

dados de 2019 na nova edição do referido Manual, com previsão de publicação para o mês de junho de 2020). Ver ainda: BIANCHINI, A. *Lei Maria da Penha*. Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

⁷ Matérias são objeto da imprensa internacional (EUA, Inglaterra, Itália, Espanha e América Latina) e do movimento de mulheres. Cf. entre outros: <https://www.nytimes.com/2020/04/06/world/coronavirus-domestic-violence.html>; <https://www.theguardian.com/us-news/2020/apr/03/coronavirus-quarantine-abuse-domestic-violence>; <https://www.bbc.com/news/world-52063755>; <https://www.ilcapoluogo.it/2020/03/31/coronavirus-e-violenze-domestiche-quando-la-casa-non-e-un-posto-sicuro/>; <https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/coronavirus-confinamiento-violencia-machista-violencia-genero-victimas-pandemia/20200330100020172814.html>; <https://www.dw.com/es/am%C3%A9rica-latina-lucha-contra-la-violencia-de-g%C3%A9nero-en-tiempos-del-coronavirus/a-52971832>.

Particularmente interessante é a nota emitida pelo CLADEM (comunicado núm.1-Covid-19), que pode ser consultado em: <https://cladem.org/pronunciamientos/los-estados-y-las-deudas-pendientes-con-los-derechos-de-las-mujeres-en-el-marco-de-la-pandemia-covid-19/>. Igualmente, o *Guía para proteger los derechos de mujeres y niñas durante la pandemia de COVID-19*, disponível em: https://www.womenslinkworldwide.org/files/3112/guia-para-protger-los-derechos-de-mujeres-y-ninas-durante-la-pandemia-de-covid-19.pdf?utm_source=guiapdf&utm_medium=mail&utm_campaign=outreach-guia-covid19&utm_content=spanish. Acesso: 16/04/2020. Ressaltamos que indicamos aqui as primeiras manifestações emitidas entre os meses de março e abril de 2020.

⁸ Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/violencia-domestica-cresce-50-no-rj-com-isolamento-contra-coronavirus/>. Acesso: 08/04/2020

⁹ Disponível em: https://docs.google.com/document/d/1h6TF7IV6ni6cw0BRlg94g8kw_BoTc0JFH9zAW9c9Uk/mobilebasic. Acesso: 08/04/2020. Observo que a fala recente da Ministra Damares sobre aumento de 9% no volume de denúncias recebidas pelo telefone 180 em relação ao mesmo período do ano passado não pode ser usada ainda como dado estatístico que

comprove a prática da violência, sobretudo desacompanhada de outros dados, que repito, só surgiram a posteriori. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/dameres-diz-que-denuncias-de-violencia-contra-mulher-aumentaram-9-durante-pandemia-24347077>. Acesso: 08/04/2020. Como cientista social, parece-me que o objetivo do presidente da República é acabar com o isolamento social, uma das poucas chances que temos de enfrentar essa pandemia no País. Como apontarei no final dessa análise, o que precisa ser feito é reforçar os serviços de atendimento e não acabar com o isolamento.

¹⁰ Pouco a pouco, outras mulheres (de maior visibilidade social) começaram a denunciar seus algozes, como foi o caso da ex-modelo e empresária Luiza Brunet.

¹¹ Há outros fatores que contribuíram para o início dessa ruptura do pacto do silêncio, como a massiva presença feminina na esfera pública. Estes são apresentados na bibliografia indicada na nota de rodapé 1.

¹² IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: rendimento de todas as fontes: 2018*; Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101673>. Acesso em 08/04/2020. Para uma análise mais detalhada de tais dados, remeto à nota de rodapé número 1

¹³ SABADELL, A. L. O conceito ampliado da segurança pública e a segurança das mulheres no debate alemão. In: LEAL, César Barros; PIEDADE Jr. Heitor (Orgs.). *A violência multifacetada*. Estudos sobre a violência e a segurança pública. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 1-28.

¹⁴ Em relação aos argumentos sobre a denegação e a problemática da tutela da intimidade, ver: SABADELL, A. L. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. *Revista dos Tribunais*, v. 840, out. 2005, pp. 429-456.

¹⁵ Um rei muito vaidoso é vítima de dois oportunistas que dizem fazer uma roupa muito especial, que só pessoas honestas, boas, corretas, com muitas qualidades morais são capazes de enxergar. Os assistentes do Rei, quando instados a falar sobre a roupa, com medo de serem considerados desonestos, diziam ao rei que era maravilhosa. Até que um dia o rei sai em desfile pelo reino e um menino grita: "O rei está nu!"

Autora convidada

JUIZ DAS GARANTIAS: A ONDA DEMOCRÁTICA EM MEIO À MARÉ DO PUNITIVISMO RASTEIRO

JUDGE OF GUARANTEES: THE DEMOCRATIC WAVE OF PUNISHMENT TIDE

Lívia Yuen Ngan Moscatelli

Mestranda em Processo Penal pela USP. Pós-graduada em Direito Penal pela Universidade de Coimbra. Bacharela em Direito pela USP. Advogada

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6163-841X>

liviamoscatelli@gmail.com

Raul Abramo Ariano

Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela FGV. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela USP. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7733-2869>

raul.a.ariano@gmail.com

RESUMO

O artigo aborda a figura do Juiz das Garantias, inserido ao ordenamento brasileiro pela Lei Federal 13.964/19, discorrendo sobre os diversos aspectos atinentes ao tema, dentre os quais as especificidades e pertinência da figura introduzida. Assim, empreendeu-se uma leitura do instituto sob a ótica da teoria da dissonância cognitiva, argumento sensível à análise da imparcialidade subjetiva do magistrado.

Palavras chave: Juiz das Garantias, Lei Federal 13.964/19, imparcialidade, teoria da dissonância cognitiva.

ABSTRACT

The article approaches the figure of the Judge of Guarantees, inserted to the Brazilian legal order by the Federal Law 13.964 / 19, discussing about the several aspects related to the theme, among which, the specificities and pertinence of the introduced figure. Thus, the institute was valued from the perspective of the theory of cognitive dissonance, an argument sensitive to the analysis of the subjective impartiality of the judge.

Keywords: Judge of Guarantees, Federal Law 13.964/19, impartiality, theory of cognitive dissonance.

Inúmeras polêmicas tomaram conta do debate público após a introdução do "Juiz das Garantias", figura que foi inserida ao ordenamento brasileiro pela Lei Federal 13.964/19, resultante do polêmico "Pacote Anticrime", inicialmente apresentado pelo atual ministro da Justiça e Segurança Pública e largamente alterado no congresso nacional após críticas. Ainda que o pânico tenha se instaurado diante da temática, já sendo inclusive objeto das ADIs 6.298 e 6.300 e de nota de repúdio elaborada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB),¹ não é de hoje que o assunto é discutido no Brasil.

O movimento se iniciou cerca de 10 (dez) anos atrás, com o Anteprojeto de Lei que visou à reforma do Código de Processo Penal e que abrangeu, dentre as suas disposições, a aplicação do Juízo das Garantias. Posteriormente, a proposta resultou no Projeto de Lei 156/2009 do Senado Federal, distribuído na Câmara dos Deputados sob o número 8.045/2010. Diante de uma opção legislativa, que priorizou análise dos Códigos de Processo Civil e Comercial, a temática constante no projeto de index processual penal permaneceu relegada ao esquecimento por considerável tempo.

Ainda que bem questionáveis as inovações trazidas pela Lei Federal 13.964/19, é certo que ela disciplinou os novos artigos 3-A a 3-F do Código de Processo Penal, os quais introduziram ao ordenamento brasileiro a figura do magistrado "*responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais*". E que muito embora a figura tenha ocasionado considerável estardalhaço midiático, ela não deveria gerar temores a ninguém, ao menos aqueles que se importam com algum espírito democrático.²

Em breves linhas gerais, a figura do Juiz das Garantias se entende pela designação de um magistrado dotado de competência para a atuação exclusiva em fase pré-processual, diverso do togado responsável pelo processo e o julgamento do feito. Caberá a esse juiz de fase embrionária decidir acerca da pertinência de medidas cautelares investigativas, como determinação de buscas e apreensões e interceptações telemáticas - a homologação ou não da prisão em flagrante delito, eventual conversão em prisão temporária ou preventiva, averiguação de excessos da autoridade policial, decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, entre outras funções estabelecidas pelo novo artigo 3-B do CPP. Cumpre observar que, diante de tal sistemática, as funções de investigação e controle continuam sendo exercidas, respectivamente, pela autoridade policial e pelo órgão ministerial, competindo ao juiz a atuação acerca do controle da legalidade dos atos investigatórios e aferição do respeito às garantias do investigado.

Objetiva-se, com isso, uma otimização jurisdicional das funções particulares dessa fase procedimental, bem como garantir o maior distanciamento subjetivo do juiz instrutor do contato com elementos materiais presentes em fase investigativa. Assim, na prática, a adoção da mencionada estratégia representa uma superação da regra de prevenção da competência, que é encampada atualmente pelo artigo 83 do CPP,³ por uma perspectiva sistemática mais adequada ao princípio máximo da imparcialidade do julgador, considerada como essencial à concepção de justiça, pressuposto basilar da atividade jurisdicional⁴ e imprescindível para a configuração de um estado democrático de direito. Isso tudo, ainda que a temática tenha constantemente se restringido apenas à discussão das hipóteses de suspeição e impedimento do magistrado (artigos 252 e 254 do CPP).⁵

Precisamente nesse ponto, muitas vezes por mero desconhecimento técnico, os veículos de informação têm tratado o juiz de instrução e de garantias como sinônimos,⁶ sendo que essas figuras não deveriam se confundir. O juiz de instrução, encontrado em sistemas jurídicos de países como Espanha e França, possui a precípua característica de concentrar as atividades investigativas nas mãos do togado, a quem compete a colheita dos elementos informativos, além da coordenação das atividades do Ministério Público e da Polícia, que

são coadjuvantes e complementares à atuação do magistrado. O Juiz das Garantias, por sua vez, é figura que se aproxima mais do sistema italiano (*giudice per le indagini preliminari - fase preliminar*)⁷, na qual o juiz não determina os rumos da investigação, mas atua quando instado, sendo responsável pela salvaguarda dos direitos do investigado e principalmente pela análise da legalidade dos atos incursionadores em esfera dos particulares. Neste mesmo contexto, as reformas processuais penais latino-americanas já ocorridas em países como Chile, Paraguai, Colômbia e Argentina tiveram papel determinante na estruturação de uma jurisdição criminal mais democrática, incluindo, dentre as modificações propostas a implantação do Juiz das Garantias, na tentativa de superar os problemas característicos do modelo de processo penal inquisitivo.⁸

Um julgador que acompanhou toda a investigação criminal, por sua vez, naturalmente tenderá a assumir um posicionamento mais orientado às teses acusatórias, sendo que tal explicação não está sequer adstrita ao plano racional do julgador. A psicologia pode explicar que uma primeira impressão negativa sobre determinada situação, como, por via exemplificativa, a conversão de uma prisão em flagrante em preventiva, pode vincular o comportamento do magistrado por prazo indeterminado. Ele subjetivamente tenderá a aderir à imagem de culpabilidade já construída e, possivelmente, buscará confirmá-la durante a audiência de instrução.⁹

Ao momento, impossível não mencionar o fenômeno que busca explicar padrões comportamentais humanos de nome Teoria da Dissonância Cognitiva, ou "incoerência cognitiva", que foi concebida pelo psicólogo Leon Festinger em 1957. Dispõe a tese que a psique humana almeja convalidar decisões anteriormente tomadas, buscando com isso dotar de coerência os fatos pretéritos, existentes e os porvindouros. Ou seja, uma vez adotado determinado juízo, o ser humano tende a tomar as subsequentes decisões correlatas em forma harmônica à anterior ou, ainda, desprezar as informações que colidem ao entendimento posto. Via conseqüente, opções desarmônicas são geradoras de incômodo no indivíduo, que busca por reestabelecer a ordem abalada.

Um exemplo cotidiano e não relacionado ao direito é o caso do viciante habitual. Em geral, as pessoas tendem a almejar uma vida saudável. A partir do conhecimento que essa prática ocasiona malefícios irremediáveis à saúde, há um choque antagônico de crenças, criando-se uma necessidade involuntária e automática para reduzir-se essa pressão: O fumante poderá considerar que o comportamento vale a pena em um sistema de riscos e recompensas e minimizar as desvantagens pessoais, criando desculpas para continuar fumando, à exemplo de que "pouco cigarros por dia não fazem mal", ou que "todos nós iremos morrer algum dia". Isso reduziria a dissonância e justificaria a continuidade do seu comportamento, pois o hábito seria coerente com as suas ideias sobre o tabaco, ainda que tenha ciência dos malefícios à saúde (informação dissonante). Trata-se, dessa forma, da harmonização entre a cognição e a ação por meio da mudança desta última, resultando na eliminação do estado de dissonância anterior.¹⁰

Para o campo do processo penal, a aplicação da teoria da dissonância cognitiva tem seu direto reflexo nas questões que circundam a imparcialidade intelectual. O magistrado, no momento da formação de sua decisão, precisará lidar com duas opiniões externas antagônicas - tese de acusação e a antítese da defesa -, além de ligar com suas preconcepções e impressões sobre o caso em questão.¹¹ Como conseqüência da desarmonia criada e com o agravamento da tensão psíquica, criam-se dois efeitos distintos.

No primeiro, o chamado efeito inércia ou perseverança¹² estudado por **Bernd Schünemann**, as informações que confirmam uma hipótese que fora considerada correta serão sistematicamente superestimadas, enquanto as contrárias poderão ser sistematicamente desvalorizadas. No segundo, opera-se o princípio da busca seletiva de informações, em que se procurará, predominantemente, informações que confirmem a primeira hipótese aceita, sejam elas informações dissonantes ou consoantes.¹³ Assim, por simplória

redução, tem-se que ao se tomar determinada decisão, baseando-se em certos elementos, o julgador tenderá à (i) ignorar novos elementos que colidem com o entendimento anterior; (ii) buscar com distinta vontade elementos que convalidem a decisão anterior; ou, ainda, (iii) dar maior peso aqueles elementos já existentes no sentido do *credo inicial*.

Precisamente aqui a figura do Juiz das Garantias é relevante mecanismo de mitigar esse efeito de enviesamento inconsciente do julgador que atua em fase pré-processual. Diante de um novo magistrado, agora atuante apenas na fase judicial, existirá maior probabilidade de que alguns erros judiciais cometidos sejam reconhecidos, já que ele não estará vinculado a atos que praticou anteriormente e poderá, por exemplo, orientar a reavaliação de determinada medida cautelar decretada durante as investigações que estiver desprovida de fundamentação suficiente. Além disso, ele terá mais chances de se dedicar exclusivamente à efetiva verificação da legalidade e da confirmação dos elementos probatórios constantes no processo. Com isso, almeja-se evitar uma mera condução de atos criados para corroborar a tese acusatória já pré-concebida. O magistrado será, em outras palavras, dotado de maior potencial de imparcialidade, visando garantir superior viabilidade do exercício de um efetivo direito à defesa nesta fase processual.

Some-se a isso que, de acordo com o novo texto da Lei, os elementos coletados durante a investigação criminal permanecerão apartados, acautelados com o Juiz das Garantias e com acesso às partes (artigo 3-B, § 3º do CPP), priorizando a prova produzida em contraditório judicial e evitando que o magistrado responsável pela condução da instrução tenha contato com a “primeira impressão” negativa do réu, resultado da investigação criminal documentada e produzida unilateralmente.¹⁴

Não se perca de vista, que a separação das figuras do julgador atuante em fases distintas está em plena conformidade com a atual tendência de um processo penal que bebe nas fontes da epistemologia, preocupada em trabalhar com a correspondência entre os elementos probatórios constantes no processo e o possível conceito de verdade, até mesmo por ser essa uma condição necessária para a justiça da decisão, ainda que não se trate do único fim que o processo persegue.¹⁵ Como bem preconizou **Michele Taruffo** e complementou **Gustavo Badaró**, para que uma decisão seja guiada pelo critério de justiça, ela deverá estar condicionada por um trinômio,¹⁶ que consiste em: (i) um correto juízo do fato, que

tenha como finalidade uma acertada reconstrução dos fatos; (ii) a adequada interpretação das regras jurídicas, em especial quanto às atividades de hermenêutica e aplicação da lei penal; e por fim, (iii) o emprego de um procedimento válido, com o respeito às garantias, aos direitos e ao devido processo legal.

Todas essas condições decorrem de um mesmo denominador, o juiz da causa, que é investido pela coletividade com a função de dirimir controvérsias e decidir acusações criminais com base no direito. Como resultado, um magistrado com uma pré-disposição cognitiva – seja a favor ou contra o réu – tenderá a não realizar um correto juízo dos fatos, conseqüentemente deixando de aplicar o direito acertadamente, e, ainda, cerceará as garantias processuais aplicadas ao processo. De nada valeria o desenvolvimento do processo se o resultado do jogo já estiver definido. E, de fato, “*A imparcialidade judicial é uma garantia tão essencial a função jurisdicional que condiciona a sua própria existência: Sem juiz imparcial, não há propriamente processo judicial*”.¹⁷

Corriqueira crítica à implantação da figura do Juiz das Garantias¹⁸ é a suposta falta de estrutura e recursos financeiros do Estado, que podem inviabilizar a implementação de tal medida. Trata-se, inclusive, do mesmo tipo de argumentação comumente utilizada para justificar a superlotação dos presídios e até mesmo daqueles que se opuseram a efetivação do projeto das audiências de custódia. É fato que ampla gama de previsões legais muitas vezes não são efetivamente implementadas. Basta verificar que em diversas comarcas no Brasil, sequer há a presença da Defensoria Pública, legalmente garantida aos cidadãos (Lei Complementar 80/94).

Essas dificuldades, no entanto, não devem ditar o “dever ser” do planejamento de uma legislação mais aperfeiçoada, compatível com os princípios democráticos e alinhada ao sistema acusatório. Dito em outras palavras: política processual não se pode fazer “nivelando por baixo”.

Em tempos sombrios, em que o retrocesso prossegue, comemorar as pequenas vitórias pode ser considerado um “*avanço democrático e civilizatório*”.¹⁹ Não se perca de vista, no entanto, que o Juiz das Garantias, embora considerado um progresso significativo, não é a salvaguarda para todas as mazelas do processo penal. Enquanto a mentalidade punitivista rasteira permanecer na cultura dos aplicadores do direito, não haverá uma ruptura significativa com a tradição inquisitória.

NOTAS

- 1 GIL, Renata. Nota Pública – Juiz de Garantias. *AMB*, Brasília, 27 dez. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2T1gQ4y>>. Acesso em: 05 jan. 2020.
- 2 TAFARELLO, R. F. Juiz das garantias: um notável (e atrasado) avanço democrático para o Brasil. *Estadão*, São Paulo, Disponível em: <https://bit.ly/2ZQT2BS>. Acesso em: 05 jan. 2020.
- 3 CPP: Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).
- 4 MONTERO AROCA, Juan, et al. *Derecho jurisdiccional III: proceso penal*. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 29.
- 5 POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. *Revista Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 39, n. 1, jan./jun. 2013.
- 6 PEREIRA, Merval. Juiz das garantias. *O Globo*, Rio de Janeiro, 14 jun. 2019. Disponível em: <<https://glo.bo/2SVqo0Y>>. Acesso em: 02 jan. 2020.
- 7 GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2011. p. 68.
- 8 MAYA, André Machado. O Juizado de garantias como fatos determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: O Contributo das Reformas Processuais Penais Latino-Americanas à Reforma Processual Penal Brasileira. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 1, p. 78, jan./abr. 2018.
- 9 SCHÜNERMANN, Bernd; GRECO, Luis. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 205-221.

- 10 RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no Processo Penal. Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva*. 2016. 197 p. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Porto Alegre, 2016. p. 93.
- 11 LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 73, p. 12-25, ago./set. 2016. p. 18.
- 12 SCHÜNERMANN, Bernd, op. cit., p. 208.
- 13 SCHÜNERMANN, Bernd, op. cit., p. 93.
- 14 RITTER, Ruiz, op. cit., p. 153.
- 15 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo, Marcial Pons, 2012. p. 160.
- 16 TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 51, n. 2, p. 315-328, 1997. apud BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 19.
- 17 CORDÓN MORENO, Faustino. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. 2. ed. Navarra: Aranzandi, SA, 2002. p. 109.
- 18 Vide, por exemplo, a ADI n. 6298, proposta pela AMB e Ajufe: “*Haverá aumento de gastos com a solução final - criação de cargos - e aumento de gastos desde logo, com descolamentos de juízes, sem que tivesse havido previsão orçamentária, e, portanto, com ofensa ao art. 169 da CF*”.
- 19 MACEDO, Fausto. *A desconstrução do pacote Moro*. *Estadão*, São Paulo, 7 dez. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2SW1Bde>>. Acesso em: 05 jan. 2020.