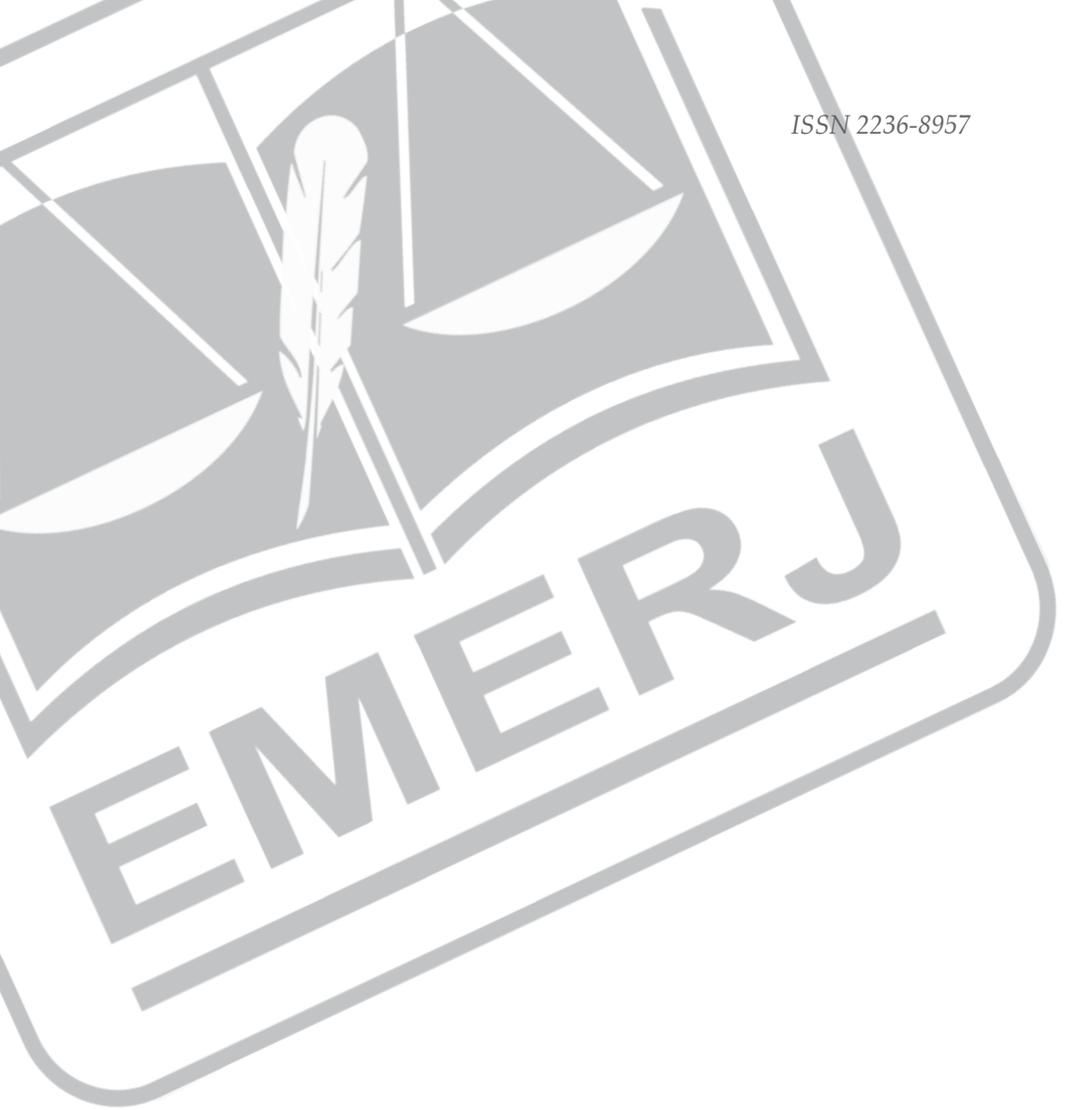


ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Abril/Junho

V. 23 - n. 2 - Ano 2021

Rio de Janeiro

Por que Temer o Juiz das Garantias?

Marcelo Oliveira da Silva

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Especialista em direito constitucional pela Faculdade de Coimbra. Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

SUMÁRIO: RESUMO. ABSTRACT. 1. INTRODUÇÃO. 2. A RESISTÊNCIA AO JUIZ DAS GARANTIAS 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Este trabalho tem como escopo demonstrar a imprescindibilidade da efetivação do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico processual. Pauta-se a investigação pelo seguinte problema: Há uma resistência de aceitação ao Juiz das Garantias, por reminiscências de um período autoritário de vigência do Código de Processo Penal, de forma a permitir a manutenção do sistema inquisitorial, através do qual o amplo direito de defesa resta absolutamente prejudicado diante do direcionamento das coletas de provas na fase de persecução penal pelo mesmo juiz responsável pelo julgamento da causa. Sustenta-se a inexistência de qualquer inconstitucionalidade da Lei nº 13.964/19. Traz-se, com o presente texto, pesquisa capitaneada pelo professor alemão Bernd Schünemann, com base na Teoria da Dissonância Cognitiva, a fim de demonstrar o grau de envolvimento do juiz quando é o responsável pela coleta das provas, afetando frontalmente a sua imparcialidade.

PALAVRAS-CHAVE: Juiz das Garantias. Princípio Acusatório.

ABSTRACT: This work aims to demonstrate the imprescindibility of the effectiveness of the Judge of Guarantees in the

procedural legal system. The investigation is based on the following problem: There is a resistance of acceptance to the Judge of Guarantees, reminiscent of an authoritarian period of validity of the Code of Criminal Procedure, in order to allow the maintenance of the inquisitorial system, through which, the broad right of defense remains absolutely impaired in the face of the direction of the collection of evidence in the phase of criminal prosecution by the same judge responsible for the trial of the case. It is upheld the absence of any unconstitutionality of Law No. 13,964/19. It is brought with the present text, research led by the German professor Bernd Schünemann, based on the Theory of Cognitive Dissonance, in order to demonstrate the degree of involvement of the judge when he is responsible for the collection of evidence, directly affecting his impartiality.

KEYWORDS: Judge of Guarantees. Accusatory Principle.

INTRODUÇÃO

Disciplinam os incisos LIV e LV do art. 5º e o inciso I do art. 129 da Constituição da República, em vigor desde o dia 05 de outubro de 1988, que:

“LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

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.

Art. 129 – são funções institucionais do ministério público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”

A Carta Magna, definida como Constituição Cidadã, elencou, em seus preceitos fundamentais, diversas garantias em favor do cidadão como mecanismo de proteção ao Poder Estatal de controle e restrição das liberdades individuais.

A Constituição Garantista, por si só, assegurou o estabelecimento dos princípios acusatório, contraditório e ampla defesa no curso dos procedimentos judiciais e administrativos. Ou seja,

já a partir da vigência da Constituição, não deveríamos admitir o processo inquisitivo em busca da verdade a todo e qualquer custo, utilizado como instrumento de dominação e controle precipuamente dos excluídos, marginalizados e desafortunados, a fim de manutenção do *status quo* de dominação e imposição do poder estatal autoritarista.

O STF, na ADI 1570/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 12.2.2004, já teria afastado a possibilidade de produção de prova pelo juiz de ofício, um dos pilares do sistema inquisitório.

Vejamos:

Coleta de Provas por Juiz: Due Process of Law

*O Tribunal, por maioria, julgou procedente em parte o pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 3º da Lei 9.034/95, que conferia ao juiz competência para diligenciar pessoalmente nos procedimentos de investigação e obtenção de provas nas persecuções penais relativas a atos de organizações criminosas, nas hipóteses em que houvesse possibilidade de violação de sigilo. Preliminarmente, o Tribunal considerou prejudicada a ação direta no ponto em que autorizava o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras, em razão da superveniência da LC 105/2001, hierarquicamente superior, que regulou integralmente a questão, revogando a norma impugnada por incompatibilidade. Em seguida, no que se refere aos dados, documentos e informações fiscais e eleitorais, o Tribunal julgou procedente o pedido, **por ofensa ao princípio do devido processo legal, por entender que a coleta pessoal de provas desvirtua a função do juiz, de modo a comprometer a imparcialidade deste no exercício da prestação jurisdicional.***

Como se pode admitir, então, a constitucionalidade da Lei nº 11.690/2008, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos à produção de provas, dando nova redação ao art. 156 do CPP, com ênfase ao inciso I, que expressamente faculta ao juiz, de ofício, “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”, se o próprio STF já havia se posicionado con-

trariamente, por ofensa ao devido processo legal, à possibilidade de o juiz produzir prova de ofício.

Estamos diante de uma ofensa frontal ao princípio acusatório.

Até a vigência da Lei n. 13.964/19, denominada Pacote Anticrime, que, em seu artigo 3º-A, expressamente estampou a estrutura acusatória no processo penal, com a vedação da iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, ainda se admitia, apesar da vedação constitucional, a produção da prova de ofício pelo juiz ao longo da instrução do processo, ou mesmo a atuação do juiz, responsável pela produção da prova na fase investigatória, na condução e julgamento do processo penal.

O Código de Processo Penal vigente, editado em período autoritarista, ao ser recepcionado pela Constituição da República, teve sua *mens legis* adequada aos preceitos constitucionais garantidores da liberdade do cidadão, contudo o sistema inquisitorial permaneceu inalterado na ordem infraconstitucional, muito com a justificativa da pretensa busca da verdade real.

Não se deve admitir a produção de prova de ofício pelo juiz ao longo da instrução do processo, ou a própria prevenção do juízo na hipótese de apreciação de qualquer medida cautelar no curso do procedimento investigatório. A prevenção, como instituto processual de definição de competência, sob o argumento de obediência ao princípio do juiz natural, acaba por ofender frontalmente o princípio acusatório.

Leciona Aury Lopes Junior, em sua obra *Investigação Preliminar*:

“É um evidente prejuízo que decorre dos “pré-juízos, como à exaustão já explicou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao doutrinar que “juiz que vai atrás da prova está contaminado e não pode julgar, sendo a “prevenção” uma causa de exclusão da competência (e não de fixação, como temos erroneamente no Brasil).

(...) É por isso que insistimos tanto na concepção do sistema acusatório a partir do núcleo fundante “gestão da prova” (Ja-

cinto Coutinho), pois não basta a mera separação inicial das funções de acusar e julgar, precisamos manter o juiz afastado da arena das partes e, essencialmente, atribuir a iniciativa e gestão da prova às partes, nunca ao juiz, até o final do processo. Um juiz-ator funda um processo inquisitório; ao passo que o processo acusatório exige um juiz-espectador”.

Só podemos admitir, assim, tamanha morosidade em reconhecer e implementar eficazmente o sistema acusatório no processo penal brasileiro aos resquícios de um Estado autoritário que sempre se utilizou do sistema de justiça penal como mecanismo de controle de excluídos e marginalizados.

Mais uma vez podemos nos socorrer da obra citada, de autoria de Aury Lopes Junior: “É elementar que, ao se atribuir poderes instrutórios ao juiz, fere-se de morte a imparcialidade. Transforma-se o processo em uma encenação simbólica, pois o juiz – desde o momento em que decidir ir atrás da prova de ofício – já tem definida a hipótese acusatória como verdadeira. Logo, como ensina Franco Cordeiro, esse juiz não decide a partir dos fatos apresentados no processo, senão da hipótese acusatória inicialmente eleita (pois se fosse a defensiva, ele não precisava ir atrás da prova). Quando o juiz, em dúvida, afasta o *in dubio pro reo* e opta por ir atrás da prova (juiz ator-inquisidor), ele decide primeiro e vai atrás de elementos que justificam a decisão que já tomou.”.

A RESISTÊNCIA AO JUIZ DAS GARANTIAS

Escreve Zaffaroni em sua obra *O inimigo no Direito Penal*:

“O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de verem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.”

A partir dessa premissa, deve-se entender que a força normativa de uma Constituição democrática depende diretamente do reconhecimento do caráter de pessoa do ser humano: “para reivindicar, resgatar e dar peso de convicção à tese de que toda Constituição investe força normativa direta, há que incluir em seu conteúdo a parte que resolve o status situacional da pessoa, em que o Estado democrático reconhece a dignidade humana, a liberdade e os direitos, prestando-lhes a tutela e assegurando a promoção... o conteúdo principalista de direitos e liberdades é o que ostenta centralidade e maior valor no Estado democrático”. (German J. Bidart Campos, *El Derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, 1995, pp. 76-76).

Está aí a principal barreira ao juiz das garantias. A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo. O direito nega ao inimigo do Estado a sua condição de pessoa.

Ele é considerado para o sistema político e de justiça criminal como ente perigoso. Por mais que a ideia seja heterodoxa, ao se propor estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que se apresenta para aceitação aos hostis em regimes de governos que se defrontam hodiernamente como o princípio do Estado Democrático de Direito.

A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal que lhe é conferido no sistema de justiça criminal próprio do regime inquisitorial e autoritário.

Zaffaroni esclarece que: “se na realidade, o direito penal sempre aceitou o conceito de inimigo e este é incompatível com o Estado de Direito, **o que na verdade seria adequado seria *uma renovação da doutrina penal corretora dos componentes autoritários que a acompanharam ao longo de quase todo o seu percurso ou, em outras palavras, um ajuste do direito penal que compatibilize com a teoria política que corresponde ao Estado constitucional de direito, depuran-***

do-o dos componentes próprios do Estado de polícia, incompatíveis com seus princípios”.

É impossível compreender a operatividade do poder punitivo para segregar o inimigo, definido de forma genérica como aqueles que estariam fora da ordem social, sem que se leve em consideração o modelo inquisitorial que sempre sustentou o sistema de justiça criminal.

O inquisidor se afasta da figura do árbitro e passa a exercer a função de investigador, com a crença de que a virtude está ao seu lado, por exercer o poder soberano.

A *inquisitio* (estabelecimento da verdade por interrogação) deve ser identificada como modo de se estabelecer a verdade, e a necessidade de investigá-la acabou por legitimar atos de violência contra todos aqueles insubordinados.

Devemos afastar, com isso, a bem do Estado democrático de direito, a figura ficcional da verdade real. A verdade deve ser aquela extraída do processo e demonstrada com as provas produzidas pelas partes ao longo da persecução penal. O juiz deve se aproximar de sua neutralidade e manter a imparcialidade para a formação da sua convicção motivada no ato de julgamento da causa.

Podemos afirmar que o retardo no estabelecimento do Estado de Direito em relação à garantia dos direitos fundamentais do indivíduo também está atrelado à globalização, que, acompanhada da revolução tecnológica, permitiu a propagação de um discurso único, de características autoritárias, antiliberais, e que estimula o poder punitivo muito mais repressivo e discriminatório em escala mundial.

Para David Garland, em *A Cultura do Controle*, em tempos de neoliberalismo, vivemos a “Criminologia do Outro”, que, “nas palavras do primeiro-ministro britânico John Major, nos deixa preparados para condenar mais e entender menos”.

Leva-nos a tratar o criminoso como criaturas monstruosamente opacas, além ou fora da nossa compreensão, o que ajuda a acalmar a consciência de qualquer um que se sinta desconfortá-

vel em neutralizar milhões de pessoas, ou até mesmo em matar alguns, tudo em nome da segurança pública.

O devido processo legal substancial e o princípio acusatório devem se prestar a impor limites à atuação do Estado-juíz, iluminando e direcionando as regras do processo penal. Não se admite, em busca de um suposto bem maior, qual seja, o resguardo da segurança pública, a busca da “verdade real”, de forma indiscriminada e ilimitada, com ofensas aos direitos individuais da liberdade, privacidade e da intimidade da vida privada.

Não se pode admitir provas ilícitas, ou mesmo a transposição da figura do Estado-acusador e do Estado-julgador em busca dos meios de provas comprobatórias das circunstâncias fáticas descritas pela autoridade policial, de forma indiscriminada e sem qualquer controle, pelo enfraquecimento da defesa na fase investigatória, sob pena de termos um processo viciado e contaminado e com o resultado previsível, e até certo ponto, almejado, a fim de estabelecer a verdade do dominador para controle dos excluídos e indesejados, o que corresponde ao estado autoritário e policialesco.

O Poder Judiciário, bastião do Estado Democrático de Direito, não pode ser contrário ao estabelecimento do “juiz das garantias”, sob pena de referendar e chancelar o Estado autoritário que ainda alicerça o sistema de justiça criminal.

Não se justifica, portanto, o argumento de que todo magistrado, em sua atividade judicante, teria como função precípua a garantia dos preceitos constitucionais, e assim não seria necessária a fragmentação entre o juiz responsável pela coleta das provas e o juiz julgador.

Esse argumento é superficial. Por óbvio, todo juiz deve ser garantidor de direitos. Sua imparcialidade, porém, somente será observada com o afastamento da função decisória daquele juiz responsável pela coleta das provas na fase de persecução penal, através das quais se busca a comprovação das circunstâncias fáticas do delito e indícios de autoria do crime, ou seja, a justa causa.

Veremos mais à frente o grau de envolvimento do juiz no ato de julgamento quando ele é o responsável pela coleta das provas com a análise de pesquisa empírica realizada pelo cate-drático alemão Bernd Schünemann, com base na Teoria da Dis-sonância Cognitiva, para compreensão dos problemas que en-volvem a imparcialidade do juiz no processo penal.

Antes, entretanto, devemos afastar o argumento de que o estabelecimento do “Juiz das Garantias”, dado o grau de difi-culdade de sua instrumentalização, implicaria em um vácuo no exercício do poder pelo Judiciário, a ser preenchido pela autori-dade policial no curso da persecução penal, com o esvaziamento do Poder Judiciário como guardião da Constituição, tornando-o subordinado aos interesses dos demais Poderes da República.

O argumento vem fundado na Proposta de Emenda Con-stitucional n 85/2015, de autoria do Deputado Federal Hugo Leal, que alteraria a Constituição para dispor sobre a reforma do sistema de persecução penal.

Em uma análise mais detida da proposta, verifica-se que a Emenda Constitucional seria decorrente da PLS n 156/09, projeto de lei do Senado que estabelece o novo Código de Processo Penal, cujo ordenamento jurídico estrutura o Juiz das Garantias.

A Proposta de Emenda Constitucional n 85/2015 permitirá ao Ministério Público, dentro do seu poder de controle e fiscali-zação da atividade policial, realizar diretamente diligências de natureza criminal nas hipóteses previstas em lei complementar, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações, ou seja, a sua atuação estaria submetida ao controle da legalidade e legitimidade pelo Poder Judiciário.

Admitirá também à Polícia Militar a apuração de infrações penais, o que, de certa forma, em sua atividade de prevenção e repressão ao crime, já realiza hodiernamente.

Por fim, acrescenta o art. 98-A, cujo dispositivo estabelece, na estrutura do Poder Judiciário, os Juizados de Instrução e Ga-rantias, providos por juízes de instrução e garantias, incumbidos

da instrução probatória e do controle judicial dos procedimentos investigatórios criminais.

Não há vácuo de poder ou delegação da função judicial a qualquer outra esfera de Poder. Estar-se-ia apenas sedimentando constitucionalmente o princípio acusatório, a fim de garantir a imparcialidade no julgamento do processo penal.

Também devemos analisar os argumentos utilizados pelo Eminentíssimo Ministro Luiz Fux para suspensão da eficácia dos artigos 3º-A e seguintes da Lei n. 13.964/19.

Com todas as vênias ao E. Ministro Luiz Fux, a Lei n. 13.964/19, ao estabelecer o juiz das garantias, não fixou regras que se imiscuissem na organização judiciária sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria (Art. 96 da Constituição).

A lei estabelece regras de processo penal ao estabelecer a atuação do juiz das garantias, salientando apenas a sua responsabilidade pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, discriminando exaustivamente a sua competência constitucional, com o intuito único de regulamentar o princípio acusatório estabelecido pelo constituinte originário como direito individual fundamental.

Prescreve o art. 22 da Constituição:

Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito (...) processual (...);

Ou seja, não há que se falar em inconstitucionalidade formal da norma por vício de iniciativa. Aos Tribunais, caberá estruturarem-se para implantação dos órgãos judiciais com competência estabelecida para o Juiz das Garantias.

Vale frisar que os juízos com competência para a realização das audiências de custódia poderão, a critério de cada Tribunal, dentro da sua autonomia administrativa e orçamentária, exercer a atividade judicante destinada ao Juiz das Garantias.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, maior Tribunal do país, já há muito criou o órgão judicial com competência destinada ao Juiz das Garantias dentro da circunscrição territorial da capital

paulistana, sem que se tenha notícia de qualquer dificuldade estrutural para a sua implementação.

Ao contrário, a sua estrutura organizacional poderia se prestar de modelo, ressalvadas as peculiaridades de cada Tribunal, para o estabelecimento de uma garantia primária do devido processo legal substancial, com a sedimentação do sistema acusatório de processo. O modelo inquisitorial ainda é resquício de um Estado autoritário e não mais se sustenta em uma democracia que se diz plenamente estabelecida.

O mesmo deve ser dito com relação ao impacto financeiro causado ao Poder Judiciário em razão da necessidade de reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, além da necessidade de incremento dos sistemas processuais e das soluções de tecnologia da informação correlatas.

O E. relator, Ministro Luiz Fux, afirmou, em sua decisão, que a ausência de prévia dotação orçamentária para a instituição de gastos por parte da União e dos Estados violaria diretamente o artigo 169 da Constituição e prejudicaria a autonomia financeira do Poder Judiciário, assegurada pelo artigo 99 da Constituição.

Asseverou, ainda, que o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 95/2016, determina que “a proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”.

Salvo melhor juízo, não há razão para o reconhecimento da inconstitucionalidade formal ou material da lei pela ausência de previsão e dotação orçamentária. Ora, dentro da autonomia administrativa e financeira dos Tribunais, incumbirá a eles, com as receitas estabelecidas ao Poder Judiciário no orçamento anual de cada ente federativo correspondente, dotar órgãos judiciais previamente estabelecidos, ou por transformação de órgãos já existentes, de competência estabelecida pela Lei n. 13.964/19 para o Juiz das Garantias.

Por fim, deve ser refutado o argumento de que estudos comportamentais sobre os seres humanos desenvolverem vieses em seus processos decisórios, por si só, não autorizaria a aplicação automática dessa premissa ao sistema de justiça criminal brasileiro, com a criação de uma presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências que favoreçam a acusação, nem permitiria inferir, a partir dessa ideia geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seria repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução.

Ao que parece, compete ao Poder Legislativo, pelo meio representativo dos reais detentores do poder, o povo, a escolha discricionária de qual seria o melhor modelo a ser adotado pelo sistema processual penal, sob pena de ofensa à esfera da soberania da função legislativa.

Não há inconstitucionalidade material da lei. Ao contrário, a lei apenas regulamentou preceito constitucionalmente estabelecido como garantia individual através do sistema acusatório.

Porém concordo que a medida cautelar, por prudência, deveria ser deferida, a fim de suspender o prazo exíguo de vigência e eficácia da lei, contudo, com lapso temporal previamente estabelecido, como havia sido fixado na decisão liminar originária concedida pelo Presidente do STF, Min. Dias Toffoli, para permitir que os Tribunais possam se estruturar, organizacionalmente, dentro de sua autonomia administrativa e financeira, com a implementação de órgãos judiciais com competência definida para o Juiz das Garantias.

A suspensão da eficácia por prazo indeterminado impede a incorporação plena do sistema acusatório no ordenamento jurídico processual, causando maiores prejuízos a grande massa de indiciados no nosso país, que suportam investigações falhas, sob o aspecto estrutural, pela precariedade da defesa nessa fase da persecução, com circunstâncias fáticas e autoria preestabelecidas por quem tem apenas atribuição investigatória, tornando-se o processo penal verdadeiro meca-

nismo de chancela de toda a situação já previamente estabelecida ao longo da persecução penal.

Leciona Bernd Schünemann, em sua obra - Estudos de direito Penal, direito processual penal e filosofia do direito -, traduzida e coordenada pelo professor Luís Graco, que: “segundo as convicções de justiça das sociedades modernas, é um pressuposto indispensável para a legitimação desse papel que o terceiro mais poderoso seja estranho à disputa, isto é, estritamente neutro e imparcial. Isso é uma regra amplamente garantida pelo direito positivo, por exemplo pela instituição do juiz natural (art. 101 da lei fundamental alemã), pela incompatibilidade entre o papel de parte e o papel de juiz (...). É curioso que, na Europa continental, seja justamente na justiça criminal, que impõe as mais brutais de todas as sanções, e que antigamente era denominada, com uma expressão menos eufemística, de “jurisdição do pescoço”, que se tenha podido por muito tempo ignorar essa ideia do juiz como terceiro imparcial, e que até no direito moderno ela só esteja realizada de uma maneira um tanto estranha, em parte mutilada, em parte só aparente. Afinal, no processo inquisitório, que vigeu na Alemanha até o séc. XIX, o juiz se identificava como inquisidor. O então introduzido processo penal reformado atribuiu, de um lado, a condução da investigação ao recém-criado promotor de justiça, que assumiu o papel de acusador, mas, justamente no que diz respeito à audiência de instrução e julgamento, que é o centro decisório do processo penal, nada mudou em comparação à época do antigo processo inquisitório. Segundo o Código de Processo Penal alemão atualmente vigente, a acusação retira do promotor e transfere ao juiz o domínio sobre o processo, que recebe em suas mãos a totalidade dos autos de investigação preliminar, com base nos quais terá de decidir se há suspeita suficiente/justa causa contra o acusado, ou seja, se há uma alta probabilidade de condenação. Se for esse o caso, o juiz proferirá decisão de recebimento da denúncia e realizará, então, a audiência de instrução e julgamento, o que é feito da seguinte maneira: ele produzirá oralmente as provas presentes nos autos da investigação, cuidará de que elas sejam completadas e, em seguida, proferirá sentença definitiva. O promotor e o acusado,

junto com o seu defensor técnico, contribuem nessas atividades, mas eles possuem uma função apenas supletiva, **que não coloca xeque à função inquisitorial de domínio de um juiz que tanto dirige a coleta das provas quanto decide em caráter final**”.

Ou seja, dito de modo simples, trata de saber se o juiz, por seu conhecimento dos autos, por proferir a decisão de recebimento da denúncia, por sua atividade inquisitorial na audiência, e por ocupar, de fato, a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos, **está impedido de realizar uma avaliação imparcial**.

A fim de refutar o argumento de que estudos do comportamento humano sobre o processo decisório não seriam determinantes para o resultado do processo, vale apresentar a pesquisa elaborada pelo eminente professor alemão, com base na chamada teoria da dissonância cognitiva.

Porém, em razão da superficialidade do artigo, restrinjo-me a afirmar que a pesquisa foi realizada com 58 juízes criminais e promotores de diversas regiões da Alemanha Federal, que foram submetidos, diante de caso concreto previamente estipulado, às diferentes condições de experiência.

Passo ao resultado apresentado, com a impressionante confirmação, pela primeira vez realizada com os métodos experimentais das ciências sociais e com alto nível de significância, das experiências do cotidiano forense:

1) O juiz tendencialmente apega-se à imagem do fato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes dessa imagem inicial são não apenas menosprezados, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas, o que pode ser explicado, segundo a psicologia da informação, pela preferência de aprecepção e armazenamento de informações redundantes (já conhecidas);

2) O juiz se orienta segundo a avaliação realizada pelo promotor, o que pode ser descrito por aquilo que quero chamar, diz o autor, de efeito aliança, e que pode ser explicado pela teoria dos processos de comparação social.

Não restam dúvidas de que o sistema inquisitorial ou híbrido, como querem alguns doutrinadores, adotado pelo então vigente processo penal brasileiro, não mais se coaduna com a ordem constitucional, que estabelece como garantia de um processo justo e isonômico, o princípio acusatório, com o afastamento do juiz julgador da figura do juiz que é responsável pela análise da justa causa, como condição de procedibilidade para deflagração da ação penal, e pela coleta das provas na fase investigatória da persecução penal.

CONCLUSÃO

Como se extrai das justificativas para apresentação do projeto de lei para edição do Código de Processo Penal, o juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, com a missão de proteção da intimidade, da privacidade, da liberdade e da honra, assentada no texto constitucional, o que exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais.

O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atenderá duas estratégias bem definidas, a saber:

a) otimizar a atuação jurisdicional criminal inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional;

b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, com relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

Evidentemente, e como ocorre em qualquer alteração na estrutura judiciária, os tribunais desempenharão um papel de fundamental importância na afirmação do Juiz das Garantias, especialmente no estabelecimento de regras de substituição nas pequenas comarcas. No entanto, os proveitos que certamente serão alcançados justificarão plenamente os esforços nessa direção.

Por tudo visto, a manutenção do atual sistema inquisitorial, editado ao longo de período autoritário, somente se presta a retroalimentar toda a estrutura de dominação e manutenção da estrutura de poder, com a incriminação de todos aqueles excluídos, marginalizados e segregados, sem que lhes seja garantido o devido processo legal, com julgamentos pré-fabricados e resultados incriminatórios já previamente definidos, os quais ganharão a chancela do sistema de justiça criminal através de uma sentença condenatória. ❖

REFERÊNCIAS

Constituição da República, Editora Saraiva;

Site do STF: <http://www.STF@jus.br>;

Garland, David, *A Cultura do Controle, crime e ordem social na sociedade contemporânea*;

Instituto carioca de criminologia, editora Revan;

Zaffaroni, E. Raúl, *O inimigo no Direito Penal*, Instituto Carioca de Criminologia, editora Revan;

Lopes Jr, Aury, *Investigação Preliminar*, 6ª edição, Saraiva, 2014;

Lopes Jr, Aury, *Direito Processual Penal*, editora Saraiva,

Schünemann, Bernd, *Estudos de direito penal, direito processual penal, filosofia do direito*, Greco, Luíz, coordenador, editora Marcial Pons;

German J. Bidart Campos, *El Derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, 1995.