

O JUIZ DAS GARANTIAS COMO FERRAMENTA PARA ASSEGURAR A IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL

Paulo Silas Taporosky Filho¹
Diéssica Bueno²

RESUMO: O presente artigo traz à discussão a figura do juiz das garantias no atual cenário do Processo Penal Brasileiro. Estabelecendo um recorte despretensioso, a principal questão principiológica que permeia o objeto de análise deste estudo, a saber, a imparcialidade do magistrado, a condução da abordagem se dá de maneira concatenada a fim de compreender a importância de se zelar pela não contaminação do juiz com elementos pré-processuais. Para tanto, demonstra-se inicialmente as razões das duas fases distintas que compõem o Processo Penal Brasileiro, salientando a sua estrutura acusatória, o que justifica a necessidade da atuação jurisdicional na fase investigatória. A partir disso, o princípio da imparcialidade é evidenciado como basilar de um Processo Penal que se pretenda democrático. Disso, discorre-se sobre a impossibilidade de uma decisão judicial puramente objetiva, uma vez que a subjetividade sempre opera na figura do julgador. Uma das possibilidades de resolução desse impasse nasce com a figura do juiz das garantias, instituto que surgiu com o advento da Lei 13.964/19, que se encontra suspenso por determinação do Supremo Tribunal Federal, problemática essa que se aponta como ranço autoritário que insiste em permanecer no pensamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Imparcialidade; Processo Penal; Juiz de Garantias.

ABSTRACT: The present article discusses the figure of the judge of guarantees in the current scenario of the Brazilian Penal Process. Establishing an unpretentious cut, the main principle question that permeates the object of analysis in this study, namely, the magistrate's impartiality, the conduct of the approach takes place in a concatenated manner in order to understand the importance of ensuring that the judge is not contaminated with pre-procedural elements. For this purpose, the reasons for the two distinct phases that make up the Brazilian Criminal Procedure are initially demonstrated, highlighting its accusatory structure, which justifies the need for judicial action in the investigative phase. From this, the principle of impartiality is evidenced as the basis of a Criminal Procedure that intends to be democratic. From this, it is discussed the impossibility of a purely objective judicial decision, since subjectivity always operates in the figure of the judge. One of the possibilities for resolving this impasse is born with the figure of the judge of guarantees, an institute that emerged with the advent of Law 13.964 / 19, which is suspended by determination of the Supreme Federal Court, a problem that appears as an authoritarian rancid that insists on remain in Brazilian legal thinking.

KEY-WORDS: Impartiality; Criminal proceedings; Guarantee Judge.

¹ Mestre em Direito (UNINTER); Especialista em Ciências Penais; Especialista em Direito Processual Penal; Especialista em Filosofia; Pós-graduando (*lato sensu*) em Teoria Psicanalítica; Professor de Processo Penal e Direito Penal (UNINTER e UnC); Advogado; Membro da Comissão de Prerrogativas da OAB/PR; Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura; Diretor de Relações Sociais e Acadêmico da Associação Paranaense dos Advogados Criminalistas (APACRIMI); E-mail: paulosilasfilho@hotmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade do Contestado (UnC), E-mail: diessicabueno@gmail.com

INTRODUÇÃO

Atualmente muito se discute a respeito da contaminação subjetiva do magistrado que participa da fase de investigação e posteriormente julga o caso com base nas provas recolhidas nessa mesma fase preliminar. Uma possível solução para resolver tal problemática seria a atribuição de um juiz com atuação específica para a fase preliminar, o qual não teria contato com a fase posterior do processo – essa seria a figura e atribuição do assim chamado Juiz das Garantias. O presente artigo coloca no centro da discussão o juiz das garantias como possível ferramenta para se assegurar a imparcialidade no processo penal. Para isso, é realizada uma breve leitura do processo penal com o intuito de verificar as consequências da atuação do juiz das garantias no que se refere a assegurar ou não a imparcialidade na fase de instrução e julgamento.

A pergunta que ensejou a presente pesquisa é: estabelecendo a fase pré-processual com atribuição vinculada ao julgamento do juiz das garantias assegura a imparcialidade na fase decisória? Dentre os apontamentos que são levantados sobre a questão, tem-se que o principal argumento no que tange à defesa do caráter benéfico da atuação do juiz das garantias na fase pré-processual é o fato de que, dada a atuação em uma fase específica do processo que não o vincularia à fase seguinte, estaria assegurada a imparcialidade na fase de instrução e julgamento, justamente pelo fato de o juiz instrutor não ter contato com os elementos informativos coletados na fase anterior, pois tratariam de julgadores diferentes.

Considerando isso, pode se apontar para a relevância da pesquisa sobre a temática em comento ao considerar que o que se visa analisar é o referido argumento defendido no sentido de se evidenciar a importância do juiz das garantias no processo penal brasileiro. Ao final, será possível mensurar a mitigação na contaminação subjetiva do magistrado responsável pela fase decisória e verificar se isso realmente assegura a imparcialidade no processo. O objetivo central da pesquisa é verificar se a atuação do juiz das garantias é capaz de causar mitigação na contaminação subjetiva do magistrado responsável pela fase decisória e com isso assegurar a imparcialidade no processo. Quanto a metodologia empregada, a pesquisa qualifica-se como bibliográfica, a abordagem da estrutura de dados se classifica como qualitativa. A pesquisa se limitará a artigos, livros, teses e leis, e a sua modalidade se classifica como teórica/descritiva. A seleção do material que compõe a pesquisa se realizou após a leitura e identificação de dados que corroboraram para o

alcance do objetivo proposto neste projeto, almejando-se assim a satisfação dos objetivos propostos dentro do recorte sobre o tema que aqui se lança a analisar.

APONTAMENTOS SOBRE A INTENTADA PRESERVAÇÃO DA IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL MEDIANTE A IMPLEMENTAÇÃO DA FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS

Em uma descrição geral, pode-se dizer que a investigação preliminar é componente da primeira fase da persecução criminal, a chamada fase pré-processual. Essa fase de investigação é basicamente um conjunto de atividades desenvolvidas por órgãos do Estado a partir de uma notícia-crime, que ocorre com o intuito de averiguar a autoria e o fato aparentemente delituoso a fim de justificar ou não um processo. Ademais, a investigação é o gênero do qual são espécies o inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito, as sindicâncias etc. (LOPES JR, 2016, p. 65). Estabelecendo-se o inquérito policial como o elemento central de análise do presente escrito, pode-se determinar como sendo a sua finalidade ser *“a apuração da existência da infração e a respectiva autoria (CPP, arts. 4º e 12), fornecendo elementos para que o Ministério Público – ou o querelante – forme a opinio delicti e, em caso positivo, dê o embasamento probatório suficiente para que a ação penal tenha justa causa”* (BADARÓ, 2014, P. 66).

Nesta fase, determinados atos devem ser mantidos em sigilo. Mesmo que o sigilo em matéria processual possa muitas vezes significar abertura para alguma arbitrariedade ou violação de algum direito, é difícil imaginar uma fase de investigação sem o sigilo, pois haveria a possibilidade de frustração dos atos da investigação, bem como exposição excessiva do investigado (OLIVEIRA, 2016). Esse sigilo, salienta-se, não deve alcançar a figura do investigado, o que se diz de igual modo para com relação ao advogado (conforme Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal), uma vez que deve ser garantido amplo acesso a todos os elementos do inquérito para aquele sobre o qual se lança a investigação, excetuadas excepcionais diligências que ainda não concluídas.

A necessidade da atuação do juiz na fase de investigação se dá originalmente pela necessidade de proteção aos direitos do acusado, visto que, algumas medidas excepcionalmente exigidas afetam diretamente esses direitos. Observa-se igual relação ao colocar a cargo do Ministério Público a titularidade da ação e a instrução dos processos,

pelo que surge a necessidade da intervenção jurisdicional, pois podem vir a ser adotadas medidas cautelares e restritivas de direitos que por exigências legais e constitucionais exigem a intervenção do juiz (ARMENTA DEU, 2012, p. 72 apud OLIVEIRA, 2016, p. 124)

Dado importante a se destacar com relação a este assunto é o fato de o Ministério Público figurar na qualidade de titular da ação Penal Pública, ou seja, ao órgão fica estabelecido privativamente a propositura desse tipo de ação, cujo reflexo nesse sentido se justifica ao considerar que a Constituição de 1988 acolheu o sistema acusatório (LIMA, 2019, p. 1252), sistema esse que, em que pese já vigorava com o alinhamento constitucional nesse sentido, passou a ser expressamente reconhecido com a previsão do artigo 3.º-A do Código de Processo Penal dada a nova redação estipulada pela Lei n.º 13.964/19. Na fase de investigação o inquérito policial fica a cargo da polícia judiciária, ressalvada a atuação do Ministério Público quando oportuna e dentro dos critérios estabelecidos pela jurisprudência (vide RE 593.727), de modo que no âmbito pré-processual a interferência jurisdicional será exigida quando ocorrerem atos excepcionais que digam respeito à violação de direitos fundamentais do investigado, como por exemplo o controle formal da prisão em flagrante e a autorização daquelas medidas restritivas de direitos (cautelares, busca e apreensão, intervenções telefônicas etc. (LOPES JR, 2016, p. 67).

Diante disso, denotasse que a raiz principiológica da interferência jurisdicional na fase de investigação é a proteção do indivíduo, ou seja, garantir que as exigências legais e constitucionais sejam preservadas, uma vez que há medidas de caráter violador de preceitos normativos reconhecidos constitucionalmente que somente assim podem sofrer restrições quando houver determinação judicial que assim autorize. Com base nisso, pode-se afirmar que na fase preliminar do processo penal existem atos de investigação que são necessários para aquilo que o inquérito se destina a realizar, mas que podem vir a atingir o âmbito de proteção de direitos fundamentais do investigado e que são atribuídos a ele pela Constituição, por isso, é inafastável a atuação do Juiz como garantidor desta proteção (OLIVEIRA, 2016). Em síntese, pode-se dizer que a investigação bem como a titularidade da acusação estão nas mãos de órgãos específicos para que o processo atenda a estrutura do sistema acusatório estabelecido constitucionalmente, ou seja, separar o acusador do julgador – mas não apenas, tendo em vista que “*a gestão da prova [...] é o ponto nevrálgico do processo penal*” (TAPOROSKY FILHO e ARNOLD, 2019, p. 358). Porém, cumpre destacar que durante a investigação, fase nitidamente inquisitória, alguns atos

podem atingir o âmbito de direitos e exigências constitucionais, e por isso, a atuação do juiz se torna indispensável como garantidor da ordem correta dos atos e proteção de direitos.

É justamente nesse ponto que nasce o problema, pois, “*ao juiz está reservado um papel de destaque, pois a instrução é basicamente para ele e dele partir o limite estabelecido pelo processo à busca do conhecimento do fato*” (DI GESU, 2010, p. 28 apud OLIVEIRA, 2016, p. 126). Ou seja, o juiz deve agir como controlador da legalidade e garantidor dos direitos fundamentais, não devendo existir qualquer espécie de pré-conceitos nele fixados que interfiram em sua atuação jurisdicional amparada na imparcialidade necessária ao ato. Direcionando os olhares para os momentos da investigação em que o juiz tem contato com os elementos informativos, verifica-se que um dos atos excepcionais que ensejam a interferência jurisdicional é o controle formal da prisão em flagrante. O flagrante é uma dos elementos importantes de destaque de quando da análise do cometimento de um crime, tendo em vista que na ocasião do flagrante o agente é surpreendido no momento que o comete, ou logo após, quando ainda existem vestígios que o comprovam, ficando a prisão em flagrante a cargo dos órgãos de segurança pública (CACCIATORI, 2007). Desde logo, percebe-se que a existência de uma prisão flagrante por si só já carrega uma carga informativa intensa e que essa carga deve ser recebida pelo juiz, visto que é ele quem decide quais as medidas a serem tomadas nesses casos. Sobre a prisão em flagrante, argumenta Lopes Jr (2016, p. 324):

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelares, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

Outra ocasião excepcional que exige a interferência jurisdicional são as medidas restritivas de direitos. A polícia judiciária conduz o inquérito com autonomia e controle, porém, quando uma medida restritiva se faz necessária, a intervenção judicial logo é requisitada (Lopes jr, 2016, p 66). Ao se analisar as medidas restritiva de direitos e mensurar os seus efeitos é necessário olhar para o assunto sob a ótica do princípio da proporcionalidade, o qual deve ser observado como junção de três fatores: necessidade, adequação e proporcionalidade (ROSA, 2017, p. 578-579). Este princípio não está expresso

na constituição, porém é possível verificar a sua inserção no aspecto material do princípio do devido processo legal: “*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” (CF, art. 5º, LIV) (LIMA, 2019, p. 87).

Assim sendo, a importância do princípio da proporcionalidade, que se qualifica enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais e como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público (LIMA, 2019 p. 88), evidencia-se ao considerar que se presta como proteção contra conteúdos arbitrários que interfiram ou violem diretamente direitos assegurados constitucionalmente ao indivíduo. Dito isto, avançando-se naquilo que formaciona e constitui o princípio da proporcionalidade, encontra-se em um dos seus requisitos intrínsecos o subsídio necessário para configurar uma escorregada atuação do juiz na fase de investigação, pelo que tal requisito intrínsecoseria a adequação, que também é chamado de princípio da idoneidade ou da conformidade.

As medidas restritivas recebem grande influência da adequação, de modo que é por força desta que uma medida é considerada adequada quando for apta a atingir o fim proposto, ou seja, não se deve permitir o ataque a um direito fundamental se o meio adotado não se mostrar apropriado à consecução do resultado pretendido (LIMA, 2019, p. 89), podendo de igual modo se dizer que “*o instrumento não pode ir além do fim ao qual ele serve. O acessório segue o principal, mas não pode superá-lo ou ultrapassá-lo*” (BADARÓ, 2014, p. 710). Essa adequação é ajustada num plano qualitativo e quantitativo. A adequação qualitativa estabelece que as medidas que forem utilizadas devem ser aptas a chegar no objetivo desejado, ou seja, são idôneas por sua própria natureza. A adequação quantitativa estabelece a duração e a intensidade da medida em relação à finalidade pretendida. Em um mesmo processo com mais de um acusado, ao depender do caso concreto, uma medida pode se mostrar subjetivamente adequada a um dos acusados e não ser com relação a situação do outro (LIMA, 2019, p. 90). Portanto, nota-se que a valoração das informações ao chegarem ao juiz possibilitam uma distinção na adequação da medida restritiva que será empregada.

Utilizando-se de uma ótica mais humana e menos jurídica para fazer uma leitura dessas situações, onde a interferência jurisdicional é exigida, pode-se notar a possibilidade da criação de pré-conceitos por parte do magistrado, não por seu próprio desejo, mas porque há aspectos subjetivos envolvidos que o atingem assim como em qualquer outra pessoa, e como qualquer pessoa, algumas coisas fogem ao seu controle. O juiz, mesmo

quando investido no cargo, e mesmo estando em razão se sua função, permanece sendo, no dizeres de Nietzsche, humano, demasiado humano.

Nesse sentido, deve-se compreender que desejando aprofundar-se ainda mais sobre esse assunto é necessário trilhar caminhos diferentes dos já exauridos pelo senso comum dos estudos jurídicos, e até mesmo ultrapassar os limites dos estudos que envolvem o próprio Direito, indo além daquilo que se encaixa nas questões jurídicas e sociais. O estudo deste tema autoriza, e de certa forma até exige, que se rompa com balizas jurídicas que impedem óticas de outros saberes lançarem luz sobre a problemática exposta, pois atrás dos atos jurídicos existe uma gama de aspectos subjetivos inerentes a pessoa do julgador (OLIVEIRA, 2016, p. 129-130). Daí que não se pode ignorar as contribuições que outras áreas do saber trazem para as problemáticas discutidas no âmbito jurídico, pois por mais o Direito possua e necessite do seu grau de autonomia, não se sustenta enquanto saber único e isolado de outras disciplinas.

Quando se fala em processo, deve compreender que ele desperta sentimentos em todos os envolvidos, inclusive o juiz. Esses sentimentos decorrem da personalidade do indivíduo. A personalidade é composta de tendências determinantes que afetam o comportamento de cada um. É algo individual, que está “dentro” do indivíduo e afeta a sua interação com aspectos físicos. Por isso, uma sentença possui muito mais que a simples aplicação das normas jurídicas, devendo-se compreender a existência de muitos fatores conscientes e inconscientes envolvidos (AMBROSIO, 2012, p. 492-493). Daí a razão de não se poder apostar na objetividade da decisão judicial, pois a subjetividade aparece e sempre opera das decisões – sejam as dadas por um único julgador, sejam aquelas decididas em colegiado, visto que “*a jurisprudência só é plural com conjunto. Como multiplicidade de (juris)produção de um mesmo julgador, a complexidade é isolada, reduzida, vilipendiada pela constituição personalíssima do círculo de compreensões de cada um que julga*” (FERRAREZE FILHO, 2016, p. 57).

Nesse ponto, é possível observar que a atividade do magistrado não é simplesmente mecânica, mesmo atendo-se o magistrado completamente às normas as quais uma sentença é vinculada. A carga de um estresse emocional, por exemplo, é inevitável, pois antes de ser um magistrado, ele é um ser humano.

Isto é justamente admitir a influência subjetiva no ato de julgar, sendo essa a influência que determina por quais caminhos os pensamentos serão conduzidos, sendo, por isso, variável de pessoa à pessoa. Portanto, é necessário considerar os aspectos

subjetivos inerentes à pisque humana, ou seja, a capacidade que alguém tem de julgar a realidade exterior depende diretamente do juízo crítico que a pessoa faz de si mesma. É inegável que qualquer juízo de valor carrega uma carga de subjetividade que é inerente a todo o ser humano, a decisão de um magistrado não seria diferente (OLIVEIRA, 2016. p. 133).

Por conseguinte, é ingênuo acreditar que o juiz consiga se desligar completamente de suas crenças, valores e referências sociais para proferir uma sentença. Ele pode ter todo tipo de sentimentos nesse momento, como raiva, medo, compaixão, repulsa, prepotência, entre outros. Contudo, possuir essas sensações não retira do magistrado o compromisso que este firmou em ter controle emocional em todas as suas decisões (AMBROSIO, 2016, p. 493), pois “*o desafio é emocionar-se sem se contaminar pelas emoções próprias e dos participantes*” (FIORELLI; MANGINI, 2009, p. 175 apud AMBROSIO, 2016, p. 493). É justamente nesse ponto que se observa com mais exatidão a possibilidade de haver a contaminação subjetiva do magistrado quando este mantém contato com a fase de investigação, pois não é apenas ao proferir uma sentença que o juiz está à mercê desses aspectos subjetivos inerentes ao ser humano. O mesmo ocorre ao ter contato com os elementos informativos trazidos a ele no caso de uma prisão em flagrante ou qualquer outra questão decidida na fase investigatória, visto que o ato estabelecido pelo juiz nesse caso terá cunho decisório. Essa problemática ganha relevo principalmente ao considerar o fato de que o Brasil está inserido em “*mentalidade hodierna, muito ligada a um pensamento de Lei e Ordem e conduzida por imbrogli verbais ditados pelos meios de comunicação*” (COUTINHO, 2010, p. 33).

O risco do julgador pré-compreender os fatos que julgará posteriormente é inegável, podendo adotar a tendência de encontrar indícios para afirmar uma acusação, pois é evidente que o magistrado, sendo um ser humano como qualquer outro, sofra influências de aspectos subjetivos e inconscientes, mesmo que respeite toda a estrutura processual e com pleno respeito as garantias constitucionais (OLIVEIRA, 2016). Em que pese o esforço notório das teorias da decisão que visam estabelecer uma base fidedigna para com relação a uma melhor hermenêutica que opere de forma condizente com os aportes principiológicos normativos quando da decisão judicial, pode-se dizer também que “*a hermenêutica, com as suas mais variadas e dissidentes igrejinhas, é uma ferramenta importante para perceber a profundidade do buraco em que o decidir judicial está metido*” (FERRAREZE FILHO, 2016, p. 30).

O fato de o magistrado praticar os atos decisórios na fase de investigação propicia a ele ter conhecimento diferenciado do objeto que está sendo investigado, bem como da futura Ação Penal. Isso ocorre pois a própria norma exige que ao proferir um ato decisório o magistrado o faça com a devida fundamentação estabelecida pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988. No caso das medidas cautelares, além de atender a adequação e a necessidade de cada medida, deve conter também os requisitos de cada uma dessas medidas, como a presença do *fumus comissi delicti*, aqui compreendido como a existência do crime e indícios suficientes ou veementes de autoria. E é nos autos do inquérito policial que o juiz encontra os elementos necessários para essa adequação e necessidade, de modo que o juiz necessita ter contato com essas informações. Porém, esse próprio contato propicia também a formação de uma convicção inicial, provisória, da provável existência do crime e da possível participação (MAYA, 2020, p. 36-37).

Nesse escopo, a decretação de uma prisão preventiva, ato que é nitidamente decisório, exige que o magistrado forme uma convicção da existência do *fumus comissi delicti e periculum libertatis* (MAYA, 2020, p. 37). Assim, o convencimento da existência do crime e de indícios suficientes para essa medida, bem como a existência de perigo que a liberdade do sujeito passivo possa vir a causar a toda a persecução penal são elementos necessário de serem valorados nessa medida quando determinada na fase pré-processual, fato esse que vai repercutir no âmago da psique do julgador quando de sua atuação na fase processual propriamente dita. Dito isto, fica nítido que as questões envolvendo as decisões judiciais ultrapassam a esfera puramente jurídica e por isso devem ser analisadas sob a ótica de matérias que possibilitem compreender como as questões subjetivas, inerentes a cada um, que afetam essas decisões e prejudicam a imparcialidade do julgador. Nesse sentido, André Machado Maya (2020, p. 48) afirma que:

Assim, seja pelo seu efetivo contato com o material probatório, seja pelas decisões proferidas, que impõem ao magistrado um contato com o material probatório e a formação de um juízo de valor inicial sobre a culpabilidade do suspeito, todas as hipóteses ora aventadas geram a possibilidade concreta de perda de imparcialidade do julgador.

Neste ponto, aponta-se para o centro de toda problemática dos fatos apresentados até aqui, a saber, a perda de imparcialidade do julgador originada pela contaminação subjetiva deste ao ter contato com os elementos informativos da fase probatória, afinal, “quem é capaz de negar que um magistrado atuante na fase de investigação já forme sua

convicção desde esse primeiro instante, sendo, não raras vezes, irrelevante a fase judicial” (MORAES, 2010, p. 22)?

A imparcialidade é, segundo Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 1243), necessária ao juiz para que este possa funcionar em um caso concreto. Ela é resultado lógico do devido processo legal e consequência mais importante da adoção do sistema acusatório, e é garantida expressamente pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ainda sobre esse assunto de extrema importância e relevância, Aury Lopes jr (2016, p. 36) argumenta o seguinte:

Seguindo WERNER GOLDSCHMIDT, o termo “partial” expressa a condição de parte na relação jurídica processual e, por isso, a *imparcialidade* do julgador constitui uma consequência lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro *imparcial* substitui a autonomia das partes.

Deste modo, não há de se falar em processo sem a imparcialidade pois “*como órgão que proclama o Direito, não se considera justa uma decisão proferida por um juiz que não seja imparcial*” (LIMA, 2019, p. 1243). Devido a esta indisponibilidade da imparcialidade no processo penal e a contaminação subjetiva do magistrado, que já se mostrou como possível devido ao contato com os elementos informativos na fase de investigação, nasce a necessidade de mitigar essa contaminação para que prevaleça a imparcialidade, de modo que o instituto do Juiz das Garantias se apresenta como uma ferramenta capaz de possibilitar essa mitigação. Mediante a implementação da medida, se estabeleceria um ambiente de maior imparcialidade do juiz, pois possibilitaria ao magistrado a ciência estar “*das armadilhas que a estrutura inquisitória lhe impõe, mormente no processo penal, não pode estar alheio à realidade; precisa dar uma “chance” [...] a si próprio, tentando realizar-se*” (COUTINHO, 2018, p. 62).

O juiz das garantias foi inserido no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, e tem suas atribuições definidas no extensivo artigo 3º, o qual estende-se da letra A até F. O primeiro, artigo 3º-A, dispõe que “*o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*” (BRASIL, 2019). O artigo supra citado reforça a importância do Ministério Público, a quem definitivamente é atribuído o controle da investigação criminal. Deixa também claro que a interferência *ex officio*³ do juiz na fase

³ Significa que é realizado por imperativo legal ou em razão do cargo ou da função

de investigação configura indevida interferência na *opinio delicti*⁴ do Ministério Público. Ainda altera a previsão do artigo 156, I, do Código de Processo Penal, que possibilitava ao juiz ordenar, *ex officio*, a produção de provas antecipadas, tal ato agora depende de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público (MAYA, 2020).

O artigo 3º-B do referido código estabelece que o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais (BRASIL, 2019). Esse artigo especifica a sua finalidade, atribuições e limites, deixando claro que o juiz das garantias deve atuar como uma fiscal da devida investigação criminal (MAYA, 2020). O artigo 3º- B traz ainda um rol de dezoito incisos exemplificativos das questões que devem ser submetidas ao juiz das garantias, sendo eles: A- Recebimento da comunicação imediata da prisão e do auto de prisão em flagrante; B – Zelar pela observância dos direitos do preso; C- Ciência da instauração de investigação criminal; D- Deferir, indeferir, prorrogar, revogar ou substituir prisão preventiva ou outra medida cautelar; E- Decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas; F- Prorrogação do inquérito policial de investigado do preso; G- Determinar o tratamento do inquérito policial; H- Requisitar documentos, informações ou laudo à autoridade policial; I- Decidir sobre requerimento de meios de obtenção de prova; J- Julgar habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; K- Determinar a instauração de incidente de insanidade mental; L- Assegurar o acesso da defesa aos autos da investigação (MAYA, 2020)

O artigo 3º- C define a competência do juiz das garantias, como pode-se observar no texto da lei: “A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código” (BRASIL, 2019). O artigo 3º - D, dispõe que “o juiz que, na fase de investigação praticar qualquer ato incluído nas competências dos Arts 4º e 5º desse código ficará impedido de funcionar no processo” (BRASIL, 2019). Essa regra deverá alcançar também instancias superiores, impondo aos tribunais a criação de um órgão colegiado de garantias, tal hipótese será possível por exemplo quando um desembargador decidir habeas corpus impetrado em face de decisão proferida pelo juiz das garantias (MAYA, 2020).

⁴ Teoria segundo a qual o Ministério Público, para oferecer uma denúncia, deve ter ao menos suspeita da existência do crime e de sua autoria.

É sabido que já existe um rol de impedimentos no artigo 252 do Código de Processo Penal. A situação supracitada cria uma nova regra de impedimento que soma-se a esse rol, ou seja, *“trata-se de um impedimento em razão da atuação do juiz em fase anterior do procedimento, motivado pela necessidade de preservação da imparcialidade, finalidade da criação do juiz das garantias”* (MAYA, 2020, p. 45). O artigo 3º-E determina que o juiz das garantias deve ser designado conforme normas de organização judiciária da União, Estados e do Distrito Federal, conforme critérios objetivos que devem ser periodicamente divulgados (MAYA, 2020, p. 125). O artigo 3º -F atribui ao juiz das garantias o zelo pelo tratamento do preso e sua imagem, impedindo a exploração comercial de operações policiais, pelos órgãos de imprensa (MAYA, 2020. P. 126).

Com base em todo o exposto, é correto afirmar que o Código de Processo Penal de 1941, antes das alterações trazidas pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, inseria o juiz nas questões relacionadas à fase de investigação e posteriormente o incumbia de ser o responsável pelo julgamento do processo originado pela denúncia ou queixa resultante dessa fase pre-processual, o que resultava em um conhecimento antecipado da situação do acusado, possibilitando a formação de um pré-conceito com relação ao caso. Atentando-se as informações trazidas à essa pesquisa sobre o juiz das garantias, bem como, à análise dos dispositivos da lei, fica claro que o legislador ao criar o referido instituto zelou pela separação entre, o juiz responsável pelo julgado e a grande carga informativa gerada na fase de investigação, com o intuito de evitar a contaminação do magistrado impedindo a criação de um pré-conceito sobre o acusado, o que indiscutivelmente prejudicaria a imparcialidade com que o caso seria analisado, mas que, com a atuação do juiz das garantias, não ocorre.

Neste sentido, *“pode-se dizer que o legislador ordinário, ao prever o juiz das garantias, está cumprindo um mandamento implícito de efetivação da garantia da imparcialidade no âmbito processual penal”* (MAYA, 2020, p. 137). Na atual sistemática do processo penal, a imparcialidade se mostra prejudicada diante da possível contaminação subjetiva que pode ocorrer pelo contato com os elementos informativos da fase de investigação e da necessidade de criar pré-juízos necessários às decisões que lhe compete proferir durante a investigação (MAYA, 2020, p. 137). Nesse sentido, o juiz das garantias mostra-se eficiente em adequar a estrutura processual penal brasileira, pois, como visto, o referido instituto se destina a atribuir um magistrado para a fase pré-processual e outro para a fase posterior, afastando o contato do julgador com fase de

investigação, sem este contato a contaminação subjetiva não acontece, logo a imparcialidade se faz preservada.

Em que pese a importância do instituto, tem-se que atualmente a sua efetivação se encontra com obstáculo para a devida implementação. Isso porque em janeiro de 2020 houve decisão do Supremo Tribunal Federal, exarada pelo Ministro Luiz Fux, que acabou por suspender por tempo indeterminado a criação da figura do Juiz das Garantias (vide decisão cautelar proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305). A implementação do instituto, desde modo, não se efetivou conforme previsão normativa atualmente em voga, justamente por ter restado suspensa por determinação judicial, solapando assim uma medida que contribuiria para tornar mais factível a busca da imparcialidade do juiz no processo penal, pelo que se constata que “*a tradição que se pretende perpetuar, no processo penal brasileiro, é autoritária*” (PRADO, 2011, p. 14), pelo que o tempo indeterminado da suspensão da implementação da medida se traduz em fator que evidencia essa constatação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é evidente que a atual sistemática utilizada pelo Processo Penal Brasileiro se encontra diante de um impasse demasiadamente complexo: de um lado, é visível a importância da fase de investigação para todo o processo, pois quando há indícios do cometimento de um crime é incontestável que esses indícios sejam verificados. Por outro lado, o processo penal brasileiro adota o sistema acusatório, o qual possui princípios basilares bem estabelecidos, sendo um desses a exigência de se ter um julgador imparcial, o que nitidamente resta prejudicado na atual sistemática adotada, não por falta de caráter, ética ou desleixo com os preceitos estabelecidos em lei, mas sim pela inconsciente contaminação subjetiva do magistrado, a qual é perfeitamente possível que ocorra. Outrossim, pode-se definir a contaminação subjetiva como sendo um processo perceptivo, motivado por fatores inconscientes, que ocorre na mente do ser humano quando fatos e argumentos são apresentados a ele e colidem, inconscientemente, com os aspectos subjetivos presentes no seu imaginário. Esses aspectos subjetivos são compostos pela personalidade, pelo juízo crítico que a pessoa faz de si mesmo, pelas suas crenças, valores e referências sociais. Quando esses fatos e argumentos demandam um posicionamento, isto poderá ser feito sob a influência desses aspectos subjetivos, e é essa

influência recebe o nome de “contaminação”. Uma clara situação dessa contaminação subjetiva ocorre quando, por exemplo, o juiz é requisitado a analisar elementos informativos oriundos de um auto de prisão em flagrante, onde haverá um convencimento prévio, uma forte convicção de que o fato delituoso pode realmente ter acontecido, pois uma medida desse nível no seu próprio *modus operandi* exige que se tenha essa convicção para que seja estabelecida, logo, pode acabar acarretando pré-julgamentos inconscientes, que por sua vez poderão lesar a imparcialidade com que o caso será analisado.

É ingênuo, portanto, não perceber que a contaminação subjetiva ocorre e que ela prejudica profundamente a imparcialidade com que o caso será julgado, maculando assim um pretendido processo penal justo e democrático que observe os princípios constitucionais que o fundam. Nesse contexto surge o juiz das garantias, que se mostra uma ferramenta adequada para minimizar esse impasse processual. Como foi observado no presente trabalho, esse instituto foi cuidadosamente estruturado e adaptado à realidade atual do Processo Penal Brasileiro, o que não impede, é claro, que ele seja complementado posteriormente a fim de se encaixar ainda mais nos moldes processuais atuais. Contudo, a sua atual estrutura já se mostra suficiente para minimizar o problema da contaminação subjetiva. Com a implementação do juiz das garantias, um juiz ficará encarregado da fase pré-processual e impedido de funcionar no restante do processo. Com isso, este juiz, incumbido de atuar nessa primeira fase, poderá agir de forma mais livre, pois seus atos não prejudicarão a imparcialidade das decisões posteriores, que ficarão a cargo de um segundo magistrado. Já este segundo magistrado terá suas decisões pautadas somente nas informações trazidas pela denúncia ou queixa, e, posteriormente, pelas provas que forem sendo solicitadas. Logo, a sua análise estará de acordo com os preceitos do sistema acusatório, livre da contaminação subjetiva originada na fase pré-processual, tendo com isso o zelo e a preservação da imparcialidade do julgado. Por fim, pode-se afirmar que a implementação do juiz das garantias preservará a imparcialidade do julgador, tratando-se de medida benéfica ao processo penal brasileiro. Estando a implementação do instituto atualmente suspensa por tempo indeterminado em razão de decisão nesse sentido dada pelo Supremo Tribunal Federal, espera-se que um lampejo mínimo de democraticidade se faça presente no âmbito jurisdicional com o fito de se fazer valer de maneira concreta uma árdua conquista civilizatória no processo penal brasileiro que é a figura do juiz das garantias.

REFERÊNCIAS

AMBROSIO, Graziella. Psicologia do juiz. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, v.3, n.2, p. 491-503. jul./dez. 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BRASIL, Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em 20 de Abril de 2020

CACCIATORI, Paulo César Figueiroa. **A dimensão constitucional da prisão em flagrante**. Dissertação (Dissertação em Direito) – Centro Universitário UniToledo. Araçatuba, p.193. 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Temas de Direito Penal & Processo Penal (por prefácios selecionados)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

FERRAREZE FILHO, Paulo. **Manual Politicamente Incorreto do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm. 2019.

MAYA, André Machado. **Juiz de Garantias: fundamentos, origem e análise da lei 13.694/19**. 1ª ed. São Paulo: Tirant le Blanch. 2020.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do juiz das garantias? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, edição especial, p. 21-23, ago. 2010.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional**: O juiz das garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

PRADO, Geraldo. Crônica da Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro que se Inscreve na Disputa Política pelo Sentido e Função da Justiça Criminal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4^a Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017

TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; ARNOLD, Amanda Emily. Alguns apontamentos sobre os sistemas processuais penais. **Revista Húmus**. v. 9, n. 27, p. 351-375, 2019.