

Gomes da Silva: Premissas equivocadas do juiz das garantias

28/06/2023

A figura do juiz das garantias, em especial, adveio sob a alegação de constituir avanço na imparcialidade do juiz. Contudo, os argumentos empregados para sustentar a ideia carecem de comprovação técnica e deformam a dogmática processual.

No Direito brasileiro, o sistema é o acusatório, mas não puro, pois, ao juiz, são conferidos poderes processuais inexistentes no ortodoxo (TOURINHO, 2018). A Lei 13.694/19 inseriu o artigo 3º-A no Código de Processo Penal, previu a "estrutura acusatória" e não sistema; vedou a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atividade de construção de provas do órgão acusatório. A garantia da imparcialidade do juiz, sucumbe, desde logo, ante a previsão de o juiz produzir provas, unilateralmente, a favor da defesa. Exibe-se perigosa tal exceção, porque gera uma espécie deformada de juiz, jamais vista; um juiz-defensor, em franca ofensa a diversos institutos consagrados, entre estes o da igualdade e paridade de armas. A argumentação de que a atuação protetiva do juiz ao acusado atrela-se ao maior aparelhamento do Ministério Público, não se sustenta, haja vista a existência de renomadas sociedades de advogados dotadas, por vezes, de superiores recursos, a ponto de o desequilíbrio desfavorecer a acusação. Nesse passo, essencial enfatizar-se o sistema acusatório como gênero possuidor de duas espécies: *adversarial system* e *inquisitorial system*. Isto porque a discussão relativa à atividade do juiz na etapa processual e, excepcionalmente, na fase administrativa do inquérito, associa-se à maneira de se compreender o processo. Duas alternativas políticas de processo refletem na conduta obrigatória do juiz no sistema acusatório, distintas pela natureza privatista de um e pública do outro. Nos países de cultura anglo-saxônica nota-se *adversarial system*, enquanto o *inquisitorial system* — processo de *desenvolvimento oficial*, *regra da inquisitividade*, ou *princípio da instrução* —, se sobressai naqueles de modelo continental de direito e "os dois se manifestam sob o sistema acusatório, não se podendo fazer confusão quanto ao nome do segundo, com vinculações incorretas ao sistema ou princípio inquisitivo" (ANDRADE, 2013).



OPINIÃO

No *adversarial system* as partes são responsáveis pelo

trâmite e produção de provas, com a inércia do juiz, indiferente ao resultado das decisões junto à sociedade, sob preceitos liberais de cunho privado. A crítica assenta-se que, na defesa da causa, os profissionais técnicos se valem de suas habilidades para obstar a descoberta da verdade, e *"não é por acaso que se diz que no processo que se deixa inteiramente à iniciativa das partes, a verdade transforma-se em um objeto impossível de se alcançar, ou irrelevante à finalidade ..."* (TARUFO, 2014). No sistema acusatório, na modalidade *inquisitorial system*, não se atribui só às partes a incumbência e confiança na construção probatória; o juiz concorre para superar a omissão, conveniência ou mesmo eliminar possível aliança delas. Prevalece o interesse público na prestação jurisdicional, à busca da verdade possível e da decisão mais próxima ao justo. O desconhecimento, a incompreensão ou as distorções relativas ao *inquisitorial system* propiciam a reprovação da atividade probatória do juiz. Entretanto, essa vertente do sistema acusatório não subtrai do juiz a sua imparcialidade ou a transmuda para a inquisição. Presta-se apenas *"a impedir que as partes ocultem fatos ou provas, ou que venham a deles dispor, sobre um tema que é de interesse público"* (ANDRADE, 2013). A natureza pública não implica sua aderência ao sistema inquisitivo e *"será equívoco chamar inquisitório, e que preferimos denominar investigatório: princípio pelo qual se traduz o poder-dever do juiz de esclarecer e instruir, independentemente da contribuição das partes, o fato sujeito a julgamento"* (GRINOVER, 1982). As legislações da Espanha, Portugal, Itália e Alemanha conferem iniciativa probatória ao juiz, supletiva às partes, e mesmo na reforma chilena, se ressaltou a permissão de o juiz intervir na prova testemunhal e pericial, posteriormente, às partes; e, na seara normativa, a Constituição Federal de 1988 não vedou *"a intervenção ou iniciativa probatória do juiz criminal..."* (PACELLI; FISCHER, 2017).

Defensores do Juiz das Garantias apegam-se a alguns julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Tedh). Comumente, aos casos Piersack vs. Bélgica, de 1982, e Cubber vs. Bélgica, de 1984. No primeiro, cuidou-se da imparcialidade de juiz, quem antes representou o Ministério Público nas investigações dos fatos. No segundo, o julgador proibido foi juiz-instrutor na investigação criminal. Eram hipóteses de imparcialidade. Só que o ordenamento pátrio possui semelhante impedimento no CPP/1941 (artigo 252, II). Salienta-se, no caso Cubber, se o investigador fosse o juiz da causa, já no século XIX se previa a *"causa de impedimento, materializada na Decisão de Governo nº 81, de 02.04.1824. Em síntese, ao contrário do que sustenta essa linha doutrinária, absolutamente nada tem o Brasil a aprender com as apontadas decisões proferidas pelo Tedh"* (ANDRADE, 2015).

Outra pauta: da "contaminação" do juiz, ao tomar ciência dos termos do inquérito ou adotar, previamente ao processo, medidas cautelares. E de forma distorcida, tem-se indicado os fenômenos do comportamento tratados na Teoria da Dissonância Cognitiva, do psicólogo Leon Festinger, em 1957. Estranho o recente manejo da teoria; à época, renomados doutrinadores nada notaram na teoria que acrescesse cientificidade ao processual penal; dentre eles: Nelson Hungria, Roberto Lyra, Hélio Tornaghi, J. Frederico Marques. Seria demasiada arrogância se conjecturar que, junto com os estrangeiros (Francesco Carnelutti, Michele Taruffo), não perceberam a teoria aplicável ao processo ou a desprezaram. Representa o desvirtuamento, a informação da tendenciosa de o juiz não alterar o seu comportamento inicial, frente às provas da defesa, embora não explique as absolvições diante de pedido condenatório.

Diversamente, a dissonância em regra: *"muito comportamento oferece pouca ou nenhuma resistência à mudança, por certo. Modificamos continuamente muitas de nossas ações e sentimentos de acordo com as mudanças da situação"* (FESTINGER, 1975). As dificuldades ocorrem ao implicar sentimento doloroso, prejuízo ou o modo de agir precisa ser satisfatório em todos os aspectos (renunciar ao tabaco; aquisição de casa e extremas despesas; apesar da qualidade, o indivíduo frequenta o restaurante pelos amigos). Diz-se impossível alteração dissonante: em reações emocionais, por ausência de controle da pessoa (reação ao medo); se o novo modo não faz parte do repertório da pessoa (ignora a existência da maneira de agir); ou devido à natureza irrevogável de certas ações (vende o imóvel e o quer de volta). Então, a resistência à mudança cognitiva não se eterniza. Só não pode ser superior a pressão correspondente à realidade: *"A primeira e mais importante fonte de resistência à mudança para qualquer elemento cognitivo é a receptividade de tais elementos à realidade — se notamos a grama verde, difícil não a considerar dessa cor"* (FESTINGER, 1975). Essa síntese se perfaz suficiente a afastar a teoria para fins processuais. Aliás, segundo Festinger, o estudo visava ao mercado. Por isso, cabível o alerta na adaptação da temática de teorias psicológicas ao sistema jurídico, porque o construto original e respectivos estudos estão impregnados de condicionantes científicos e estatísticos impeditivos de convicção simples e direta, com risco de vieses sem a sua verificabilidade, quanto à forma eficaz de solução (VITORELLI, 2021).

Outra disformidade plantada: o resgate do experimento de Bernd Schüneman, em 2000. O alemão, baseado na teoria, procurou confirmar a incidência dos efeitos no juiz: a. da inércia ou perseverança — tendente à auto-confirmação —, em que o indivíduo superestima a hipótese anterior, e menospreza aquelas antagônicas à sua cognição prévia; b. busca seletiva de informações no intuito de aceitar as consonantes e refutar as que aumentariam a dissonância. Juízes e promotores de Justiça (julgadores) participaram, em grupos, submetidos a variáveis independentes (ciência ou não dos autos; direito ou não de inquirir testemunhas em audiência). O resultado indicou que os dezessete juízes conhecedores dos autos condenaram, enquanto os que não tiveram acesso foram ambivalentes, pois oito condenaram e dez absolveram. Daí se concluiu que o conhecimento dos autos influenciou na condenação. Torna-se essencial registrar, contudo, que os promotores, entre os conhecedores dos autos, só um condenou e quatro absolveram; os que não acessaram, quatro condenaram e um absolveu. Originou-se o paradoxo: os 17 juízes conhecedores dos autos condenaram e, dos cinco promotores, quatro absolveram. Estranhamente, o pesquisador confirmou sua tese (o conhecimento dos autos de investigação preliminar, que corresponde ao inquérito policial, tendencialmente incriminador leva o juiz a

condenar o acusado). A surpresa maior consistiu na aceitação tão só dos dados extraídos das decisões dos juízes, acrescida da seguinte ressalva: *"ainda que se deixem de lado outros resultados, como a avaliação visivelmente mais crítica dos promotores e ainda mais intensa distorção nas sentenças dos juízes sem possibilidade de inquirição"* (SCHÜNEMANN, 2013). Mas, houve graves omissões no experimento: ausência de advogados e a inexistência de debates orais. Essa supressão e a subversão do procedimento oral por material escrito, pareceu um evento e não uma simulação. Nesse cenário, impossível inferir-se qualquer conclusão científica. Já em terras brasileiras, as decisões prévias à sentença obedecem a requisitos distintos desta, como o mero juízo de delibação na análise da denúncia. Portanto, improvável a incidência do efeito inércia ou perseverança da decisão que contaminaria o juiz, nem da aliança com o denunciante. Malgrado isso, imprescindível se insistir na aferição do viés, quanto à sentença proferida pelo mesmo juiz autorizador de medidas de reserva de jurisdição.

A teoria das Molduras Relacionais explica a linguagem e cognição humana, com lastro nas respostas relacionais derivadas, que a capacidade dos seres humanos no aprendizado — pela experiência empírica ou verbalmente, ao conectar símbolos e fixar significados num contexto —, adequa-se ao ambiente. A evolução da aprendizagem, seus conjuntos de variáveis, produzem efeitos funcionais distintos no comportamento do indivíduo. Toda essa multiplicidade modifica a forma de as pessoas analisarem as repercussões diretas ou sociais, o que significa que os efeitos serão distintos em harmonia às experiências de cada um. O conhecimento refinado do produto autoriza o indivíduo saber dos eventos essenciais à tomada de decisão e o capacita, ainda, na intervenção e aperfeiçoamento desse processo (VITORELLI, 2021).

Adverte-se. A nova figura poderá gerar efeito contrário à proteção de direitos humanos. Dividir o poder visa, segundo alguns, à preservação da imparcialidade. Logo, o juiz das garantias estará sujeito à elevada disponibilidade do discurso de crimes em andamento, sem contraditório a esse respeito. Submetido a tal rotina, não corrigida a sua percepção pelas absolvições futuras, será exposto a uma cascata de disponibilidade que o induza a autorizar as mais variadas medidas de investigação. Também, exercerá influência no juiz da instrução, por ser colega e colhido as provas; gozará da presunção de haver aptidão o recebimento da denúncia, com inclinação de adesão a ele, o que torna quase inócua a repartição de tarefas (VITORELLI, 2021).

A dúvida no pensar e agir integram os humanos. Entender o indivíduo incapaz de modificar sua cognição e comportamento, seria não reconhecer a existência da filosofia, medicina, psicologia, psiquiatria e da evolução do saber. Após o primeiro diagnóstico, na posterior avaliação, o médico poderá ajustar ou alterar o tratamento do paciente. Entendimento parelho deve ser ao exercício do juiz. Nesse sentido: *"é possível concluir que não há fundamentos científicos comportamentais ou jurídico-comparativos para estabelecer o juiz de garantias como um requisito necessário a proporcionar ou incrementar a imparcialidade judicial, no Brasil"* (VITORELLI, 2021). Destarte, plenamente factível ao juiz controlar-se na prolação de sucessivas decisões e, ao final, proferir julgamento diverso à sintonia das anteriores. Não fosse essa a conclusão, restaria afetado de morte o direito de o advogado *"dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada"*, contido no inciso VIII, do artigo 7º, da Lei 8.906/1995 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil).

Respeitante à manipulação mental de que, na operação "lava jato", os juízes se "contaminaram" e adotaram posturas parciais, pensa-se que a exceção, à guisa de eventuais desvios, além da abundante via recursal e do Habeas Corpus, a correção deve ser resolvida casuisticamente, sem que repercuta na modificação de todo o sistema processual. Em suma, na linguagem do homem do campo: "não se mata a vaca para acabar com o carrapato".

Por fim, alerta-se que a mutilação dos poderes do juiz na esfera penal, por coerência lógica, impõe a modificação de todo o estatuto processual utilizado pelos demais ramos do Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. **Juiz das Garantias**. 2ª ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2015.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Trad. Luís Grecco. 1ª ed. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. **A Prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2018.

VITORELLI, Edilson e outro. **Imparcialidade judicial e psicologia comportamental: há fundamento científico para um juiz de garantias?** vol. 316. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-jun-28/gomes-silva-premissas-equivocadas-juiz-garantias/>