir o juiz das garantias na atividade processual penal. Diversos países ao redor do mundo que

apresentam uma legislação processual penal voltada para os princípios democráticos (acusatório), possuem não só a figura do juiz das garantias em seu conjunto normativo como também o dispositivo que exclui os autos investigativos dos autos que compõem o processo.

O processo penal espanhol reserva algumas semelhanças com o processo penal praticado no Brasil. Neste, também existe uma fase prévia ao processo destinada à investigação do acusado, que é denominada “*sumario*” (equivalente ao inquérito policial brasileiro). O responsável pelo *sumario* é o “*juez instructor*” que supervisiona a ação das partes e autoriza as diligências. O Ministério Público e o juiz não participam do *sumario*, sendo que os únicos agentes presentes nessa fase além do *juez instructor* são o *Ministerio Fiscal* e a *policía judicial* (VIDAL, Casandra, 2019).

Esta separação acontece a fim de garantir a neutralidade do juiz que virá a proferir a sentença. Neste sentido, a *Ley orgánica 5/2010*, que altera a *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, trouxe a previsão de exclusão dos autos investigativos a fim de que eles não façam parte dos autos principais. (ESPANHA, Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882)

De forma semelhante, o funcionamento do processo penal italiano também conta com a figura do *giudice per le indagini preliminari*, magistrado que atua na fase investigativa do processo. O juiz que será o responsável pela instrução do processo somente toma conhecimento dos fatos após os autos serem remetidos para ele. No entanto, os autos investigativos preliminares (*indagini preliminari*) também não fazem parte dos autos enviados ao juiz da instrução, sendo excluídos dos autos principais todas as peças investigativas, exceto o exame de corpo de delito e as provas antecipadas (JUNIOR, Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da, 2018)

Por fim, destaca-se também a legislação Chilena, a qual também possui o instituto do *juez de garantía* (equivalente ao juiz das garantias) que preside a fase investigativa do processo a fim de zelar pelas garantias fundamentais do indivíduo.

Neste país, a forma da persecução penal se dá de forma ainda mais garantista, uma vez que o responsável pela sentença é um corpo formado por três juízes que nunca tiveram contato com o processo. Os magistrados não possuem nenhum acesso ao processo físico, e tomam conhecimento dos fatos apenas no decorrer da audiência. Isto faz com que a imparcialidade seja preservada acima de tudo, restando evidente o tamanho cuidado para que a sentença não seja especialmente motivada por nenhuma das versões dos fatos apresentada. (*Ley Chile 19696*, 2000) (RAVAZZANO, Fernanda, 2016).

Diante dos fatos apresentados acima, fica evidente o nexo entre a exclusão física dos autos do inquérito policial e a busca pela originalidade cognitiva do julgador, que é base para sua imparcialidade. Por isso que diversos países ao redor do mundo que adotam o sistema acusatório conferem importância à exclusão física dos autos do inquérito. Assim, conclui-se que a implantação do juiz das garantias, bem como a adoção de mecanismos garantidores da imparcialidade do juiz, tal como o § 3º do art. 3º-C do CPP, é medida essencial para a existência de um sistema processual penal verdadeiramente acusatório.

5. CONCLUSÃO

Inicialmente, restou comprovado que ideal democrático não pode ser concebido dentro de um sistema inquisitorial. O sistema processual penal democrático deve ser condizente com os preceitos constitucionais que o norteiam, os quais, se observados, resultam em garantias básicas ao Réu, que não deixa de ser um sujeito de direitos por estar submetido à persecução penal. A imparcialidade do juiz, a efetiva distribuição de funções entre os sujeitos processuais, a gestão de prova ao encargo das partes e a delimitação da área de atuação de cada sujeito processual são características que caminham em sentido contrário ao sistema inquisitório, ao passo que contribuem com o paradigma acusatório, presente na carta magna.

Constatou-se também ao longo desta exposição, que o juiz das garantias é uma medida integralmente constitucional e compatível com o paradigma acusatório. Por tratar-se de um magistrado que atua na fase investigativa na persecução penal visando zelar pela legalidade dos atos praticados nesta fase e garantir os direitos e prerrogativas individuais do acusado, pode-se afirmar que é instrumento de concretização do sistema acusatório, e medida imprescindível na jurisdição processual penal brasileira.

Ademais, foi comprovado que o juiz das garantias auxilia na imparcialidade do juiz da instrução, que proferirá a sentença em momento futuro, uma vez que afasta sua presença na fase investigativa, motivo pelo qual o sentenciante não será contaminado pelos documentos produzidos inquisitorialmente pela acusação, sem passarem pelo filtro do contraditório.

Também foi destacada a existência de um dispositivo muito importante que compõe o microsistema do juiz das garantias advindo da alteração legislativa do Código de Processo Penal feita pela Lei nº 13.964/19. Trata-se da exclusão física dos autos do inquérito policial, que, de acordo com a referida lei, não faria parte dos autos a serem enviados para o juiz da instrução, devendo permanecer acautelados na secretaria do juízo das garantias.

Tal medida, como defendido, se faz de suma importância a fim de que o juiz do processo não tenha contato com os elementos informativos produzidos de forma unilateral pela acusação, e não tenha sua cognição inconscientemente

afetada pelas informações contidas no inquérito. Assim, ao analisar as provas do processo, produzidas pelas partes em contraditório, o juiz possuirá originalidade cognitiva suficiente para garantir um julgamento realmente neutro, e uma sentença o mais imparcial possível. Portanto, essa medida reforça o sistema acusatório, e encontra respaldo constitucional, por ser condizente com o direito do acusado a um julgamento imparcial, e não ferir nenhuma determinação da constituição, ou qualquer princípio do processo penal presente na legislação pátria.

No entanto, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305, avaliou todo o escopo normativo que se referia ao juiz das garantias e decidiu que o dispositivo supramencionado, que determinava o acautelamento dos autos de competência do juiz das garantias era inconstitucional, atribuindo interpretação conforme a constituição para determinar a remessa desses autos ao juiz do processo.

Em seguida, foi demonstrado como tal decisão retirava a eficácia do juiz das garantias, além de contribuir para o envenenamento da cognição do julgador, e suprimindo as chances de que o Réu seja julgado de forma neutra.

Por fim, ficou esclarecido que diversos outros países ao redor do mundo, os quais prezam pelos princípios acusatórios, possuem a separação entre o juiz que participa da investigação e o juiz que instrui o processo. Além disso, as aludidas legislações estrangeiras também contam com a exclusão física dos autos investigativos, adotando mecanismos próprios para que o juiz sentenciante não tenha contato com os elementos produzidos unilateralmente pela acusação. Tal medida é compreendida nos contextos de cada país como essencial para que o processo seja mais justo.

Por todo o exposto, o presente trabalho concluiu que o juiz das garantias e a exclusão física dos autos do inquérito são medidas de suma importância para a efetivação do sistema acusatório, e integralmente compatíveis com a instituição e imprescindíveis para a garantia de um processo justo e imparcial.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. *A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial Criminal*. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1651-1677, set.-dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm.

BRASIL, *Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>.

CAPORAL, H. C.; SILVA, G. A. C. da. *O juiz das garantias como elemento renovador do sistema acusatório brasileiro*. **Revista de Direito**, [S. l.], v. 13, n. 03, p. 01–26, 2021. DOI: 10.32361/2021130312815. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/12815>.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y penal*. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1971.

CHILE, *Ley Chile 19696*.

ESPANHA, *Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ministerio de gracia y justicia.

ESPANHA, *Ley orgânica 5/1995, de 22 de mayo*.

FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 22-23.

HC 162650, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/11/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG. 22/11/2019 PUBLIC. 25/11/2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC162.650SPdecisa771o.pdf>.

ITÁLIA, *Codice di Procedura Penale*, 22 de setembro de 1988. Disponível em: https://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública – princípio da obrigatoriedade*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JUNIOR, Aury Lopes. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 9ª Edição. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>.

JUNIOR, Aury Lopes; LINHARES, Ruiz Ritter, *A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Vol. 1, n° 732016, 12-25, 2016. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11252>.

JUNIOR, Aury Lopes; ROSA, Alexandre Moraes, da. *Contaminação (in)consciente do julgador e a exclusão física do inquérito*. **Revista Consultor Jurídico**. 26 de outubro de 2018.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

RAVAZZANO, Fernanda. *A experiência no Chile e a busca por um sistema acusatório no Brasil*. **Publicado pela revista Jusbrasil**. 2016

Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 6298/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>.

Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 6299/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>.

Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 6300/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>.

Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 6305/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>.

SCHÜNEMANN, Bernd *Estudos de Direito Penal e Processual Penal e filosofia do direito*. Org. Luís Greco. **Ed. Marcial Pons**, 2013

Supremo Tribunal Federal. Julgamento conjunto das ADI's n° 6298, 6299, 6300 e 6305. **Sessão em plenário**. Disponível nos links: <https://www.youtube.com/watch?v=8pnlYg1uqg0&t=9s>. /
<https://www.youtube.com/watch?v=mAXCnLaGg40>. /
<https://www.youtube.com/watch?v=nCnXSnOmuKI&t=5396s>. /

<https://www.youtube.com/watch?v=m5Ozk1zrERM>. /

<https://www.youtube.com/watch?v=DRQGys-9pxk&t=1894s>. /

https://www.youtube.com/watch?v=Zj_WydxPjsM. /

<https://www.youtube.com/watch?v=7q4FQhUX8S8>. /

<https://www.youtube.com/watch?v=uxTijB8qBtQ&t=3158s>. /

<https://www.youtube.com/watch?v=oPSBHJn0Lms&t=920s>.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/112>.

VIDAL, Casandra. *Como começa o processo penal na Espanha*. **Blog elaborado pela Scrivi Traduções**. 17 de março de 2019.