

Editorial

A publicação da Lei nº 13.964/2019 acirrou ânimos de gregos e troianos em torno do chamado “Juiz das Garantias”, redes sociais e imprensa literalmente enlouqueceram, previsões cataclísmicas pulularam dia após dia e não tardaram a surgir ações diretas de inconstitucionalidade.

Este Editorial é dedicado à tratativa desse importante tema.

Conquanto historicamente a estrutura legislativa *procedimental penal* esteja marcada por *movimentos pendulares*, isto é, tem vacilado entre *eficiência repressiva* e *proteção do acusado*, hoje já se atingiu o consenso de que os dois aspectos não se contrapõem – um não subsiste em face do outro – sendo, isto sim, complementares.¹ Afinal de contas, não é mesmo aceitável que se institua mecanismos de atuação do poder-estatal punitivo em desdém às técnicas dedicadas à tutela do indivíduo contra excessos e abusividades eventualmente praticados pela autoridade judicial.

A conclusão acima é nada menos que inequívoca quando se busca encarar o *processo* em sua *substantividade garantística*,² a partir dos contornos e conteúdos ditados pela Constituição de 1988, a qual optou inequivocamente pelo *sistema acusatório*, ainda distante de ser implantado em sua plenitude. Tenha-se em mente, em primeiro plano, a distinção ontológica entre *jurisdição* e *processo*, tão conturbada pela pujança de um empreendimento doutrinário de viés ideológico-progressista (= instrumentalismo processual e congêneres) cuja força *fagocitária* fez do último (= garantia) espécie de ferramental da primeira (= poder). Daí o imperativo de um esforço teórico antagônico, destinado a desbaratar poluições conceituais e, sobretudo, identificar a essência e finalidade axiais do *processo* (= instituição de garantia em prol da tutela das liberdades do jurisdicionado), de maneira que reflita luzes na prática legislativa e judiciária cotidianas.

Mas o que de fato importa é reafirmar o óbvio: há um hiato enormíssimo entre *Código de Processo Penal* e *Constituição Federal* naquilo que diz respeito à implementação do *sistema acusatório*. E, por certo, que o *baralhamento conceitual* acima denunciado serve de obstáculo ao atingimento ideal desse objetivo, ou seja, faz imperar e alimenta a mentalidade distorcida de que a atividade jurisdicional é sobranceira, que *juízes são semideuses refratários ao erro e ao*

¹ SCARANCE, Antonio Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 19.

² NAVARRETE, Antonio María Lorca. El derecho procesal como sistema de garantías. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, n. 107, p. 531-557, mayo-agosto 2003.

arbítrio, razão por que interessa mesmo é o recrudescimento da máquina-estatal repressiva, deixando para segundo plano preocupações com a tutela garantística do cidadão-acusado.

Apesar da *mensagem normativa* ressoada da Constituição, o que se tem no país, em termos de pauta normativa procedimental imposta pelo Código de Processo Penal, é um *sistema misto*, mais adequadamente denominado (até para que não se oculte seu motor vital) de *sistema inquisitório reformado*.³ Enfim, o legislador está em mora com o constituinte,⁴ circunstância que traz como implicação danosa a manutenção de um modelo de persecução penal sem freios técnico-procedimentais suficientes e imprescindíveis para conter desvios cognitivos e arroubos que, por vezes, caracterizam a atuação de juízes e tribunais.

Como é sabido, a *fase pré-processual* da persecução penal, de *natureza investigatória*, detém uma *função garantística*, pois previne a deflagração de ações penais sem o mínimo de embasamento em relação à *materialidade* e *autoria* do crime. Advirta-se, porém: isso *desde que* a tal etapa procedimental alinhe-se aos influxos das garantias processuais contrajurisdicionais, que ali devem atuar com alguma intensidade, haja vista que medidas investigativas têm potencial para impingir sofrimento ao acusado, prejudicando-o em sua dignidade e flexibilizando seus direitos fundamentais, não raro até o privando da liberdade. E, dentre as aludidas garantias, já era mesmo hora de o legislador mirar os olhos para a *imparcialidade judicial*, cuja relevância contrasta-se com o estado de debilidade legislativa que a caracteriza em terras brasileiras.

Não é exagero afirmar que o mau trato legislativo dispensado à garantia da imparcialidade judicial, *que por conseguinte faz naturalizar uma prática judiciária permeada de detritos inquisitoriais*, sempre foi o *calcanhar de Aquiles* da persecução penal. E, em especial, quando da passagem do procedimento investigativo para o processo-crime, este instaurado a partir do recebimento da denúncia ou queixa, o modelo até aqui em vigor, *a despeito do alerta incisivo feito por setores da doutrina*, não demonstra preocupações em manter incólume a equidistância entre julgador e partes, tampouco em assegurar ao primeiro algum anteparo contra

³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37. Ary Lopes Jr. segue idêntico entendimento, de modo que, para “fugir da maquiagem conceitual” e “não induzir ninguém a erro”, prefere afirmar que “o modelo misto brasileiro é (*neo*) *inquisitório*” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 104). De sua vez, Ferrajoli, ainda mais penetrante, refere-se ao sistema misto como “um monstro nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitivo” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 521-522).

⁴ *Nesse sentido*: STRECK, Lenio Luiz. Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo. *Consultor Jurídico*, 2 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-inco-mum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>. Acesso em: 21 jan. 2010.

as ilusões cognitivas que têm a propensão de distorcer a tomada de decisões dos indivíduos em geral.

Mais que garantia fundamental das partes, a imparcialidade é *caráter essencial* da função jurisdicional,⁵ sua *característica marcante*, qualidade que aparece inseparável da própria ideia de juiz;⁶ sem ela, de resto, não há sequer como se falar em jurisdição. E, naturalmente, estar-se-á a se referir ao conceito em seu sentido amplíssimo, a significar, num primeiro momento, “imparcialidade” (= imparcialidade psicológica, imparcialidade subjetiva ou anímica, imparcialidade propriamente dita, “não se interessar pela causa”, “não tomar partido por quem quer que seja”) e, em outro, “terceiridade” (imparcialidade funcional, imparcialidade objetiva, *imparcialidade*, alienidade, alteridade, alheação, “não atuar como parte”, “manter-se equidistante”), sendo igualmente um escudo a inibir julgadores para que não invadam atribuições legislativas e administrativas (“escopo macro-constitucional”; imparcialidade como pressuposto institucional da separação de poderes”).⁷

Em estudo seminal, intitulado *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre Direito Processual, Economia e Psicologia*, inspirado em estratégias algorítmicas fundadas nas mais recentes descobertas obtidas pela *Behavioral Law & Economics* (nova disciplina resultante da fusão entre Direito, Psicologia Cognitiva e Economia Comportamental), o jurista e juiz federal **Eduardo José da Fonseca Costa** constatou que, no país, “os sistemas vigentes de processo civil, penal e administrativo não têm conseguido impedir quebras de imparcialidade subjetiva”; aliás, bem diferentemente, “as têm alimentado *à tort et à droit*”, ou seja, “fomentam-nas ao invés de evitá-las”, “[f]azem com que o juiz se torne tendencioso, inclinado e enviesado”, tudo se passando “como se o valor a ser protegido fosse a *parcialidade*, não o contrário”.⁸ Trata-se de estudo profundo, que leva em conta aquilo que Andreas Heinemann chama de “virada comportamental”, cujo início se deu a partir das pesquisas empreendidas pelos psicólogos israelenses Daniel Kahneman e Amos Tversky.⁹

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juízo natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, 29, p. 11-33, 1983.

⁶ CALDERÓN, Gonzalo M. Armienta. *Teoría general del proceso: principios, instituciones y categorías procesales*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2006. p. 142.

⁷ FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre Direito Processual, Economia e Psicologia*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 21- 24.

⁸ FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre Direito Processual, Economia e Psicologia*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 15-30.

⁹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre Direito Processual, Economia e Psicologia*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 15-30.

Segue-se um bosquejo das linhas mestras e propósitos atingidos por **Fonseca Costa**:

- i) Adotou por premissa que “todo e qualquer tomador de decisão é provido de uma *racionalidade limitada* (que não se confunde propriamente com irracionalidade)”.
- ii) Catalogou as principais *ilusões cognitivas* que acometem os julgadores – hoje são estudadas *dezenas delas*, entre as quais os vieses de representatividade, de ancoragem e ajustamento, de confirmação e de grupo) e as normas processuais mais adequadas à sua neutralização, mitigação ou eliminação.
- iii) Ofereceu *de lege ferenda* um “modelo normativo algorítmico de reengenharia precaucional anti-enviesante” – inspirado precisamente nas recentes descobertas da *Behavioral Law & Economics*, “cada vez mais pujante em países anglo-saxões, Israel e Europa Ocidental” –, isto é, dedicou-se a um “trabalho de engenharia jurídica” pautado em técnicas capazes de “desfazer ou isolar os efeitos dos chamados vieses cognitivos, que nada mais são do que atalhos simplificadores – previsíveis e, portanto, evitáveis – que a mente humana desenvolve para tomar decisões a partir de informações complexas sob situação de incerteza”.
- iv) O modelo ofertado é “aberto às novas descobertas que vierem porventura a ocorrer nessa matéria”, e ainda que se trate “de modelo *de lege ferenda*”, “a partir dele se podem tecer críticas de *lege lata* ao direito positivo brasileiro e demonstrar que muitas das práticas enviesantes corriqueiras no dia a dia forense já poderiam estar sendo combatidas”.¹⁰

No que importa aqui, *dois pontos* merecem especial destaque. Primeiramente, **Fonseca Costa** deixa evidenciado o quão frágil é a imparcialidade judicial, sempre sujeita a quebras, porque alvo constante de propensões cognitivas às quais os juízes sequer estão preparados para antever, perceber e imunizar-se. Como aponta o autor, é indispensável um trabalho devotado de reengenharia legislativa em socorro à proteção concentrada dessa garantia, com o oferecimento de receitas capazes de mostrar “*pari passu* o procedimento necessário a neutralização, à eliminação ou à mitigação de adulterações ou vieses cognitivos que podem comprometer a imparcialidade dos julgadores”.¹¹

Em segundo lugar, a Lei do “Juiz das Garantias” representa apenas um passo entre tantos outros necessários para se atingir um sistema de justiça

¹⁰ FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre Direito Processual, Economia e Psicologia. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 15-30.

¹¹ FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre Direito Processual, Economia e Psicologia. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 52.

verdadeiramente acusatório, com enfoque no resguardo da imparcialidade judicial e, por consequência, apto para a tutela do acusado, tratando-o não como mero objeto de investigação, e sim como *sujeito de direitos*. Embora salutar a separação entre os juízes atuantes em ambas as fases da persecução penal, há muito mais a ser feito no plano legislativo (e não apenas nele, pois se exigem também “estratégias de reforço extralegais”).

É o que se constata, enfim, pela leitura da magnífica tese, cujo esquema proposto, *que leva em consideração as leis procedimentais penal e civil*, traz como sugestões as seguintes prescrições legais (*de lege ferenda*):

- i) “o juiz da instrução deve ser impedido de sentenciar”.
- ii) “as regras que concretizam o princípio da identidade física devem ser revogadas”.
- iii) “o juiz que teve contato com a prova ilícita deve ser impedido de prosseguir no feito”.
- iv) “o juiz que apreciou o pedido de tutela sumária deve ser impedido de sentenciar”.
- v) “o juiz que proferiu a sentença de mérito nulificada deve ser impedido de rejulgar”.
- vi) “os juízes da decisão rescindenda/nulificanda devem ser impedidos de julgar a ação rescisória/nulificatória”.
- vii) “os juízes vencedores do acórdão unânime devem ser impedidos de participar do julgamento da revisão oficiosa a que alude o art. 942 do CPC-2015”.
- viii) “o relator que proferiu a decisão agravada deve ser impedido de participar do julgamento do agravo interno”.
- ix) “os juízes que proferiram o acórdão embargado devem ser impedidos de participar do julgamento dos embargos de divergência”.
- x) “a prova pericial deve ser a *ultima ratio*, devendo o juiz escorar-se preferencialmente em pareceres técnicos trazidos pelas próprias partes”.¹²
- xi) E, em complementação a tudo isso, não é descomedido ambicionar a instituição de um “Ministério Público de garantias”.¹³

¹² FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre Direito Processual, Economia e Psicologia*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 199-204.

¹³ É esse o pensamento de Fonseca Costa, que, a partir da defesa de uma “teoria das garantias implícitas”, bem assim do dever do Ministério Público de zelar por sua imparcialidade, afirma a existência, entre outras, de uma “garantia do promotor natural” – “[...] para se interromper ou diminuir essa contaminação psíquico-cognitiva, recomenda-se, por exemplo, que o promotor pré-acionante não seja o promotor acionante, que entre eles haja uma divisão funcional de tarefas” (FONSECA COSTA, Eduardo José da. O fundamento do Ministério Público. *Empório do Direito*, 18 mar. 2019. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/4-o-fundamento-do-ministerio-publico>. Acesso em: 21 jan. 2020. Em semelhante rumo, a lição de Paulo Gustavo Guedes Fontes: “Tem uma questão interessante embutida aí, que é a seguinte: o Ministério Público vai espelhar a mudança do juiz das garantias? O procurador ou promotor que atua na

Ainda que muito precise ser feito, a lei impugnada merece ser louvada, porque aprimora o modelo de justiça criminal brasileira e até o aproxima do ideal propugnado por organismos internacionais – como a Corte Europeia de Direitos Humanos. Sem dúvida, a prática de determinados atos judiciais na fase investigatória da persecução penal, que sujeita o julgador a uma análise atenta do material indiciário (por exemplo: decisões sobre requerimentos que coloquem em xeque a liberdade do acusado, ou atinentes a interceptação telefônica e quebras de sigilo bancário e fiscal, ou ainda sobre o deferimento ou não de medidas cautelares), faz surgir forte suspeita de que tenha ele formado prejuízos acerca da autoria e materialidade do crime, assim comprometendo a imparcialidade exigida para o legítimo desenrolar da atividade jurisdicional na fase vindoura.

Em conclusão, o novo arranjo é superior porque não se contenta com a mera separação procedimental entre *investigação* e *processo-crime*, indo além (i) seja para *impedir* que o juiz atuante no primeiro módulo exerça atividade judicante também no segundo, (ii) seja para vedar a prolação de sentença por magistrado que conheceu do conteúdo da prova declarada inadmissível, (iii) seja para proibir a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. São *técnicas de precaução*, dedicadas a evitar desordem entre as atividades de *acusar* e *decidir*, sem esquecer seu escopo fulcral de debelar o *ânimo persecutório* que pode embrenhar-se, *até de modo involuntário*, na mente do ser humano investido do poder de julgar, intencionada, sobretudo, em tutelar a *imparcialidade judicial* e a qualificar a *cláusula da presunção de inocência*,¹⁴ em prol de uma jurisdição legítima e do respeito à dignidade do acusado.

A seguir, o conteúdo desta edição:

MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS: UMA ANÁTEMA DE SUAS INCONSTITUCIONALIDADES. O ensaio de Antônio Carvalho Filho, Diego Crevelin de Sousa e Mateus Costa Pereira apresenta as

fase de investigação vai ser o mesmo do processo? É algo que envolve uma questão jurídica, principiológica. A mesma inspiração do juiz das garantias se aplica ao Ministério Público ou não? Se existem duas comarcas, e o procurador do local dos fatos vai atuar na fase judicial e de inquérito, então, sim, ele teria que deduzir pedidos perante a outra comarca. Mas o MP pode também instituir um ‘promotor de garantias’, que vai funcionar junto ao juiz de garantias. Se isso vai ser feito ou não, eu não sei dizer” (AGNELO, Thiago; CREPALDI, Thiago. Com juiz das garantias, Brasil se aproxima dos países mais desenvolvidos. Entrevista: Paulo Gustavo Guedes Fontes. *Consultor Jurídico*, 19 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-19/entrevista-paulo-fontes-desembargador-trf>. Acesso em: 21 jan. 2020).

¹⁴ Mostra Marcello Miller que “a função constitucional do juiz das garantias é muito clara”, isto é, “constitui, a um só tempo, mecanismo de reforço da imparcialidade dos julgamentos [...] e de qualificação da presunção de inocência”. Aliás, é interessante lembrar, a respeito disso, “que a Lei 2000-516, de 15 de junho de 2000, que institui, na França, a figura do *juge des libertés et de la détention*, análoga ao juiz das garantias, é conhecida como ‘lei sobre a presunção de inocência’” (MILLER, Marcello. Juiz das garantias é avanço e pode fortalecer cultura de imparcialidade. *Consultor Jurídico*, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/marcello-miller-juiz-garantias-fortalece-cultura-imparcialidade>. Acesso em: 29 jan. 2020).

inconstitucionalidades da interpretação doutrinária a respeito da incidência prática das medidas executivas atípicas nas obrigações pecuniárias.

A MANIFESTAÇÃO DO EXEQUENTE COMO CAUSA DE INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO CIVIL. A pesquisa de Arlete Inês Aurelli examina o instituto da prescrição intercorrente no Código de Processo Civil/15.

DIVISÃO FUNCIONAL DO PODER DO ESTADO: ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E O GARANTISMO PROCESSUAL. As diferenças entre o ativismo judicial e o garantismo processual, sob o enfoque da divisão funcional do Poder do Estado, bem como uma análise crítica sobre o tema, é o assunto desenvolvido por Daniel Ferreira e Luciana Benassi Gomes Carvalho.

A APROXIMAÇÃO DO PROCESSO DO TRABALHO AO PROCESSO CIVIL: A REFORMA DE 2017 A PARTIR DA PERSPECTIVA DO CPC DE 2015. Danilo Scramin Alves e Elias Marques de Medeiros Neto demonstram a proximidade entre os ramos do processo do trabalho com o processo civil, com a vigência da Lei nº 13.467/2017.

LA DIVERSIDAD DE LO PROBABLE: APUNTES SOBRE PRUEBA Y PROBABILIDAD. O ensaio de Diego dei Vecchi aponta quais as noções de probabilidade possuem relevância em sede judicial.

DOS MEIOS TÍPICOS AOS MEIOS ATÍPICOS DE EXECUÇÃO: O GIRO PARADIGMÁTICO À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. A temática dos autores Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira e César Romero do Carmo visa demonstrar que os meios atípicos de execução trazidos pelo CPC/2015 devem ser observados consoante a teoria dos direitos fundamentais.

LITIGIOSIDADE REPETITIVA, IRDR E ACESSO À JUSTIÇA. Isabel Milman apresenta um ensaio apontando os aspectos instigantes sobre o IRDR.

LA PRUEBA DE OFICIO: HACIA EL RESPETO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES, UNA LECTURA DESDE EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE COLOMBIA Y BRASIL. Liliana Damaris Pabón Giraldo demonstra que a evidência tem papel relevante nas decisões judiciais, porém destaca a importância de se respeitarem as garantias das partes.

A (IR)RETROATIVIDADE DA DECISÃO QUE MODIFICA O VALOR DA MULTA COERCITIVA NO CPC. O trabalho de Luiz Cláudio Cardona faz um apanhado sobre a multa coercitiva no CPC, examinando os critérios de modificação do valor e a possibilidade de retroatividade da decisão que a modifica.

CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS SOBRE A ATUAÇÃO DOS MEDIADORES E CONCILIADORES NA AUDIÊNCIA DO ART. 334 DO CPC: UMA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS TÉCNICAS DE GESTÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão revela como as técnicas utilizadas por mediadores e conciliadores podem trazer maior efetividade na solução dos conflitos.

O PODER DO JUIZ DE PRODUZIR PROVA DE OFÍCIO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA. Pedro Gomes de Queiroz disserta sobre a história do poder judicial de iniciativa probatória e apresenta a limitação desse poder no CPC/2015.

METODOLOGIA, CULTURA E O CPC/15. O autor Rafael de Souza Medeiros visa contextualizar o método jurídico de interpretação ao seu sentido cultural, utilizando como paradigma os mecanismos trazidos pelo CPC/2015.

EFFECTOS DE LAS RESOLUCIONES CONSTITUCIONALES. EL RECEDENTE CONSTITUCIONAL. Raúl Canelo Rabanal examina o precedente na lei peruana, o progresso da doutrina sobre o tema, as diferenças com outros institutos, bem como os objetivos e as vantagens de sua aplicação no âmbito constitucional.

Uberaba, 10 de fevereiro de 2020.

Lúcio Delfino

Pós-Doutor pela Unisinos. Doutor pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Membro fundador e Diretor de Publicações da ABDPro.

Diretor da *RBDPro*. Advogado. Sítio eletrônico: www.luciodelfino.com.br.