

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, V. R. P. de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.
- BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- BASTOS, M. *Cárcere de mulheres*. Rio de Janeiro: Diadorim, 1997.
- CERNEKA, H. A. Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, p. 61-78, jan.-jun. 2009. Disponível em: <[http://www.domhelder.edu.br/veredas\\_direito/pdf/60\\_77.pdf](http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/60_77.pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- DEL PRIORE, Mary (org.). *História das mulheres no Brasil*. Coordenação de textos de Carla Bassanesi. São Paulo: Contexto, 1997.
- INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres*. 2. ed. 2017. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- KNECHER, L; PANAIÁ, M. *La mitad del país: la mujer en la sociedad argentina*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1994.
- OLIVEIRA, O. M. *Prisão: um paradoxo social*. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 1996.
- QUEIROZ, N. *Presos que menstruam*. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

Recebido em: 12/07/2019 - Aprovado em: 26/07/2019 - Versão final: 11/10/2019

# JUIZ DAS GARANTIAS: UMA EXIGÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

JUDGE OF GUARANTEES: A REQUIREMENT OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

## José Romeu Rodrigues Júnior

Membro do IBCCrim, do IAMG e do ICP. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7278-6282>

[romeu@bcr.adv.br](mailto:romeu@bcr.adv.br)

## RESUMO

A relação entre os direitos fundamentais e a realidade do sistema de justiça criminal hodiernamente enfrenta acentuada crise. Em consequência das atribuições do juiz na fase inquisitorial, proferindo ativamente decisões de produção da prova, a imparcialidade subjetiva restaria irremediavelmente afetada, comprometendo, assim, a efetivação das garantias individuais. O presente estudo pretende compreender a figura do "juiz das garantias" como uma exigência do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Juiz das garantias, Imparcialidade, Estado Democrático de Direito.

## ABSTRACT

The relationship between fundamental rights and the reality of the criminal justice system today faces an acute crisis. In consequence of the judge's attributions in the inquisitorial phase, actively pronouncing evidence-taking decisions, a restored impartiality would be irretrievably affected, thereby undermining the effectiveness of individual practices. The present study tries to understand the figure of the "judge of guarantees" as an occurrence of the Democratic Rule of Law.

**Keywords:** Judge of the guarantees, Impartiality, Democratic State.

O termo "juiz das garantias" pode soar redundante ou paradoxo ao incauto, pois seria inimaginável dissociarmos da figura do julgador a ideia de garantidor da resolução dos conflitos sociais, do direito e da justiça.

Este instituto foi uma das alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (denominada "Lei Anticrime") que introduziu o art. 3º-B no Código de Processo Penal, separando as funções do magistrado de 1º grau de jurisdição (*investigação e instrução/julgamento*) em relação ao juiz das garantias, este definido como "*responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário*"; nos termos do referido dispositivo legal<sup>1</sup>

A atuação do juiz das garantias estará limitada às investigações preliminares, zelando pelas garantias fundamentais do indivíduo, bem como decidindo sobre a aplicabilidade de alguma das medidas elencadas no art. 3º-B da Lei 13.964/2019, tais como decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas urgentes e não repetíveis e de prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como julgar *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia, dentre outras matérias previstas no referido dispositivo legal.

O instituto se apresenta como exigência de conformidade do

processo penal com o texto constitucional, pois a fase de investigação preliminar, cuja finalidade exclusiva é a coleta de elementos de prova para subsidiar a propositura da ação penal, deve contar com magistrado diverso daquele que atuará na fase processual, sob a qual, mediante o crivo do contraditório e da ampla defesa, será produzida a prova que vinculará a fundamentação do provimento jurisdicional.

Antes, porém, de adentrar na análise do tema, necessária uma abordagem sobre o Estado Democrático de Direito para examinar o juiz das garantias a partir do novo modelo de processo penal redefinido na Constituição Federal de 1988.

A ideia da divisão dos órgãos do Poder (*Executivo, Legislativo e Judiciário*) foi engendrada como instrumento capaz de conter e equilibrar os limites de atuação da atividade estatal com a finalidade de preservar os direitos e garantias individuais.

As leis e a justiça, na concepção filosófica do contrato social, constituem o mecanismo de pacificação social, advindos da construção erigida da parcela individual de renúncia da liberdade de cada cidadão.

Segundo a teoria do contrato, cada cidadão renuncia a uma parcela

de sua liberdade. Esta parcela é atribuída ou confiada ao Direito, à ordem social e estatal, e representa a sujeição a um Direito geral, do qual eu, como cidadão, participei, de que sou idealmente coautor e que por isso tenho de fazer valer por mim.<sup>2</sup>

É por intermédio do Direito Penal que o Estado exerce a plenitude da força, por meio do qual impõe as mais graves restrições ao indivíduo, a supressão da liberdade e do seu patrimônio. Na seara do Direito Penal, portanto, a participação do afetado deve ser assegurada de maneira ampla e efetiva.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 inovou ao regular de forma minudente os direitos e garantias individuais e, com isso, operou inúmeras transformações na jurisdição penal, dentre elas, a remodelagem da autonomia do processo penal, cunhando-o na dignidade da pessoa humana, com regras definidas de formação da culpa, tais como: limites probatórios e critérios de validade do provimento judicial.<sup>3</sup>

O monopólio do poder punitivo estatal encontra parâmetros de validade e legitimidade no regramento das balizas constitucionais do processo penal e, por outro lado, é por meio do qual, e, somente por ele, em tese, que o indivíduo poderá ser elevado ao mesmo patamar de igualdade do Estado/acusador, dispondo de paridade de armas para sustentar o seu *status* de inocência.

A responsabilidade penal, portanto, exige o afastamento do estado de inocência do indivíduo, advindo após o transcurso do devido processo legal, a ser alcançada por meio da sentença penal condenatória definitiva, transitada em julgado.

Retornando ao tema, sublinha-se que deve ser preocupação permanente do Estado Democrático de Direito assegurar a efetividade dos direitos e garantias individuais e, no processo penal, a figura do magistrado assume especial relevo como o guardião da garantia de participação do indivíduo na decisão que lhe afetará.

**Vargas** dispõe que<sup>4</sup> tudo que existe de prerrogativa do acusado no processo penal não passa de direitos e garantias assegurados na Constituição da República de 1988, numa lenta e exasperante luta contra a onipotência do Estado.

É na figura do juiz, na sua independência e imparcialidade, como garantidor dos direitos fundamentais no processo penal, que são depositadas as expectativas de efetividade do devido processo penal. Necessário, portanto, que o sistema de justiça criminal disponha de condições funcionais e estruturais capazes de preservar a atuação do magistrado de influxos externos (*materiais*) e/ou internos (*psíquicos*). Aqueles entendidos como as garantias funcionais e estes como a preservação da capacidade cognitiva do julgador.

A Constituição da República de 1988 cuidou de assegurar garantias funcionais ao magistrado, tais como: vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, prerrogativa de foro, para que possa decidir com autonomia, independência e imparcialidade.

Tais garantias são asseguradas com a finalidade de viabilizar autonomia e independência para a atuação firme e imparcial do magistrado, sobretudo para preservar os direitos individuais, limitar o exercício da atividade estatal e rechaçar com destemor as arbitrariedades e os influxos do poder econômico.

No aspecto material, os benefícios funcionais da magistratura são suficientes para propiciar uma atuação imparcial, independente das pressões e paixões envoltas no caso concreto e, principalmente, com liberdade para fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos trazidos aos autos pela atuação das partes.

No processo penal, a imparcialidade do julgador foi pensada apenas no aspecto material, pelas garantias funcionais; no entanto, a estrutura do sistema de justiça criminal não dispensou idêntica atenção com o caráter subjetivo, com a possível contaminação cognitiva do julgador, desconsiderando que a atuação do mesmo juiz

na *investigação* e na *fase de instrução/julgamento* seria igualmente prejudicial à imparcialidade.

A dinâmica das investigações preliminares contemporâneas, invariavelmente de longa duração, demanda expressiva função jurisdicional do magistrado, autorizando as medidas cautelares de interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário e fiscal, busca e apreensão, prisões provisórias, tudo isso, obrigatoriamente, por meio de decisão judicial devidamente fundamentada e, conseqüentemente, contaminando-o cognitivamente, com a formação de conceitos e preconceções sobre o investigado.

O tema é conhecido como a teoria da dissonância cognitiva, esta apresentada por meio da obra *A theory of cognitive dissonance*, de Leon Festinger, em 1957, a qual aborda, essencialmente, um estudo acerca da cognição e do comportamento humano.<sup>5</sup>

Fundamentada na premissa de que o indivíduo tende sempre a buscar um *estado de coerência* entre seus conhecimentos (opiniões, crenças e atitudes), a teoria da dissonância cognitiva desenvolve-se no sentido de comprovar que há um processo involuntário, por isso inevitável, para se chegar a essa "correlação", admitidas as naturais exceções. Assim, especialmente atenta às situações em que há o *rompimento desse estado*, em que o indivíduo se encontra diante de incontestável *incoerência* entre seus próprios pensamentos, ou entre sua ação e sua razão (sujeito que fuma habitualmente – ação – toma conhecimento de que a nicotina é extremamente nociva para a saúde – razão –, e permanece com o hábito, sem que queira matar-se ou adoecer, por exemplo),<sup>6</sup> identifica e apresenta reflexos cognitivo-comportamentais decorrentes desse contexto *antagônico e inquietante*.<sup>7</sup>

Seria humanamente impossível exigir que o magistrado simplesmente delete da memória todas as concepções já formadas sobre o investigado, advinda da atuação na fase inquisitorial e, então, a partir do oferecimento da denúncia, tivesse a isenção suficiente para decidir com imparcialidade o recebimento ou não da peça acusatória, por exemplo.

O debate é de fundamental importância; atualmente, domina a pauta nacional, com ampla cobertura da imprensa internacional<sup>8</sup>, os questionamentos de (im)parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro, diante das revelações de supostas comunicações com os procuradores da República na sua atuação como magistrado, sobreleve a necessidade da figura do juiz das garantias, não apenas para preservar os direitos e garantias individuais, mas para assegurar a efetividade da imparcialidade no momento do julgamento final.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória.<sup>9</sup>

A suspeita de comprometimento do juiz já é um pesadelo assombroso, muito caro ao Direito, irremissível, pois a higidez da imparcialidade é o pilar sob o qual é edificada toda a noção de validade e segurança jurídica do Estado Democrático de Direito.

Necessário destacar que não constitui propósito principal deste trabalho a discussão da imparcialidade por eventual desvio de conduta, solucionável pelos órgãos correccionais, mas o comprometimento subjetivo, cognoscitivo, advindo da estrutura do ordenamento jurídico, capaz de impedir que os valores democráticos norteiem a atuação do juiz.

Tema de suma importância, aliás, afeto à independência cognitiva, é a necessidade de rompimento com a mentalidade inquisitorial arraigada no sistema de justiça criminal, de girar o eixo epistemológico e apontá-lo na direção da valorização da dignidade da pessoa humana na efetividade dos direitos individuais da matriz constitucional do processo penal que, embora estruturada na presunção de inocência, contrasta com a realidade do sistema carcerário nacional.

O país atingiu a desonrosa posição de 3ª maior população carcerária do mundo<sup>10</sup> superado apenas pelos Estados Unidos da América e pela China. Vale dizer que os EUA possuem um ordenamento jurídico completamente distinto do nacional, com justiça negocial, com encarceramento de imigrantes, aprisionamentos sem processo, como Guantánamo,<sup>11</sup> por exemplo; a China, por sua vez, não nos permite um comparativo dado à desproporção populacional. O Brasil, então, com essas ponderações, ocuparia o primeiro lugar no ranking mundial do encarceramento.

O (ab)uso da prisão provisória é fruto de uma cultura reclusa nas amarras da mentalidade inquisitorial, a exigir preocupação permanente com a rediscussão do papel do magistrado para reverter essa lógica e, para isso, a figura do juiz das garantias é fundamental.

Os argumentos contrários ao referido instituto, em sua maioria, estão vinculados às questões de estrutura organizacional, de considerações econômico-financeiras, desconsiderando o alto custo financeiro provocado pela ausência do juiz garantidor, como, por exemplo, do extraordinário custo na manutenção do superlotado, falido e ineficiente sistema carcerário brasileiro, onde mais de 40% (quarenta

por cento) da população é constituída de presos provisórios.<sup>12</sup>

Não se diz que a culpa da superlotação do sistema carcerário possa ser atribuída à ausência de juiz das garantias, mas, indubitavelmente, a presença desse instituto servirá para reforçar os direitos e garantias individuais, flagrantemente violados no cenário de expressivo índice do encarceramento provisório.

Assim, o instituto do juiz das garantias, introduzido no Código de Processo Penal em virtude da inserção do art. 3º-B pela Lei 13.964/2019, embora esteja pendente de implementação por decisão liminar do Ministro Luiz Fux na ADI 6.299/DF, se apresenta como valioso instrumento de efetividade dos direitos e garantias individuais, com escopo de preservação da liberdade cognitiva do julgador. A partir de então, o magistrado terá, além das garantias materiais do cargo, uma proteção subjetiva, de caráter cognoscitivo, consistente na delimitação do espaço de atuação no processo penal, atribuindo-lhe apenas as funções jurisdicionais da fase de investigação preliminares, tudo isso, em prol da imparcialidade do magistrado, sem a qual, restarão inalcançáveis os valores constitucionais democráticos no processo penal.

## NOTAS

- <sup>1</sup> HASSEMER, Winfried. *Jornada de direitos fundamentais*. Organização Faculdade de Direito de Lisboa e Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados. Jun. 2004. p. 17.
- <sup>2</sup> PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 134 - 135.
- <sup>3</sup> VARGAS, José Cirilo. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 171.
- <sup>4</sup> FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, apud RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 1. ed. Florianópolis (SC): Empório do Direito, 2017. p. 106.
- <sup>5</sup> RODRIGUES, Aroldo. *Aplicações da psicologia social: à escola, à clínica, às organizações, à ação comunitária*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 79.
- <sup>6</sup> FESTINGER, op. cit. apud RITTER, Ruiz. *E quando os escândalos de corrupção*

*envolvem o meu candidato ou partido?* Disponível em: <<http://bit.ly/2ZnekN>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

<sup>7</sup> Associação Brasileiro de Jornalismo Investigativo. ABRAJI. Disponível em: <<https://www.abraji.org.br/noticias/seminario-de-ciencias-criminais-debate-vaza-jato-e-desinformacao>>. Acesso em: 19 jul. 2020.

<sup>8</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual pena e sua conformidade constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2008. p. 123.

<sup>9</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização Junho de 2016*. Disponível em: <<http://bit.ly/2Yreqw0>>. Acesso em: 1 jun. 2019.

<sup>10</sup> ANISTIA INTERNACIONAL. *Prisão de Guantánamo*. Disponível em: <<http://bit.ly/2xpuyT6>>. Acesso em: 1 jun. 2019.

<sup>11</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Sistema Carcerário Nacional*. Disponível em: <<http://bit.ly/2L8KoYD>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

Recebido em: 13/07/2019 - Aprovado em: 15/08/2019 - Versão final: 03/10/2019

# A LIMITAÇÃO DA PROGRESSÃO DE PENA NA “LEI ANTICRIME” E A LÓGICA DA INOCUIZAÇÃO: UMA BREVE DISCUSSÃO

## THE RESTRICTION OF DOWNGRADING IMPRISONMENT IN THE “ANTICRIME BILL” AND THE INCAPACITATION LOGIC: A BRIEF DISCUSSION

**Luiz Henrique Carneiro Rossetto**

Mestrando em Direito Penal pela USP. Bacharel em Direito pela PUCSP. Membro do IBCCRIM. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1023-3145>

[luizcr89@hotmail.com](mailto:luizcr89@hotmail.com)

## RESUMO

O presente artigo visa a discutir os aspectos político-criminais do denominado “projeto de lei anticrime” no âmbito das regras relativas à progressão de pena e sua relação com a ideia de prevenção especial negativa através da incapacitação. Ainda, argumenta-se que essa lógica tende a dissolver a legalidade penal. Por fim, o artigo também aponta uma possível contrariedade entre a nova legislação e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Direito Penal, Teorias da Pena, Incapacitação, Progressão de Pena, Legalidade.

## ABSTRACT

The present article aims to discuss the criminal policy behind the so-called “anti-crime bill”, its proposal to harshen the present rules for downgrading imprisonment and its relation with the idea of a specific deterrence through incapacitation. Furthermore, it is argued that this logic tends to weaken the principle of legality in criminal law. Finally, the paper still indicates a possible conflict between the new law and the Brazilian Supreme Court precedents.

**Keywords:** Criminal Law, Theories of Punishment, Incapacitation, Prison Downgrading, Legality.