

O JUIZ DE GARANTIAS NO BRASIL: UM ANÁLISE A PARTIR DA HIPÓTESE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO DURANTE O INQUÉRITO, E À LUZ DO ENTENDIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA, SOBRE PERDA DA PARCIALIDADE DO MAGISTRADO¹

Claudio José Langroiva Pereira²

Alvaro Augusto M. V. Orione Souza³

Resumo: O presente artigo aborda a necessidade de implantação, no sistema processual penal brasileiro, da figura do Juiz de Garantias, a partir do exemplo de atuação judicial, na fase de investigação, consistente na decretação da prisão preventiva do investigado. Analisa-se o comprometimento da imparcialidade do juiz que profere esse tipo de decisão, para julgar posteriormente o mérito da ação penal. Também se verifica se o Juiz de Garantias encontraria amparo na lógica já manifestada em precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-Chave: Juiz de Garantias – imparcialidade – prisão preventiva – inquérito – Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹ O artigo integra a produção intelectual do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos” da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

² Doutor em Direito das Relações Sociais, Professor Doutor de Direito Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos”.

³ Mestrando em Direito Processual Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), membro do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos” da PUCSP, advogado.

THE JUDGE OF GUARANTEES IN BRAZIL: AN ANALYSES IN LIGHT OF THE POSSIBILITY OF PRECAUTIONARY IMPRISONMENT DURING THE INVESTIGATIONS, AS WELL OF THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS COURT'S RULING ON THE LOSS OF IMPARTIALITY BY THE JUDGE

Abstract: This article addresses the need to implement, in the Brazilian criminal procedural system, the figure of the Judge of Guarantees, based on the example of judicial action, during the investigation phase, consistent with the decree of the investigated person's precautionary imprisonment. The loss of impartiality by this judge, to later decide the merits of the criminal case, will be analyzed. It is also verified whether the Judge of Guarantees would find support in the logic already expressed in the precedent of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: Judge of Guarantees – impartiality – precautionary imprisonment – investigation – Inter-American Court of Human Rights.

1. INTRODUÇÃO.



denominado “Pacote Anticrime”, aprovado na véspera do Natal de 2019 (a Lei 13.964/2019 foi publicada no dia 24 de dezembro daquele ano), teve inserido entre as suas diversas inovações o instituto do Juiz das Garantias, há muito discutido no sistema processual penal brasileiro, e cuja necessidade era veementemente reclamada, por parte da doutrina nacional.

O Juiz das Garantias, no entanto, não chegou a ser implementado, já que uma medida liminar concedida em ação direta de inconstitucionalidade, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, concedida pelo Ministro Luiz Fux, suspendeu sua

eficácia, tendo como principal argumento, uma posição não de todo jurídica, em que pesou o argumento sobre os custos para sua implantação⁴.

A importância da questão cresceu ainda mais, a partir deste enfrentamento estabelecido entra a posição do legislador e a posição do Judiciário, personificado no Supremo Tribunal Federal, revitalizando a importante discussão acerca da manutenção ou não da imparcialidade do juiz que atua no inquérito, quando, nos termos da atual sistemática jurídica, passa a presidir a ação penal decorrente dessa investigação.

Não são poucos os sólidos argumentos a favor do Juiz das Garantias, como também, em sentido contrário, bem fundamentadas são as teses levantadas contra o instituto.

As situações e fenômenos processuais – desde os atos meramente burocráticos do magistrado, na fase investigatória, até a decisão de recebimento da denúncia, passando pela decretação de cautelares durante a investigação –, nos mais variados momentos jurídicos, em relação aos quais se pode debater se o juiz do inquérito mantém ou não a necessária imparcialidade, para conduzir o processo, sugerem a necessidade de uma posição definitiva que prestigie a segurança jurídica.

Justificada, assim, a importância da análise da controvérsia sobre a imparcialidade do Juiz, a partir do recorte sobre o juízo de valor estabelecido a partir da decretação da prisão preventiva do investigado, durante o inquérito.

O ponto principal de interlocução acadêmica que se estabelece está em saber se é possível ao juiz que decreta a prisão cautelar do investigado, assegurar a efetividade da garantia fundamental à imparcialidade do juízo, se o mesmo vier a presidir a futura ação penal do caso.

Para tanto, parte-se da análise dos requisitos para a

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.299/DF. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>.

decretação da prisão cautelar, em especial dos que possuem maior relação com o comprometimento da imparcialidade do juiz, a partir da exposição crítica sobre a argumentação de que o nível de cognição exigido para a decretação de cautelares penais não seria profundo e, por isso, não comprometeria a imparcialidade do juízo, em sede de ação penal.

Feita essa análise, proceder-se-á a uma comparação entre o modelo atualmente vigente, no Brasil, e o *standard* de proteção conferida, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, à garantia da imparcialidade do juízo, no que diz respeito à manutenção de um mesmo magistrado, em diferentes fases da persecução penal.

2. A DECRETAÇÃO DA PRISÃO, DURANTE O INQUÉRITO, E SEUS EFEITOS SOBRE A IMPARCIALIDADE DO JUIZ.

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, apresentou um rol de alterações legais, que impactaram diretamente no sistema jurídico penal.

A instituição do Juiz das Garantias, a partir das alterações propostas nessa Lei, o qual deveria atuar na fase pré-processual da persecução penal, de acordo com o disposto nos novos artigos 3º-A a 3º-F⁵ do CPP, acrescentados ao Código de Processo Penal, acabou por despertar uma profunda necessidade de rediscussão das garantias constitucionais do juiz natural, especialmente destinada a assegurar a imparcialidade judicial.

A esse Juiz das Garantias estariam confiadas desde as decisões que impliquem a mitigação de direitos fundamentais do indivíduo, como a decretação de prisões cautelares, de quebras de sigilo bancário, fiscal e telefônico, o bloqueio de bens, dentre outras, até o próprio recebimento de eventual denúncia.

⁵BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, dez 2019.

Após o recebimento da denúncia, o Juiz das Garantias estaria impedido de funcionar durante a ação penal, a fim de que o magistrado que venha a conhecer da prova produzida em contraditório, quando da decisão, em especial da decisão final de condenação ou absolvição, não fosse contaminado por qualquer pré-conceito trazido de sua participação e intervenção na fase de investigação.

Em medida cautelar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299/DF, o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, determinou a suspensão dos dispositivos legais que regulam a instituição do Juiz das Garantias, até decisão do Plenário, mantendo sob a égide desta decisão os novos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal⁶, de modo que o Juiz das Garantias não chegou, ainda, a ser efetivamente implementado no país.

Tudo isso faz com que, desde a promulgação da Lei nº 13.964/19, o debate sobre a (in)conveniência do Juiz das Garantias, mantenha-se em pauta.

A ideia do comprometimento da imparcialidade do julgador na ação penal, a partir de sua intervenção na fase pré-processual, não é nova. De longa data se vem defendendo a implementação de um juízo que decidisse, ainda na investigação preliminar, matérias circunscritas à reserva de jurisdição (como pedidos de prisão e quebras de sigilo), mas que não fosse o mesmo a quem incumbiria presidir a futura ação penal.

Aury Lopes Jr., analisando a questão, chegou a defender a inversão do sistema de competência, contido no artigo 83 do Código de Processo Penal⁷, postulando que a prevenção fosse

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.299/DF. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>.

⁷ 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.

adotada não mais como critério de fixação, mas sim de exclusão da competência, reconhecendo que a “*prevenção pode fulminar a principal garantia das partes no processo penal: o direito a um juiz imparcial*”⁸.

Todo o debate se estabelece, precipuamente, a respeito da garantia fundamental à imparcialidade do juiz, bem como sua preservação no curso da ação penal, se o mesmo julgador já conheceu do caso, e sobre ele decidiu, ainda na fase investigatória.

A reflexão sobre se no modelo jurídico penal atual – sem o Juiz das Garantias, em que o mesmo juiz do inquérito é, de regra, o juiz do processo – estaria assegurada mais do que eficácia, a verdadeira efetividade da garantia do juiz imparcial no processo penal, envolve o enfrentamento das inúmeras hipóteses de necessária intervenção judicial, no curso da investigação, tendo se optado, neste trabalho, por analisar em especial os casos de decretação de prisão preventiva.

Diante do recorte temático, indispensável reafirmar que a imparcialidade do juiz é uma garantia fundamental do cidadão, cuja eficácia tem, o Estado, o dever de assegurar, a despeito de não encontrar previsão expressa no texto constitucional de 1988.

Sobre o tema, Luciano Feldens e Andrei Zenkner Schmidt, destacam que a *imparcialidade* é decorrência da própria regra do devido processo legal:

No Brasil, a exemplo do que em regra sucede nas sociedades democráticas, a configuração do direito a um juiz imparcial ganhou contornos constitucionais. Sua caracterização como autêntico direito fundamental decorre da cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF). Uma cláusula genérica, porém suficientemente clara no que define o modelo de processo que adotamos: um processo com todas as garantias.⁹

⁸LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 174.

⁹FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O marco normativo do direito fundamental a um juiz imparcial: do passado ao presente*. In MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coord.). *Setenta anos do código de processo penal brasileiro: balanços e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 24.

Para além do direito fundamental ao devido processo legal, o imperativo da imparcialidade sustenta-se nas garantias asseguradas aos juízes, previstas no artigo 95, da Carta Magna. Parece evidente que vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios são atributos que visam a permitir, ao magistrado, que se mantenha imparcial, imune a influências de qualquer ordem que pudessem turvar o seu julgamento da causa.

Mesmo no âmbito da Teoria Geral do Processo, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco destacam que:

Justamente para assegurar a imparcialidade do juiz, as constituições lhe estipulam garantias (Const., art. 95), prescrevem-lhe vedações (Const., art. 95, par. ún.) e proibem juízos e tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII).¹⁰

Para além de uma garantia processual implícita na Constituição, Rubens Casara sustenta que a imparcialidade do Juízo deve ostentar condição de verdadeiro direito fundamental do cidadão, imprescindível ao acesso à Justiça:

O acesso à justiça só se concretiza se o cidadão puder veicular sua pretensão perante um juiz independente. Ademais, só a intervenção de um juiz imparcial legitima o afastamento e/ou restrições aos direitos fundamentais.¹¹

A garantia da imparcialidade do juiz vem expressa, também, no Pacto de São José da Costa Rica, que estabeleceu a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, internalizada no nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto 678, de 06/11/1992 que, no título das “Garantias Judiciais”, em seu artigo 8º, assim estabelece:

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, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada

¹⁰CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p.52.

¹¹CASARA, Rubens R.R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p 144.

contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.¹²

Assim, a garantia a um juiz imparcial se estabelece como direito fundamental em nosso sistema, também a partir do ordenamento internacional.

Segundo Geraldo Prado, a preocupação com o envolvimento psicológico prévio do juiz, com uma das versões em discussão no processo, coloca em foco a segurança jurídica e este direito inalienável das partes no processo penal, de submeterem-se a um juiz não vinculado alguma versão pré-estabelecida¹³.

Não há como questionar que a imparcialidade do juiz é uma garantia formalmente prevista em nosso ordenamento, de maneira expressa, inclusive, com a internalização da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e que ostenta a condição de corolário do devido processo legal e requisito para a efetivação da justiça.

A partir dessas premissas, a análise justificada da higidez da imparcialidade do juiz que, na fase de investigação, decreta a prisão preventiva, deve partir das previsões legais acerca dessa segregação cautelar, contidas no artigo 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, *quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria* e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.¹⁴

A grande questão que se apresenta é se o juiz que decreta a prisão preventiva de um investigado, estaria mais propenso a

¹²BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, nov 1992, destacamos.

¹³PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. pp. 128 e ss.

¹⁴BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941, destacamos.

condená-lo, em eventual ação penal subsequente à investigação. Os defensores do Juiz de Garantias afirmam que sim, haveria evidente comprometimento da imparcialidade do julgador, o que recomenda que o magistrado atuante na investigação não seja o mesmo a presidir e julgar o processo. Seus opositores, por sua vez, argumentam que não existiria esse comprometimento, então não haveria, a princípio, necessidade de separação das funções, pois permaneceria inabalado o direito fundamental ao juiz imparcial.

A solução a esse embate pode ser melhor alcançada, refinando-se um pouco mais os termos da questão: o juiz que decreta a prisão preventiva de um investigado profere, já, em alguma medida, um juízo acerca do mérito da própria persecução penal? Acerca da existência do crime e de ser, o investigado, o seu provável autor? A resposta a essa pergunta gira em torno dos requisitos, exigidos pelo mencionado artigo 312, de que a prisão preventiva só pode ser decretada quando houver “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Sobre essa questão Mauro Fonseca Andrade reflete que *“aqui, o que passa a importar é o grau de profundidade exigido nessas decisões, particularmente sobre o exame do fato ou do agente, para determinar a quebra de algum direito fundamental”*¹⁵. Segundo o autor, para que se conserve a imparcialidade do julgador, *“o nível de exigência para se deferir uma cautelar não pode ser o mesmo para se condenar alguém”*¹⁶.

Neste momento retoma-se a discussão sobre a superficialidade do juízo de cognição, no momento da decretação da cautelar penal, o qual não seria, em teoria, da mesma profundidade do exigido para eventual juízo de condenação. Os opositores do Juiz de Garantias defendem justamente isso, que o avanço do juiz sobre a análise do fato, ao decretar a prisão cautelar, não

¹⁵ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015. pp. 32-33.

¹⁶*Ibidem*, p. 33.

seria suficiente para ver prejudicada sua imparcialidade.

Tome-se, a título de exemplo dessa corrente de pensamento, o entendimento do próprio Mauro Fonseca Andrade, quando afirma que:

Mesmo que pareça desnecessário, vamos à redundância: o juiz brasileiro não analisa o mérito, seja da conduta do sujeito investigado, seja da probabilidade de sua responsabilização, ao contrário do que ocorre no direito alienígena (...). A nós bastam os indícios de autoria e prova da materialidade, que não se confundem com nenhum daqueles critérios utilizados fora do Brasil. Isso leva a que o grau de cognição do juiz brasileiro seja infinitamente inferior ao buscado pelo juiz estrangeiro em relação a qualquer tema que tenha que decidir na fase de apuração.¹⁷

O autor, como denota o trecho acima, procura diferenciar o caso brasileiro dos exemplos estrangeiros, normalmente suscitados na defesa do instituto do Juiz das Garantias, entendendo que a figura não seria necessária no Brasil, porque o juiz, aqui, mesmo ao decretar uma prisão, ou qualquer outra mitigação de direito fundamental do investigado, não seria chamado a conhecer tão profundamente o mérito das investigações, a formar uma opinião sobre a culpa ou inocência do averiguado, como acontece alhures.

Essa ideia, de que o papel do juiz brasileiro não exigiria o nível de envolvimento com o mérito da investigação, observado nos juízes estrangeiros, foi argumentada, também, pelo Ministro Luiz Fux, ao determinar a suspensão da eficácia dos artigos de lei que instituíam o Juiz de Garantias:

Em uma análise comparada perfunctória, percebo que existe uma diversidade superlativa em relação a esse tópico. Em países que adotam o sistema acusatório no microsistema processual penal, há variações consideráveis em relação à distinção de competências entre os juízes que acompanham a investigação e os juízes que acompanham o julgamento. Há países, como a França, em que o juiz que acompanha as investigações tem competências investigativas que seriam inimagináveis no

¹⁷*Ibidem*. pp. 64-65.

sistema brasileiro. Em outros sistemas europeus, o Ministério Público não se encontra em total independência do Poder Judiciário, podendo inclusive juízes pedirem remoções para cargos ministeriais, o que de certa forma justificaria melhor o arranjo do juiz de garantias.¹⁸

Evidentemente que, diante deste argumento, aloca-se para a questão um outro juízo de valor, estabelecido a partir da aceitação de um “ideal”, quanto à percepção do ser humano sob a toga, o de que conseguiria desvincular de sua percepção cognitiva um juízo de valor estabelecido a partir de premissas anteriores, submetidas a seu crivo de julgador, para enfrentar a questão, sob um novo manto judicial que romperia com seus vieses cognitivos, pois estaria agora inserido em uma ação penal. Essa é uma conclusão que, no mínimo, não deveria ser adotada como premissa absoluta, merecendo investigação em área outra do saber, como a psicologia.

Dito isso, deve-se reconhecer que o caso brasileiro não pode mesmo ser acriticamente equiparado ao de todo e qualquer ordenamento estrangeiro que tenha implementado a figura do Juiz das Garantias.

Importante o destaque no sentido de reconhecer que essa figura não vem ao contexto nacional para corrigir uma estrutura na qual o juiz ainda estivesse à frente da própria investigação, como foi, por exemplo, no Panamá¹⁹.

Também no Chile, como se depreende do histórico traçado por Paulino Varas Alfonso²⁰, a disciplina legal dada ao Juiz

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.299/DF. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>.

¹⁹MUÑOZ SAAVEDRA, Yeimy Yesivel. *El juez de garantías como aplicador de la medida cautelar de la detención preventiva en el sistema penal acusatorio*. Ciudad de Panamá: Universidad de Panamá, 2011. 144 f. Tese de Doutorado. Universidad de Panamá, 2011.

²⁰ALFONSO, Paulino Varas. *El juez de garantía: protector permanente de los derechos fundamentales en la reforma procesal penal*. In *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, n. 63, p.p. 642-662, 2001.

das Garantias, pela reforma processual penal de 2000, estava inserida no contexto maior da transferência, para o nascente Ministério Público, criado em 1997, da própria condução da atividade investigativa – que lá era, até o final dos anos 1990, encabeçada por um juiz, o que de fato não é o caso do modelo processual brasileiro.

Mas é um tanto enganosa, a captura de exemplos extremos, nos quais o Juiz das Garantias foi introduzido em contextos que guardavam diferenças gritantes com o Processo Penal brasileiro, como tentativa de desqualificar a adoção desse instituto no ordenamento pátrio.

Isso ocorre porque, se o juiz criminal brasileiro não tem, na investigação preliminar, um papel tão ativo quanto tinha, digamos, o juiz chileno até 1997 (entendendo que nosso ordenamento processual já há muito evoluiu rumo a um modelo mais acusatório e menos inquisitório de processo) isso não quer dizer que a atuação do magistrado no inquérito não possa, ainda assim, colocar em risco a garantia do juiz imparcial.

Veja-se. O argumento contrário ao Juiz das Garantias, até aqui exposto, pode ser assim esquematizado:

- i) o comprometimento da imparcialidade seria função direta do grau de cognição do juiz, ao tomar decisões no inquérito;
- ii) ao decretar a prisão preventiva, esse grau de cognição, pelo juiz brasileiro, seria meramente superficial, pois a lei exige, para tanto, apenas o reconhecimento de indícios de autoria delitiva, e não convicção da culpa do investigado;
- iii) portanto, o juiz que decreta a prisão do investigado, no inquérito, não perderia a imparcialidade para julgá-lo na posterior ação penal.

Apesar de bem arquitetado, esse raciocínio se apresenta excessivamente formal, como uma espécie de esquema lógico centrado demais no sentido literal dos vocábulos utilizados pelo artigo 312 do CPP.

Contudo, como afirma Norberto Bobbio “*Encontramo-*

*nos frente a uma questão de palavras, e por conseguinte, frente a uma questão de mera oportunidade*²¹. E não se pode esquecer, também, do alerta de Tercio Sampaio Ferraz Jr., de que:

uma interpretação literal, que se pretenda capaz de esgotar, eventualmente, o sentido do texto, é ilusória (...) a hermenêutica jurídica raras vezes consegue limitar-se ao sentido vocabular do texto²².

É oportuno, aos detratores do Juiz das Garantias, com base nas palavras que a lei usa – “*indício suficiente de autoria*”, ao invés de alguma expressão mais contundente, e que expressasse uma carga semântica maior de reconhecimento de culpa – superestimar uma suposta diferença no grau de cognição exigido para decretação da prisão preventiva, pretendendo-se conferir uma ilusória aparência de justificação formal para o atual modelo, em que o mesmo juiz do inquérito preside a ação penal.

Defende-se que essa atuação prévia na fase de investigação não representaria comprometimento da sua imparcialidade, porque, supostamente, se viesse a decretar a prisão cautelar do investigado, a lei lhe exigiria um conhecimento raso sobre o mérito do caso, no nível dos simples “indícios”. Como se as palavras utilizadas pelo texto legal tivessem o condão de excluir, peremptoriamente, qualquer possibilidade de formação do convencimento do magistrado em prejuízo do investigado.

Além disso, há dois pontos que também são ignorados por este argumento.

O primeiro deles é que o “*indício suficiente de autoria*” não é o único requisito para a decretação da preventiva, pois o artigo 312 exige, concomitantemente, que o magistrado fundamente a prisão na “*prova da existência do crime*”.

Ainda que a afirmação da existência de *indícios de autoria*, pelo juiz do inquérito, não representasse ameaça à sua

²¹BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Ariane Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016. p. 168.

²²FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 76.

imparcialidade, já que *indícios* não seriam, em tese, *provas*, e o magistrado não estaria, assim, proferindo juízo de culpabilidade que viesse a incliná-lo em prejuízo das chances de futura absolvição do investigado, o mesmo não se pode dizer da exigência legal de *prova da existência do crime*, para decretação da prisão cautelar.

Se o artigo 312 não compele o juiz a afirmar, efetivamente, que o investigado é autor do crime, compele-o, ainda assim, a já declarar e fundamentar a *existência* do delito, no momento de ordenar a segregação do sujeito alvo das investigações. Isto representa verdadeira exclusão de significativa parcela das possibilidades de absolvição do investigado, na futura ação penal.

Com efeito, o artigo 386 do Código de Processo Penal, em seus sete incisos, prevê as hipóteses legais em que o réu deve ser absolvido, ao final do processo. E três desses incisos relacionam-se, diretamente, à existência ou inexistência do crime:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I – estar provada a inexistência do fato;

II – não haver prova da existência do fato;

III – não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.²³

Existe, assim, manifesta incompatibilidade lógica, entre a afirmação de *existência do crime*, para efeitos de decretação da prisão preventiva, e uma futura absolvição por *inexistência*

²³BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941, destacamos.

do fato (inciso I), por *não haver prova da existência do fato* (inciso II), ou por *não constituir o fato infração penal* (inciso III).

Portanto, o juiz que se debruça sobre os elementos da investigação, o suficiente para poder fundamentar um juízo de que *o fato existiu, e é crime*, para assim decretar a prisão do investigado, claramente inclinou seu convencimento no sentido da exclusão de quase metade das possibilidades legais de absolvição, caso venha a julgar a futura ação penal.

Evidentemente que se pode argumentar que a prova produzida em contraditório, durante o processo judicial, sempre poderia levar o juiz a se convencer do contrário, a rever seu posicionamento inicial; e que se deveria dedicar aos juízes o devido respeito e reconhecimento de que são agentes racionais, não havendo nada que os impedisse de reconhecer eventual equívoco inicialmente cometido.

Não se está, de maneira alguma, a afirmar que os juízes seriam criaturas irracionais, surdas aos bons argumentos, movidas pelo ego e pela emoção, e que prefeririam se aferrar a um posicionamento, ainda que comprovadamente errado, a voltar atrás e reconhecer o próprio equívoco. Longe disso. Mas o fato é que, para o comprometimento da imparcialidade, não é necessário que o juiz exiba teimosia cega, ou inarredável obstinação em manter um posicionamento inicial contrário ao investigado/réu.

Basta a ligeira inclinação por uma das versões contrapostas, ou a mais leve sugestão de que, mesmo inconscientemente, haveria alguma resistência do juiz em aceitar os argumentos de uma das partes, para que se veja comprometida a garantia da imparcialidade do juízo. E é inegável que, ao reconhecer a *existência do crime*, e decretar a prisão do investigado, o juiz, ser humano que é, adota já um viés em relação ao caso que lhe é apresentado, do qual será muito difícil se desvencilhar completamente, caso venha a julgar a futura ação penal.

Chega-se, aqui, ao segundo ponto que os opositores do

Juiz de Garantias não levam em consideração, quando defendem a suposta *diferença no grau de cognição para decretação da cautelar*, como garantia de que a imparcialidade não seria comprometida.

Trata-se da constatação de que, ao se decretar a prisão preventiva, esse viés desfavorável ao acusado se instala, não só no que diz respeito à materialidade do delito (a *existência do crime*), como também no tocante à autoria delitiva – ainda que a letra da lei diga que o juiz não deve ir além dos meros *indícios*, ao decidir sobre a segregação cautelar.

No caso, está-se diante de mais um exemplo do que defende Chaim Perelman, quando afirma que “*o direito, tal como está determinado nos textos legais, promulgados e formalmente válidos, não reflete necessariamente a realidade jurídica*”²⁴.

Afinal, quando o juiz decreta a prisão preventiva, ao afirmar a presença de elementos de materialidade e – ainda que apenas *indícios* – de autoria delitiva, acaba por proferir um juízo prévio negativo quanto ao investigado, ainda que preliminar, mas indissociável da decretação de alguma medida cautelar contra ele.

Isso representaria, em certa medida, um deslocamento do juiz, ainda que incipiente, do seu ponto de esperada *imparcialidade*, em direção à versão acusatória.

Bernd Shünemann, em interessante estudo²⁵, enriquece a discussão processual penal com elementos da Teoria da Dissociação Cognitiva, a partir dos estudos do psicólogo estadunidense Leon Festinger, teoria esta segundo a qual toda pessoa busca uma relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões. Isso faz com que o indivíduo, sistematicamente,

²⁴PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: a nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 188.

²⁵SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito / Bernd Schünemann*. Coord. LUÍS GRECO. São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp. 205-221.

superestime informações que confirmam uma hipótese anteriormente tida como correta, ao mesmo tempo em que menospreza informações contrárias a essa opinião anterior. Concomitantemente, a pessoa busca, predominantemente, informações que confirmem a hipótese aceita em algum momento pretérito²⁶.

Shünemann, então, aplicou a Teoria da Dissonância Cognitiva a um experimento em que submeteu um caso à apreciação de inúmeros juízes. Os participantes foram divididos, entre outros critérios, segundo o *conhecimento ou não da investigação preliminar*. O número de condenações, entre aqueles que conheciam a investigação foi bem mais elevado do que entre os que não a conheciam²⁷.

O estudo em questão chegou a importantes conclusões sobre os efeitos psicológicos que o conhecimento dos autos da investigação desempenha, nos juízes que precisam sentenciar a ação penal, entre outras a de que:

O juiz tendencialmente apega-se à imagem do fato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes desta imagem inicial são não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas (...)²⁸.

Segundo as conclusões de Bernd Schünemann, o juiz que conhece dos autos da investigação já forma uma imagem do fato investigado, e acaba por procurar, durante a instrução processual, reafirmar essa imagem pré-constituída.

Aplicando-se essas conclusões à hipótese aqui discutida, constatamos que o juiz, ao decretar a prisão preventiva do investigado no curso do inquérito, forma uma imagem do objeto da investigação amplamente desfavorável ao sujeito averiguado. Realmente, a sua “*imagem do fato*” – do mesmo fato sobre o qual, no atual modelo brasileiro, deverá depois proferir sentença de mérito – já se constrói no sentido de que *o crime existiu*, e de

²⁶*Ibidem*, p. 208.

²⁷*Ibidem*, p. 211.

²⁸*Ibidem*, p. 215.

que o investigado *é o seu autor potencial*.

E, à vista disso, sob os auspícios do que foi invocado da Teoria da Dissonância Cognitiva, esse juiz estaria predisposto a superestimar informações que confirmem, e menosprezar aquelas que neguem essa imagem pré-estabelecida do fato; ou a buscar, mesmo, predominantemente, informações que a confirmem.

É inegável, assim, que o juiz que decreta a prisão preventiva no inquérito, invariavelmente, tem a sua imparcialidade comprometida para julgar o mérito da futura ação penal que venha a ser movida contra o investigado.

Tendo sido alvo de uma decisão cautelar, ainda na fase investigativa, o indivíduo passa a estar submetido a um juiz que *já acredita na existência do crime*, bem como *já o vê como seu possível autor*. Este juiz tenderá, ainda que inconscientemente, a reafirmar tais concepções, podendo impor um viés cognitivo desfavorável à apreciação das provas que pudessem conduzir à absolvição, em detrimento daquelas que apontem para a condenação.

O argumento de que a cognição exigida para a decretação da prisão não seria profunda a ponto de comprometer a imparcialidade, já que não exigiria que o juiz afirmasse a culpa do investigado, não se sustenta, pois desconsidera que mesmo um juízo de valor pretensamente preliminar e raso já incutiria no julgador esses vieses cognitivos desfavoráveis ao investigado, pois, ainda que provisória, já se formaria no seu convencimento uma imagem do fato sobre o qual deve decidir, e isso é o que basta para que se instale a inclinação pela confirmação dessa imagem.

Enfim, é possível apontar para estas questões elementos que envolveriam uma análise profunda sobre situações onde, em raciocínio deliberado de um ser humano, investido da função de julgar, para questionar as histórias criadas em sua mente, a partir de uma prévia apreciação feita de indícios de autoria e provas de materialidade, questionando-se sobre não dispor de todos os elementos informativos necessários para conclusão definitiva

segura, seria ele próprio obrigado a enfrentar ou reprimir suas convicções, demandando um grande esforço, em geral não facilmente empregado.

Assim, não raras vezes, esta operação mental, que parece lógica, nos leva a optar por informações e históricos já preparados e previamente apreciados, mesmo que não completos e até inadequados, especialmente quando a fonte dessas informações (a Investigação Policial) é de confiança ou está associada a convicções de um terceiro indivíduo confiável (Delegado de Polícia em seu relatório no inquérito, ou o Ministério Público com o Pedido de Prisão e a própria Denúncia), coerentes com seu antecipado juízo de valor perfunctório já realizado (uma decretação de Prisão Preventiva em fase de investigação criminal, com reconhecimento de materialidade do delito e indícios suficientes de autoria), dentro do que é denominado de “conforto cognitivo”²⁹, proporcionando a tão sonhada sensação de segurança, mesmo que não seja “justa”.

Um raciocínio que conduz à manutenção de um *status quo* jurídico que não se eleva ao nível da efetividade concreta, para os destinatários da norma, dos direitos e garantias – no caso, da garantia de imparcialidade do juízo – abstratamente previstos nos textos legais, é um raciocínio desconectado da realidade empírica injusta que exsurge como produto dessa aplicação formal-literal dos dispositivos legais.

Contra a utilização, no Direito, desse tipo de raciocínio, já se pronunciou Chain Perelman:

(...) seja qual for a técnica de raciocínio utilizada em direito, este não pode desinteressar-se das reações das consciências diante da iniquidade do resultado ao qual tal raciocínio conduziria. Pelo contrário, o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com a justiça ou, ao menos, a aceitabilidade social da decisão. Esta preocupação basta para salientar a

²⁹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, pp. 84 e ss.

insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo sobre o valor da conclusão.³⁰

É possível, assim, constatar que a tomada de decisões pelo juiz, na fase de inquérito, tem o condão de comprometer a sua imparcialidade, pela imagem do fato e do investigado que o magistrado forma, já nesse momento, e que tem a tendência inconsciente de procurar reafirmar. Inconsciente, aqui, é a palavra chave. O juiz não faz isso de propósito, ou porque é um mau juiz. E o reconhecimento desse fenômeno inconsciente não lhe é demeritório, nem o diminui, enquanto magistrado.

De modo que, a fim de dar maior efetividade à garantia da imparcialidade do juízo, seria de todo oportuna a implementação, no Brasil, do Juiz de Garantias, uma figura que vem não com o intento de antagonizar a categoria dos magistrados, mas de lhes oferecer condições de otimização da prestação jurisdicional em matéria criminal, o que deveria ser o objetivo maior de todos os personagens envolvidos no Processo Penal.

A partir disso se percebe que o Supremo Tribunal Federal, ao suspender liminarmente, por tempo indeterminado, a implantação do Juiz de Garantias, ofereceu, à garantia convencional do juiz imparcial, um patamar de proteção e efetividade aquém do ideal.

Para fins de contraste, resta saber se seria possível aferir, pelos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se aquela corte internacional se debruçou sobre a questão da perda da imparcialidade do juiz criminal, pelo conhecimento prévio do caso penal. E, em o tendo feito, se o precedente alça a proteção à garantia da imparcialidade a um *standard* mais baixo ou mais elevado do que o do Supremo Tribunal Federal.

Isso será feito através da análise do precedente firmado, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH –

³⁰PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: a nova retórica*. Tradução Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 13.

OEA – Organização dos Estados Americanos³¹), no caso *Herrea Ulloa vs. Costa Rica*.

3. CASO HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA

De início, é preciso destacar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) talvez não tenha tido, ainda, a oportunidade de se debruçar sobre a questão da separação entre o juiz da investigação e o juiz do processo, com a mesma frequência com que o fez, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH³²).

Talvez por isso, a doutrina processual penal pátria, que já discute há muito tempo a necessidade do Juiz de Garantias no Brasil, tradicionalmente se socorre dos precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), na construção do argumento em prol da implementação desse novo instituto. Exemplos disso são encontrados na produção de Aury Lopes Jr. em coautoria com Ruiz Ritter³³, ou na de André Machado Maya³⁴.

No entanto, a Corte Interamericana nos oferece no caso *Herrea Ulloa vs. Costa Rica* um precedente que, se não afirma peremptoriamente a necessidade ou não de um Juiz de Garantias, pelo menos aponta para algumas balizas dentro das quais se deve pensar a garantia do juiz imparcial, que muito podem contribuir para o debate.

Numa breve síntese do caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, o jornalista Mauricio Herrera Ulloa foi processado por difamação, em razão de artigos jornalísticos nos quais teria imputado fatos ilícitos ao diplomata Félix Przedborski. Em decisão

³¹ <http://www.oas.org/pt/cidh/>

³² <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/por&c>

³³ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. *A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. In *Duc In Altum-Cadernos de Direito*, v. 8, n. 16, 2017. <Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11252>>. Acesso em: 25/11/2020.

³⁴ MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos origem e análise da Lei 13.964/2019*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

de primeira instância, o *Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José* absolveu Herrera Ulloa por ausência de dolo.

Mediante recurso de cassação, interposto por Félix Przeborski, a *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica* anulou a sentença absolutória. Chamado a proferir nova decisão, o *Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José*, dessa vez, condenou Herrea Ulloa. Em novo recurso de cassação, agora interposto pelo jornalista, a *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica* manteve sua condenação.

O ponto fulcral, que interessa para o debate sobre o Juiz de Garantias, é que os magistrados que compunham a *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica* eram os mesmos, em ambos os julgamentos.

Isso motivou a defesa de Herrera Ulloa a buscar a proteção da Corte Interamericana, arguindo violação ao artigo 8º da Convenção, por lhe ter sido negado o direito a um julgamento por juízo imparcial.

O jornalista argumentou que a imparcialidade da decisão última proferida contra ele, pela *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, estava comprometida, pelo fato de os mesmos magistrados que compuseram o julgamento terem apreciado, também, o primeiro recurso interposto no caso, por meio do qual fora anulada sua absolvição. Argumentou, ainda, que no julgamento do primeiro recurso de cassação, a *Sala Tercera* teria já estabelecido critérios para a resolução da causa, critérios esses que pautaram a nova decisão de primeira instância.

De modo que, ao decidirem o novo recurso, os magistrados da *Corte Suprema* apenas controlaram se a nova decisão teria se pautado pelos critérios que eles próprios ditaram, ao conhecer do caso pela primeira vez. Veja-se a síntese das alegações de Herrera Ulloa, como compilada no acórdão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH):

a) *el campo para la imparcialidad judicial era muy pequeño dado que los Magistrados que habían de emitir la sentencia*

final ya habían adelantado su opinión sobre el mismo caso menos de dos años antes del último fallo;

b) la segunda sentencia emitida por el tribunal de primera instancia, luego de la anulación por orden de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se ciñó al criterio pautado por la mencionada Sala Tercera, ‘de modo que, los mismos magistrados, al conocer por segunda vez en casación, se limitaron a controlar que su propio criterio ya expresado sobre los mismos hechos en el mismo caso, se hubieran efectivamente aplicado’;

y

c) la imparcialidad de los jueces implica que deben estar libres de prejuicios y, por lo cual, los magistrados que habían anulado el primer fallo condenatorio no podían nuevamente, ser los jueces que conocieran del recurso de casación.³⁵

O Estado da Costa Rica, por sua vez, defendeu que não se pode pressupor perda da imparcialidade, só porque o magistrado tenha tido qualquer contato anterior com o objeto do processo. Argumentou, também, que quando a *Corte Suprema* devolve um processo à instância inferior, o faz porque detectou vício de forma, não proferindo juízo sobre os fatos em discussão na causa, e que, portanto, no caso de Herrea Ulloa, não teria sido ditado nenhum critério que viesse a influenciar a nova decisão de primeira instância.

Colhe-se, mais uma vez, do acórdão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), sobre as alegações do Estado:

a) cualquier relación que haya tenido el juzgador con el objeto del proceso no puede suponer una parcialidad de éste. La misma naturaleza del recurso de casación impide la violación a la garantía de la imparcialidad pues el tribunal de casación actúa como tribunal de mérito y no se pronuncia sobre los hechos. El tribunal de casación verifica únicamente si la sentencia se encuentra apegada a derecho, tanto en lo que respecta al derecho de fondo como de forma. Cuando la Sala de Casación reenvía un asunto al tribunal que resolvió lo hace porque

³⁵ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Acesso em: 20/11/2020, destacamos.

*ha encontrado vicios en el procedimiento, y ni siquiera discute los motivos de fondo que han sido presentados, ni analiza los hechos. Por lo tanto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia absolutoria, no emitió criterio alguno que pudiera influir en la decisión del tribunal de primera instancia;*³⁶

Nesse quadro, a Corte Interamericana, antes de tudo, constatou que, de fato, o órgão que julgou ambos os recursos de cassação – o primeiro, interposto contra a absolvição do jornalista, e o segundo, interposto contra sua condenação – era composto, nas duas oportunidades, pelos mesmos magistrados:

*“Como ha quedado probado, en el proceso penal contra el periodista Mauricio Herrera Ulloa se interpuso el recurso de casación en dos oportunidades (supra párr. 95. r y 95. w). La Corte observa que los cuatro magistrados titulares y el magistrado suplente que integraron la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia al decidir el 7 de mayo de 1999 el recurso de casación interpuesto por el abogado del señor Félix Przedborski contra la sentencia absolutoria, fueron los mismos que decidieron el 24 de enero de 2001 los recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria (...).”*³⁷

Avançando, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pontuou que, ao decidir o primeiro recurso, e anular a absolvição por falta de dolo do senhor Herrea Ulloa, a *Sala Tercera* teria fundamentado sua anulação na afirmação, expressa, de que os motivos declinados na sentença não teriam sido suficientes a afastar, racionalmente, a existência do dolo por parte do jornalista:

*Cuando la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia resolvió el primer recurso de casación anuló la sentencia casada y ordenó remitir el proceso al tribunal competente para su nueva sustanciación, con base en que, inter alia, ‘la fundamentación de la sentencia no se presenta como suficiente para descartar racionalmente la existencia de un dolo directo o eventual (respecto a los delitos acusados)’ (supra párr. 95. s).”*³⁸

³⁶ Idem, destacamos.

³⁷ Idem, destacamos.

³⁸ Idem, destacamos.

Com base nisso, a Corte entendeu, ao contrário do que defendia o Estado, que esses magistrados, ao anularem a absolvição do jornalista, teriam decidido sobre mais do que apenas a forma da sentença, avançando sobre a própria matéria de fundo do caso penal. Por essa razão, entendeu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que os magistrados da *Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia* não guardavam a necessária imparcialidade para julgar o recurso de cassação posteriormente interposto, pelo jornalista, contra a sentença que o condenou:

Los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia debieron abstenerse de conocer los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 porque, considera esta Corte, que al resolver el recurso de casación contra la sentencia absolutoria de 29 de mayo de 1998, los mismos magistrados habían analizado parte del fondo, y no solo se pronunciaron sobre la forma. Por las anteriores consideraciones, la Corte concluye que los magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al resolver los dos recursos de casación interpuestos contra la sentencia condenatoria, no reunieron la exigencia de imparcialidad. En consecuencia, en el presente caso el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa³⁹

Parece, realmente, que, ao anular a sentença absolutória não por qualquer vício de forma, mas sim por entender que o dolo não estava suficientemente afastado, a Corte Costarriqueña, ainda que em juízo de cassação, procedeu a uma análise, mesmo que não definitiva, do próprio mérito do caso penal. Em tal situação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) entendeu ter havido comprometimento dos magistrados para o julgamento do segundo recurso interposto, no mesmo caso.

Por absoluta honestidade intelectual, e a fim de não se

³⁹ Idem, destacamos.

distorcer o precedente internacional, no afã de ver reafirmada a tese em prol do Juiz de Garantias – o que só prejudicaria a causa pela sua implementação, ao invés de fortalecê-la – é preciso, antes de tudo, pontuar o que *não se pode extrair* do julgamento do caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.

Em primeiro lugar, a Corte não afirmou que, em abstrato, haveria comprometimento da imparcialidade do magistrado, sempre que se trate de caso sobre o qual ele já decidiu, ou com o qual já teve contato. Da mesma forma, não se pode deduzir, do precedente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), sequer que, no caso concreto de Herrea Ulloa, os magistrados teriam perdido sua imparcialidade, simplesmente por já terem decidido o primeiro recurso de cassação.

O que a Corte afirmou foi que, naquele caso concreto, houve comprometimento da imparcialidade porque, no julgamento do primeiro recurso de cassação, os magistrados *avançaram sobre a matéria de fundo, de mérito, e não decidiram apenas sobre matéria de forma*. Não se pode, com efeito, descartar que, se a primeira cassação tivesse sido por outros fundamentos, talvez a Corte decidisse esse caso de maneira diferente.

Portanto, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Herrea Ulloa vs. Costa Rica*, não pode ser tomada como uma declaração peremptória, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), de que o Juiz de Garantias é necessário. Contudo, ela ainda assim conduz a uma conclusão que reforça os argumentos a favor da implementação da figura, no Brasil.

Afinal, a Corte reconheceu que há perda da imparcialidade, quando um magistrado é chamado a decidir, pela segunda vez sobre o mesmo caso, quando, na primeira decisão, tiver avançado sobre a matéria de mérito em discussão.

E, pelos fundamentos expostos no tópico anterior, já se demonstrou que o juiz que atua no inquérito, ao decretar a prisão preventiva do investigado, por exemplo, avança sim, ainda que

em menor profundidade, sobre o mérito da imputação lançada contra o sujeito. Forma uma primeira ideia sobre o caso penal, reconhece já a existência do crime, que teria o investigado como o seu aparente autor – francamente desfavorável ao imputado.

Frise-se que, a hipótese de decretação da prisão preventiva foi eleita como recorte temático para o presente artigo, mas o mesmo fenômeno – formação de uma ideia preliminar sobre o caso penal – pode ser observado na decretação de qualquer outra medida cautelar, no curso do inquérito.

E, mesmo que cautelar alguma venha a ser decretada durante as investigações, o inescapável ato de recebimento da denúncia – que a Lei 13.964/2019 também pretendia confiar ao Juiz das Garantias – implica, mais uma vez, a necessária formação de um juízo de que o crime existiu e de que o acusado parece ser o seu autor.

É dizer que a função atualmente desempenhada pelo juiz brasileiro, na fase pré-processual, ainda que não se compare à dos juízes investigadores, observados em alguns ordenamentos estrangeiros, impõe-lhe, sim, a tomada de decisões que não deixam de representar uma ideia acerca do mérito do caso penal.

Não existe, na essência, diferença entre a situação de se exigir que esse mesmo juiz decida novamente sobre o caso, ao proferir a sentença de mérito, e a hipótese apreciada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), dos magistrados que proferiram um segundo julgamento sobre caso, a respeito de cujo mérito já se haviam pronunciado, ainda que não de forma definitiva.

Por isso, a despeito das ressalvas aqui registradas, a lógica jurídica da decisão da Corte Interamericana, no caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, é em tudo aplicável ao debate sobre a necessidade de implementação do Juiz de Garantias no Brasil, e sugere mesmo sua necessidade.

4. CONCLUSÃO

A partir do debate ora estabelecido é possível chegar à conclusão de que a implementação do Juiz de Garantias no Brasil, teria inegável efeito benéfico na constante marcha evolutiva da proteção às garantias fundamentais do indivíduo, sobretudo em processo penal.

Como optou-se, aqui, por um recorte temático, dentre as diversas hipóteses de atuação do juiz, na fase de inquérito policial, qual seja, a decretação da prisão cautelar do investigado, ainda na fase pré-processual, a partir desse prisma, foi possível verificar que o magistrado que decreta a preventiva do investigado, no inquérito, tem sim comprometida a sua imparcialidade para julgá-lo, na futura ação penal.

Isso porque a decretação da prisão exige que o magistrado forme, já na fase preliminar, uma ideia de que o crime existiu, e de que o investigado é o seu autor, ainda que potencial. No que toca à convicção da existência do crime, esta estaria em inegável contradição lógica com as hipóteses de absolvição previstas nos incisos I, II e III do artigo 386 do CPP. Já pela ótica de ser, o investigado, o possível autor do delito, embora a Lei não exija firme convicção do magistrado, mas apenas “indícios de autoria”, a Teoria da Dissonância Cognitiva já esclareceu que o juiz, inconscientemente, tenderá a, na instrução, prestigiar os elementos que reafirmem a sua ideia inicial, minimizando aqueles que lhe sejam contrários.

Contra o Juiz de Garantias, é verdade, argumenta-se muitas vezes que o mesmo não seria necessário no Brasil, porque o juiz criminal brasileiro não exerceria, no inquérito, papéis de protagonismo na condução das investigações, como ocorreria em ordenamentos estrangeiros, nos quais há previsão legal para a figura. No entanto, esse argumento é falho porque a marcha da proteção às garantias fundamentais deve ser uma constante evolução.

O fato de no Brasil a atuação do juiz no inquérito não ser

declaradamente inquisitiva como em outros países, não significa que não exista, ainda assim, ganho de efetividade à garantia do juiz imparcial, em se separar o magistrado do inquérito daquele que presidirá a ação penal. O exemplo da decretação da prisão preventiva deixa claro esse espaço jurídico, para melhoria da proteção à imparcialidade, constatado que, mesmo no modelo Brasileiro atual, definido como “não tão inquisitorial” pelos detratores do Juiz de Garantias, há ainda comprometimento da imparcialidade do julgador, que manda prender preventivamente.

Por fim, por meio do resgate de precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi possível constatar que, se a mesma ainda não se pronunciou expressamente pela necessidade do Juiz de Garantias, ao menos já acolheu a lógica jurídica de que o magistrado que conhece e se pronuncia sobre a matéria de mérito do caso, ainda que não de maneira definitiva, tem comprometida a sua imparcialidade para se pronunciar uma segunda vez sobre os mesmos fatos.

Desta forma, como o juiz brasileiro ao decretar a prisão do investigado, durante o inquérito, se pronuncia já sobre a existência do fato e, ainda que não de maneira definitiva, sobre a sua autoria, nos termos da leitura que a Corte Interamericana confere à garantia convencional da imparcialidade do juiz, não deveria este decidir, posteriormente, o próprio mérito da acusação.

Tudo isto nos orienta à conclusão de que a suspensão, por tempo indeterminado, dos dispositivos de lei que previam a figura do Juiz de Garantias, por decisão liminar oriunda do Supremo Tribunal Federal, na medida em que perpetua um sistema processual penal que não separa o juiz que decide no inquérito do juiz que decidirá o mesmo caso em sede de ação penal impõe, à garantia convencional da imparcialidade do juízo, um *standard* de proteção e efetividade inferior àquele reconhecido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e por todos esperado em um modelo de processo penal constitucional e democrático.



BIBLIOGRAFIA

- ALFONSO, Paulino Varas. *El juez de garantía: protector permanente de los derechos fundamentales en la reforma procesal penal*. In *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, n. 63, p.p. 642-662, 2001.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Ariane Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.
- BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, dez 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.299/DF. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>.
- BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, nov 1992.
- BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941.
- CASARA, Rubens R.R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004. Disponível em:

- <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Acesso em: 20/11/2020.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O marco normativo do direito fundamental a um juiz imparcial: do passado ao presente*. In MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coord.). *Setenta anos do código de processo penal brasileiro: balanços e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. *A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. In Duc In Altum-Cadernos de Direito, v. 8, n. 16, 2017. <Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11252>>. Acesso em: 25/11/2020.
- MAYA, André Machado. *Juiz de garantias: fundamentos origem e análise da Lei 13.964/2019*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- MUÑOZ SAAVEDRA, Yeimy Yesivel. *El juez de garantías como aplicador de la medida cautelar de la detención preventiva en el sistema penal acusatorio*. Ciudad de Panamá: Universidad de Panamá, 2011. 144 f. Tese de Doutorado. Universidad de Panamá, 2011.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: a nova retórica*.

Tradução Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito / Bernd Schünemann*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp. 205-221.