

O JUIZ DAS GARANTIAS COMO INSTRUMENTO DE CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO: A originalidade cognitiva em favor da presunção de inocência.

Marcus Vinícius Ferreira de Sousa Frota¹

Gabrielle Paloma Santos Bezerra Couto²

Marcelo José Coelho Almeida³

Tatiana Morais Cossate⁴

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a regra de prevenção, constante no art. 83 do Código de Processo Penal, sob o enfoque dos vieses cognitivos formados no contato do juiz do processo com os elementos constantes na fase pré-processual e sua consequência para a imparcialidade. Primeiro, analisa-se os sistemas processuais e suas principais características, identificando o sistema adotado pelo Brasil. Em seguida, aponta-se o problema resultante da prevenção como causa de fixação da competência do juiz no processo penal, e a formação de vieses cognitivos. Ao final, apresenta-se o projeto de lei que cria, no direito brasileiro, a figura do juiz das garantias, como forma de consolidar um modelo acusatório no processo penal. O trabalho justifica-se assim pela necessária atualização do Código de Processo Penal no que tange à regra de prevenção a fim de adequar o diploma processual à Constituição Federal. Para a realização do objetivo proposto, adota-se um método de abordagem dedutivo, a partir de estudo bibliográfico.

Palavras-chave: Imparcialidade. Juiz das garantias. Prevenção.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the prevention rule, constant in art. 83 of the Code of Criminal Procedure, under the focus of cognitive biases formed in the contact of the trial judge with the elements in the pre-procedural stage and its consequence for impartiality. First, it analyzes the procedural systems and their main characteristics, identifying the system adopted by Brazil. Next, the problem of prevention as a cause for establishing the judge's jurisdiction in criminal proceedings and the formation of cognitive biases is pointed out. At the end, it presents the bill that creates, in Brazilian law, the role of the judge of guarantees, as a way of consolidating an accusatory model in the criminal process. The work is justified by the necessary updating of the Code of Criminal Procedure with regard to the rule of prevention in order to adapt the procedural document to the Federal Constitution. To achieve the proposed objective, a method of deductive approach is adopted based on a bibliographic study.

Keywords: Impartiality. Judge of guarantees. Prevention

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a quebra de imparcialidade do juiz no processo penal causada pela contaminação psicológica resultante da regra de prevenção como causa de

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Balsas (Unibalsas).

² Professora do Curso de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas).

³ Professor do Curso de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas).

⁴ Professora do Curso de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas).

fixação de competência, prevista no art. 83 do Código de Processo Penal, apresentando a necessidade de atualização da legislação processual vigente.

Este é o ponto de partida do presente trabalho, que expõe, no primeiro tópico, os sistemas processuais penais existentes e seus princípios informadores, almejando identificar a imparcialidade como núcleo determinante para a classificação do sistema processual. Em seguida, busca-se identificar o sistema processual adotado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Processo Penal (CPP), destacando o tratamento dispensado por esses diplomas à imparcialidade.

Na segunda seção, aponta-se a prevenção enquanto regra de fixação da competência do juiz, conforme art. 83 do CPP, como grave empecilho para consolidação do sistema acusatório no processo penal brasileiro, tendo em vista a sua contribuição para a quebra da imparcialidade do juiz. A conclusão é extraída a partir da apresentação de estudos referentes à contaminação psicológica proveniente do contato do juiz com os elementos produzidos na fase pré-processual, com destaque para a heurística da representatividade e teoria da dissonância cognitiva.

E, por fim, é apresentada a proposta de reforma do CPP por meio do Projeto de Lei nº 8045/2010, que prevê a criação da figura do juiz das garantias, separando o juiz que atua na investigação daquele que julgará o mérito do caso penal, através da transformação da prevenção como causa de exclusão da competência, invertendo-se a lógica atual, almejando assim, consolidar o sistema acusatório na legislação processual brasileira em obediência aos princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A IMPARCIALIDADE.

Os sistemas processuais penais são classificados a partir da análise dos seus princípios estruturantes, assim, o processo penal pode ser classificado como acusatório ou inquisitório (CANOTILHO et. al., 2013). Nesse sentido, Ferrajoli (2002) ensina que os dois sistemas são antagônicos, e a escolha entre um dos dois é reflexo do regime político adotado em cada Estado – democrático ou despótico.

Aury Lopes Junior (2016b) relaciona os sistemas processuais penais adotados ao longo da história, com o predomínio da ideologia punitiva ou libertária de cada Estado, portanto, o processo penal é um verdadeiro “termômetro dos segmentos corporativos ou autoritários de sua constituição” (GOLDSCHMIDT apud CHOUKR, 2006, p. 110).

O sistema acusatório tem origem no direito grego, predominando até meados do século XII. O referido sistema desenvolvia-se com a “participação direta dos cidadãos no exercício da acusação e da jurisdição⁵, e pela oralidade e publicidade dos debates” (TOURINHO FILHO, 2006, p.79), pertencia ao ofendido ou a qualquer do povo a tarefa de acusar publicamente aquele que tivesse praticado uma infração penal (JARDIM, 2007).

Eugênio Pacelli (2017) explica que, o oferecimento da acusação era considerado o marco inicial do processo, com a “adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*⁶, “não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador” (LOPES JUNIOR, 2016a, s.p) formando-se, após o oferecimento da denúncia, uma relação processual triangular (*actus trium personarum*), havendo uma absoluta divisão entre as funções de acusar, defender e julgar, cada uma exercida por personagens distintos. O respeito ao contraditório garante a paridade de armas entre acusação e defesa, “autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal” (LIMA, 2017, s.p.).

No sistema acusatório, o juiz assume o papel de garantidor das regras processuais, a fim de salvaguardar os direitos e liberdades fundamentais, adota, portanto, uma posição passiva, buscando distanciar-se da gestão probatória, cabendo às partes essa atividade (LOPES JUNIOR, 2016a).

A utilização do sistema acusatório, nos moldes demonstrados, fragilizava a elucidação de crimes, pois o particular, responsável pela acusação, “quando não se desinteressava, encontrava-se desarmado do instrumental mínimo e necessário para desincumbir-se desse pesado fardo” (JARDIM, 2007, p. 42). Assim, a insatisfação com o sistema acusatório “foi a causa de que os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores privados, originando a reunião, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar” (LOPES JUNIOR 2016a, s.p.).

Nessa perspectiva, “como toda evolução humana (e mesmo da natureza em geral) se faz através da oposição dos contrários, dialeticamente surgiu, posteriormente, o sistema inquisitório” (JARDIM, 2007, p. 44), e assim, em um processo histórico de transição, entre os séculos XII e XIV, o sistema acusatório vai sendo gradativamente substituído pelo inquisitório.

⁵ É a tarefa que o Estado avocou para si de administrar a justiça, no intento de dirimir os litígios por meio da aplicação da lei aos casos concretos (TOURINHO FILHO, 2006).

⁶ Conforme Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2018, p. 78) o princípio também é conhecido como princípio da ação, demanda ou iniciativa das partes. E “significa que, sendo a jurisdição inerte, cabe às partes a provocação do Poder Judiciário”.

Nas lições de Tourinho Filho (2012), o processo inquisitório despontou em Roma, quando já se permitia que os juízes iniciassem os processos de ofício, invadindo a esfera de atribuições reservadas ao acusador privado.

A relação processual, antes triangular, com a presença de um juiz equidistante às partes, se transforma em uma relação processual linear e desigual, entre juiz-acusador e acusado, “o primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador” (LOPES JUNIOR, 2016a, s.p.).

No sistema inquisitório, a iniciativa e a gestão da prova estão concentradas nas mãos do juiz-inquisidor, que possui ampla liberdade, “quer em relação ao objeto do processo, quer em relação aos meios e métodos para a descoberta da verdade” (LIMA, 2017, p.39). O processo se torna “não um método civilizado de descoberta da verdade e aplicação justa da lei penal, mas sim em forma de concretização do arbítrio e da opressão” (JARDIM, 2007, p.42). O acusado deixa de ser sujeito de direitos e passa a ser objeto da persecução penal⁷, não há garantias contra a arbitrariedade estatal. Nesse sentido:

A toda evidencia, caiu por terra todo e qualquer resquício da imparcialidade do juiz, o qual partia de um convencimento formado *a priori* e que procurava demonstrar com a posterior prova, basicamente a confissão. Ao invés de convencer-se através da prova carreada para os autos, inversamente a prova servia para demonstrar o acerto da acusação antes formulada pelo juiz-inquisito (JARDIM, 2007, p.42).

Com efeito, as arbitrariedades resultantes da utilização do sistema inquisitório evidenciaram a necessidade de um processo penal “que fosse a síntese da forma acusatória individualista e do brutal procedimento inquisitório” (JARDIM, 2007, p.42), nesse ínterim, surge, em 1808, na França napoleônica, o *Code d’Instruction Criminele*⁸, que, em linhas gerais, introduz o sistema que ficou conhecido como misto, que “se afasta de um modelo puro, aproximando-se por vezes mais de um sistema inquisitivo e, por outras, de um sistema acusatório” (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p. 57), assim:

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando em regra a publicidade e a oralidade (LIMA, 2016, s.p.).

⁷ Praticado um fato definido como crime, surge para o Estado o direito de punir, portanto, a persecução penal é o caminho percorrido pelo Estado para aplicar a pena ao infrator. (LIMA, 2016)

⁸ Codificação processual penal francesa, concebida na França em 1808 durante o Império de Napoleão Bonaparte. (TOURINHO FILHO, 2012)

Segundo Ferrajoli (2002, p. 454), o Código napoleônico criou um “monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório”, isso porque, conforme entendimento de Aury Lopes Junior (2016b), não existe sistemas processuais puros, o que deve ocorrer é o predomínio de um princípio inquisitório ou acusatório no núcleo da estrutura processual, nessa via, classificar o processo como misto é um reducionismo, pois a estrutura do processo é resultante dos seus princípios basilares, logo, não se pode conceber que princípios antagônicos, como os que regem os dois sistemas, façam parte do núcleo fundante de uma mesma estrutura.

Diante das características apresentadas, infere-se que, o núcleo determinante de um sistema processual penal está nos mecanismos de garantia da imparcialidade do juiz, essencialmente, a divisão de funções e a gestão da prova. Nas palavras de Aury Lopes Junior:

A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial de funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória (LOPES JUNIOR, 2016b, s.p.).

A toda evidência a imparcialidade do juiz revela-se como a pedra de toque do sistema processual, assim, um processo penal que permita a existência de dúvidas quanto à imparcialidade do juiz, reveste-se de características inquisitórias e serve somente a regimes políticos despóticos, de modo oposto, quanto mais garantias de proteção da imparcialidade existirem, mais próximo se estará de um sistema acusatório, por conseguinte, de um Estado democrático de direito.

1.1 A Imparcialidade na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Para que se identifique o sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988 (CF), é necessário, consoante o exposto, que se verifique a existência ou não de mecanismos que garantam o exercício do *jus puniendi*⁹ de forma imparcial.

A CF prevê a separação das funções de acusar, defender e julgar, entregando-as a diferentes atores, quais sejam: o Ministério Público como órgão responsável pela acusação estatal, com autonomia e independência nas suas funções (art. 127 a 130-A); a Advocacia (art.

⁹ Praticado um fato definido como crime, nasce para o Estado o direito de punir (*jus puniendi*), que será exercido pelos meios fornecidos pelo processo penal (TÁVORA; ALENCAR, 2018)

133) e Defensoria Pública (art. 134) como responsáveis pela defesa; e o Poder Judiciário (art. 92 e seguintes) incumbido da função jurisdicional, e ainda, alçou ao patamar de direitos fundamentais uma série de princípios processuais que almejam garantir a imparcialidade do juiz. Nesse sentido, destacam-se: o princípio do juiz natural¹⁰ (art. 5º, XXXVII e LIII); contraditório e a ampla defesa¹¹ (art. 5º, LV); presunção de inocência¹² (art. 5º, LVII); motivação e publicidade das decisões judiciais¹³ (art. 93, IX); e, principalmente, o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV). Sobre a imparcialidade, aduz Badaró:

A imparcialidade do julgador é elemento integrante do devido processo legal. Não é devido, justo ou equo, um processo que se desenvolva perante um julgador parcial. [...] A imparcialidade é *conditio sine qua non* de qualquer juiz. Juiz parcial é a contradição em termos (BADARÓ, 2011, s.p.).

Diversas prerrogativas e vedações foram impostas aos magistrados pelo texto constitucional como forma de garantir a independência funcional e evitar a prática de atividades que prejudiquem a imparcialidade.

O art. 95¹⁴ da CF prevê, como prerrogativa dos magistrados: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. E como vedações¹⁵: o exercício de outro cargo ou função, salvo magistério; dedicar-se a atividade político-partidária; receber custas relativas a processos; auxílios de qualquer espécie, salvo os permitidos em lei; exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento (BADARÓ, 2011).

¹⁰ CF, art. 5º, inc. XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; inciso LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Tal princípio impede a criação casuística de tribunais pós-fato, para apreciar determinado caso (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p. 85).

¹¹ CF, art. 5º, inc. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹² CF, art. 5º, inc. LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹³ CF, art. 93, inc. IX - IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹⁴ CF, art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

¹⁵ CF, art. 95. [...] Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária. IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Destarte, nas lições de Renato Brasileiro (2016), uma vez que a CF prevê a separação das funções de acusar, defender e julgar e ainda, assenta diversos princípios voltados à garantia de um devido processo legal, com a finalidade de consolidar o Estado Democrático de Direito, fica evidente sua filiação ao sistema acusatório.

O posicionamento do direito internacional é de grande relevância para o tema, Badaró (2011) aponta Tratados Internacionais, dos quais o Brasil é signatário, que, diferente da CF, contem previsão expressa do princípio da imparcialidade.

Destaca-se: em primeiro, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁶, em seu art. 14, 1: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial.” (BRASIL, 2018d, s.p.); Em segundo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)¹⁷, em seu art. 8, 1: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial” (BRASIL, 2018e, s.p.).

Segundo Gilmar Mendes (2017), o entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁸ é no sentido de que os referidos diplomas internacionais possuem status de norma supralegal, portanto, conforme adverte Eugênio Pacelli (2017, p.21), a adesão a estes documentos internacionais, “implicará a adoção de regras processuais penais eventualmente ali previstas”, desse modo, a atividade legislativa e interpretativa deve ser realizada sempre sob o prisma do Direito Processual Penal Constitucional em conjunto com os Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, a fim de que se busque a efetivação de um processo penal acusatório, que reflita os anseios democráticos previstos na CF. Para isso, é imprescindível o constante aprimoramento dos mecanismos infraconstitucionais de preservação da imparcialidade.

1.2 O Código de Processo Penal e a Imparcialidade.

¹⁶ Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil mediante o Decreto Nº 592 de 06 de julho de 1992.

¹⁷ Assinada em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil mediante o Decreto Nº 678 de 06 de novembro de 1992.

¹⁸ No Habeas Corpus 88.240-4 SP, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, assentou-se: “[...] a esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. Concluiu, assim, que o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante [...]” (MENDES; BRANCO, 2017, s.p.).

Em 1942, quando o CPP entrou em vigência, o Brasil vivia sob a regência da outorgada¹⁹ Constituição de 1937, que possuía como marca principal o autoritarismo, como exemplo, ela dissolveu o Poder Legislativo (art. 178), por isso o Decreto-Lei 3.689/1941 que instituiu o CPP, não foi fruto de deliberação legislativa, mas, resultado da vontade única do Presidente da República (SOUZA NETO; NETO, 2012).

Tanto a CF de 1937 quanto o CPP de 1941 foram redigidos pelo jurista Francisco Campos – “um intelectual de forte inclinação autoritária, que chegava às raias do fascismo” (SOUZA NETO; NETO, 2012, s.p.). Segundo Eugênio Pacelli (2017), o jurista se inspirou na codificação processual italiana, produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, para criar um CPP calcado no princípio inquisitório, onde reinava a presunção de culpabilidade, conforme se verifica na sua própria exposição de motivos: “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela estatal” (BRASIL, 2017, p.605).

No ensinamento de Renato Brasileiro (2016), o entendimento majoritário é o de que o CPP adota o sistema misto. Tal conclusão resulta do fato de que o código divide a persecução penal em dois momentos: no primeiro, a investigação, a cargo da polícia judiciária²⁰, representada, em geral, pelo inquérito policial, que segue uma estrutura essencialmente inquisitória, sigilosa e sem observância da ampla defesa e contraditório; O segundo momento se inicia com o recebimento da denúncia ou da queixa²¹, a partir daí se instaura a ação penal, uma relação processual triangular (*actus trium personarum*), regida pelos princípios do sistema acusatório.

No tocante a garantia de imparcialidade do juiz, o CPP elege circunstâncias de fato e de direito ou condições pessoais do juiz que, presumidamente, afetam a imparcialidade do julgador, e são configuradas como impedimento, suspeição ou incompatibilidade (LIMA, 2016).

As causas de impedimento estão previstas, em rol taxativo, nos arts. 252 e 253 do CCP, relacionam-se, direta ou indiretamente, a fatos internos ao processo, e afetam objetivamente o juiz, independente de seu ânimo subjetivo, havendo, portanto, presunção absoluta de parcialidade nesses casos (LIMA, 2016).

¹⁹ “Ato unilateral da vontade política soberana do governante”. (NOVELINO, 2017, p.100).

²⁰ De atuação repressiva, que age, em regra, após a ocorrência de infrações, visando angariar elementos para a apuração da autoria e constatação da materialidade delitiva. Destaca-se o papel das Polícias Civil e Federal. (TÁVORA, ALENCAR, 2018).

²¹ Conforme Nestor Távora Rosmar Rodrigues Alencar (2018), denúncia é o nome dado pelo CPP para a peça acusatória oferecida pelo Ministério Público, já a queixa, é a peça oferecida pelo particular nos crimes de ação penal privada.

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive (BRASIL, 2018c).

O art. 254 do CCP estabelece, em rol exemplificativo, as causas de suspeição do juiz. Renato Brasileiro (2016, s.p.) explica que “as causas de suspeição são circunstâncias subjetivas relacionadas a fatos externos ao processo capazes de prejudicar a imparcialidade do juiz”, nesse sentido, juiz suspeito é aquele que se “interessa por qualquer das partes”.

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 (BRASIL, 2018c).

A incompatibilidade, prevista no art. 112 do CPP, pode ser entendida como uma suspeição por razão de foro íntimo, ou seja, possui caráter residual, “abrange tudo aquilo que não se refira diretamente às causas de suspeição ou impedimento” (LIMA, 2016, s.p.).

Sem olvidar das várias reformas sofridas pelo CPP desde o início da sua vigência, e dos avanços alcançados em busca de um processo penal que corresponda às exigências constitucionais de um sistema acusatório, a codificação adjetiva ainda preserva em sua estrutura o ranço do sistema inquisitório e deve, portanto, ser relida à luz da CF de 1988 e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

2 A PREVENÇÃO COMO CAUSA DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA: OS PREJUÍZOS DECORRENTES DOS PRÉ-JUÍZOS.

O principal meio de investigação no processo penal brasileiro é o inquérito policial²², regido pelos arts. 4º ao 23 do CPP, é realizado pela polícia judiciária sob a presidência do delegado de polícia (art. 2º, §1º, da Lei nº 12.830/13) (OLIVEIRA, 2017), tem natureza administrativa, pré-processual, e possui o objetivo de angariar elementos de informação que demonstrem a autoria e a materialidade do delito, que subsidiarão o oferecimento da denúncia pelo titular da ação penal, o Ministério Público²³ (LIMA, 2016). Importante frisar, que elemento de informação não se confunde com prova, nessa acepção, a prova:

[...] é constituída formalmente quando sua formação perpassa por todas as etapas, em especial, o crivo do contraditório perante juízo competente. Com efeito, a prova se completa quando há postulação pelas partes, admissão pelo juiz, produção com participação das partes e valoração por decisão fundamentada (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p.127).

Ressalte-se que, no procedimento administrativo do inquérito policial, não há contraditório ou ampla defesa, o delegado de polícia atua com discricionariedade e busca os elementos de informação da forma que melhor lhe aprouver, portanto, esse procedimento administrativo é regido pelos princípios inquisitórios. (TÁVORA; ALENCAR, 2018).

Em respeito ao sistema acusatório constitucional, a atuação do juiz na fase investigativa deveria ser contingente, pois o inquérito pode ser iniciado, desenvolvido e concluído sem sua intervenção. Assim, a função precípua do juiz nessa fase seria a de garantidor dos direitos fundamentais do sujeito passivo, devendo restringir-se à tutela da legalidade dos atos investigativos, portanto, o juiz atuaria na investigação sempre que fossem exigidas medidas investigativas que relativizam direitos fundamentais do investigado (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014).

No entanto, ao arrepio dos ditames constitucionais e seguindo a lógica de um processo penal inquisitório, o CPP confere ao juiz um ativismo excessivo na fase pré-processual ao possibilitar sua atuação de ofício, sem provocação das partes, por exemplo, o juiz pode: requisitar, nos crimes de ação penal pública, a instauração de inquérito (art. 5º, II,

²² Renato Brasileiro (2016) aponta outros instrumentos de investigação no direito brasileiro: Comissão parlamentar de inquérito (art. 58, §3º, CF); Conselho de controle de atividades financeiras (COAF), criado pela Lei nº 9.613/98 para atuar no âmbito administrativo do Ministério da Fazenda, no combate a crimes de lavagem de capitais; Inquérito Militar (art. 4º, do Código de Processo Penal Militar), utilizado para investigação de crimes militares; Investigação a cargo do Ministério Público (súmula 234 do STJ); Termo circunstanciado de ocorrência, para casos de crimes de menor potencial ofensivo. (art. 69, da Lei nº 9.099/95).

²³ Dependendo da infração penal, a ação penal pode ser: Pública incondicionada, pública condicionada à representação ou privada. Nas duas primeiras a titularidade pertence ao Ministério Público, na última cabe ao particular o intento do feito, conforme os arts. 129 da CF; art. 24 e 30 do CPP.

CPP)²⁴; discordar do requerimento do Ministério Público de arquivamento do inquérito policial (art. 28, CPP)²⁵; determinar o sequestro de bens (art. 127, CPP)²⁶; decretar a busca e apreensão (art. 242, CPP)²⁷; converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou decretar medidas cautelares (art. 310, II, CPP)²⁸ (LOPES JUNIOR, 2016b). No mesmo sentido, merece destaque ainda, o art. 156, inc. I, do CPP, que confere ao juiz iniciativa probatória mesmo na fase de investigação, podendo ordenar a produção antecipada de provas que considerar urgentes e relevantes. Conforme Renato Brasileiro:

O que não se deve lhe permitir, nessa fase preliminar, é a atuação de ofício. E isso porque, pelo simples fato de ser humano, não há como negar que, após realizar diligências de ofício na fase investigatória, fique o magistrado envolvido psicologicamente com a causa, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela, com grave prejuízo a sua imparcialidade. A partir do momento em que uma mesma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, além do poder de julgar o acusado, estará comprometido *a priori* com a culpabilidade do acusado (LIMA, 2016, s.p.)

Ao agir de ofício o juiz ingressa no campo pertencente à acusação, distancia-se do alheamento à causa, rompendo com a equidistância estabelecida pelo *actus trium personarum*, no qual deve se apresentar como terceiro desinteressado, ferindo de morte, portanto, a imparcialidade na qual se funda o sistema acusatório (LOPES JUNIOR, 2016b).

O art. 83 do CPP²⁹ estabelece que o juiz que atua na fase de investigação torna-se preventivo para a respectiva ação penal, ou seja, basta que, em relação à infração, o juiz pratique qualquer ato relativo ao processo, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou

²⁴ CPP, art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: [...] II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

²⁵ CPP, art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

²⁶ CPP, art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

²⁷ CPP, art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

²⁸ CPP, art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [...] II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

²⁹ CPP, art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3o, 71, 72, § 2o, e 78, II, c).

da queixa-crime³⁰, para que se torne preventa a sua competência (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014).

A prevenção como causa de fixação da competência gera um grave inconveniente para a consolidação do sistema acusatório no processo penal brasileiro, posto que, conforme ensina Aury Lopes Junior (2016b), ao atuar na fase de investigação, o juiz tem contato com os elementos de informação constantes no inquérito, produzidos em procedimento administrativo inquisitório, à mingua do contraditório e da ampla defesa. A principal consequência da prevenção com causa de fixação da competência é que ao ter contato com os autos do inquérito policial para qualquer ato, o juiz:

[...] possa ser indesejavelmente influenciado por tudo aquilo que foi produzido previamente à ação penal, deixando aflorar essa influência não somente no juízo de admissibilidade da inicial, mas, sobretudo, procurando incorporar ao seu convencimento quanto ao mérito elementos de informação que não teriam essa finalidade (CHOUKR, 2006, p. 93).

O juiz é um indivíduo pertencente ao mundo real e está passível de interferências psicológicas das mais diversas conotações (políticas, religiosas, ideológicas, etc.), que o leva a formar, assim como qualquer ser humano, convicções sobre os mais variados temas.

Nessa perspectiva, conforme Aury Lopes Junior e Alexandre Moraes da Rosa (2016), ingênua é a crença na capacidade do magistrado de manter uma neutralidade psicológica no decorrer da ação penal, após o contato com as informações contidas no inquérito policial, que apresentam uma visão eminentemente inquisitória, decorrente da própria natureza desse processo administrativo.

2.1 A Prevenção como causa de Exclusão da Competência: A Contribuição dos Vieses Cognitivos e da Teoria da Dissonância Cognitiva.

A influência negativa que a prevenção provoca na imparcialidade do juiz pode ser explicada por estudos referentes ao processo cognitivo que o ser humano realiza para tomar decisões. Para o tema em apresso, dois estudos complementam-se. O primeiro, diz respeito à formação de vieses cognitivos, o segundo trata da aplicação da teoria da dissonância cognitiva no processo penal.

³⁰ A peça acusatória em crimes de ação penal pública (incondicionada ou condicionada) é a denúncia, já nos crimes de ação penal privada a peça utilizada é a queixa-crime (LIMA, 2016).

Os recursos que o cérebro possui para processar informações e tomar decisões são limitados, visto que, inúmeros e complexos são os estímulos e as informações disponíveis para a percepção humana, por esse motivo, a mente realiza processos eficientes de simplificação das tomadas de decisões, nas palavras de Costa:

Para executarem bem os seus afazeres diários, os seres humanos devem alocar seus escassos recursos cognitivos de forma eficiente, razão por que eles devem ignorar a informação que não é importante e prestar muita atenção na informação que é. (COSTA, 2018, p.54 e 55)

Esse procedimento de simplificação mental é chamado de heurística, que “são juízos intuitivos, não fundamentados, baseados em conhecimento parcial, experiência ou suposições, que às vezes são corretos e às vezes são errados, sem haver segurança lógica absoluta” (COSTA, 2018, p.53). Assim, a mente cria “atalhos cognitivos”, que serão utilizadas para a realização de julgamentos simplificados, sem que haja necessidade de se levar em consideração todas as informações disponíveis à percepção e “contando apenas com um conjunto limitado de pistas.” (COSTA, 2018, p.53).

A utilização da heurística facilita a tomada de decisões corriqueiras, simples, que não necessitam de maiores reflexões, contudo, diante de situações de conflito, que envolvam questões de difícil resolução, a utilização de uma simplificação mental pode resultar em erros previsíveis e sistemáticos de julgamento, são os chamados vieses cognitivos, “regras cognitivas que todo ser humano aplica inconscientemente ao processar uma informação que recebe do exterior e que permite reduzir as tarefas complexas de atribuir probabilidade e prever valores a operações de juízo mais simples” (COSTA, 2018, p. 57).

Daniel Kahneman (2012)³¹, explica que muitas decisões são baseadas em crenças sobre a probabilidade de eventos incertos (chances), e que as pessoas se apoiam em princípios heurísticos a fim de reduzirem a complexidade que envolve a avaliação dessa probabilidade, e um dos princípios heurísticos utilizados nesse processo é o da heurística da representatividade, na qual, diante de perguntas do tipo: “qual a probabilidade de que o evento A se origine do processo B?”, as pessoas tendem a fazer uma busca de semelhanças (representatividade) entre A e B, assim, quando precisam realizar previsões, muitas vezes as utilizam as informações iniciais que são apresentadas para selecionar o resultado mais representativo dessas informações, portanto, efetuam uma associação de semelhanças por

³¹ Psicólogo israelense, vencedor do Nobel de Economia em 2002 por estudos relativos à heurística e aos vieses cognitivos, publicados em artigo intitulado julgamento sob incerteza: heurísticas e vieses, feito em parceria com Amos Tversky (COSTA, 2018) (KAHNEMAN, 2012).

meio de uma probabilidade subjetiva, nesse viés, quanto maior o grau de semelhança entre as informações apresentadas e a previsão selecionada, maior será a confiança naquela previsão, com “pouco ou nenhum interesse pelos fatores que limitam a precisão preditiva”, é o que Kahneman (2012, s.p.) denominou de “ilusão da validade”, que seria uma confiança injustificável na representatividade, mesmo quando quem julga tem “consciência dos fatores que limitam a precisão de suas previsões”. Nesse sentido, fatores racionais são ignorados em detrimento da representatividade (KAHNEMAN, 2012).

A heurística da representatividade é ilustrada por Kahneman (2012, s.p.) pelo seguinte exemplo: “Steve é muito tímido e retraído, invariavelmente prestativo, mas com pouco interesse nas pessoas ou no mundo real. De índole dócil e organizada, tem necessidade de ordem e estrutura, e uma paixão pelo detalhe”, diante dessa informação inicial, qual seria a ocupação particular de Steve considerando uma lista de possibilidades, tais como, médico, fazendeiro, bibliotecário, advogado, piloto de avião? A heurística da representatividade levaria à resposta que melhor associasse as informações apresentadas com o estereótipo das profissões, assim, nas pesquisas realizadas por Kahneman, a escolha preponderante seria a de que Steve era bibliotecário.

Trazendo a heurística da representatividade para o processo penal e considerando que o inquérito policial apresenta somente a visão inquisitória dos órgãos de investigação, o juiz que atua no inquérito policial acaba assimilando informações relativas à autoria e materialidade da infração penal, logo, ao final da fase de investigação o juiz possui inúmeras informações armazenadas que, conforme a heurística da representatividade, formarão um viés cognitivo no sentido de encontrar uma solução que melhor represente o estereótipo construído com as informações obtidas no inquérito, o que, em regra, será pela convicção da culpa do acusado (MORAIS DE ROSA; WOJCIECHOWSKI, 2018).

Ao estudar a influência psicológica ocasionada pela participação do juiz no inquérito policial e posteriormente na ação penal, Bernd Schünemann (2012), utiliza a teoria da dissonância cognitiva para justificar a tendência de, sistematicamente, o juiz supervalorizar elementos no processo que confirmem a sua concepção formada na fase de investigação, subvalorizando informações divergentes. Em breves linhas, o autor explica que:

[...] 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. (SCHÜNEMANN, 2012, s.p.)

Duas reações cognitivas surgem para que a mente consiga reduzir o estresse gerado pelo antagonismo de ideias, que são: o efeito perseverança ou efeito inércia e o princípio da busca seletiva de informações. O efeito perseverança é um “mecanismo de autoconfirmação de hipótese” (LOPES JUNIOR, 2016b, s.p.), que busca supervalorizar informações que sejam consonantes com a hipótese preconcebida. A busca seletiva de informação significa uma procura seletiva por elementos que ratifiquem a opinião preconcebida, desse modo, o indivíduo tende a refutar informações que sejam dissonantes à sua preconcepção (SCHÜNEMANN, 2012).

No campo do processo penal, Schünemann (2012) concluiu, por meio de experimentos empíricos realizados com juízes, que o contato com os autos do inquérito policial gera uma “imagem mental dos fatos” (LOPES JUNIOR, 2016, s.p.) e, conseqüentemente, um pré-julgamento, por esta via:

Em virtude de o magistrado formar determinada concepção do crime pela leitura dos autos do inquérito, é de se supor que o juiz, em princípio, não divirja de seu conteúdo. Por esse motivo, é natural que o magistrado busque confirmar o inquérito na audiência de instrução e julgamento de acordo com as informações tendencialmente supervalorizadas e em desacordo com as tendencialmente subvalorizadas. (SCHÜNEMANN, 2012, s.p.).

Assim, contaminado pela preconcepção formada exclusivamente pela visão inquisitória do inquérito policial, o juiz buscará, no decorrer da instrução processual, elementos que minimizem a dissonância cognitiva formada pelo antagonismo entre as teses da acusação e da defesa, conduzido pelo efeito inércia e pela busca seletiva de informações. Logo, há um grave prejuízo para a defesa, pois o juiz tende a não assimilar os argumentos defensivos com o mesmo interesse com que retém as informações consonantes à sua preconcepção voltada à acusação (LOPES JUNIOR, 2016b, s.p.). Nas palavras de Schünemann:

[...] quando o juiz tem conhecimento dos autos do inquérito, profere a decisão de recebimento da denúncia e exerce atividade inquisitória na audiência de instrução e julgamento. Em razão de o magistrado exercer esta atividade inquisitória, ele termina por faticamente obter a posição de parte, principalmente, quando está consideravelmente fixado no itinerário do inquérito e encontra um réu que negue os termos da denúncia e a veracidade dos fatos relatados no inquérito (SCHÜNEMANN, 2012, s.p.).

Pelo exposto, é indubitável a razoabilidade da existência de dúvida quanto à capacidade do juiz de atuar na ação penal (fase acusatória) sem contaminações oriundas da fase de investigação (inquisitória), isso porque, no processo penal, conforme Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2018), a dúvida deve sempre militar em favor do réu (*in dubio pro reo*), em obediência ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF).

Para que haja confiança na imparcialidade, o juiz deve iniciar o processo livre de pré-juízo formado a partir do contato com os elementos do inquérito, aquilo que Aury Lopes Junior e Alexandre de Moraes da Rosa (2018) chamam de originalidade cognitiva, ou seja, a ausência de pré-juízos capazes de gerar prejuízos à imparcialidade, nesse sentido:

É imprescindível refletir e perceber que, imersos em uma cultura jurídica criminal punitivista, as heurísticas e os vieses de julgamento aparentam estar vinculados a desfechos condenatórios, pervertendo-se o princípio da presunção da inocência, uma vez que o status de inocente sustentado pelo réu, no processo penal, demandaria que juízes estivessem “enviesados” à absolvição e, apenas após a análise minuciosa do processo “tendo tudo em conta” (TTC) e a identificação de provas cabais, convencessem-se do contrário (MORAIS DE ROSA; WOJCIECHOWSKI, 2018, s.p.):

Para que o juiz se aproxime da originalidade cognitiva sobre o caso penal, e não seja um “terceiro inconscientemente manipulado” (SCHÜNEMANN, 2012, s.p.) pelos autos do inquérito policial, considerando os “índices científicos de que o juiz também está sujeito a vieses cognitivos” (COSTA, 2018, p.212), é necessário que haja uma separação entre o juiz que atua na fase pré-processual (inquisitória) daquele que atuará na fase processual (acusatória). Para isso, é imprescindível uma reforma dos mecanismos de proteção da imparcialidade previsto no CPP, a fim de tornar a prevenção uma causa de exclusão da competência.

3 JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DO NOVO CPP: A PREVENÇÃO COMO CAUSA DE IMPEDIMENTO DO JUIZ.

Considerando a necessidade de alinhar o sistema processual penal brasileiro aos princípios previstos na Constituição Federal de 1988, tendo em vista a evolução social e política do Brasil desde 1941, o legislador pátrio iniciou a criação de um novo Código de Processo Penal. Conforme explica a exposição de motivos do projeto do novo CPP:

A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao

cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo. (BRASIL, 2018b, s.p.):

O projeto do novo CPP iniciou sua tramitação no Senado Federal³² (PL nº 156/2009), e, atualmente, tramita na Câmara dos Deputados sob a legenda PL 8.045/2010, tendo como maior expoente, a criação do juiz das garantias, que, conforme previsto no art. 14, será “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” (BRASIL, 2018a, s.p.). Na exposição de motivos do PL nº 156/2009, a comissão de juristas responsável pela elaboração do projeto, explica o juiz das garantias:

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 à duas estratégias bem definidas, a saber: a) 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, 2018b).

O art. 14 do projeto de lei elenca uma série de medidas na investigação que devem passar pelo controle de legalidade exercido pelo juiz das garantias, nesse aspecto, não há grandes novidades em relação ao atual CPP, que também exige o controle jurisdicional em diversas medidas investigativas, por outro lado, o que realmente merece destaque é a regra do art. 16 do projeto: “O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo [...]” (BRASIL, 2018a).

Nesse contexto, Luiz Flávio Gomes (2018, s.p.) explica que, a “preocupação central dessa proposta, digna de encômios, reside no respeito ao princípio acusatório assim como na preservação da imparcialidade do juiz do processo. Juiz que investiga ou que monitora a investigação não pode julgar”. Logo, o juiz que atuar na fase de investigação como juiz das garantias, será impedido de atuar no processo (GOMES, 2018).

O projeto do novo CPP inverte a atual lógica da prevenção como causa de fixação da competência do juiz que atua na investigação (art. 83, CPP), tornando o juiz das garantias,

³² O texto base do PL nº 156/2009 foi produzido por uma comissão de juristas formada por: Antonio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Junior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral (BRASIL, 2018b)

ou seja, aquele que atuou na investigação, realizando qualquer dos atos do previsto no art. 14 do projeto, impedido para atuar no processo (GOMES, 2018).

Pelo exposto, a criação do juiz das garantias, com a conseqüente separação do juiz que julgará o mérito do caso penal, daquele que atua na investigação, minimizará as contaminações psicológicas sofridas pelo magistrado, resultantes dos vieses cognitivos formados na fase de investigação e que são passíveis de por em dúvida a imparcialidade do juiz. Assim, o essencial não é analisar no caso concreto se um juiz conseguiu manter sua imparcialidade, mas “*defendê-lo* da mera *suspeita* de não a haver conservado, não dar azo a qualquer *dúvida* reforçando, por esta via, a *confiança* da comunidade nas decisões dos seus magistrados” (DIAS apud COSTA, 2018, p.113).

No tocante à preservação da originalidade cognitiva, uma crítica deve ser levantada ao PL 8045/2010, pois, conforme a dicção do §3º do art. 5º³³, os autos do inquérito serão apensados aos autos do processo, nesse sentido, o juiz do processo terá contato com os elementos produzidos na investigação. Isso acontecendo cai por terra o avanço conquistado com a prevenção como causa de exclusão da competência que decorre do impedimento do juiz das garantias de atuar no processo. Nesse raciocínio, é clarividente a necessidade de exclusão dos autos do inquérito, para que o juiz do processo não tenha acesso aos elementos produzidos na fase inquisitória, preservando assim, sua originalidade cognitiva. (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014).

Corroborando com o exposto, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) estabeleceu a teoria da aparência de justiça, conforme se extrai da jurisprudência da corte no caso Hauschildt vs. Dinamarca – 24 de maio de 1989:

[...] mesmo aparências podem ter certa importância. O que está em risco é a confiança que as Cortes, em uma sociedade democrática, devem inspirar ao público, e, acima de tudo, tratando-se de procedimentos criminais, ao acusado. Assim, qualquer juiz, sob o qual repouse um receio legítimo quanto à perda da imparcialidade, deverá se retirar [...] (ANDRADE, 2018, s.p.).

Portanto, segundo o TEDH, a dúvida quanto à imparcialidade do juiz destrói a confiança que uma sociedade democrática deposita na capacidade do Estado de administrar a justiça (BADARÓ, 2011), assim, “eventual ausência de absoluta certeza científico-psicológica não deve servir de pretexto a práticas suspeitamente enviesantes. A incerteza

³³ Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as informações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal. [...] §3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo. (BRASIL, 2018a, s.p.)

científica deve sempre militar em favor da imparcialidade” (COSTA, 2018, p.115), destarte, a criação do juiz das garantias representa um grande passo em direção à consolidação do sistema acusatório no processo penal brasileiro, afirmando a presunção de inocência, fortalecendo, portanto, o Estado Democrático de Direito fundado pela Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

Nos termos do art. 83 do CPP verifica-se que a prevenção é causa de fixação de competência, nesse sentido, quando um juiz praticar alguma medida na fase de investigação, torna-se prevento para julgar o mérito do respectivo caso penal.

Não obstante a vigência do aludido artigo, os efeitos dele decorrentes caminham na contramão do princípio que forma o núcleo estruturante do sistema processual penal acusatório, qual seja, a imparcialidade. Princípio este, elevado pela Constituição Federal 1988, à condição de direito fundamental, sem embargo da ausência de previsão expressa, pode ser extraído da exegese de diversos outros princípios, em especial, o princípio do juiz natural, do devido processo legal e na presunção de inocência.

Tal constatação é decorrente da análise da influência psicológica sofrida pelo juiz, resultante do contato com os elementos produzidos na fase pré-processual, o que é explicado por meio da análise dos estudos referentes à heurística, a formação de vieses cognitivos e da teoria da dissonância cognitiva.

A heurística da representatividade e a teoria da dissonância cognitiva, aplicadas no processo penal, demonstram que o juiz, em contato com as informações obtidas em vias de inquérito policial, processo administrativo essencialmente inquisitório, tende a formar convicções preconcebidas sobre a culpabilidade do investigado, isto posto, e considerando que o objetivo do inquérito é angariar elementos de informação necessários para a atuação do Ministério Público, o juiz tende a construir mentalmente vieses cognitivos alinhados ao pensamento do órgão acusador, o que, em regra, significa um juízo prévio pela culpabilidade do acusado.

Como consequência, subtrai-se do juiz a possibilidade de originalidade cognitiva quanto ao caso penal, invertendo-se a própria lógica de existência do processo penal, que deve servir como instrumento de limitação do arbítrio estatal, por meio da aplicação do princípio da presunção de inocência, que exige um posicionamento imparcial do juiz desde o início do

processo, devendo formar sua convicção a partir da dialética do contraditório, e respeitada a ampla defesa.

É nesse enfoque, que se evidencia a necessidade de separação entre o juiz que atua na fase pré-processual (inquisitória), daquele que atuará na fase processual (acusatória), para que se preserve ao máximo a originalidade cognitiva do magistrado que julgará o mérito do caso penal, minimizando, portanto, a possibilidade de formação de pré-julgamentos, fortalecendo assim, sua imparcialidade e, conseqüentemente, a confiança da sociedade democrática nas decisões proferidas.

Ademais, cabe destacar, que o regime democrático previsto na Constituição Federal, exige um processo penal nos moldes do sistema acusatório, posto que, a visão garantista trazida pelo texto constitucional não coaduna com a arbitrariedade punitivista inquisitória. Nesse sentido, a materialização dos princípios basilares da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, reclama uma constante busca pelo aperfeiçoamento dos mecanismos processuais penais, com ênfase na imparcialidade do juiz.

Por isso, defende-se, com necessárias adequações, a criação do instituto do juiz das garantias, assentado no Projeto de Lei nº 8045/2010 da Câmara dos Deputados, que prevê a inversão da atual regra de fixação da competência pela prevenção, pois torna impedido de atuar na fase processual o juiz que exercer medidas jurisdicionais durante a fase pré-processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **O juiz das garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/O-Juiz-de-Garantias-na-Interpretacao-do-TEDH.pdf>. Acesso em: 21 de julho de 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há o juiz de garantias**. 2011. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>. Acesso em: 21 de julho de 2018.

BRASIL, Código de processo penal (1941). **Vade Mecun RT**. 14. ed. rev., ampl. e atual. até 30.12.2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 8045/10. Novo Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 20 de maio de 2018a.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Reforma do Código de Processo Penal.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575242&disposition=inline>. Acesso em: 26 de agosto de 2018b.

_____. Decreto-Lei Nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 20 de maio de 2018c.

_____. Decreto Nº 592 de 06 de julho de 1992. **Atos internacionais. Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. Promulgação.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 27 de agosto de 2018d.

_____. Decreto Nº 678 de 06 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 18 de agosto de 2018e.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de maio de 2018d.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentário à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581182>. Acesso em: 04 de agosto de 2018. Não paginado.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia.** Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 de agosto de 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal.** 3. ed. ampl., e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução Cássio de Arante Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. Formato Digital. Não paginado.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. Formato digital. Não paginado.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580978>. Acesso em: 05 de agosto de 2018. Não paginado.

_____ ; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>. Acesso em: 05 de agosto de 2018.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016a. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580258>. Acesso em: 01 de setembro de 2018. Não paginado.

_____. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016b. Formato digital. Não paginado.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. - (Série IPD). Formato digital. Não paginado.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Entenda o que é atuação contraintuitiva no processo penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-09/limite-penal-entenda-atuacao-contraintuitiva-processo-dual>. Acesso em: 08 de setembro de 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental.** Revista liberdades, Publicação oficial do instituto brasileiro de ciências criminais, nº 11, s.p. set/dez. 2012. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=140. Acesso em: 21 de julho de 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; NETO, Daniel Sarmiento. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. Formato digital. Não paginado.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 13. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.204/11. São Paulo: Saraiva, 2012.