



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CAMPUS SÃO CRISTÓVÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

VICTOR DE SOUZA BISPO SILVA

**O JUIZ DAS GARANTIAS E A EXCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL DA
FASE PROCESSUAL COMO FORMA DE MINIMIZAR A CONTAMINAÇÃO
SUBJETIVA DO JULGADOR**

SÃO CRISTÓVÃO/SE

2024

VICTOR DE SOUZA BISPO SILVA

**O JUIZ DAS GARANTIAS E A EXCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL DA
FASE PROCESSUAL COMO FORMA DE MINIMIZAR A CONTAMINAÇÃO
SUBJETIVA DO JULGADOR**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal de
Sergipe (UFS) como requisito parcial para
a obtenção de graduação em Direito.

Orientador: Prof. Marcelo Fernandez
Cardillo de Moraes Urani.

SÃO CRISTÓVÃO/SE

2024

VICTOR DE SOUZA BISPO SILVA

**O JUIZ DAS GARANTIAS E A EXCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL DA
FASE PROCESSUAL COMO FORMA DE MINIMIZAR A CONTAMINAÇÃO
SUBJETIVA DO JULGADOR**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal de
Sergipe (UFS) como requisito parcial para
a obtenção de graduação em Direito.

Orientador: Prof. Marcelo Fernandez
Cardillo de Morais Urani.

Aprovado em: 28/10/2024

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marcelo Fernandez Cardillo de Morais Urani (Orientador)

Prof.^a Dra. Shirley Silveira Andrade

Prof.^a Dra. Tanise Zago Thomasi

RESUMO

A presente monografia tem como objeto de estudo a contaminação subjetiva do julgador diante dos elementos colhidos na fase pré-processual da persecução penal, mormente pelo contato do magistrado com o inquérito policial. Nesse cenário, dispendo do acervo literário clássico e atual, examinou-se de que forma o juiz é psicologicamente influenciado no julgamento de um processo criminal, bem como as consequências negativas desse fenômeno para o acusado e para os princípios e regras do processo penal. Tendo essa problemática como ponto de partida, foi analisado o instituto do “juiz das garantias”, inserido no processo penal brasileiro pela Lei 13.964/2019, principal ferramenta do legislador para minimizar os efeitos da contaminação subjetiva do julgador. Além disso, este ensaio dedicou-se à análise do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual a Suprema Corte decidiu declarar inconstitucionais partes dos artigos relacionados ao juiz das garantias. Ao final, chegou-se à conclusão de que é necessária a exclusão dos autos do inquérito policial da fase processual para que não haja o contato do julgador com os elementos de informações colhidos na investigação preliminar, com vistas a se preservar a imparcialidade do juiz e, conseqüentemente, assegurar às partes os direitos e garantias previstos pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Juiz das garantias; inquérito policial; fase pré-processual; julgador; contaminação.

ABSTRACT

This monograph focuses on the subjective bias of the judge due to the elements gathered during the pre-trial phase of criminal prosecution, especially through the judge's contact with the police investigation. In this context, relying on both classic and contemporary literature, the study examines how a judge is psychologically influenced when ruling on a criminal case, as well as the negative consequences of this phenomenon for the defendant and for the principles and rules of criminal procedure. With this issue as the starting point, the institution of the "guarantor judge" (juiz das garantias), introduced into Brazilian criminal procedure by Law 13.964/2019, was analyzed as the main tool used by legislators to minimize the effects of the judge's subjective bias. Furthermore, this essay explores the judgment of Declaratory Actions of Unconstitutionality (ADIs) 6.298, 6.299, 6.300, and 6.305 by the Brazilian Supreme Court, where the Court ruled certain parts of the articles concerning the guarantor judge to be unconstitutional. In conclusion, it was determined that excluding the police investigation records from the trial phase is necessary to prevent the judge from being exposed to information gathered during the preliminary investigation, thereby preserving judicial impartiality and ensuring that the rights and guarantees provided by the Federal Constitution are upheld for all parties.

Keywords: Guarantor judge; police investigation; pre-trial phase; judge; contamination.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg	Agravo Regimental
AREsp	Agravo no Recurso Especial
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
EDcl	Embargos de Declaração
MP	Ministério Público
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O INQUÉRITO POLICIAL COMO FONTE DE CONTAMINAÇÃO SUBJETIVA DO JULGADOR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	12
	2.1 PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL E SUA RELAÇÃO COM O JUIZ DAS GARANTIAS	12
	2.2 INQUÉRITO POLICIAL – FERRAMENTA INQUISITORIAL QUE PRODUZ ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO	23
	2.3 A CONTAMINAÇÃO SUBJETIVA DO JULGADOR COM OS ATOS DE INVESTIGAÇÃO PRODUZIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL	28
	2.4 SENTENÇAS CONDENATÓRIAS FUNDAMENTADAS EXCLUSIVAMENTE NO INQUÉRITO POLICIAL E PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	34
3	O JUIZ DAS GARANTIAS: ANÁLISE DOS NOVOS DISPOSITIVOS INSERIDOS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, IMPLEMENTAÇÃO PRÁTICA E ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	42
	3.1 A LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) E A CRIAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS	42
	3.2 O JUIZ DAS GARANTIAS: ATUAÇÃO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL	44
	3.3 STF E O JULGAMENTO DAS ADI'S Nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305: DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE IMPORTANTES DISPOSITIVOS DO JUIZ DAS GARANTIAS	51
4	A EXCLUSÃO (OU NÃO INCLUSÃO) DO INQUÉRITO POLICIAL DA FASE PROCESSUAL COMO FORMA DE MINIMIZAR A CONTAMINAÇÃO SUBJETIVA DO JULGADOR DA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO	57
	4.1 A EXCLUSÃO (OU NÃO INCLUSÃO) DO INQUÉRITO POLICIAL DOS AUTOS DO PROCESSO: ARTIGO 3º-C, §§3º E 4º, DO CPP	58
	4.2 CRÍTICA À DECISÃO DO STF DE MANTER OS AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL NA FASE PROCESSUAL (ADI's nº 6298, 6299, 6300 e 6305)..	60
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
	REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal brasileiro (CPP) foi promulgado em 1941, portanto uma herança do período Estado Novo (época nada republicana).

Pouco mais de quatro décadas depois foi promulgada a Constituição Federal (CF) em 1988, trazendo em seu bojo – art. 129, I¹ – que o sistema processual nacional é o acusatório.

Diante do desencontro de datas (CPP de 1941 e CF de 1988) e regimes de governos (CPP promulgado na ditadura e CF promulgada na democracia), é natural que o Código de Processo Penal conte com artigos que não foram recepcionados pela Constituição, incluindo-se nessa sistemática o modelo processual.

Se por um lado a Carta Cidadã assegura um sistema processual acusatório, o CPP, por sua vez, possui vários dispositivos de caráter inquisitório, vide o artigo 156, I².

Cabível destacar que além de dispositivos inquisidores, por longas épocas a cultura brasileira foi e ainda é inquisitória, na qual juízes criminais procuram ser protagonistas no curso da persecução penal e, visando descobrir a verdade real do caso concreto, atuam de ofício determinando diligências para produzir provas.

Esse cenário leva a inferir que muitos dispositivos do CPP estão desatualizados e que o código merece uma reforma para que se enquadre às normas constitucionais e democráticas. Não à toa, tendo sido recorrente a atuação do legislador brasileiro na produção de leis para aperfeiçoar a legislação processual penal.

¹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17/03/2024.

² 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. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17.03.2024.

Nesse âmbito de criação de legislativa, a lacuna deixada pela Lei 11.690/2008, que previa a possibilidade de os juízes fundamentarem suas sentenças condenatórias com base no inquérito policial realizado na fase pré-processual, permitiu durante diversas décadas condenações lastreadas tão somente em elementos de informação produzidos no curso da investigação preliminar.

Ou seja, por muito tempo, vivemos sob a égide de um sistema processual penal oriundo de período bem anterior à Constituição que conivente com condenações fundamentadas em elementos informativos e não em provas judiciais. Sistema esse que não contava com presença da defesa e, muitas das vezes, do próprio acusado, dado o caráter inquisitorial da fase que antecede o recebimento da denúncia.

A consequência principal dessa problemática é a contaminação subjetiva do julgador da fase processual com os atos de investigação, mormente o inquérito policial – fator primordial para repressão de direitos do acusado e princípios constitucionais, bem como para o desrespeito às regras do devido processo legal.

É numerosa a gama de processos judiciais nos quais não foi respeitado o contraditório e a ampla defesa, a paridade de armas e a imparcialidade, pois esses princípios não são observados num sistema processual inquisitório no qual está inserida a investigação preliminar (aqui presente o inquérito policial).

Diante disso, os juízes já chegam na fase processual “sabendo demais”, pois atua na fase pré-processual, decide acerca do recebimento da acusação/queixa e, quando iniciada a fase judicial, possui contato direto com a investigação preliminar, tendendo a condenar o acusado sem qualquer prova produzida durante à lide.

Foi com base nessas circunstâncias que fora criada a Lei 13.964/2019, cujo objetivo era trazer inovações e aperfeiçoar o CPP com a introdução do instituto do juiz das garantias.

Com o juiz das garantias, buscou o legislador dividir a competência da persecução penal entre o magistrado da fase investigatória e o juiz da instrução e julgamento, sendo um dos deveres do primeiro realizar o controle de legalidade dos atos produzidos na fase pré-processual.

Não à toa, Aury Lopes Jr. comenta que “nesse contexto, a função do juiz [das garantias] é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal”³.

Além disso, buscou-se, ainda, minimizar ao máximo a contaminação do juiz da fase judicial com os elementos de informação colhidos no inquérito policial.

Atento às inovações legais trazidas pelo legislador, o presente estudo tem como objeto de análise a contaminação subjetiva do julgador com a investigação preliminar e as consequências diretas desse fenômeno psíquico, além de se debruçar sobre as soluções oriundas da Lei 13.964/2019 e como se dará a implementação prática do juiz das garantias no processo penal diante da inserção dos artigos 3º-A ao 3º-F no Código de Processo Penal.

Ademais, para além da problemática acima citada e do estudo legislativo mencionado, a pesquisa analisa o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 6298, 6299, 6300 e 6305 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no qual decidiu-se pela inconstitucionalidade de alguns dispositivos do juiz das garantias e alterou-se a sistemática de outros com interpretações conforme à Constituição.

Para tanto, foi utilizado, em um primeiro momento, o método dedutivo, analisando de forma geral o processo penal nacional até chegar aos casos das sentenças penais condenatórias baseadas exclusivamente no inquérito policial. Após isso, a monografia dispõe do método hipotético-dedutivo, no qual busca-se elencar os problemas decorrentes da contaminação subjetiva do julgador e as hipóteses (legais) para solução do problema.

O objetivo da pesquisa é descritivo, valendo-se da doutrina clássica de juristas como Ferrajoli e Carnelutti, bem como atual, dispondo das obras e artigos nacionais de Aury Lopes Jr., Alexandre Morais da Rosa, Renato Brasileiro, dentre outros, servindo-se, ainda, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal, além da legislação constitucional e infraconstitucional.

³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 76.

Assim, o presente estudo divide-se em três capítulos, excluindo-se dessa contagem a introdução e as considerações finais. O primeiro diz respeito ao inquérito policial e a contaminação subjetiva do julgador com os elementos de informação colhidos na fase investigatória. Nele serão examinados os princípios afrontados pela problemática tratada e a principal consequência dela decorrente: o proferimento de sentenças condenatórias baseadas exclusivamente no inquérito.

O segundo capítulo é dedicado ao juiz das garantias, no qual busca-se conhecer o instituto de forma aprofundada e como se dará sua implementação no processo penal. Além disso, é realizado um estudo esmiuçado sobre as alterações promovidas pelo STF – com elogios e críticas à decisão da Corte.

Ao final, o terceiro capítulo tratará da solução constante na Lei 13.964/2019 para minimizar a contaminação subjetiva do juiz da instrução e julgamento, qual seja, exclusão do inquérito policial da fase judicial – solução esta já vindicada há muito tempo por Aury Lopes Jr.⁴, e será feita uma análise crítica sobre a surpreendente decisão do STF que declarou essa medida inconstitucional.

À vista disso, o presente estudo justifica-se pela necessidade de maior proteção aos princípios constitucionais e direitos do acusado no processo penal, bem como de respeito às regras processuais, pois está em jogo a liberdade do indivíduo – um dos maiores direitos da vida em sociedade. Demais disso, é fundamental a busca por um processo penal acusatório que preserve a imparcialidade daquele que julga quem está à beira da pena de prisão para que seja desfeita as amarras culturais de um sistema inquisidor, fruto de um período ditatorial.

⁴ A exclusão dos autos do inquérito da fase processual é a tese de doutorado de Aury Lopes Junior, além de ser objeto da primeira obra do citado autor (Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal de 2001).

2 O INQUÉRITO POLICIAL COMO FONTE DE CONTAMINAÇÃO SUBJETIVA DO JULGADOR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No sistema processual penal brasileiro, a Lei 11.690/2008 prevê a possibilidade de os julgadores fundamentarem suas sentenças condenatórias com base no inquérito policial realizado na fase pré-processual.

Essa previsão legal abre caminho para um fenômeno nebuloso no âmbito processual penal nacional: o proferimento de sentenças condenatórias lastreadas tão somente em atos de informação produzidos com fase de investigação preliminar.

Diante disso, esse problemático fenômeno gerador da contaminação subjetiva do julgador na fase processual é um dos principais fatores do processo penal que levam à repressão dos direitos reservados ao acusado, bem como de diversos princípios constitucionais e regras do devido processo legal.

No entanto, antes de partir para a análise da contaminação subjetiva do julgador aqui mencionada, é preciso entender como funciona a estrutura do processo penal brasileiro, devendo-se ter um olhar atento para os princípios constitucionais que são garantidos às partes no processo, os quais, infelizmente, estão sendo reprimidos diante da problemática abordada no presente estudo.

2.1 PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL E SUA RELAÇÃO COM O JUIZ DAS GARANTIAS

Em todos os campos do Direito há um certo diálogo entre seus ramos e a Constituição.

É comum, por exemplo, encontrar diversos princípios do Direito Civil se relacionando com princípios constitucionais (daí compreende-se o Direito Civil Constitucional). No mesmo caminho segue o Direito do Consumidor, o Direito Administrativo, entre outros.

A doutrina caracteriza esse fenômeno como diálogo das fontes. A respeito disso, no que se refere à constitucionalização do direito civil, Flávio Tartuce ensina o seguinte:

Ora, a constitucionalização do Direito Civil nada mais é do que um diálogo entre o Código Civil e a Constituição (Direito Civil Constitucional). Com isso, vai-se até a Constituição, onde repousa a proteção da pessoa como máxima do nosso ordenamento jurídico (personalização)⁵.

Com o Direito Penal não é diferente, de modo que referido ramo segue o mesmo caminho do diálogo das fontes. Nesse sentido, em clara harmonia com a Norma Constitucional, surge os chamados princípios constitucionais do processo penal.

No que se refere a essa base principiológica, Aury Lopes Jr. a encara como uma garantia que é utilizada para limitar o poder punitivo do Estado, o qual deve ser freado com os princípios basilares da Constituição aplicados ao Processo Penal⁶.

Para o presente estudo, que visa, acima de tudo, trabalhar o aspecto subjetivo do julgador no momento de decidir entre a liberdade ou pena de prisão do acusado, importa analisar os seguintes princípios constitucionais do processo penal: princípio acusatório; princípio do contraditório e ampla defesa; princípio da paridade de armas; princípio da presunção de inocência; e princípio da imparcialidade.

Em um primeiro plano, no que se refere ao sistema processual penal, o Brasil adota aquele denominado como acusatório ao seguir as normas dispostas na Constituição de 1988, embora muitos dispositivos do Código de Processo Penal tenha um claro viés inquisitorial.

O sistema acusatório, expresso no art. 3º-A do CPP – dispositivo que é um dos principais foco do presente estudo –, é compreendido como aquele em que o julgador deve ser imparcial, deixando às partes suas respectivas funções: à parte ativa do processo penal cabe a função de acusar, enquanto, por outro lado, à parte passiva cabe a função de se defender, havendo uma clara separação de encargos processuais.

Eis a dicção do art. 3º-A do CPP:

⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. 15ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 176.

⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 33.

Art. 3º-A. 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.⁷

O artigo citado, fazendo jus à estrutura que adota (acusatória), claramente veda a atuação do julgador na fase pré-processual, em que é realizada a investigação, de modo que o magistrado estar-se-ia proibido de, sem provocação das partes, decretar prisões cautelares, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário etc.

Em outras palavras, há uma clara delimitação daquilo que o julgador pode ou não fazer.

A respeito do sistema processual acusatório, importa ressaltar o que diz Aury Lopes sobre a separação das funções no sistema acusatório:

Em última análise, é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual.⁸

Desse modo, nota-se que o princípio acusatório já atribui aos protagonistas que formam o processo penal (julgador, acusação e defesa) o seu devido encargo, não podendo o juiz, de ofício, produzir provas em juízo, seja para beneficiar a acusação, seja para auxiliar a defesa, de modo que, ao fazer isso, estaria substituindo o papel que cabe tão somente às partes, que são as legítimas para produzir as provas que lhe entenderem necessárias.

O julgador, portanto, deve ser afastado da iniciativa probatória para que seja assegurada a sua imparcialidade.

Assim, a partir do princípio acusatório surgem outros princípios processuais, como o contraditório e a ampla defesa, a paridade de armas, a presunção de inocência e a imparcialidade (este imprescindível para o julgador), os quais serão analisados a seguir.

⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17.03.2024.

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 22.

Tanto o contraditório quanto a ampla defesa são princípios garantidos constitucionalmente com previsão expressa no art. 5º, LV, da Constituição, abaixo transcrito:

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:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;⁹

A partir disso, é necessário analisar, separadamente, como esses dois pilares constitucionais se aplicam ao processo penal.

O contraditório não é apenas um direito do acusado, mas sim de ambas as partes (ativa e passiva). Ou seja, a reconstrução do delito supostamente cometido cabe, em juízo, aos dois polos do processo para que se chegue à verdade processual.

Segundo Aury Lopes Jr., o contraditório se funda no direito de audiência, momento em que é oportunizado às partes condições de fala e oitiva, podendo a parte contrária se opor ao que foi produzido em juízo pela contraparte, formando, dessa maneira, o dialeto processual que visa conduzir ao convencimento do julgador¹⁰.

Desse modo, a acusação pode dispor de tudo aquilo que enxerga necessário para provar o delito cometido pelo acusado e este, por sua vez, pode se defender daquilo que lhe foi imputado, dando origem ao que se entende por ampla defesa.

O direito de defesa, também conhecido como “ampla defesa”, é aquele utilizado pelo acusado em razão de todas as imputações direcionadas a ele. Nesse sentido, existe a defesa técnica e, também, a defesa pessoal.

⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17/03/2024.

¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 55.

A primeira (defesa técnica) é aquela exercida através de uma assistência ao acusado prestada por um profissional (advogado ou defensor público) que detém os conhecimentos teóricos do Direito.

Em “As misérias do Processo Penal”, Francesco Carnelutti escreveu o seguinte sobre a função primordial do advogado (leia-se, também, defensor público) e a necessidade do acusado:

As pessoas supõem o advogado como um técnico, ao qual se pede uma obra, pois quem a solicita não seria capaz de realizar por si. (...) O preso é essencialmente um necessitado.¹¹

A defesa técnica é justamente a “obra” a qual o acusado não seria capaz de realizar que se refere Carnelutti, uma vez que o mesmo não possui o conhecimento adequado suficiente para se defender em juízo.

A existência constitucional da defesa técnica é imprescindível para a garantia da paridade de armas, uma vez que o acusado é parte hipossuficiente, no sentido técnico, no processo penal.

Assim, se de um lado o Ministério Público possui as melhores condições técnicas para requerer e produzir uma gama infinita de provas em face do imputado para oferecer a melhor acusação possível, é necessário que, por outro lado, o acusado possa dispor das melhores armas para se defender às acusações a ele imputadas.

Já a defesa pessoal (também chamada de autodefesa) é aquela exercida pelo próprio acusado em relação à denúncia processual criminal que paira sobre ele. O melhor exemplo de exercício da autodefesa é no momento do interrogatório, compreendendo-se o direito de audiência, em que o acusado poderá se defender das acusações e expor os motivos que levem o julgador a crer que ele não cometeu o crime.

Ainda no interrogatório, a defesa pessoal do acusado pode ser negativa, quando este se presta a não se manifestar em relação aos questionamentos que lhe são feitos, caracterizando-se no direito ao silêncio previsto constitucionalmente no art. 5º, LXIII, da Constituição, sendo certo que o direito

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Editora Pílares, 2009, p. 32.

de ficar em silêncio não importará para o imputado em presunção de culpabilidade.

Sobre o princípio da paridade de armas, este correlaciona-se com a concepção constitucional de igualdade. Ou seja, devem as partes que compõem a persecução penal – acusação e acusado – receber tratamento igualitário, tanto na fase pré-processual (inquérito policial, exemplo mais importante) quanto na fase processual, após o recebimento da acusação penal e estabelecimento do processo penal.

Não por caso o art. 5º da Constituição prevê, em seu *caput*, que “todos são iguais perante a lei...”¹².

A paridade de armas não é exclusividade do processo penal. No civil, por exemplo, autor e réu são tratados, no Código de Processo Civil, com igualdade na relação processual, seja para produzir a prova do fato constitutivo do direito pleiteado¹³ ou para provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo¹⁴.

No entanto, uma peculiaridade do processo penal é que, diferente do processo civil, a paridade de armas não deve ficar estrita apenas à fase processual, mas estar presente, também, na fase pré-processual.

Posteriormente, quando já formada a relação processual, ou seja, momento em que a acusação já foi recebida, é fato que o magistrado deve administrar o processo, ofertando a ambas as partes (acusação e acusado) as condições de igualdade para produção de provas e demais atos processuais.

Novamente, o princípio da paridade de armas emerge da equidade processual, atrelando-se à igualdade em que as partes são tratadas. Em sua dissertação de mestrado, Stanziola Vieira enfatiza que

...a paridade de armas atine com a própria relação entre acusado e acusador com vistas não ao atingimento da verdade, mas ao

¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17/03/2024.

¹³ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – Ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

¹⁴ Art. 373. (...)

II – Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

conjunto de posições jurídicas e meios processuais que cada um dos lados poderá ter na apresentação da causa ao julgador.¹⁵

E arremata o mesmo autor:

A partir da perspectiva da paridade de arma, ademais, não se cuida apenas da possibilidade de a acusação rebater teses defensivas, mas de se impedir que uma das partes não tenha mais eficácia argumentativa para convencer o juiz do que a outra.¹⁶

Portanto, é inconteste que, diferentemente do contraditório, que está ligado à ideia de dialeticidade processual, a paridade de armas é adstrita às formas como as partes serão tratadas no processo, bem como às condições de igualdade para poderem produzir suas respectivas provas e diligências, seja em sede de inquérito policial ou, mormente, na fase processual.

O princípio da presunção de inocência - também chamado de princípio da não culpabilidade -, deve recair sobre o acusado até que seja provado que o mesmo é culpado pelo eventual crime cometido, algo que só seria confirmado com uma sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, decisão da qual não é cabível mais recurso.

O princípio em comento está previsto expressamente no art. 5º, LVII, da Constituição, transcrito abaixo:

Art. 5º. (...)

LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.¹⁷

¹⁵ VIREIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro**. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02082017-140733/en.php>. Acesso em: 20/03/2024, p. 168-169.

¹⁶ VIREIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro**. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02082017-140733/en.php>. Acesso em: 20/03/2024, p. 173.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17/03/2024.

Em outras palavras, o acusado tem o direito de recorrer até a última instância possível sem ser necessariamente considerado culpado. Cesare Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas*, destacava:

Um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada.¹⁸

A presunção de inocência possui três dimensões, quais sejam, norma de tratamento, norma probatória e de julgamento.

A primeira diz respeito a forma como o acusado deve ser tratado. Quando Beccaria advertia que “um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz...”, o mesmo fazia referência justamente à forma que o imputado deve ser tratado. Ora, se até o trânsito em julgado há uma presunção de não culpabilidade, o acusado não pode receber a alcunha de “culpado”, “condenado”, “criminoso” etc., e nem deve ser tratado como tal.

A norma de tratamento visa justamente proteger o réu da publicidade abusiva e do prévio estigma que paira sobre o acusado quando este recebe a imputação de um crime. Importante aduzir que esse estigma do réu pode ser interno (referente ao próprio processo) e, ainda, externo (forma como a sociedade trata o imputado), como ensina Aury Lopes Jr.¹⁹

Além da norma de tratamento, merece destaque, também, a norma probatória que transfere ao órgão acusador a carga de provar que o acusado cometeu determinado crime. Até que isso seja provado (pelo acusador), presume-se que o réu não cometeu o delito.

E por fim, existe a norma de julgamento, concretizada pelo adágio do *in dubio pro reo*.

Dispondo de outros termos, havendo dúvida acerca da autoria e materialidade do eventual crime analisado, deve-se decidir a favor do réu, pois, conforme visto acima em relação à norma probatória, cabe ao acusador provar todos os elementos que demonstrem a culpabilidade do imputado e, ao não fazer

¹⁸ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. São Paulo, Edipro, 2019.

¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 53.

isso, a presunção de inocência deve ser utilizada em benefício do sujeito passivo.

Sobre o tema da presunção de inocência, esclarece Aury Lopes Jr.:

A presunção de inocência – e sua dimensão de norma de julgamento – incide não apenas no “julgamento” em sentido estrito, mas ao longo de toda a persecução criminal, da fase de inquérito até o trânsito em julgado. (...) Essencialmente a presunção de inocência, enquanto norma de julgamento, diz respeito à suficiência probatória e constitui, assim, o “standard probatório”.²⁰

Diante dessa análise inicial do presente estudo, é possível examinar que, dentro do processo penal, no que se refere ao foco do presente estudo, qual seja, o inquérito policial na fase preliminar, é de suma importância respeitar os princípios acusatório, do contraditório e ampla defesa, da paridade de armas e da presunção de inocência.

E para que se tenha o respeito aos princípios anteriormente citados, urge que no sistema processual seja preservada a imparcialidade dos julgadores – que também é um princípio importante para o estudo em tela (princípio da imparcialidade).

A noção de imparcialidade do juiz está atrelada nas suas ações no decorrer do processo. Em outras palavras, não pode o julgador “desejar/querer” auxiliar determinada parte – na maioria das situações a parte acusadora, onde o juiz atua como uma espécie de segundo acusador na busca da verdade real dos fatos.

Cabe pontuar, ainda, que essa ideia de imparcialidade compactua com aquilo que se entende por justiça. A respeito disso, Renato Brasileiro diz que “não se considera justa uma decisão [sentença] proferida por um juiz que não seja imparcial”²¹.

Por óbvio, não se busca um juiz inativo no processo. Pode o julgador, por exemplo, atuar como um facilitador daquilo que foi questionado em audiência para esclarecer o que eventualmente ficou conturbado.

²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 53-54.

²¹ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 1314.

No entanto, não se pode confundir essa atuação facilitadora com um desempenho enérgico. Aury Lopes Jr., ao abordar as ações do julgador no processo, diz o seguinte:

Em um processo acusatório existe um preço a ser pago: o juiz deve conformar-se com a atividade probatória incompleta das partes. Não se lhe autoriza a descer para a arena das partes e produzir (de ofício) provas nem para colaborar com a acusação nem para auxiliar a defesa. Ele não pode é “descer” na estrutura dialética, nem para um lado nem para o outro.²²

Infere-se, portanto, que o princípio da imparcialidade não está apenas relacionado com à vedação da atuação do juiz em prol da acusação, mas sim em relação às duas partes. O ponto crucial é que o julgador conceda às partes o protagonismo processual que lhes cabem.

Nesse sentido, não é salutar que o juiz atue de maneira inovadora ou ampliadora para, por exemplo, produzir provas. Deve ser vedada a iniciativa probatória por parte do julgador, sob pena de haver sua contaminação no momento de proferir a sentença final.

Renato Brasileiro conceitua essa imparcialidade do julgador como um desinteresse subjetivo na sentença final do processo, o que atrai uma atuação desapaixonada e sem interesse nas consequências geradas às partes²³.

Complementando o conceito de imparcialidade, José Giacomolli traz os seguintes ensinamentos:

[Ser imparcial] não significa ignorar as pretensões das partes, suas perspectivas e expectativas, mas outorgar confiança e segurança de um julgamento na qualidade de terceiro e não de parte, bem como evitar que seja proferido um julgamento com dúvida razoável acerca da parcialidade do julgador.²⁴

Ainda no campo da imparcialidade, a doutrina traz ainda uma subdivisão na qual o princípio em comento pode ser de ordem subjetiva ou objetiva.

²² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 50.

²³ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 120.

²⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 280.

A imparcialidade objetiva pode ser traduzida como aquela em que o julgador aparenta ser imparcial dentro do processo, deixando claro às partes que não tem nenhum lado dentro da lide. Nessa divisão, o que importa é aquilo que o juiz deixa transparecer em seus atos e modos de agir no processo, estando ligada à teoria da aparência.

Já a imparcialidade subjetiva possui total relação com a contaminação do julgador abordada neste estudo, pois está associada à esfera psicológica do juiz, quando este já possui um pré-julgamento da causa na qual, na maioria das vezes, “condena” o acusado antes mesmo do pronunciamento judicial (sentença condenatória).

Ora, esse tipo de contaminação relacionado à imparcialidade subjetiva é justamente ocasionado pelo contato que o julgador tem com a fase pré-processual, na qual o juiz é exposto a elementos de informação produzidos no inquérito, sendo obrigado, por exemplo, a decretar uma medida cautelar ou produzir prova de ofício.

Não à toa, Renato Brasileiro traz o seguinte questionamento ao analisar a teoria da dissonância cognitiva:

(...) discute-se, então, até que ponto a tomada de decisão por parte do juiz na fase investigatória da persecução penal, por exemplo, decretando medidas cautelares pessoais, reais ou probatórias (v.g., prisão preventiva, sequestro, interceptação telefônica), teria (ou não) o condão de colocar em risco sua imparcialidade para o processo e julgamento daquele mesmo caso penal, diante dessa tendência involuntária do indivíduo de manutenção/confirmação de uma decisão por ele anteriormente tomada (...)²⁵

Por consequência lógica desse questionamento levantado à luz da dissonância cognitiva, não haveria como não questionar a imparcialidade do julgador após a aceitação da denúncia e estabelecimento da lide processual, pois o mesmo já estaria contaminado com os elementos de informação e diligências naturais de um inquérito policial.

É notório que, por toda essa análise prévia, é possível aferir a maléfica e problemática relação existente entre o inquérito policial e a contaminação

²⁵ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 124.

subjetiva do julgador que vem suprimindo princípios basilares constitucionais do processo penal.

As consequências, seja para o acusado ou para as próprias regras do jogo são inúmeras, sendo que a mais grave e preocupante é o provimento jurisdicional fundamentado (leia-se contaminado) exclusivamente nos atos de investigação constantes no inquérito policial.

2.2 INQUÉRITO POLICIAL – FERRAMENTA INQUISITORIAL QUE PRODUZ ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO

O inquérito policial está situado na investigação preliminar, sendo, portanto, uma ferramenta utilizada na fase pré-processual.

Caracteriza-se por ser uma preparação para a formação ou não do processo penal, de modo que será identificada (ou não) a existência do tipo penal.

Notoriamente, por ser um procedimento que antecede a fase processual, o inquérito não tem natureza de uma atividade judicial, porquanto não há partes e, conseqüentemente, dialeticidade.

Nesse sentido, é salutar dispor das palavras de Renato Brasileiro, que assim conceitua o inquérito policial:

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pelo Delgado de Polícia, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.²⁶

Do conceito destacado acima, cabe enfatizar para fins do presente estudo dois pontos abordados por Brasileiro: o inquérito policial é inquisitório e os elementos nele produzidos são compreendidos como atos de informação.

É importante ter em mente esses dois pontos uma vez que o problema central deste estudo diz respeito às sentenças condenatórias baseadas

²⁶ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 175.

exclusivamente nos elementos colhidos na fase investigatória, mormente no inquérito policial.

Esse fato é totalmente contrário aos princípios constitucionais anteriormente abordados, considerando que o processo penal deveria ser baseado em um sistema acusatório, cuja decisão do julgador deve ser embasada pelas provas produzidas em juízo, ou seja, elementos probatórios colhidos na fase judicial.

Ao contrário disso, o que se presencia na atual conjuntura do processo penal é o julgador tendo extremo contato com o inquérito policial (que possui caráter totalmente inquisitorial, conforme conceituado por Brasileiro) e sendo, por conseguinte, contaminado pelos elementos de informação colhidos na mencionada na fase preparatória para embasar a sentença.

No entanto, antes de abordar a problemática principal desta monografia, mister se faz discorrer acerca dos sistemas processuais penais – acusatório e inquisitório –, demonstrando o porquê de o inquérito policial estar inserido neste (sistema inquisitorial), bem como analisar a natureza dos elementos de informação colhidos na fase pré-processual e qual a relação deles com o processo penal.

O sistema processual penal acusatório prevê a existência de duas partes (compreendidas como acusação e defesa) para formar a dialeticidade da lide e, além delas, aparece a figura do juiz como administrador imparcial desse embate litigioso.

A principal característica do sistema em comento é delimitar a área de atuação de cada figura que compõe o processo penal, sendo a produção de provas algo adstrito às partes.

É cediço, nesse sentido, que o magistrado não pode usurpar a iniciativa probatória da acusação e da defesa, devendo o julgador apenas garantir que os direitos e princípios constitucionais não sejam violados – ou seja, um juiz imparcial, conforme já explanado outrora.

Ferrajoli, ao abordar o sistema processual penal acusatório, ressalta como característica a separação entre julgador e acusação, bem como a existência da

igualdade entre as partes (regulada pelo princípio da paridade de armas, já abordado nesta monografia).²⁷

Uma vez que o sistema acusatório visa promover a dialeticidade da acusação e da defesa, imprescindível se faz destacar a presença do contraditório e da ampla defesa nesse sistema, principalmente quando as partes exercem, por exemplo, o direito de audiência, aplicando-se, ainda, o princípio da presunção de inocência.

Em síntese, fica evidente que o sistema acusatório garante a coexistência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como da paridade de armas e da presunção de inocência, ao passo que deixaria de ser acusatório sem a existência dessa base principiológica, sendo justamente por isso que ele foi recepcionado pela Constituição de 1988 e reafirmado no art. 3º-A do Código de Processo Penal.

Por outro lado, remando totalmente em sentido contrário, o sistema penal inquisitorial prevê uma atuação mais enérgica do julgador diante das partes no processo, sendo o magistrado, também, uma das figuras protagonistas da lide.

No sistema inquisitorial o próprio juiz se reveste de acusação, chegando, inclusive, a buscar a produção de provas de ofício até mesmo antes da fase processual, ou seja, na fase preparatória (inquérito policial).

Por consequência, o que se há é um juiz imparcial que fica subjetivamente vinculado ao processo e contaminado quando de sua decisão sobre o caso.

O efeito lógico e negativo disso é o desrespeito aos princípios constitucionais do processo penal, pois, nesse cenário, não se vislumbra paridade de armas, contraditório, ampla defesa e, muito menos, imparcialidade.

Eis a importante lição de Renato Brasileiro em relação ao sistema inquisitório:

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

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2006, p. 518.

poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual.²⁸

Brasileiro arremata discorrendo sobre um dos perigos do sistema inquisitório:

Por essas características, fica evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº 1).²⁹

À vista disso, verifica-se que o inquérito policial e o sistema inquisitorial possuem grande relação de semelhança: em ambos não há contraditório e ampla defesa nem paridade de armas.

A partir disso, é preciso se atentar aos problemas existentes em aproximar o julgador do inquérito policial, bem como dos elementos de informações colhidos nessa fase pré-processual.

Ora, se o sistema processual recepcionado pela Constituição e previsto no CPP é o acusatório, seria, no mínimo, contraditório deixar o juiz ter contato direto com uma ferramenta evidentemente inquisitória. As consequências são evidentes e oportunamente serão analisadas neste estudo.

Seguindo a análise para o enfoque daquilo que é produzido na ferramenta inquisitorial em comento, é fato que a sua conclusão é valorada como um ato de investigação, presente apenas na fase pré-processual.

Em outras palavras, esses elementos servem para que o Ministério Público (comumente o titular da ação penal) possa ou não ter argumentos para embasar o oferecimento da acusação penal.

Ao analisar os atos de investigação produzidos no inquérito policial, Aury Lopes Jr. emprega as seguintes características: se referem a uma hipótese, não a uma afirmação; servem à investigação preliminar; servem de arrimo para o

²⁸ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 43.

²⁹ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 43.

juízo de probabilidade e não de certeza; não são destinados para embasamento da sentença etc.³⁰

Isso leva a crer que os atos praticados no inquérito policial não possuem a natureza probatória, mas tão somente informativa/investigativa. Acerca dessa valoração, Aury comenta que

Seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do segredo.³¹

No que se refere à distinção entre os atos probatórios e os elementos de investigação, o próprio CPP é claro, prevendo, inclusive, que o magistrado não poderá basear a sentença exclusivamente naquilo que foi produzido na fase preliminar. Eis a dicção literal do art. 155:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.³²

Isso ocorre porque, assim como visto no sistema penal inquisitorial, os elementos de investigação produzidos no inquérito não levam em conta o contraditório nem a ampla defesa, porquanto não há dialeticidade, uma vez que sequer há um processo estabelecido. Em muitas ocasiões o investigado sequer sabe que há diligências ocorrendo contra ele por se tratar de um procedimento às vezes sigiloso.

Diante disso, em arremate aos elementos colhidos no inquérito, infere-se que são meramente de natureza preparatória para a existência do processo (caso seja recebida pelo julgador), servindo como auxiliar do Ministério Público para que este possa vislumbrar a existência do fato delituoso, sendo evidente a

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 106-107.

³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 107.

³² BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17.03.2024.

letra do Código de Processo Penal que define que os elementos de informação não podem servir ao juiz como prova. Muito pelo contrário, tais elementos sequer podem chegar ao conhecimento do juiz com vistas a evitar a contaminação deste.

2.3 A CONTAMINAÇÃO SUBJETIVA DO JULGADOR COM OS ATOS DE INVESTIGAÇÃO PRODUZIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL

Entendida a natureza dos atos produzidos em sede de inquérito policial, bem como o momento em que tais elementos são produzidos (fase pré-processual), é necessário compreender qual a relação dos atos de investigação com o julgador e, mais importante, suas consequências para o processo penal, mormente sob o viés subjetivo do julgador.

Para isso, é necessário compreender a lide processual sob um aspecto prático, devendo-se esclarecer que o percurso até se chegar à formação do processo penal ocorre da seguinte forma: o inquérito policial é instaurado e, se verificada a existência de cometimento do fato ilícito diante dos elementos de investigação produzidos no inquérito, o Ministério Público irá oferecer acusação.

Nessa trilha, se o magistrado receber a acusação, se estabelece o início da relação processual e, ato contínuo, o acusado será intimado para apresentar resposta à acusação.

Formada a lide penal, o juiz determinará, a pedido das partes (as únicas protagonistas no sistema acusatório), a realização das diligências necessárias para produção probatória.

Ocorre que, nessa fase processual, o inquérito, junto com os atos de investigação nele produzidos, estará anexado aos autos. Isso é, inclusive, o que determina o artigo 12 do Código de Processo Penal³³.

Nisso reside um dos principais problemas abordados no presente estudo, qual seja, a contaminação subjetiva do julgador com os atos colhidos na fase

³³ Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17.03.2024.

investigatória, elementos estes, repise-se, produzidos sem o crivo do contraditório, da ampla defesa e sem paridade de armas.

Ao tratar da influência do inquérito policial no aspecto subjetivo do julgador, Alexandre Rosa e Aury Lopes, citando Pellegrini Grinover, elaboram duas razões para explicar como e porque isso ocorre:

Em primeiro lugar, porque quem realiza o juízo de pré-admissibilidade da acusação é o mesmo juiz que proferirá a sentença no processo.

Em segundo lugar, porque os autos do inquérito são anexados ao processo e assim acabam influenciando direta ou indiretamente no convencimento do juiz.³⁴

Ambas as razões levam a crer que há uma relação (negativa) entre o inquérito policial e o julgador da ação penal.

Conseqüentemente, quem padece com isso é o acusado, porquanto os elementos de investigação produzidos anteriormente serão utilizados contra ele como se tivessem força probatória para uma condenação.

Dispondo de outros termos, o julgador, subjetivamente, já iniciará o processo “contaminado”, uma vez que é ele quem aceitará o recebimento da acusação e ficará exposto aos elementos de informação colhidos na fase prévia à lide.

À vista disso, o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição³⁵, é totalmente suprimido.

Ao invés de ser provada a autoria e a materialidade do crime cometido pelo acusado, este é quem terá de provar que não cometeu o ilícito a ele imputado para que não seja condenado a uma pena privativa de liberdade – o que é claramente uma completa inversão probatória no processo penal.

³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre. **Contaminação (in)consciente do julgador e a exclusão física do inquérito**. Revista Conjur. 26.10.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-26/limite-penal-contaminacao-inconsciente-julgador-exclusao-inquerito>. Acesso em: 16.10.2023.

³⁵ Art. 5º. (...). LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17/03/2024.

Nesse sentido, é preciso se valer dos ensinamentos de Ferrajoli acerca da incumbência do ônus probatório, encarando-a como uma garantia processual, que, no entanto, vem sendo invertida diante da problemática exposta. Veja-se:

O ônus da prova a cargo da acusação, que não se deve confundir com o ônus ou necessidade da prova como condição de condenação e que, ao contrário, designa uma regra de repartição funcional da atividade probatória.³⁶

Arrematando sobre as garantias processuais, argumenta o citado autor:

No sentido inverso, as garantias processuais de caráter intrinsecamente jurídico são aquelas regras do jogo judicial que disciplinam as atividades dos autores do processo para proibir o abuso e permitir-lhes, de fato, em condições de paridade, a busca mediante ensaio e erro, em que se articula a argumentação indutiva.³⁷

Ou seja, a contaminação subjetiva do julgador, além de suprimir diversos princípios do processo penal alhures citados, ocasiona, ainda, uma certa inversão probatória na lide, alterando, por consequência, as regras do jogo.

Para além dessa supressão das regras processuais e, conseqüentemente, de princípios do processo penal, imprescindível se faz analisar, minuciosamente, como o inquérito policial contamina o julgador sob o aspecto subjetivo.

À vista disso, é importante observar que quando há apenas um juiz para as fases investigatória e processual, é certo que esse julgador chegará na segunda fase “sabendo demais”.

Em outras palavras, ele estará contaminado por aquilo que foi produzido na investigação.

É de se destacar, nessa trilha, que já haverá uma espécie de pré-cognição subjetiva plantada no julgador que, por sua vez, não irá encarar o imputado como um mero acusado.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais: 2006, p. 146.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais: 2006, p. 146-147.

Seria como se, ao aceitar a acusação, o juiz já admitisse que o acusado fez algo contrário à lei e este deveria provar que não cometeu o ilícito, caracterizando a inversão das regras do jogo mencionada linhas atrás.

Obviamente, o magistrado contaminado pelos atos de investigação não tratará o acusado da mesma forma que trata a acusação, de modo que é impossível haver igualdade de condições nesse sistema.

A consequência disso é clarividente: estar-se-á diante de um juiz parcial.

Discorrendo sobre essa contaminação subjetiva do julgador com os atos de investigação, Aury Lopes Jr. alerta:

Não podemos ter um juiz que já formou sua imagem mental sobre o caso e que entra na instrução apenas para confirmar as hipóteses previamente estabelecidas pela acusação e tomadas como verdadeiras por ele (e estamos falando de inconsciente, não controlável), tanto que decretou a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a prisão preventiva, etc. e ainda recebeu a denúncia.³⁸

É de se concluir, nesse sentido, que os pré-juízos impregnados no julgador da causa ocasionam prejuízos ao acusado e, conseqüentemente, à ordem do processo penal como um todo.

Aury encara as conseqüências da exposição do magistrado ao inquérito policial como irremediáveis, impossível de remediar, porquanto o julgador, inegavelmente, produz em sua mente, de forma incontrolável e inconsciente, uma imagem mental dos “fatos”, havendo uma espécie de pré-julgamento da causa.³⁹

Novamente, na prática, é como se o acusado já entrasse ao processo como um condenado que precisa, a todo custo, provar que é inocente. No entanto, essa tentativa de o acusado demonstrar que não é o autor do crime, na maioria das vezes, será em vão.

Não ao acaso, Aury aduz, ainda, dispondo dos ensinamentos do jurista alemão Bernd Schünemann, que quanto maior for o contato do juiz com o

³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 77.

³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 77.

inquérito, pior será sua “relação” com aquilo que a defesa apresentar durante o processo. Veja-se:

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.⁴⁰

Portanto, a exposição do juiz ao inquérito policial é, antes de tudo, uma falha psíquica, pois está diretamente relacionada à contaminação psicológica do julgador que, por consequência, maculará o processo.

Valendo-se de uma análise do direito comparado, Bernd Schünemann, em sua obra⁴¹, estudou o processo penal alemão e as influências causadas aos juízes que tiveram contato com o inquérito policial e os elementos colhidos na fase pré-processual.

Antes de se debruçar sobre as conclusões do jurista citado em seu artigo, cabe destacar que o processo penal alemão possui similaridades com o brasileiro. Assim como no Brasil, na Alemanha, após ser concluído o inquérito, o Ministério Público pode oferecer a denúncia. Sendo esta recebida pelo magistrado, a lide seguirá para fase da audiência de instrução e julgamento.

Imprescindível anotar que, tanto no processo penal brasileiro quanto no alemão, o juiz que fica exposto àquilo que fora produzido no inquérito policial.

Além disso, o magistrado que recebe a acusação é o mesmo que irá proferir a sentença ao fim da lide, possuindo, portanto, a mesma estrutura do processo penal brasileiro.

Superada a similaridade entre as estruturas processuais dos dois países mencionados, parte-se para as conclusões de Schünemann sobre seu estudo. Inicialmente, o jurista alemão destaca que no processo penal alemão o juiz é elevado à categoria de um “terceiro superior – imparcial” (terceiro porque ainda há as figuras de acusação e defesa).

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 77.

⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental**. Revista Liberdades, nº 11. Setembro/dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/453/1> Acesso em: 28/09/2024.

No entanto, essa noção de imparcialidade, segundo Schünemann, cai por terra quando, após formulada a acusação pelo Ministério Público, o juiz fica exposto ao inquérito para, em sede de audiência de instrução e julgamento, colher o depoimento do acusado.

Schünemann aborda que as perguntas questionadas em audiência são formuladas com base nas informações colhidas no inquérito e servem apenas para confirmar uma convicção já pré-formulada (convicção esta que o julgador possui ao receber a acusação), concluindo que o juiz atua de forma totalmente inquisitorial. Eis suas palavras:

Pelo Código de Processo Penal alemão atualmente vigente, com a formulação da acusação pelo Ministério Público, transmite-se o domínio da ação penal ao juiz. Com o isso, o magistrado recebe, em suas mãos, a totalidade do inquérito e, com base nele, decidirá se há suspeita suficiente contra o acusado, ou seja, se há verossimilhança no pedido condenatório.

Na formação da convicção do magistrado, concorrem o membro do Ministério Público e a Defesa. Contudo, ambos possuem mera função de complementação, eis que prevalece a posição dominante inquisitória – tanto na condução da instrução como na de autoridade da causa – e decisória do juiz.⁴²

Com base nessas razões, não há que se falar em princípio da imparcialidade, porquanto ele é totalmente suprimido quando o juiz tem conhecimento dos autos do inquérito e, com fundamento nesse elemento unicamente pré-processual, recebe a denúncia. Há um claro movimento inquisitório que se perdurará durante a fase processual.

Sobre as consequências geradas por essa atividade inquisitorial, Schünemann destaca que haverá condenações sempre (ou, pelo menos, na maioria das vezes) que o juiz tiver contato com os autos do inquérito:

O conhecimento dos autos do inquérito tendencialmente incriminador leva, sem exceções, o juiz a condenar o acusado. Esta tendência permanece mesmo diante de uma audiência de

⁴² SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental.** Revista Liberdades, nº 11. Setembro/dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/453/1> Acesso em: 28/09/2024.

instrução e julgamento ambivalente que, no fundo, sugere uma absolvição.⁴³

E conclui o jurista alemão no sentido de que o juiz como um “terceiro imparcial” no processo deixou lugar para um magistrado inquisidor – chamado por ele de “terceiro manipulado” - diante da exposição ao inquérito. Nesse sentido:

(...) a ideia do juiz como um terceiro superior vem dando lugar à concepção do juiz como um terceiro manipulado. Este desmonte da superioridade judicial expressa uma descoberta da Psicologia Jurídica.⁴⁴

A título de comparação, no direito processual penal brasileiro acontece exatamente a mesma dinâmica, pois o julgador, ao receber a acusação e formar o início da lide, ficará exposto ao inquérito, uma vez que o julgador que recebe a acusação é o mesmo que julgará o processo.

Por esse motivo urgia-se a necessidade de atuação legislativa para afastar o contato do julgador com a fase preliminar, surgindo a partir disso o juiz das garantias.

2.4 SENTENÇAS CONDENATÓRIAS FUNDAMENTADAS EXCLUSIVAMENTE NO INQUÉRITO POLICIAL E PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No campo do processo penal, a sentença, quando há julgamento do mérito, é o provimento judicial final da demanda no primeiro grau de jurisdição, podendo ser condenatória ou de absolvição do acusado.

⁴³ SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental.** Revista Liberdades, nº 11. Setembro/dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/453/1> Acesso em: 28/09/2024.

⁴⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental.** Revista Liberdades, nº 11. Setembro/dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/453/1> Acesso em: 28/09/2024.

Não se trata de uma decisão transitada em julgado, pois está sujeita a recurso (art. 593, I, do CPP⁴⁵), mas põe fim ao processo na primeira instância.

É justamente esse provimento judicial que merece cuidadosa atenção nesta monografia, pois nele reside a principal consequência da contaminação subjetiva de quem o profere (jugador): uma sentença condenatória fundamentada exclusivamente no inquérito policial.

Pois bem, o primeiro ponto a ser destacado é que no presente estudo a sentença que importa para análise é a condenatória que culmina na pena de prisão ao acusado. Não é relevante aqui a sentença de absolvição.

Conceitualmente, Renato Brasileiro define a sentença condenatória privativa de liberdade da seguinte forma:

...é a decisão judicial que atesta a responsabilidade criminal do acusado em virtude do reconhecimento categórico da prática da conduta típica, ilícita e culpável a ele imputada na peça acusatória (ou aditamento), impondo-lhe, em consequência, uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa.⁴⁶

Nesse sentido, conforme já acentuado outrora, há no CPP brasileiro previsão legal que veda o proferimento de sentenças baseadas exclusivamente no inquérito policial.

Referida previsão foi incluída com a reforma que trouxe alterações legais em relação à prova judicial através da Lei 11.690/2008⁴⁷. Citada lei alterou o art. 155 do CPP, dando ao dispositivo a seguinte redação:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos

⁴⁵ Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: I – das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular.

⁴⁶ BRASILEIRO, Renato. Manual de Processo Penal. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 1620.

⁴⁷ Brasil. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.** Disponível em:

informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.⁴⁸

Em que pese o novo teor do artigo seja no sentido de expressa vedação às sentenças condenatórias com base no inquérito policial, alguns autores já direcionaram críticas em relação ao termo “exclusivamente”.

A respeito disso, veja-se os comentários feitos por Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr.:

O grande erro da reforma pontual (Lei 11.690/2008) foi ter inserido a palavra “exclusivamente”. Perdeu-se uma grande oportunidade de acabar com as condenações disfarçadas, ou seja, as sentenças baseadas no inquérito policial, instrumento inquisitório e que não pode ser utilizado na sentença. Quando o artigo 155 afirma que o juiz não pode fundamentar sua decisão “exclusivamente” com base no inquérito policial, está mantendo aberta a possibilidade (absurda) de os juízes seguirem utilizando o inquérito policial, desde que também invoquem algum elemento probatório do processo.⁴⁹

Por sua vez, Guilherme Nucci, tece os seguintes comentários:

Ora, nesse contexto, a reforma deixou por desejar, uma vez que somente reafirmou o entendimento já consolidado – logo, inócuo fazê-lo – de que a fundamentação da decisão judicial, mormente condenatória, não pode calcar-se exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação. Ademais, se a decisão judicial fosse proferida com base única em fatores extraídos do inquérito policial, por exemplo, seria, no mínimo, inconstitucional, por não respeitar as garantias do contraditório e da ampla defesa. Portanto, a reforma teria sido ousada se excluísse a ressalva “exclusivamente” do art. 155, caput, do CPP. O juiz não poderia formar sua convicção nem fundamentar sua decisão com base nos elementos advindos da investigação.⁵⁰

⁴⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 29.09.2024.

⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre. **Contaminação (in)consciente do julgador e a exclusão física do inquérito**. Revista Conjur. 26.10.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-26/limite-penal-contaminacao-inconsciente-julgador-exclusao-inquerito/>. Acesso em: 16.10.2023.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 346.

Como pode ser notado, as críticas citadas acima contêm uma preocupação relacionada à sentença condenatória baseada no inquérito, haja vista que se trata de um provimento maculado com um elemento inquisitorial.

Em outras palavras, sendo inquisitória, trata-se de uma sentença que não respeitou o contraditório e a ampla defesa, porquanto embasada apenas com os elementos de informação.

No campo constitucional, haveria expresso desrespeito ao artigo 5º, LV, da Constituição⁵¹, o qual assegura ao acusado o contraditório e a ampla defesa.

E não apenas isso, esse provimento judicial de primeira instância também faltaria com respeito à imparcialidade e todos os demais princípios analisados anteriormente, os quais são suprimidos em razão da contaminação subjetiva do julgador pelo contato com o inquérito policial, uma vez que as informações colhidas nesta fase são unilaterais, ou seja, sem oportunidade de o acusado poder se defender.

Para que a sentença tenha validade jurídica é necessário que os elementos oriundos do inquérito passem por uma espécie de confirmação judicial. Isso porque passariam pelo crivo da ampla defesa, uma vez que o acusado estaria, nesse momento processual, acompanhado de advogado ou defensor público.

Com efeito, essa confirmação judicial elevaria o elemento de informação produzido no inquérito ao patamar de prova e, a partir daí, poder-se-ia embasar a sentença condenatória.

No entanto, o que se extrai do sistema jurídico brasileiro é que não existe a validação judicial mencionada, mormente porquanto há diversos precedentes do STJ anulando sentenças baseadas exclusivamente no inquérito policial.

Dispondo de outros termos, há uma elevada gama de decisões judiciais de primeiro grau – seja sentenças ou decisões de pronúncia – que não respeitam o disposto no art. 155 do CPP, exigindo que o STJ intervenha em sede recursal para anular a condenação.

⁵¹ Art. 5º: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08/10/2024.

Sobre essa atuação do Tribunal da Cidadania, o julgamento dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial (EDcl no AgRg no AREsp) nº 2.376.855/AL⁵², de relatoria da Ministra Daniela Teixeira (Quinta Turma), deixou claro que a decisão não pode se pautar apenas nos elementos colhidos durante o inquérito policial. Eis a ementa do julgado:

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA FUNDADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. OMISSÃO VERIFICADA. INAPLICABILIDADE DO IN DUBIO PRO SOCIETATE. NULIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES.

(...)

4. É entendimento desta Corte que "a pronúncia não pode encontrar-se baseada exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial, nos termos do art. 155 do CPP". Precedentes.

(...)

7. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao agravo regimental para prover o recurso especial e, conseqüentemente, anular o processo desde a decisão de pronúncia, com a despronúncia do embargante, sem prejuízo da reabertura da persecução diante de provas novas.

(EDcl no AgRg no AREsp n. 2.376.855/AL, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 8/2/2024.)

Do acórdão mencionado, cabe destaque as seguintes passagens do voto relator:

Não se pode atribuir maior juridicidade ao inquérito policial, procedimento administrativo realizado sem observância do devido processo legal, em prejuízo do processo penal, vetor de princípios democráticos e garantias fundamentais.

⁵² ALAGOAS. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2.376.855/AL. Embargante: Paulo Ricardo da Silva. Embargado: Ministério Público do Estado de Alagoas. Relatora: Ministra Daniela Rodrigues Teixeira. Brasília, 06/02/2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202301921243. Acesso: 08/10/2024.

Acrescento que, no Estado Democrático de Direito, a legitimidade da fundamentação das decisões judiciais decorre, também, do exame das provas submetidas ao contraditório e à ampla defesa, corolários do devido processo legal, o que não ocorre, em regra, com a prova produzida extrajudicialmente.

Depreende-se que a decisão de pronúncia, quando restar fundamentada exclusivamente com base em elementos informativos obtidos em fase inquisitorial, representará flagrante ofensa ao Estado Democrático de Direito e ao Princípio da Presunção de Inocência.

Além do EDcl no AgRg no AREsp destacado, é possível citar, também, o REsp nº 1.863.839/RS⁵³, cujo relator foi o Ministro Rogério Schietti Cruz, no qual foi reafirmado que a pronúncia não poderia se pautar em elementos colhidos em uma fase inquisitorial:

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. EMPATE NA VOTAÇÃO. ART. 615, § 1º, DO CPP. INAPLICABILIDADE. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM OS ARTS. 74, § 1º, E 413, AMBOS DO CPP. JUDICIUM ACCUSATIONIS. PRONÚNCIA LASTREADA EM ELEMENTOS EXCLUSIVOS DO INQUÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. MANTIDA A IMPRONÚNCIA DO RÉU, POR OUTROS FUNDAMENTOS. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

(...)

3. A compreensão de ambas as Turmas criminais do STJ tem se alinhado ao ponto de vista do STF, externado, especialmente, no julgamento do HC n. 180.144/GO, de que a pronúncia do réu está condicionada a prova mínima, judicializada, na qual haja sido garantido o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa que lhe são inerentes.

4. Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória, sem qualquer lastro probatório colhido em juízo, fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial.

⁵³ Rio Grande do Sul. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.863.839/RS**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: João Dionatan Pereira. Relator: Rogério Schietti Cruz. Brasília, 22/08/2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202000477721. Acesso em: 08/10/2024.

5. Tendo em vista que os votos exarados no julgamento do recurso em sentido estrito e dos embargos não se desincumbiram de apresentar prova mínima judicializada - na qual se haja garantido o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa, que lhe são inerentes - para submeter o acusado a julgamento pelos seus pares, outra alternativa não há senão a concessão de habeas corpus de ofício, a fim de se manter a impronúncia do réu, ainda que sob outra motivação.

6. Recurso especial não provido. Concedido habeas corpus de ofício, para manter a decisão de impronúncia, pelos fundamentos expostos no voto.

(REsp n. 1.863.839/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 28/8/2023.)

Portanto, em que pese haja clara vedação legal às decisões lastreadas apenas no inquérito, é fato incontroverso que a primeira instância de jurisdição não vem respeitando esse preceito legal.

Remetendo novamente às palavras de Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr.⁵⁴, o que ocorre, na prática, é que os juízes vêm se valendo da lacuna legislativa para, disfarçadamente, condenar os acusados a uma pena de prisão com base apenas no inquérito, invocando qualquer elemento probatório (mínimo que seja) da fase processual.

Aury, inclusive, chega a chamar esse “disfarce” das sentenças condenatórias de “fraude processual”, acentuando que:

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase [pré-processual].⁵⁵

⁵⁴ Críticas direcionadas à reforma legislativa no Código de Processo Penal trazida pela Lei 11.690/2008 que, apesar de vedar a decisões pautadas no inquérito, inseriu o termo “exclusivamente” no art. 155, quando, na verdade, deveria não dar brechas para qualquer hipótese de utilização dos elementos de informação.

⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 70.

Ou seja, tratam-se de decisões com elementos de provas frágeis, ou até mesmo inexistentes, que, no entanto, pode ocasionar ao acusado perda significativa de sua vida com a pena de prisão por anos e anos, portanto devem ser objeto de repressão pelos tribunais superiores (STJ e STF), os quais não podem compactuar com a supressão do devido processo legal.

Como bem salientou o Ministro Rogério Schietti no REsp nº 1.863.839/RS, é imprescindível que haja uma prévia instrução processual antes de qualquer proferimento sentencial – seja para condenar ou absolver – para que seja garantida a ampla defesa e o contraditório perante um juiz imparcial com vistas a evitar julgamentos temerários e levianos.

Do contrário, estar-se-ia apenas reproduzindo aquilo que produzido na fase inquisitorial. Um mero teatro no qual se finge a produção de prova para, disfarçadamente, condenar com base em elementos de informação – teratologia esta que jamais pode ser admitida.

3 O JUIZ DAS GARANTIAS: ANÁLISE DOS NOVOS DISPOSITIVOS INSERIDOS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, IMPLEMENTAÇÃO PRÁTICA E ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Entendida a problemática tratada no presente estudo, tendo sido abordada contaminação subjetiva do julgador com os elementos de informação colhidos na fase pré-processual/inquisitória, bem como a principal consequência oriunda desse fato, qual seja, o proferimento de decisões baseadas exclusivamente no inquérito, cabe se debruçar acerca da base legal que visa amenizar esse maléfico fenômeno do processo penal nacional.

3.1 A LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) E A CRIAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

O Código de Processo Penal brasileiro é datado de 1941, ou seja, bem antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Essa circunstância pode levar à conclusão de que referido código, por “nascer” em um período nada republicano e democrático (Estado-Novo), possui alguns dispositivos que não foram recepcionados pela Constituição.

Discorrendo sobre esse ponto, Fauzi Hassan Choukr destaca que “conhecemos uma história legislativa republicana sem que tenhamos um Código de Processo Penal integralmente nascido da atividade democrática parlamentar”⁵⁶.

A observação é preocupante, pois, naturalmente, o fato de não gozarmos de um CPP com dispositivos atentos ao sistema jurídico atual é um óbice para a garantia de princípios e regras constitucionais.

Aliás, é em razão disso que temos um sistema pré-processual extremamente inquisitorial, o qual é direcionado e utilizado na fase judicial, inclusive para fundamentar as sentenças penais condenatórias – vide tópico 2.4

⁵⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 2.

em que foi analisado precedentes do STJ que anularam decisões lastreadas apenas com base em elementos de informação.

Pensando nisso, Renato Brasileiro alerta para a necessidade de atualização do nosso sistema processual penal:

Era premente, portanto, a mudança da nossa legislação processual penal como um todo, para que sua estrutura fosse, enfim, adaptada à nova ordem constitucional e convencional, notadamente ao sistema acusatório (CF, art. 129, I) e à garantia da imparcialidade (CADH, art. 8º, n. 1).⁵⁷

Diante de toda essa problemática atrelada ao desatualizado CPP, o legislador brasileiro pensou em modernizá-lo com a Lei 13.964/2019 (batizada de “Pacote Anticrime”) que, conforme sua própria descrição, “aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”⁵⁸.

Em razão da citada lei, foram introduzidos no CPP os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F, cujo título foi denominado de “Juiz das Garantias”.

De uma simples leitura do primeiro dispositivo adicionado (art. 3º-A⁵⁹) pela legislação novel, infere-se que ele apenas ratifica que o sistema processual penal brasileiro é acusatório, fazendo coro ao artigo 129, I, da Constituição que confere ao Ministério Público, privativamente, a função de promover ação penal pública.

Isso quer dizer que cabe única e exclusivamente às partes a gestão da prova, devendo o juiz se manter inerte (imparcial) e deixar aos reais protagonistas do processo (acusação e defesa) a iniciativa para produzir os elementos probatórios que entenderem necessários.

Dispondo de uma analogia, Renato Brasileiro relaciona esse modelo do sistema acusatório à Separação de Poderes:

Esse sistema de divisão de funções no processo penal acusatório tem a mesma finalidade que o princípio da separação dos poderes do Estado: visa impedir a concentração de poder,

⁵⁷ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 104.

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 09/10/2024.

⁵⁹ Art. 3º-A. 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.

evitando que seu uso se degenere em abuso. Com essa separação de funções, aliada à oralidade e publicidade, características históricas do sistema acusatório, e com partes em igualdade de condições, objetiva-se a preservação da imparcialidade do magistrado, afastando-o da fase investigatória, a qual deve ter como protagonistas tão somente a autoridade policial e o Ministério Público.⁶⁰

Necessário enfatizar que todo esse modelo acusatório busca ser contrário ao disposto no art. 156 do CPP, que possibilita ao juiz a produção de prova de ofício antes mesmo de iniciada a fase processual⁶¹.

Referido dispositivo, inclusive, é alvo de críticas por parte da doutrina, pois é de caráter totalmente inquisitorial, apesar de a Constituição assegurar o sistema acusatório. Em outras palavras trata-se, portanto, de um artigo inconstitucional.

Retomando à análise dos dispositivos legais inseridos pelas Lei 13.964/2019, infere-se que o artigo 3º-A não trouxe nada específico relacionado ao “Juiz das Garantias”. Repise-se, apenas ressaltou que nosso sistema processual é acusatório.

A função de definir o juiz das garantias, bem como delimitar o momento de sua atuação e suas atribuições, ficou para os dispositivos seguintes, os quais serão analisados a seguir.

3.2 O JUIZ DAS GARANTIAS: ATUAÇÃO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

Como já visto nesta monografia, a grande impulsionadora do proferimento de decisões baseadas exclusivamente no inquérito policial é a contaminação subjetiva do julgador com os elementos colhidos na fase pré-processual de caráter inquisitório.

Em outras palavras, tem-se o seguinte panorama: antes da reforma promovida pela Lei 13.964/2019, o juiz que era responsável por julgar a demanda (ou seja, juiz da instrução e julgamento) também atuava na fase pré-processual,

⁶⁰ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 107

⁶¹ 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.

vide o já comentado art. 156 do CPP, o qual permite ao magistrado atuar de ofício para produção de provas antes mesmo de recebida a acusação/queixa.

Nessa conjuntura, antes do processo ser iniciado, o julgador já teria atuado durante a fase pré-processual, formulando preconceitos sobre o acusado e, na maioria das vezes, “condenando-o” antes mesmo da apresentação da defesa ou de qualquer prova eventualmente produzida pelo acusado.

Além disso, após recebida a acusação formulada pelo Ministério Público e iniciada a lide, tudo aquilo que fora produzido na fase anterior é anexado ao processo com a juntada dos autos do inquérito policial, ficando o julgador exposto aos elementos de informação – daí porque se conclui que há a contaminação subjetiva do julgador.

A respeito disso, Aury Lopes Jr. ensina que:

O juiz, enquanto ser-no-mundo, também constrói imagens mentais a priori (no sentido kantiano adaptado, ou seja, antes da “experiência completa”), também decide primeiro para depois buscar os argumentos que justificam a decisão já tomada (parafrazeando a clássica passagem de Franco Cordero) e também padece com a dissonância cognitiva e o efeito da primazia. São diversos os estudos e pesquisas de campo demonstrando o imenso prejuízo cognitivo que decorre dos pré-juízos.⁶²

Dessa forma, ainda que se tente manter a imparcialidade, a preservação desse princípio seria algo impossível diante do aspecto psíquico do julgador, consoante já acentuado no tópico 2.3.

É justamente em razão de todo esse cenário que o legislador pensou na criação da figura do juiz das garantias.

Com essa criação no direito processual brasileiro (já adotada por países da América do Sul, como Chile e Uruguai, e Países europeus, como Portugal e Itália), haveria um juiz para atuar na fase pré-processual, ou seja, no inquérito policial, e outro para atuar na fase processual – sistema do “*double juez*”⁶³.

⁶² LOPES Jr., Aury; RITTER, Ruiz. **Juiz das garantias: para acabar com o faz de conta que existe igualdade cognitiva...** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/juiz-garantias-fim-faz-conta/> Acesso: 12/10/2024.

⁶³ O modelo do “*double juez*” (ou “duplo juiz”) é um sistema que propõe a existência de dois juízes, no qual cada julgador terá funções diferentes, não podendo um mesmo magistrado atuar nas fases pré-processual e processual.

À vista disso, Aury define que a função do juiz das garantias é “atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal”⁶⁴, pois, como já demonstrado outrora, as garantias daquele que está sendo investigado não são respeitadas, uma vez que todos os elementos de informação contra ele produzidos não são sob o crivo da ampla defesa e do contraditório.

Sobre essa nova sistemática processual, Aury arremata:

(...) intervém [o magistrado] – quando invocado – na fase pré-processual até o recebimento da denúncia, encaminhando os autos para outro juiz que irá instruir e julgar, sem estar contaminado, sem pré-julgamentos e com a máxima originalidade cognitiva.

Ele se posta como juiz, inerte, que atua mediante invocação permitindo que se estabeleça uma estrutura dialética, onde o MP e a polícia investigam os fatos, o imputado exerce sua defesa e ele decide, quando chamado, sobre medidas restritivas de direitos fundamentais submetidas a reserva de jurisdição e como guardião da legalidade e dos direitos e garantias do imputado. Portanto, atua como juiz e não como instrutor-inquisidor.⁶⁵

Ainda visando justificar a mudança para o sistema do “*double juez*” (“duplo julgador”), Aury destaca que o “modelo brasileiro que se quer abandonar faz com que o juiz já entre na fase processual ‘sabendo demais’, excessivamente contaminado, já ‘sabedor’ e, portanto, jamais haverá a mesma qualidade cognitiva com a versão antagônica”⁶⁶.

Pois bem, todas as funções conferidas ao juiz das garantias estão regularizadas a partir do art. 3º-B do CPP, analisado a seguir.

Reza o mencionado dispositivo exatamente o momento de atuação do juiz das garantias, bem como o que será de sua atribuição. Eis a literalidade do artigo:

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

⁶⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 157.

⁶⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 158.

⁶⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 159.

à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:⁶⁷

Extrai-se do dispositivo legal, como já destacado, que é dever do juiz das garantias controlar a legalidade dos atos de investigação – normalmente realizados pelo Ministério Público e pela Polícia. Está claro que sua atuação se limita apenas à fase investigatória – pré-processual/inquérito policial.

A atuação do magistrado das garantias, portanto, não seria de cunho investigatório (apesar de atuar na fase do inquérito policial), mas tão somente regulatório e fiscalizador. É desejoso que o juiz das garantias fique alheio aos interesses das partes (Ministério Público e investigado) e atue apenas quando for provocado.

Renato Brasileiro trata essa sistemática como uma separação da atividade jurisdicional, cujo objetivo é “evitar que o juiz da causa, competente para a instrução e julgamento do feito, venha a ser influenciado pelo conhecimento aprofundado dos elementos de informação produzidos na fase investigatória”⁶⁸.

Voltando ao caráter fiscalizador do juiz das garantias, exemplo disso pode ser avistado no inciso II do artigo 3º-B, o qual confere ao julgador da fase pré-processual a obrigação de receber o auto de prisão em flagrante para que por ele seja feito o controle de legalidade⁶⁹. Referido controle ocorrerá na audiência de custódia.

Outro exemplo desse controle está previsto no inciso IV⁷⁰, pois deve ser comunicada ao juiz a abertura de qualquer investigação criminal (pela polícia ou pelo Ministério Público). Isso ocorre para que o magistrado faça, também, o controle de legalidade dessas investigações. Comentando o dispositivo em tela, Aury traz o seguinte alerta:

⁶⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12/10/2024.

⁶⁸ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 116.

⁶⁹ Art. 3º-B: (...) II – Receber o autor da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;

⁷⁰ Art. 3º-B: (...) IV – Ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

Evita-se, com isso, a abertura de investigações que ficam sem qualquer controle, inclusive de tempo e requisitos formais. Importante sublinhar que o juiz das garantias não investiga, apenas controla a legalidade da investigação.⁷¹

Já o inciso III diz respeito ao que talvez seja a umas das principais funções do juiz das garantias: garantir que seja assegurado ao investigado os seus direitos constitucionais previstos, mormente, no art. 5º da Carta Magna. Não é demais tornar a repetir que a fase pré-processual é responsável por não prezar pelos princípios fundamentais do processo penal, como a ampla defesa e o contraditório.

Os incisos V e VI dá ao juiz das garantias o poder de decisão acerca da prisão provisória ou de outras medidas cautelares, quando solicitadas, bem como o de prorrogar a prisão ou substituí-la, respectivamente. Veja-se a importância de ter o referido magistrado para atuar apenas nesse momento da persecução penal.

No modelo antigo, o juiz da instrução e julgamento poderia já na fase pré-processual determinar a prisão, ainda que provisória, do investigado. É inegável que esse fato influenciaria psicologicamente o julgador pois, na hipótese de ter aceitado a acusação, estaria diante de um acusado do qual já teria determinado a restrição de sua liberdade antes. Ocorreria, inevitavelmente, a formação de pré-juízos.

Cabe, ainda, ao juiz das garantias a decisão acerca do requerimento de produção antecipadas de provas que são consideradas urgentes e irrepetíveis (prevista no inciso VII). Não se trata de produção de provas de ofício, ou seja, por iniciativa do julgador. É necessário que as partes o provoquem e, caso preenchidos os requisitos (urgência na produção da prova e ela ser irrepetível), o magistrado deferirá.

Em relação ao inquérito policial, a Lei 13.964/2019 trouxe relevantes poderes decisórios ao juiz da fase pré-processual, concedendo a ele aptidão de prorrogar o prazo de sua duração (quando o investigado estiver preso) e, a mais importante, decidir sobre o trancamento quando não houver fundamento

⁷¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 165.

razoável para sua instauração ou prosseguimento. É o que se lê dos incisos VIII e IX, respectivamente.

Comentando sobre o último dispositivo (inciso IX), Aury tece as seguintes palavras:

(...) o trancamento aqui terá lugar quando, por exemplo, a conduta for manifestamente atípica; faltar punibilidade concreta diante da ocorrência de uma causa de extinção da punibilidade (v.g. prescrição, decadência, etc.); for manifesta a ilegitimidade do imputado; não houver justa causa, enfim, quando não se vislumbrar as condições necessárias para o exercício do futuro poder de acusar. Nesse caso, a investigação será trancada pelo juiz das garantias, inclusive de ofício, na medida em que ele é o guardião da legalidade desta fase.⁷²

Seguindo a abordagem acerca da atuação do juiz das garantias na fase pré-processual, outra previsão que diz respeito ao controle de legalidade é relacionada ao poder de requisição de documentos, laudos e informações ao delegado de polícia (inciso X).

Essas informações levam ao magistrado como está o andamento da investigação e como estão sendo realizados todos os seus atos correlatos (leia-se se estão de acordo com a legalidade). Mas é preciso ressaltar: não se trata de o juiz, por sua vontade própria, solicitar a realização de determinada perícia, pois essa atuação inquisitória é vedada ao juiz das garantias.

Merece destaque, também, o que dispõe o inciso XIV, que confere ao juiz das garantias o poder de decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa. Isso, em regra, colocaria fim à fase investigatória, pois caso recebesse a denúncia, dar-se-ia início à fase processual, na qual atua o juiz da instrução e julgamento. Por outro lado, havendo recusa, esta se ocorreria em razão de o julgador não ter concluído que o investigado cometeu o delito.

Quis o legislador, ao conferir esse poder ao juiz das garantias (receber ou não a denúncia/queixa), que o magistrado da instrução e julgamento não fosse contaminado com os atos da investigação, pois para decidir sobre a denúncia, ele teria que se valer dos elementos de informação para receber ou recusá-la.

Aury Lopes Jr. elogiou sua dicção:

⁷² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 168.

(...) 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.⁷³

Infelizmente, a normativa do inciso XIV não se manteve, pois o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto das ADI's nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, decidiu que o juiz da instrução e julgamento é quem ficaria responsável por receber a denúncia ou a queixa, limitando a atuação do juiz das garantias ao oferecimento da peça acusatória.

A decisão do STF é passível de críticas, oportunamente realizadas, quando da análise do julgamento das ADI's nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (tópico seguinte).

Além de todas as competências citadas, não se pode deixar de mencionar a aptidão do juiz das garantias para decidir sobre requerimentos (inciso XI), julgar *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia (inciso XII), determinar a instauração de incidente de insanidade mental (inciso XIII), assegurar o direito de o investigado ter acesso aos elementos informativos da investigação preliminar (inciso XV), deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia (inciso XVI), e decidir sobre homologação de acordo de não persecução penal ou colaboração premiada (inciso XVII).

Todas essas atribuições foram conferidas pelo art. 3º-B do CPP, as quais delimitam como deveria ocorrer a atuação do magistrado da fase pré-processual.

Além desses dispositivos, os demais artigos incluídos (arts. 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F) são de significativa importância para a fase investigatória e processual, pois trazem inovações necessárias para o processo penal nacional.

No entanto, em que pese os esforços do legislador em atualizar o CPP e tentar assegurar garantias e princípios constitucionais, algumas das inovações trazidas pela 13.964/2019 foram esvaziadas e outras até declaradas

⁷³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 170.

inconstitucionais (caso do arts. 3º-C, §§3º e 4º) pelo STF no julgamento das ADI's nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, analisado no tópico a seguir.

3.3 STF E O JULGAMENTO DAS ADI'S Nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305: DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE IMPORTANTES DISPOSITIVOS DO JUIZ DAS GARANTIAS

A Lei 13.964/2019 foi promulgada em 24 de dezembro de 2019, entrando em vigor em 23 de janeiro de 2020.

Considerando que o período para implementação do instituto do juiz das garantias, que trata de complexas alterações no Código de Processo Penal, foi curto (30 dias), não restou outra alternativa ao Supremo Tribunal Federal senão suspender a eficácia de todos os artigos introduzidos pela Lei 13.964/2019 relacionados ao juiz das garantias (art. 3º-A ao art. 3º-F) através da concessão da liminar nas ADI's nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 ainda em janeiro de 2020.

O argumento para suspender, a priori, a vigência das normas mencionadas dizia respeito à necessidade de encontrar a melhor forma para implementação do juiz das garantias, pois se trata de um instituto que demanda estudos, pesquisas e diálogo institucional.

Felizmente, em 23 de agosto de 2023, o Supremo decidiu pela constitucionalidade do juiz das garantias e determinou que fosse implementado no prazo de 12 meses, prorrogáveis por mais 12 (ou seja, um prazo total de 2 anos)⁷⁴.

No entanto, em que pese a decisão do STF mereça festejos, andou mal o Guardião da Constituição ao declarar inconstitucional alguns dos dispositivos relacionados ao juiz das garantias e ainda enfraqueceu outras inovações trazidas pela novel legislação.

Inicialmente, no julgamento das ADI's nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305⁷⁵, o Supremo ratificou o modelo acusatório, ressaltando que é vedado a substituição de atuação das partes pelo julgador. Entretanto, deixou em aberto a possibilidade

⁷⁴ Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512751&ori=1>.
Acesso em: 12.10.2024.

⁷⁵ Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur493580/false>.
Acesso em: 12/10/2024.

de atuação pontual do magistrado para determinar a realização de diligências com vistas a eliminar dúvidas relevantes, desde que o faça isso dentro dos limites legais.

Tais limites legais são os previstos no art. 156 e 209 do CPP. Em relação ao primeiro, a expectativa era que fosse revogado tacitamente pela dicção do art. 3º-A, dado o caráter extremamente inquisitório do dispositivo e sua incompatibilidade com o dispositivo inserido pela Lei 13.964/2019.

No entanto, não foi isso o que ocorreu. E pior: o STF reforçou a manutenção do art. 156 ao permitir que o julgador possa, de ofício, determinar a realização de diligências. Ora, trata-se de um juiz inquisidor, nada menos do que isso.

A partir daí começam a surgir as incongruências do Supremo: se por um lado reforça o sistema acusatório, como bem preceitua a Constituição, por outro faz coro a um julgador protagonista e inquisitório.

Tecendo críticas à decisão justamente nesse ponto, Aury Lopes, Alexandre Morais da Rosa e Jacinto Coutinho falam em uma espécie de “sistema acusatório a la STF”. Veja-se:

... a estrutura é acusatória, mas se o juiz quiser, pode assumir função de acusador (juiz inquisidor). Logo, se o "mérito" é a hipótese acusatória (HAc), o movimento judicial "para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento de mérito" somente aproveita a acusação. Quando faltarem provas, o órgão julgador abandona o lugar de terceiro, adentra ao campo probatório em reforço à acusação, pegando a defesa de surpresa, com o conseqüente desequilíbrio de tratamento igualitário e/ou de paridade de armas.⁷⁶

Quando o legislador finalmente agiu no sentido de superar dispositivos de um ultrapassado modelo inquisidor, a Suprema Corte, infelizmente, rema no sentido contrário.

A partir disso, é de se questionar: estaria o Supremo Tribunal Federal criando um sistema híbrido, no qual se ratifica o constitucional sistema acusatório, mas mantém na ordem infraconstitucional (CPP) dispositivos

⁷⁶ LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre; COUTINHO, Jacinto. **O que sobrou do sistema acusatório após a decisão do STF**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-19/criminal-player-sobrou-sistema-acusatorio-decisao-stf/> Acesso em: 13/10/2024.

evidentemente de cunho inquisitório (vide artigos 156 e 209), querendo agradar a todos?

Aury, Moraes e Coutinho comentam a temática com a seguinte opinião

(...) o STF, preservando a herança inquisitória, conferiu interpretação conforme para criar um modelo híbrido, emergente, mezzo-mezzo (Acusa-Inquisi-Tório), no qual se avança e se retrocede, com dificuldades inerentes à ausência de referentes seguros. Se o Poder Legislativo não pode transformar o Processo Penal infraconstitucional, alterando as estruturadas infraconstitucionais, quem poderá? A pergunta de Renato Stanzola Vieira, presidente do IBCCrim, na tribuna, ainda ecoa: "Se não agora, quando?"⁷⁷

Ou estariam os Ministros da Suprema Corte com medo de romper com esses dispositivos claramente inconstitucionais e acabar de uma vez com o odioso sistema inquisitório? A segunda hipótese, sem dúvidas, seria o pior dos cenários.

E as incongruências, é de se lamentar, não se limitam a esse ponto da decisão.

Em relação aos dispositivos relacionados diretamente ao juiz das garantias, por maioria de votos, o Supremo decidiu declarar a constitucionalidade do art. 3º-B e de seus quinze incisos.

A única mudança, em relação ao que constava originalmente no texto legal, diz respeito ao inciso XIV do art. 3º-B.

Conforme já visto no tópico anterior, o legislador conferiu ao juiz das garantias a competência para decidir sobre o recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 do Código de Processo Penal.

O STF, por sua vez, entendeu que houve erro legístico, uma vez que o art. 399 determina que o juiz designará audiência de instrução e julgamento. Como essa função é atribuída ao magistrado da instrução, o Supremo determinou que o responsável por decidir pelo recebimento da denúncia ou queixa é o juiz da fase processual, delimitando que a atuação do juiz das garantias encerrará com o oferecimento da peça acusatória.

⁷⁷ LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre; COUTINHO, Jacinto. **De qual modelo acusatório o STF fala? 2ª parte do julgamento do pacote anticrime.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-26/limite-penal-qual-modelo-acusatorio-stf-parte-julgamento-pacote-anticrime/> Acesso em: 13/10/2024.

Também com base nessas razões, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 3º-C, o qual previa que a competência do juiz das garantias cessaria com o recebimento da denúncia ou queixa.

Nesse ponto, a Suprema Corte brasileira parte do entendimento que rejeita a existência da contaminação subjetiva do julgador. Abordam, no julgamento das ADI's, que os vieses prematuramente formulados na fase investigatória nem sempre vão influenciar os juízes da fase de instrução e julgamento.

Ocorre que ao decidir dessa forma, o Supremo acaba por contribuir na formação de preconceitos/pré-juízos, pois impõe ao juiz da instrução a atribuição de decidir pelo recebimento ou rejeição da denúncia/queixa.

Ora, para que o magistrado da fase processual tome essa decisão, é inegável que o mesmo terá que analisar toda a fase investigatória (aqui incluso o inquérito policial).

Em outros termos, seria necessário que o magistrado soubesse de tudo que fora antes produzido para fundamentar sua decisão.

O problema é que o juiz das garantias perderia seu sentido, pois sua maior contribuição para o processo penal é evitar a exposição do magistrado da instrução com os elementos de informação da investigação – sistema do “*double juez*”. Não à toa, Aury Lopes e Alexandre Morais da Rosa explicam que:

Em resumo, o juiz das garantias intervém diretamente na etapa de investigação criminal, ainda que passivamente (sem o protagonismo do juiz inquisidor ou do juiz de instrução, figuras rejeitadas pela Constituição e pelo Supremo), supervisionando a instauração, a duração e as provas produzidas durante as investigações, até o recebimento da denúncia/queixa, com o fim de garantir a conformidade da apuração criminal, cessando a intervenção quando remetido o caso para julgamento.⁷⁸

Nítidamente, como quis o legislador, é a função do juiz das garantias decidir se recebe ou rejeita a acusação. Tudo isso cai por terra quando o Supremo, ao arrepio do que previa a Lei 13.964/2019, impõe ao juiz do

⁷⁸ LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Afinal, como ficou o juiz das garantias na versão híbrida?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-24/criminal-player-afinal-ficou-juiz-garantias-versao-hibrida/> Acesso em: 13/10/2024.

juízo a necessidade de analisar a fase investigatória se valendo de um malabarismo linguístico (suposto “erro legístico” relacionado ao art. 399).

É preciso ressaltar: a necessária separação de funções dos julgadores, já comentada sob o olhar de Renato Brasileiro no tópico 3.1, foi desfeita pelo STF.

Seguindo a análise dos demais dispositivos, no que se refere aos §§3º e 4º do art. 3º-C, foi declarada a inconstitucionalidade de ambos. As devidas observações dessa decisão serão feitas de forma detalhada no capítulo seguinte, quando será abordada a exclusão do inquérito policial da fase processual.

Mas, de forma adiantada, o Supremo decidiu, em interpretação conforme a Constituição, que os autos da investigação preliminar serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento – mais uma vez, o STF desvirtua o real objetivo do juiz das garantias, assim como fez ao retirar do magistrado da fase pré-processual a competência de decidir sobre o recebimento ou rejeição da acusação ou queixa.

Também foi declarada a inconstitucionalidade material do art. 3º-D, que vedava a atuação do juiz (das garantias) que atuou no inquérito policial na fase processual. Claramente, o artigo objetivava preservar pela imparcialidade do julgador, uma vez que o magistrado que atuou na fase investigatória chegaria ao processo completamente contaminado, com pré-juízos formulados.

No entanto, o entendimento do STF é que essa presunção de contaminação não se pode estender a todos os juízes criminais, ressaltando que “esta ordem de considerações não está em consonância com os pressupostos epistemológicos de criação e funcionamento das normas jurídicas, da justiça e dos regramentos necessários à organização da sociedade humana”⁷⁹.

Em suma, o que se extrai do julgamento das ADI’s nº 6298, 6299, 6300 e 6305 é que o Supremo Tribunal Federal, valendo-se de “interpretações conforme” e declaração de inconstitucionalidade, esfacelou a Lei 13.964/2019 e fez uma releitura (nada agradável do ponto de vista do sistema acusatório) do juiz das garantias.

O instituto foi todo remendado e será implementado no Brasil ao jeito da nossa Suprema Corte – e não como previu o legislador – que, conforme outrora

⁷⁹ Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298, 6299, 6300 e 6305**. Requerente Associação dos Magistrados Brasileiros e outros. Relator: Luiz Fux, Distrito Federal, 09/08/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur493580/false> Acesso em: 13/10/2024.

acentuado, rema no sentido contrário dos sistemas processuais penais modernos e acolhe uma espécie de modelo híbrido: assume o sistema acusatório, como manda a Constituição, mas acolhe dispositivos de um odioso modelo inquisidor.

Acerca da decisão do STF, Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa comentam que “Do ponto de vista do Supremo Tribunal Federal, na composição atual, prevaleceu o modelo acusatório fraco”.⁸⁰

Conceitualmente, os mesmos autores definem o “modelo acusatório fraco” da seguinte forma:

O critério adotado pelo modelo acusatório fraco é o da separação dos lugares: Ministério Público como “parte”, em detrimento ao critério da “gestão da prova”. Para o modelo acusatório fraco, basta a distinção de lugares: Ministério Público é parte, sem que o Poder Judiciário possa “exercer” a ação penal. Esse modelo preserva a herança inquisitória infraconstitucional (CPP, artigo 156 e 209; p.ex.).⁸¹

Ao cabo, em que pese a alterações promovidas pelo STF, o fato é que agora gozamos de um modelo que adota o “*doble juez*” (ainda que tardia a sua instalação no processo penal nacional), que muito tem a evoluir, certamente. Fica a esperança de que o controle de legalidade seja feito pelos juízes das garantias na fase investigatória, conforme mandam os novos dispositivos inseridos na CPP.

⁸⁰ LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Juiz das garantias: modelo acusatório forte e fraco**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-12/juiz-das-garantias-modelo-acusatorio-forte-e-fraco/> Acesso em: 13/10/2024.

⁸¹ LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Juiz das garantias: modelo acusatório forte e fraco**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-12/juiz-das-garantias-modelo-acusatorio-forte-e-fraco/> Acesso em: 13/10/2024.

4 A EXCLUSÃO (OU NÃO INCLUSÃO) DO INQUÉRITO POLICIAL DA FASE PROCESSUAL COMO FORMA DE MINIMIZAR A CONTAMINAÇÃO SUBJETIVA DO JULGADOR DA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Como já exaustivamente abordado, a problemática enfrentada neste estudo são as decisões condenatórias baseadas única e exclusivamente nos elementos de informação colhidos no inquérito policial.

A causa desse fenômeno maléfico aos princípios e garantias constitucionais também não é segredo para os estudiosos do processo penal: a contaminação subjetiva do julgador ocasionada pelo contato direto do magistrado com a fase pré-processual.

Além da atuação do juiz da instrução e julgamento no inquérito, a qual pode ser traduzida na decisão sobre uma prisão provisória, interceptação telefônica, busca e apreensão etc., a contaminação subjetiva também ocorrerá no momento em que os autos do inquérito policial (ou de qualquer outra investigação preliminar) forem anexados ao processo.

Ou seja, o julgador da fase processual terá contato direto com tudo aquilo que foi produzido anteriormente.

Seja pela atuação do magistrado na fase investigatória, seja pela juntada dos autos da investigação no processo, é certo que o julgador, exposto a todos esses elementos de informação (normalmente produzidos a pedido da acusação), formulará preconceitos e uma imagem maculada sobre o acusado de forma até involuntária (teoria da dissonância cognitiva).

Como também já demonstrado, é em razão disso que princípios norteadores do processo penal não são respeitados, sendo o da imparcialidade o mais afetado, uma vez que um juiz contaminado será sempre parcial, tendendo a condenar o acusado. Não é demais mencionar que outros princípios como ampla defesa e contraditório e a paridade de armas entre as partes (acusação e defesa) também são afetados.

Pois bem, a princípio, o primeiro problema, relacionado à atuação do julgador da fase processual na investigação preliminar, já estaria resolvido com

a implementação do modelo do “duplo juiz” trazido pelo art. 3º-B⁸² da Lei 13.964/2019, ratificado pelo STF no julgamento das ADI’s 6298, 6299, 6300 e 6305 (à exceção do disposto no inciso XIV que teve sua redação alterada).

Com esse dispositivo, o legislador determinou que haveria um único juiz para fase pré-processual e outro para a instrução e julgamento, de modo que a competência de um não se confunde com a do outro.

Enquanto ao juiz das garantias compete a função do controle de legalidade e salvaguarda de direitos individuais na fase do inquérito policial, ao juiz da instrução cabe o julgamento do feito, devendo atuar de forma imparcial, inerte e sem ser o protagonista na busca pela prova⁸³, função esta unicamente das partes.

Já o problema atrelado à contaminação do julgador através da juntada dos autos da investigação ao processo judicial também teria sido solucionado pelo 3º-C, §§3º e 4º. No entanto, como apontado no capítulo anterior (tópico 3.3), surpreendentemente, a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade do artigo e os parágrafos citados, alterando a sistemática do juiz das garantias nesse aspecto.

Ainda assim, faz-se necessária a análise dos dispositivos mencionados e como se daria sua implementação prática no processo penal. Da mesma forma, merece comentários (críticos, diga-se) a decisão do STF que os declarou inconstitucionais, tema dos próximos tópicos.

4.1 A EXCLUSÃO (OU NÃO INCLUSÃO) DO INQUÉRITO POLICIAL DOS AUTOS DO PROCESSO: ARTIGO 3º-C, §§3º E 4º, DO CPP

A Lei 13.964/2019 incluiu no Código de Processo Penal os parágrafos 3º e 4º do artigo 3º-C, que possuem as seguintes redações:

⁸² Trata da competência do juiz das garantias na investigação preliminar, definindo em seus incisos todas as atribuições desse magistrado na fase pré-processual.

⁸³ Exceto em relação ao disposto no art. 156 do CPP, que confere ao juiz da instrução a possibilidade de atuar, *ex officio*, no sentido de ordenar a produção antecipada de provas antes mesmo do início do processo. Referido artigo, repise-se, deveria ter sido revogado tacitamente pelo art. 3º-A, assim como o 209, mas continua em vigor diante da absurda decisão do STF de mantê-lo, ainda que possua uma dicção claramente inquisitória, reforçando a tese de que o Supremo adotou um sistema híbrido – é acusatório, mas com exceções inquisidoras.

§3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

§4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

O primeiro dispositivo citado trata justamente da exclusão dos autos da investigação (“matéria de competência do juiz das garantias”) do processo.

Antes da citada inovação legal, a persecução penal funcionava da seguinte forma: a fase investigatória é iniciada (inquérito policial como exemplo mais recorrente) e nela o Ministério Público, com auxílio da polícia, irá em busca dos elementos de informações suficientes para embasar o oferecimento da acusação. Naturalmente, todos os atos que o MP solicitar ficarão apensados nos autos do inquérito. Dando seguimento, na sistemática que funciona sem a regra do juiz das garantias, se recebida a acusação, esses autos do inquérito (com todos os elementos de informação produzidos) serão anexados ao processo judicial. Como consequência, o juiz ficaria contaminado diante do contato com o inquérito, pois nele consta todos os elementos (e não prova!) contrários ao acusado.

Pela regra do §3º do art. 3º-C do CPP, os autos da investigação não poderiam ser juntados ao processo (“... ficarão acautelados na secretaria desse juízo [das garantias]”). Ou seja, o inquérito ficaria apenas nos autos da investigação e o juiz da instrução não teria qualquer tipo de contato com ele.

Apenas seria remetido ao juiz da instrução: denúncia/queixa; a decisão de recebimento; decisão que decretou medidas cautelares ou prisão cautelar; decisão que manteve o recebimento e não absolveu sumariamente.

É de se destacar que essa sistemática não seria uma novidade brasileira para o processo penal, pois já é utilizada em países como Itália e Espanha – exemplos europeus. Já pelo lado da América, no Chile a investigação não ingressa no processo.

Comentando a sistemática do dispositivo em tela, Renato Brasileiro aduz que:

(...) não se pode admitir que o juiz da instrução e julgamento forme seu convencimento com base neles [elementos de informação], nem mesmo subsidiariamente. Somente assim, leia-se, preservando-se essa função endoprocedimental do inquérito, é que se poderá evitar que eventuais elementos informativos ali produzidos sejam valorados pelo juiz “em cotejo” com a prova judicial, o que, para parte da doutrina, “nada mais é do que uma maquiagem para condenar com base em meros atos de investigação”.⁸⁴

E o citado autor arremata com a seguinte conclusão:

(...) o ideal é concluir que a investigação preliminar não mais poderá integrar os autos do processo judicial, salvo no tocante às provas irrepetíveis, antecipadas e meios de obtenção de prova. Essa verdadeira medida de redução de danos vem ao encontro não apenas do princípio do contraditório e da ampla defesa, mas também terá o condão de evitar a contaminação do juiz, e os prejuízos, por sua parte, de uma primeira impressão unilateral e negativa contra o acusado, certamente capaz de influenciar sua cognição para a condução do processo subsequente, colocando em risco a imparcialidade, princípio supremo do processo penal.⁸⁵

Não pensa diferente Aury Lopes Jr., que traz os seguintes comentários: “Somente através da exclusão do inquérito dos autos do processo é que se evitará a condenação baseada em meros atos de investigação, ao mesmo tempo em que se efetivará sua função endoprocedimental”⁸⁶.

Além da não contaminação do julgador, a medida de não incluir o inquérito no processo evitaria o proferimento de decisões baseadas exclusivamente nele (o que é vedado pelo art. 155 do CPP) – fato este corriqueiro, conforme comentado por Brasileiro e visto no tópico 2.4, no qual foram citados precedentes do STJ anulando decisões com essa irregularidade.

Assim, ter-se-ia garantida a valoração da prova processual – única que deve levar à condenação ou absolvição do acusado.

⁸⁴ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 164.

⁸⁵ BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 165.

⁸⁶ LOPES JÚNIOR., Aury. **Direito processual penal**. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 175.

Cabe destacar que não é em razão da exclusão do inquérito policial da fase judicial que as partes ficarão sem contato com os elementos de informação. Pelo contrário, foi pensando nisso que o legislador assegurou livre acesso às partes ao contido na investigação (§4º do art. 3º-C).

Acusação e defesa poderão naturalmente ter contato com o inquérito policial. O que não se permite é o contato dos elementos informativos com o julgador do processo.

Apesar de toda preocupação do legislador em evitar a contaminação subjetiva do juiz da instrução e julgamento, tendo criado os dispositivos em tela, o Supremo Tribunal Federal, 3 anos após a publicação da Lei 13.964/2019, em absurda decisão, entendeu pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º-C e também de seus parágrafos 3º e 4º, vedando sua eficácia.

4.2 CRÍTICA À DECISÃO DO STF DE MANTER OS AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL NA FASE PROCESSUAL (ADI's nº 6298, 6299, 6300 e 6305)

A decisão de declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos 3º e 4º do artigo 3º-C, por si só, já é absurda. A um porque desvirtua todo o instituto do juiz das garantias, fazendo uma interpretação “à moda STF” para dar outro sentido ao modelo acusatório (com respingos inquisitórios, repita-se). A dois porque a motivação que declarou os dispositivos citados inconstitucionais é contrária ao próprio Código de Processo Penal.

Veja-se a fundamentação da decisão, constante na letra “h” do item III do julgamento das ADI's:

(h) Constata-se a manifesta irrazoabilidade do acautelamento dos autos do inquérito na secretaria do juízo das garantias, porquanto o fundamento da norma reside tão-somente na pressuposição de que o juiz da ação penal, ao tomar conhecimento dos autos da investigação, perderia sua imparcialidade para o julgamento do mérito. Ocorre que, sem tomar conhecimento dos elementos configuradores da justa causa para a ação penal (indícios de autoria e de materialidade), inviabiliza-se a prolação de decisões fundamentadas.⁸⁷

⁸⁷ Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298, 6299, 6300 e 6305**. Requerente Associação dos Magistrados Brasileiros e

Basicamente o STF concluiu que era irrazoável o argumento de que o julgador da instrução ficaria contaminado ao ter contato com os autos da investigação prévia⁸⁸.

Mas o pior é o trecho seguinte, no qual a Suprema Corte afirma que, sem os elementos de informação do inquérito policial (ou qualquer outra investigação preliminar), não teria como o juiz proferir uma decisão (sentença condenatória?) fundamentada. Estaria o STF indo no sentido contrário da vedação imposta no art. 155⁸⁹ do CPP?

Ora, cronologicamente, o §3º do art. 3º-C faz referência ao processo judicial (pois veda a inclusão dos autos da investigação), portanto, já foi proferida a decisão que recebeu a denúncia ou queixa.

A decisão que resta é a sentença – que pode ser condenatória ou absolutória. O ponto é: a sentença deve ser fundamentada (seja para absolver ou condenar) com base nas provas formuladas durante o processo, as quais passaram pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. Qualquer decisão interlocutória no curso do processo deve se basear, também, com base nos elementos de prova já produzidos ou que se deseje produzir.

Portanto, os elementos de informação oriundos da fase pré-processual não devem servir como base dos argumentos de qualquer decisão processual – seja em decisões interlocutórias ou na sentença. Servem, tão somente, para complementar a prova judicialmente produzida.

No entanto, infere-se do trecho da decisão recortado (“sem tomar conhecimento dos elementos configuradores da justa causa para a ação penal (indícios de autoria e de materialidade), inviabiliza-se a prolação de decisões fundamentadas”) que o juiz poderia se valer dos elementos informativos do

outros. Relator: Luiz Fux, Distrito Federal, 09/08/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur493580/false> Acesso em: 13/10/2024.

⁸⁸ Conclusão essa que é incorreta, pois empiricamente já foi demonstrado que o juiz é totalmente influenciado psicologicamente ao ter contato com a investigação, conforme os estudos de Bernd Schünemann no processo penal alemão. Por ocasião, inclusive, o jurista alemão concluiu que o juiz, nesses casos, é um terceiro manipulado e não há qualquer tipo de imparcialidade.

⁸⁹ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

inquérito policial para fundamentar a sentença, o que é um absurdo, vedado pelo art. 155.

Ao decidir dessa forma, o STF contribui para o proferimento de decisões lastreadas unicamente na investigação, pautadas, diga-se, em elementos que não respeitaram o contraditório e a ampla defesa (Renato Brasileiro diz que essas decisões são “maquiadas”), pois o juiz se vale do inquérito para fundamentar a condenação, mesmo diante de uma mínima – ou inexistente – prova judicial.

Além da fundamentação ser contrária à lei, sequer respeita os precedentes do STJ que anularam decisões baseadas exclusivamente na investigação. É como se o STF passasse o seguinte recado aos juízes criminais: continuem a proferir decisões inquisidoras e parciais com base no inquérito, já que não foram produzidas provas suficientes na fase processual.

Infelizmente, com a declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos 3º e 4º do artigo 3º-C, o processo penal brasileiro perde uma grande oportunidade de eliminar essa execrável cultura inquisidora, oriunda de períodos nada republicanos.

Como bem acentuaram Moraes da Rosa e Aury Lopes, “Temos muito o que lutar ainda. Mais uma vez fica demonstrado que não basta mudar a lei, é preciso mudar a cultura e a mentalidade dos atores judiciários, papel desempenhado pelo *Observatório da Mentalidade Inquisitória*”⁹⁰. Resta se apegar a esperança por melhorias e aperfeiçoamentos no bastante remendado juiz das garantias.

⁹⁰ LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **O que sobrou do sistema acusatório após a decisão do STF?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-19/criminal-player-sobrou-sistema-acusatorio-decisao-stf/> Acesso em: 14/10/2024.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta monografia foi demonstrado que a investigação que precede o processo (inclusive o inquérito policial e qualquer outro meio de investigação preliminar) é uma fase inquisitória que não dialoga e não coexiste com princípios constitucionais basilares do processo penal – ampla defesa e contraditório, paridade de armas e imparcialidade.

Ficou evidente que o inquérito policial, reprodutor de elementos informativos (e não de provas), contamina subjetivamente o julgador da fase instrução e julgamento, não dando espaço para um juiz imparcial, haja vista que no modelo anterior à Lei 13.964/2019 o magistrado atuava na fase pré-processual e ainda ficava exposto ao inquérito após iniciado o processo, atuando neste como se protagonista fosse – herança de uma cultura inquisidora de tempos ditatoriais.

Essa contaminação subjetiva, conforme demonstrado através dos estudos empíricos de Schünemann, é inconsciente e inevitável, já que é natural do ser-humano (juízes inclusos) formular pré-juízos.

Constatou-se, ainda, que nesse modelo os juízes ficam inclinados à condenação do réu, mesmo diante da inexistência de prova mínima produzida na fase judicial, havendo proferimento de decisões baseadas exclusivamente no inquérito policial (ou qualquer outra investigação preliminar) – principal consequência da contaminação prévia do magistrado –, sendo que em muitas oportunidades foi necessária a atuação do STJ para anulação de decisões eivadas com esse vício.

Enxergou-se que o legislador brasileiro atuou na tentativa de resolução da problemática, inserindo no CPP a figura do juiz das garantias e reproduzindo o modelo do duplo juiz já utilizado em países como Espanha, Itália, Chile e Uruguai.

Nesse sentido, avistou-se ser plenamente possível a implementação do juiz das garantias, que teria atuação na fase pré-processual, cuja principal competência seria regular a legalidade dos atos realizados na investigação preliminar (atribuição conferida pelo art. 3º-B do CPP), devendo essa atuação, na letra original da lei, perdurar até a decisão de recebimento ou rejeição da denúncia/queixa (decisão a ser proferida pelo juiz das garantias).

Restou evidenciado que esse modelo era o mais indicado para a sistemática processualista e que, dessa forma, seria garantido um processo penal acusatório (assegurado pelo artigo 129, I, da Constituição e ratificado pelo art. 3º-A do CPP).

No capítulo 3 (tópico 3.3) foi analisada a decisão do STF nas ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305, que mereceu festejos no ponto que ratificou o sistema acusatório, mas que também foi alvo de críticas ao adotar um sistema híbrido com possibilidades de atuação inquisitórias de magistrados.

Além disso, desaprovou-se a decisão da Suprema Corte de alterar diversos dispositivos da Lei 13.964/2019, deixando o instituto do juiz das garantias todo remendado “à moda STF”.

Ao final, concluiu-se que o melhor caminho para solucionar, ainda que de forma mínima, a contaminação subjetiva do julgador da instrução e julgamento é a exclusão (ou não inclusão) do inquérito policial ou qualquer outra investigação preliminar da fase judicial, evitando qualquer tipo de contato com o magistrado.

Ainda que essa medida tenha sido absurdamente declarada inconstitucional pelo STF, tem-se que é a mais adequada – somada às demais regras do juiz das garantias incluídas ao CPP – para evitar supressões de direitos do réu e para preservar garantias e princípios constitucionais de um devido processo legal.

Diante de todo o exposto, fica ainda um alerta: é necessário todo o cuidado com o processo penal nacional para que não se possa ficar amarrado aos métodos de um modelo de busca pela verdade real que, repise-se, é fruto de um período nada republicano. A esperança é que se evolua (como fez o legislador ao introduzir o juiz das garantias no CPP) no sentido de eliminar de uma vez o odioso sistema inquisidor, o qual ainda continua, infelizmente, enraizado na nossa cultura.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2.376.855/AL**. Embargante: Paulo Ricardo da Silva. Embargado: Ministério Público do Estado de Alagoas. Relatora: Ministra Daniela Rodrigues Teixeira. Brasília, 06/02/2024. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202301921243. Acesso: 08/10/2024.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. São Paulo, Edipro, 2019.

Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298, 6299, 6300 e 6305**. Requerente Associação dos Magistrados Brasileiros e outros. Relator: Luiz Fux, Distrito Federal, 09/08/2023. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur493580/false> Acesso em: 13/10/2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16.10.2023.

Brasil. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.690%2C%20DE%209%20DE%20JUNHO%20DE%202008.&text=Altera%20dispositivos%20do%20Decreto%2DLei,Art. Acesso em: 08/10/2024.

BRASIL. Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 09/10/2024.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

CAPEZ, Fernando. **O juiz das garantias e suas implicações no processo penal**. Revista Conjur, 31.08.2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-31/controversias-juridicas-juiz-garantias-implicacoes-processo-penal>. Acesso em: 16.10.2023.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Editora Pilares, 2009.

CAVALCANTE, Danielle Souza de Andrade e Silva. **O juiz das garantias na investigação preliminar criminal**. Revista jurídica da seção judiciária de Pernambuco, 2016. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/146/137>. Acesso em: 16.10.2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2006.

FIGUEIREDO, DANIEL. **Pacote “anticrime”: a exclusão dos autos do inquérito e o tribunal do júri**. Revista Conjur. 24.03.2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/tribuna-defensoria-exclusao-autos-inquerito-tribunal-juri>. Acesso em: 16.10.2023.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **A Crise do Inquérito Policial: Breve Análise dos Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Revista jurídica da ESMP, 01.11.2000. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RDP_04_39.pdf. Acesso em: 16.10.2023.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LOPES JÚNIOR., Aury; GLOEKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR., Aury; RITTER, Ruiz. **Juiz das garantias: para acabar com o faz de conta que existe igualdade cognitiva...** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/juiz-garantias-fim-faz-conta/> Acesso: 12/10/2024.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Afinal, como ficou o juiz das garantias na versão híbrida?** Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2023-out-24/criminal-player-afinal-ficou-juiz-garantias-versao-hibrida/> Acesso em: 13/10/2024.

LOPES JÚNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Contaminação (in)consciente do julgador e a exclusão física do inquérito**. Revista Conjur. 26.10.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-26/limite-penal-contaminacao-inconsciente-julgador-exclusao-inquerito>. Acesso em: 16.10.2023.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre; COUTINHO, Jacinto. **De qual modelo acusatório o STF fala? 2ª parte do julgamento do pacote anticrime**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-26/limite-penal-qual-modelo-acusatorio-stf-parte-julgamento-pacote-anticrime/> Acesso em: 13/10/2024.

LOPES JÚNIOR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre; COUTINHO, Jacinto. **O que sobrou do sistema acusatório após a decisão do STF**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-19/criminal-player-sobrou-sistema-acusatorio-decisao-stf/> Acesso em: 13/10/2024.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Juiz das garantias: modelo acusatório forte e fraco**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-12/juiz-das-garantias-modelo-acusatorio-forte-e-fraco/> Acesso em: 13/10/2024.

MAYA, André Machado. **Um juiz das garantias à brasileira**. Revista Conjur, 12.09.2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-12/andre-machado-maya-juiz-garantias-brasileira>. Acesso em: 16.10.2023.

MAYA, André Machado. **Juiz de Garantias – Fundamento, origem e análise da Lei 13.964/19**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O STF e o juiz das garantias: crônica de uma morte anunciada**. Revista Conjur, 03.09.2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-03/romulo-moreira-stf-juiz-garantias>. Acesso em: 16.10.2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Rio Grande do Sul. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.863.839/RS**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: João Dionatan Pereira. Relator: Rogério Schietti Cruz. Brasília, 22/08/2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202000477721. Acesso em: 08/10/2024.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental**. Revista Liberdades, nº 11. Setembro/dezembro de 2012. Disponível em:

<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/453/1> Acesso em: 28/09/2024.

STF considera obrigatória implementação do juiz das garantias. STF, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512751&ori=1>. Acesso em: 16.10.2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral.** 15ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2019.

VIREIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro.** Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02082017-140733/en.php>. Acesso em: 20/03/2024.