



Universidade Federal
de Campina Grande

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PENAL E PROCESSO
PENAL

ROMERO SÁ SARMENTO DANTAS DE ABRANTES

**JUIZ DAS GARANTIAS: UM INSTRUMENTO DE
CONSOLIDAÇÃO DA IMPARCIALIDADE E DO SISTEMA
ACUSATÓRIO NA APLICAÇÃO DA LEI DAS
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

SOUSA
2022

ROMERO SÁ SARMENTO DANTAS DE ABRANTES

**JUIZ DAS GARANTIAS: UM INSTRUMENTO DE
CONSOLIDAÇÃO DA IMPARCIALIDADE E DO SISTEMA
ACUSATÓRIO NA APLICAÇÃO DA LEI DAS
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

Trabalho de conclusão apresentado ao curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Orientador: Prof. Me. Delmiro Gomes da Silva Neto

SOUSA
2022

A161j

Abrantes, Romero Sá Sarmento Dantas de.

Juiz das garantias : um instrumento de consolidação da imparcialidade e do sistema acusatório na aplicação da lei das organizações criminosas / Romero Sá Sarmento Dantas de Abrantes. - Sousa, 2023.

54f. : il. color.

Monografia (Especialização em Direito Penal e Processual Penal) - Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2022.

"Orientação: Prof. Me. Delmiro Gomes da Silva Neto."

Referências.

1. Juiz das Garantias. 2. Sistema Acusatório. 3. Imparcialidade. 4. Leis das Organizações Criminosas. 5. Teoria da Dissonância Cognitiva. I. Silva Neto, Delmiro Gomes da. II. Título.

CDU 347.962(043)

ROMERO SÁ SARMENTO DANTAS DE ABRANTES

**JUIZ DAS GARANTIAS: UM INSTRUMENTO DE
CONSOLIDAÇÃO DA IMPARCIALIDADE E DO SISTEMA
ACUSATÓRIO NA APLICAÇÃO DA LEI DAS
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

Trabalho de conclusão apresentado do curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de especialista em direito Penal e processual Penal.

Aprovado em 19 de dezembro de 2022

Comissão Examinadora

Prof. Me. Delmiro Gomes da Silva Neto
Orientador – CCJS - UFCG

Profa. Me. Carla Pedrosa de Figueiredo
Professora – CCJS - UFCG

Prof. Me. José Idemario Tavares de Oliveira
Professor – CCJS - UFCG

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, meus agradecimentos estão postos ao Senhor Deus, pela permissão do discernimento, determinação e oportunidade.

Agradeço aos meus familiares, em especial, aos meus pais, José Allan Dantas de Abrantes e Carla Cristina Abrantes de Sá Sarmento, que sempre contribuíram para o meu desenvolvimento educacional e moral, sendo capazes de me formar como ser humano.

Meus agradecimentos a minha namorada, Maria Marcella Quirino Fernandes, que tem sido um equilíbrio, transformando momentos de concentração e cansaço, em momentos de diversão e motivação.

Agradeço, ainda, todos os que formam a UFCG-CCJS, em especial, a todos os competentes professores e diretores, que engrandecem esse centro acadêmico, que me trouxe a capacidade de ser o que hoje sou, no aspecto profissional e acadêmico.

Estendo, especial agradecimento, à professora Carla Pedrosa, que sempre esteve à disposição dos alunos e demonstrou ser uma pessoa muito competente em todas as missões que a vida lhe concedeu.

Por fim, meus agradecimentos ao professor Delmiro Gomes, que aceitou orientar na confecção do presente trabalho, auxiliando para que o resultado final fosse alcançado.

RESUMO

O juiz das garantias tem por finalidade a garantia da legalidade e salvaguardar direitos, com atuação que compreende a fase de investigação até o recebimento da denúncia, dos processos criminais. Em conjunto com a instituição legal do juiz das garantias, o legislador destacou que o processo penal brasileiro seguirá as características de um sistema acusatório, transmitindo ainda mais segurança, no ponto de vista da imparcialidade. O objetivo central do presente trabalho é analisar se o juiz das garantias, na teoria, pode ser um instrumento que, de fato, traga maior legalidade, resguarde direitos e garanta a imparcialidade, tanto nas investigações, como no trâmite dos processos que se remetem à lei das organizações criminosas. Propõe-se, assim, realizar um estudo acerca da fase de investigação definida pela Lei nº 12.850/2013, dando ênfase aos meios de obtenção de provas nesta legislação definidos, bem como a atuação do juiz durante essa fase, relacionando com a atuação do juiz das garantias, analisando os aspectos dos quais a atuação de um único juiz, durante toda a persecução penal, pode se apresentar prejudicial ao sistema acusatório e à imparcialidade, em razão dos elementos associados à teoria da dissonância cognitiva. Sob esse viés analítico, o juiz das garantias demonstra ser um instrumento necessário à garantia da imparcialidade e afirmação do sistema acusatório no trâmite dos processos que se remetem à lei das organizações criminosas.

Palavras-chave: Juiz das garantias; Sistema acusatório; Imparcialidade; Lei das organizações criminosas; teoria da dissonância cognitiva.

ABSTRACT

The judge of guarantees has the purpose of guaranteeing legality and safeguarding rights, with action that includes the investigation phase until the receipt of the complaint, of criminal proceedings. In conjunction with the legal institution of the judge of guarantees, the legislator highlighted that the Brazilian criminal procedure will follow the characteristics of an accusatory system, transmitting even more security, from the point of view of impartiality. The main objective of the present work is to analyze if the judge of guarantees, in theory, can be an instrument that, in fact, brings greater legality, safeguards rights and guarantees impartiality, both in investigations and in the processing of processes that refer to the criminal organization law. Therefore, it is proposed to carry out a study on the investigation phase defined by Law n 12.850/2013, emphasizing the means of obtaining evidence defined in this legislation, as well as the judge's performance during this phase, relating to the judge's performance. of guarantees, analyzing the aspects of which the performance of a single judge, throughout the criminal prosecution, can be harmful to the accusatory system and impartiality, due to the elements associated with the theory of cognitive dissonance. Under this analytical bias, the judge of guarantees proves to be a necessary instrument to guarantee impartiality and affirmation of the accusatory system in the process of processes that refer to the law on criminal organizations.

Keywords: Judge of guarantees; Accusatory system; Impartiality; Law on Criminal Organizations; cognitive dissonance theory.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	9
2.1 SISTEMA INQUISITÓRIO	9
2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO	11
2.3 SISTEMA MISTO	14
3 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ E A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA	18
3.1 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ	18
3.2 TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA	20
4 A ATUAÇÃO DO JUIZ NA FASE INVESTIGATÓRIA, DEFINIDA PELA LEI Nº 12.850/2013	26
4.1 ORIGEM DA LEI Nº 12.850/2013	26
4.2 MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS DEFINIDOS PELA LEI Nº 12.850/2013	27
4.3 A ATUAÇÃO DO JUIZ NO CENÁRIO DA OBTENÇÃO DA PROVA, DE ACORDO COM A LEI Nº 12.850/2013	34
5 JUIZ DAS GARANTIAS	39
5.1 PREVISÃO LEGAL, CARACTERÍSTICAS E CONTROVÉRSIAS	39
5.2 COMPETÊNCIAS RELACIONADAS COM OS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS ESPECIFICADOS NA LEI Nº 12.850/2013	42
5.3 JUIZ DAS GARANTIAS, A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA NO CENÁRIO DA LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	46
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

A lei das organizações criminosas reuniu um conjunto de instrumentos interventivos de produção de provas, cujas utilizações trazem altas possibilidades de ameaça aos direitos fundamentais de quem está sendo investigado. Além disso, a atuação do juiz na fase de investigação tem o aproximado das funções da acusação, o que pode atrair para si, um conjunto de elementos subjetivos capazes de trazer, ao processo judicial, uma disparidade no tratamento ofertado às partes, ameaçando a imparcialidade, comprometendo a instrução criminal e influenciando na decisão final de mérito.

A teoria da dissonância cognitiva, no campo da psicologia, apresenta elementos de análise, dos quais apontam que o juiz que atua na fase de investigação e, posteriormente, é responsável por conduzir o processo criminal, tendo que, ao final, proferir sentença, teria sua cognição comprometida, ao ponto de agir parcialmente, no intuito de confirmar os elementos de convicção já formados durante a investigação, gerando supressão de direitos, principalmente durante a instrução criminal, e comprometendo uma decisão justa de mérito.

O juiz das garantias se apresenta como uma solução, já que é responsável por salvaguardar os direitos individuais e garantir a legalidade da investigação criminal. Além disso, o mencionado instituto trará uma divisão na atividade do julgador, cabendo ao juiz das garantias a atuação durante a investigação, findando-se após o recebimento da denúncia, sendo a instrução criminal e a decisão final de mérito de responsabilidade do juiz do processo, que não poderá ser o mesmo.

Em um contexto de afirmação do sistema acusatório, no processo penal brasileiro, se assimilando aos preceitos da Constituição Federal de 1988, relevante se faz trazer ao mundo acadêmico a análise da atuação do juiz das garantias em um cenário tão explorado no momento, que é a investigação e punição daqueles que agem de modo a formar e integrar organização criminosa.

Por se tratar de uma questão que traz bastante a atenção da mídia e da população em geral, a busca pela verdade real, no intuito de corresponder à um sentimento de “justiça”, acaba por transgredir direitos fundamentais, ocasionando em uma problemática na condução dos processos, sendo essencial a análise da implementação do juiz das garantias como um instrumento de segurança, não só no aspecto individual do investigado, mas em todo um contexto político, já que o crime

de organização criminosa tem se relacionado, bastante, com os agentes públicos.

Nesse contexto, dentro do campo teórico, o juiz das garantias pode ser, de fato, uma figura capaz de salvaguardar direitos individuais e garantir a legalidade no cenário processual da Lei nº 12.850/2013?

A presente pesquisa tem como objetivo geral analisar as funções do juiz das garantias e apontar como a sua implementação irá influenciar na condução dos processos relacionados com a Lei nº 12.850/2013. Como objetos específicos, buscase: identificar a atividade do juiz e os meios de obtenção de provas definidos pela Lei nº 12.850/2013; analisar as atribuições do juiz das garantias, que se relacionam com os meios de obtenção de provas especificados na Lei nº 12.850/2013; constatar se a atuação de um único juiz, na investigação e na fase processual, pode ser prejudicial para a imparcialidade e ao sistema acusatório; verificar se a implementação do juiz das garantias pode ser uma solução viável para a garantia da legalidade e da imparcialidade na Lei nº 12.850/2013.

Por ainda não ter sido implementado juiz das garantias no processo penal brasileiro, em razão da suspensão oriunda do Supremo Tribunal Federal, a apresentação desta temática demonstra relevância ao mundo acadêmico, pois trará elementos de análise importantes para a implementação, principalmente no cenário de investigação e condução dos processos relacionados ao contexto das organizações criminosas.

Quanto ao aspecto metodológico, o trabalho se baseia na pesquisa bibliográfica, de revisão de textos, artigos científicos, doutrinas, além de considerações subjetivas do pesquisador, a partir da análise das legislações relacionadas com as temáticas tratadas.

No primeiro capítulo se apresentará os sistemas processuais penais, para que seja possível identificar qual melhor se adapta ao ordenamento jurídico brasileiro, em uma análise da Constituição Federal de 1988. No segundo capítulo, serão trazidas definições acerca da imparcialidade do juiz e como esta pode ser comprometida, no aspecto de análise da teoria da dissonância cognitiva. No terceiro capítulo, serão apresentados elementos da Lei nº 12.850/2013, como sua origem, os meios de obtenção das provas e a atuação do juiz no âmbito da investigação. No quarto e último capítulo, será discorrido acerca do juiz das garantias, analisando sua atuação relacionada com a Lei nº 12.850/2013 e, por fim, apresentando aspectos relacionados à imparcialidade e sua atuação com base na teoria da dissonância cognitiva.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A doutrina divide os sistemas processuais penais em três tipos: sistema inquisitório, sistema acusatório e sistema misto.

O sistema inquisitório se apresenta com características que evidenciam a figura do juiz como parte central do processo, pois sua atuação abrange tanto a função de julgar, como a de acusar.

O sistema acusatório é o que pode ser considerado mais próximo da Constituição Federal de 1988, pois garante uma imparcial atuação do juiz, afastando-o da produção da prova, função que se remete, exclusivamente, às partes que promovem a acusação e a defesa.

O sistema misto se caracteriza por duas fases, sendo a primeira associada ao sistema inquisitório e a segunda ao sistema acusatório. O sistema inquisitório, dentro do contexto do sistema misto, se encontra inserido na fase de investigação, enquanto que o sistema acusatório pode ser observado na fase processual, após o ajuizamento da denúncia.

O estudo dos sistemas processuais penais se demonstra essencial para a compreensão das suas características e aplicação no contexto prático, relacionando-os com o que dispõe a Constituição Federal de 1988.

2.1 SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema inquisitório tem como principal característica a atuação do juiz como produtor da prova, participando ativamente da instrução processual. O julgador sai do patamar da imparcialidade e passa a intervir diretamente na função de acusar, agindo como um inquisidor. Com isso, o acusado perde a condição de sujeito processual, passando a ser considerado mera peça da investigação, ou seja, um mero objeto do Estado (LOPES JR., 2019).

Partindo para uma situação hipotética de uma suposta prática de crime, no sistema inquisitório o juiz pode, de ofício, dar início à investigação e buscar o material probatório que irá formar o seu convencimento. O acusado é posto em uma situação equiparada ao de testemunha, tendo que falar a verdade, sob pena de ser coagido (LOPES JR., 2019).

Segundo Pacelli (2021), o sistema inquisitório se alimentou do princípio da verdade real, validando atos ilegais praticados pelo Estado, unicamente com o intuito de se obter a realidade dos fatos. Dentro dessa perspectiva, puderam ser observados desvios de autoridades públicas, além de fundamentar uma atuação de iniciativa probatória por parte do juiz.

Analisando os posicionamentos apontados acima, tem-se que o sistema inquisitório se demonstra bem propício a violações de direitos e garantias individuais. Difícil alinhar suas características com o que se encontra disposto na Constituição Federal de 1988, principalmente pelas situações em que o contraditório é ignorado e a ampla defesa é esquecida.

Dentro desse contexto, de violação de direitos e garantias, além do mencionado confronto com o que se encontra disposto na Constituição Federal, se posiciona Lima (2020, p. 43), apontando as seguintes características do sistema inquisitório:

Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual.

Observa-se que há menção da utilização da tortura como meio de obtenção de esclarecimentos dos fatos, a fim de dar finalidade ao processo penal. Dentro dessa linha de raciocínio e modo de agir do juiz inquisidor, é que vem a situação narrada anteriormente, de desvios de autoridades públicas, pautadas na busca da verdade real.

Assim, a tortura é definida por Beccaria (1764, p. 23):

A tortura é muitas vezes um meio seguro de condenar o inocente fraco e de absolver o celerado robusto. É esse, de ordinário, o resultado terrível dessa barbárie que se julga capaz de produzir a verdade, desse uso digno dos canibais, e que os romanos, mau grado a dureza dos seus costumes, reservavam exclusivamente aos escravos, vítimas infelizes de um povo cuja feroz virtude tanto se tem gabado.

Aliás, por ser a tortura um ato tão perverso, praticada inúmeras vezes por autoridades públicas na busca de uma alegada verdade real, o legislador destinou

clara atenção ao tema, criando lei específica que definiu tal prática como crime. Trata-se da Lei nº 9.455/97, que em sua redação textual traz alguns direcionamentos aos agentes públicos:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

(...)

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

(...)

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. (BRASIL, 1997, p. 01)

Conforme se observa, a lei traz situação de acréscimo da pena e até mesmo perda do cargo, função ou emprego público, além de interdição para o seu exercício.

Faz-se necessário enfatizar a tortura e relacioná-la com o sistema inquisitório, pois, de fato, os procedimentos inerentes ao processo penal inquisitório se encontram longe de um alinhamento com a Constituição Federal de 1988, com garantias e direitos conquistados através de anos de luta, além de, frontalmente adverso com a dignidade da pessoa humana.

Não se pode admitir, de forma alguma, que um Estado Democrático de Direitos se alinhe com qualquer hipótese inerente ao sistema inquisitorial, que aponta para situações e circunstâncias nas quais o ser humano é tratado como coisa e não um sujeito de direitos.

2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório se caracteriza pela divisão entre as funções de acusar e julgar. O que se percebe, nesse sistema, é que as funções não são centralizadas em uma única figura. Dentro desta perspectiva, há de ser observada uma maior imparcialidade do juiz. O procedimento é caracterizado pela supremacia do contraditório e da ampla defesa, distanciando o julgador da produção das provas, missão esta que é reservada às partes, em igualdade de tratamentos, atuando em busca da verdade real (MOUGENOT, 2019).

Segundo Lopes Jr. (2019), o sistema acusatório sofre com algumas críticas, que são direcionadas à inércia do juiz, imposta pela imparcialidade, o fazendo, por

muitas vezes, ter de suportar situações em que a atividade das partes é incompleta, passando a julgar um processo com base em um material fático e probatório falho.

Confrontando ambas as perspectivas apresentadas anteriormente, tem-se que, se de um lado o sistema acusatório apresenta características que garantem a imparcialidade, de outro, a garantia da imparcialidade pode trazer consequências no material probatório produzido pelas partes. Nesse contexto, há de se analisar qual o prejuízo será menor, abrir mão da imparcialidade ou admitir a atuação do juiz nos procedimentos inerentes ao processo penal.

A imparcialidade do juiz é, inquestionavelmente, um enorme benefício para quem está sendo processado. Dentro desse ponto de vista, há de se entender que a falha da atuação das partes, no decorrer da produção do material probatório, não deve ser considerada uma mácula tamanha para se comparar com a atuação de um juiz parcial. Ressalta-se, ainda, que, nos dias de hoje, há diversos profissionais aptos o suficiente para evitar falhas e erros, além de que, os mesmos contam com ferramentas eletrônicas que proporcionam um amplo conhecimento, assim, se torna bem escassa a probabilidade de erros.

Por óbvio, em determinadas situações, falhas podem ocorrer, porém, não se tornam aptas a justificar um confronto direto com a imparcialidade do juiz, característica basilar do sistema acusatório.

Além do afastamento do juiz na produção da prova, atividade destinada às partes, o sistema acusatório também tem como característica a publicidade dos atos praticados, sejam na fase processual, sejam na fase investigatória. Em poucas ocasiões, no processo penal brasileiro, se admite o sigilo, porém a regra é de que todas as partes tenham amplo acesso ao conteúdo da investigação e acusação. Esta regra se encontra associada ao princípio do contraditório (MOUGENOT, 2019).

Dentro da análise já realizada, dos aspectos que caracterizam o sistema acusatório, percebe-se que há uma relação interessante entre a imparcialidade e o contraditório, para que os procedimentos sejam efetivados apenas com a participação das partes. Para melhor contextualizar essa relação, considera-se, por exemplo, na prática processual penal, que a convicção do juiz deve ser formada pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, afastando a conclusão baseada unicamente nos elementos informativos colhidos durante a investigação.

A hipótese acima, de formação da convicção do juiz, baseada nos elementos probatórios produzidos a partir do contraditório judicial, é regra disposto pelo artigo 155, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Conforme já disposto em tópico anterior, destinado a explanar acerca do sistema inquisitório, a fase de investigação, atualmente, se alinha com situações em que o contraditório não é estabelecido, motivo pelo qual o legislador se preocupou em reservar maiores atenções, no que diz respeito ao ato de julgar, às provas produzidas pelo crivo do contraditório judicial.

Aliás, se faz necessário destacar que as características do sistema acusatório se encontram alinhadas com preceitos e garantias da Constituição Federal de 1988. Referida afirmação se baseia na conclusão adotada por Lopes Jr. (2020, p. 130):

Inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica.

Atentando-se para características que se alinham com as garantias e os preceitos definidos pela Constituição Federal de 1988, o legislador fez questão de afirmar o sistema acusatório como basilar do processo penal brasileiro, a partir da edição da Lei nº 13.964/2019, que em seu artigo 3º-A expõe: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2019, p. 3).

Com a edição da norma acima referenciada, o legislador trouxe para a fase investigativa a característica basilar do sistema acusatório, que é o afastamento do julgador da atuação na produção da prova, trazendo uma maior aproximação, desta fase processual, com o disposto na Constituição Federal de 1988, ao destinar, tal responsabilidade, apenas às partes.

Além do texto normativo vedar a atuação do juiz como substituto às partes na produção da prova, também o afastou da atuação de ofício, que deveras, no Código de Processo Penal, se demonstra como um ato possível e, conseqüentemente, legal, ainda que estranho ao sistema acusatório e à Constituição Federal de 1988.

Em contrapartida com o que quis dispor o legislador, o Supremo Tribunal Federal, mediante decisão do Ministro Luiz Fux, suspendeu os efeitos da referida norma. Acerca dessa suspensão, se posiciona Lopes Jr. (2020, p. 131):

[...] Com a concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. FUX, está suspensa, sine die, a eficácia do art. 3º-A. Como se trata de medida liminar, manteremos a análise do dispositivo legal, que poderá ter sua vigência restabelecida a qualquer momento. Portanto, enquanto estiver valendo a medida liminar, o artigo 3º-A está suspenso. Assim, o processo penal segue com a estrutura inquisitória (do CPP) em confronto direto com o modelo acusatório desenhado pela Constituição. Mas manteremos nossas considerações, não só porque o(s) dispositivo(s) pode(m) entrar em vigor, mas também porque reflete(m) um avanço importante para o processo penal e serve(m) como fundamentação teórica para criticar o superado modelo do CPP [...]

Em análise à intervenção do Supremo Tribunal Federal, mediante decisão do Ministro Luiz Fux, necessário citar o posicionamento de Beccaria (1764, p. 7):

Abramos a história, veremos que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vezes, senão o instrumento das paixões da minoria, ou o produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria.

O posicionamento destacado acima, certamente reflete a situação pela qual incorre a afirmação do sistema acusatório no Processo Penal do Brasil, pois atrai o desconforto de certas minorias. No presente caso, não se trata de interesses no momento de legislar, mas da insatisfação com a aplicação da norma, talvez pelo fato de que a afirmação do sistema acusatório, no Processo Penal, ocasionaria uma maior inércia do juiz, o que, aparentemente, não seria do interesse de alguns membros desta classe.

2.3 SISTEMA MISTO

O sistema misto, como o próprio nome já se faz deduzir, há a presença do sistema inquisitório e acusatório, sendo que em fases distintas. A primeira fase é inquisitorial, abarcando as características já elencadas, de ausência de publicidade e ampla defesa, instrução escrita e secreta, sem acusação e sem contraditório. Nesta primeira fase é realizada uma investigação, comandada pelo juiz, buscando

materialidade e autoria do crime. A segunda fase vem a ser de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a denúncia, o réu se defende e o juiz julga, priorizando a publicidade, oralidade, isonomia e o contraditório (LIMA, 2020).

Analisando as características típicas do sistema misto, entende-se que não seja este o mais adequado dos sistemas. Afirma-se tal raciocínio, pois se está diante, ainda, de situações em que o juiz participa da colheita de provas, conforme pôde ser apontado anteriormente. Dentro desse contexto, como não concluir de que o juiz que participa da primeira fase, não se encontra “contaminado” para julgar em uma segunda fase?

Ora, ainda que na segunda fase possa ser observado que o juiz fica afastado da instrução processual e mantém a isonomia entre as partes, preservando todos os direitos e garantias inerentes ao sistema acusatório, difícil se faz imaginar que ao ter contato com a fase investigativa, o julgador não formou uma opinião, a qual influenciará no julgamento final do processo.

Ainda que com o receio acima identificado, há de ser apontado que o sistema misto não é tão agressivo quanto o sistema inquisitório, no ponto de vista de violação de direitos e garantias, pois, pelo menos, se vê que o juiz não oferece a acusação, cabendo ao órgão acusador, cumprir com esta função.

Segundo Rangel (2019), a função jurisdicional deve ser ao máximo preservada, sendo que, nos Estados Democráticos de Direito, deve-se retirar o julgador da fase de investigação, destinando-a aos poderes concedidos ao Ministério Público, que passa a atuar controlando as diligências realizadas pela polícia, além de agir por conta própria, formando sua opinião e dando início à ação penal.

Analisando as características do sistema misto e relacionando-as com o processo penal brasileiro, Rangel (2019, p. 128) assim se posiciona:

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias. Neste caso, observe o leitor que o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso dá o pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade processual. Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Não é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito.

Observa-se que a análise realizada por Rangel (2019), o sistema acusatório praticado no Brasil não é puro em essência, ou seja, dentro dos procedimentos praticados pelo Processo Penal, no Brasil, há elementos típicos de um sistema inquisitório. Há situações em que, ainda que na fase de tramitação processual, após o oferecimento da denúncia, elementos de prova constituídos na fase investigativa são utilizados como embasamento para o processo, ainda que não tenham sido colhidos pelo crivo do contraditório.

Aliás, há, por exemplo, situação na qual decisões são proferidas pelo juiz, já após o oferecimento da denúncia e iniciada a ação penal, visando a garantia da instrução criminal, porém pautado nas provas de existência do crime e indícios suficientes da autoria. É o que se vê da redação dos artigos 311 e 312, ambos da Lei nº 5.349/67, que dispõem acerca da prisão preventiva, nos seguintes termos:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria (BRASIL, 1967, p. 1).

Ora, se a prisão preventiva vem a ser decretada para assegurar a instrução criminal, obviamente ela é baseada nos elementos fáticos e probatórios colhidos na fase investigatória, que apontam para a existência do crime e indícios de autoria.

Nesse contexto, vale salientar, mais uma vez, conforme já apontado anteriormente pela doutrina, especificamente por Rangel (2019), que a fase investigatória, ou seja, de inquérito, traz muitas características do sistema inquisitório, portanto, as provas que subsidiariam uma decisão de prisão preventiva, visando assegurar a instrução criminal, teriam sido produzidas em contradição com o que prega o sistema acusatório, ainda que esta decisão tenha sido proferida na denominada segunda fase do sistema misto.

De certo que, analisando o Código de Processo Penal, especificamente a redação textual dos artigos 156 e 385, há de ser observado que o juiz, ainda que já tenha sido oferecida a denúncia, por parte do órgão acusador, pode participar da produção da prova, complementando-a, sob o argumento de dirimir dúvidas, além de

condenar um acusado divergindo da tese de acusação, caso essa seja pela absolvição (BRASIL, 1941).

Não se pode negar, portanto, que o juiz tem participação durante a instrução criminal, ou seja, no que seria a segunda fase de um sistema misto, que deveria ser inteiramente acusatório. O que se observa é que, de fato, conforme afirma grande parte da doutrina, o sistema brasileiro se alinha com um sistema misto, porém ainda com fortes características do sistema inquisitório.

3 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ E A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

O princípio da imparcialidade do juiz se apresenta como uma garantia de melhor tramitação processual, no aspecto de ser observada a atuação do juiz afastada da produção da prova, garantindo tratamento igualitário às partes que cumprem o papel de acusar e defender. É o princípio da imparcialidade do juiz que traz ao processo a divisão de funções, assegurando ao juiz a única e exclusiva função de julgar, que, de forma alguma, deve ser comprometida por sua atuação na produção da prova.

A Teoria da Dissonância Cognitiva pode ser considerada como um relevante elemento de análise para preservação da imparcialidade do juiz, já que através dela pode ser observado que ao atuar na fase de investigação, tramitação processual e julgamento, o julgador acaba por ter sua cognição comprometida, já que, ao julgar, acaba por fugir das teses apresentadas pela acusação e defesa, para atuar em confirmação de um terceiro pensamento, formado em sua convicção desde os elementos fáticos e probatórios colhidos durante a investigação, alheio ao que foi produzido pelas partes (ANDRADE, 2019).

Adiante, melhor será detalhada essa relação entre o princípio da imparcialidade do juiz e a Teoria da Dissonância Cognitiva, a partir de uma análise do ponto de vista teórico.

3.1 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

O princípio da imparcialidade do juiz encontra relação direta com o sistema acusatório. A Constituição Federal de 1988, privilegiando direitos e garantias individuais e visando retirar o juiz da persecução penal, deu exclusividade ao Ministério Público, separando as funções inerentes aos sujeitos processuais, no processo penal (RANGEL, 2019).

Com isso, resta notório que a figura do juiz inquisidor não é admitida no processo penal brasileiro. Apesar de, como visto anteriormente, o processo penal ainda ter algumas características de sistema inquisitório, a Constituição Federal de 1988 fez questão de afastar algumas situações em que, nitidamente, poderiam trazer riscos ao cumprimento dos direitos e garantias nela privilegiados.

Segundo Lima (2020), a garantia da imparcialidade do juiz é uma característica lógica do devido processo legal, além de uma consequência do advento do sistema acusatório”. A garantia da imparcialidade encontra expressa menção na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a partir do disposto no artigo 8º, nº 1, do Decreto nº 678/92.

A imparcialidade pode ser considerada uma das principais funções do juiz, cabendo a este, na resolução dos conflitos, aplicar a legislação ao caso concreto (MOUGENOT, 2019).

Observa-se que uma posição imparcial do juiz garantiria, de fato, uma afirmação de um sistema acusatório. Ora, o ato de analisar as provas e os fatos que são apresentados pela acusação e defesa, bem como interpretar as normas e aplicar estas aos casos concretos, já bastariam para a função de alguém investido no poder de punir concedido pelo Estado. Fugir destas atribuições seria comprometer circunstâncias de fato e de direito, bem como condições pessoais daquele que se encontra investido no papel de julgar.

Para Pacelli (2021), a regra da imparcialidade surge como uma preocupação com as circunstâncias de fato e de direito, além de proteger as condições pessoais do julgador, visando a obtenção de uma decisão qualificada”. Para tanto, há instrumentos processuais específicos que visam assegurar a imparcialidade do juiz, sendo os casos de impedimentos, incompatibilidades e suspeição.

Há de se analisar que o sistema processual penal reservou procedimentos próprios para salvaguardar as condições pessoais do julgador. Em determinadas situações, elementos fáticos podem comprometer o exercício da atividade de julgar, assim, entende-se que cabe a alegação destes elementos processuais, a fim de que seja mantida não só a qualidade da decisão, mas como salvaguardados todos os direitos e garantias fundamentais inerentes aos sujeitos do processo.

Além dos instrumentos processuais acima citados, a Constituição Federal também faz grande esforço para manter a imparcialidade do juiz. Os magistrados detêm garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (AVENA, 2020).

Dentro de todo esse contexto, há de ser observado que existem pelo menos duas vias de manutenção da imparcialidade. Em uma via o juiz detém instrumentos processuais que o viabiliza de se afastar de determinado caso, em situações que os elementos fáticos ou os sujeitos processuais comprometem a sua imparcialidade. Em

outra via há garantias constitucionais que o fazem ter segurança para julgar, afastado de pressões, tornando-o apto para conduzir o processo de maneira justa.

Pode se presumir que as garantias constitucionalmente asseguradas aos juízes, acima mencionadas, são mais uma evidência de que a Constituição Federal de 1988 detém elementos característicos do sistema acusatório.

3.2 TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

A Teoria da Dissonância Cognitiva tem origem a partir de estudos realizados por Leon Festinger, uma relevante contribuição da Psicologia para outras áreas de conhecimento humano, em especial o Direito (MOREIRA, 2022).

Segundo Pereira (2020), a Teoria da Dissonância Cognitiva veio a ser aplicada no processo penal, a partir dos estudos de Schunemann, no âmbito do processo penal alemão, que com base em experiências, buscou reproduzir a dinâmica da citada teoria, nas ciências sociais.

Para detalhar a Teoria da Dissonância Cognitiva, Lopes Jr. (2020, p. 99), cita Schunemann e aponta o seguinte:

Em linhas introdutórias, a teoria da “dissonância cognitiva”, desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de “consonância” (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e a sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas [...].

O autor traz a teoria da dissonância cognitiva para o campo do processo penal, aplicando-a diretamente sobre o juiz e sua atuação até a formação da decisão, na medida em que precisa lidar com duas “opiniões” antagônicas, incompatíveis (teses de acusação e defesa), bem como com a “sua opinião” sobre o caso penal, que sempre encontrará antagonismo frente a uma das outras duas (acusação ou defesa). Mais do que isso, considerando que o juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, para recebê-la, é inafastável o pré-julgamento (agravado quando ele decide anteriormente sobre prisão preventiva, medidas cautelares etc.). É de se supor – afirma SCHÜNEMANN – que “tendencialmente o juiz a ela se apegará (a imagem já construída) de modo que ele tentará confirmá-la na audiência (instrução), isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes”.

O ponto de análise acima apresentado é bastante interessante para o estudo do processo penal, principalmente em um ponto de vista de posituação do sistema acusatório. Conforme disposto no posicionamento supramencionado, o juiz ao ter contato com a fase que antecede à instrução criminal, acaba por formar uma convicção inicial, dificilmente capaz de ser desconstruída no decorrer da tramitação do processo.

A partir do que é analisado, da Teoria da Dissonância Cognitiva, situações das quais o juiz participa da fase investigatória e passa a também atuar na instrução do processo criminal, este que deveria ter uma atuação imparcial, distanciada da produção das provas e transmitindo equidade às partes, passaria a atuar em condições de confirmar conclusões já adotadas na fase anterior ao oferecimento da denúncia.

Nesses dois contextos, há um distanciamento, na prática, da atuação do juiz com as características de um processo penal acusatório. Em uma situação há a atuação do juiz com um pensamento já formado, com difíceis condições de afastá-lo, e em outra situação há o juiz utilizando dos mecanismos processuais, que permitem a atuação na produção das provas, para confirmar sua convicção inicial.

Aliás, o código de processo penal brasileiro, em sua atual redação, admite que o juiz, de ofício, produza prova antes de proferir a sentença, regra que se encontra disposta no artigo 156, que assim dispõe:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (BRASIL, 1941, p. 22).

Conforme se observa do texto da lei, o juiz pode determinar, de ofício, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, situação que pode ser determinada antes de proferir a sentença. Em um cenário do que se encontra apresentado pela Teoria da Dissonância Cognitiva, essa regra processual se demonstra um grande risco tanto para a afirmação de um sistema acusatório, como para a garantia da imparcialidade.

Um outro exemplo que pode ser analisado é nos casos em que decisões são proferidas pelo juiz, antes mesmo do ajuizamento da denúncia, sendo este o mesmo julgador responsável pela decisão final do processo. Dentro dessa hipótese e em um contexto da Teoria da Dissonância Cognitiva, Festinger (1975, p. 70) traz o seguinte posicionamento:

Se houver mudança na atratividade de alternativas, depois de uma decisão, de modo que a alternativa escolhida se torne mais desejável ou a alternativa preterida menos desejável, ou ambas as coisas, então haverá consequências adicionais dessa redução de dissonância que devem ser examinadas. No experimento de Brehm, por exemplo, em que as mudanças na atratividade das alternativas ocorreram como a teoria da dissonância prévia, seria de esperar que, se os sujeitos tivessem, de algum modo, de repetir a tomada de decisão, a segunda decisão ser-lhes-ia mais fácil de tomar porque as duas alternativas são agora mais diferentes em atratividade do que tinham sido antes. Do mesmo modo, se por alguma razão tivessem de inverter suas respectivas decisões, seria lícito esperar que isso apresentasse aos sujeitos uma tarefa muito difícil de levar a cabo, mesmo quando a decisão inicial tivesse sido parecida.

Observa-se, pelo pensamento acima, que se em um momento inicial há uma tomada de decisão, para que o sujeito, em momento posterior, venha a se desfazer dos elementos de convicção que o levaram àquele resultado, é de se deduzir que seria uma tarefa muito mais difícil.

Pode-se deduzir que tal situação, exemplificada pela Teoria da Dissonância Cognitiva, não foge da realidade vista no processo penal brasileiro, especialmente em situações nas quais pode se constatar um único juiz atuando, tanto na fase de investigação, quando os elementos probatórios iniciais são colhidos, em busca da materialidade e autoria do crime, como na fase instrutória judicial, tendo, ao final, que proferir sentença.

Para Andrade (2019), é comum, na atuação dos juízes criminais, que haja um desconforto entre duas crenças ou cognições discrepantes. A dissonância é perceptível principalmente quando há tomada de decisões em sede de cognição sumária, citando-a como superficial, e de cognição exauriente, citando-a como plena.

Explicando esse fenômeno e demonstrando preocupação, Andrade (2019, p. 1672) menciona:

Se o julgador não tiver consciência desse fenômeno tão estudado no campo da psicologia social, o processo de tomada de decisão pode tornar-se distorcido. A necessidade de o juiz manter a coerência e de preservar a autoimagem perante terceiros gera atitudes que nem sempre são as mais

racionais. Seus sentimentos se sobrepõem à racionalidade. Busca seletivamente informações que possam aumentar o número de elementos consonantes que justifiquem sua ação e reduzam a dissonância. Pratica ato ou expressa uma ideia que não condiz com seu pensamento apenas para afastar a tensão entre suas duas cognições contraditórias. [...] O estudo revelou que, num quadro de dissonância cognitiva, tende a eclodir o viés de confirmação (confirmation bias), quando o julgador leva em consideração apenas informações ou provas que confirmem sua crença, sua hipótese (elementos consonantes), desprezando os elementos em sentido contrário (elementos dissonantes).

A questão parece ser muito bem pontuada no posicionamento acima, trazida, justamente, por juiz com atuação no Brasil, apontando para uma preocupação na atuação dos magistrados e a Teoria da Dissonância Cognitiva.

Pelo contexto do que restou explorado, acerca da Teoria da Dissonância Cognitiva, em especial ao que foi afirmado por Andrade (2019), o julgador, em um estado de formação de opinião prévia, pelos elementos de cognição sumária, pode estar comprometido a agir em confirmação da sua crença, apenas considerando informações ou provas que a ela estejam relacionadas, sendo estes os elementos consonantes, afastando de sua convicção todos os elementos dissonantes, ou seja, aqueles que invalidam seu posicionamento prévio, influenciando negativamente, no ponto de vista da imparcialidade, a sua cognição exauriente.

Em outra linha de raciocínio, Pereira (2020, p. 45), ao analisar a tomada de decisão, por parte do juiz, na fase de recebimento da denúncia e em sentença, destaca:

Não é preciso repetir as referências já feitas acerca da ausência de coincidência entre a análise judicial para fins de recebimento da denúncia e a decisão condenatória em primeiro grau. A abertura do processo judicial não se embasa em avaliação sobre a culpabilidade do acusado. O juiz não precisa, e não deve, no exame de recebimento da denúncia, apreciar se há base probatória suficiente para fins de formação de juízo condenatório, tampouco decidir sobre elevada probabilidade de decisão final condenatória. A aferição da justa causa para o exercício da ação penal, que depende da presença de indícios razoáveis de autoria e materialidade, não se equipara à valoração necessária para fins de juízo condenatório. E sequer o objeto da valoração na abertura do processo penal será o mesmo da fase de sentença, uma vez que considera somente os elementos colhidos na fase preliminar inquisitiva.

Portanto, nem há de se perquirir se o inverso de um elemento decorre do outro, porque a relação aqui é de não atinência. Embasar o recebimento da denúncia não é incoerente ou contraditório com sentença absolutória ao final da instrução judicial. Traduzindo aos termos da teoria, não há dissonância na relação existente entre essa cópia de elementos cognitivos, simplesmente porque, em realidade, tais elementos nem sequer são reciprocamente atinentes, eles podem sim conviver – nas palavras de Festinger, o inverso de um elemento não decorre do outro. Diferentemente do que a obra de Festinger explora, não se tem aqui uma decisão com tendência à

estabilidade, não há o “efeito congelante” da tomada de decisão, que embasa uma ação e que depois tenderá a ser cognitivamente imunizada do efeito atrativo da alternativa já rejeitada.

O posicionamento acima expõe a ideia de que não há elementos suficientes para se fazer concluir que o juiz, ao proferir decisão de recebimento da denúncia, estaria prejudicado, no sentido cognitivo, para proferir uma sentença em um mesmo processo.

Conforme se observa da análise realizada por Pereira (2020), ao decidir acerca do recebimento da denúncia, o juiz não deve analisar se há base probatória suficiente para uma futura condenação. Porém, a análise da atuação do juiz no processo penal brasileiro não pode se resumir à decisão de recebimento da denúncia e relacioná-la, estritamente, com os elementos de convicção necessários para a formação de um decreto condenatório ou absolutório.

A questão se torna muito mais complexa quando ao mesmo juiz também cabe a análise de medidas cautelares. À título de exemplo, especificamente no tocante ao que se encontra disposto pela Lei nº 12.850/2013, que trata acerca das organizações criminosas, há de se destacar a hipótese de funcionário público integrando organização criminosa, situação na qual caberá ao juiz analisar a presença de indícios suficientes para proceder com o afastamento do cargo do funcionário investigado (BRASIL, 2013).

Suponha-se, que no exemplo acima, o juiz tenha afastado o funcionário público do cargo, estando convencido de que durante a fase de investigação haviam fortes indícios de autoria e materialidade do crime de organização criminosa. Posteriormente, após o ajuizamento da denúncia, o juiz a recebe, analisando os requisitos legais. Será que, diante do que restou apurado na instrução processual, havendo um mínimo de dúvida acerca da autoria do crime, por parte do funcionário afastado, o juiz aplicaria o princípio do *in dubio pro reo*?

Observa-se, com isso, que ao analisar os elementos consonantes e dissonantes da tomada de decisões, inerentes à Teoria da Dissonância Cognitiva, não cabe a análise restrita de situações específicas, como receber a denúncia e proferir a sentença. O que se quer dizer é que o processo penal é muito complexo e abrange um conjunto de fatores, desde os procedimentais, inerentes à fase pré-processual e processual, que não se resumem aos dois atos decisórios citados, bem como os

elementos subjetivos e externos ao processo, como, por exemplo, a incidência do poder da mídia, que fortemente influencia na convicção do ser humano em geral.

Dentro dessa perspectiva, há de ser observado que assiste razão ao que restou exposto por Andrade (2019), quando cita que os sentimentos se sobrepõem à racionalidade. A busca de informações, por parte do juiz, passa a ser seletiva, no intuito de aumentar o número de elementos consonantes para justificar sua ação, chegando a praticar atos que não sejam condizentes com seus pensamentos, apenas para afastar a tensão de suas duas cognições contraditórias.

No contexto do exemplo citado, do funcionário público cautelarmente afastado, pouco provável seria uma absolvição baseada no princípio do *in dubio pro reo*, pois a necessidade de confirmação dos elementos que conduziram ao deferimento da medida cautelar, durante a investigação, prevaleceriam em detrimento de qualquer dúvida gerada durante a instrução probatória, podendo o juiz se utilizar, inclusive, do disposto no artigo 156, do Código de Processo Penal, para evitar agir de modo contrário aos seus elementos consonantes, afastando de sua cognição, todos os elementos que poderiam ser considerados como dissonantes.

4 A ATUAÇÃO DO JUIZ NA FASE INVESTIGATÓRIA, DEFINIDA PELA LEI Nº 12.850/2013

A Lei nº 12.850/2013, também conhecida como lei das organizações criminosas, trouxe, em seu conteúdo normativo, um conjunto de meios de obtenção de provas, cujas utilizações acabam por ocasionar em violações às garantias e aos direitos individuais de quem está sendo investigado e, posteriormente, acusado.

Compreender o contexto em que se deu o advento da Lei nº 12.850/2013 se faz importante para ter uma base do quão ofensivo aos direitos individuais e às garantias dos investigados, a aplicação dos meios de obtenção de provas exemplificados pela referida legislação pode ser, principalmente no aspecto de análise da atuação do juiz.

4.1 ADVENTO DA LEI Nº 12.850/2013

Para Anselmo (2017), além de tipificar o crime de organização criminosa, a Lei nº 12.850/2013 também tratou dos meios de obtenção de prova especiais a serem empregados para o controle das organizações criminosas.

Analisando a Lei nº 12.850/2013, observa-se que, de fato, além dos meios de obtenção de provas, a referida lei também traz considerações acerca de organização criminosa e investigação criminal (BRASIL, 2013).

Conforme já mencionado anteriormente, a partir do posicionamento de Beccaria (1764), as leis podem ser consideradas como um produto do acaso e do momento.

A partir do raciocínio referenciado acima, tem-se que a edição das leis sofrem a influência da realidade temporal na qual é criada. Conforme observado inicialmente, a Lei nº 12.850/2013, além de definir e punir situações relacionadas à organização criminosas, também reúne meios de obtenção de provas bastantes interventivos, talvez em resposta à ênfase dada para a questão, nos últimos anos.

Segundo Ferreira e Silva (2019, p. 2):

Dentro desse prisma de efetividade da legislação, observa-se que a Lei Nº 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa) traz à tona para o âmbito jurídico uma abordagem teórico-legislativa para conceituar o crime organizado, bem como para tratá-lo como entidade delituosa, abordando os

arranjos complexos dos delitos, mecanismos de enfrentamento e instrumentos legais de investigação criminal.

Dentro desse raciocínio, é de amplo conhecimento que as organizações criminosas se apresentam como uma grande ameaça à segurança pública, o que, por dedução, atrai uma maior rigidez no momento de editar as normas que a elas se relacionam. Não por acaso, da leitura dos meios de obtenção de provas indicados na Lei nº 12.850/2013, deduz-se que o legislador, ao os tornarem instrumentos previstos na lei, teve por finalidade o controle das organizações criminosas.

Seguindo em análise da Lei nº 12.850/2013, sua rigidez, inclusive, pode trazer ameaça às garantias fundamentais dos investigados, em razão de uma pretensa efetividade. Nesse sentido, Busato (2013, p. 274):

O que se pode concluir desta breve análise da lei é que o intuito do legislador foi compilar, em uma única lei, voltada para a investigação de organizações criminosas, todos os instrumentos mais interventivos de produção probatória previstos em lei ou em tratados internacionais de que o Brasil é signatário, a despeito dos recortes que tais instrumentos possam significar em termos de garantias fundamentais dos investigados, em nome de uma pretensa eficácia.

Em análise ao aspecto considerado pelo legislador, aparentemente uma eventual busca pela verdade real imperou no momento da redação da Lei nº 12.850/2013, trazendo riscos para garantias fundamentais dos investigados. No caso, conforme já apontado, a rigidez com a questão também tratada no referido diploma legal, qual seja, organização criminosa, trouxe ao legislador preocupações mais voltadas à segurança pública, trazendo meios de obtenção de provas que aproximam o julgador da função reservada ao órgão acusador.

Aparentemente, questões como escândalos de corrupção, cujas práticas dependem de mais de um agente, muitas vezes associadas com a atuação de agentes públicos, bem como o crescimento das facções criminosas no Brasil, podem ser apontadas como causas da origem da Lei nº 12.850/2013 e sua forma de redação.

4.2 MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS DEFINIDOS PELA LEI Nº 12.850/2013

O artigo 3º, da Lei nº 12.850/2013, dispõe sobre os meios de obtenção das provas, especificando-os nos seguintes termos:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal (BRASIL, 2013, p. 2).

Conforme se observa da legislação acima destacada, vários são os meios de obtenção das provas especificados, sendo essa variedade, conforme já visto anteriormente, uma consequência da busca pela verdade real, em uma temática que despertou e ainda desperta grandes cuidados, que é o combate às organizações criminosas.

O artigo 3º-A, da Lei nº 12.850/2013, define a colaboração premiada como sendo um negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, com atributos de utilidade e interesse público (BRASIL, 2013).

É relevante mencionar que, na prática processual, a colaboração premiada muitas vezes vem sendo deturpada, pois de acordo com a legislação, se trata de um negócio jurídico e meio de obtenção de prova, sendo muitas vezes utilizada como prova em si, tanto pelo órgão acusador, como pelo juiz, principalmente para fundamentar o deferimento de cautelares.

Cordeiro (2020), reafirma o que indica a legislação específica sobre a colaboração premiada e entende que o referido negócio jurídico é meio de obtenção de prova durante uma investigação válida, podendo revelar outros agentes e a estruturação da prática criminosa.

Dentro dessa perspectiva, de revelação de outros agentes e descoberta da estruturação da prática criminosa, situações que ameaçam as garantias e os direitos individuais podem acontecer, apesar de irem em desencontro com o que dispõe a Constituição Federal de 1988. Se posicionando acerca destas violações, Cordeiro (2020, p. 166) dispõe:

A busca da eficiência não se pode dar com retrocesso de garantias. Não se pode negociar por coerção estatal, com violação de direitos: inadmissível é a humilhação ou a privação da liberdade para induzir a colaboração, inadmissível é a negação ou condução do acordo por interesses pessoais do negociador, inadmissível é a pactuação violadora da lei ou da Constituição. Como todo negócio estatal, é ele vinculado às permissões legais e orientado pelos princípios constitucionais e processuais.

Há de se destacar, do posicionamento acima, o argumento da busca da eficiência como uma hipótese de violação às garantias. Apesar do posicionamento acima abordar uma discordância com tal prática, mas se trata da questão já destacada anteriormente, de que em determinadas situações a busca pela verdade real gera consequências graves para direitos e garantias, vindo, inclusive, em encontro com características do sistema inquisitório.

Assim como há quem defenda a colaboração premiada como um negócio jurídico relevante para o combate das organizações criminosas, há quem entenda que este meio de obtenção de prova gera pressões e coerções ao acusado. Vasconcellos (2017, p. 438) destaca:

Invariavelmente, os institutos consensuais caracterizam-se por lógica que impõe pressões e coerções ao acusado para aceitar o acordo e aderir à acusação, o que ocasiona exponencial aumento da chance de condenação de inocentes. A suposta voluntariedade do acusado para aceitar o acordo é falaciosa, pois o funcionamento do instituto se dá por coerções sistemática e pelo esvaziamento das possibilidades de defesa, incluindo a total distorção da relação entre advogado e imputado.

Dentro do contexto acima exposto, é difícil compreender que o instituto da colaboração premiada aponte para verdades cristalinas e incontestáveis. É certo que, em uma situação de ameaça, o extinto natural do ser humano sempre será a defesa, então, se lhe for oferecido métodos para se livrar da acusação, o acusado poderá, inclusive, apontar para pessoas inocentes.

Outro meio de obtenção de prova especificado pelo artigo 3º, inciso II, da Lei nº 12.850/2013, é a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (BRASIL, 2013).

Ao analisar a Lei nº 12.850/2013, percebe-se que não há qualquer disposição acerca de como será realizado e conduzido este meio de obtenção de prova. Para isso, a Lei nº 13.964/2019, em seu artigo 7º, inseriu o artigo 8º-A, na Lei nº 9.296/96, destacando:

Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

- I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e

- II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do caput do art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática (BRASIL, 2019, p. 16-17).

Segundo Avena (2020), ante a ausência de regras que disponham acerca da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, na Lei nº 12.850/2013, o artigo 8ª-A, da Lei nº 9.296/96, também deve ser utilizado em situações de investigação de organizações criminosas.

Adiante com os meios de obtenção de provas, o artigo 3º, inciso III, da Lei nº 12.850/2013, destaca a hipótese de ação controlada. A ação controlada é assim definida por Pacelli (2021, p. 1097):

A ação controlada é atividade tipicamente de investigação, como estratégia para ampliar a coleta de elementos informativos, retardando o cumprimento de determinadas diligências, cuja realização imediata poderia reduzir o campo de informações necessárias à persecução penal mais eficaz de determinadas infrações penais.

Do posicionamento acima, importante se faz observar que a ação controlada se trata de um meio de investigação cujo objetivo se centraliza na coleta de informações.

Dentro desse contexto, Pacelli (2021) aponta que a ação controlada é uma medida de alta relevância para o esclarecimento da estrutura e divisão de tarefas de uma organização criminosa.

Para Lima (2020), a ação controlada vem a ser um meio de obtenção de prova mais produtivo, já que pode evitar a prisão prematura de acusados, em razão da busca por mais envolvidos, principalmente aqueles que estão no comando de uma organização criminosa.

No tocante ao meio obtenção de prova especificado pelo artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 12.850/2013, a lei descreve a possibilidade de acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais (BRASIL, 2013).

Observa-se, do conteúdo textual da Lei nº 12.850/2013, que não há qualquer disposição acerca de como se dá esse tipo de procedimento. Porém, analisando o texto normativo contido no artigo 3º, inciso IV, da referida legislação, tem-se que se trata de meio de obtenção de prova que envolve o acesso aos registros de ligações telefônicas e telemáticas, possivelmente com o intuito de obter maiores informações acerca dos contatos estabelecidos entre acusados. Além disso, há menção ao acesso de dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos e privados, bem como informações eleitorais ou comerciais, que também poderão fornecer informações relevantes para a investigação (BRASIL, 2013).

Adiante, o artigo 3º, da Lei nº 12.850/2013, mediante a redação do inciso V, traz o meio de obtenção de prova referente à interceptação telefônica. Mais uma vez observa-se que não há qualquer disposição acerca deste meio de obtenção de prova, na própria Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013).

Mais uma vez, caso haja a necessidade de utilização da interceptação telefônica como meio de obtenção de prova, durante a investigação de uma organização criminosa, deverá ser aplicado todo o regramento disposto pela Lei nº 9.296/96.

Sobre os dois últimos meios de prova comentados, o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais, bem como a prova colhida mediante a interceptação telefônica, se faz importante considerar o que se encontra disposto no artigo, 5º inciso XII, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988, p. 2).

Observa-se que a Constituição Federal de 1988 protege o acesso aos dados tratados pelos dois meios de prova especificados pelos incisos IV e V, do artigo 3º, da Lei nº 12.850/2013. Ao final da redação do inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, há a ressalva para os casos de investigação criminal ou instrução processual penal. Aparentemente, mais uma vez uma suposta busca pela verdade real abriu a possibilidade de violação a direitos e garantias estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Para Mougnot (2013), a interceptação telefônica pode ser um relevante meio de obtenção de prova para elucidar uma prática delituosa. Destaca que o conteúdo da interceptação telefônica ainda pode ser utilizado de maneira compartilhada, ou seja, à título de prova emprestada para instruir um outro processo de cunho criminal.

Os requisitos para o deferimento da interceptação telefônica estão dispostos no artigo 1º, da Lei nº 9.296/96, sendo apontados por Mougnot (2013, p. 489), nos seguintes termos:

Com fundamento nesse inciso, promulgou-se a Lei n. 9.296/96, que regulamenta a prova por meio de interceptação telefônica com a finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal. Segundo referido diploma legal, a escuta telefônica correrá em segredo de justiça (art. 1º), e somente poderá ser autorizada se: a) houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, por parte do investigado; b) a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e c) o fato investigado constituir infração penal punida com pena mais grave que a de detenção (art. 2º).

É importante ressaltar que a interceptação telefônica poderá ser deferida pelo período de quinze dias, podendo ser prorrogada por igual período, por uma única vez. Sobre a prorrogação, o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, é de que a prorrogação do período da interceptação telefônica poderá ocorrer por mais de uma vez, desde que haja complexidade na investigação, bem como que seja demonstrada a indispensabilidade do procedimento. Já o Superior Tribunal de Justiça, tem admitido a prorrogação por mais de uma vez, bastando a demonstração da indispensabilidade do procedimento (PACELLI, 2021).

Prosseguindo com os meios de obtenção de provas especificados pelo artigo 3º, da Lei nº 12.850/2013, o inciso VI aponta para a hipótese de afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal.

Para essa hipótese, importante destacar o que aponta a Constituição Federal de 1988, que traz o sigilo aos dados bancários como sendo garantia fundamental, resguardado pelo disposto no artigo 5º, inciso XII (BRASIL, 1988).

Analisando a questão constitucional e o interesse da investigação criminal, Manssur (2016) aponta que é possível a quebra do sigilo bancário, ainda que se trate de um direito fundamental. Em sua análise, há o destaque para o equilíbrio que deve ser observado entre a privacidade e a publicidade, em razão de se estar em um Estado Democrático de Direito, o que garante uma análise ampla dos diversos direitos contemplados pelo sistema de normas.

Oliveira (2018) destaca que a proteção ao sigilo bancário se insere dentro da proteção destinada à privacidade, pela garantia estabelecida no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Porém, ao fazer tal observação, também aponta que não se trata de uma proteção absoluta, cabendo a relativização em prol do interesse público.

O afastamento dos sigilos bancário, financeiro e fiscal é uma medida que exige bastante cautela por parte dos julgadores, justamente pela garantia estabelecida na Constituição Federal de 1988. Ao analisar a questão, há de se observar que os tribunais dividem opiniões, enquanto uns julgadores entendem pela não concessão, em razão da proteção dos direitos do réu, e indeferem a medida, outros entendem pelo interesse público e acabam por concedê-la, desde que observados os requisitos, a fim de dar êxito a persecução penal (OLIVEIRA, 2018).

O artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 12.850/2013, destaca a infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação. Acerca deste meio de obtenção de prova, a Lei nº 12.850/2013 reserva do artigo 10 ao artigo 14, para melhor detalhar, sendo o procedimento previsto no artigo 11, que destaca:

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Parágrafo único. Os órgãos de registro e cadastro público poderão incluir nos bancos de dados próprios, mediante procedimento sigiloso e requisição da autoridade judicial, as informações necessárias à efetividade da identidade fictícia criada, nos casos de infiltração de agentes na internet (BRASIL, 2013, p. 7).

Observa-se que a lei reserva alguns requisitos que devem ser observados para que haja a utilização desse meio de obtenção de prova.

Para Pacelli (2021), a infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação não é bem vista, no ponto de vista de análise da constitucionalidade das normas contidas na Lei nº 12.850/2013, que dispõem acerca deste meio de obtenção de prova. Em sua visão, a execução deste meio de obtenção de prova se demonstra uma afronta ao princípio da moralidade administrativa, pois expõe o agente às situações de prática de crime. Essas situações muitas vezes são fundamentadas na hipótese de eficiência.

Para melhor compreensão da medida, para que ela seja útil, se faz necessário que o agente, muitas vezes, tenha que contribuir na prática de infrações penais (PACELLI, 2021).

Ainda a fim de demonstrar como se dá a prática da infiltração de policiais, necessário apontar que, nestes casos, os agentes passam a integrar a organização criminosa, de maneira fictícia e ocultando sua identidade real, com o intuito de verificar os métodos de operação, informações e demais provas que visem garantir a eficiência da investigação (MOUGENOT, 2019).

Por fim, o artigo 3º, inciso VIII, da Lei nº 12.850/2013, aponta para a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

No ponto de vista da cooperação entre as instituições, se faz importante destacar o que prevê a Constituição Federal de 1988, na redação do artigo 5º, inciso XXXIII, ao dispor que é assegurado a qualquer pessoa solicitar informações ao governo, ainda que para uso privado (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, aponta-se que se trata de uma norma que já estava predefinida pela Constituição Federal de 1988, apenas acrescentando uma situação de cooperação entre as instituições e os órgãos especificados.

4.3 A ATUAÇÃO DO JUIZ NO CENÁRIO DA OBTENÇÃO DA PROVA, DE ACORDO COM A LEI Nº 12.850/2013

Conforme visto, vários são os meios de obtenção de provas especificados na Lei nº 12.850/2013, nos quais se observa uma atuação por parte do Ministério Público, de autoridades policiais e do juiz. Em análise aos dispositivos inseridos pela Lei nº

12.850/2013, há de ser destacada a participação efetiva do juiz, em uma fase de produção de prova, que antecede ao ajuizamento da denúncia.

No cenário da colaboração premiada, a atuação do juiz pode ser observada em alguns dispositivos, os quais serão destacados e analisados nos termos que a Lei nº 12.850/2013 especifica.

O parágrafo 7º, do artigo 4º, da Lei nº 12.850/2013, destaca:

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação:

I - regularidade e legalidade;

II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo;

III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo;

IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares (BRASIL, 2013, p. 4).

Ao analisar os dispositivos acima destacados, observa-se que no contexto da colaboração premiada, o juiz já tem o contato com os termos do acordo, as declarações do colaborador e, ainda, poderá ouvir o colaborador, sigilosamente, a fim de realizar a análise de alguns aspectos, no intuito de, ao final, proceder com a homologação do acordo (BRASIL, 2013).

Chama a atenção a hipótese do inciso IV, na qual o juiz analisará a voluntariedade da manifestação de vontade, levando em consideração os casos em que o colaborador esteve ou ainda está sob efeito de medidas cautelares. Ao ler esta hipótese, logo há de se recordar acerca de mecanismos como a tortura, a qual a história retrata que a partir de algum sofrimento, na maioria das vezes físico, o acusado estaria a confessar algum crime. Há de ser destacado que enfrentar algumas medidas cautelares não deixa de ser uma limitação que gera um certo nível de sofrimento para o investigado (BRASIL, 2013).

Nesse ponto, Lima (2020, p. 878) destaca:

Noutro giro, é de todo irrelevante qualquer análise quanto à motivação do agente, pouco importando se a colaboração decorreu de legítimo arrependimento, de medo ou mesmo de evidente interesse na obtenção da vantagem prometida pela Lei. Deveras, o Direito não se importa com os motivos internos do sujeito que resolve colaborar com a justiça, se de ordem moral, social, religiosa, política ou mesmo jurídica, mas sim com o fato de que a entrega dos coautores de um fato criminoso possibilita a busca de um valor, e a manutenção da organização criminosa, de um desvalor.

No ponto de vista acima, a análise do elemento psíquico que conduziu ao investigado em aceitar a hipótese da colaboração premiada é irrelevante. Porém, se trata de um posicionamento preocupante, no ponto de vista de que se torna admissível a colaboração premiada nas hipóteses em que o investigado se encontra sob efeito de medidas cautelares.

Destaca-se, ainda, que o juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, nos termos do parágrafo 8º, do artigo 4º, da Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013).

Por fim, no aspecto da colaboração premiada, chama a atenção a atuação do juiz pela descrição do artigo 3º-B, parágrafo 4º, da Lei nº 12.850/2013, que dispõe:

§ 4º O acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público (BRASIL, 2013, p. 3).

Observa-se que dentro do contexto da colaboração premiada, há espaço para uma instrução. Na análise de Matos, Nunes e Vasconcellos (2022, p. 503):

No parágrafo quarto do mencionado dispositivo, a nova legislação estipulou a possibilidade de se realizar uma instrução prévia à formalização e homologação do pacto, orientando a produção probatória na referida etapa e, conseqüentemente, disciplinando os elementos que requerem obrigatória apreciação judicial para fins de juízo de prelibação. A partir dessa lógica, não é possível a homologação judicial dos acordos de colaboração premiada sem que haja indispensável verificação: 1) dos fatos narrados; 2) da correspondente capitulação jurídica; e 3) da relevância, utilidade e interesse público do negócio.

Dentro de toda essa série de procedimentos inerentes à prévia homologação do acordo de colaboração premiada, difícil se faz acreditar que o juiz não estará cognitivamente influenciado pelos elementos averiguados antes da fase de instrução criminal, esta que se dará após o ajuizamento da denúncia e, até mesmo, quando for proferir decisão final de mérito.

Adentrando ao que consiste a atuação do juiz na ação controlada, Fornazari Júnior (2017) destaca que se trata de um meio de obtenção de prova cuja iniciativa se dá por parte da autoridade policial. A atividade do juiz, neste meio de obtenção de prova, traz, mais uma vez, o contato direto com os fatos durante a fase de obtenção das provas.

Chama a atenção, mais uma vez, o fato de que, dentro da ação controlada, o juiz tem contato com detalhes da investigação. Ao final da ação controlada, a autoridade policial deverá entregar ao juiz um auto circunstanciado, detalhando todas as diligências realizadas durante o procedimento (FORNAZARI JUNIOR, 2017).

Registra-se, ainda, que o juiz poderá, ao apreciar a comunicação da ação controlada realizada pela autoridade policial, fixar limites e estabelecer outras condições para o desenvolvimento da medida (FORNAZARI JUNIOR, 2017).

Os limites fixados pelo juiz, na ação controlada, podem ser considerados como de duas espécies. O primeiro limite é o de caráter temporal, que se define pelo período em que se perdurará a ação, cabendo ao juiz fixar um prazo máximo. O segundo limite tem um caráter funcional, que diante da possibilidade de danos a bens jurídicos de maiores relevâncias, o juiz deverá determinar a imediata intervenção da autoridade policial (LIMA, 2020).

Prosseguindo com a atuação do juiz no contexto da obtenção de provas pelos meios especificados pela Lei nº 12.850/2013, chama a atenção, também, a interceptação telefônica. Conforme já exposto anteriormente, a interceptação telefônica exige certos requisitos para que haja o seu deferimento, sendo estes analisados pelo juiz, em processo com tramitação sigilosa (MOUGENOT, 2013).

A Lei nº 9.296/96, na redação do seu artigo 3º, dispõe:

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
I - da autoridade policial, na investigação criminal;
II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal (BRASIL, 1996, p. 1).

Nota-se, pela redação do texto legal, que há a possibilidade de o juiz deferir a interceptação telefônica até mesmo de ofício.

Dentro dessa análise, há de ser observado que o juiz atua em busca de provas, o que é totalmente contraditório com as características do sistema acusatório. Esse cenário, inclusive, foge do que se preceitua na Constituição Federal de 1988, de

garantia de um juiz imparcial. Nitidamente, o legislador deveria ser mais coerente com o sistema processual penal acusatório, trazendo ao juiz uma atuação apenas por provocação, isto é, a partir do requerimento da autoridade policial ou de membro do Ministério Público, órgão competente para colheita de provas (RANGEL, 2019).

No contexto dessa atuação do juiz, na interceptação telefônica, Rangel (2019, p. 139) exemplifica:

Se o juiz se manifesta antes do oferecimento de denúncia, deferindo uma medida cautelar preparatória da ação penal, v. g., interceptação telefônica, eventual denúncia que for oferecida, não poderá ser distribuída perante esse juízo prolator do despacho autorizador da interceptação. A medida cautelar real de interceptação telefônica somente foi deferida por não haver outro meio de prova (cf. art. 2º, II, da Lei nº 9.296/1996) e, nesse caso, a denúncia será oferecida com base nas provas que foram autorizadas pelo juiz que irá exercer o juízo de prelibação. Em outras palavras, o que se quer dizer é o seguinte: o juiz autoriza a interceptação telefônica e ela é feita com sucesso. O Ministério Público, agora, oferece denúncia, com base nesse meio de prova autorizado pelo juiz. Este vai exercer o juízo de prelibação da denúncia (juízo de admissibilidade da acusação) oferecida com suporte no meio de prova que ele mesmo autorizou. Ou seja, é como se o Ministério Público dissesse: Viu como V. Exa. estava com a razão quando deferiu a medida de interceptação telefônica?

No caso exemplificado acima, há de ser observado que a atuação do juiz, após o oferecimento da denúncia, seria uma espécie de validação daquilo que foi analisado, por ele, durante a fase investigativa. Ou seja, o juiz defere a interceptação telefônica, como único meio de obtenção de prova possível, sendo que, a posterior, tem nas suas mãos uma decisão de recebimento da denúncia que se faz valer, unicamente, da prova colhida pelo meio que o mesmo deferiu.

Na hipótese acima, muito bem destacada por Rangel (2019), trabalha-se a questão de que o acusador já iniciaria o ajuizamento da denúncia com uma afirmativa de razão do próprio juiz, que estaria cognitivamente interligado com as razões apresentadas na decisão de deferimento do meio de obtenção da prova de interceptação telefônica.

Dentro de todo esse cenário, difícil se faz imaginar que a imparcialidade do juiz seria observada e garantida ao acusado. Além disso, haveria um risco à paridade de tratamento entre as partes litigantes do processo, visto que o juiz estaria familiarizado com a tese acusatória desde os primórdios do processo, podendo atuar, inclusive, se fazendo valer da regra prevista no artigo 156, do Código de Processo Penal, para complementar e esclarecer algum ponto controvertido de sua convicção.

5 JUIZ DAS GARANTIAS

O juiz das garantias demonstra ser, no ponto de vista teórico, um importante instrumento de validação do princípio da imparcialidade do juiz e do sistema acusatório, no âmbito do processo penal brasileiro. Seu advento, no processo penal brasileiro, trouxe diversas discussões, havendo posicionamentos a favor da implementação e outros posicionamentos que se demonstram contrários.

A análise das atribuições do juiz das garantias é bastante relevante, pois, curiosamente, algumas delas se associam com os meios de obtenção de provas exemplificados na lei das organizações criminosas, o que leva a crer que o juiz das garantias pode ser um relevante instrumento para a tramitação dos processos que têm como base a apuração do crime de formação de organização criminosa.

Adiante, pode ser observado a análise de todos os aspectos acima e, ao final, se utilizando da Teoria da Dissonância Cognitiva, apontar o motivo pelo qual o juiz das garantias trará uma possível afirmação da imparcialidade, visto que, com sua implementação, nem a investigação e nem a fase de recebimento da denúncia estarão comprometidas, como a instrução processual e a decisão final de mérito será mais proveitosa e garantidoras da justiça.

5.1 PREVISÃO LEGAL, CARACTERÍSTICAS E CONTROVÉRSIAS

Conforme aponta Avena (2020), o juiz das garantias tem origem a partir da instituição do Pacote Anticrime, legalmente definido pela Lei nº 13.964/2019.

Lima (2020) conceitua o juiz das garantias como um sujeito garantidor dos direitos individuais e regulador da legalidade da investigação criminal. Sua atuação deve estar limitada aos procedimentos de investigação criminal até o recebimento da denúncia, estando impedido de atuar no respectivo processo judicial.

Em um contexto geral, o juiz das garantias, na visão de Lima (2020) tem por maior finalidade a garantia da imparcialidade, pois a sua atuação na fase especificada, afastando-o da decisão final, minimiza as chances de uma contaminação subjetiva do juiz, para condução do processo, após o oferecimento da denúncia.

Sendo mais específico, Avena (2020) aponta quatro objetivos centrais que podem ser atribuídos ao juiz das garantias, sendo o primeiro referente ao controle da legalidade da investigação criminal, o segundo está relacionado com a proteção aos

direitos individuais, o terceiro pode ser considerado como o afastamento do juiz da instrução criminal da fase que antecede ao processo e, por fim, o quarto a garantia do próprio sistema acusatório.

Comparando os objetivos apresentados acima, tem-se que há uma sintonia, por parte dos autores, em afirmar que o juiz das garantias, pelo menos na teoria, traz uma maior segurança aos direitos individuais, o que atrai uma maior compatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

Nesse aspecto, se torna notória a intenção de afastar do sistema processual penal brasileiro, características inerentes aos sistemas inquisitório e misto. Conforme já destacado, há nítida relação entre a Constituição Federal de 1988 e o sistema acusatório, principalmente no que diz respeito à proteção dos direitos individuais e das garantias, que se encontram estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim como há quem defenda o juiz das garantias, há quem o considere mera ideologia. Nesse sentido, Gomes (2010), ao analisar o juiz das garantias em fase de Projeto de Lei do Senado de nº 156/2009, dispôs do seguinte entendimento:

Sendo assim, por não encontrar congruência com a realidade que seria a sua fundamentação, o instituto assume inquestionável caráter ideológico, sem contar que é festejado apenas por meras opiniões de alguns autores, que partem, sobretudo, de preconceito generalizado sobre a figura do juiz nacional ou de casuísmos no que tange a alegados acontecimentos de desvios deontológicos.

Ademais, não se há de esquecer que, em qualquer sistema de justiça criminal em que homens são chamados a julgar homens, sejam eles juízes leigos ou de direito, de instrução ou de julgamento, das garantias ou da sentença, as imperfeições humanas sempre estarão no foco do problema da isenção do julgador, sendo certo que a garantia que melhor se apresenta para remediar o problema é o já consagrado e adotado pelo nosso sistema processual, duplo grau de jurisdição, cujo funcionamento, dadas especificidades do sistema recursal nacional, acaba sendo apontado por muitos como “quádruplo grau de jurisdição”, não tendo o menor sentido tamanha alteração estrutural do sistema de justiça criminal brasileiro, com todos os problemas que com ela já se vislumbra, como se a única, melhor e mais condizente forma de se amenizar o inconveniente do subjetivismo do homem fosse o tal juiz das garantias, que também como ser humano não é um totem, nem uma máquina programada para não “errar” contra o réu – já que essa parece ser a maior preocupação e o grande objetivo do instituto.

Pela leitura da opinião divergente, observa-se que o juiz das garantias não teria, na prática, as características que a ele se encontram atribuídas na teoria, sendo, no ponto de vista divergente, apenas mera ideologia. Além disso, o posicionamento adverso ao implemento do juiz das garantias também traz como parâmetro a já

existência do duplo grau de jurisdição, sendo suficiente o sistema recursal para combater qualquer ameaça à imparcialidade e ao sistema acusatório em si.

Preocupa o referido entendimento, pois utiliza como argumento a existência do sistema recursal, como se o acusado tivesse de se submeter à situação de toda uma instrução probatória comprometida pela parcialidade do juiz, além de ter contra si uma sentença condenatória, para, somente após o processo ser submetido ao crivo de análise do tribunal, ter de ser analisado os atos processuais praticados ao revés da imparcialidade.

Imagina-se, então, dentro desse ponto de vista, a hipótese da ofensa à imagem do acusado, além disso, todo os atos processuais praticados em vão, o tempo comprometido durante todo o trâmite do processo, bem como todos os gastos ao Judiciário.

Dentro de todo esse contexto, se for realizado um comparativo entre a atuação do juiz das garantias e o sistema recursal associado ao duplo grau de jurisdição, como métodos para se evitar ofensas aos direitos individuais, pelo menos na teoria, o juiz das garantias traria mais segurança, até mesmo para um trâmite processual livre de nulidades e para a preservação de direitos fundamentais de quem está sendo acusado.

Em mais um posicionamento contrário à implementação do juiz das garantias, há quem defenda que, na verdade, o referido instituto poderia representar uma ameaça à segurança jurídica e à duração razoável do processo:

A inconsistência de firmamento dos interesses jurídicos que circundariam a norma processual (CPP, art. 3º-B a F), consoante a forma e a extensão idealizadas pelo Parlamento, nos conduz à conclusão de que os desdobramentos processuais do juiz “das garantias” poderiam afetar a médio prazo a segurança jurídica, dado o incremento de novas formalidades e de novas situações jurídicas dentro de um sistema processual pautado por diversos meios de impugnação, especialmente para efeito de protelação da formação da coisa julgada, o que certamente trará reflexos à duração razoável do processo e à segurança pública (CF, arts. 5º, LXXVIII, e 144). (LIMA, 2020, p. 245).

Da análise do ponto de vista acima, observa-se que mais uma vez o sistema recursal vem ao debate, porém em forma de crítica, pela sua utilização como modo de protelação da formação da coisa julgada. No contexto apresentado acima, há de ser observado que o juiz das garantias poderia trazer ainda mais formalidades ao

processo penal brasileiro, o que ocasionaria em mais empecilhos para a resolução do processo em um prazo razoável.

A discussão apresentada por este posicionamento, da prevalência da proteção às garantias e aos direitos individuais, bem como afirmação da imparcialidade do juiz, em detrimento da duração razoável do processo e a utilização do sistema recursal como modo de protelar o trânsito em julgado, talvez tenha sido reflexo do cenário político e jurídico vivenciado pelo Brasil, nos últimos tempos.

Neste aspecto, há de ser mais uma vez referenciado Beccaria (1764), quando dispõe que a edição das leis está associada a diversos aspectos, sendo um destes, o cenário de momento. Talvez a imparcialidade do juiz tenha ganhado maior ênfase, nos últimos anos, sendo o juiz das garantias, com todas as suas características e atribuições, uma solução para evitar tal problemática, no ponto de vista do legislador.

Conforme já apontado em momento anterior, a Constituição Federal de 1988 privilegia as garantias e os direitos individuais, bem como o exercício da atividade judicial de modo imparcial. Acredita-se, ainda, que em um cenário processual onde a punição não é a regra, pensamento este firmado a partir da possibilidade de substituição da pena privativa por restritivas de direitos, a implementação do juiz das garantias, por todas as suas características, estaria em total consonância com a atual Constituição da República Federativa do Brasil.

Observa-se, com isso, que a utilização das formalidades do juiz das garantias como meio de retardar o trânsito em julgado, pela sistemática recursal do direito processual, deve ser punida quando devidamente demonstrada nos autos do processo. Acredita-se que essa situação não seja tão grave quanto às diversas problemáticas existentes nas condições em que réus são postos ao julgamento sem qualquer observância das garantias e dos direitos individuais, bem como postos em um sistema processual em que tenha a acusação e o juiz atuando contra si, em total confronto com a imparcialidade.

5.2 COMPETÊNCIAS RELACIONADAS COM OS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS ESPECIFICADOS NA LEI Nº 12.850/2013

A Lei nº 13.964/2019 dispõe, na redação dos seus artigos 3º-B ao 3º-F, das competências e atribuições inerentes ao juiz das garantias. Dentro de todas as regras que regulamentam as competências e atribuições do juiz das garantias, interessa, ao

presente caso, a análise do que dispõe o artigo 3º-B, inciso XI e o inciso XVII, pois se relacionam, diretamente, com os meios de obtenção de provas inseridos no conteúdo normativo da Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2019).

Ressalta-se, mais uma vez, que o Supremo Tribunal Federal, mediante decisão do Ministro Luiz Fux, concedeu liminar em Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, suspendendo a eficácia do artigo 3º-B, da Lei nº 13.964/2019 (LOPES JR., 2020).

O artigo 3º-B, inciso XI, da Lei nº 13.964/2019, dispõe:

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

(...)

XI - decidir sobre os requerimentos de:

- a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
- b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;
- c) busca e apreensão domiciliar;
- d) acesso a informações sigilosas;
- e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado (BRASIL, 2019, p. 4).

Observa-se, pelo texto legal, que o juiz das garantias tem atuação direta nos meios de obtenção de provas especificados pela Lei nº 12.850/2013. Chama a atenção, também, que a atuação do juiz das garantias, nestes casos, só deverá ocorrer mediante requerimento, não mais de ofício. Neste ponto, Lopes Jr. (2020, p. 202), destaca:

Função precípua do juiz das garantias é a tomada de decisão, mediante requerimento (jamais de ofício), sobre a concessão ou não de medidas restritivas de direitos fundamentais submetidas a reserva de jurisdição, como o são as enumeradas nas alíneas “a” a “e” do presente inciso. Tais medidas, dada a gravidade do direito fundamental limitado, exigem uma fundamentação idônea e específica, calcada em argumentos jurídicos e fáticos que a ampare e legitime.

No mesmo raciocínio, Avena (2020, p. 231) aponta:

Cabe registrar que, a despeito das funções controle da legalidade e de tutela dos direitos individuais referidas no caput do art. 3º-B do CPP, a atuação do juiz das garantias não pode implicar em tolhimento à discricionariedade do delegado de polícia ou do Ministério Público na eleição dos atos de investigação que reputarem importantes para elucidação do crime, salvo, por óbvio, quanto àqueles cuja realização dependam de autorização judicial, caso

em que deverá, de fato, analisar a sua efetiva necessidade. Descabe a este juiz, ao fim e ao cabo, imiscuir-se na conveniência dos atos investigatórios e no próprio mérito da apuração pré-processual.

Constata-se, da leitura do artigo 3º-B, inciso XI, da Lei nº 13.964/2019, bem como dos posicionamentos apresentados acima, que a atuação de cada parte, durante a fase pré-processual, ficou muito bem definida. A autoridade policial e o Ministério Público têm o papel de investigar e, fazendo-se valer dos meios de obtenção de prova, buscar os subsídios necessários para o ajuizamento da denúncia. Afastado desta hipótese, cabe ao juiz, à requerimento, decidir pela viabilidade de deferimento, ou não, da medida, sempre atento à necessidade de observância dos direitos fundamentais.

Nitidamente, o juiz das garantias além de assegurar a imparcialidade do juiz, em toda a persecução penal, também afasta a figura do julgador da função de produzir provas, a partir da impossibilidade de agir de ofício. Aparentemente, esta seja a maneira mais assimilada com o sistema acusatório e, conseqüentemente, com o que defende a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2019).

O artigo 3º-B, inciso XVII, da Lei nº 13.964/2019, traz a seguinte regra:

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

[...]

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação (BRASIL, 2019, p. 4).

Observa-se, a partir do texto legal supracitado, a atuação do juiz das garantias também durante o ato de homologação do acordo de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação. Merece destacar o fato de que o juiz das garantias apenas homologa o ato, não devendo, por definição legal, participar das tratativas do acordo (BRASIL, 2019).

O afastamento do juiz das garantias, das tratativas realizadas na colaboração premiada, certamente é uma garantia de equilíbrio de forças na negociação, além de se evitar ameaças à imparcialidade do juiz, no aspecto de formação de convicção prévia, a partir dos atos e pensamentos constituídos na fase de investigação. Nesse sentido:

Não se permite ao jurista oferecer respostas simplistas para questões tão atuais e complexas, como também não se devem engessar as reflexões frente a novos problemas. Instituir a função do juiz de garantias na primeira fase da persecução penal significa aprimorar a proteção do indivíduo, bem assim conferir maior controle da legalidade estrita na investigação criminal. Em tempos de delação premiada, significa oferecer equilíbrio de forças na negociação, sem perigos para a imparcialidade na jurisdição (PITOMBO, 2017, s/p.)

A colaboração premiada tem sido um instituto bastante utilizado nos últimos tempos, principalmente para o combate das organizações criminosas, cujos regramentos e meios de obtenção de provas se encontram definidos na Lei nº 12.850/2013.

Outra situação que se encontra prevista na Lei nº 12.850/2013, anteriormente já mencionada, é a possibilidade de afastamento cautelar do funcionário público, quando presentes fortes indícios de sua participação em organização criminosa. Tal medida tem como objetivo a eficiência da obtenção das provas, durante a fase de investigação e durante a instrução criminal (BRASIL, 2013).

A situação acima narrada, de afastamento cautelar de funcionário público, seria mais uma atuação do juiz das garantias dentro da Lei nº 12.850/2013. Por força do artigo 3º-B, incisos V e VI, da Lei nº 13.964/2019, cabe ao juiz das garantias decidir acerca das medidas cautelares, podendo, inclusive, prorrogá-las, substituí-las ou revogá-las (BRASIL, 2019).

Um outro ponto que merece destaque compreende a competência definida pelo artigo 3º-B, inciso XVIII, que faz referência às atribuições definidas pelo *caput* do referido artigo. Nesse ponto, entende-se que, de um modo geral, o legislador quis conceber amplitude à atividade do juiz das garantias, abrangendo-a ao controle da legalidade da investigação criminal e à salvaguarda dos direitos fundamentais (BRASIL, 2019).

Dentro do contexto dessa hipótese geral, teoricamente, o juiz das garantias poderá ser provocado pelas partes, principalmente pelo investigado, a fim de que aspectos legais e a garantia de seus direitos fundamentais possam ser observados, em detrimento de exageros fundamentados na busca pela verdade real, argumento típico do sistema inquisitório, o qual o juiz das garantias veio para suprimir, especialmente pela afirmação do sistema acusatório, nos termos do artigo 3º-A, da Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019).

5.3 JUIZ DAS GARANTIAS, A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA NO CENÁRIO DA LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Conforme já visto, o juiz das garantias se coloca como um instrumento processual com características de salvaguardar os direitos individuais e controlar a legalidade da investigação criminal. Dentro dessas características, acredita-se que a garantia da imparcialidade do juiz seja uma das atribuições mais essenciais do juiz das garantias, em razão da afirmação do sistema acusatório, no âmbito do processo penal brasileiro (BRASIL, 2019).

O legislador, ao editar a Lei nº 13.964/2019, preocupou-se em inserir o artigo 3º-D, dispondo do seguinte texto:

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo (BRASIL, 2019, p. 5).

Observa-se que com o referido artigo, o princípio da imparcialidade do juiz restou amplamente assegurado no processo penal brasileiro. A afirmação da imparcialidade, neste caso, advém da ideia central de que, se o juiz participa da fase de inquérito e investigação, este estaria racionalmente afetado para participar da fase instrutória e decisória do processo.

Nesse ponto de vista, a atuação do juiz das garantias abarcaria, no cenário da Lei nº 12.850/2013, toda a fase de investigação, através da qual as provas seriam produzidas, por todos os meios de obtenção já especificados, mantendo-se até o recebimento da denúncia, pelo disposto no artigo 3º-B, inciso XIV, da Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019).

Com relação ao recebimento da denúncia, vale registrar que caberá ao juiz das garantias realizar a análise em observâncias às regras dispostas no Código de Processo Penal, atentando-se ao preenchimento dos requisitos previstos no artigo 41, além de averiguando-se as condições estabelecidas pelo artigo 395 (LOPES JR., 2020).

Sobre a competência atribuída ao juiz das garantias, de receber a denúncia, Lopes Jr. (2020, p. 203) destaca:

Mais uma alteração importante e na direção correta, pois como já demonstrou SCHÜNEMANN, ao tratar da teoria da dissonância cognitiva, o fato de um juiz analisar os atos da investigação e receber a denúncia gera uma imensa contaminação, não sendo recomendável que ele seja o mesmo juiz a participar da instrução e julgamento. Nessa perspectiva, andou bem o legislador ao deixar a decisão acerca do recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa nas mãos do juiz das garantias, até porque, na nova sistemática, o juiz da instrução não deve ter contato – como regra – com os atos da investigação preliminar.

Observa-se que com a implementação do juiz das garantias, o juiz que realizará a instrução e o julgamento estará afastado dos elementos fáticos e probatórios produzidos durante a investigação, podendo proferir decisão final de mérito livre de qualquer elemento que influencie em sua razão.

Conforme visto anteriormente, a fase de investigação, instrução e julgamento, acompanhadas por um único juiz, não só traz a “contaminação” do mesmo, por aplicação da Teoria da Dissonância Cognitiva, como também afeta o sistema processual penal em si, já que, no âmbito da Lei nº 12.850/2013, é possível constatar hipóteses em que o juiz atua de ofício, ou interfere diretamente na produção da prova, associando-se aos elementos de um sistema inquisitório.

No contexto dessa atuação do juiz das garantias, referente ao período de investigação, até o recebimento da denúncia, há de ser indagado se o mesmo não estaria comprometido, pelos elementos da investigação, para proferir decisão após o ajuizamento da denúncia, em razão do disposto pela Teoria da Dissonância Cognitiva.

Em resposta, inicialmente há de ser pontuado que a decisão de recebimento da denúncia é um ato que analisa um lastro mínimo probatório e o preenchimento de formalidades na peça inicial acusatória. Nesse sentido, Lima (2020, p. 1406):

O Código de Processo Penal não diz, expressamente, em quais hipóteses deve o magistrado receber a peça acusatória. Porém, explicita os motivos de rejeição da denúncia ou queixa no art. 395. Interpretando-se a *contrario sensu* esse dispositivo, conclui-se que a peça acusatória deve ser recebida quando estiver formalmente em ordem, quando presentes os pressupostos processuais e as condições da ação penal, e quando houver um lastro probatório mínimo para a instauração do processo penal.

Complementando, há quem defenda que sequer a decisão de recebimento da denúncia precise ser fundamentada. Há, também, quem defenda que a

fundamentação, se existente, deve ser mínima, a fim de evitar um pré-julgamento do acusado (LIMA, 2020).

Em análise da jurisprudência, Lima (2020, p. 1407) pontua:

Sem embargo da posição doutrinária, prevalece na jurisprudência o entendimento de que o magistrado não está obrigado a fundamentar a decisão de recebimento da peça acusatória, até mesmo para se evitar que eventual excesso na fundamentação acarrete indevida antecipação da análise do mérito. Na dicção do Supremo, o ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia pelo Ministério Público não se qualifica, nem se equipara, para os fins a que se refere o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, a ato de caráter decisório, daí por que não se exige que seja fundamentado.²⁹ Aliás, há precedentes admitindo inclusive a possibilidade de recebimento tácito da inicial acusatória, quando o juiz, sem se referir expressamente ao recebimento, determina de imediato a citação do acusado³⁰.

Nesse contexto, compreende-se que pelas características do ato de recebimento da denúncia, desnecessidade de fundamentação e ausência de aprofundamento quanto ao mérito, há de se subentender que os elementos consonantes que foram formados pelo juiz, pelas decisões proferidas no âmbito da investigação, como, por exemplo, o deferimento de medida cautelar, não tragam fortes influências para um ato que não exige alto nível de cognição.

Ademais, os prejuízos associados ao recebimento de uma denúncia nem se comparam com a hipótese de uma sentença condenatória, razão pela qual não há tanta relevância para preocupações com um ato que é intitulado como mera formalidade.

Acertadamente, o legislador finda a atuação do juiz das garantias com o ato de recebimento da denúncia, pelo disposto no artigo 3º-C, da Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019).

Em uma análise ao que traz a Teoria da Dissonância Cognitiva, transgredir a competência da figura do juiz das garantias para além do recebimento da denúncia, seria comprometer a instrução probatória realizada em juízo e, por consequência, prejudicar todos os atos decisórios posteriores. Nesta análise e referenciando Schünemann, Lopes Jr. (2020, p. 191) destaca:

A partir disso, SCHÜNEMANN desenvolve uma interessante pesquisa de campo que acaba confirmando várias hipóteses, entre elas a já sabida – ainda que empiricamente – por todos: quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, menor é o interesse dele pelas perguntas que a

defesa faz para a testemunha e (muito) mais provável é a frequência com que ele condenará. Toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. A tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz à (molesta) dissonância cognitiva. Como consequência existe o efeito inércia ou perseverança, de autoconfirmação das hipóteses, por meio da busca seletiva de informações.

No aspecto da análise acima referenciada, imagina-se que a imparcialidade do juiz é totalmente comprometida, pois a busca por informações passa a ser seletiva, não havendo o que se falar em uma instrução probatória limpa. Aliás, no contexto das organizações criminosas, além dos elementos processuais que imperam na cognição do juiz, também há de se levar em consideração os elementos externos ao processo, como, por exemplo, a pressão midiática que se tem, pela relevância do assunto, aumentando ainda mais o nível de consonância com os demais elementos da investigação.

Em sendo assim, se torna algo inevitável, por exemplo, a utilização do poder conferido ao juiz, pelo artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal, para de ofício confirmar os elementos consonantes de sua cognição, advindos desde a fase de pré-processual (BRASIL, 1941).

Com a implementação do juiz das garantias, o juiz da instrução passará a ter contato com os autos apenas na fase da produção da prova em juízo, garantindo ainda mais a paridade de tratamento entre as partes e a imparcialidade na tomada de decisões, afastando-se, assim, qualquer dissonância cognitiva com os posicionamentos da defesa (BRASIL, 2019).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que restou proposto e discutido, constatou-se que o juiz das garantias se apresenta, na teoria, como um instrumento capaz de salvaguardar os direitos individuais e garantir a legalidade do trâmite processual, no contexto da lei das organizações criminosas. Com a atuação do juiz das garantias, os procedimentos praticados durante a investigação e durante o processo, passarão a ser divididos por dois julgadores, sendo o juiz das garantias responsável por atuar até o recebimento da denúncia, sendo este ato ainda de sua competência, e, posteriormente, sendo de competência de outro julgador, a instrução criminal e a decisão final de mérito.

Ao analisar a atividade do juiz na fase de investigação definida pela Lei nº 12.850/2013, em especial pela reunião de meios de obtenção de provas dispostos nesta legislação, observou-se que o juiz tem abrangente relação direta com as provas, muitas vezes agindo de ofício, trazendo uma grande similaridade com as características de um sistema inquisitório. Por se tratarem de meios de obtenção de provas com alto grau de intervenção, no ponto de vista de violação aos direitos fundamentais, mostrou-se de grande relevância a atuação do juiz das garantias, que, por regra, passará a ter atuação apenas por requerimento das partes, afastando-se a hipótese de agir de ofício e alinhando-se com o sistema acusatório.

Observou-se, ainda, que ao definir as atribuições do juiz das garantias, preocupou-se, o legislador, em relacioná-las com os diversos meios de obtenção de provas definidos pela Lei nº 12.850/2013, merecendo destaque a colaboração premiada, instituto que passou a ser bastante utilizado, nos últimos anos, para o combate às organizações criminosas. Conforme analisado, no cenário da colaboração premiada, a atuação do juiz das garantias passará a ser de mera homologação do acordo, afastando-o das tratativas e, conseqüentemente, da busca pelas provas.

O atual modelo processual, com um único juiz sendo responsável por acompanhar a investigação, receber a denúncia, realizar a instrução criminal e proferir decisão final de mérito, mostrou-se altamente capaz de suprimir direitos, durante a fase processual, bem como demonstrou-se capaz de gerar o comprometimento da imparcialidade do juiz. Como instrumento de análise desta percepção, utilizou-se a teoria da dissonância cognitiva, que no cenário da Lei nº 12.850/2013, tanto pelos elementos incisivos da investigação, como pelos elementos externos ao processo, como, por exemplo, pressão da mídia e da população, podem ser capazes de

comprometer a capacidade cognitiva do julgador, alterando sua capacidade de raciocínio para conduzir uma instrução processual e proferir sentença.

Ao analisar a teoria da dissonância cognitiva, que se apresentou como uma grande contribuição da psicologia para o direito, observou-se que o julgador, em um estado de formação de opinião prévia, pelos elementos de cognição sumária, pode estar comprometido a agir em confirmação da sua crença, apenas considerando informações ou provas que a ela estejam relacionadas, sendo estes os elementos consonantes, afastando de sua convicção todos os elementos dissonantes, ou seja, aqueles que invalidam seu posicionamento prévio, influenciando negativamente, no ponto de vista da imparcialidade, a sua cognição exauriente.

Dentro de um contexto prático, estando com o estado racional comprometido, com base no que aponta a teoria da dissonância cognitiva, o juiz, influenciado pelos elementos consonantes já adquiridos durante a fase de investigação, pode agir, durante a instrução do processo criminal, apenas em confirmação destes elementos, indeferindo, portanto, perguntas realizadas pela defesa, por se apresentarem como elementos dissonantes, o que ocasionaria em um possível cerceamento de defesa e, conseqüentemente, supressão de direito, comprometendo, até mesmo, a imparcialidade.

Ao afastar o juiz da instrução e do julgamento da fase de investigação, o instituto do juiz das garantias se apresenta como uma solução viável para garantir a imparcialidade no contexto da lei das organizações criminosas, que além de reunir um conjunto de meios de obtenção de provas bastante interventivos, também apontam para pressões externas aos aspectos apurados no processo, necessitando de maiores atenções, principalmente após a estruturação do sistema acusatório no processo penal brasileiro.

Esse estudo trouxe a exploração da temática até momento anterior à implementação do juiz das garantias no processo penal brasileiro, motivo pelo qual se privilegiou a análise teórica. Caso seja implementado, de fato, este instituto, o presente estudo poderá avançar para se obter uma análise da eficiência prática do juiz das garantias, nos processos relacionados às organizações criminosas, a partir de um comparativo das decisões proferidas, antes e depois da implementação, observando-se aspectos inerentes ao sistema acusatório, especialmente a imparcialidade, bem como os elementos referenciados pela teoria da dissonância cognitiva.

REFERÊNCIAS

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

<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/227/197>. Acesso em: 26 set. 2022.

ANSELMO, Márcio Adriano. O conceito de organização criminosa e crime institucionalizado. **Revista Consultor Jurídico**, jun. 2017. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2017-jun-27/conceito-organizacao-criminosa-crime-institucionalizado>. Acesso em: 28 set. de 2022.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. Edição Eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 1764. Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em: 18 set.2022.

BRASIL Lei nº 9.296, de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, 1996. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm . Acesso em 18 de outubro de 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.850**, de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 28 set. de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964**, de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, Brasília, 2019. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm . Acesso em: 1 out. de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BUSATO, Paulo César. As inovações da Lei N. 12.850/2013 e a atividade policial. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 5, n. 9, p. 241-278, jul./dez. 2013.

Disponível em:

<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/download/9/8>. Acesso em: 28 set. de 2022.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERREIRA, Bruno Lucas; SILVA, Rubens Alves da. Uma análise sobre o uso e a efetividade da colaboração premiada como instrumento de cooperação à luz da nova Lei Nº 12.850/2013. **Revista Artigos.Com**, v. 7, 2019. Disponível em:

<https://www.acervomais.com.br/index.php/artigos/article/download/1741/854/>.

Acesso em: 28 set. de 2022.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das Garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010. Disponível em:

<https://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/5107064/juiz-garantias.pdf> . Acesso em: 20 out. de 2022.

FORNAZARI JUNIOR, Milton. **Ação controlada**. In: FERNANDES, Celso; GONZAGA, Campilongo, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: Processo Penal. Marco Antonio Marques da Silva (coord. de tomo). Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/415/edicao-1/acao-controlada> . Acesso em: 17 out. de 2022.

LIMA, Fernando Antônio Tavernard. Breve comparativo entre o juiz da investigação (alemanha) e o juiz “das garantias” (brasil). **Revista de doutrina jurídica**, Ano 55, Brasília, v. 111, n. 2, p. 226-249 / jan-jun 2020. Disponível em:

<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/640/108> . Acesso em: 22 out. de 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MANSSUR, Maria Domitila Prado. Organizações criminosas e sigilo bancário. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista de Magistratura, São Paulo, ano 17, nº 44, p. 109-116, 2016. Disponível em:

<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/pp%208.pdf> . Acesso em: 3 out. de 2022.

MATOS, Francisco Tojal Dantas; NUNES, Mariana Madera; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O juízo de prelibação na fase homologatória dos acordos de colaboração premiada: controle a partir das balizas fixadas no art. 3º-b, § 4º, da lei nº 12.850/2013. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro. Ano 16, v. 23, n. 2. mai-ago. 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/64617/42355> . Acesso em: 17 out. de 2022.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O Juiz penal e a Teoria da Dissonância Cognitiva. **Revista Consultor Jurídico**, mai. 2022. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/1482479338/o-juiz-penal-e-a-teoria-da-dissonancia-cognitiva>. Acesso em: 25 set. 2022.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Ricardo Antonio Amaral de. Limites na decretação de quebra de sigilo bancário ante a preservação do direito à privacidade na persecução penal. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXII, n. 74, p. 95-104, jan./abr. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.74.10.pdf . Acesso em: 12 out. de 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PEREIRA, Frederico Valdez. Juiz das Garantias: dissonância cognitiva e imparcialidade objetiva. Uma apreciação sobre os fundamentos para a reestruturação do processo penal brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, mai. 2020. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/download/2586/2458/>. Acesso em: 25 set. 2022.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. Criar função do juiz de garantias é aprimorar proteção do indivíduo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5141, jul. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59449>. Acesso em: 28 set. de 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2017.