

que objetiva a produção de uma "análise centrada na inserção das mulheres no sistema prisional, visibilizando uma população que historicamente esteve relegada ao segundo plano em análise sobre o sistema de justiça criminal" (INFOPEN Mulheres, 2018, p.6).

Apesar da prevalência de crimes sem violência, o fato de pertencer ao gênero feminino torna a mulher extremamente vulnerável ao sistema prisional. É necessário ter como ponto de partida o fato de que "os crimes cometidos por mulheres são, sim, menos violentos; mas a pena é mais violenta" (QUEIROZ, 2015, p. 36).

Nesse sentido, constata-se que 45% das mulheres encarceradas não foram julgadas nem receberam qualquer tipo de decisão condenatória (INFOPEN Mulheres, 2018, p.19). Portanto, tal marcador sexista reforça a ideia que as mulheres atingidas pelo etiquetamento penal se tornam ainda mais invisibilizadas e restritas a qualquer tipo de socialização na esfera pública.

## 6. Considerações finais

Ante todo o exposto, conclui-se que a conquista da mulher nos meios públicos aproximou-a do sistema penal, uma vez que sua inserção na esfera pública rompeu com o papel feminino adstrito ao ambiente doméstico.

Reitera-se que permanecem presentes resquícios da dominação patriarcal na sociedade, destacando-se o âmbito da execução penal. Assim, a violência de gênero adentra os estabelecimentos prisionais,

de forma a reconduzir o gênero feminino a uma realidade excludente, sem suprir suas necessidades e exigências específicas.

Na atualidade, a arquitetura prisional que detém o corpo feminino intensifica os marcadores sexistas de uma sociedade que apresenta ideologias patriarcais em seu âmago. Isso posto, atesta-se para o fato de o Estado sequer tratar do tema no bojo de suas políticas públicas, descumprindo o compromisso internacional firmado a partir das Regras de Bangkok, que visam estabelecer regras essenciais para o tratamento do gênero feminino nos estabelecimentos prisionais.

Além disso, tais regras de direitos humanos consideram o fato de que parcela das mulheres presas não representa riscos à sociedade, e seu encarceramento pode dificultar, quando não impedir, sua reinserção social.

Por fim, assevera-se a necessidade de se tratar de forma imparcial as mulheres atingidas pelo sistema penitenciário, de forma a eliminar qualquer tipo de discriminação ou violência relacionada a aspectos sexistas. Deve-se tal imposição ao fato de mulheres privadas de liberdade serem tratadas – tanto pela sociedade quanto pelo próprio Estado – de maneira mais severa, de modo que a pena, ao invés de cumprir a função social a que se propõe, apenas retribui de forma arbitrária a não adequação desse grupo de mulheres aos comportamentos listados pela sociedade patriarcal como "tipicamente femininos".

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*, v. 26, n.50, jul. 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1483>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BEAUVIOR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida*. 2. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.

BOITEUX, Luciana. Encarceramento feminino e seletividade penal. *Rede Justiça Criminal*, 9. ed., p.5-6. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.org/wp-content/uploads/2016/10/RJC-DiscriminacaoGenero-2016-09-23-WEB-FINAL.pdf>> Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras*. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen Mulheres*. 2. ed. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <[https://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopen-mulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](https://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopen-mulheres_arte_07-03-18.pdf)> Acesso em: 23 jun. 2019

CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. *Estudos avançados*, 2003. v. 17, n. 49. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9948/11520>> Acesso em: 21 jun. 2019.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, Conectas Direitos Humanos, São Paulo, n. 8, p. 60-83, jun. 2008.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras*. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

REDE JUSTIÇA CRIMINAL. *Discriminação de gênero no sistema penal*. Set. 2016, 9. ed. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.org/wp-content/uploads/2016/10/RJC-DiscriminacaoGenero-2016-09-23-WEB-FINAL.pdf>> Acesso em: 23 jun. 2019

SILVA, Isadora Brandão Araujo da. Lendo gênero e raça no sistema de justiça criminal a partir da interseccionalidade. *Rede Justiça Criminal*, 9. ed., p. 6-7, set. 2016. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.org/wp-content/uploads/2016/10/RJC-DiscriminacaoGenero-2016-09-23-WEB-FINAL.pdf>> Acesso em: 23 jun. 2019

Recebido em: 04/07/2019 - Aprovado em: 01/08/2019 - Versão final: 08/10/2019

# INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E GARANTIA DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR: A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL ACUSATÓRIA

## PRELIMINARY INVESTIGATION AND GUARANTEE OF JUDGE'S IMPARTIALITY: THE FIGURE OF GUARANTEE JUDGE IN THE ACCUSATORY SYSTEM

**Letícia Gouveia de Oliveira Barbosa**

Bacharela em Direito pela UFPR. Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0066-589X>  
leticiaibo@hotmail.com

## RESUMO

A transposição do inquérito policial à fase judicial representa verdadeira afronta às garantias constitucionais, especialmente no que diz respeito à imparcialidade do juiz, uma vez que vincula cognitivamente o magistrado a uma hipótese pré-concebida sobre o caso penal, reduzindo as chances de debate com igualdade de forças entre as partes do processo. As reformas processuais penais empreendidas nos países da América Latina visam solucionar tal problema a partir da figura do juiz das garantias, que permite afastar o juiz do processo dos elementos informativos colhidos na fase investigativa, assegurando, assim, a construção de um processo penal democrático e acusatório.

**Palavras-chave:** Inquérito Policial, Imparcialidade, Juiz das Garantias.

O direito processual penal brasileiro passa por um momento de profunda instabilidade. Não é preciso maiores digressões jurídicas para perceber que a colaboração e atuação conjunta de um juiz com a acusação viola a garantia mais genuína e elementar da prestação jurisdicional efetiva, a saber, a imparcialidade. Nesse cenário catastrófico, onde reformas pontuais trouxeram ainda mais incoerências sistêmicas, a ponto de distanciar a prática processual penal dos padrões democráticos definidos pela Constituição Federal de 1988, a discussão acerca da implementação de uma reforma processual global, nos moldes do que vem ocorrendo nos países latino-americanos, torna-se ainda mais relevante.

Países da América Latina, como o Chile e Paraguai, empregaram ou vêm empregando uma reforma acusatória em suas legislações processuais penais.<sup>1</sup> Orientados por um ideal democrático e com o espírito acusatório de sistema,<sup>2</sup> a estruturação processual penal desses países estabelece, além da oralidade e do sistema de audiências, uma clara separação entre as fases processuais, as quais contam com a atuação de julgadores distintos em cada uma delas.

De forma muito simplificada, a primeira fase, chamada de etapa preliminar, caracteriza-se por ser a fase investigativa, na qual há, além da formalização da própria investigação, o controle da detenção e a análise de medidas cautelares pelo chamado juiz das garantias. Oferecida a acusação, inicia-se a etapa intermediária, que funciona como espécie de preparação para o juízo oral, quer dizer, trata-se da etapa em que se realiza o juízo de admissibilidade da acusação e o seu controle pelo também juiz das garantias, cabendo às partes apresentarem a sua teoria do caso e indicarem as provas que pretendem produzir. Já a etapa final do juízo oral é, por excelência, a fase em que ocorre o julgamento de mérito do caso penal por um colegiado de juízes, os quais não possuem qualquer contato com os atos praticados nas fases anteriores e tomam conhecimento do caso apenas em audiência.<sup>3</sup>

Notadamente, a adoção da figura do juiz das garantias na etapa intermediária visa, dentre outros objetivos, superar um grande problema que atinge a realidade processual penal brasileira: a contaminação do juiz do processo pelos elementos colhidos durante a fase pré-processual.

No Brasil, único país da América Latina que ainda não promoveu uma reforma processual penal acusatória, os elementos investigativos do inquérito policial – que não servem para formar um juízo de certeza sobre o caso penal, mas tão somente um juízo de probabilidade quanto à necessidade da ação e, eventualmente, de medidas cautelares –<sup>4</sup> acabam adquirindo valor probatório, na medida em que se admite, pela legislação processual pátria, a sua utilização para fundamentar a decisão jurisdicional, ainda que de forma limitada, isto é, desde que corroborado por outros elementos colhidos em juízo.<sup>5</sup>

A perpetuação do inquérito policial aos autos do processo é incompatível com um sistema processual democrático,<sup>6</sup> uma vez que tal circunstância permite a contaminação do juiz pela "hipótese fática sugerida na investigação preliminar",<sup>7</sup> violando, assim, garantias e princípios constitucionais caros à persecução penal, dentre elas a imparcialidade do juiz, a presunção de inocência e o devido processo legal.

## ABSTRACT

The transposition of the police investigation to the judicial proceeding represents a true affront to the constitutional guarantees, especially with regard to the impartiality of the judge, since it cognitively links him to a preconceived hypothesis on the criminal case, reducing the chances of debate with equal forces between the parties to the process. The criminal procedural reforms in Latin American countries aim to solve this problem with the figure of the guarantee judge, that allows removing the process judge from the information elements of the police investigation, thus ensuring the construction of a democratic and accusatory criminal proceedings.

**Keywords:** Police Investigation, Impartiality, Guarantee Judge.

Para delinear as consequências do uso do inquérito policial na fase processual é imprescindível tecer considerações acerca da garantia da imparcialidade numa estrutura jurisdicional acusatória que, apesar de estar desenhada pela Constituição Federal de 1988, encontra fortes dificuldades e resistências de implementação ante a dinâmica processual puramente inquisitória estabelecida pelo atual Código de Processo Penal.

Há muito, **Jacinto de Miranda Coutinho** alerta para o traço fundamental distintivo dos sistemas processuais penais assentado na gestão da prova.<sup>8</sup> De acordo com o autor, o sistema acusatório – em que a gestão da prova se encontra exclusivamente na mão das partes – não abre espaço para que o juiz desenvolva os chamados "*quadros mentais paranoicos*", expressão utilizada por **Franco Cordero**<sup>9</sup> para designar a lógica dedutiva através da qual o juiz inquisidor preside o processo buscando as provas necessárias para justificar uma decisão tomada previamente.<sup>10</sup>

Na estrutura acusatória de processo penal, em que o julgador se coloca na posição de mero espectador, a imparcialidade assume posição de princípio basilar da jurisdição, estruturando e garantindo o processo judicial enquanto forma de solução heterônoma de resolução de conflitos.<sup>11</sup>

Por tal razão, **Geraldo Prado** assevera que "[...] a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante".<sup>12</sup>

Partindo da noção de processo penal enquanto instrumento democrático de efetividade das garantias constitucionais, cabe ao juiz assumir o papel de garantidor dos direitos fundamentais.<sup>13</sup> Logo, "sem imparcialidade, não há efetiva prestação jurisdicional penal, e, portanto, não há efetiva garantia dos direitos fundamentais".<sup>14</sup>

Para além da dimensão subjetiva da imparcialidade, o julgador deve ser objetivamente imparcial,<sup>15</sup> ou seja, deve haver uma originalidade cognitiva ante a questão posta em julgamento, de modo a ser estabelecido um estranhamento prévio entre o juiz e o caso penal, evitando a formação prematura da convicção acerca dos fatos sem o devido respeito às regras do processo. Se assim não fosse, estaria-se violando a própria garantia da jurisdição.

Em razão da originalidade cognitiva, o juiz deve se manter distante do inquérito policial e das atividades investigativas, visto que tal contato pode influir em pré-juízos de valor vinculados à hipótese fática derivada dos elementos colhidos nessa fase preliminar.<sup>16</sup> Assim, para assegurar a própria garantia da jurisdição, revela-se imperioso a retirada dessa peça informativa do conhecimento do julgador, afinal "*na exata medida em que os autos da investigação se perpetuam durante o processo, e seu conteúdo é plenamente conhecido pelo juiz (antes mesmo da instrução em juízo), restam severamente diminuídas as probabilidades de construção durante a fase probatória, de hipóteses explicativas para os fatos que sejam diferentes daquela formada durante o inquérito, sem contraditório*

e sem a participação das partes".<sup>17</sup>

Ocorre que a realidade posta pela atual estruturação do processo penal brasileiro, que permite a perpetuação do inquérito policial aos autos do processo e lhe atribui valor probatório, fragiliza sensivelmente as garantias processuais penais asseguradas pela Constituição Federal.

De acordo com **Miguel Reale Júnior**, a motivação dos atos decisórios judiciais é antes retrospectiva, ou seja, o juiz chega ao seu convencimento antes mesmo da produção probatória em juízo e, posteriormente, apenas busca no processo elementos embaixadores da solução que já havia alcançado previamente.<sup>18</sup>

Dessa forma, é possível afirmar que o procedimento estabelecido pelo Código de Processo Penal de 1941 transforma o processo em um "mero golpe de cena",<sup>19</sup> no sentido de que "a instrução é apenas confirmatória e simbólica de uma decisão previamente tomada",<sup>20</sup> uma vez que o juiz formou sua cognição sobre o caso durante a fase preliminar, seja decretando medidas provisórias ou simplesmente realizando o juízo de admissibilidade da acusação.

A propósito, a teoria da dissonância cognitiva de **Leon Festinger**<sup>21</sup> explica que o indivíduo, por meio de um processo involuntário, busca estabelecer correlações de coerência entre os seus pré-conhecimentos e aquilo que lhe é posto, de modo que qualquer estado de incoerência entre esses elementos despertam reflexos cognitivos que buscam não apenas reduzir tal dissonância, como também evitar informações que possam significar um aumento da incoerência.<sup>22</sup>

No ponto que interessa ao presente debate, essa teoria conduz para a seguinte constatação: o contato do juiz com os elementos do inquérito policial produz pré-conhecimentos que, se não servirem à convicção plena do julgador, ao menos indicarão uma determinada aparência sobre os fatos em julgamento. Tal contato fulmina a garantia da plenitude do direito de defesa e o exercício do contraditório, já que qualquer hipótese diversa daquela presente na peça informativa policial encontrará forte resistência de ser absorvida pelo magistrado.

Nessa perspectiva, a dimensão democrática do processo,<sup>23</sup> que possui como elemento fundamental a participação das partes

opostas com poderes de igualmente influenciarem a decisão jurisdicional,<sup>24</sup> acaba sendo violada, já que tal circunstância somente pode ser alcançada através da preservação da imparcialidade objetiva do juiz.

Diante disso, imprescindível distanciar o julgador do caso penal dos elementos colhidos na investigação preliminar, evitando a sua contaminação pelas hipóteses lá formuladas e garantindo uma prestação jurisdicional imparcial.

Sobre a problemática, **Jacinto de Miranda Coutinho**, em sua tese de doutorado, já defendia a retirada física do inquérito policial dos autos do processo, tal como era previsto no Código de Processo Penal do Distrito Federal de 1924.<sup>25</sup> Muito além disso, entretanto, é preciso promover mudanças de ordem substancial, diferenciando os julgadores em cada etapa da persecução penal<sup>26</sup> e reestruturando a lógica e a mentalidade dos operadores do Direito.

Essa é, talvez, a principal contribuição da figura do juiz das garantias na construção de um sistema processual penal acusatório: permitir que o juiz do processo forme sua convicção durante a fase processual, a partir dos elementos trazidos tanto pela acusação quanto pela defesa, se distanciando de qualquer elemento colhido durante a investigação – ressalvadas as provas irrepetíveis – e preservando sua imparcialidade em relação ao caso penal.

As experiências latino-americanas têm demonstrado uma verdadeira democratização da justiça penal, pautada na adoção do sistema de audiências orais com a clara separação das fases processuais, permitindo, assim, que as partes adentrem ao espaço de conflito com igualdade de condições para influir no convencimento do julgador.

O Brasil ainda enfrenta grande resistência na implementação dessa concepção sistemática – basta verificar o PL 8045/2010 e suas diversas alterações durante a tramitação nas Casas Legislativas. Fato é que o sistema processual penal brasileiro clama por reformas reais, não apenas em termos legislativos, mas também sob a ótica cultural, de modo que uma verdadeira superação da lógica inquisitorial e a instauração de um efetivo sistema acusatório de processo penal, em consonância com as garantias constitucionais, somente serão possíveis quando a mentalidade dos operadores do Direito estiver voltada a essa perspectiva.

## NOTAS

<sup>1</sup> CHOUKR, F. J.; AMBOS, K. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001. p. 12.

<sup>2</sup> POSTIGO, L. G. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: Idem (org.), *Desafiando a inquisição: ideia e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Chile: 2017. p. 17.

<sup>3</sup> SILVEIRA, M. A. N. da. O juiz de garantias como condição de possibilidade de um processo penal acusatório e a importância da etapa intermediária: um olhar desde a experiência latino-americana. In: GONZALEZ, Leonel (org.), *Desafiando a inquisição: ideia e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Chile: 2017. p. 295-296.

<sup>4</sup> POLI, C. M. de. As consequências do uso do inquérito policial no processo penal brasileiro. In: GONZALEZ, op. cit., p. 372.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 371

<sup>6</sup> COUTINHO, J. N. de M. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, J. N. de M. *Crítica a teoria do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 31.

<sup>7</sup> SILVEIRA, M. A. N. da. As linhas de um processo acusatório de Franco Cordero e a reforma do processo penal brasileiro: breves comentários sobre algumas lições fundamentais. In: COUTINHO, J. N. da M.; PAULA, L. C. de; SILVEIRA, M. A. N. da. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. 4. v. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 130.

<sup>8</sup> COUTINHO, J. N. de M. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, J. N. de M. *Crítica a teoria do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

<sup>9</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986. Apud COUTINHO, J. N. de M. O papel do novo juiz..., p. 20.

<sup>10</sup> COUTINHO, J. N. de M. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, J. N. de M. *Crítica a teoria do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 32.

<sup>11</sup> MAYA, A. M. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 102-103.

<sup>12</sup> PRADO, G. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 108.

<sup>13</sup> LOPES JR., A. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 172.

<sup>14</sup> MAYA, op. cit., p. 185.

<sup>15</sup> ROSA, A. M. da; LOPES Jr., A. Você sabe o que é imparcialidade cognitiva no processo penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 75, 2017. p. 95.

<sup>16</sup> PRADO, op. cit., p. 108.

<sup>17</sup> SILVEIRA, M. A. N. da. As linhas de um processo acusatório de Franco Cordero e a reforma do processo penal brasileiro: breves comentários sobre algumas lições fundamentais. In: COUTINHO; PAULA; SILVEIRA, op. cit., p. 128.

<sup>18</sup> REALE JR., Miguel. Razão e subjetividade no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Penais*, São Paulo, n. 00, p. 226, 2004.

<sup>19</sup> ROSA; LOPES Jr., op. cit., p. 95.

<sup>20</sup> PRADO, op. cit., p. 97.

<sup>21</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>22</sup> A teoria foi disseminada pela obra *A theory of cognitive dissonance*, publicada pela Stanford University Press no ano de 1957.

<sup>23</sup> LOPES JR., A.; RITTER, R. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 12, n. 73, p. 12-25, 2016. p. 18.

<sup>24</sup> A respeito da noção de democraticidade no sistema processual penal ver MARTINS, R. C. *O ponto cego do direito*. The Brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>25</sup> PRADO, op. cit., p. 109.

<sup>26</sup> COUTINHO, J. N. de M. *Lesigenza di garanzia dei diritti della difesa del nuovo processo penale brasiliano*. 1988. Tese (Doutorado em Direito) – Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Facoltà di Giurisprudenza. p. 239.

<sup>27</sup> CHOUKR, F. H. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 126.