



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELO ALVES DOS ANJOS

**PROCESSO PENAL, INVESTIGAÇÃO, IMPARCIALIDADE,
PREVENÇÃO E JUIZ DE GARANTIAS: UM ESTUDO SOBRE OS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO E A NECESSIDADE DE
MODIFICAÇÃO DAS REGRAS DE COMPETÊNCIA.**

Salvador
2015

MARCELO ALVES DOS ANJOS

**PROCESSO PENAL, INVESTIGAÇÃO, IMPARCIALIDADE,
PREVENÇÃO E JUIZ DE GARANTIAS: UM ESTUDO SOBRE OS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO E A NECESSIDADE DE
MODIFICAÇÃO DAS REGRAS DE COMPETÊNCIA.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Thaís Bandeira

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELO ALVES DOS ANJOS

**PROCESSO PENAL, INVESTIGAÇÃO, IMPARCIALIDADE,
PREVENÇÃO E JUIZ DE GARANTIAS: UM ESTUDO SOBRE OS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO E A NECESSIDADE DE
MODIFICAÇÃO DAS REGRAS DE COMPETÊNCIA.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/____

A
Antônio Alves (*in memoriam*) e Emília
Cardoso, meus avós, meus exemplos,
meus ídolos, meus heróis.

AGRADECIMENTOS

A Deus,... Ele sabe por quê.

Aos meus pais, Margarida Alves e Domingos Manoel, sustentáculos de minha vida.

A todos os meus amigos, especialmente Marcos Alan, Carlos Alberto, Rubens Macedo, Ivan Lira, Filipe Carvalho, obrigado por existirem, amigos!

Ao Bandeira, Sales & Assumpção, principalmente a Vinícius Assumpção e à minha orientadora Thaís Bandeira, incentivadores, apoiadores... Mestres.

Por último, e com destaque especial, à Natália Landim, minha companheira. Que estejamos juntos para todo o sempre.

“A certeza exigida para determinar a culpabilidade de um homem é, pois, a que determina cada homem nas ações mais importantes da vida”.

Cesare Beccaria

RESUMO

O presente trabalho traz um estudo sobre a problemática possibilidade de violação de garantia constitucionalmente assegurada aos sujeitos em face da organização judiciária brasileira e dos critérios de distribuição de competência a partir da participação de um magistrado na fase investigatória que antecederá a ação penal deduzida em juízo. Seguindo as regras estabelecidas atualmente no ordenamento jurídico pátrio, fica prevento para atuação na ação penal, aquele magistrado que primeiro tiver contato com o caso. Esta situação poderá causar a perda de uma condição essencial para o devido processo legal, qual seja a imparcialidade do julgador. Objetiva, este trabalho monográfico, analisar o processo penal, observando o respeito às garantias constitucionais do indivíduo, fazendo uma avaliação crítica sobre jurisdição, distribuição de competência e imparcialidade do julgador. Para tanto serão examinados os três principais sistemas processuais penais, a saber, o sistema acusatório, o inquisitório e o misto; os princípios aplicados à atuação jurisdicional no processo penal, nomeadamente o princípio do juiz natural, da verdade real e da imparcialidade; o sistema preliminar de investigação, principalmente o inquérito policial com viés sobre a necessidade de participação da autoridade judiciária e como se dá essa atividade; bem como, como se distribui a competência no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, será feita uma análise do projeto de Lei nº 156/2009, que busca instituir um Novo Código de Processo Penal, que modificará, dentre outros aspectos, as regras de distribuição de competência e criará o juiz de garantias, autoridade judiciária que terá atuação restrita à fase preliminar, investigatória, sendo vedada sua participação na condução da posterior ação penal.

Palavras-chave: processo penal; imparcialidade; investigação; competência; juiz de garantias.

ABSTRACT

The present assignment brings a study about the problematic possibility of breach of warranty constitutionally guaranteed to individuals in the face of the Brazilian judicial organization and competence of distribution criteria from the participation of a judge in the investigative phase prior to the prosecution deducted in court. Following the rules currently established in the Brazilian legal system, it is advantage to act in criminal proceedings, that judge has first contact with the case. This situation may cause the loss of an essential condition for due process, namely the impartiality of the judge. Objective, this monograph, analyze the criminal proceedings, taking care to respect the constitutional guarantees of the individual, making a critical assessment of jurisdiction, distribution competence and impartiality of the judge. For both the three main criminal procedure systems will be examined, namely the adversarial system, the inquisitorial and mixed; the principles applied to judicial actions in criminal proceedings, in particular the principle of natural judge, the real truth and impartiality; the preliminary research system, especially the police investigation with bias on the need for participation of the judicial authority and how is this activity; and, as distribution expertise in the Brazilian legal system. Finally, there will be an analysis of the draft Law No. 156/2009, which set up a new Code of Criminal Procedure, to modify, among other things, the competence distribution rules and create the judge guarantees, judicial authority that will take action restricted to the preliminary stage, investigative, being sealed their participation in the conduct of subsequent prosecution.

Keywords: criminal proceedings; impartiality; investigation; competence; Judge guarantees.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
des.	desembargador
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	15
2.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITÓRIO	16
2.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO	18
2.3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO	19
2.4 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO	20
3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS APLICADOS À ATUAÇÃO JURISDICIONAL. DA IMPARCIALIDADE COMO FUNDAMENTO PRECÍPUO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL	28
3.1 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL	30
3.2 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL	32
3.2.1 Persecução penal voltada para a busca da verdade	33
3.2.2 Reconstrução dos fatos conforme o processo e a verdade processual	37
3.3 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE	41
3.3.1 A imparcialidade como princípio supremo do processo	44
3.3.2 Imparcialidade e neutralidade	46
3.3.3 Imparcialidade e “imparcialidade”	48
3.3.4 O papel da pré-compreensão na formação de opinião do intérprete do Direito	50
3.3.5 Imparcialidade subjetiva e imparcialidade objetiva	53
3.3.6 Regras de proteção à imparcialidade: incompatibilidade, impedimento e suspeição	58
4 SISTEMA PRELIMINAR DE INVESTIGAÇÃO	65
4.1 PERSECUÇÃO CRIMINAL E INQUÉRITO POLICIAL	68
4.2 DA ATUAÇÃO DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA	73
4.3 JURISDICIONALIDADE	75
5 JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA	78

5.1 JURISDIÇÃO	78
5.1.1 Apontamentos introdutórios	78
5.1.2 A exclusividade da jurisdição criminal como garantia fundamental	82
5.2 COMPETÊNCIA	84
5.2.1 Critérios de distribuição de competência	84
5.2.2 Prevenção	86
5.2.2.1 A prevenção como critério residual de fixação de competência	87
5.2.2.2 O tratamento dispensado ao instituto da prevenção pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos	95
5.2.2.3 Hipóteses de contaminação judicial pela prevenção no processo penal brasileiro	97
5.2.2.4 A prevenção com regra de exclusão da competência no processo penal. Frente ao princípio da imparcialidade, a regra de prevenção deveria definir ou afastá-la? A relação entre a distribuição de competência por prevenção e o princípio da imparcialidade	101
6 O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O JUIZ DE GARANTIAS	104
6.1 O PROJETO DE LEI 156/2009	104
6.2 O JUIZ DE GARANTIAS	108
6.3 QUESTÃO RECURSAL	122
6.4 CRÍTICAS	122
7 CONCLUSÃO	129
REFERÊNCIAS	136

1. INTRODUÇÃO

Objetiva-se, no presente trabalho monográfico, identificar e analisar a constitucionalidade e a legalidade da possibilidade de presidência da ação penal pelo magistrado atuante na investigação preliminar frente aos princípios que regem o direito processual penal brasileiro.

Projeta-se delimitar os conceitos de imparcialidade, juiz natural, verdade real, verdade processual e devido processo legal; analisar os sistemas processuais penais e estabelecer seus principais caracteres; apontar em qual sistema processual penal encontra-se o processo penal brasileiro; identificar o conteúdo da investigação preliminar e como se dá a persecução criminal; determinar a possibilidade da participação do juiz na fase preliminar e quais as repercussões desta participação na ação penal em juízo; definir os critérios de distribuição de competência por prevenção; examinar o projeto de novo código de processo penal relativamente ao juiz de garantias.

Para tanto, faz-se primordial percorrer os sistemas processuais penais, para fixar qual o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tratar sobre os princípios processuais penais que tocam a atuação jurisdicional relativamente à ação penal e a investigação preliminar, que, esta última, também precisou de delimitação. Ademais, fundamental discorrer sobre jurisdição e sobre as regras de distribuição de competência dispostas na Constituição e no Código de Processo Penal (CPP), expondo a prevenção, para ao final, correlacioná-la com o projeto de novo código de processo penal e entender se, com ela, com a prevenção, fere-se a imparcialidade do julgador ou não.

O segundo capítulo trata sobre os sistemas processuais penais, nomeadamente o sistema processual penal inquisitório, o acusatório e o misto. Aborda, ainda, qual sistema processual é adotado no ordenamento jurídico brasileiro, ponderando-se as normas constitucionais e o viés acusatório adotado pela Constituição de República de 1988 e o Código de Processo Penal de 1941, forjado em bases inquisitoriais.

Destacar que existem, em síntese, dois sistemas processuais penais com características largamente distintas e um terceiro sistema misto, que engloba peculiaridades dos outros sistemas. A doutrina e a jurisprudência brasileira divergem

sobre em qual sistema processual o direito brasileiro está assentado e há grandes dificuldades para compatibilizar a principal lei processual penal e a Constituição da República.

Atualmente, no sistema processual penal brasileiro, o juiz pode atuar na fase preliminar de investigação, notadamente para funcionar como um garantidor, intervindo sempre que haja requisição de medida que afaste, mesmo que momentaneamente, algum direito fundamental daquele que figura como investigado.

Vivencia-se, em dias de hoje, ações penais que, ainda na fase policial, contaram com a participação e atuação direta de um magistrado que gerenciou a produção probatória e que posteriormente irá julgar a ação penal em face da aplicação da regra de prevenção para distribuição de competência.

Justamente pela citada ambiguidade, por esta tensão sobre a definição do sistema processual brasileiro, mostra-se necessária essa pesquisa a respeito dos sistemas processuais, para perquirir qual o verdadeiro sistema adotado no Brasil.

Há que se ressaltar que se trata de premissa basilar, pois, só é possível entender processo penal entendendo sob qual sistema está pautado. As diretrizes que determinam as regras e normas processuais advêm do sistema escolhido politicamente. Por isso, é necessário que se consigne qual o sistema processual penal brasileiro, para que se possa entender os princípios, normas e regras que o compõe.

Ainda, nesse sentido, não é possível esquecer dos princípios que regem o processo penal, sobretudo o princípio da imparcialidade. Que não se confunde com neutralidade, vez que não há como um sujeito ser neutro, pois sempre carregará suas acepções e experiências. Todavia, a imparcialidade é essencial quando se trata de processo penal. E esta imparcialidade só é atingida quando o magistrado permanece distante da questão que será deduzida na ação penal processada em juízo.

O terceiro capítulo cuida dos princípios processuais penais aplicados à atuação jurisdicional, dedicando-se primordialmente ao princípio da imparcialidade abordando-o como princípio fundamental na atuação jurisdicional, traçando um paralelo com a neutralidade, com as partes integrantes da relação processual, sobre o papel da pré-compreensão na formação do intérprete do direito, sobre as regras

de proteção a este princípio, vigentes no ordenamento, estendendo-se a uma confrontação da imparcialidade com as regras de distribuição de competência por prevenção. Discorrendo ainda sobre o princípio do juiz natural e sobre a verdade real, referindo-se a persecução penal voltada para a busca da verdade, reconstrução dos fatos conforme o processo e verdade processual.

Indispensável tratar sobre os princípios que tocam a atuação jurisdicional para buscar captar a regularidade das leis processuais e sua conformidade com os mandamentos constitucionais. Escolheram-se, delimitando o âmbito de pesquisa, os princípios do juiz natural, da verdade real e da imparcialidade por serem, rigorosamente, os que mais são tocados quando se trata de distribuição de competência.

Há, ainda, a questão dos problemas que atravessam o sistema de investigação preliminar no Brasil. É claro que punir é um ato necessário, o Estado precisa dar uma resposta frente a uma conduta que desobedeça aos preceitos legais, entretanto, deve-se ter claro quem deverá determinar a punição, quem deverá receber essa punição, porque o sujeito precisa ser punido, e principalmente como chegar a essa punição.

É fundamental sempre ter em mente que o processo penal – no sentido de ação penal processada em juízo – já é uma punição. Ao se investigar um sujeito e colocá-lo posteriormente para responder em juízo a uma ação penal já se está punindo, e se ao final do processo não se chegar à condenação já se puniu o sujeito.

A investigação preliminar serve justamente para evitar que qualquer sujeito responda a um processo, pois se, preliminarmente, não for encontrada a justa causa para fundamentar a ação penal, a questão não poderá ser levada ao judiciário.

O quarto capítulo aborda o sistema preliminar de investigação, ocupando-se especialmente sobre o inquérito policial, examinando os atos investigatórios, as características deste procedimento, a atuação da autoridade judiciária e a jurisdicionalidade nesta fase pré-processual.

Alcança-se facilmente, em uma análise superficial do processo penal e de sua fase de investigação, que se busca, via de regra, um retorno condenatório nas ações penais e para encontrá-lo suprime-se garantias sob o argumento do interesse

público e de uma busca por uma verdade real, afastando as conquistas democráticas adquiridas.

Em tempos atuais, é provável ver diversas ações penais em que o magistrado atua na investigação preliminar, afetando-se com os fatos, concebendo pré-conceitos, pré-juízos, diminuindo sobremaneira a possibilidade de o investigado/réu influenciar o seu convencimento, restando fadado o futuro da ação penal em juízo a uma finalização com uma condenação. Buscar desconstituir este panorama justifica a realização de uma pesquisa.

Quando um juiz participa da investigação preliminar, atuando mesmo que somente para garantir que a dignidade do réu seja respeitada e que ele perpassa por um processo justo e respeitoso, se buscará elementos para atestar a autoria do crime, a materialidade (ou provas da existência) e a culpabilidade (ainda que liminarmente) do acusado. A limitação a um retorno condenatório é legítimo e necessário, devendo sempre obedecer às garantias constitucionais por uma questão de respeito àquele que estará figurando como sujeito passivo da relação processual penal.

O quinto capítulo abordará o conceito e as características de jurisdição. Tratará também sobre competência, apontando os critérios de distribuição, especialmente sobre a regra de prevenção, e se esta, ao invés de determinar, deveria afastar competência, aludindo, também, sobre hipóteses de contaminação do juízo pela aplicação desta regra de distribuição de competência.

No último capítulo será abordado o Projeto de Lei nº 156/2009, que pretende instituir um novo Código de Processo Penal, e modificará o sistema de distribuição de competência, estipulando que a prevenção será regra para afastar competência e não para determiná-la, criando, ainda, o chamado juiz de garantias, que será o responsável por atuar na fase pré-processual, quando alguma medida requisitar jurisdicionalidade. Analisar-se-á as virtudes destas alterações, sua conformação constitucional, sua necessidade, as críticas já formuladas e se esta é, efetivamente, a solução para os problemas encontrados no processo penal, especificamente sobre este tema.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Em linhas de princípio, cumpre tratar, ainda que sucintamente, sobre os sistemas processuais penais. A doutrina e a jurisprudência brasileira divergem sobre em qual sistema processual o direito pátrio está assentado e há grandes dificuldades para compatibilizar a principal lei processual penal e a Constituição da República.

Por ser, nas palavras do professor Paulo Rangel, sistema processual penal, “conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto¹”, faz-se necessário observar a ordem normativa instituída no país, para perceber em que premissa está assentada o ordenamento jurídico penal e processual penal, sabendo-se que, em um Estado Democrático de Direito, é, o sistema acusatório, a garantia do cidadão contra possíveis arbítrios do Estado.

Quando se fala em sistemas, está-se falando, na verdade, em modelos, padrões estruturantes do processo penal. Quando se escolhe um modelo ou sistema, escolhe-se, analisando o que melhor conforma-se à estrutura daquele Estado. Em outras palavras, adota-se determinado padrão por opção política daquele Estado. A escolha é reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época.

Para a progressão de qualquer estudo sobre processo penal no Brasil, é significativo que se entenda qual o sistema processual penal adotado, principalmente diante da uma Constituição “cidadã” e de um Código Processual Penal “opressor”. Afirmar simplesmente tratar-se de um sistema misto é insuficiente, diminuto, até porque, não se alcança mais sistemas “puros”. Precisa-se identificar o princípio informador de cada sistema para entendê-lo e analisá-lo.

Para delinear o sistema processual penal brasileiro, que reflete os princípios processuais adotados e as regras de jurisdição e competência, importante para o desenvolvimento do trabalho discorrer sobre os sistemas, seu histórico e suas características. E, ao longo da história, percebem-se três grandes sistemas, quais sejam: acusatório, inquisitivo e o misto. Importa mencionar que esses modelos

¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 46

coexistiriam na história. Não se deve pensar em modelos distantes, mas, sim, modelos que tem uma preferência por uma forma ou por outra. Ponto que merece reflexão é que, antes de se falar em qualquer modelo, todos eles foram avanços na história, ou seja, eles se adéquam, naquele momento histórico, ao melhor interesse do Estado.

2.1. SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITÓRIO

Com efeito, antes da estrutura de sistema inquisitivo, propriamente dito, no qual se entrega a alguém o papel de persecutor, se tinha na vítima (ou ofendido) uma concentração de funções: de julgamento, de persecução, de aplicação da pena, dentre outros pontos; e isso configura a instituição da vingança (tem-se como exemplo, a determinação da Lei de Talião), ainda distante do que se acredita, em tempos atuais, como justiça, mas que para a época era, com certeza, um avanço.

O nome inquisitivo pode fazer com que se pense em um sistema nascido na Idade Média, notadamente na época da Inquisição. Mas não, o sistema inquisitivo nasceu antes da inquisição, porém foi muito utilizado neste período, não havendo um momento histórico certo do seu nascimento.

Ensina o professor Renato Brasileiro, que no processo inquisitivo, o juiz, inquisidor, é dotado de ampla iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar *ex officio* a colheita de provas, seja no curso das investigações, seja no curso do processo penal². E o magistrado, neste sistema, possui estes poderes sem levar em consideração a posição da acusação e da defesa. Descreve o citado professor que a gestão da prova estava concentrada, nas mãos do juiz, que, a partir de uma suposta prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse³.

Esse sistema tem por característica de ser um procedimento escrito, até porque a produção escrita de atos gera mais segurança, e poderia perdurar mais tempo, porém essa forma escrita não privilegia a celeridade, contudo, privilegia-se o sigilo,

² LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 03

³ *Ibidem*, loc.cit.

não tendo como se falar em contraditório, com funções de acusar, analisar, contraditar a defesa, e julgar, concentradas nas mãos do juiz inquisidor.

O sigilo, característico do Sistema, acarreta prejuízos quando observado considerando-se as garantias daquele que está sendo investigado. Ser “segredo” reduz a fiscalização do ato. Era, ele, tanto interno (impedindo que o interessado na demanda tenha acesso aos atos praticados) quanto externo (se direciona aos terceiros, a sociedade).

Concentra-se nas mãos de um mesmo ator todos os atos e funções. No sistema inquisitivo, o inquisidor (juiz) tem a função de reunir os elementos probatórios, tanto quantos possam servir para beneficiar a acusação, como elementos que possam beneficiar a defesa, havendo uma cumulação de funções, pois reúne provas para seu próprio convencimento.

Assim, não existem, com a delimitação e separação necessárias, as funções de acusação e defesa, mas sim a função do inquisidor, de atuar no benefício da “melhor” prova a ser produzida, tanto em favor da acusação como em favor da defesa. Isso leva à ausência de contraditório, pois não há bilateralidade, não há divisão em outros sujeitos para a prática das ações, pois só há “ação” de um único indivíduo (inquisidor).

Outra característica do sistema inquisitório é que nele o acusado figura como mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos; para que o juiz alcançasse seu convencimento, assentia-se e tolerava-se que o acusado fosse torturado. O indivíduo, naquele momento, não era sujeito de direito, era, tão somente um mero objeto, se submetendo ao inquisidor.

Renato Brasileiro, traçando um comparativo entre o sistema e o nosso ordenamento, explana que o processo inquisitório “é incompatível com os direitos e garantias, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há que se falar em imparcialidade, do que resulta violação à Constituição⁴”.

Para Paulo Rangel, em uma visão mais enérgica, o sistema inquisitivo “demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser banido das legislações

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 04

modernas⁵”, isto para buscar assegurar ao cidadão, em especial aquele que figurará no polo passivo da demanda penal, as mínimas garantias de respeito à dignidade humana.

2.2. SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

De outro lado, tem-se o sistema processual penal acusatório, que se caracteriza, notadamente, pela presença de partes distintas. Há contraposição de acusação e defesa em igualdade de posições, e a ambas se sobrepondo um juiz de maneira afastada e imparcial. Há, nitidamente, uma separação das funções de acusar, defender e julgar⁶.

No sistema acusatório, pode-se citar como característica a oralidade, que dá maior celeridade à autuação dos atos. Há quem diga que seu nascimento foi na Grécia, na Ágora (praça pública), onde qualquer indivíduo poderia acusar um crime praticado por alguém, caso tal infração fosse pública, e caso fosse privado, apenas a vítima poderia acusar. Outros cravam sua origem no segundo período evolutivo do processo penal romano, quando na expansão do Império, no final do período republicano, se fez necessária a criação de mecanismos mais eficientes de investigação⁷.

Neste Sistema, não há concentração de funções, diferentemente do Sistema Processual Inquisitório, mas sim uma separação de funções: um acusador, um julgador e um defensor, havendo neste sistema a presença inafastável do contraditório, sendo, este, pressuposto para que se fale desse sistema.

Importa abordar sobre a iniciativa probatória do juiz no sistema acusatório, que, aqui, o magistrado não pode determinar a produção de provas *ex officio*, devendo as partes (acusação e defesa) carrear todo o material probatório que entenderem necessário. “Portanto, sob o ponto de vista probatório, aspira-se uma posição de

⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 48

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 04

⁷ RODRIGUES, Marina Pimentel. **Os Sistemas Processuais Penais**. Jus navigandi. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/26262/os-sistemas-processuais-penais>>. Acesso em 31 mai. 2015.

passividade do juiz⁸". Cabe ao magistrado um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais.

Assim, alcança-se com facilidade que as principais diferenças entre os sistemas inquisitório e acusatório são a posição das partes e a gestão da prova⁹. A publicidade também é regra nesse sistema, tanto a publicidade interna como externa.

Esse sistema acusatório como se enxerga hoje, é um sistema europeu, em que se tem uma instituição de acusação (Ministério Público), distinguindo esta função da função de julgamento. Deve-se perceber que quem exerce a função acusatória não exerce a função de defesa ou de julgamento.

2.3. SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO

Como não poderia deixar de ser, tratando-se do "mundo" do direito, há ainda um sistema chamado de misto. Nomenclatura dada por mesclar características dos dois outros sistemas. Nele o procedimento se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase tipicamente inquisitorial, investigativa, preliminar, sem contraditório, como sigilo externo, e a segunda fase, de caráter acusatório, onde o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga¹⁰.

No século XIX, e mais precisamente no ano de 1808, com o surgimento do famoso *Code d'instruction criminelle* francês, surge este modelo processual com características bem definidas, apresentando-se à prática judiciária¹¹.

Neste Sistema Processual Penal, tem-se a soma dos dois sistemas anteriormente tratados. Ou seja, ambos os sistemas coexistindo no mesmo procedimento. Há uma parcela acusatória e uma parcela inquisitorial no mesmo procedimento.

Largamente utilizado na Europa, nele, têm-se duas possibilidades: inicialmente a fase inquisitorial, em que um juiz presidente (instrutor) terá a função da produção probatória, e o fará sem que haja uma atuação das partes. Incube a esta figura fazer

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 04

⁹ *Ibidem*, p. 05

¹⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10

o levantamento das provas necessárias para que se encontre a “verdade” naquele processo.

Vencida a fase de instrução administrativa (inquisitória) perante esse Juiz instrutor, há o início da fase acusatória (fase de debates e julgamentos) que será procedida perante outro juiz (jugador), diferente, justamente para garantir uma maior efetividade do princípio da imparcialidade. Esta prova produzida na fase inquisitorial será, então, entregue ao contraditório, ouvindo-se acusação e defesa, para fazer o julgamento.

Percebe-se, ao longo da história, e no desenvolver das sociedades modernas, que o regime processual penal sempre esteve intimamente ligado com o regime político do Estado. Dessa forma, diretamente proporcional, tem-se um processo penal mais democrático em um regime político em que impere a democracia, e um processo penal com forte base inquisitória em um regime absolutista, totalitário. Como bem leciona o professor Tourinho Filho, “o processo penal é regido por uma série de princípios e regras que outra coisa não representa senão postulados fundamentais da política processual penal de um Estado¹²”.

2.4. SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO, O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (DECRETO LEI nº 3.689, DE OUTUBRO DE 1941) E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.

É importante entender, que o Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), instituído pelo Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941, foi concebido no momento em que o Brasil era presidido por Getúlio Vargas, tendo sido o Código forjado sob a égide da Constituição de 1937, que instituiu o Estado Novo, de caráter eminentemente centralizador, ditatorial e autoritário. Em assim sendo, no Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, elaborado em um período histórico de centralização de poder, nacionalismo, autoritarismo e ditadura, juiz não investiga para absolver, até porque, na ausência de provas deveria o réu ser absolvido.

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1. p. 58

E não poderia ser de outra forma, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo anteprojeto de lei, Min. Francisco Campos¹³. Ideólogo do CPP, deixou transparecer em sua exposição de motivos o viés antidemocrático da lei ao dizer que: “o conceito político da democracia não era mais adequado aos novos ideais da vida. A liberdade individual e suas garantias não resolviam os problemas do homem. Eram ideais negativos, que não garantiam ao indivíduo nenhum bem concreto¹⁴”.

É certo, também, que houve “várias mudanças no Processo Penal, sempre procurando, de maneira ‘capenga’, mas sempre procurando, buscar a tutela dos direitos e interesses do acusado, amparando-lhe e salvaguardando-lhe as legítimas expectativas”¹⁵. Mas, mesmo assim, com uma rasa e superficial leitura do nosso código de ritos, percebe-se, com nitidez, o seu ideal inquisitório.

Para exemplificar, o professor Eugenio Pacelli aponta que, na primeira redação do CPP, a sentença penal absolutória não era suficiente para se restituir a liberdade do réu, dependendo do grau de pena da infração penal, consoante dispunha o artigo 596¹⁶. Da mesma forma, a depender da pena abstratamente cominada ao fato, uma vez recebida a denúncia, era decretada, automática e obrigatoriamente, a prisão preventiva do acusado, como se realmente do culpado se tratasse, sob a disposição do artigo 312¹⁷. Em tempos atuais, e com ideais garantistas, soa bastante incômodo acreditar que após a decisão de absolvição do réu, este não estivesse “livre”. Contudo, vindo de uma cultura de poder fascista e autoritária, como aquelas do regime italiano de 1930, nada há de se estranhar. Mas, sim, lamentar, e muito!¹⁸.

Vive-se, hoje, em um país que tem uma Constituição progressista, que consegue (a duras penas, diga-se) conviver com a legislação infraconstitucional, que caminha em sentido diametralmente oposto às determinações constitucionais. Contudo, como

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p. 05

¹⁴ CARVALHO JUNIOR, Almério. **Código de Processo Penal está em contradição com a Constituição**. ConJur. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-jun-05/codigo_processo_penal_contradiz_constituicao>. Acesso em 31 mai. 2015.

¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1. p. 58

¹⁶ Art. 596. A apelação de sentença absolutória não impedirá, que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.

¹⁷ Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op. cit.*, 2013. p. 06

dito, mesmo diante das inúmeras dificuldades e com a clara penalização de quem figura no polo passivo de uma ação penal, consegue-se conviver com esta situação.

A mudança no arquétipo ideológico foi considerável. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, para além disso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado¹⁹.

Nas palavras de Pacelli: “A busca da verdade, sinalizada como a da verdade real, legitimou diversas práticas autoritárias e abusivas por parte dos poderes públicos”²⁰. O alargamento ilimitado da liberdade de diligência probatória do juiz, justificada como vital e indispensável à busca da verdade real, descaracterizou o perfil acusatório que se quis conferir à atividade jurisdicional.

Encontra-se na doutrina as mais diversas posições sobre o sistema processual penal brasileiro. Porém, para o Supremo Tribunal Federal (STF), o Brasil adota um sistema acusatório. O Pretório Excelso chega a esta conclusão a partir dos sinais da Constituição da República, especificamente analisando os artigos 5, 93, IX e 127 da Lei Maior, pois não está expresso nela. Como exemplo deste posicionamento, pode-se citar, neste momento, o Julgamento do HC 82.507/SE²¹, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual ficou decidida a impossibilidade de o juiz poder requisitar, de ofício, novas diligências probatórias, quando o Ministério Público (MP) se manifestar pelo arquivamento do inquérito. Caso tal prática fosse permitida, ver-se-ia explicitamente uma violação ao sistema processual acusatório.

O problema é que, no momento em que a Constituição de 1988 diz isso, tem-se, ao mesmo tempo, uma legislação infraconstitucional inspirada em outro momento da história; o Código de Processo Penal inspirado em um estado fascista, de sistema inquisitorial, mesmo que mitigada por lampejos acusatórios.

Enquanto a legislação codificada pauta-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente (atualmente, com as modificações legislativas, esta característica está minorada), o texto constitucional institui um sistema de amplas

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p. 08

²⁰ *Ibidem*, p. 07

²¹ “por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido”. (STF – HC 82507, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 10/12/2002, DJ 19-12-2002 PP-00092 EMENT VOL-02096-04 PP-00766)

garantias individuais. Mencione-se a afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória transitada em julgado, conforme disposição do artigo 5º LVII, da Constituição.

Deste modo, tem-se uma estrutura constitucional acusatória, e o código de processo penal, que é um código de inspiração inquisitiva, com algumas regras acusatórias.

Diante deste cenário, surge o seguinte questionamento: Porque o Brasil não é um sistema misto? Parte de nosso sistema processual é inquisitorial, que é a parte do inquérito. Porém a parte inquisitorial no sistema brasileiro é uma parte administrativa, não é uma parte judicial. No sistema misto a parte inquisitorial é uma fase judicial. A fase administrativa, preparatória, não compõe, em verdade, a fase processual, embora se saiba que as provas produzidas na parte administrativa são acarreadas à ação penal em juízo (a exemplo do Inquérito Policial, que fica encartado nos autos da ação penal deduzida em juízo).

O devido processo legal constitucional busca realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes, entre o “conteúdo subjetivo” da demanda. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que, via de regra, ocorre no curso de toda persecução penal: o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce monopólio. Não se deve observar apenas o respeito às regras, mas deve-se atuar de maneira que a verdade processual seja resultado de atividade probatória licitamente desenvolvida, de forma justa e equânime²².

Merece, aqui, transcrição integral das palavras do professor Eugenio Pacelli²³:

Nesse particular, pensamos que somente uma leitura constitucional do processo penal poderá afastar ou diminuir tais inconvenientes, com a afirmação do princípio do juiz natural e de sua indispensável imparcialidade. Com efeito, a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação substitutiva da função ministerial, não só no que diz respeito ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado. A iniciativa probatória do juiz deve limitar-se, então, ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos termos da nova redação do artigo 156, II, do CPP, trazida pela Lei nº 11.690/08. Não se quer nenhum juiz inerte, mas apenas o fim do juiz investigador e acusador, de tempos, aliás, já superados.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p.09.

²³ *Ibidem*. p. 11

Como bem explica o professor Aury Lopes, “os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época”²⁴. O problema está em, hoje, e principalmente no Brasil, o famigerado sistema de *lei e ordem* demonstrar uma ilusão frente à necessidade de redução da criminalidade. Percebe-se claramente que a receita de endurecer o direito penal e o processo penal não é a solução.

É possível fazer uma análise de desenvolvimento histórico, econômico, humano e social de determinado país através do sistema processual penal que ele adota. Predominar-se-á o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática²⁵.

No Brasil, há uma clara divisão sobre qual sistema processual adotou o legislador pátrio. Olhando-se para a Constituição percebe-se um sistema acusatório. Examinando o Código de Processo Penal, tem-se um sistema processual com forte tendência inquisitorial. Falar apenas que o sistema é misto tornou-se uma afirmação deveras rasa, perfunctória, até porque, atualmente, não se percebe mais sistemas puros, todos têm pontos acusatórios e pontos inquisitórios. “A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório²⁶”; há que se analisar o núcleo, o cerne, a essência do ordenamento jurídico.

Existe uma discussão quanto ao sistema processual penal brasileiro, como dito, há quem classifique como misto, em especial pela divisão do processual na fase pré-processual (investigação) e fase processual propriamente dita. Há quem classifique como acusatório formal, ou acusatório impróprio, em face da perspectiva acusatória da Constituição de 1988 e inquisitória do Código de Ritos Penais.

No que se refere à fase investigativa, fundamental realçar que a definição de um sistema processual há de se limitar ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, sem sombra de dúvidas, inquérito policial não é

²⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105

²⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁶ *Ibidem*, p. 106.

processo, não há condições de enquadrar o sistema processual brasileiro como misto, ao menos sob tal fundamentação²⁷.

Aury Lopes aparece com uma conceituação mais interessante, ao chamar de (neo)inquisitório²⁸, pois assim, não induzirá ninguém a erro, visto que, não se pode afastar que a regra no nosso ordenamento é a inquisição, havendo algumas garantias acusatórias para o acusado (sujeito passivo na relação processual penal). Pela importância da justificativa trazida pelo autor, importa trazê-la em sua integralidade²⁹:

Não se pode desconsiderar a complexa fenomenologia do processo, de modo que a separação das funções impõe, como decorrência lógica, que a gestão/iniciativa probatória seja atribuída às partes (e não ao juiz, por elementar, pois isso romperia com a separação de funções). Mais do que isso, somente com essa separação de papéis mantém-se o juiz afastado da arena das partes e, portanto, é a clara delimitação das esferas de atuação que cria as condições de possibilidade para termos um juiz imparcial.

Portanto, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz.

Sobre a historicidade, concepção, aplicação, utilização, ainda em tempos atuais, do Sistema Inquisitório, e de sua “vigência” no sistema processual penal brasileiro, o professor Ricardo Jacobsen traz uma importante lição³⁰:

Evidentemente, tal posição se mantém ao largo de dois problemas fundamentais: (a) de que o sistema inquisitorial foi concebido como mera técnica processual e não como um sistema total de poder penal, perpassando direito penal e criminologia; (b) de que a existência de um “modelo puro”, ao eliminar o *actus trium personarum* resumiu o sistema inquisitorial, desconsiderando a sua umbrática que até hoje recolhe seus efeitos. Seria leviano, para não dizer manifestamente irresponsável acreditar e tributar ao sistema inquisitório um papel de instituto do passado. As práticas dos tribunais, atualmente, sufragam a sua sobrevivência, principalmente em países – mormente os da América Latina – que não se despiram de seus códigos autoritários. Como destaca Zaffaroni – daí a importância do estudo sobre os sistemas processuais, “*todo discurso penal autoritário (y totalitário) es una reiteración del discurso inquisitorial*”. No mesmo sentido Ferrajoli aponta hoje uma cultura inquisitória dominante: o déficit de garantismo e a cultura inquisitória hoje predominante na magistratura e sobretudo no Ministério Público, são imputáveis muito mais

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p.13

²⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 118

²⁹ *Ibidem*, p. 119 (grifos adotados)

³⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 136

do que a responsabilidade dos magistrados, à legislação penal e processual de que somos dotados.

Referente à separação de funções, elemento essencial em um sistema acusatório, é elementar que o juiz deva manter-se afastado, desunido, distanciado das partes ao longo de todo o processo. A concepção de sistema acusatório mantém relação inseparável com a imparcialidade do julgador, não podendo, este, tomar conhecimento dos fatos, senão levados pelas partes no curso da regular ação penal.

Não há discussão quanto à natureza inquisitória do inquérito policial no ordenamento atualmente posto, portanto, quando é necessária a participação do juiz (para determinar uma medida cautelar real, uma prisão preventiva, a produção de prova através de quebra de sigilo telefônico, por exemplo) este será responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais daquele que figura na parte passiva do procedimento.

Essa é (e apenas essa) a “posição que o juiz deve adotar quando chamado a atuar no inquérito policial: como garante dos direitos fundamentais do sujeito passivo³¹”. A participação do juiz deverá ser delimitada, restringida, demarcada. O perfil do juiz não é (ou não deveria ser) de investigador ou instrutor, mas de controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do indivíduo³².

É por esta razão que o professor Eugenio Pacelli³³ sustenta a impossibilidade de decretação de prisão preventiva *ex officio* na fase de investigação, embora aceite-a no transcorrer da ação penal. Fundamenta seu posicionamento asseverando que o principal requisito para qualquer prisão cautelar é o da existência de indícios veementes de autoria e materialidade, devendo-se reservar esta valoração (jurídico-penal) apenas para a fase de jurisdição, salvo provocação dos interessados. Como o magistrado poderá aferir autoria e materialidade em tão rasa cognição? E se fizer não estará julgando antecipadamente?

O juiz não deve orientar a investigação policial e tampouco presenciar seus atos, mantendo uma postura totalmente *suprapartes* e alheia à atividade policial. No sistema brasileiro, o juiz não deveria investigar nada, não existe a figura do juiz

³¹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 283

³² *Ibidem*, *loc.cit.*

³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p.13

instrutor e por isso mesmo não existe a distinção entre instrutor e julgador³⁴. Da forma como o sistema está posto, a depender da atuação do magistrado no caso concreto, há grande risco de as figuras confundirem-se.

Assevere-se que não há problemas na produção antecipada de provas na fase pré-processual, todavia, o juiz deve limitar-se a julgar, mediante antecedente e justificada invocação do órgão acusador.

A situação piora quando se sabe que este juiz que participou da investigação, por regra de competência, estará prevento para o julgamento posterior ação penal, consoante determina o Código de Processo Penal. Este julgador, conhecedor dos fatos à sua maneira poderá não ter a isenção necessária para um julgamento justo. As regras de distribuição de competência, mais precisamente a distribuição por prevenção, serão tratadas detidamente, em capítulo posterior.

³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p. 284.

3. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS APLICADOS À ATUAÇÃO JURISDICIONAL. DA IMPARCIALIDADE COMO FUNDAMENTO PRECÍPUO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Tratar-se-á, agora, sobre os princípios processuais penais aplicados à atuação jurisdicional, para que se possa vislumbrar a imparcialidade como fundamento precípua da função jurisdicional já que se busca no presente trabalho identificar se há violação deste princípio quando se coloca o juiz que tomou conhecimento dos atos de investigação como responsável por sentenciar a ação penal correspondente. Primeiro, convém perpassar uma noção geral de princípios, e explicá-los pormenorizadamente.

É o direito processual penal o ramo do direito que mais de perto está preso à Constituição, que lhe impõe obediência rígida aos princípios fundamentais. Ele é instrumento de garantia da liberdade e da dignidade dos acusados³⁵.

Princípio jurídico quer dizer um postulado que se irradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta a ser seguida. Não obstante, o processo penal ergue-se em torno de princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da lei³⁶.

Em grau nenhum se pode tecer algo de justo e verdadeiramente isonômico que passe ao largo da dignidade humana, base sobre a qual todos os direitos e garantias individuais são erguidos e sustentados. Ademais, não existiria razão de ser a tantos preceitos fundamentais não fosse o nítido suporte prestado à dignidade humana³⁷.

“O processo penal deve estar pautado e ter por vetor principal a Constituição Federal”³⁸. Deve, sempre, remeter a garantia dos imputados contra possíveis arbitrariedades estatais, sem que se perca de vista a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional.

³⁵ TOURINHO NETO, Fernando. Os direitos constitucionais do acusado no inquérito policial e no processo penal. **Revista do Instituto dos Advogados da Bahia**. Salvador: IAB, edição especial, 2005/2006, p. 155

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 30

³⁷ *Ibidem*, p. 33

³⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p.50

O processo penal constitui o fiel do direito penal, pois perfaz instrumento que possibilita o emprego justo das normas de sanção. A regulação dos conflitos sociais, por mais graves e incômodos, se sujeita ao respeito dos vários direitos e garantias essenciais à formação do cenário ideal para a punição equilibrada e consentânea com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, valorizando-se, acima de tudo, a dignidade humana.

Como leciona Ada Pellegrini Grinover, toda vez que se infringir princípio ou norma constitucional-processual que desempenhe função de garantia, a ineficácia do ato praticado em violação à Lei Maior será a consequência que surgirá³⁹.

O fundamento de legitimação da existência do processo penal democrático é sua instrumentalidade constitucional, ou seja, o processo na qualidade de instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas⁴⁰. “O que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei⁴¹”.

Em sendo um rito de exercício de poder e limitação da liberdade individual, a observância estrita do devido processo é o fator de autenticação da atuação estatal. “Os princípios gozam de plena eficácia normativa, pois são verdadeiras normas⁴²”, fundamentais ao sistema. Constituem, sem dúvidas, a própria essência do sistema jurídico, com inegável caráter de norma.

Explica Aury Lopes que diante do cenário de risco total em que o processo penal se insere, é necessário sempre definir um sistema de regras, limites, de garantias mínimas⁴³.

Igualmente, não é possível afastar-se da ideia de que os princípios no processo penal destinam-se à orientação dos aplicadores do direito, notadamente os juízes e os tribunais. Estes devem fazer todo o necessário para promover a máxima eficácia destes preceitos. E, especificamente sobre o tema, importa tratar, acerca dos princípios do juiz natural, da verdade real e da imparcialidade.

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 22

⁴⁰ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 39

⁴² LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, 2013. p. 163

⁴³ *Idem*. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 66

3.1. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural não é mero atributo do juiz. Perfaz, a bem da verdade, pressuposto para a sua própria existência. Consiste no direito que cada cidadão tem de saber, antecipadamente, a autoridade que irá processá-lo, qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo caso pratique uma conduta tipificada.

Sua garantia nasce no momento da prática do delito, e não do início do processo. Não se podem manipular os critérios de competência e tampouco definir posteriormente ao fato qual será o juiz da causa. Elementar que essa definição posterior afetaria, também, a garantia de imparcialidade do julgador⁴⁴.

O princípio do juiz natural, do juiz constitucional, do juiz legal, ou da naturalidade do juiz encontra-se insculpido no artigo 5º, LIII, da Constituição. Significa que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, independente, imparcial, e investido de jurisdição, a quem as normas constitucionais e legais, explícita ou implicitamente, atribuírem a competência⁴⁵.

Professora Ada Pellegrini⁴⁶ diz que “mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial”, certificando que “sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível”. Vê-se, assim, este princípio como pressuposto de existência do processo. A própria relação processual não poderia nascer sendo apenas aparente. Não estando presente não se tratará apenas de nulidade da relação processual, antes, esta inexistirá.

Falar sobre esse princípio é associar a ideia de juiz com competência material definida em lei e de forma prévia. É pensar nos órgãos jurisdicionais existentes a partir de determinação da estrutura judicial desenhada na Constituição da República e por ordem legal decorrente de mandamento constitucional. No ordenamento brasileiro, revela-se nomeadamente no órgão constitucionalmente competente, ou

⁴⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 443

⁴⁵ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008, p. 284

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 44

seja, aquele cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais. Assim, não será juiz natural o juiz constitucionalmente incompetente, isto numa visão clássica do princípio.

No entanto trata-se de uma visão diminuta, deveras simples, sendo, o mandamento do juiz natural mais importante e abrangente do que isso. O juízo natural decorre de uma estruturação sistêmica do poder judiciário brasileiro, que está estruturado e delimitado, como dito, nos artigos da Constituição. Não é simplesmente juízo competente, e sim uma obediência à estrutura judicante brasileira. Veda-se o juízo de exceção, aquele criado após o fato e para o fato.

Dessa forma, reafirma-se a necessidade, para garantia do juízo natural, da fixação prévia e legal da competência, da imparcialidade do juiz, de forma a afastar qualquer tipo de julgamento baseado na personalidade. A associação de todas essas questões leva à garantia de um juízo natural.

Significa que as regras de determinação de competência devem ser instituídas previamente aos fatos e de maneira geral e abstrata de modo a impedir a interferência autoritária externa. Não se admite a escolha do magistrado para determinado caso, nem a exclusão ou afastamento do magistrado competente. Quando ocorre determinado fato, as regras de competência já apontam o juízo adequado, utilizando-se o sistema aleatório do sorteio para que não haja interferência na escolha⁴⁷.

Quando o Estado, por intermédio do Poder Legislativo, elabora leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a praticar a conduta delituosa, surge para ele o direito de punir os infratores em um plano abstrato⁴⁸.

Quando determinado indivíduo pratica a conduta delituosa disposta no tipo penal incriminador, o citado direito de punir do Estado, que até então estava em um plano abstrato, desce, materializa-se, e transforma-se no direito de punir em uma perspectiva concreta.

Há outro aspecto a ser retratado do princípio do juiz natural. Além do aspecto institucional da garantia do juiz natural existe, ainda, o aspecto voltado à pessoa do juiz, e que está ligado à sua imparcialidade. Juiz natural é, também, juiz imparcial.

⁴⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 126

⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 01

Esta garantia do devido processo possibilita a lisura do julgamento, sem vícios de parcialidade que deturpam a ampla defesa.

“O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do poder judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais⁴⁹”. Neste quadro, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal. No Estado Democrático de Direito, deve, o juízo, atuar constantemente preservando a proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Tem a obrigação de tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas, absolvendo sempre que não existirem provas plenas e legais da responsabilidade penal daquele que compõe o polo passivo. “O objetivo justificador do processo penal é a garantia das liberdades dos cidadãos⁵⁰”.

O Juiz natural tem por pressuposto a imparcialidade no exercício da jurisdição. Órgão jurisdicional criado previamente afasta a ideia de juízo de exceção. Assegura-se a impessoalidade na atuação da jurisdição.

3.2. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

Não é possível afastar-se do ideal muito bem colocado pelo professor Paulo Rangel quando diz que a punição, dentro do Estado Democrático de Direito é exceção, e não a regra. A regra é a liberdade. O direito não pode ser realizado a qualquer preço. Há que se descobrir a possível verdade dentro de um devido processo legal⁵¹.

Esclarece Nucci⁵² que “verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade e a certeza é a crença nessa conformidade, gerando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato”, fazendo a ressalva de que é “possível que essa crença não corresponda à verdade objetiva”.

⁴⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 168

⁵⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁵¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 08

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 56

Sem embargo, a própria definição de verdade é algo que atormenta o homem desde sempre. Não há definição fiel que possa traduzir com segurança o vocábulo.

Entretanto, afirmar que a verdade, no processo penal, não existe, é reconhecer que o juiz penal decide com base em uma mentira, em uma inverdade. Ao mesmo tempo, dizer que ele decide com base na verdade processual, como se ela fosse única, é uma grande mentira⁵³. Para Ferrajoli, “se uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça penal completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade⁵⁴”.

À vista disso, pode-se afirmar que, por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. Aquilo que se apresenta como verdade a um, a outros parece por vezes duvidosa, quiçá até mesmo falsa a outros ainda, dado o tamanho da relatividade da “verdade”.

Por consequência, jamais, no processo, pode assegurar o juiz, ter alcançado a verdade objetiva, aquela que corresponde perfeitamente com o acontecido no plano real. Há impossibilidade real de se extrair dos autos o fiel retrato da realidade do crime. Impõe-se, entretanto, do magistrado, uma crença segura na verdade, que transparece através das provas colhidas e, com base nisso, condena ou absolve⁵⁵.

Com o conceito relativo de verdade, é impossível pensar em algo absoluto ou científico, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem afigurar-se insuficientes.

3.2.1 Persecução penal voltada para a busca da verdade

Conquanto, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como a liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz buscar a verdade,

⁵³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 07

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 48

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.* p. 56

aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu, contudo, respeitando as garantias do sujeito⁵⁶.

Como enuncia o professor Nestor Távora, “o processo penal não se conforma com ilações fictícias ou afastadas da realidade⁵⁷”. O magistrado pauta o seu trabalho na reconstrução da verdade dos fatos, como forma de exarar um provimento jurisdicional mais próximo do ideal de justiça.

Salah Khaled Jr.⁵⁸ questiona qual seria “o estatuto da verdade da dimensão de saber do processo penal, que permite impor uma pena através do poder exercido pelo Estado?” e, ainda, “quais devem ser os freios impostos a essa pretensão de justiça – ou ambição de verdade – para coibir os inevitáveis abusos em que essa investigação pode incorrer?”.

Por óbvio, o processo não pode prescindir por completo de uma ambição de verdade, porque isso se encontra irremediavelmente ligado ao seu núcleo de saber. O problema está em se verificar o quão eficaz ele pode ser em uma ambição por um conhecimento significativo sobre um fato passado e quais limites devem ser impostos ao exercício deste poder⁵⁹.

Nessa situação, qual é a verdade que se prova no processo? O que se prova é sempre algo passado e não futuro. O que se faz é buscar reconstruir algo e isso significa trazer instrumentos por meio de pessoas, documentos, elementos probatórios, que demonstrem a existência de um fato ocorrido. A pretensão é trazer ao Juiz condições de provar o fato exatamente como ele ocorreu.

Há que se perscrutar a verdade, extraída de um processo pautado no devido procedimento, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas e conduzido por magistrado imparcial.

A desistência pela busca muitas vezes acontece exatamente por utilizar a expressão da “verdade formal”, pois, se é formal não é o que se pôs, é aquilo se buscou, bastando a aparência de verdade como suficiente para prova dos fatos. No sentido

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 57

⁵⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p.57

⁵⁸ KHALED JR., Salah H. **Ambição de Verdade no Processo Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2009. p.

28

⁵⁹ *Ibidem*, p. 175

contrário tem-se também um problema com a “verdade real”, vez que, em nome dela, praticam-se diversas atrocidades porquanto ao invés de desistir tem-se que achar a verdade real de qualquer maneira.

Neste aspecto, ocorrem diversas barbaridades, pois se acredita na viabilidade de se fazer o que for necessário para encontrar a verdade, com excesso na busca, com poderes concedidos ao Juiz. A verdade é a aquela possível de ser construída no processo, não seguindo um “ideal”, mas sim aquele meio capaz de prestar a tutela jurisdicional da forma mais adequada possível.

Leciona o professor Tourinho Filho que “o juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à Justiça”⁶⁰.

Com efeito, há certa tendência no sentido de vedar ao Juiz penal a produção de provas, tornando o Processo Penal um verdadeiro processo das partes: cabe à acusação levar a juízo as provas capazes de inculpar o réu (se for o caso), como decorrência mesmo do princípio da presunção de inocência, ficando o Juiz, como órgão superpartes, impossibilitado de intervir na produção de prova. No entanto, as reformas introduzidas em nossa legislação processual penal, notadamente a reforma implantada através da Lei n. 11.690/2008, dando nova redação ao art. 156⁶¹ do Código de Processo Penal, dão a entender que essa indiferença do Juiz ainda está longe de acontecer⁶².

Não pode ser admitido que vença o discurso de que a persecução penal está pautada em interesse público, que a atuação repressiva e punitiva do Estado está consubstanciada na importância e conveniência comum, e por isso podem ser afastadas garantias e direitos constitucionais do acusado para travar uma corrida em busca de um ideal de verdade.

As partes devem demonstrar a plausibilidade daquilo que alegam e incube, inclusive por força da Constituição da República, ao Ministério Público, a demonstração das

⁶⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1. p. 59

⁶¹ Art. 156 A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.* p. 59

provas de autoria e existência do fato (prefere-se não falar em materialidade, pois, como sabido, em nosso ordenamento jurídico penal há crimes formais, crimes de mera conduta, sob os quais não é possível extrair materialidade), caso não logre êxito em sua atividade, deverá, de forma inexorável, ser declarada a extinção da ação penal, sendo o réu absolvido por falta de provas. São essas as regras do jogo, e não se pode fugir delas, sob pena de retornarmos à inquisição e instituímos um retrocesso sem precedentes.

Com efeito, Tourinho Filho, realçando o tratamento dado à busca pela verdade real traça um paralelo entre o processo civil e o processo penal, objetivando demonstrar como a verdade real é tratada nesses dois âmbitos jurídicos, aduzindo que “no processo civil vigoram as presunções, as ficções, as transações, elementos todos contrários à declaração de certeza da verdade material”⁶³. E continua, fazendo um comparativo, dizendo que, “se o réu, no Processo Civil, estando em jogo interesse disponível, reconhece a procedência do pedido, extingue-se o processo com resolução do mérito. No Processo Penal, não; a confissão não passa de simples meio de prova”⁶⁴. Percebe-se que, no âmbito cível, há uma maior disponibilidade relativamente à pretensão discutida no processo.

Ademais, nota-se que, se o Juiz penal absolver o réu e, após transitar em julgado a sentença absolutória, provas concludentes contra o mesmo réu aparecem, não poderá ser instaurado novo processo penal pelo mesmo fato. Entretanto, na hipótese de condenação, será possível a revisão⁶⁵. Constata-se o peso e a diferença no tratamento visto que, sempre que se fala em processo penal, e em ação penal, estar-se-á tratando da liberdade de um sujeito.

Versando sobre sistemas processuais penais e o princípio da verdade real, o professor Salah Khaled aponta que o processo penal é nutrido por um discurso sobre a verdade que fundamenta a outorga legal de poderes ao magistrado para a busca desta verdade. O discurso sobre verdade e os poderes conferidos ao juiz são os divisores de águas entre os sistemas processuais. O que distingue, em essência,

⁶³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1. p.

60

⁶⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁶⁵ *Ibidem*, loc. cit.

um modelo garantista de um modelo autoritário, é a prevalência de um aspecto sobre o outro⁶⁶.

Nesta senda, compulsando-se nosso sistema processual penal descobre-se que o Juiz aparece como titular de um poder autônomo de investigação. No processo penal brasileiro o magistrado tem o poder de investigar de ofício a verdade dos fatos, apesar da inatividade do Promotor de Justiça e da parte contrária. E pode fazê-lo tanto na instrução criminal em juízo, quanto na instrução criminal preliminar, investigativa⁶⁷.

Observando-se o quanto disposto, percebe-se um exagero do legislador; não se pode, nem se deve atribuir ao Juiz poderes exclusivos e pertinentes às partes. Deveria cumprir ao Juiz, apenas, prover à regularidade do processo, limitar-se a recolher as provas apresentadas e julgar. Infelizmente o nosso Processo Penal apresenta acentuados laivos de inquisitividade⁶⁸.

O Estado deve investigar a verdade dos fatos, quem realmente os praticou e em quais circunstâncias foram perpetrados. Mas, para isso, a própria Lei Máxima já determinou órgãos, ou institutos para buscar investigar, formar uma opinião, e acusar aquele que acredita ter incorrido na prática de uma conduta delituosa; e dentre estes órgãos estatais de acusação, não está o Judiciário. É por todos sabidos que o Estado chamou para si a responsabilidade da acusação, mas há funções específicas para os diferentes atores da relação processual. Não é função de um Juiz investigar em um processo penal democrático⁶⁹.

3.2.2 Reconstrução dos fatos conforme o processo e verdade processual

Sustenta, acertadamente, Aury Lopes que “é preciso entender que falar em processo é, antes de tudo, falar em atividade cognitiva de um juiz que não sabe,

⁶⁶ KHALED JR., Salah H. **Ambição de Verdade no Processo Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 168

⁶⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1. p. 60

⁶⁸ *Ibidem, loc. cit.*

⁶⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 09

mas que precisa saber⁷⁰”. O juiz deve desabergar o que fora executado anteriormente, necessitando de alguém que tenha conhecimento do ocorrido para lhe permitir a reconhecimento. “O juiz foi ontologicamente concebido para ser um ignorante, ele ignora os fatos e a prova, e isso é fundamental para a estrutura do processo acusatório⁷¹”. As partes tem a incumbência de levar os elementos que deverão formar o convencimento do magistrado.

Retratando a verdade real, Nestor Távora⁷² mostra que, “em termos absolutos, pode se revelar inatingível”, narrando que “a revitalização no seio do processo, dentro do fórum, numa sala de audiência, daquilo que ocorreu muitas vezes anos atrás, é, em verdade, a materialização formal daquilo que se imagina ter acontecido”.

Dessa forma, a verdade e a certeza, dificilmente serão atingíveis, no processo ou fora dele não se configurando apropriada a nomenclatura de “verdade real”; seria mais adequado falar-se em “verdade processual”, até porque, os materiais recolhidos ao processo podem mostrar uma realidade “distorcida”⁷³.

“A única verdade admissível é a processual, produzida no âmago da estrutura dialética do processo penal e com plena observância das garantias de contradição e defesa”⁷⁴. Dessa forma, os elementos colhidos na fase pré-processual não podem ser outra coisa, senão, considerados meros atos de investigação e, em assim sendo, destinados tão somente a ter uma eficácia restrita às decisões interlocutórias que se produzem no curso da instrução preliminar.

Segundo Ferrajoli, a análise do conceito de verdade processual conduz, conseqüentemente, aos conceitos de “verdade fática” e de “verdade jurídica”. No primeiro caso são os fatos ocorridos na realidade e no segundo as normas que a ele se referem. Portanto, uma proposição jurisdicional será (processual ou formalmente) verdadeira se, e somente se, é verdadeira tanto fática quanto juridicamente⁷⁵:

A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses jurídicas depende do fato de que a verdade “certa”, “objetiva” ou “absoluta”

⁷⁰ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 263

⁷¹ *Ibidem*, p. 273

⁷² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p.58

⁷³ GRINNOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal**, 2005. p. 15

⁷⁴ LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, 2004. p. 257

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 50

representa sempre a “expressão de um ideal inalcançável”. A ideia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica⁷⁶.

“A verdade real é inalcançável, até porque a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós⁷⁷”. Deve-se considerar que o processo penal tem por finalidade fazer a reconstituição de um fato histórico e que a reconstrução de um fato histórico é sempre diminuta e imprecisa.

O juiz não está livre para dar razão a quem lhe convenha, vez que se encontra atrelado à história retratada pela prova contida nos autos. Logo, está obrigado a dar razão àquele que melhor consiga, através da utilização de meios técnicos apropriados, convencê-lo. Sobre o papel do juiz, doutrina Salah Khaled:

Uma vez que é a atuação do juiz que define todo o sistema como inseri-lo em uma posição de necessário equilíbrio? O juiz é o ponto nevrálgico, o elemento chave, a figura a quem cabe controlar a formação da dimensão de saber e a partir daí aplicar o poder, enquanto órgão do Estado. Para determinar seu lugar propriamente, é necessário superar uma série de obstáculos: a sensibilidade inquisidora, a concepção positivista de mera boca da lei e o cientificismo moderno que pretendia obter verdades sobre o real a partir da separação entre sujeito e objeto. Estes três caminhos, cada um à sua maneira, conduzem à hybris processual e à verdade como veneno, justamente o que se deve evitar. Portanto, como fazer do juiz um antídoto dentro do processo, apto a limitar o exercício do poder punitivo?⁷⁸

Daí a expressão o juiz diz o direito, a partir de um mero juízo de fato. O mero juízo de fato é a expressão máxima de uma ambição de verdade como correspondência adequada ao racionalismo cartesiano em que qualquer possibilidade de desvelamento fica desfigurada, em nome da simples constatação do sujeito racional⁷⁹.

Quando não há limites em relação à incidência do poder sobre o saber, todas as garantias do acusado caem por terra. É esta condição que faz com que os freios colocados diante do juiz devam ser muito bem definidos e eficazes. Todavia, até mesmo numa visão perfunctória, é possível perceber que não é o que se verifica

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 52

⁷⁷ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 262

⁷⁸ KHALED JR., Salah H. **Ambição de Verdade no Processo Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2009. p.

276

⁷⁹ *Ibidem*, p. 68

diuturnamente, pois sob a chancela da dita verdade real, o juiz assume poderes ilimitados.

Considerando a necessidade de limites ao poder, diz-se que “fato é acontecimento histórico, e a verdade da instrução também será uma verdade histórica, devendo partir do juiz o limite que a sociedade estabeleceu à busca do conhecimento daquele fato”⁸⁰.

Sem balizas, demarcações, barreiras à busca da “verdade”, o sistema acusatório não se realiza e a sensibilidade inquisidora prevalece. Uma das causas da defesa convicta da verdade real pelo conservadorismo é a atribuição de um poder que não conhece freios e, muitas vezes, é utilizado de forma arbitrária contra os cidadãos. Por outro lado, é justamente o reforço do controle sobre esse núcleo de saber através do contraditório que permite uma cognição de maior qualidade, e consequentemente, um controle desse poder⁸¹.

Parece indiscutível que na reconstrução histórica o processo deve buscar ser o mais fiel possível aos eventos ocorridos. Entretanto, para boa parte da doutrina, esse “buscar ser” leva à errônea conclusão de que o processo penal é caracterizado por uma lógica de verdade correspondente ao real.

Por mais que tenha defensores, o mito da verdade real é categoricamente impossível. Não existem mecanismos capazes de eliminar os inúmeros impedimentos à obtenção de uma verdade real e que possibilite essa ideia de que o historicamente verificável pode ser obtido sem qualquer espécie de deformação⁸².

Carece-se considerar que o processo penal tem por finalidade, através da prova, fazer a reconstrução de um fato histórico, do fato típico, do crime, em tese, ocorrido e que a reconstrução de um fato histórico é sempre minimalista e imperfeita.

Mesmos os fatos mais evidentes, notórios, chamados no âmbito do judiciário de flagrante delito, carregam uma nebulosidade que impede de ser totalmente transparente, deste modo impossível de se tornar visível na sua totalidade.

Para Mirabete, o que permite a condenação é que o juiz “se convença que são verdadeiros determinados fatos, chegando à verdade quando a ideia que forma em

⁸⁰ KHALED JR., Salah H. **Ambição de Verdade no Processo Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 182

⁸¹ *Ibidem*, *loc cit.*

⁸² *Ibidem*, p. 183

sua mente se ajusta perfeitamente com a realidade dos fatos”⁸³. Esta formulação contrasta radicalmente com a opinião da doutrina mais progressista, que considera tal posição mal formulada, notadamente pela impossibilidade de afastar os freios colocados ao juiz em face das garantias constitucionais do indivíduo.

Como dito, ao juiz cabe uma tarefa eminentemente prática e interpretativa, motivo pelo qual a prudência e a hermenêutica podem ser extremamente úteis ou até mesmo essenciais para o bom desempenho de sua função⁸⁴.

Cumprir lembrar que o processo é por natureza um limite ao poder; se não fosse esse o seu sentido, sequer precisaria existir. Trata-se de um ritual de redução da complexidade que condiciona o exercício legítimo do poder. Dentro desta concepção, o equilíbrio que deve caracterizar o sistema só pode ser obtido de um lado, por regras formais que condicionem a decisão jurídica e de outro, por provas que exerçam função de verossimilhança, colocando-se assim como um limite ao poder. Neste sentido, são indispensáveis as garantias quanto à formação do processo, coleta da prova, exercício do direito à defesa e a formação da convicção do julgador⁸⁵.

3.3. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

A imparcialidade é uma característica que diz respeito a várias áreas da vida, e pode ser verificada em qualquer pessoa ou instituição que exerce um poder ou influência. Trata-se de qualidade da pessoa que julga com isenção, com justiça.

Ser imparcial pressupõe a exata compreensão do observador, ou do julgador, acerca da sua formação subjetiva, de seus conceitos, de sua função, para, com isso, adotar uma postura efetivamente distante, alheia em relação aos interesses das partes envolvidas na controvérsia judicial.

Imparcialidade não é apenas um valor instrumental relacionado à ideia de Justiça, e, por isso, estruturante da própria função jurisdicional, mas em si um direito subjetivo

⁸³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 256

⁸⁴ KHALED JR., Salah H. **Ambição de Verdade no Processo Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2009. p.

276

⁸⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

fundamental, em que o bem jurídico tutelado é a existência e o correto funcionamento do ordenamento jurídico⁸⁶. Nas palavras de Zaffaroni:

“a jurisdição não existe se não for imparcial. Isto deve ser devidamente esclarecido: não se trata de que a jurisdição possa ou não ser imparcial e se não o for não cumpra eficazmente sua função, mas que sem imparcialidade, não há jurisdição. A imparcialidade é a essência da jurisdicionariedade e não o seu acidente”⁸⁷.

Como assevera Ada Pellegrini Grinover, “a imparcialidade do juiz, mais do que simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial, sendo o princípio do juiz natural erigido em núcleo essencial do exercício da função⁸⁸”. A imparcialidade não é uma qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório.

O Estado, na persecução penal, deve assegurar às partes, para julgar a causa, a escolha de um juiz previamente designado por lei e de acordo com as normas constitucionais. A preocupação maior é assegurar a imparcialidade do julgador, visto que, num Estado Democrático de Direito, é inconcebível que os julgamentos materializem-se de forma parcial e dissociada do equilíbrio que as partes esperam da magistratura⁸⁹.

O princípio do juiz natural, abordado no tópico anterior, tem por finalidade, em último grau, assegurar a atuação de um juiz imparcial na relação processual. Entretanto, por mais cautela que se tenha na elaboração de leis, é possível que um determinado caso chegue às mãos de magistrado parcial. Nucci cita fatores em que se pode perceber falta de isenção: “corrupção, amizade íntima ou inimizade capital com alguma das partes, ligação com o objeto do processo, conhecimento pessoal sobre o fato a ser julgado etc.”⁹⁰.

⁸⁶ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 100

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 86 e 91

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 44

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 38

⁹⁰ *Ibidem*, p. 39

O princípio da imparcialidade é constitucionalmente assegurado, embora de maneira implícita. Ingressa no sistema pela porta do art. 5.º, § 2º, da Constituição⁹¹. Ora, não somente o princípio do juiz imparcial decorre do juiz natural, afinal, este sem aquele não tem finalidade útil, como também é fruto do Pacto de São José da Costa Rica, firmado pelo Brasil e, em vigor, desde 1992, notadamente no art. 8.º, item 1⁹².

Apesar de a matéria ser pouco tratada pelos tribunais pátrios, convém destacar excerto do julgamento de um Habeas Corpus⁹³, pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Eros Grau, *in verbis*:

[...] ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV. A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo --- quando o exijam a Constituição e a lei --- mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe.
[...]

A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes⁹⁴.

3.3.1 A imparcialidade como princípio supremo do processo

⁹¹ Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁹² Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.95009, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 Divulg 18-12-2008 Public 19-12-2008. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=95009&classe=HC&codigoClas se=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 25 mai. 2015

⁹⁴ *Ibidem*.

Imparcialidade pode – e deve – ser vista como um dos princípios supremos do processo, pois dela decorre uma vinculação da conduta dos julgadores, que devem se comportar na direção do processo como terceiros alheios. Esse é o padrão a ser observado, o comportamento a ser adotado, o mandamento de otimização que se depreende da compreensão do processo como uma estrutura heterônoma.

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um princípio superlativo, proeminente do processo. Imprescindível para o seu normal desenvolvimento. Corresponde a posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. “Não se pode pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, sob pena de incorrer em grave reducionismo⁹⁵”.

Eis o conceito de imparcialidade dado por Nestor Távora: denominada por alguns de “alheabilidade” – é entendida como característica essencial do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar o afastamento necessário para conduzi-lo com isenção⁹⁶.

Conceituando reversamente, definir-se-á como a ausência daquilo que se entende por parcialidade, essa caracterizada por um estado anímico do julgador marcado pela subjetividade e pela emoção. Imparcial é o juiz objetivo, desapassionado, que não favorece, por seu interesse ou simpatia, a nenhuma das partes⁹⁷.

O ideal do juiz imparcial é de ser concebido aproximativamente; a isenção preconizada pelo ordenamento jurídico implica na postura de um magistrado que cumpra a Constituição, de maneira honesta, prolatando decisões suficientemente motivadas⁹⁸.

Atualmente a questão da imparcialidade somente tem vindo à tona nos processos criminais quando suscitadas as hipóteses de exceção de impedimento ou de suspeição, já descritas anteriormente, razão pela qual se pode falar, hoje, ser imparcial o juiz não suspeito ou impedido, vale dizer, um conceito que se dá, negativamente.

⁹⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 178

⁹⁶ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 52

⁹⁷ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 47

⁹⁸ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 53

Diante desse trato, extremamente reducionista, dispensado aos casos de comprometimento da imparcialidade do juiz, se por um lado, as hipóteses previstas nos aludidos dispositivos, para parte da doutrina e jurisprudência, são exaustivas, também é fato que estão longe de abranger todas as ocorrências em que o juiz deveria ser considerado impedido de atuar com a necessária isenção⁹⁹.

A complexidade que o conceito de imparcial encerra vai muito além da presença ou ausência de causas de impedimento ou de suspeição.

O importante é que as partes creiam ou sintam, tanto em caso de decisão favorável como desfavorável, que a causa foi julgada por um juiz, subjetiva e objetivamente, imparcial.

Fazendo a relação com os sistemas processuais penais, a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório. Somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir um afastamento do juiz da atividade investigatória.

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um princípio de extrema relevância para o processo e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção de um decreto judicial justo. Este princípio se constitui em um componente essencial da atividade jurisdicional, tanto como valor ou qualidade estruturante da função jurisdicional, bem como um princípio propriamente dito, aqui entendido como padrão a ser observado, como uma conduta devida¹⁰⁰.

Com efeito, o direito de ser julgado por um juiz imparcial tem sido efetivamente tratado pelos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos, como um direito fundamental, de primeira relevância, um comportamento que o estado, no intuito de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, deve ter como padrão, a referência para a conduta profissional dos magistrados, orientando o exercício da atividade jurisdicional e, ao mesmo tempo, limitando o poder a eles inerente; um

⁹⁹ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. **Direito & Justiça**. Rio de Janeiro v. 39, n. 1, p. 116-120, jan./jun. 2013, p. 117

¹⁰⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo legal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 233

instrumento de garantia do devido processo penal e, ao fim e ao cabo, do justo reparo¹⁰¹.

3.3.2 Imparcialidade e neutralidade

André Machado Maya focaliza que uma postura imparcial do juiz não pressupõe, em absoluto, sua neutralidade, apontando a incompatibilidade entre a racionalidade, o formalismo expresso e o ideal de justiça e diferenciando-as:

Enquanto a imparcialidade é um dado objetivo de ordem processual, relacionado à condição de juiz-homem-individual, a neutralidade é um dado subjetivo relacionado ao juiz-cidadão-social, equação formada pela visão geral de mundo do magistrado, um ser humano que, no ato de julgar, implode em suas questões existenciais, em seus porquês, em suas emoções, nos sentidos que busca da vida e nas próprias expectativas e intenção que pretende comunicar na sentença¹⁰².

Não se pode, de forma alguma, exigir neutralidade do julgador. Enquanto a imparcialidade trata da proteção do julgador contra interferências alheias ao caso penal ou a ciência dos fatos antes da atuação das partes, a neutralidade permitiria concluir pela indelével perfeição do julgado, cuja possibilidade de erro inexistiria. Também permitiria a construção de um julgador infenso a qualquer fatalidade do cotidiano¹⁰³.

Ferrajoli aponta que “o juiz não é máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela¹⁰⁴”.

Como dito, o juiz compreende o objeto que lhe é dado julgar, como, por exemplo, um caso penal, pela interpretação que dele faz, tendo por base a sua própria realidade, sua história de vida, suas tradições, o que não lhe permite colocar-se perante as partes como um ser isolado em sua existência. E nem se quer esse tipo de acontecimento. Um das piores situações da prática processual penal é a existência

¹⁰¹ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 101

¹⁰² *Ibidem*, p. 50

¹⁰³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 170

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 41

de juízes alienados, dissociados da realidade em que vivem, alheios ao meio social em que estão inseridos.

O intérprete não apenas descreve o significado prévio do que lhe é dado interpretar, mas o reconstrói. Carece de sentido a pretensão de se alcançar um juízo neutro, isento de todo o tipo de influências. É impossível compreender algo se limitando ao presente, pois há inegavelmente a dependência de um passado do sujeito que será descarregado no objeto do presente no momento imediatamente anterior ao ato de interpretar¹⁰⁵.

Assim, a compreensão do juiz como homem inserido em um dado contexto social, conduz à impossibilidade de que ele seja pensado como um ser isolado no mundo ou com isenção de valores e emoções, apto a colocar-se diante de controvérsias jurídicas sem experimentar, diante delas, nenhuma sensação emotiva. Um magistrado nesses moldes não seria sequer capaz de julgar efetivamente, pois o julgamento pressupõe uma tomada de posição, uma escolha entre duas ou mais opções, o que é incompatível com a ideia de abstenção característica da neutralidade¹⁰⁶.

“Imparcialidade não tem absolutamente nada a ver com neutralidade, pois juiz neutro não existe¹⁰⁷”. Não se questiona mais que o ato de julgar reflete um sentimento, uma eleição de significados válidos na norma e das teses apresentadas. Existe um conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar e que impedem qualquer construção que envolva neutralidade.

Afastando-se por completo a possibilidade de neutralidade do julgador, requer-se o seu afastamento mínimo indispensável ao pronunciamento de um julgamento cujo interesse na resolução não seja de índole pessoal e não eivada de juízos precipitados, notadamente contaminados pelo contato com as questões do processo, antes mesmo da propositura da ação penal.

O juiz não pode ser encerrado numa redoma. O mito da neutralidade funda-se na possibilidade de o juiz ser desprovido de vontade inconsciente. O órgão julgador tem de ser terceiro e desinteressado. Porém, a neutralidade é impossível, pelo que o juiz

¹⁰⁵ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.. p. 53

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 58

¹⁰⁷ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Vol 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 425

é um ser humano que exerce seu ofício embasado em razão e emoção, o que envolve premissas de índole ideológica, cultural, econômica, religiosa. Ninguém é neutro, porque todos têm medos, traumas, preferências, experiências. Já a imparcialidade deve ser premissa procedimental¹⁰⁸.

3.3.3 Imparcialidade e “imparcialidade”

Ser imparcial não significa, necessariamente, não ser parte. A imparcialidade não pode ser reduzida a uma concepção meramente formalista, sendo mais bem definida pela relação existente entre o sujeito processual e o motivo do ato processual por ele praticado¹⁰⁹.

A verdadeira imparcialidade vai além do simples não ser parte, ou da chamada *imparcialidade*. Exige do juiz uma atuação subjetivamente determinada ao correto cumprimento da função jurisdicional, limitada à aplicação do direito objetivo, livre de influências externas ao exercício dessa função que possam interferir na decisão e objetivamente determinada, no sentido de não haver contaminação, de existir uma isenção cognitiva, de inexistir pré-julgamentos, conhecimentos antecipados dos fatos.

Nesse contexto, o não ser parte, ou a “imparcialidade”, funciona como um pressuposto da noção de imparcialidade, pois a abstração subjetiva inerente a essa qualidade do julgador somente se faz possível na medida em que o juiz não tiver nenhum interesse no resultado da contenda, o que só se alcança nas hipóteses de heterotutela. Entretanto, ressalta-se que o não ser parte é algo objetivo, que se aproxima mais da essência da atividade jurisdicional do que da própria ideia de imparcialidade¹¹⁰.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Daniela Olimpio de. TEIXEIRA, Maria Luiza Firmiano. A imparcialidade do juiz a partir do desentranhamento da prova ilícita. **Revista dialética de direito processual**, n. 106, janeiro 2012 edições Loyola. p. 68

¹⁰⁹ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 64

¹¹⁰ MAYA, André Machado. A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos e da corte constitucional da Espanha. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. disponível em <<https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antiores/XVII+Congresso+Nacional+->

O termo *partial* expressa a condição de parte na relação jurídica processual e, por isso, a *imparcialidade* do julgador perfaz-se um consectário lógico do acolhimento da chamada heterocomposição, por meio da qual um terceiro (o juiz) *impartial* substitui a autonomia das partes¹¹¹.

Deve, o judiciário, consoante já dito anteriormente, atuar como órgão supra-ordenado às partes ativa e passiva, como órgão *suprapartes*. Exige-se uma posição de terceiro, um estar *alheio* aos interesses das partes na causa, não significando que o órgão jurisdicional deve estar *acima* das partes, em uma posição superior, não, mas que está para além dos interesses delas.

Ocorre que, a estrutura de devido processo legal, em um plano de processo penal em um Estado Democrático de Direito, em que deve haver imparcialidade do órgão julgador, cai por terra quando se atribuem poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz, pois, a gestão da iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório¹¹².

Quando se percebe este cenário, devasta-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade.

Passadas a neutralidade e a imparcialidade, convém realçar o papel da pré-compreensão na formação do convencimento do intérprete do direito, notadamente do magistrado. Será necessário também, entender o papel da pré-compreensão, relativamente à imparcialidade objetiva e subjetiva.

3.3.4 O papel da pré-compreensão na formação de opinião do intérprete do Direito

Exige-se do juiz, em um sistema que tem a imparcialidade com norma constitucional, uma atuação livre de pré-conceitos, ou pré-juízos, o que deve ser entendido não

+Bras%C3%ADlia+(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008).pdf>. Acesso em 15 out. 2015, p. 4293

¹¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. Juízes Inquisidores? E Paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, ano 3, n.10. 2003, p. 122

¹¹² *Ibidem*, loc. cit.

como a negação das possíveis influências do subjetivo do julgador na decisão a ser proferida, mas, sim, como a inexistência de uma convicção prévia acerca do objeto do julgamento, de uma opinião sobre o caso ou sobre as partes envolvidas. Contudo, primordial abordar a relação entre a pré-compreensão e a imparcialidade.

O homem como ser inserido no mundo é reflexo das experiências que ele vivencia ou vivenciou. Com isso, adota ideologias e convicções que para ele formam base para a tomada de qualquer decisão. No mundo jurídico vê-se isso em faina diurna. O ser humano não sendo capaz de se abster integralmente de suas pré-compreensões, as toma como base para dar sua decisão¹¹³.

Diante disso, toda vez que se realiza a leitura de um texto, para buscar compreendê-lo, faz-se uma projeção, cria-se uma linha de raciocínio sobre o caso, ou sobre os fatos propostos no texto. Ao se iniciar a decodificação de uma mensagem, o intérprete cria em subconsciente uma ideia de como deve seguir todo o texto, de acordo com sua ideologia, experiência, princípios. É o que ocorre com o juiz diante dos autos da investigação, quando lhe compete decidir sobre, por exemplo, a expedição de um mandado de busca e apreensão:

Quem quiser compreender um texto, realizará sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete projetará um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido¹¹⁴.

Analogicamente, quando qualquer pessoa, por exemplo, pega um livro e observa sua capa, inconscientemente, faz uma análise acerca do tema ou do sentido da obra. Da mesma forma ocorre quando chega para um magistrado um determinado caso posto e ele começa a lê-lo, estabelecendo pré-juízos sobre a causa, diante, na investigação, apenas do requerimento policial, e da versão dos fatos, via de regra, contada por um delegado de polícia.

¹¹³ MACHADO, Claudio Roberto da Silva. MACHADO, Luiz Fernando da Silva. O mito da imparcialidade do juiz e a pré-compreensão. **Caderno de Pesquisa Discente - Faculdade de Direito de Caruaru**. Caruaru: Ideia, vol. 8, n. 1. 2009, p. 46

¹¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *apud* MACHADO, Claudio Roberto da Silva. MACHADO, Luiz Fernando da Silva. O mito da imparcialidade do juiz e a pré-compreensão. **Caderno de Pesquisa Discente - Faculdade de Direito de Caruaru**. Caruaru: Ideia, vol. 8, n. 1. 2009, p. 46

No processo penal, principalmente, mais do que se interpretar uma norma, ou ler um livro, trata-se do julgamento de um caso, uma situação real, envolvendo um homem e a dramaticidade de sua vida, à luz da norma e das diretrizes do sistema legal.

O juiz é um ser inserido no mundo, tendo suas ideologias, princípios, experiências, como base para as suas decisões. Ou seja, ele faz uso da sua pré-compreensão na tomada de decisões jurídicas. Assim, sempre impregna suas decisões com ela¹¹⁵.

Aquele juiz seguindo o molde mais conservador, tentando ser imparcial, em seus julgamentos, sentenças, que diz que “a lei por si só, já dá a decisão sendo papel do juiz apenas aplicar a lei mais adequada ao fato jurídico”, já está, mesmo sem ter consciência disso, aplicando suas ideologias e princípios. Como dito, a neutralidade do juiz é impossível de ser alcançada¹¹⁶.

A pré-compreensão é a base para a compreensão total de algo. Pois há uma sequência na atividade de compreensão: primeiro se pré compreende algo, para depois haver um trabalho de corrigir e confirmar as ideias da pré-compreensão, então o conjunto de todos esses atos é a compreensão¹¹⁷.

Aury Lopes faz um estudo sobre a chamada teoria da dissonância cognitiva, que merece, mesmo que de forma sucinta, alguns comentários neste momento. O termo é aplicado pela psicologia no que se refere ao conflito entre duas ideias, crenças ou opiniões incompatíveis. Segundo ela, cognições contraditórias entre si servem como estímulos para que a mente obtenha ou produza novos pensamentos, ou modifique conceitos pré-existentes, de forma a reduzir a quantidade de dissonância (conflito) entre as cognições.

Explica o jurista gaúcho que a teoria analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de consonância (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas

¹¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *apud* MACHADO, Claudio Roberto da Silva. MACHADO, Luiz Fernando da Silva. O mito da imparcialidade do juiz e a pré-compreensão. **Caderno de Pesquisa Discente - Faculdade de Direito de Caruaru**. Caruaru: Ideia, vol. 8, n. 1. 2009, p. 46

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 47

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 51

crenças ou pensamentos, etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado¹¹⁸.

O juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, para recebê-la, sendo inafastável o pré-julgamento. É de se supor que tendencialmente o juiz irá se apegar a essa imagem já construída, e, por certo, tentará confirmá-la na instrução processual. Em outras palavras, tendencialmente deverá superestimar as informações que coincidam ou corroborem que a imagem formada e menosprezar as informações que destoem.

“Quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar mais provável é a frequência com que ele condenará¹¹⁹”. A tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz a dissonância cognitiva. Como consequência existe o efeito de autoconfirmação das hipóteses, através da busca seletiva de informações.

Por isso, uma vez mais, demonstra-se que o juiz preventivo-contaminado não poderia – e não pode – ser o mesmo a atuar no processo, vez que sempre buscará – e busca – confirmar as hipóteses iniciais acusatórias, que já foram sedimentadas como corretas, superestimando-as, em detrimento das informações e argumentos contrários, da tese defensiva.

Ao ler e estudar, o juiz, os autos da investigação preliminar para decidir, por exemplo, se decreta ou não a prisão preventiva, forma uma imagem mental dos fatos. Inevitavelmente. Inclusive, para esta decisão, como para qualquer outra, a formação da imagem é necessária. O problema vem com a atuação posterior. O risco de pré-julgamento é real e expressivo.

3.3.5 Imparcialidade subjetiva e imparcialidade objetiva

André Machado Maya, tratando sobre a imparcialidade e buscando explicá-la, faz um interessante paralelo entre este princípio e a mitologia, aduzindo que: “a venda

¹¹⁸ LOPES JR. Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 01 set. 2015, p. 01

¹¹⁹ *Ibidem, loc. cit.*

nos olhos da deusa deu ensejo ao popular ditado de que a Justiça é cega, o que passou a ser interpretado como uma garantia do equilíbrio pretendido pelo direito, impedindo-a de visualizar as partes envolvidas no conflito¹²⁰. Continua, ponderando que Justiça e imparcialidade são dois valores intimamente conectados, esta como uma espécie de requisito operacional legitimador daquela. A justiça é imparcial porque pondera objetivamente as pretensões deduzidas em juízo, sem ver quem bate à sua porta¹²¹.

Ao versar sobre imparcialidade, costuma-se doutrinariamente qualificá-la como um elemento estrutural do processo, uma nota indispensável da jurisdição, ou um princípio supremo do processo¹²², referindo ser ela a base e o elemento diferenciador da atividade jurisdicional em relação aos demais poderes.

A imparcialidade só pode ser compreendida como essência da jurisdição, constituindo-se um valor que se reflete principalmente no âmbito interno do processo, vertendo a exigência de que na condução de toda a atividade processual (e também pré-processual) – e especialmente nos momentos decisórios – o juiz se coloque sempre *supra partes*, conduzindo-se como um terceiro desinteressado, ontologicamente ignorante.

O juiz não é neutro, mas pode e deve ser imparcial, principalmente quando se compreende que “a imparcialidade é uma construção técnica artificial do direito processual, para estabelecer a existência de um terceiro, com estranhamento e em posição de alheamento em relação ao caso penal, que estruturalmente é afastado”¹²³. É, acima de tudo, uma concepção objetiva de afastamento, estrutural do processo e estruturante da posição do juiz.

Os juízes dotados de conhecimentos dos autos da investigação não apreendem e não armazenam corretamente o conteúdo defensivo presente na instrução, porque só buscarão assimilar e memorizar as informações incriminadoras que confirmam o

¹²⁰ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 45

¹²¹ *Ibidem*, loc. cit.

¹²² *Ibidem*, loc. cit.

¹²³ LOPES JR. Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 01 set. 2015, p. 02

que estava na investigação. O juiz tendencialmente apega-se à imagem do ato que lhe foi transmitida pelos autos da fase pré-processual, investigativa¹²⁴.

Esta situação é agravada pelo chamado ‘efeito aliança’, segundo o qual o juiz tende a se orientar pela avaliação realizada pelo promotor, vez que não vê no advogado a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação, percebendo isto apenas no promotor, outro servidor público.

“O juiz é um terceiro inconscientemente manipulado pelos autos da investigação preliminar¹²⁵”. Considerando a complexidade do processo penal, devem-se buscar medidas de redução de danos, que diminuam a permeabilidade inquisitória e os riscos para a imparcialidade e a estrutura acusatória constitucionalmente demarcada¹²⁶.

André Machado Maya destaca também que a imparcialidade tem caráter nitidamente procedimental. Afeta o modo de desenvolvimento da atividade jurisdicional. Modelo estruturante. Resultado de um conjunto de garantias constitucionais da magistratura¹²⁷.

O magistrado deve revestir-se da imparcialidade objetiva, como cláusula elementar do princípio constitucional do justo processo da lei. Há quebra quando funciona, o julgador, na produção das provas e cognição dos fatos, nas duas fases em que se desdobraram o objeto de apuração jurisdicional, ou seja, na investigação e no processo e julgamento da ação penal consequente.

O juiz, ao conduzir e julgar a ação penal, não consegue – nem poderia fazê-lo, dada a natural limitação do mecanismo de autocontrole sobre motivações psíquicas subterrâneas – despir-se da irreprimível influência das impressões pessoais gravadas já na instrução do procedimento de investigação¹²⁸. Nas palavras do Ministro Cezar Peluso:

¹²⁴ LOPES JR. Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 01 set. 2015, p. 02.

¹²⁵ *Ibidem*, loc. cit.

¹²⁶ *Ibidem*, loc. cit.

¹²⁷ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 46

¹²⁸ Voto Vista do Min. Cezar Peluso no julgamento do HC 94641. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.94641. Paciente: Osmar Vieira Barbosa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Ellen Gracie, DJ 06 mar. 2009. Disponível em:

É o que se vê claro no conteúdo das suas decisões, em especial no recebimento da denúncia e na decretação da prisão preventiva do ora paciente, em ambas as quais evidenciou estar fortemente influenciado, na formação e justificação do convencimento, pelas percepções adquiridas na investigação preliminar.

Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar de ruptura da situação de imparcialidade objetiva, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isento da função jurisdicional¹²⁹.

Diz-se objetiva a imparcialidade porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá, o juiz, desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir.

A imparcialidade da jurisdição é exigência primária do princípio do devido processo legal, na medida em que não pode haver processo que, conquanto legal ou oriundo da lei, como deve ser, seja também justo – como postula a Constituição da República –, sem o caráter imparcial da jurisdição. Não há, deveras, como conceber-se processo jurisdicional – que, como categoria jurídica, tem por pressuposto de validade absoluta a concreta realização da promessa constitucional de ser justo ou devido por justiça –, sem o predicado da imparcialidade da jurisdição, ou do juiz.

Não pode, à míngua de imparcialidade objetiva e por conseqüente impedimento, exercer jurisdição em causa penal o juiz que, em procedimento preliminar e oficioso de investigação, se tenha pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão¹³⁰.

A imparcialidade, por ser essencial à atividade jurisdicional, tem de ser considerada, além de pressuposto de validade processual, a base e o elemento diferenciador da

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=94641&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 06 set. 2015

¹²⁹ *Ibidem*

¹³⁰ *Ibidem*

atividade judicante em relação aos demais poderes. É, pois, uma garantia de justiça para as partes. Em face disso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial¹³¹.

Como aponta Fabrício Pozzebon¹³², a imparcialidade, tanto na sua dimensão objetiva como subjetiva, notadamente alheia à complexidade que a questão encerra, vem sendo tratada no ordenamento jurídico brasileiro, no sentido contrário das hipóteses legais de impedimento e suspeição.

Tem-se que, no ordenamento jurídico pátrio, com o passar do tempo, a noção de imparcialidade ficou esmaecida pela inserção de conceitos extraídos de outras áreas do conhecimento humano, como a sociologia, a filosofia e a psicologia, que colaboraram para o entendimento de que a imparcialidade tão almejada pela justiça somente pode ser vista de forma mitigada¹³³.

Não há possibilidade de negar que diante da contaminação, do concebimento antecipado dos fatos, da tese acusatória, das linhas investigativas com um juízo já formado a respeito dos fatos a serem apurados na seara penal, transforma-se o feito em uma sucessiva prática burocrática e inócua de atos processuais cujo desfecho já é por demais conhecido – condenação!

Necessário trazer à baila, a título exemplo, o entendimento do Tribunal Europeu de Direito Humanos (TEDH) sobre a imparcialidade do juiz. Para o Órgão, a atuação do juiz instrutor no tribunal sentenciador supõe uma violação do direito ao juiz imparcial, consagrado no artigo 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos pré-juízos conduzem à falta de *imparcialidade subjetiva e objetiva*. A primeira alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, deste modo, a sua falta de pré-juízos. A segunda diz respeito a se tal juiz encontra-se em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade¹³⁴.

¹³¹ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. **Direito & Justiça**. Rio de Janeiro v. 39, n. 1, p. 116-120, jan./jun. 2013, p. 116

¹³² *Ibidem, loc. cit.*

¹³³ *Ibidem, p. 117*

¹³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Juízes Inquisidores? E Paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, ano 3, n.10. 2003, p. 123

Nereu José Giacomolli traz uma importante lição sobre a imparcialidade, que merece transcrição na íntegra¹³⁵:

Além dessas hipóteses previstas expressamente em lei, há outras situações de possível contaminação subjetiva do julgador, as quais podem gerar dúvida acerca da emissão de um juízo com imparcialidade. É o que ocorre quando o juiz mantém contato com os elementos testemunhais colhidos na fase de investigação, utilizando-os na inquirição e/ou valoração dos prestados na fase do contraditório judicial. Nessa perspectiva, a atuação no processo do mesmo magistrado que decretou medidas restritivas de direitos na fase pré-processual poderá gerar dúvida acerca de sua imparcialidade, por ter examinado a situação fática e jurídica e produzido algum juízo, ainda que provisório, acerca da culpabilidade, fazendo-se mister averiguar o conteúdo das decisões para estabelecer a existência ou não de um juízo prévio.

(...) A regra da prevenção, em um processo constitucionalmente comprometido, haveria de excluir a competência e não afirmá-la, em face do impedimento, comportando uma adequação constitucional o artigo 83 do CPP e as regras acerca da organização judiciária dos Estados e dos Regimentos Internos dos Tribunais que determinam a distribuição dos processos e recursos aos juízes, Câmaras e Turmas, que já tomaram alguma decisão sobre o caso ou sobre o acusado.

Nas lições de Aury Lopes “O juiz instrutor não poderia julgar, pois violaria a chamada imparcialidade objetiva, aquela que deriva não da relação do juiz com as partes, mas sim de sua relação com o objeto do processo¹³⁶”. Ainda que para a instrução preliminar haja a presunção de uma investigação objetiva sobre o fato, – no sentido de consignar e apreciar as circunstâncias tanto adversas como favoráveis ao sujeito passivo –, o contato direto com o possível investigado e com os fatos e dados pode provocar (aqui com um grau de probabilidade bastante elevado) no ânimo do juiz instrutor uma série de pré-juízos e impressões a favor ou contra o imputado, influenciando no momento de sentenciar.

A imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos inúmeros prejulgamentos que se realiza no curso da investigação preliminar.

3.3.6. Regras de proteção à imparcialidade: incompatibilidade, impedimento e suspeição

¹³⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo legal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 240/241

¹³⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124

A imparcialidade é, como dito, também, e mais comumente explicada, subjetiva. Refere-se ao desinteresse que deve orientar o magistrado no exercício da sua atividade jurisdicional, legitimando-a. Tal desinteresse, ou indiferença, é garantido pela possibilidade de recusa do magistrado pelas partes, sempre que presente, no caso concreto, alguma circunstância que coloque sob suspeita sua imparcialidade. A essa finalidade se prestam as hipóteses de impedimento, suspeição e incompatibilidade¹³⁷.

Apona a doutrina, notadamente Aury Lopes, Eugenio Pacelli e Guilherme Nucci, ser possível a aplicação do artigo 112¹³⁸ do Código de Processo Penal, que compreende as demais ocorrências passíveis de interferirem na imparcialidade do julgador. Todavia, o aludido artigo pressupõe, como regra, o reconhecimento espontâneo da incapacidade por parte do magistrado, de modo que não soluciona a questão da inconformidade das partes.

A Carta Magna confere ao magistrado as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios para que possa atuar com isenção – o que inclui declarar-se suspeito ou impedido. De todo modo, caso não reconheça a situação de imparcialidade, o juiz interessado deve ser recusado, e os permissivos legais tanto se encontram no artigo 254, quanto no artigo 252 do CPP¹³⁹.

Tourinho Filho aponta em sua obra uma solução para este problema, pronunciando que “melhor seria se tivéssemos um Processo Penal puro, em que coubesse ao Juiz apenas e tão somente solucionar a lide. A produção da prova ficaria exclusivamente aos cuidados do Estado-Acusação e da Defesa¹⁴⁰”. Em assim sendo, “não se pode admitir Juiz parcial. Se o Estado chamou para si a tarefa de dar a cada um o que é

¹³⁷ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 75

¹³⁸ Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser arguido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.

¹³⁹ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 52

¹⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p.

seu, essa missão não seria cumprida se, no processo, não houvesse imparcialidade do Juiz¹⁴¹.

Não se pode esquecer que no transcorrer de uma ação penal, entendendo ser necessário, o juiz pode determinar a produção de provas (contudo, como dito anteriormente, não parece que a figura do juiz foi concebida para este propósito). O magistrado, julgador, nasceu para estar acima das partes (que estão em igualdade, com paridade de armas), para, na triangularização da relação processual, estar em uma posição distanciada, em que as partes levassem suas alegações e ele, diante delas, proferisse o seu entendimento. O conhecimento dos fatos deve ser trazido pelas partes, e apenas por elas.

As partes devem ter a gestão da prova e notadamente à acusação – função exercida pelo Estado – cabe o ônus de provar a culpabilidade do suposto autor do fato, dado que este sujeito ingressará no processo como inocente, até que se prove o contrário.

A doutrina moderna, tendo, neste ponto, como expoente, o professor Aury Lopes Júnior, atesta que não devemos ter juízes que saibam do caso. Este “personagem” não pode ter conhecimento sobre os fatos sem que as partes os revelem. O contrário mergulhar-nos-ia, novamente e retroativamente, em uma estrutura inquisitória.

Devem-se valorizar os avanços (tímidos, mas avanços) democráticos e civilizatórios que obtivemos, e entender que a recusa de um juiz em dar um retorno condenatório é legítimo e necessário; não é uma questão de impunidade, mas de respeito¹⁴².

Quando o juiz atua na fase investigativa, e posteriormente preside a ação penal, há uma *desomenagem* ao sistema acusatório e ao princípio da imparcialidade. Professor Geraldo Prado traz uma importante lição que merece ser ressaltada na íntegra¹⁴³:

A imparcialidade do juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório, de sorte a avaliar imparcialmente, por ocasião do exame da acusação formulada, com o oferecimento da denúncia ou

¹⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p. 63

¹⁴² LOPES JUNIOR, Aury. **Crise da Investigação Preliminar Brasileira**. Palestra Ministrada no III Seminário do IBADPP. Salvador, 19 de Setembro, 2014.

¹⁴³ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 153

queixa, se há justa causa para a ação penal, isto é, se a acusação não se apresenta como violação ilegítima da dignidade do acusado.

Quando o juiz regula, participa, determina, ou de qualquer forma tem contato com as diligências realizadas no inquérito policial, no momento em que, posteriormente, for o responsável pelo julgamento da ação penal, constituirá, de forma inequívoca, afronta ao sistema acusatório, e aos princípios inerentes a ele.

Para a imparcialidade, deve o julgador ser independente, e a Constituição de 1988 lhe garante diversas prerrogativas de segurança, isenção, emancipação e liberdade, para uma atuação apartada de qualquer influência política. Contudo há que se observar o critério de imparcialidade propriamente dito, àquele que não apresenta preferência por uma das partes – defesa ou acusação – que não atua em prol de nenhum dos atores do processo, mas mantém-se distante e em posição superior.

A imparcialidade do juiz tem perfeita e íntima relação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente, pois, exatamente visando retirar o juiz da persecução penal, mantendo-o imparcial, é que a Constituição Federal deu, privativamente, o exercício da ação penal ao Ministério Público, separando, nitidamente, as funções dos sujeitos processuais¹⁴⁴.

Revelar notar, com isso, que o artigo 13, II, do CPP¹⁴⁵ encontra-se em desacordo diante do princípio da imparcialidade. Acreditar que é válido incumbir à autoridade policial realizar as diligências determinadas pelo juiz vai de encontro com o ideal de isenção e retidão do judiciário. Esta medida faz com que o juiz adquira conhecimento dos fatos, envolva-se com a demanda, formando pré-conceitos que deveriam afastá-lo da regência da posterior ação penal.

Infere-se uma situação pior quando voltamos para Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, que dispõe, dentre outras coisas, sobre a investigação criminal relativa às organizações criminosas, na qual o juiz tem plenos poderes inquisitórios, participando intensamente da persecução criminal, afrontando, em certa medida, o mister do Ministério Público – órgão que no processo penal detém a função de acusar.

¹⁴⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 20

¹⁴⁵ “Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial: II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público”;

O juiz, na sistemática processual moderna, deve afastar-se ao máximo da persecução penal, a fim de não prejudicar seu livre convencimento, pois, no sistema de provas, adotado pelo CPP vigente, toda imposição da Lei ao juiz, no que tange à colheita de provas, afronta sua imparcialidade¹⁴⁶. Torna-se crucial ao devido processo e para a legitimidade da decisão que o juiz ao qual se submete o processo seja imparcial¹⁴⁷.

Se o juiz, tendo opinião formada sobre algum fato ou algum aspecto jurídico da causa, mesmo que se apresente disposto a detê-los com as partes, a rever a sua opinião e a elaborar os seus pronunciamentos definitivos sobre eles somente depois de ouvir e considerar racionalmente os elementos que lhe venham a ser fornecidos pelas partes do processo, já quebrara a paridade de armas, a defesa terá que despende um esforço hercúleo de argumentação não para convencer o juízo, mas para modificar o seu entendimento; de outro lado, a acusação não precisará esforçar-se, vez que sua função passa a apenas manter o entendimento já formado pelo magistrado.

O juiz imparcial é requisito indispensável à implantação de um sistema processual democrático. Sua inobservância é fator de arbitrariedades. Vulnerada a imparcialidade, comprometida também estará a isonomia¹⁴⁸.

As hipóteses legais de impedimento do magistrado estão previstas nos artigos 252 e 253 do Código de Processo Penal¹⁴⁹, todas relacionadas ao próprio processo, vedando a atuação do juiz em feito no qual tenha atuado alguém próximo a ele, ou ele mesmo como parte.

¹⁴⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Daniela Olimpio de. TEIXEIRA, Maria Luiza Firmiano. A imparcialidade do juiz a partir do desentranhamento da prova ilícita. **Revista dialética de direito processual**. São Paulo: edições Loyola, n. 106, janeiro 2012, p. 67

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 71

¹⁴⁹ Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juizes que forem entre si parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Por outro lado, as causas de suspeição acerca da atuação imparcial do magistrado estão elencadas no artigo 254¹⁵⁰ da lei adjetiva, estando relacionadas com circunstâncias ou situações da realidade externa ao processo.

As duas situações, regulam, e tentam, em parte, a imparcialidade do juiz. Soma-se, ainda, o artigo 112¹⁵¹, que dispõe que os magistrados abster-se-ão de servir no processo quando presentes hipóteses de impedimento ou de incompatibilidade, podendo as partes recusá-lo caso não se afaste de ofício. O direito de ser julgado por um tribunal imparcial constou, primeiramente, no artigo 10¹⁵² da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Para além da relação subjetiva do julgador, relativamente à sua interação com as partes, exige-se do juiz uma atuação livre de pré-conceitos, ou pré-juízos, o que deve ser entendido não como a negação das possíveis influências do subjetivo do julgador na decisão a ser proferida, mas, sim, como a inexistência de uma convicção prévia acerca do objeto do julgamento, de uma opinião sobre o caso ou sobre as partes envolvidas¹⁵³.

Nesse diapasão, a título de exemplo, cite-se que a conversão da prisão em flagrante em preventiva exige a firmeza quanto à prática da infração penal e um juízo de probabilidade de autoria, consoante dispõe o artigo 312¹⁵⁴ do CPP. Quer dizer, o juiz

¹⁵⁰ Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

¹⁵¹ Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser arguido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.

¹⁵² Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

¹⁵³ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94

¹⁵⁴ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

deve estar convencido (pelo menos a priori) de que a infração penal foi cometida e que o investigado foi o autor.

Ou seja, de forma mais clara, para decretar a medida cautelar o juiz deve acreditar que ao fim do devido processo penal, o réu poderá ser considerado penalmente responsável. Trata-se de condição inafastável. O mesmo raciocínio se aplica a todas as cautelares previstas para o processo penal.

Necessária uma breve reflexão sobre uma das hipóteses do art. 252 do Código de Processo Penal que, apesar de entendido exaustivo pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros, refere em seu inciso III, o impedimento do juiz que “tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão”; o que a doutrina e jurisprudência vêm interpretando no sentido da impossibilidade do juiz julgar os mesmos fatos em graus de jurisdição diversos¹⁵⁵.

Todavia, ampliando-se o aspecto da disposição legal, apreende-se que o objetivo maior da norma parece ser não apenas evitar que o magistrado possa estar na contraditória posição de reformar aquilo que ele mesmo já decidiu, mas também que, com sua convicção já formada a respeito dos fatos em julgamento, vá novamente apreciá-los.

É neste último sentido que deve ser pensado o impedimento de juiz que tenha atuado e não só atuado, mas “tenha se pronunciado de fato e de direito” sobre a mesma questão em outra “instância”, expressão esta também entendida, de maneira mais ampla, como outra esfera ou seara do direito. Ou seja, o critério não deve ser apenas de verticalidade, mas também de horizontalidade.

Especialmente a partir da Constituição com a expressa consagração de diversos direitos e garantias fundamentais, da prevalência do sistema acusatório, bem como da essencialidade da imparcialidade (objetiva e subjetiva) para o exercício da jurisdição, o sentido adotado deve ser esse, mais abrangente.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a expressão “outra instância” para fins do art. 252, III, do Código de Processo Penal, também implica em atuação do juiz na fase pré-processual e judicial, bem como penal e extrapenal. Neste sentido:

¹⁵⁵ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. **Direito & Justiça**. Rio de Janeiro v. 39, n. 1, p. 116-120, jan./jun. 2013, p. 117

Pensa a jurisprudência dominante que, à luz do disposto no art. 252 do Código de Processo Penal, não esteja o juiz que tenha atuado em outro processo a respeito da matéria, impedido de exercer o ofício, porque seriam taxativas as hipóteses ali previstas, das quais a do inc. III diriam respeito a atuação em fases diversas do mesmo processo:

[...] Não me parece, *data vênia*, seja esta a leitura mais acertada, sobretudo perante os princípios e as regras constitucionais que a deve iluminar, segundo as incontroversas circunstâncias históricas do caso, em que o juiz, ao conduzir e julgar a ação penal, não conseguiu – nem poderia fazê-lo, dada a natural limitação do mecanismo de autocontrole sobre motivações psíquicas subterrâneas – despir-se da irreprimível influência das impressões pessoais gravadas já na instrução sumária do procedimento de investigação de paternidade. [...]¹⁵⁶

É fora de dúvida que mediante interpretação do art. 252, III, do Código de Processo Penal, mas conforme com o princípio do justo processo da lei (art. 5º, LIV, da Constituição da República), não pode à míngua de imparcialidade objetiva e por conseqüente impedimento, exercer jurisdição em causa penal o juiz que, em procedimento preliminar e oficioso de investigação de paternidade, se tenha pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão, como sucedeu no caso, onde aquela garantia não foi respeitada.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.94641, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>>. Acesso em 25 mai. 2015

4. SISTEMA PRELIMINAR DE INVESTIGAÇÃO

O Direito Processual Penal regula o chamado direito de perseguir, ou a persecução penal, sendo esta a busca de elementos que permitam o convencimento quer seja do legitimado para a ação penal para que ele tenha condições de deflagrar a ação penal, quer seja a busca de elementos suficientes e embasadores da aplicação do direito penal ao caso concreto. Ou seja, a persecução é a busca de elementos que permitam a convicção para alteração do estado de inocente para o estado de culpado. E, ela, no Brasil, tem-se dois momentos: persecução pré-processual e a persecução processual.

Uma investigação bem feita tem o poder muito forte de evitar processos infundados. Quando se investiga bem, tecnicamente bem, reduzem-se os danos do processo. Significa dizer que diante de uma investigação bem conduzida, tem-se uma chance muito grande de gerar um processo penal que tenha efetivamente um caso penal bem circunscrito e uma justa causa que o legitime¹⁵⁷.

Contudo, em face de uma investigação defeituosa, pode-se levar um grande número de ações penais sem o mínimo lastro de suporte para justificar esse grande exercício de poder que é o processo penal.

Francesco Carnelluti mostrou que uma das maiores misérias do processo penal é que para saber se alguém merece punição, no percorrer da ação, já se está dando um castigo. O desenrolar do processo penal puni aquele que figura no polo passivo para, ao final, decidir se ele merecerá ou não pena¹⁵⁸.

Figurar como réu em processo penal constitui um fardo assaz pesado, só se legitimando tal situação à vista de um substrato elementar mínimo, sob pena de se configurar abuso estatal na persecução¹⁵⁹.

A persecução pré-processual comumente chamada de investigação, busca elementos que permitem ao legitimado para ação penal ter condições de avaliar se

¹⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Crise na Investigação Preliminar Brasileira**. Palestra ministrada no III Seminário do IBADPP. Salvador, 19 de Setembro, 2014

¹⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução, José Antonio Cardinalli, Conan, 1995

¹⁵⁹ ARAÚJO, Fábio Roque. A investigação criminal no projeto do novo código de processo penal. *In*: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque. (Orgs.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 128

inicia ou não a fase judicial, a fase processual. Em regra ela acontece pela atuação da polícia investigativa ou polícia judiciária, que no Brasil são as polícias civis dos estados e polícia federal. Elas têm o papel de investigar fatos supostamente típicos.

Em regra a persecução penal pré-processual é realizada pela polícia investigativa, mas não só a polícia a realiza. Outros organismos da administração pública também realizam investigações que resultam em possibilidades de elementos que permitem ingressar com a futura ação penal, a saber, por exemplo, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que atua contra crimes relativos à ordem econômica. A diferença entre os outros órgãos que podem investigar e a polícia é que é função típica da polícia investigar fatos possivelmente delituosos.

Revela notar a razão de ser, o motivo da existência desta fase preliminar. O processo penal diferentemente do processo civil, no qual é possível que se comece um processo contra alguém só com a petição inicial comprometendo-se em apresentar as provas depois. No processo penal só é possível deflagrar uma ação penal com elementos fundantes, com elementos indiciários que justifiquem a ação penal, a isso se dá o nome de justa causa (prova da existência do fato e indício de autoria). A peça acusatória inicial deve apontar os elementos que justifiquem a atuação penal.

Porque o legislador brasileiro cria a exigência da justa causa para a deflagração da ação penal? Para evitar a aventura processual, para evitar a ação temerária. Para que se vá a juízo no processo penal é necessário que a ação seja plausível, sustentável, que tenha um mínimo de elementos fáticos. Os elementos de justa causa são aqueles que justificam a ação penal, são elementos iniciais. O legislador cria um elemento dificultador para que se inicie a ação penal que é a justa causa, mas ele também cria instrumentos para que se encontre a justa causa que é o sistema preliminar de investigações.

Trata-se de uma estruturação de procedimentos investigativos disponíveis aos persecutores para que eles possam, usando esses instrumentos investigativos, encontrar a justa causa para a ação penal, encontrar indícios de autoria e a prova da existência do fato. O mais famoso dos procedimentos investigativos é o inquérito policial, que se pode definir como o conjunto elementar, indiciário, realizado na fase investigativa que se tem condição de fazer um juízo de valor sobre o oferecimento ou não da inicial acusatória.

Contudo, o inquérito policial ou qualquer outro procedimento administrativo não perfaz pressuposto de existência para a ação penal. Pode existir ação penal sem que exista inquérito policial ou qualquer outro procedimento administrativo investigativo. O pressuposto de existência da ação penal é a justa causa que em regra é encontrada através do inquérito policial. Entretanto, não se obsta que haja uma ação penal se iniciando a partir de uma petição inicial sem que tenha tido uma investigação por qualquer órgão, exemplo clássico disso são os crimes contra honra, que são levados a juízo através de uma queixa-crime.

O que nunca poderá haver é aplicação de pena ao caso concreto sem ação penal, só é possível aplicar o direito penal ao caso concreto em decorrência de ação penal.

Em algumas ocasiões, os fatos referentes ao processo são facilmente obtidos, dispensando-se uma pesquisa mais detalhada e extensa de vestígios e indícios; porém, esta é a exceção. Em regra, a formação do convencimento a respeito da viabilidade da ação penal exige uma série de diligências voltadas a resgatar os acontecimentos, de modo a aproximar o conjunto indiciário da realidade fática.

Para tanto, conta-se com a investigação criminal, “composta por um conjunto de atos encadeados, praticados pelos sujeitos envolvidos na persecução penal¹⁶⁰”. A finalidade desta investigação é reunir informações suficientes relacionadas com os fatos integrantes da notícia do crime.

Para que se inicie uma acusação formal contra um indivíduo na Justiça Penal, faz-se necessária uma investigação com o escopo de buscar elementos a indicar a materialidade e os indícios de autoria delitiva. “Sem justa causa, uma imputação criminal é abusiva e arbitrária¹⁶¹”.

Para o início a ação penal, por óbvio, não é preciso a colheita da prova cabal, definitiva, inconteste. Esta prova será primordial e indispensável quando da valoração final do magistrado, na sentença, que decidirá pela condenação ou

¹⁶⁰ YOKAICHIYA, Cristina Emy. Investigação Criminal – ser e dever-ser. In: RÉ, Aluísio lunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. (Orgs.). **Temas aprofundados da defensoria pública**. Vol. 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 786

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 785

absolvição do então réu. “Para o início da ação penal basta a obtenção do lastro probatório mínimo. É isto que se pretende com a investigação criminal¹⁶²”.

4.1. PERSECUÇÃO CRIMINAL E INQUÉRITO POLICIAL

Pode-se identificar a persecução criminal como o poder-dever do Estado de apurar e punir as infrações penais. Estaria esta atividade estatal, então, dividida em duas fases, sendo a primeira destinada à apuração das infrações penais (investigação criminal) e a segunda objetivaria a instrução processual penal, de modo a poder culminar (ou não) em uma sanção penal¹⁶³.

A rigor, o objetivo da primeira fase da persecução criminal seria a colheita de elementos relacionados ao *fumus commissi delicti* (prova da materialidade e indícios de autoria e participação). Isto porque, ao contrário do que ocorre em outros ramos do processo, não se permite, no processo penal, o início da ação penal sem que se tenha este mínimo de elementos de convicção (justa causa para a ação penal¹⁶⁴).

O problema primário da investigação criminal é responder às circunstâncias em que se desenvolveu o fato criminoso e principalmente responder sobre a autoria. Ao solucionar estas questões, a investigação criminal deve fornecer os subsídios para a propositura da ação penal¹⁶⁵. Para subsidiar a peça inaugural da ação penal, por exemplo, a denúncia, a investigação criminal deve apresentar soluções para as exigências que a lei impõe ao conteúdo dessa peça¹⁶⁶.

A investigação criminal surge como atribuição do Estado no momento em que ele toma para si a exclusividade de aplicar o direito; ao Estado não cabe à defesa de interesses privados, não cabe vinganças, mas sim a imparcialidade e a busca pela justiça.

¹⁶² ARAÚJO, Fábio Roque. A investigação criminal no projeto do novo código de processo penal. *In*: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque. (Orgs.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 129

¹⁶³ *Ibidem*, p. 128

¹⁶⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁶⁵ FERREIRA, Luis Henrique Costa. **Investigação Criminal: um estudo metodológico**. São Paulo: Sicurezza, 2013, p. 25

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 26

Consoante já relatado, o órgão estatal responsável pela investigação criminal, no Brasil, é a polícia judiciária, representada pelas polícias civis e pela polícia federal. O artigo 144, §1º, IV, e §4º, da Constituição atribui a essas instituições a função de proceder à investigação criminal nos limites das suas competências legais. No entanto, deve ser observado que essa atribuição não lhes é exclusiva; a lei pode atribuí-la também a outros organismos estatais, que poderão proceder à investigação criminal nos limites estabelecidos em lei¹⁶⁷.

Reforçando, aponta Scarence Fernandes, que o fato de ter sido afirmado que as polícias federal e estadual exercem as funções de polícia judiciária não significa a impossibilidade de que outros órgãos venham, em determinadas circunstâncias, quando autorizados pelo ordenamento jurídico, a apurar, direta ou indiretamente, fatos criminosos. Nesse sentido realizam também as atividades de investigações as Comissões Parlamentares de Inquérito¹⁶⁸.

Após a ocorrência do delito, o Estado põe em prática ações com a finalidade de conduzir o autor da infração penal perante o Poder Judiciário. Esses atos estão distribuídos em dois momentos distintos e são conhecidos pela expressão latina *persecutio criminis*. O primeiro instante da *persecutio criminis* consiste na investigação criminal, praticada com a finalidade básica de identificar autoria do delito e reunir as provas necessárias para a fase seguinte; essa etapa se materializa, em geral, no inquérito policial. O segundo momento desenrola-se perante o estado-juiz e decorre da ação penal proposta pelo Ministério Público. Sendo assim, conduzida pelo Estado, a investigação criminal é executada pela Administração Pública e está, portanto, submetida a controles e limites gerais e específicos¹⁶⁹.

É importante deixar consignado que o inquérito policial não é a única modalidade de investigação criminal, contudo é o principal instrumento e, por esta razão, a ele o atual Código de Processo Penal dedica do título II do seu primeiro livro¹⁷⁰.

¹⁶⁷ FERREIRA, Luis Henrique Costa. **Investigação Criminal: um estudo metodológico**. São Paulo: Sicurezza, 2013, p. 28

¹⁶⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 236

¹⁶⁹ FERREIRA, Luis Henrique Costa. *Op. cit.*, 2013, p. 29

¹⁷⁰ ARAÚJO, Fábio Roque. A investigação criminal no projeto do novo código de processo penal. *In*: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque. (Orgs.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 129

O inquérito policial nasce com a função de elucidar um fato supostamente delituoso. Procedimento privativo da polícia judiciária deve ser presidido por um delegado de polícia e que possui algumas características, a saber, escrito, discricionário, sigiloso, submetido à oficialidade. É ainda dispensável, inquisitivo, obrigatório e de valor probatório relativo.

Diz-se administrativo porque ele é uma sequência de atos administrativos interligados entre si. Não apresenta soluções, sendo um veículo que permite ao titular da ação penal formular a *opinio delicti*. Por ser inquisitorial, tem contraditório diferido. Os atos são produzidos por alguém que pertença à estrutura da administração pública ou que esteja a serviço dela, então, é uma sequência de atos administrativos tendentes a um fim, e a finalidade é elucidar fatos.

Tem por características, ser escrito. Ser sigiloso, mas não um sigilo completo. O delegado deverá assegurar o sigilo necessário, ele tem que avaliar aquilo que pode ser dito naquele momento que não vai atrapalhar nem a investigação nem vai macular a imagem do indivíduo. O sigilo aqui é o sigilo externo, para que as informações não cheguem ao público em geral, mas o sigilo interno não pode existir. A defesa tem acesso ao inquérito Policial, aos elementos já documentados. Só há sigilo interno em casos excepcionais.

Submete-se a oficiosidade, via de regra, pois o inquérito policial de ação pública incondicionada poderá acontecer *ex officio*. Contudo, quando for ação penal pública condicionada à representação ou ação penal privada o inquérito Policial somente poderá começar por provocação mediante, respectivamente, a representação e requerimento do ofendido, consoante disposição do Art. 5º §§4º e 5º do CPP.

É dispensável. Não é condição de existência da ação penal, o inquérito Policial. Pode-se, através de outros meios, encontrar os elementos que permitam ao acusador, basta ter uma justa causa. O destinatário desta característica é o Ministério Público. Ou seja, para o *parquet* atuar é dispensável que exista o inquérito Policial.

É obrigatório. A dispensabilidade tem como destinatário o Ministério Público. A obrigatoriedade diz respeito à polícia. Quando o delegado de polícia recebe uma notícia de um fato delituoso é obrigatória a instauração do Inquérito Policial, caso estejam presentes os requisitos necessários.

Há discricionariedade. O delegado de polícia conduz a investigação sem que haja obrigação de seguir linhas investigativas determinadas. A autoridade policial faz a investigação da forma que preferir, respeitando os limites impostos pelo ordenamento.

Este modelo de investigação implica não apenas o domínio fático da investigação pela polícia como também a autonomia plena dos atos investigativos. Desta maneira, para os atos que não impliquem necessária invasão em direitos fundamentais, não se cogita de qualquer interferência judicial¹⁷¹.

É, ainda, indisponível, não podendo ser arquivado pelo delegado de polícia, cabendo ao ministério público proceder ao arquivamento, caso entenda ser a medida necessária, sendo este um ato complexo.

O valor probatório do inquérito Policial é relativo. O inquérito Policial tem um contraditório diferido, estendido, dilatado; o contraditório de alguns atos do inquérito Policial só acontece na fase judicial. “Inquérito não gera prova! Gera meros atos de investigação! Prova é aquilo que se produz no processo, em contraditório, diante do juízo, com defesa. Isso é prova. Destina-se à sentença.”¹⁷².

O artigo 5º do Codex Processual Penal apresenta os elementos que indicam a instauração de um inquérito Policial, podendo ser iniciado de ofício ou provocado.

Poderá ser iniciado de ofício, quando estiver diante de fato que importe ação penal pública incondicionada. O ato administrativo que materializa a instauração de ofício é a Portaria.

Será provocado nas ações penais públicas condicionadas, quando a provocação poderá ser por requerimento ou por representação. Poderá ser também uma requisição pelo MP segundo o art. 129 da Constituição.

Ainda, segundo a disposição legal, pode ser requisitado por autoridade judiciária. O fundamento para o Juiz está somente na legislação infraconstitucional, que não se amolda ao regramento pós 1988. Embora os juízes brasileiros continuem requisitando o inquérito Policial, a doutrina critica veemente ao fundamento de que

¹⁷¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 78

¹⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. **Crise na Investigação Preliminar Brasileira**. Palestra ministrada no III Seminário do IBADPP. Salvador, 19 de Setembro, 2014

esta possibilidade gera parcialidade. Acredita-se que esta regra legal não tenha sido recepcionada pela Lei Maior.

Poderá começar pelo auto de prisão em flagrante. Quando se faz a lavratura do auto de infração há encaminhamento: para a Defensoria Pública (caso o indivíduo não indique o seu advogado), ao Ministério Público (para que ele avalie o comportamento dos agentes), para o magistrado competente (para que ele avalie a legalidade do ato).

Instaurado o inquérito policial, passar-se-á aos atos investigativos. O que um delegado pode fazer durante o Inquérito Policial para investigar um fato tudo que não viole a lei. Jamais poderá violar a Constituição ou lei infraconstitucional. Os artigos 6º e 7º do CPP são orientadores da atuação policial. O primeiro traz um rol meramente exemplificativo da atuação, desde que compatível com o ordenamento. Sobre todos os atos listados tem-se que se proceder a uma adequação a cada investigação que surgir, não sendo necessário, portanto, seguir a ordem ou esgotá-la.

Assim, pode o delegado se utilizar de outros métodos investigativos não previstos nesses artigos, métodos esses que podem estar previstos em leis extravagantes, ou no próprio código penal. O delegado nunca deve perder de vista que seus atos investigativos não poderão se apartar da ideia da legalidade, quer seja porque aquele ato pra ser produzido depende de autorização judicial, porque aquele ato tem uma ritualística necessária ou está ferindo alguma das garantias do indivíduo.

Uma vez concluído o inquérito policial, ele deverá ser encaminhado seguindo a regra do artigo 10º do CPP, irá para a vara crime competente. Contudo, em diversos estados, ele vai diretamente para o Ministério Público, através da central de inquéritos. Este departamento é criado a partir de um termo de cooperação técnica formada pelo Ministério Público, Secretaria de Segurança Pública e Poder Judiciário. Esse termo faz com que o inquérito, ao invés de ir para a vara crime competente, vá para a central de inquéritos (órgão interno do Ministério Público), salvo por algum pedido do Juiz.

4.2. DA ATUAÇÃO DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA

Mesmo sendo um procedimento administrativo, dispensável, pensar no inquérito como mera peça informativa pode-se afigurar num reducionismo ideologicamente perigoso. Com base no inquérito policial, e em sua visão endoprocedimental, é possível que se tire todos os bens de uma pessoa (as medidas cautelares patrimoniais, reais), que se congelem os seus bens, destruindo as finanças de alguém. Também com base nos atos do inquérito, pode-se prender o sujeito (as prisões cautelares), retirando-lhe a liberdade. Ou seja, “se tem a possibilidade de tirar todos os bens e a liberdades, tira o sujeito e as suas circunstâncias¹⁷³”.

Tradicionalmente, no processo penal brasileiro, o juiz mantém-se afastado da investigação preliminar, limitando-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante e a autorizar aquelas medidas restritivas de direitos (cautelares, busca e apreensão, intervenções telefônicas, dentre outras)¹⁷⁴.

A intervenção do órgão jurisdicional é contingente e excepcional. Isso porque o inquérito policial pode iniciar, desenvolver-se e ser concluído sem a intervenção do juiz. Ele não é um sujeito necessário na fase pré-processual e será chamado quando a excepcionalidade do ato exigir a autorização ou controle jurisdicional ou ainda quando o sujeito passivo estiver sofrendo restrições no seu direito de defesa¹⁷⁵.

No Brasil, a fase de investigação tem natureza administrativa e admite inúmeras providências de natureza cautelar, muitas das quais dependem de autorização judicial. “Toda e qualquer restrição a direitos individuais, além da exigência de ordem escrita e fundamentada do juiz, levará em conta a necessidade e a adequação da medida¹⁷⁶”.

A principal consequência do nosso sistema nesse ponto é a de permitir que o juiz que tem contato com os autos do inquérito para qualquer ato possa ser indesejavelmente influenciado por tudo aquilo que foi produzido previamente à ação penal, deixando aflorar essa influência não somente no juízo de admissibilidade da

¹⁷³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Crise na Investigação Preliminar Brasileira**. Palestra ministrada no III Seminário do IBADPP. Salvador, 19 de Setembro, 2014

¹⁷⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 284

¹⁷⁵ *Ibidem*. p. 285

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 503

inicial, mas, sobretudo, procurando incorporar ao seu convencimento quanto ao mérito elementos de informação que não teriam essa finalidade¹⁷⁷. Nas palavras de Fauzi Hassan Choukr:

Dentro da matriz constitucional, a parcela de atuação reservada ao juiz ficará destinada à ideia de garantismo que permeia a atual concepção do processo penal. A visão garantidora coloca o magistrado na posição de salvaguarda dos direitos do investigado ainda na fase preparatória onde justamente as garantias constitucionais não aparecem com nitidez, dando-se tal proteção através da jurisdicionalização dos incidentes investigativos que necessitem a legítima violação de direitos constitucionais estabelecidos para apuração dos fatos.¹⁷⁸

Assim, no caso pátrio, exemplo desta nova participação do magistrado encontram-se na necessária ordem judicial para as buscas domiciliares nos crimes não permanentes, além daquelas medidas cautelares de ordem patrimonial e nas hipóteses de interpretação telefônica. O magistrado deve encontrar-se, portanto, distante daquilo que se poderia chamar de objeto da investigação e, mais que isto, sua formação de convencimento não se deve deixar levar pelos informes colhidos ainda na fase da preparação da ação penal¹⁷⁹.

4.3. JURISDICIONALIDADE

“A jurisdicionalidade está intimamente relacionada com o devido processo legal vez que não se pode suprimir direitos e garantias do indivíduo, senão por ordem escrita e fundamentada por autoridade judiciária competente¹⁸⁰”.

Pelo princípio da jurisdicionalidade, a decretação de toda e qualquer espécie de medida cautelar de natureza pessoa está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário, seja previamente, nos casos de prisão preventiva, temporária e imposição autônoma das medidas cautelares diversas da prisão, seja pela necessidade de imediata apreciação da prisão em flagrante, devendo o magistrado indicar de maneira fundamentada, com base em elementos concretos existentes nos autos, a necessidade da segregação cautelar, inclusive

¹⁷⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 93

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 94

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 95

¹⁸⁰ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 791

com apreciação do cabimento da liberdade provisória, com ou sem fiança¹⁸¹. É nesse sentido a disposição do artigo 282, §2º, do CPP.

Depreende-se que a restrição aos direitos de liberdade do acusado deve resultar não simplesmente de uma ordem judicial, mas de um provimento resultante de um procedimento qualificado por garantias mínimas, como a independência e a imparcialidade do juiz, e sobretudo a obrigatoriedade de motivação¹⁸².

“A adoção de qualquer medida cautelar de natureza pessoal acarreta inegável restrição aos direitos fundamentais do indivíduo¹⁸³”. Em razão da Jurisdicionalidade, as medidas cautelares estão submetidas, em primeiro lugar, à análise judicial de sua adoção, por se tratarem de medidas de restrição a direitos consagrados na Constituição da República e nas Convenções Internacionais, só podendo ser adotadas por decisão judicial fundamentada da autoridade competente¹⁸⁴.

Excepcionalmente, determinadas medidas podem ser adotadas, em um primeiro momento, por órgão ou pessoa que não a judiciária, tais como a prisão em flagrante e/ou a busca e apreensão em domicílio do indiciado com seu consentimento ou ainda a fiança prestada pela autoridade policial, em conformidade com o art. 322 do CPP, mas, posteriormente, deverão ser submetidas ao crivo do Judiciário para análise de sua legalidade, “até porque tais medidas, em tese, poderão admitir uma imputação penal e, desde já, antecipam-se os efeitos de eventual sanção que será aplicada¹⁸⁵”.

A jurisdicionalidade é necessidade de que a restrição dos direitos e bens assegurados na Constituição e nas Convenções Internacionais somente possa ser feita por decisão judicial, a fim de evitar excessos ou abuso de poder. “As medidas assecuratórias possuem a característica peculiar da cautelaridade que é a jurisdicionalidade¹⁸⁶”.

As medidas cautelares carecem de crivo judicial devidamente motivado. “Ainda que se imagine a imposição de fiança pela autoridade policial, certo é que seu controle

¹⁸¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 775

¹⁸² *Ibidem*, loc. cit.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 735

¹⁸⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 754/755

¹⁸⁵ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁸⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p.493

estará sujeito ao juiz que em tese será competente para o futuro e eventual processo penal¹⁸⁷”.

Para ilustrar tudo o quanto exposto, cumpre analisar ainda que brevemente uma das medidas que necessitam de crivo da autoridade judiciária, a interceptação telefônica.

De acordo com a Constituição, a interceptação telefônica está condicionada à prévia autorização judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A Carta Magna e a Lei nº 9296/96 conferem exclusivamente ao Poder Judiciário o poder de determinar a interceptação das comunicações telefônicas. Portanto, a medida está condicionada à prévia autorização do juiz competente da ação principal, decisão esta que deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade¹⁸⁸.

Adota-se, como em toda medida cautelar processual penal, um sistema de controle judicial prévio da legalidade da referida medida, o que significa que, em nenhuma hipótese, poderá a autoridade policial ou o Ministério Público determinar a interceptação, necessitando impreterivelmente do exame da autoridade judiciária, do juiz competente legalmente previsto para conhecer e julgar determinado tipo de litígio. Sendo ainda, “a decretação da interceptação telefônica no curso da investigação criminal causa de fixação de competência por prevenção¹⁸⁹”.

Outrossim, apesar da natureza cautelar da interceptação telefônica, a urgência em sua decretação e a sumariedade ou superficialidade da cognição não podem servir como justificativas para o arbítrio ou qualquer forma de automatismo no tocante à decisão que importa restrição ao sigilo das comunicações telefônicas. Daí a importância de que a decisão judicial seja devidamente fundamentada¹⁹⁰.

É indispensável que o magistrado aponte, de maneira concreta, as circunstâncias fáticas que apontam no sentido da adoção da medida cautelar, sob pena de manifesta ilegalidade da decisão, e, por consequência, ilicitude da prova assim obtida¹⁹¹.

¹⁸⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p.948

¹⁸⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 731/732

¹⁸⁹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 734

¹⁹¹ *Ibidem*, loc. cit.

O juiz deve exercer o controle judicial prévio da medida cautelar e deixar patenteados na decisão quais são os concretos indícios de autoria ou de participação; quais são as provas existentes a respeito da infração penal; que se trata de infração punida com reclusão; que a interceptação é necessária em virtude da inexistência de outros meios disponíveis para a obtenção das provas; a descrição com clareza da situação da investigação; meios empregados para a execução da medida; duração, intensidade; e que a interceptação é medida proporcional no caso concreto, em razão da gravidade da infração, da necessidade da prova e dos interesses afetados¹⁹².

¹⁹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 734

5. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

5.1. JURISDIÇÃO

5.1.1. Apontamentos introdutórios

Assim como a possibilidade de administrar o Estado brasileiro, de legislar, é exercício de soberania, julgar é um exercício de soberania, tanto que as normas processuais asseguram que o Estado aplicará o seu direito no caso concreto através do judiciário em todo o território, excepcionado os casos em que há direitos internacionais recíprocos, como o exemplo da diplomacia, mas a regra é que em todo território nacional tenha aplicação da lei brasileira, pelo órgão jurisdicional brasileiro.

Leciona Rogério Lauria Tucci que, considerada a infração penal como a violação de bem juridicamente tutelado por legislação específica, que não só lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta, também, a harmônica vivência comunitária, incumbe ao Estado a restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública¹⁹³.

Cometida a infração penal, não há como ser imposta, direta e imediatamente, a sanção prevista em lei para coibir sua prática. O mais que se pode cogitar, então, e com a discricionariedade ínsita à atuação de agente do Poder Judiciário, na consecução da finalidade do processo penal, é da realização de algumas providências cautelares, assecuratórias da aplicação da pena ou medida de segurança ao infrator de norma penal material¹⁹⁴.

A jurisdição é indeclinável, o juiz não pode se furtar da obrigação jurisdicional, declinando para outro. Além disso, ela é indelegável, não se pode deixar de julgar, delegando a outro. A jurisdição é inevitável, porque as partes não podem se opor a ela; levada uma questão ao judiciário, a jurisdição se impõe sobre os sujeitos, mesmo contra a vontade da pessoa, pois, uma vez instaurada a causa, só ela pode

¹⁹³ TUCCI, Rogério Lauria. **Direito e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 24

¹⁹⁴ *Ibidem*, loc. cit.

dizer que não é caso de o judiciário julgar, por não ter interesse, mas se ela reconhece sua função, é inevitável a submissão à jurisdição. A jurisdição é também inafastável. Art. 5º, XXXV, da CF/88 diz que não pode ser excluído da prestação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão.

A tarefa de aplicar o direito às situações concretas não é realizada aleatoriamente pelos órgãos estatais. A atividade processual é regulada pelo ordenamento jurídico, através de métodos que devem ser obedecidos por aqueles que a operam.

Afirma-se que o processo exige uma atividade típica, composta de atos cujos traços essenciais são definidos pelo legislador. Assim, os participantes da relação processual devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal, sem o que essa atividade correria o risco de perder-se em providências inúteis ou desviadas do objetivo maior, que é a preparação de um provimento final justo¹⁹⁵.

A regulamentação das formas processuais revela-se uma verídica garantia para as partes, de uma efetiva participação na consecução dos atos necessários à formação do convencimento judicial. Nem de perto se trata de algo ruim. Inclusive, para o próprio juiz, apresenta-se instrumento útil a alcançar a verdade relativamente aos fatos que vá decidir. Nesse sentido, “Jurisdição é força, é virtude, é princípio criador, algo positivo. Competência é simples possibilidade, qualidade daquilo que não contradiz, que não ultrapassa os limites impostos por lei¹⁹⁶”.

“Jurisdição é o poder-dever pertinente ao Estado-Juiz de aplicar o direito ao caso concreto¹⁹⁷”. Cabe ao Poder Judiciário a missão constitucional de certificar o direito, dirimindo as demandas que lhe são apresentadas. O exercício da jurisdição advém como função do Estado que imperativamente aplica a lei à hipótese concreta. Com a jurisdição monopolizada pelo Estado, o juiz atua substitutivamente, isto é, no lugar dos titulares dos interesses conflitantes, aplicando o direito objetivo.

Já a competência, “trata da delimitação da jurisdição, ou seja, o espaço dentro do qual pode determinada autoridade judiciária aplicar o direito aos litígios que lhe

¹⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 17

¹⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.206

¹⁹⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p.323

forem apresentados, compondo-os ¹⁹⁸ ". Jurisdição é um poder, enquanto a competência é a permissão legal para exercer uma fração deste poder com exclusão do resto. A perspectiva de exercitá-lo por ter o ordenamento entendido a necessidade de exercício limitado do poder.

“A competência é um conjunto de regras que asseguram a eficácia da garantia da jurisdição e, especialmente, do juiz natural¹⁹⁹”. Delimitando a jurisdição, condiciona seu exercício. Como regra, um juiz ou tribunal somente pode julgar um caso penal quando for competente. “Competência é, pois, a medida da jurisdição, o poder de julgar constituído, referente a certa hipótese concreta, que determina a capacidade jurisdicional dos magistrados²⁰⁰”.

Cumpre realçar que pela delimitação de competências se distribui o poder jurisdicional entre as diferentes ordens jurisdicionais previstas no texto constitucional e, mais detalhadamente, entre as diferentes instâncias de cada uma das ordens jurisdicionais, entre os vários juízos e juizes que compõe cada uma dessas instâncias, servindo-se, para tanto, das regras não apenas contidas na Constituição, mas também na legislação ordinária, constituições estaduais e regimentos internos.

A função jurisdicional, una e atribuída abstratamente a todos os órgãos do Poder Judiciário, passa por um processo gradativo de concretização, até chegar-se à determinação do juiz competente para determinado processo²⁰¹. Isto se dará por meio das regras que atribuem a cada órgão o exercício da jurisdição com referência a determinada categoria de causas, excluindo-se os demais órgãos jurisdicionais para que só aquele deva exercê-la, em concreto.

Apesar de a jurisdição ser una e indivisível, é humanamente impossível que um só juiz decida todos os litígios ocorridos. Num universo de magistrados, a competência é conceituada como a medida ou delimitação da jurisdição. A competência passa a ser um critério legal de administração eficiente da atividade dos órgãos

¹⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 205

¹⁹⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 445

²⁰⁰ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105

²⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 41

jurisdicionais, definindo previamente a margem de atuação de cada um, isto é, externando os limites de poder²⁰².

A observância dos dados fundamentais e das características da organização judiciária proposta no Brasil torna possível determinar o percurso através do qual a jurisdição sai do plano abstrato e chega à realidade concreta da atribuição do seu exercício a determinado juiz, com referência a determinado processo²⁰³.

As bases da competência criminal estão na Constituição. As leis de processo penal complementam a Constituição, concretizando seus comandos e estabelecendo critérios para interpretar o texto no ordenamento jurídico. “O conjunto de normas de competência constitui a divisão de tarefas que possibilitam conferir funcionalidade à jurisdição. A jurisdição é uma, é um conceito fundante do sistema²⁰⁴”.

De fato, a concretização do direito exige um órgão *suprapartes*, desinteressado, que atue de forma imperativa e tenha condição de solucionar o conflito objetivamente apresentado, maximizando a pacificação do litígio, em decisão apta à imutabilidade pela coisa julgada.

O órgão incumbido de conduzir o processo, proferindo decisão ao final, é a autoridade judiciária. A rigor, sujeito processual não é o juiz, mas o Estado-juiz, em nome do qual aquele atua. A necessidade de superação de um modelo processual de feição inquisitiva trouxe como consequência mais importante do advento do sistema acusatório a preocupação com a imparcialidade do juiz²⁰⁵.

A ideia de um juiz imparcial, inamovível, vitalício e com irredutibilidade de subsídios, garantias estas de vedações que asseguram o exercício da jurisdição de forma descomprometida, foi sufragada na Constituição do Brasil, em seu artigo 95 e parágrafo único. O ordenamento jurídico, notadamente o Código de Processo Penal,

²⁰² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p.337

²⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 42

²⁰⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p.337

²⁰⁵ *Ibidem*. p.786

traz disposições normativas que completam o sistema no sentido de proporcionar um julgamento penal honesto e aceitável²⁰⁶.

Não se pode afastar da ideia que punir é necessário, é ato civilizatório. A grande questão é saber quem punir, como punir, e o que punir. Hoje, especialmente no Brasil, erra-se nos três aspectos. A partir do estabelecimento da competência inicial, em razão do lugar da infração penal ou do domicílio do réu, passa-se ao critério da seleção sorteada do magistrado, usando-se a distribuição.

Uma vez transcorrido o percurso estabelecido pela legislação constitucional e infraconstitucional, chega-se, então, à definição do juiz competente para o processo e julgamento de determinado fato penal, passando do plano abstrato da jurisdição, para alcançar o plano concreto da competência²⁰⁷.

Pode-se dizer, portanto, que o exercício da atividade jurisdicional pelos órgãos do Poder Judiciário é limitado a critérios de competência estabelecidos em lei, cuja finalidade é viabilizar e ordenar a prestação dessa atividade exclusiva do Estado²⁰⁸.

5.1.2. A exclusividade da jurisdição criminal como garantia fundamental.

No âmbito criminal, a exclusividade da função jurisdicional evidencia-se em razão da natureza dos interesses em jogo, que são de caráter público, e por isso não podem se resolver fora da jurisdição estatal²⁰⁹.

Há jurisdição penal ordinária quando, por órgãos do Poder Judiciário, é atuada a vontade da lei penal no julgamento de acusados por prática de infrações penais e na efetivação do comando emergente das sentenças condenatórias ou absolutórias

²⁰⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p.786

²⁰⁷ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 108

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 107

²⁰⁹ MAYA, André Machado. A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos e da corte constitucional da Espanha. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. disponível em <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antiores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+\(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antiores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008).pdf)>. Acesso em 15 out. 2015, p. 4292

impróprias. Exercem jurisdição comum e especial em matéria penal as Justiças Federal e Estadual²¹⁰.

Com efeito, a aplicação da lei penal depende, inexoravelmente, da prévia existência de um procedimento judicial em que seja afiançada ao réu a utilização de todos os meios de defesa possíveis. Trata-se de uma garantia de natureza instrumental, voltada à correta aplicação da lei penal e à proteção dos direitos fundamentais dos acusados criminalmente.

É inadmissível a resolução de problemas penais fora da jurisdição oficial estatal em face do monopólio que o Estado exerce sobre a atividade jurisdicional. Esse princípio da exclusividade da jurisdição abrange ainda outras esferas de Poder do Estado, em especial o Legislativo, na medida em que somente ao legislador é dado estabelecer as condutas puníveis e as sanções criminais, não havendo, fora da esfera legislativa, tipicidade criminal e, por consequência, atividade sancionadora constitucionalmente legítima.

Assim, essa atribuição exclusiva da função jurisdicional penal ao Estado deu ensejo a garantias hoje inafastáveis, tais como a do juiz natural, independente e imparcial, do devido processo legal, e, via de consequência, da própria inafastabilidade da jurisdição penal, que não pode ser recusada, declinada e tampouco prorrogada²¹¹.

Como sucede com qualquer atividade jurisdicional, também o exercício da jurisdição penal é informado por relevantes garantias constitucionais que buscam assegurar imparcialidade do juiz. “Visto o processo como contraposição dialética entre acusação e defesa, é aí que se insere a imparcialidade do juiz²¹²”. Sem imparcialidade, não há efetivo contraditório. A essa garantia ligam-se, no plano constitucional, as próprias garantias da Magistratura. Também se ligam à imparcialidade do juiz a garantia constitucional do juiz natural, que, no juízo penal,

²¹⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 121

²¹¹ MAYA, André Machado. A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos e da corte constitucional da Espanha. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. disponível em <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+\(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008).pdf)>. Acesso em 15 out. 2015, p. 4292

²¹² FERNANDES, Antônio Scarance. *Op. cit.*, 2010, p. 122

constitui importante proteção à liberdade do cidadão, bem como a garantia da motivação das decisões judiciais²¹³.

5.2. COMPETÊNCIA

5.2.1. Critérios de distribuição de competência

No processo penal há algumas formas de definição de competência. Tem-se a competência material, em razão do lugar, por prerrogativa de função, por distribuição, por prevenção, conexão e continência.

Diante da ocorrência de um ilícito penal, poderá haver o início da ação penal e, etapa importante no processo penal é a descoberta do juiz competente para o julgamento. Após a identificação do juiz natural através da leitura da Constituição da República, encontrar-se-á na legislação infraconstitucional as regras de distribuição de competência, que têm em vista e levam em consideração a tutela concreta do processo.

Contudo, depara-se com uma situação difícil à medida que esse plano concreto pode indicar como competente mais de um órgão jurisdicional, como nos casos de comarcas que possuem mais de uma vara especializada em matéria criminal, ou de tribunais compostos por duas ou mais câmaras especializadas em matéria penal, e, ainda, quando a infração for cometida na “fronteira” de duas comarcas, de tal forma que não se possa identificar com precisão o local do crime, dentre outras hipóteses.

Nesses casos, então, a lei processual penal indica, como critério de determinação da competência, a prevenção, regra segundo a qual, havendo dois ou mais juízes igualmente competentes, o processo será instruído e julgado por aquele que primeiro tiver praticado algum ato processual nos autos, ou alguma medida relativa, ainda que antes do recebimento da denúncia ou queixa.

A primeira regra de fixação da competência é o lugar da infração, notadamente em razão das maiores facilidades na coleta do material probatório. Excepciona a regra,

²¹³ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 122

a situação do crime tentado. No caso da tentativa, o local de julgamento será o local do último ato de execução, conforme disciplina do art. 70, CPP.

O art. 70, § 1º, CPP traz a situação de crimes em que ação se inicia no Brasil e se consuma fora do Brasil. Nesse caso, a competência será determinada no lugar, no território brasileiro, que aconteceu o último ato de execução.

De acordo com o art. 70, §2º, CPP, quando o crime se inicia no exterior e tendo sido o último ato de execução praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar (no território nacional) em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou deveria produzir seu resultado.

O art. 70, § 3º afirma que quando é incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou seja, quando não se sabe onde começa e termina o município/comarca/jurisdição ou quando é incerta a jurisdição por ter sido a infração consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção. Significa que ambas as comarcas são competentes, sendo decido o juízo que irá processar e julgar a ação penal por meio de prevenção, regra que será tratada nas próximas linhas. Também haverá prevenção, nos termos do art. 71, CPP, tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições.

De acordo com o art. 72, CPP, quando não se sabe o lugar da infração (seja porque o réu não quer dizer, seja porque ele mesmo nem sabe), a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu. Se o réu tiver mais de uma residência, a competência será firmada pela prevenção (§ 1º). Caso o réu não possua residência certa ou for ignorado o seu paradeiro, será competente o juiz que primeiro tomar conhecimento do fato (§ 2º).

De acordo com o art. 73, CPP no caso de exclusiva ação privada (ação privada personalíssima ou ação privada exclusiva – está fora a ação penal privada subsidiária a pública), o querelante poderá preferir o foro de domicílio ou da residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração.

O art. 75, CPP, trata da competência por distribuição. A competência por distribuição se dá toda vez que em uma mesma base territorial, mais de um juiz ou mais de um órgão jurisdicional tiver idêntica competência material, nesse caso firmar-se-á a competência por sorteio (distribuição).

Há, ainda, determinação de competência por conexão e continência no processo penal, tem as suas hipóteses definidas nos artigos 76 (conexão) e 77 (continência), do Código de Processo Penal.

Essa determinação induz a reunião de demandas/causas em um mesmo processo, para se evitar conflito de decisões e facilitar a instrução probatória. Essa situação gera, via de regra, a reunião das causas. Entretanto, há situações em que mesmo diante de conexão e continência, haverá separação das demandas. São situações excepcionadas pelo legislador.

A conexão é o vínculo que se estabelece entre dois ou mais fatos, que os torna entrelaçados por algum motivo, sugerindo a sua reunião no mesmo processo, para que sejam apreciados pelo mesmo juiz, que analisará o mesmo conjunto probatório, evitando-se, desse modo, decisões contraditórias.

Na continência uma causa está contida na outra, por isso não é possível a divisão de processos. Em razão da unidade de condutas, se faz necessária a reunião de ações no mesmo processo.

Caso nenhum juiz esteja prevento, será empregado o sistema de distribuição, uma escolha aleatória entre os juízes igualmente competentes, definindo assim qual será então o competente para o processo e julgamento²¹⁴.

5.2.2. PREVENÇÃO

Renato Brasileiro anuncia que “a palavra prevenção deriva de *prevenire*, que significa vir antes, chegar antes, antecipar, significando em direito conhecimento anterior”²¹⁵. Cuida-se de hipótese de fixação de competência que, caso não seja observada, produzirá apenas nulidade relativa, conforme preceitua o enunciado nº 706 da Súmula do STF, *é relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência por prevenção*.

Prevenção significa antecipação, e concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, prevalente é aquele que primeiro pratica

²¹⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 474

²¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 529

atos do processo ou medidas relativas ao futuro processo, ainda que anteriores ao oferecimento da denúncia ou da queixa. “Juízes igualmente competentes são aquele que possuem mesma competência material e territorial. Já os magistrados com competência cumulativa possuem idêntica competência material, mas estão situados em foros diferentes²¹⁶”.

5.2.2.1. A Prevenção como critério residual de fixação de competência

De modo geral, a prevenção constitui critério subsidiário de determinação de competência. Contudo, faz-se extremamente necessário observar esta subsidiariedade com cuidado.

Para que observe a aplicação da prevenção é indispensável a concorrência de dois ou mais juízes, igual e originariamente competentes. Presente este requisito, a competência será determinada pela antecedência da prática de qualquer ato de conteúdo decisório²¹⁷. Consoante disciplina o artigo 83²¹⁸ do Código de Processo Penal: Diante do texto legislativo e da afirmativa da necessidade de pronunciamento de cunho decisório, pergunta-se: porque seria de conteúdo decisório se o citado dispositivo legal não faz qualquer referência a esta exigência? Existe uma preocupação do legislador em se referir às duas fases da persecução penal.

Segundo o disposto no artigo 83 do Código de Processo Penal, recorrer-se-á à regra da prevenção para identificar o juízo competente sempre que houver concorrência de dois ou mais juízes igualmente competentes, entregando-se a ação àquele que já praticara algum ato decisório.

O primeiro ponto a ser destacado, em relação à regra processual em comento, diz respeito à distinção que deve ser estabelecida entre igualdade de competência e jurisdição cumulativa. Com efeito, fossem sinônimas, não teria o legislador feito expressa referência a ambas as hipóteses. A propósito, há jurisdição cumulativa nos

²¹⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p.389

²¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p.267

²¹⁸ Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa.

casos em que dois ou mais magistrados são competentes para o processo e julgamento de determinado fato penal não apenas em razão da matéria, mas também em razão do local, justamente por pertencerem à mesma circunscrição judiciária. É o caso, por exemplo, das dezessete varas criminais da comarca de Salvador, as quais, abstratamente, possuem a mesma competência *ratione materiae* e *ratione loci*²¹⁹.

Por outro lado, tem-se igualdade de competência quando, embora idênticas às atribuições de dois ou mais juízes em razão da matéria e do local, pertençam eles a diferentes comarcas, o que se verifica nos casos de infrações penais cometidas no limite territorial entre duas jurisdições, ou nos casos de delitos continuados e permanentes, cujos atos constitutivos tenham sido praticados em diferentes comarcas, bem como nos casos em que o réu tenha duas ou mais residências, ou que possua residência incerta, e, ainda, quando, nas hipóteses de conexão e continência, diante do concurso entre jurisdições da mesma categoria, não seja possível determinar o foro prevalente²²⁰.

Essa distinção, contudo, não é pacífica. Em sentido diametralmente oposto, Tourinho Filho afirma existir igualdade de competência nos casos em que os magistrados têm a mesma competência em razão da matéria e em razão do lugar, pois integrantes de uma mesma comarca, e jurisdição cumulativa nas hipóteses em que, embora possuam eles idêntica competência, integram comarcas distintas.

Essa divergência conceitual encontra solução no próprio Código de Processo Penal, em seu Artigo 75²²¹. A redação do dispositivo legal não deixa margens para dúvida: a igualdade de competência pressupõe juízos com idênticas atribuições em razão da matéria e do local, no âmbito da uma única comarca. De outro lado, jurisdição cumulativa refere-se a situações que envolvem magistrados de diferentes circunscrições judiciárias²²².

²¹⁹ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109

²²⁰ *Ibidem*, p. 110

²²¹ Impõe a lei que o inquérito seja distribuído – e deixa bem claro que se trata de inquérito, e não de autos contendo denúncia ou queixa, ao usar os termos “qualquer diligência anterior à denúncia” e “previnirá a da ação penal” – para obter do juiz uma decisão de aspecto nitidamente jurisdicional, com reflexos na ação penal, in NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011. p. 236

²²² MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 110

Ademais, destaque-se que o código de ritos, nos artigos 70, §3º e 71, recorre à regra da prevenção para definir a competência nos casos de delitos praticados nos territórios de duas ou mais jurisdições ou nos limites entre elas, e no artigo 78, II, refere-se a eventual concurso de jurisdições da mesma categoria, não deixando dúvida: tem-se jurisdição cumulativa, quando dois juízes de diferentes circunscrições judiciárias forem igualmente competentes, por não ter sido possível firmar a competência pelo local da infração ou pela residência do acusado.

Em qualquer das hipóteses, como de resto se extrai da própria natureza da regra da prevenção, tal como regulada pelo artigo 83 do CPP, é pressuposto da sua incidência a existência de, no mínimo, dois juízos com a mesma competência – sejam ou não da mesma circunscrição judiciária –, firmada de acordo com as demais regras de delimitação reguladas na legislação constitucional e infraconstitucional²²³.

Diante disso, pode-se afirmar que a prevenção é critério subsidiário de determinação da competência, a incidir somente nos casos em que os demais critérios se mostrarem insuficientes para indicar qual o juiz competente para processar e julgar determinado caso penal.

O artigo 75 do CPP dispõe especificamente sobre a competência pela distribuição, definindo que, havendo dois ou mais juízes igualmente competentes em uma mesma circunscrição judiciária, a precedência da distribuição prevenirá a competência para a ação penal, ainda que tenha sido realizada apenas para efeito de concessão de fiança ou decretação de prisão preventiva, por exemplo.

Trata-se de regra especial, aplicável apenas nas hipóteses de concorrência de juízes com igual competência. Nota-se aqui a importância da diferenciação da competência igualitária e jurisdição cumulativa.

Conclui-se que a precedência da distribuição prevenirá a competência para a ação penal nos casos em que, em uma mesma circunscrição judiciária, ou em uma mesma comarca, houver dois ou mais juízes igualmente competentes.

Realce-se que a distribuição antecede a prática de atos do processo ou de medidas a ele relativas, justificando ser essa a regra que orientará a determinação do juízo competente para o processo e julgamento do caso penal.

²²³ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 111

A exigência de que tais atos jurisdicionais sejam dotados de conteúdo decisório decorre diretamente da função de garantidor dos direitos individuais desempenhada pelo Judiciário. Antes de iniciada a ação penal, a atuação jurisdicional só se justifica para o controle da legalidade dos atos de investigação criminal, revestindo-se, portanto, de caráter nitidamente decisório.

Atos processuais jurisdicionais são todos aqueles emanados de órgão do judiciário, no exercício do seu poder jurisdicional. Compreende, por consequência, não só as decisões sobre o pedido e a ação proposta, como ainda os atos que, provindos do juiz, servem para preparar a sentença ou para regular o andamento do processo.

O Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça são unânimes em afirmar que os atos do magistrado em fase pré-processual (anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa), para gerar a prevenção, devem ter caráter decisório. Ocorre que, a grande maioria dos atos praticados nessas circunstâncias tem caráter decisório.

Tanto no decorrer da ação penal em juízo, quanto na fase prévia de investigação policial, providências podem ser tomadas, implicando diminuição da liberdade do investigado.

Nem todos os atos tomados ao longo da investigação policial – de caráter inquisitivo e preparatório para a ação penal – são administrativos, mas, ao contrário, são cristalinamente jurisdicionais, implicando decisões importantes para todo o curso do futuro processo. Somente um juiz é competente para determinar a prisão, a busca e apreensão, a quebra do sigilo bancário, a concessão de fiança para delitos apenados com reclusão dentre outras medida que interferem e afastam garantias pessoais do indivíduo.

Sabe-se que o exercício da jurisdição, em regra, somente ocorre na fase processual, após a instauração do processual judicial, da ação penal, com a formação da relação processual. O inquérito policial, não constitui ato de exercício de jurisdição, tratando-se de procedimento administrativo, prestando-se, tão somente, à formação do convencimento do órgão responsável pelo exercício da ação penal, notadamente o Ministério Público²²⁴.

²²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p.268

Consoante se referiu em momento anterior neste trabalho, no curso de procedimentos administrativos, tal qual o inquérito policial, é possível mostrar-se necessária a adoção de medidas restritivas de direitos, ou medidas cautelares pessoais. Nestes casos, o controle de legalidade ou, até, a determinação ou autorização de um ato desta natureza, bem como a avaliação da primordialidade da medida, haverá de pertencer ao judiciário.

Assim, “tornará prevento o juiz o ato praticado por aquele que, igualmente competente, anteceder a outro ou outros na decretação da prisão preventiva ou mesmo da prisão temporária, uma vez que tais medidas ostentam nítido caráter cautelar”²²⁵. De mesmo modo, além da prisão, a determinação de quebra de sigilo, expedição de mandado de busca e apreensão, qualquer ato que possua conteúdo decisório e que seja de competência do poder judiciário, mesmo sem o início de uma ação penal propriamente dita.

Da mesma forma com o Habeas Corpus, que constitui modalidade de ação autônoma, igualmente tornará prevento o juízo, na medida em que tanto a rejeição da ordem quanto a sua concessão, implicam, em regra, o conhecimento precedente da questão deduzida no processo, ainda que em cognição sumária. De outro lado, não constituirão atos de prevenção a simples antecedência de distribuição de inquérito policial ou mesmo a ação penal ainda não despachada, visto que, em tais situações não houve nenhuma atuação jurisdicional²²⁶.

Para que essa diligência anterior à denúncia fixe a competência por prevenção, Renato Brasileiro mostra duas condições que devem estar presentes: 1) a existência prévia de distribuição, compreendendo-se o artigo 83 em conjunto com o artigo 75²²⁷ do CPP e, 2) deve a medida ou diligência apresentar o mesmo caráter cautelar ou contra cautelar encontrado nas hipóteses exemplificativas do referido artigo 75²²⁸.

Como bem assegura o professor Aury Lopes Jr., a regra no processo penal é essa: juiz prevento é o que irá julgar. Contudo, um problema surge quando o sistema

²²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p.268

²²⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

²²⁷ Art. 75. A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.

Parágrafo único. A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal.

²²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 530

começa a atribuir poderes ao juiz, chegando ao extremo de criar a verdadeira figura do juiz inquisidor²²⁹.

Observando esta regra sob a ótica de um modelo processual penal acusatório, no qual deve o juiz guardar-se das questões discutidas, preservando a sua imparcialidade, o critério de prevenção merece, sim, críticas, na medida em que a antecipação no conhecimento de alguma questão relevante no processo poderá (e, de maneira certa, irá) já se solidificar desde o início, no primeiro contato, formando um pré-conceito, sem a devida triangularização da relação.

Sempre que se atribuem poderes ao juiz, fulmina-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade²³⁰. Não há como conceber imparcialidade quando se tem conhecimento prévio dos atos, capazes que construam pré-juízos.

Proclama o professor Aury Lopes que o problema de se ter um juiz com poderes instrutórios vê-se potencializado em sistemas processuais penais como o brasileiro. Quando se concebe a prevenção como causa de fixação da competência, gera-se uma imensa monstruosidade jurídica: um juiz investiga e, depois, na fase processual, julga²³¹.

Tem-se no Brasil uma situação deveras complicada visto que diversas disposições legais dispensam ao juiz poderes instrutórios e de participação na investigação, adentrando, com isso em um critério definidor da competência. Podem-se citar as situações previstas nas Leis 7716/89, 9034/95, 9296/96 e em todas as demais leis entregam ao juiz poderes de investigação na fase pré-processual, sem que o impeçam de atuar como julgador na futura fase processual.

Para ter noção da gravidade das situações basta pensar que, no sistema atual, os desembargadores integrantes de uma câmara criminal irão julgar o primeiro habeas corpus – interposto, por exemplo, contra a prisão preventiva –, passando pela apelação e chegando até a decisão sobre os agravos interpostos com os incidentes da execução penal, ou em uma revisão criminal.

²²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Juízes Inquisidores? E Paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, ano 3, n.10. 2003, p. 121

²³⁰ *Ibidem, loc. cit.*

²³¹ *Ibidem, loc. cit.*

Diante disso, faz-se nitidamente necessário que se repense a prevenção, pois, ao invés de caminhar em direção à figura do juiz garante ou de garantias, alheio à investigação e verdadeiro órgão suprapartes, o sistema processual penal brasileiro caminha para a direção errada, ao encontro do juiz instrutor. Não só estamos na contramão da evolução, querendo ressuscitar a superada figura do juiz de instrução, como nos negamos a evoluir, repensando a prevenção, diante da necessidade de proteção da posição do julgador²³².

Dessa forma, quando a infração espalhar-se por mais de um local, não se encontrando o domicílio do réu, inexistindo o critério da natureza do delito, nem tampouco houver condições de se distribuir o efeito, visto que os magistrados estão em Comarcas diversas, além de não estar presente regra alguma de conexão ou continência, deve-se usar a regra residual: quem primeiro conhecer do feito é competente para julgá-lo²³³. Nucci²³⁴ citado Frederico Marques, diferencia o critério da prevenção sob duas óticas:

- a) quando não se souber onde se deu a consumação do delito, bem como quando não se tiver ciência do local de domicílio ou residência do réu, a prevenção funciona como foro subsidiário (art. 72, § 2.º, CPP);
- b) quando houver incerteza entre os limites territoriais de duas ou mais Comarcas, bem como quando não se souber onde foi cometido exatamente o delito e, ainda, quando se tratar de infração continuada ou permanente, a prevenção serve como regra de fixação da competência (arts. 70, § 3.º, e 71, CPP)

Por fim, importa realçar que vale a regra da prevenção para os casos de crime continuado e de delito permanente (art. 71, CPP). Como sabido, crime continuado é uma ficção jurídica, criada para beneficiar o agente que comete mais de uma ação ou omissão, com mais de um resultado, mas que, por circunstâncias objetivas fixadas em lei, fazem com que as condutas subsequentes sejam consideradas uma continuação da primeira²³⁵.

Impedindo-se a aplicação de uma pena somada, que seria exorbitante, a Lei permite que o juiz estabeleça uma só, aumentada de um sexto até dois terços. E por possuir

²³² LOPES JUNIOR, Aury. Juízes Inquisidores? E Paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, ano 3, n.10. 2003, p. 126

²³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.245

²³⁴ *Ibidem*, loc. cit.

²³⁵ *Ibidem*, p. 246

várias ações, desenvolvidas em lugares diferentes, é possível que o agente ultrapasse as fronteiras de um mesmo foro, atingindo a esfera de competência de outros magistrados. Nessa hipótese, qualquer deles torna-se competente para apurar infração penal, firmando-se a competência pela regra da prevenção.

Da mesma forma o crime permanente, aquele que se consuma através de uma única conduta, embora a situação antijurídica criada estenda-se no tempo até quando queira o agente. Cite-se, por exemplo, o sequestro, que priva a liberdade da vítima até quando o agente a solte. Enquanto a vítima estiver em poder do sequestrador, encontra-se o delito em plena consumação. Nessa situação é possível que a execução se estenda por vários lugares, até que consiga sua liberdade. Qualquer dos lugares por onde passou, justamente por estar em franca consumação o delito, é foro competente para apurar o ocorrido. Assim, firma-se a competência pela prevenção.

Por sua vez, não firma prevenção a atuação do magistrado em escala de plantão, em razão da natureza excepcional do serviço prestado, como ocorre com os juízes que funcionam durante os feriados ou finais de semana.

Da mesma forma, apreciação de habeas corpus, impetrado ainda na fase do inquérito tendo o delegado como autoridade coatora, não fixa prevenção para o futuro processo.

Como sequer tangenciam o mérito de eventual ação penal condenatória futura, as medidas meramente preparatórias não têm força para prevenir o juízo, tal como o pedido de explicações em juízo (art. 144, CP). Isso porque não há propriamente jurisdição, mas apenas atividade de formação de documentos, juntamente com a resposta da pessoa que figura no polo passivo do pedido de explicação²³⁶.

É preciso preservar o direito de qualquer acusado no âmbito do processo penal, de ser julgado por um juiz imparcial. Através da compreensão de imparcialidade como garantia fundamental dos acusados em processo penal, essência da própria atividade jurisdicional, que deve ser feita a análise das regras processuais e regimentais de processo penal, notadamente as que definem a prevenção do juízo como regra de distribuição de competência.

²³⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p.390

5.2.2.2. O tratamento dispensado ao instituto da prevenção pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Considerada a questão desde o ponto de vista do direito de ser julgado por um tribunal imparcial, tal como previsto no artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direito Humanos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem, desde a década de 1980, emprestado especial relevância à hipóteses em que um mesmo juiz participa de duas diferentes fases²³⁷.

A garantia da imparcialidade tem sido considerada pelo TEDH sob dois diferentes aspectos: um subjetivo, em que importa a convicção pessoal do juiz, e outro objetivo, pelo qual, consideradas as circunstâncias específicas de determinado caso concreto, deve-se observar se o magistrado apresenta condições de afastar quaisquer dúvidas razoáveis acerca da sua imparcialidade²³⁸.

Com base nessa concepção de imparcialidade, o TEDH passou a questionar a hipótese de atuações sucessivas de um mesmo magistrado em diferentes fases de um mesmo processo penal.

A orientação jurisprudencial firmada por este Tribunal colocou em destaque a preocupação da Corte Europeia em preservar a confiança da sociedade nas decisões jurisdicionais, e com isso assegurar a sua eficácia. Deu-se ensejo à uma presunção absoluta de parcialidade do juiz, de modo que não importa se, no caso concreto, o juiz investigador adquiriu ou não pré-conceitos ou pré-juízos em relação ao suspeito; tendo ele atuado na fase pré-processual, estará impedido de participar do julgamento. O que importa não é, pois, a capacidade do juiz de manter-se imparcial, ou o fato de ele ter ou não ter se contaminado com os elementos indiciários colhidos na investigação, mas, sim, a visibilidade, a impressão do acusado e da sociedade em relação à imparcialidade do julgador²³⁹.

Extrai-se dos julgamentos da Corte Europeia que, diante da prática de determinados atos jurisdicionais, é a mera possibilidade de contaminação subjetiva do juiz,

²³⁷ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014,, p. 126

²³⁸ *Ibidem*, p. 127

²³⁹ *Ibidem*, p. 131

observada de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, que o torna impedido de participar do julgamento do feito. Há sempre análise do viés objetivo da imparcialidade, no intuito de verificar se o juiz reúne ou não condições de afastar qualquer dúvida sobre sua atuação imparcial²⁴⁰.

5.2.2.3. Hipóteses de contaminação judicial pela prevenção no processo penal brasileiro

A atuação do juiz na fase pré-processual é, como não poderia deixar de ser, muito limitada, restringindo-se ao controle de legalidade dos atos restritivos dos direitos fundamentais do suspeito, sendo-lhe, por isso, vedada a adoção de uma postura ativa, típica de investigador ou de instrutor.

Exatamente dessa função de garantidor dos direitos fundamentais dos investigados, desempenhada pelo magistrado na fase prévia ao processo penal propriamente dito, decorre o primeiro dos princípios orientadores das medidas cautelares no âmbito processual penal: o da jurisdicionalidade, a exigir que toda e qualquer medida cautelar seja autorizada pela autoridade jurisdicional competente²⁴¹.

Para garantir a tutela dos direitos fundamentais dos suspeitos exige-se do magistrado mais do que uma atuação meramente formal, de deferimento ou indeferimento dos requerimentos da autoridade policial. A análise dos pressupostos legais de cada uma das medidas cautelares, e da legitimidade da medida, impõe ao magistrado, um efetivo exame do material indiciário colhido na investigação, sobre o qual se fundamenta o requerimento cautelar.

Por exemplo, nas medidas cautelares reais, assecuratórias, como o sequestro, segundo dispõe o artigo 126²⁴² do código de ritos, exige-se a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens. Necessita-se da demonstração, por parte do requerente, da probabilidade de que tenham os bens sido adquiridos com o produto do crime. Acrescenta-se mais dois elementos à serem observados: o risco

²⁴⁰ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 137

²⁴¹ *Ibidem*, p. 165

²⁴² Art. 126. Para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

da demora, e a comprovação da existência do crime. Todos estes requisitos reivindicam do magistrado um exame atento dos elementos até então colhidos na investigação, que lhe permitam formar um convencimento, ainda que precário, de que o delito existiu, de que há risco de perecimento do objeto, e, principalmente, de que os bens provavelmente foram adquiridos com proventos criminosos.

O mesmo se verifica na hipótese da medida cautelar de hipoteca legal, em que a tutela do interesse cabedal do ofendido, que pretende garantir os efeitos patrimoniais de uma possível sentença condenatória, dá ensejo à constrição legal de bens imóveis de origem lícita que integram o patrimônio do acusado. Impõe o artigo 134, a demonstração, pelo ofendido, a certeza da infração e os indícios suficientes de autoria delitiva. Certeza pressupõe inexistência de dúvida, a convicção pela objetiva e subjetivamente²⁴³.

O juiz conhece desses elementos e, para chegar à segurança sobre a existência da infração, forma, antes, uma convicção sobre os fatos, o que não coaduna com a cognição sumária da fase pré-processual.

Há que se ver, neste momento, a importância de que os juízes, ao examinarem a admissibilidades das citadas medidas, tenham especial atenção em relação ao *fumus comissi delicti* e ao *periculum in mora*, requisito e fundamento legais, respectivamente, que exigem uma efetiva demonstração do nexo de causalidade²⁴⁴.

Quanto à busca e apreensão, deve ser destacada a possibilidade legal de que a própria autoridade judicial que a decretou conduza o seu cumprimento, na forma do artigo 245²⁴⁵, §1º, do Código de Processo Penal. Não há hipótese mais nítida de contaminação subjetiva do órgão jurisdicional que a condução, pelo próprio juiz, da medida cautelar destinada a apreender elementos probatórios necessários à comprovação da hipótese penal aventada pelo órgão acusador²⁴⁶.

²⁴³ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 167

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 168

²⁴⁵ Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta. § 1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

²⁴⁶ MAYA, André Machado. *Op. cit.*, 2014, p. 169

Tem-se ainda a problemática das medidas cautelares pessoais, que exigem que o magistrado tenha uma atuação ainda mais próxima em razão de se estar lidando com a liberdade do imputado.

Principal medida cautelar de cunho pessoal, a prisão preventiva, disciplinada no artigo 312 fixa a prova da existência do crime, indícios suficientes de autoria, garantia da instrução criminal, da aplicação da lei, da ordem pública e da ordem econômica, respectivamente requisitos e fundamentos, da medida.

A decisão sobre um requerimento de prisão preventiva implica não apenas um próximo e efetivo contato do juiz com o material indiciário e “probatório” que lhe serve de fundamento, mas também a formação de uma convicção acerca da responsabilidade penal do suspeito, exigindo do magistrado uma prudente verificação, um exercício interpretativo das hipóteses aventadas na investigação que lhe permitam concluir como prováveis a participação do imputado no delito e a ocorrência do dano, caso ele permaneça em liberdade, à instrução processual, à aplicação da lei penal e às garantias das ordens pública e econômica²⁴⁷.

Destarte, a disposição do artigo 314 do CPP veda expressamente a decretação de prisão preventiva nos casos em que se identifique ter o agente praticado o fato em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito. Esse exame, exigido pela lei processual, indica a necessidade de que o juiz analise detidamente os autos a fim de afastar a possível ocorrência de uma causa extintiva da ilicitude, e, somado a isso, se convencer da necessidade da restrição da liberdade do agente, em um juízo inegavelmente muito próximo daquele que se exige por ocasião da decisão de mérito.

O mesmo ocorre para o caso de decretação da prisão temporária, modificando os requisitos, mas mantendo-se a essência meritória da análise.

Não só as decisões sobre medidas assecuratórias, pessoais ou reais, exigem do magistrado um efetivo contato com o material colhido na investigação. Também as decisões de quebra de sigilo bancário, telefônico e fiscal, que requerem uma específica motivação da sua legitimidade de necessidade. Para que haja deferimento analisar-se-á existência de crime, indícios razoáveis de autoria e

²⁴⁷ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 170

necessidade da medida. Impõe-se ao magistrado um juízo conclusivo muito próximo daquele realizado por ocasião da prolação da sentença penal²⁴⁸.

A busca de provas da autoria e da existência da infração penal, pelo juiz, por mais grave que possa parecer o delito, compromete a imparcialidade daquele que vai decidir. Por mais elevado que seja o espírito do julgador, sua inserção na atividade de investigação implicará no comprometimento com os fatos apurados, afastando-se do ponto de equilíbrio que, como garantias das partes, se traduz no princípio do juiz imparcial.

A questão da prevenção, tal como regulada no direito processual brasileiro, importa, na dicção do artigo 83 do Código de Processo Penal, na afirmação da competência do juiz que tiver antecedido aos outros na prática de algum ato decisório do processo ou de medida a este relativa, ainda que anteriormente ao oferecimento da denúncia ou queixa. Assim, será competente para processar e julgar referido fato o magistrado que homologou o auto de prisão em flagrante, decidiu sobre pedido de liberdade provisória, sobre requerimento de busca e apreensão ou, ainda, acerca da quebra dos sigilos bancário, fiscal ou das comunicações telefônicas, por exemplo²⁴⁹.

Em todas essas hipóteses, sabemos, as decisões judiciais, muito embora cautelares, devem ser motivadas, por força do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Isso, logicamente, impõe que o magistrado examine o conteúdo probatório produzido na investigação criminal e extraia dele um juízo de valor acerca do que lhe é postulado, sempre atuando como controlador da legalidade e dos direitos fundamentais do sujeito investigado.

Aliás, é justamente em razão dessa posição de garante que o juiz não pode limitar-se a uma análise superficial dos elementos de prova que lhe são apresentados, como depoimentos, filmagens ou outros documentos. Ao contrário, deve proceder a um exame real, efetivo, no intuito de verificar a plausibilidade das alegações e dos requerimentos que lhe são formulados, seja por parte dos órgãos de investigação,

²⁴⁸ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 170

²⁴⁹ MAYA, André Machado. A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos e da corte constitucional da Espanha. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. disponível em [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+\(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008).pdf). Acesso em 15 out. 2015, p. 4299

seja por parte do investigado ou suspeito. O cerceamento da liberdade, ou mesmo de garantias outras como a inviolabilidade de dados e das comunicações, e ainda da propriedade, é medida de extrema gravidade, e exige, por isso, uma decisão devidamente fundamentada²⁵⁰.

Ao concluir, por exemplo, que existem indícios da prática de um crime, da sua autoria, e também *periculum in mora*, e autorizar a interceptação das comunicações telefônicas, não terá o magistrado tomado uma posição subjetiva que, naturalmente, exercerá influência sobre ele no futuro? Ou, ainda, em se tratando de medidas cautelares pessoais, ao homologar um flagrante e negar a liberdade provisória, rechaçando a hipótese do artigo 310 do Código de Processo Penal, arguida pelo preso, não terá formado uma convicção incompatível com a isenção que lhe será exigida no momento de decidir sobre a culpabilidade na futura ação penal?²⁵¹

A interpretação das regras de fixação da competência deve adequar-se às demais garantias que orientam o processo penal, dentre as quais se destaca em importância a da imparcialidade do órgão jurisdicional.

Com efeito, eventual exclusão da competência pela prevenção, não induz ao julgamento por outro juiz que não o natural, pois a naturalidade, como delineada no terceiro capítulo, decorre da determinação da competência em momento anterior à prática do fato delituoso, por isso, o afastamento daquele que, na fase de investigação, proferiu decisões cautelares, não viola a garantia do juiz natural.

A questão da prevenção precisa ser (e será) revista, pautada principalmente pela compreensão do devido processo legal no marco do Estado Democrático de Direito, de forma que se empreguem, de forma eficaz, as garantias de um julgamento imparcial.

Faz-se necessário privilegiar uma leitura das regras processuais que sejam compatíveis com as garantias fundamentais previstas tanto na Constituição da República quanto nos tratados internacionais de direitos humanos, objetivando,

²⁵⁰ MAYA, André Machado. A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos e da corte constitucional da Espanha. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. disponível em [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+\(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008).pdf). Acesso em 15 out. 2015, p. 4299

²⁵¹ *Ibidem, loc. cit.*

minorar as hipóteses de violações aos direitos básicos de todos aqueles sobre os quais pesa uma acusação criminal.

5.2.2.4. A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal. Frente ao princípio da imparcialidade, a regra de prevenção deveria definir competência ou afastá-la? A relação entre a distribuição de competência por prevenção e o princípio da imparcialidade.

Quaisquer magistrados, uma vez regularmente investidos na função judicante, tem o poder para decidir controvérsias jurídicas independentemente da matéria que se lhes apresente – civil, penal ou administrativa, dentre outras – pois dotados de plena jurisdição²⁵². Tal concepção, porém, embora possível e correta do ponto de vista teórico, apresenta-se problemática no campo prático, motivo pelo qual os ordenamentos jurídicos optam, via de regra, pela repartição desse poder jurisdicional inerente aos juízes e tribunais, dando ensejo ao que se denomina competência.

Esta não é a questão principal. Já no que respeita à fase *pré-processual*, a palavra *medida* empregada na disposição legal não pode estar se referindo a quaisquer atos investigatórios praticados no curso de inquérito ou de procedimento administrativo, mas unicamente à atuação jurisdicional, isto é, ato do juiz, no exercício da tutela da jurisdição penal²⁵³.

Tal situação não deveria ser regra de definição e sim de exclusão da competência, já que esse juiz que atuou na fase pré-processual teve contato antecipado com o fato (parcialidade) – parte-se do pressuposto de que o juiz é o fiel fiscalizador dos atos persecutórios.

Relacionando os sistemas processuais penais (tratados em capítulo anterior) o Aury Lopes Jr. trata como reducionismo bastante frequente a desconexão da discussão daqueles com a imparcialidade. “É elementar que ao se atribuir poderes instrutórios

²⁵² MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105

²⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p.268

ao juiz, fere-se de morte a imparcialidade, pois ‘quem procura, procura algo’²⁵⁴. Quando o juiz decide ir atrás da prova já tem definida a hipótese acusatória como verdadeira. Esse juiz não decide a partir dos fatos apresentados no processo, senão da hipótese acusatória inicialmente eleita. Quando o juiz, em dúvida, afasta o *in dubio pro reo* e opta por ir atrás da prova, ele já decidiu e só está buscando elementos que justificam a decisão que ele já tomou.

Não se pode descuidar, que a dúvida deve dar lugar a absolvição. Percebe-se nitidamente a quebra da imparcialidade quando o juiz, conhecedor da ocorrência, tendo decidido, por exemplo, sobre a prisão temporária do investigado, posteriormente, na ação penal, se afasta da regra de julgamento e decide buscar provas, ou interferir na produção probatória. “Não é preciso maior esforço para compreender que está buscando prova para condenar, pois se fosse para absolver, ele parava no momento anterior... É um evidente prejuízo que decorre dos “pré-juízos”. Juiz contaminado não pode julgar, sendo a ‘prevenção’ uma causa de exclusão da competência”²⁵⁵.

Por fim, poder-se-ia argumentar ser possível dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 75 e 83 do CPP, aplicando-os exclusivamente nos casos penais em que nenhuma medida cautelar foi requerida. Todavia, e conforme visto alhures, basta que o julgador aparente ser parcial, existindo a simples dúvida quanto a sua imparcialidade, para que a credibilidade do provimento se esboroe perante o jurisdicionado. Nesse contexto, o simples contato com elementos de convicção trazidos aos autos de maneira inquisitiva e não contraditória, conforme sói acontecer na fase do inquérito policial, deve ser reconhecido como fator suficiente de contaminação subjetiva do julgador, apto a gerar pré-compreensões em sua psique.

Tome-se como exemplo situação - não rara, diga-se de passagem -, na qual a ilicitude de prova produzida em inquérito policial tenha sido reconhecida pelo Tribunal de Justiça, que determinou o processamento do feito perante o juízo monocrático preventivo, após o regular desentranhamento da prova ilícita. Seria, nesta hipótese, razoável crer na imparcialidade do julgador, bem como em sua capacidade de por de lado todas as suas convicções prévias acerca da culpabilidade

²⁵⁴ LOPES JR. Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 01 set. 2015, p. 03

²⁵⁵ *Ibidem*, loc. cit.

do réu, para julgar tão somente com base nas provas que restaram nos autos? Ou já estaria este julgador fortemente influenciado pelos elementos de convicção que lhe chegaram ao longo do inquérito, ainda que ilegais? E, rendendo loas à teoria da aparência, seriam justificáveis eventuais suspeitas do jurisdicionado no que diz respeito à imparcialidade deste julgador?

Ora, colocando a questão nestes termos, não há subterfúgio retórico que convença o intérprete comprometido com a conformidade constitucional do processo penal da constitucionalidade dos artigos 75 e 83 do CPP, que devem ser interpretados às avessas caso se pretenda dar máxima efetividade ao princípio constitucional da imparcialidade, constitutivo da base principiológica uníssona que compõe o modelo constitucional de processo, e umbilicalmente ligado ao princípio acusatório.

Ainda que a investigação preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato, com consignação e apreciação das circunstâncias tanto adversas como favoráveis ao sujeito passivo, o contato direto com o investigado e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz uma série de pré-juízos e impressões a favor ou contra o imputado, influenciando no momento de sentenciar²⁵⁶.

Os processos psicológicos interiores, formados ao longo do contato do juiz com os elementos dispostos, levam, inevitavelmente a um pré-juízo sobre condutas e pessoas. O problema é definir se o juiz tem condições de proceder ao que se chama de uma ideia sobre a pequena história do processo, sem intensidade suficiente para condicionar, ainda que inconscientemente – e ainda que seja certamente – a posição de afastamento interior que se exige para que comece e atue no processo²⁵⁷.

²⁵⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 181

²⁵⁷ *Ibidem*. p. 184

6. O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O JUIZ DE GARANTIAS

6.1. O PROJETO DE LEI 156/2009²⁵⁸

Apresenta-se, praticamente em faina diurna, opiniões uníssonas quanto à incompatibilidade entre os modelos normativos do Decreto-lei nº 3.689, de 1941 (que institui o código de processo penal) e da Constituição de 1988. Conforme bem delineado no capítulo inicial, a configuração política do Brasil no ano 1940, época do Estado Novo, caracterizado pela centralização de poder, nacionalismo, autoritarismo, apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional.

O Código de 1941 anunciava em sua Exposição de Motivos que as leis vigentes de processo penal asseguravam aos réus, “ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um catálogo de garantias e favores, que tornava a repressão defeituosa e retardatária”²⁵⁹. E é este código que regula o processo penal até hoje (reformado, sim, mas não menos inquisitivo).

Nunca se deve desligar que a perspectiva garantista no processo penal, malgrado as eventuais estratégias no seu discurso de aplicação, não se presta a inviabilizar a celeridade dos procedimentos e nem a esperada eficácia do Direito Penal. Em sentido diametralmente oposto, o respeito às garantias individuais demonstra a consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano e a maturidade social na árdua tarefa do exercício do poder²⁶⁰.

O projeto de lei 156/2009, que pretende instituir um novo código de processo penal, em sua exposição de motivos, mostra que a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional. “A vedação

²⁵⁸ BRASIL. Senado. Anteprojeto/Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009, disponível em <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>, p. 16

²⁵⁹ CARVALHO JUNIOR, Almério. **Código de Processo Penal está em contradição com a Constituição.** ConJur. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-jun-05/codigo_processo_penal_contradiz_constituicao>. Acesso em 31 mai. 2015.

²⁶⁰ *Ibidem, loc. cit*

de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público”²⁶¹. Arremata destacando “a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes”²⁶².

Como sabido, a imparcialidade do juiz deve ser preservada tanto em processo penal, quanto no processo civil, contudo, naquele, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado.

A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional. Esclareça-se que as cláusulas de reserva de jurisdição previstas na Constituição da República, a demandar ordem judicial para a expedição de mandado de prisão, para a interceptação telefônica ou para o afastamento da inviolabilidade do domicílio, não se posicionam ao lado da preservação da eficiência investigatória. Quando se defere ao juiz o poder para a autorização de semelhantes procedimentos, o que se pretende é tutelar as liberdades individuais e não a qualidade da investigação²⁶³.

A passagem que explica a instituição do juiz de garantias merece transcrição integral:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz *das garantias*, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz *de inquéritos*, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas

²⁶¹ BRASIL. Senado. Anteprojeto/Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009, disponível em <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>. p. 17

²⁶² *Ibidem*, loc. cit.

²⁶³ *Ibidem*, loc. cit.

estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.²⁶⁴

Formou-se uma comissão, com renomados juristas, com a finalidade de reformar o Código de Processo Penal na sua íntegra, adequando, com isso, a legislação adjetiva aos atuais padrões democráticos oriundos da Constituição da República. A exposição de motivos inicia afirmando que “nas mais variadas concepções teóricas a respeito do estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando conseqüente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado”²⁶⁵.

O instituto do juiz de garantias está regulado no capítulo II do projeto de reforma do Código de Processo Penal, constando, do seu artigo 14 (anteriormente artigo 15, na primeira versão), um rol exemplificativo das suas atribuições, a serem desenvolvidas sempre com o intuito de tutelar a legalidade da investigação preliminar e de salvaguardar os direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia da autoridade jurisdicional²⁶⁶.

Destarte, cumpre registrar que o projeto excetua da competência do juiz de garantias, os casos direcionados aos Juizados Especiais, disciplinados pela Lei 9.099/95. Acredita-se que, não há, nesses casos, ao menos em regra, investigação criminal preliminar. Há, em verdade, apenas a colheita dos dados necessários à identificação do infrator, da vítima e das testemunhas e narração resumida do fato delituoso. Em assim sendo, não havendo previsão de adoção de medidas investigativas restritivas de direitos individuais, em princípio, notadamente, não se vislumbra razão para exercício do juiz de garantias nesse caso.

Necessário trazer à baila que a competência do juiz de garantias cessa com a propositura da ação penal, conforme disposição no referido projeto de lei. Veja-se que se refere à propositura, e não ao recebimento da denúncia ou queixa. Não será,

²⁶⁴ BRASIL. Senado. Anteprojeto/Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009, disponível em <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>. p. 18

²⁶⁵ *Ibidem*, loc. cit.

²⁶⁶ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 204

pois, pela redação do anteprojeto em comento, da competência do juiz de garantias receber a inicial acusatória, ou mesmo determinar a notificação do denunciado para apresentar resposta à acusação, nos crimes em que haja previsão de defesa prévia.

André Machado Maya explicita que “o projeto parece ter se afastado da linha teórica proposta na sua própria exposição de motivos”. Aduz que “o recebimento da denúncia ou queixa, embora reconhecido pela jurisprudência dominante como um ato decisório que dispensa motivação, exige do magistrado, sim, um exame dos pressupostos processuais, das condições da ação e da justa causa”²⁶⁷. Continua, pontuando que “seria mais apropriado que o recebimento ou a rejeição de denúncia ou queixa fosse ato processual da competência do próprio juiz de garantias, visto que ele já estará em contato com os elementos indiciários produzidos na fase pré-processual”²⁶⁸.

Ousa-se, neste momento, discordar do posicionamento do ilustre autor. Como dito no terceiro capítulo, não há análise de mérito no juízo de recebimento da denúncia. Deixar essa decisão a cargo do juiz de garantias sim violaria a imparcialidade, e não o contrário. Só há formação de convencimento, análise de probabilidade ou justa causa quando da decisão de absolvição sumária, quando o réu já se manifestou, efetivou seu contraditório, tendo a oportunidade paritária de influenciar o convencimento do magistrado.

Com efeito, se o objetivo é afastar o juiz do contato com a investigação preliminar, seria contraditório deixar uma decisão de início da ação penal a cargo daquele que já se contaminara com os elementos de investigação.

De todo modo, o juiz de garantias aparenta ser um passo (talvez um grande passo) para a solução relativa à incompatibilidade da regra de prevenção e garantia da imparcialidade no processo penal, por certo uma medida compatível com a imperiosa necessidade de se otimizar ações que, conquanto não neutralizadoras, sejam ao menos redutoras de potenciais danos aos direitos fundamentais²⁶⁹.

²⁶⁷ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 205

²⁶⁸ *Ibidem*, loc. cit.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 207

6.2. O JUIZ DE GARANTIAS

Como demonstra Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, quando se muda uma legislação, notadamente um compilado de regras de processo, quando se reformula um sistema processual, tenta-se fazer com que as pessoas, principalmente os aplicadores da lei, consigam entender a mudança e, com ela, mudem também seu modo de dar sentido às regras ali dispostas em sistema²⁷⁰.

Para que se possa “dizer o direito” no marco da Constituição da República, especialmente diante da possibilidade de imutabilidade das decisões em face da formação da coisa julgada, é preciso se ter, antes, um devido processo legal e, nele, o conhecimento sobre o fato pretérito que se apura não pode ter suporte em uma lógica deformada.

O professor é direto ao afirmar que “primeiro se decide, como resultado também do pensar; depois se vai à cata da prova (como meio para se dizer sobre o objeto, o crime), de modo a justificar a decisão anteriormente tomada”²⁷¹. E continua, em trecho que merece transcrição literal:

Os resultados conhecem todos, embora sejam figuras emblemáticas os justiceiros; e a democracia processual vai-se pelo ralo de uma hermenêutica vesga ou cega. O problema é que aqui não há nada de anormal e sim compatibilidade plena com o modo de pensar da civilização ocidental: ninguém age e depois pensa. Eis, então, a razão por que qualquer um que esteja naquele lugar tende a agir exatamente do modo como se age, deformando a lógica. Sendo impossível mudar isso, parece óbvio que se tenha de tentar evitar, por todos os meios, que aconteça.²⁷²

Aponta-se como solução para tanto, a real mudança para o sistema acusatório, retirando a gestão das provas das mãos do juiz e se fazendo cumprir o *onus probandi* às partes. Deste modo o juiz poderia ter a possibilidade concreta de funcionar como garante dos ditames constitucionais e, por elementar, do cidadão.

A partir do modelo de processo penal instituído no Brasil, para os problemas apontados ao longo do trabalho, notadamente em relação à imparcialidade do julgador, não se vislumbra uma solução. Faz-se necessária uma reforma estrutural,

²⁷⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Novo Código de Processo Penal, nova mentalidade**. Disponível em www.oab.org.br/editora/revista/users/.../1242740455174218181901.pdf. Acessado em 06/09/2015.p. 01

²⁷¹ *Ibidem*, loc. cit.

²⁷² *Ibidem*, p. 02

orientada a privilegiar a função garantidora do Poder Judiciário como um todo, e, em especial, perante a investigação preliminar. Exatamente neste ponto insere-se o Juiz de Garantias²⁷³.

Nas lições do professor Luiz Flávio Gomes, no atual sistema criminal brasileiro, muitos juízes estão perdendo a noção sobre qual é a sua exata função na fase preliminar (de investigação). Não se consegue mensurar as polêmicas que existem em torno do trâmite dos inquéritos policiais e do posicionamento dos juízes frente a eles²⁷⁴.

Entretanto, vislumbra-se a possibilidade de amenização dessas violações no anteprojeto do novo código de processo penal. Para evitar que tragédias continuem acontecendo criar-se-á o chamado “juiz de garantias”, que terá como função precípua a de monitorar o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais²⁷⁵ do acusado, na fase de investigação, e ficará impedido de presidir uma futura ação penal.

Na forma do 15º artigo do Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, *O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário...* Este juiz, por força do artigo 17, *que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo.*

“A preocupação central dessa proposta, digna de encômios, reside no respeito ao princípio acusatório assim como na preservação da imparcialidade do juiz do processo. Juiz que investiga ou que monitora a investigação não pode julgar”²⁷⁶.

Não restam dúvidas de que a função precípua da atividade jurisdicional penal, no âmbito da atual ordem constitucional, é de garantia dos direitos fundamentais. Nesta toada, compete ao magistrado, no trâmite do processo como um todo, mas em especial no curso das investigações preliminares, atuar como zelador das liberdades individuais. Deve-se proteger o investigado, através da jurisdicionalização dos

²⁷³ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 194

²⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio. O juiz das garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, n.50, (mar./abr.) 2011, pag. 424

²⁷⁵ *Ibidem*, loc. cit.

²⁷⁶ *Ibidem*, pag. 426

incidentes investigativos que importem, legitimamente – pois não há que se considerarem os afastamentos ilegítimos, ilegais e irregulares das garantias do indivíduo – na violação de direitos constitucionalmente estabelecidos para a apuração dos fatos²⁷⁷.

Inserindo-se, e principalmente respeitando-se as garantias constitucionais desde logo na investigação criminal aproxima-se da possibilidade de alcance de um processo penal verdadeiramente garantidor, coadunando com as disposições constitucionais e com um estado democrático de direito.

O sistema processual brasileiro, em um dos raros tópicos que apontam para um viés acusatório, distingue, de forma nítida, as funções do órgão julgador e do órgão acusador. Não pode haver qualquer participação do julgador na fase persecutória, a não ser quando indispensável, em face da sua atribuição de fazer respeitar as garantias conferidas ao acusado, em face das medidas cautelares que poderá vir a sofrer.

É ao Ministério Público, chamado não sem motivo de *dominus lictis*, que cabe a propositura da ação penal, através da denúncia, e a gerência da acusação, devendo se desincumbir do ônus de provar suas alegações. Reforce-se que o réu adentra ao processo penal como inocente, não tendo o dever de provar sua inocência.

Não se pode olvidar, que a atuação do magistrado na investigação preliminar decorre exatamente da necessidade de desempenho da função de garantidor dos direitos fundamentais do suspeito, o que, ao exigir do julgador um concreto acercamento do material informativo colhido no inquérito policial, lhe retira a imparcialidade exigida para a posterior condução do processo e emissão de uma decisão de mérito.

Caso seja necessária a atuação de sua figura na investigação, justamente para assegurar as garantias e direitos do investigado, por estar afetado pelos fatos, por já ter contato com o objeto do processo, não poderia (ou não deveria poder) presidir a ação penal. É a expressão maior do juiz inquisidor, o que busca a prova, o que

²⁷⁷ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 196

“desce da sua cadeira *supra partes*” para procurar dados para condenar o acusado²⁷⁸.

Como bem destaca André Machado Maya²⁷⁹, não há como verificar a existência de provas do crime, de indícios veementes da procedência ilícita dos bens, de fundadas razões que indiquem a necessidade de interceptação telefônica, ou mesmo a sua imprescindibilidade, ou, ainda, se convencer da certeza da infração, sem se contaminar subjetivamente com os argumentos formulados pela autoridade policial ou pelo Ministério Público e com os próprios elementos indiciários que dão suporte às medidas cautelares postuladas.

Exige-se que o juiz analise detidamente os elementos indispensáveis à verificação da legitimidade da medida requerida, e, principalmente, de que fundamente sua decisão (até em respeito ao princípio da fundamentação das decisões judiciais e em respeito à ampla defesa, vez que, afigura-se severamente complicado opor-se a uma decisão sem fundamentação) indicando os motivos do seu convencimento, o que é, por si só, incompatível com a ideia de distanciamento e, portanto, com a manutenção da imparcialidade do julgador na ação penal.

Para que se alcance a máxima efetividade do princípio da imparcialidade exige-se que o juiz que proferiu alguma decisão no âmbito da investigação preliminar não seja o mesmo competente para presidir a instrução processual e proferir a sentença, assim como o órgão jurisdicional de segunda instância, ou mesmo das Cortes superiores, que conheceram e julgaram medidas recursais interpostas ou qualquer ação autônoma de impugnação, em face de atos praticados pelo juiz no decurso da investigação preliminar ou da instrução processual, não sejam os competentes para, posteriormente, julgar os recursos interpostos em face da sentença penal²⁸⁰.

O autor acima referido acredita que “não há nenhum impedimento, tampouco qualquer impropriedade, em considerar-se a regra de prevenção às avessas da atual previsão legal, como causa de exclusão da competência, em homenagem ao princípio da imparcialidade”. Bastaria, completa, “o reconhecimento da

²⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 11

²⁷⁹ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 196

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 197

inconstitucionalidade dos artigos 75 e 83 do CPP, por violação à garantia do devido processo legal”²⁸¹.

Seria uma opção para solucionar o problema, todavia, privilegiaria o direito de ser julgado por um juiz imparcial, permitindo aos acusados um processo penal mais justo, mas, geraria o inconveniente casuismo em que se poderia considerar que qualquer contato do magistrado com os elementos da investigação, ou gerar uma flexibilização para afirmar que não é o contato em si que justifica a dúvida sobre a imparcialidade, mas o fato de ter o juiz proferido uma decisão semelhante à sentença meritória, o que só poderia ser aferido diante de cada caso concreto.

Vê-se como solução, então, a criação do juiz de garantias, importando realçar aqui que, como destaca o mestre gaúcho, “não se trata de privilegiar um apego excessivo ao formalismo, mas de compreender que a existência de um regramento mínimo é de fundamental importância, em especial no âmbito do processo penal, em que as regras representam a garantia”²⁸².

O reconhecimento da prevenção como causa de exclusão da competência, por si só, não afigura-se uma alternativa suficiente à otimização da garantia da imparcialidade. Como dito, o mais adequado, e que geraria um efeito superior, é realmente a adoção do instituto do chamado juiz de garantias, consistente na atribuição exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase antecedente ao processo (ação penal), e, por consectário lógico, sua exclusão para a sequência da persecução penal sob contraditório. Delimitando sua atuação, assevera o autor que:

Ao juiz de garantias, nesse quadrante, competiria o resguardo da legalidade da investigação criminal e da irrestrita observância dos direitos fundamentais do suspeito, dependendo da sua autorização a concretização de medidas cautelares reais e pessoais e a busca de provas que impliquem ou possam implicar supressão de direito fundamentais. E uma vez finda a investigação preliminar, cessará também a competência do magistrado de garantias, competindo a instrução criminal da acusação formulada pelo MP ou pelo querelante a outro órgão jurisdicional que não tenha tido contato com a investigação²⁸³.

Monopolizando-se o diagnóstico e a deliberação de todas as medidas restritivas das liberdades individuais em um específico órgão jurisdicional, competente apenas para

²⁸¹ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 197

²⁸² *Ibidem*, p. 198

²⁸³ *Ibidem*, *loc. cit.*

a tutela da legalidade das medidas investigatórias, removendo desse a competência para atuar na instrução criminal e posteriormente decidir o destino do réu, estar-se-á, eliminando o casuísmo decorrente da compreensão da prevenção como regra de exclusão da competência e, também, fortalecendo a garantia da imparcialidade.

Em outras palavras, a criação e instituição do juiz de garantias separa irrestritamente as atividades jurisdicionais exercidas antes e depois do início do processo.

André Machado Maya defende ainda que, dever-se-ia ser da competência do juiz de garantias o juízo de recebimento da denúncia. Tal disposição constava do desenho inicial do projeto de novo código de processo penal, contudo, retirou-se tal modificação, diga-se, acertadamente. Para um contrassenso deixar o recebimento a cargo daquele que tem ciência e profundo conhecimento de todos os atos investigatórios, ferir-se-ia, da mesma forma a imparcialidade. Ademais, como dito no capítulo anterior, a decisão de recebimento ou rejeição da denúncia não debruça sobre aspectos de mérito, devendo-se ser feita tão somente uma análise processual (procedimental). A análise de mérito é feita no momento da absolvição sumária, após a resposta à acusação, quando já se triangularizou a relação e oportunizou-se o contraditório.

Funciona o ato de recebimento da denúncia ou queixa, como elo entre as fases pré-processual e processual propriamente dita. Evita-se, assim – ou no mínimo se opera uma redução do risco –, que o juiz competente para presidir a instrução criminal e para proferir a sentença seja influenciado pelo conhecimento aprofundado dos elementos informativos colhidos no inquérito policial, ou que, antes mesmo do início da colheita de provas sob o contraditório judicial, já tenha aderido a uma das teses, seja da acusação ou da defesa, tornando “dispensável o processo, pois tem definida a questão independentemente das atividades probatórias das partes”²⁸⁴.

Mostra Nereu José Giacomolli que, na fase preliminar do processo penal, é inegável a possibilidade dos atos de investigação atingirem âmbitos de proteção dos direitos fundamentais do investigado ou do suspeito, protegidos constitucionalmente, fazendo-se, diante disso, necessária a invocação da atuação do Estado-

²⁸⁴ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 200

Jurisdição²⁸⁵. O problema é se o mesmo sujeito jurisdicional que atuou na fase preliminar pode, do ponto de vista constitucional e convencional (diplomas internacionais), atuar na fase do contraditório judicial²⁸⁶.

No atual sistema brasileiro, consoante já explicitado, a regra é a da prevenção, isto é, de vinculação do juiz que atuou na fase preliminar ao processo.

Assevera o citado mestre que não se trata de simples opção metodológica e nem de organização judiciária, as determinações de distribuição de competência, mas resolve uma opção política de processo penal, isto é, um processo penal democrático ou totalitário. O primeiro modelo preconiza regras claras, harmônicas, eticamente aceitáveis, vinculado à Constituição Federal e aos Diplomas Internacionais. O segundo, napoleonicamente retroativo, forjado na supremacia e na preponderância da lei e da codificação sobre a Constituição e os Diplomas Humanitários, concebido nas esferas do totalitarismo dogmático²⁸⁷.

Consoante demonstrando no primeiro capítulo, enquanto o primeiro modelo, acusatório, democrático, garantidor, é forjado a partir do estado de inocência, do suspeito, indiciado, acusado e condenado como sujeito, ser humano; o segundo, inquisitivo, totalitário, opressivo, parte da premissa de que o suspeito, indiciado, acusado, condenado, se presume culpado, até que ele mesmo prove a sua inocência (inversão do ônus da prova). O juiz de garantias se insere no primeiro modelo de processo penal.

Giacomolli constata que “a ausência de um juiz que, efetivamente, garanta os direitos e as liberdades fundamentais situa o Estado e o exercício da prestação

²⁸⁵ A problematização da fase preliminar do processo penal situa-se, necessariamente, na complexidade da sociedade contemporânea, em seus vários contextos evolutivos, dentre eles, os culturais, políticos, econômicos, legais e jurídicos. A clausura da abordagem aos meros aspectos legais e jurídicos, embora necessária, mergulha num monólogo científico vazio e paradoxal (inércia e velocidade). Estas especificidades, além da realidade gasosa e ondulatória da virtualidade (sujeitos e objetos reais são substituídos por trajetos reais), da velocidade e do risco, na realidade brasileira, possui um forte componente de exclusão de uma importante parcela de sujeitos dos bens essenciais. A exclusão social do ser é diretamente proporcional à inclusão do outro (indesejável, entidade individual ou coletiva, mas “perigosa”, inimigo a ser “combatido”) ao aparato criminal (os mesmos), inclusive no da *persecutio criminis*. Isso possui reflexos importantes na fase preliminar do processo penal, também, por ser a primeira intervenção do aparato criminal, a qual ocorre numa universalidade de múltiplas perspectivas *In* GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: um nascituro estigmatizado. *In*: Diogo Malan e Flávio Mirza. (Orgs.). **70 Anos de Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 01. p. 299

²⁸⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: um nascituro estigmatizado. *In*: Diogo Malan e Flávio Mirza. (Orgs.). **70 Anos de Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 01 p. 299

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 300

jurisdicional à barbárie”. Nesse cenário vence-se a força bruta da lei, e aos mais frágeis (aqueles clientes do direito penal) se lhes podam as possibilidades de estabelecerem estratégias e de recorrer a um agente que promova os seus direitos e a um agente com capacidade de limitar a intervenção estatal²⁸⁸. Trazendo uma lição que leva à reflexão, consigna que “somente o regramento das atividades, dos efeitos, na fase persecutória preliminar, sem controles, posiciona o agente estatal como um guerreiro contra um inimigo, sepultando todos os direitos, inclusive o de ser diferente, de resistir, de contestar”²⁸⁹.

Na fase preliminar do processo penal carece de limitação os poderes estatais, tanto no aspecto político, quanto no jurídico. No primeiro plano, é possível com a preservação dos direitos e das liberdades fundamentais. No aspecto jurídico, além do estabelecimento de um regramento formal, se faz indispensável que seja eficaz, legítimo aos ditames constitucionais e aos diplomas internacionais de proteção do ser humano, que seja substancialmente protetivo, o que é possível com decisões de um magistrado exclusivo para esta fase, diverso daquele que irá presidir (receber a denúncia ou a queixa-crime) e decidir (demais interlocutórias e sentença penal) o caso penal²⁹⁰.

É o juiz garante (juiz de garantias) quem conservará o status de cidadão, de sujeito do investigado, não o excluindo do todo e nem do Estado de direito. Fará a avaliação da reserva do possível, isto é, o que se pode exigir, e o que, *prima facie* deve se realizado.

Tem-se nítido o inconveniente existente entre a legalidade processual (princípio da obrigatoriedade investigatória) da intervenção estatal persecutória diante da prática de um ilícito criminal e da preservação dos direitos fundamentais do sujeito investigado.

²⁸⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: um nascituro estigmatizado. *In*: Diogo Malan e Flávio Mirza. (Orgs.). **70 Anos de Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 01 p. 301

²⁸⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: signo de um processo penal democrático. **Boletim Informativo do IBRASPP**. São Paulo, v. 1, 2011. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCkQFjACahUKEwjP_oS27K3IAhVED5AKHcBKAtE&url=http%3A%2F%2F150.162.138.7%2Fdocuments%2Fdownload%2F1461%3Bjsessionid%3D4C16BC6AE375A0A813DE166D2A399E22&usg=AFQjCNHcyLGL_DzicCa95Rmzn9Cd4pyBkQ&cad=rja>. Acesso em: 06 out. 2015 p. 04

Quando se trata de processo penal, “dever de cuidado não é suficiente na esfera penal, em razão da profundidade das violações, fazendo-se necessário o estabelecimento do dever de garante exclusivo”²⁹¹.

A desvinculação do terceiro (juiz) da fase decisória do mérito da causa (juiz de garantias) otimiza a prestação jurisdicional não só no caso real, mas na concretude da funcionalidade finalística da fase processual, numa perspectiva principiológica de garantia ou conformação constitucional dos direitos fundamentais, de proteção e limite²⁹².

Nereu Giacomolli, assim como André Machado Maya, defende o recebimento da denúncia pelo juiz de garantias: “o juízo acerca do recebimento ou não da denúncia deveria ser realizado pelo juiz de garantias e não pelo juiz do processo, diante da contaminação posterior deste pelo contato com os elementos colhidos na fase preliminar”.

Outrossim, importa reforçar que, como anteriormente demonstrando, não há que se confundir neutralidade com imparcialidade, entretanto, não se pode esquecer a natureza, a miséria humana e que o juiz é um ser terreno e limitado, que desenvolve pré-concepções, que se contamina, que pode ser torna parcial (mesmo que inconscientemente).

Mecanismos legais criam suspeições e impedimentos, mas artificiais. Qualquer técnica capaz de reduzir os danos do arbítrio e da parcialidade do julgador representa um avanço no aperfeiçoamento do ser humano, da prestação jurisdicional e do mundo jurídico é foi justamente para isso, concebido o juiz de garantias.

Revela notar que se encontram aqueles que comparam o juiz de garantias com a figura abominável do juiz de instrução. O limite da paranoia confunde o juiz de garantias com o do juízo de instrução, com o juiz instrutor. Este último dotado de poderes aproximados da inquisição.

²⁹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: signo de um processo penal democrático. **Boletim Informativo do IBRASPP**. São Paulo, v. 1, 2011. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCkQFjACahUKEwjP_oS27K3IAhVED5AKHcBKAtE&url=http%3A%2F%2F150.162.138.7%2Fdocuments%2Fdownload%2F1461%3Bjsessionid%3D4C16BC6AE375A0A813DE166D2A399E22&usg=AFQjCNHcyLGL_DzicCa95Rmzn9Cd4pyBkQ&cad=rja>. Acesso em: 06 out. 2015. p. 05

²⁹² *Ibidem*, p. 06

A essência do modelo proposto no projeto de lei está no controle jurisdicional da legalidade da investigação e na proteção dos direitos e das liberdades fundamentais. A atuação do juiz de garantias é ocasional, sem funções instrutórias, limitadas ao controle da legalidade das investigações e à garantia dos direitos fundamentais, mormente os de liberdade. Tão somente.

Carnelutti já advertia que “a Justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode senão resolver-se na sua parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é buscar diminuir essa parcialidade”²⁹³.

Em conformidade com tudo quanto exposto, a fase preliminar do processo penal é apenas uma das etapas do percurso do processo penal, sustentado, no Brasil, em pleno século XXI, em bases forjadas na década de quarenta, numa estrutura de preponderância desequilibradora da incidência da potestade punitiva sobre o *status libertatis*²⁹⁴.

Nota-se uma superavaliação da fase pré-processual sobre a processual, nas atribuições investigatórias e acusatórias ao julgador, direta ou indiretamente. “A fase investigatória não se constitui em compartimento incomunicável no cosmos processual”²⁹⁵. Mecanismos de controle, internos e externos, apresentam-se como fatores indispensáveis à redução dos níveis de complexidade, sob pena de desintegração do procedimento investigatório e do processo criminal.

Como demonstra Nereu:

É ilusória a limitação dos riscos, dos perigos e da contaminação da fase preliminar, deficitária e desvinculada da realidade dos fatos, ao tempo e ao espaço pré-processual. A dependência e a contaminação, geradas pela integração do inquérito policial ou de quaisquer outras peças produzidas sem as garantias constitucionais, ao processo penal, irradiam efeitos sobre todo o processamento penal, com consequências multiplicadoras, acumulativas, retroalimentadoras e nem sempre perceptíveis no momento de sua potencialização (vítima que aponta num álbum de fotografia um indivíduo semelhante ao agressor; em vários momentos seguintes, inclusive em juízo, lhe é mostrada a mesma fotografia; reconhecimentos sem as formalidades legais, num primeiro momento, ignorância do reconhecimento sequencial). Essa subsistência finalista produz os fenômenos da ilegítima

²⁹³ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: CONAN, 1995, p. 34

²⁹⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: um nascituro estigmatizado. *In*: Diogo Malan e Flávio Mirza. (Orgs.). **70 Anos de Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 01., p. 299

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 300

apropriação e reciclagem do previamente produzido, sem garantias plenas do contraditório²⁹⁶.

“Os mecanismos de controle dos riscos e dos problemas, encontrados na fase preliminar do processo penal serão eficazes quando vinculados à realidade contemporânea e ao paradigma constitucional de processo penal²⁹⁷”. As modificações, metamorfoses causadas pela velocidade chocam-se com a imutabilidade, fixidade dos procedimentos, das compreensões, das metodologias, num tempo que não mais existe e num espaço já delimitado por outras exigências e tecnologias. Vive-se numa sociedade extremamente evolutiva, que se modifica a todo instante. Vive-se um consumismo exacerbado com tempos de obsolescência programada. “Enquanto isso, no mundo do Direito, inclusive na fase preliminar do processo penal, continuamos mergulhados nos subterrâneos do arcaísmo metodológico²⁹⁸”.

Os progressos científicos e tecnológicos, e a velocidade (e variedade) das comunicações diminuíram as distâncias e relativizaram o tempo, com redução do espaço, tornando o futuro incerto, imprevisível. Isso também diminuiu os mecanismos de poder do Estado, das regras e de suas metodologias de controle, de contenção, de investigação e, conseqüentemente, da criminalidade (excelente exemplo, guardadas as devidas dimensões, tem-se com o Estado Islâmico que se utiliza da tecnologia para disseminar sua política terrorismo).

Desse contexto não se desvincula a fase preliminar da *persecutio criminis*. O aumento da criminalidade ocorreu em número e complexidade, tanto no *modus operandi* quanto nos sujeitos e organizações envolvidas, numa lógica explosiva e exponencial, rompendo os paradigmas anteriormente postos. A tecnologia, o conhecimento e a inteligência também passaram a servir ao ilícito, na mesma velocidade temporal.

Enquanto isso, com bem descreve o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, “a investigação ‘à moda rambo’, atrelada aos arcaicos paradigmas investigatórios passou a dar espetáculos ridicularizantes, fomentadoras de mais

²⁹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: um nascituro estigmatizado. *In*: Diogo Malan e Flávio Mirza. (Orgs.). **70 Anos de Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 01, p. 305

²⁹⁷ *Ibidem, loc. cit.*

²⁹⁸ *Ibidem, loc. cit.*

violência, sem nenhuma eficácia investigatória”²⁹⁹. A frágil regulamentação da metodologia da busca de informações na fase preliminar do processo penal, aliada à utilização de métodos, meios e fontes próprios da fase judicial aumenta a valoração probante dessa etapa no julgamento.

Destarte, deve-se haver um entrelace entre os princípios do processo penal e as garantias constitucionais, objetivando a limitação do *jus puniendi* do Estado, a fim de que não se pratiquem arbitrariedades. O Inquérito Policial é o “local” onde as garantias constitucionais são diuturnamente desconsideradas. É facilmente perceptível que na fase das investigações, os magistrados atuam com ativismo excessivo, notadamente com o decreto *ex officio* de medidas assecuratórias. Não obstante, é necessário a atuação de um juiz a fim de garantir os direitos dos investigados, evitar abusos na fase das investigações preliminares. O investigado é sujeito de direitos e jamais pode ser visto como mero objeto de investigação.

O juiz das garantias deteria competência apenas na fase pré-processual, relativamente às medidas investigatórias realizadas pela autoridade policial. O juiz processual, que atuará após a denúncia, terá “liberdade crítica” em relação ao material colhido na investigação, sem vícios, sem contaminações, sem pré-conceitos, pré-julgamentos, uma vez que não teve participação alguma na fase investigativa, o que garantiria a imparcialidade no processo.

A exigência de imparcialidade do juiz decorre do próprio Estado Democrático de Direito delineado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma vez que não se vislumbra que a função de julgar seja exercida de forma parcial. Independentemente da conduta praticada pelo possível infrator, de quão repugnante ou repulsiva tenha sido, mesmo assim, a persecução só poderá ocorrer dentro dos parâmetros estabelecidos no ordenamento.

Bem assim, a estrutura acusatória tem consequências. E uma das mais visíveis está em dispor de um juiz cuja função deve consistir em apreciar os meios de prova que as partes se propõem a produzir e avaliar a licitude destes meios, determinando a exclusão das provas ilícitas e delimitando o perímetro temático do debate contraditório. Este mesmo juiz poderá ter (e terá, nos termos da proposta) poderes

²⁹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: um nascituro estigmatizado. *In*: Diogo Malan e Flávio Mirza. (Orgs.). **70 Anos de Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 01, p. 307

cautelares, que serão em regra impulsionados a requerimento dos interessados, em estrita observância da presunção de inocência e do princípio acusatório³⁰⁰.

Há que se considerarem os aspectos do princípio do juiz natural, diferenças entre a imparcialidade e neutralidade, nos caso de contaminação psicológica do julgador. Observa-se que não se considerará o juiz suspeito simplesmente porque teve contato com informações não relevantes ao processo, mas porque conheceu dos fatos, compreendeu-os, formou seu juízo, ainda que em cognição sumária, mas, já pré-julgou a causa³⁰¹.

Assim, evita-se que o julgador responsável pelo veredicto se veja contaminado por uma versão parcial, pertinente com exclusividade ao campo da admissibilidade da acusação, e possa julgar o mérito, oportunamente, orientado pelas premissas decorrentes da presunção de inocência³⁰². Com este propósito, projeta-se a instituição do juiz de garantias.

Entretanto, o instituto não alcança completamente o problema gerado pela regra da prevenção em segunda instância, decorrente do conhecimento e julgamento de medidas recursais e de habeas corpus impetrados contra atos praticados pelo juiz durante a investigação.

O contato do magistrado com os depoimentos testemunhais, com as provas periciais, com as argumentações das partes, propicia nele, juiz, ainda que inconscientemente, diferentes reações emocionais que se projetam, invariavelmente, sobre as decisões tomadas.

Aury Lopes também defende o estabelecimento do juiz de garantias: “precisamos da figura do ‘juiz da investigação’, que não se confunde com o ‘juizado de instrução’, sendo responsável pelas decisões acerca de medidas restritivas de direitos fundamentais requeridas pelo investigador.”³⁰³.

³⁰⁰ PRADO, Geraldo. Sobre o Projeto de Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: n. 183 julho./set. 2009, p. 5

³⁰¹ OLIVEIRA, Daniela Olimpio de; TEIXEIRA, Maria Luiza Firmiano. A imparcialidade do juiz a partir do desentranhamento da prova ilícita. **Revista dialética de direito processual**, n. 106, janeiro 2012 edições Loyola. p. 61

³⁰² PRADO, Geraldo. *Op. cit.*, 2009, p. 05

³⁰³ LOPES JR. Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 01 set. 2015, p. 03

A criação do citado instituto, reafirma o objetivo de preservar direitos e garantias constitucionalmente declarados, porém, rotineiramente desprezados durante a investigação criminal³⁰⁴. A figura do juiz das garantias está em perfeita união ao espírito democrático que dominou o anteprojeto e que sobreviveu ao texto aprovado pelo Senado Federal. O juiz das garantias está na essência do sistema acusatório desenhado no PLS nº 156, de 2009³⁰⁵.

Pelo brilhantismo da colocação, o posicionamento da juíza federal Simone Schreiber merece destaque:

Quando, finalmente, a investigação é encerrada com seu clímax, que é a chamada operação policial, na qual se expedem comumente mandados de busca e apreensão e de prisão cautelar, o juiz já está absolutamente familiarizado com os fatos. Ele praticou ativamente da investigação policial e já formou um juízo sobre o que ocorreu, quem são as pessoas envolvidas etc.. Nesse cenário, é evidente que a defesa entra em desvantagem, e sua fala já não merece a mesma atenção e credibilidade do juiz. Ademais, se foi ele próprio quem avaliou a pertinência e a legalidade das medidas probatórias realizada na fase pré-processual é bastante improvável que ele desqualifique a prova que foi produzida e mude de ideia quanto ao resultado que foi colhido³⁰⁶.

O juiz das garantias não é investigador e nem instrutor do procedimento investigatório e, sim, um garante dos princípios e regras constitucionais e legais. Não é um gerente da investigação mas, sim, o controlador de sua legalidade³⁰⁷.

A pretensão é a busca da proteção com equilíbrio dos direitos fundamentais do investigado/processado e da efetiva tutela pela dos direitos fundamentais, contudo, não se pode esquecer que qualquer juiz, de garantias ou do processo propriamente dito, tem a função constitucional de, em suas decisões, zelar pela defesa dos direitos fundamentais, notadamente os individuais³⁰⁸.

³⁰⁴ DOTTI, René Ariel. O processo penal constitucionais: alguns aspectos de especial relevo. *In*: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque. (Orgs.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 39

³⁰⁵ *Ibidem, loc. cit.*

³⁰⁶ SCHREIBER, Simone. **O juiz de garantias no projeto de código de processo penal**. Boletim do IBCCrim, n.18, edição especial, agosto de 2010, p. 21

³⁰⁷ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, 2012, p. 39

³⁰⁸ FISCHER, Douglas. O sistema acusatório à luz da Constituição Federal de 1988 e o PLS 156. *In*: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque. (Orgs.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 67

6.3. A QUESTÃO RECURSAL

Consoante se demonstrou nos capítulos antecedentes, também se designa competência por prevenção, nas instâncias recursais (ordinárias e extraordinárias). Nesse cenário, portanto, da mesma forma que no juízo de piso, identifica-se um potencial risco de perda da imparcialidade dos julgadores, e, no caso, com uma agravante, na medida em que, como regra, as ações penais são decididas de modo definitivo justamente pelos tribunais de apelação. Frente a isso, percebe-se também a necessidade de uma reflexão em torno de medidas aptas a emprestar efetividade ao direito de ser julgado por um tribunal imparcial.

De qualquer modo, essa adequação das leis processuais ao texto da Carta Magna de 1988, ou, em outras palavras, a busca pela conformidade constitucional da legislação processual penal, exige uma revolução acelerada no âmbito do processo penal, e a radical mudança de paradigma das normas de fixação de competência, em especial das relativas à prevenção. É fundamental para a aproximação à noção de justo processo, assim compreendido aquele estruturado sobre regras éticas e democráticas que, alinhado com o texto constitucional, se mostre apto a desempenhar a função de instrumento de garantias dos direitos e liberdades individuais³⁰⁹.

6.4. CRÍTICAS

Bastou-se enunciar o intento de ser introduzido no Brasil o juiz de garantias para que “vozes roucas acordassem de uma longa letargia medieval, saudosas do ferro e fogo, para que, ideologicamente, denegrissem o instituto, pela sua simples nomenclatura”³¹⁰.

³⁰⁹ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 209

³¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: signo de um processo penal democrático. **Boletim Informativo do IBRASPP**. São Paulo, v. 1, 2011. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCkQFjACahUKEwjP_oS27K3IAhVED5AKHcBKAtE&url=http%3A%2F%2F150.162.138.7%2Fdocuments%2Fdownload%2F1461%3Bjsessionid%3D4C16BC6AE375A0A813DE166D2A399E22&usg=AFQjCNHcyLGL_DzicCa95Rmzn9Cd4pyBkQ&cad=rja>. Acesso em: 06 out. 2015, p. 06

Nas palavras de Giacomolli, “pseudoargumentos, forjados na superfície do senso comum, envoltos em um fantasioso reducionismo utilitário, barram o juiz de garantias em esquemas orçamentários e carência de magistrados”³¹¹.

Deveras, pode-se atribuir um déficit cognitivo e/ou intelectual aos que não divisam a valorização da prestação jurisdicional, a possibilidade da existência de mais de um juiz na mesma Comarca, e, diga-se, pelo que se vê hoje, com o judiciário abarrotado de demanda, reclama-se esse aumento no efetivo. Além disso, há a possibilidade de integração de Comarcas vizinhas e a necessidade de um plantão judiciário efetivo.

“Os detratores do sistema democrático implantam seus olhos ao reverso”³¹², encaram a evolução olhando para trás, caminhando de costas, navegando num tempo morto, acomodados, sem considerar o progresso, a revolução tecnológica do presente (digitalização, assinatura eletrônica, videoconferência). O citado professor ainda traz mais um argumento para combater as críticas, dizendo que “o juiz de garantias poderá ter outras atribuições de natureza processual, fora do procedimento em que atuou (processo cíveis)”³¹³.

Não se pode deixar de tratar aqui das críticas à criação do juiz de garantias. Boa parte delas vêm dos magistrados, que, sucintamente defendem um enfraquecimento de seus poderes, notadamente os juízes federais que atuam em varas especializadas em delitos financeiros, evasão de divisas e lavagem de dinheiro, crimes que são alvo das midiáticas, “chamativas” (principalmente pelo nome que ganham) operações da Polícia Federal.

Com efeito, os membros da magistratura federal de primeiro grau aduzem que o juiz de garantias inibe a atuação e representa “retrocesso injustificado”³¹⁴. Arguem, com todo o respeito devotado aos magistrados, o mesmo argumento ultrapassado daqueles que são contrários à criação do garante, utilizando um levantamento do Conselho Nacional de Justiça, que aponta que cerca de 40% das comarcas no Brasil

³¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de Garantias: signo de um processo penal democrático. **Boletim Informativo do IBRASPP**. São Paulo, v. 1, 2011. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCKQFjACahUKEwJP_oS27K3IAhVED5AKHcBKAAtE&url=http%3A%2F%2F150.162.138.7%2Fdocuments%2Fdownload%2F1461%3Bjsessionid%3D4C16BC6AE375A0A813DE166D2A399E22&usg=AFQjCNHcyLGL_DzicCa95Rmzn9Cd4pyBkQ&cad=rja>. Acesso em: 06 out. 2015, p. 06

³¹² *Ibidem*, p. 07

³¹³ *Ibidem*, loc. cit.

³¹⁴ MACÊDO, Fausto. Comissão aprova criação de juiz de garantias. São Paulo, O Estado de S.Paulo. disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,comissao-aprova-criacao-de-juiz-de-garantias,648721>>. Acesso em 11 maio 2015

só têm um magistrado, o que inviabilizaria a instituição do juiz de garantias para todo o País.

Esquecem-se que o juiz de garantias está para acabar com abusos. Não faltam exemplos recentes que demonstram a exorbitância da atuação de juiz, transfigurando-se em órgão acusador, onde o réu já “senta no banco” condenado. Principalmente em casos com grande repercussão midiática ou com forte apelo popular, alguns magistrados federais agem com parcialidade porque exercem dois papéis: dirigem as investigações e, após, julgam os investigados. Não há respeito às garantias constitucionais e legais do acusado em um sistema como o atualmente instituído.

A criação do garante assegura a imparcialidade, ajuda a evitar que o magistrado assuma convicções prévias. Ademais, existe uma emenda ao projeto que proíbe que sejam declarados impedidos de presidir as ações penais os juízes de comarcas ou seções judiciárias que tenham apenas um magistrado. O veto ao impedimento valerá enquanto não for aprovada uma lei de organização judiciária que disponha sobre criação de cargos ou formas de substituição.

Perguntado sobre o juiz de garantias, o magistrado Sérgio Fernando Moro, titular da 2.^a Vara Federal Criminal de Curitiba³¹⁵, responsável pela presidência da ação penal que julga os réus da famigerada “Operação Lavo-Jato” argumenta que: “A proposta não traz qualquer vantagem visível, trará dificuldades práticas severas, é baseada em argumentos questionáveis, e, por melhores que sejam as intenções dos parlamentares, parece ser dirigida ao enfraquecimento dos poderes dos juízes de primeira instância”.

Moro reage ainda contra a fundamentação da proposta, e critica a renovação do código de processo penal aduzindo que “Dizer que a imparcialidade fica comprometida pela atuação do juiz na fase de investigação é falácia, pois o juiz não investiga, apenas autoriza medidas de investigação mais incisivas ou prisões”. Continua aduzindo que, “com tantos problemas no processo penal, como as ações que nunca terminam em decorrência dos inúmeros recursos propiciados pela

³¹⁵ MACÊDO, Fausto. Comissão aprova criação de juiz de garantias. São Paulo, O Estado de S.Paulo. disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,comissao-aprova-criacao-de-juiz-de-garantias,648721>>. Acesso em 11 maio 2015

legislação, causa estranheza que a principal proposta do novo código seja o juiz de garantias".

O desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Fausto Martin De Sanctis, anteriormente titular da 6ª Vara Criminal da Comarca do Estado de São Paulo, responsável pela presidência da ação penal que julgou os réus oriundos da "Operação Satiagraha", no mesmo sentido do Juiz Sérgio Moro, afirma que: "A criação do juiz de garantias representará verdadeiro retrocesso injustificado no País"³¹⁶. E continua "Quando um juiz faz o controle judicial das medidas cautelares solicitadas, como buscas, prisões e interceptações, não significa, absolutamente, comprometimento de sua imparcialidade. As sentenças absolutórias têm sido prolatadas também nestes casos, o que faz cair por terra a justificativa"³¹⁷.

Não se pode deslembrar, que medidas cautelares como buscas e interceptações estão banalizadas. Isto é inegável! Essas são medidas graves que devem ser reservadas a casos extremos. Trata-se de institutos para serem aplicados com parcimônia e devidamente justificados. Não se pode admitir que toda operação de grande porte da polícia tenha como *modus operandi* esse tipo de medida.

O juiz de garantias é um sistema que separa atribuições e responsabilidades. O magistrado de primeiro grau que decretar prisões temporárias ou preventivas, autorizar interceptações telefônicas e ordenar buscas e apreensões não mais poderá presidir a ação penal e julgar os alvos daquela apuração policial por ele deflagrada. O julgamento ficará sob responsabilidade de outro juiz, destinatário dos autos por distribuição.

Outros criticam de forma que só se pode dizer absurda, e que merece aqui ser refutada. O promotor de Justiça em São Paulo José Ademir Campos Borges, afirma que, o projeto de novo código de processo penal, especialmente com a instituição do juiz de garantias, "pretende introduzir na sistemática processual brasileira institutos e mecanismos exóticos tendentes a enfraquecer e até vilipendiar os resultados da investigação policial"³¹⁸. Não fosse suficiente, segue proferindo que "o novo modelo

³¹⁶ MACÊDO, Fausto. Comissão aprova criação de juiz de garantias. São Paulo, O Estado de S.Paulo. disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,comissao-aprova-criacao-de-juiz-de-garantias,648721>>. Acesso em 11 maio 2015

³¹⁷ *Ibidem*

³¹⁸ BORGES, José Ademir Campos. Juiz de garantias: luxo ou necessidade?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2746, 7 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18227>>. Acesso em: 11 maio 2015. p. 01

processual dá aos elementos reunidos no inquérito valor destituído de maior significado probante, prestigiando somente as provas produzidas em juízo, como se a verdade das coisas e dos fatos só pudessem aparecer sob o crivo do contraditório”³¹⁹.

Esquece-se, ou propositalmente desconsidera o promotor que o inquérito policial serve apenas para reconstruir o fato e individualizar a conduta dos possíveis autores, permitindo o exercício e a admissão da ação penal. Não tem valor probatório. É peça informativa, dispensável. Seu valor probatório exaure-se com a admissão da denúncia. O inquérito policial somente gera atos de investigação e, como tais, de limitado valor probatório. Prova é elemento dirigido ao convencimento do juiz da verdade de uma afirmação, estando a serviço do processo, exigindo observância da publicidade e contraditório³²⁰. Sim, a verdade das coisas e dos fatos só pode aparecer sob o crivo do contraditório!

Outrossim, não se irá adentrar aos atos de investigação. Não é esse o papel de juiz algum, muito menos do juiz de garantias, que estará lá apenas para zelar pela preservação das garantias do investigado, sendo responsável pelas decisões que a afastem temporariamente em face da necessidade de alguns atos de investigação, tal qual é a interceptação telefônica.

Especificamente sobre o juiz de garantias, declama que, “há de ser um juiz das metrópoles, e será mais um produto da imaginação fértil do nosso legislador, que pretende erguer no seio do nosso ordenamento jurídico uma torre de alto custo e, convenhamos, absolutamente desnecessária ao processo penal pátrio”³²¹. Chega ao ponto de questionar se “haverá alguma diferença intrínseca entre um ‘juiz de garantias’ e o juiz que atua nos moldes da legislação atual?”³²². Finaliza caracterizando o instituto como “luxo perdulário que se pretende incrustar na magistratura”³²³.

³¹⁹ BORGES, José Ademir Campos. Juiz de garantias: luxo ou necessidade?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2746, 7 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18227>>. Acesso em: 11 maio 2015. p. 02

³²⁰ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 324

³²¹ BORGES, José Ademir Campos. Juiz de garantias: luxo ou necessidade?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2746, 7 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18227>>. Acesso em: 11 maio 2015. p. 04

³²² *Ibidem*. p. 05

³²³ *Ibidem*, *loc. cit.*

Primeiro cumpre repisar que é a fase investigativa o momento em que mais se percebe os anseios punitivistas e repressivos. É neste momento que as garantias individuais, previstas constitucionalmente, são mais vilipendiadas e, paradoxalmente, é o momento onde se produzem as “provas” que mais influenciam no convencimento do julgador.

Portanto, a função constitucional de um julgador, que não figura que se espera despido das vestimentas de justiceiros, de combatentes do crime e de toda a forma de violência, de verdadeiros heróis da sociedade, que é a forma como muitos se travestem em nossa prática policlesca e judiciária atualmente.

O inquérito, mais do que nos outros momentos do processo penal (considerando-o como um todo), desrespeitam-se garantias fundamentais, tudo em nome de um (pseudo) bem-maior e os custos disto, sempre são debitados na conta de alguém, que na maioria das vezes, é representado por um indivíduo, investigado, suspeito.

Segundo haverá sim diferença entre o juiz de garantias e o juiz do processo, simplesmente a imparcialidade! E aqui, pergunta-se, qual o custo das garantias constitucionais?

Outra crítica que merece ser rechaçada é do delegado de polícia no Estado de São Paulo Mário Leite de Barros Filho, que chega ao ponto de afirmar que a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal “tenta extinguir o Inquérito Policial”, afirmando, com claro desconhecimento sobre o instituto que “o juiz de garantias controlaria as investigações realizadas pelos policiais civis e presidiria a instrução criminal”³²⁴. Nada mais descabido. Como bem delineado não linhas antecedentes, criar-se-á um juiz de garantias, e não um juiz de instrução. Os princípios da obrigatoriedade, indisponibilidade e discricionariedade inerentes ao Inquérito Policial, mantêm-se incólumes. O juiz – e não só o de garantias, mas qualquer juiz – assume posição frente à investigação, de garantidor, jamais de instrutor.

³²⁴ BORGES, José Ademir Campos. Juiz de garantias: luxo ou necessidade?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2746, 7 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18227>>. Acesso em: 11 maio 2015. p. 01

Precisamos de juízes que não tenham medo de julgar, absolvendo quando tiver de absolver, e não, obedecendo a uma mídia desesperado e a um Ministério Público, muitas vezes, fanático em acusar, acreditando ser o dono da moral³²⁵.

³²⁵ TOURINHO NETO, Fernando. Os direitos constitucionais do acusado no inquérito policial e no processo penal. **Revista do Instituto dos Advogados da Bahia**. Salvador: IAB, edição especial, 2005/2006, p. 169

7. CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho buscou-se compreender o processo penal, o inquérito policial, o princípio da imparcialidade, a distribuição de competência por prevenção e a figura do juiz de garantias.

Em face de tudo quanto exposto conclui-se que o CPP, instituído pelo Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941, elaborado em um período histórico de centralização de poder, nacionalismo, autoritarismo e ditadura, antidemocrático, baseia-se notadamente no sistema penal inquisitório.

Ocorreram várias mudanças no Processo Penal, ao longo destes 74 (setenta e quatro) anos, sempre procurando tutelar os direitos e interesses do acusado. Contudo, com uma resumida leitura do nosso código de ritos, percebe-se, com nitidez, o seu ideal inquisitório.

Em contraposição, tem-se uma Constituição progressista, que consegue conviver com a legislação infraconstitucional e que exige que o processo não seja conduzido como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, para além, que seja em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. Afastou-se no presente trabalho a ideia de que o Brasil adota o sistema processual penal misto.

No Brasil, há uma clara divisão sobre qual sistema processual adotou o legislador pátrio. Olhando-se para a Constituição percebe-se um sistema acusatório. Examinando o Código de Processo Penal, tem-se um sistema processual com forte tendência inquisitorial. Falar apenas que o sistema é misto tornou-se uma afirmação deveras rasa.

Assim, não se pode afastar que a regra no nosso ordenamento é a inquisição, havendo algumas garantias acusatórias para o sujeito passivo na relação processual penal, podendo-se, com isso, denominar o sistema processual penal brasileiro de neoinquisitório.

Por tudo quanto posto no terceiro capítulo do presente trabalho monográfico conclui-se que o direito processual penal é o ramo do direito que mais está preso à Constituição, que lhe impõe obediência rígida aos princípios fundamentais,

especialmente porque é o processo o instrumento de garantia da liberdade e da dignidade do réu (acusado).

Nesse sentido é o princípio do juiz natural verdadeiro pressuposto de existência da jurisdição, consistindo no direito de cada cidadão de saber qual autoridade judiciária irá julgá-la.

É função do magistrado atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal. No Estado Democrático de Direito o juízo deve atuar constantemente preservando a proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um. E tem por pressuposto a imparcialidade no exercício da jurisdição.

Viu-se ainda que, jamais, no processo, pode o juiz assegurar ter alcançado a verdade real. Sendo impossível extrair dos autos o fiel retrato da realidade do crime. Contudo, o magistrado deve, para julgar, ter uma crença segura na verdade, que transparece através das provas colhidas e, com base nisso, condena ou absolve.

Que o conceito de verdade é relativo, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu mostram-se, no mais das vezes, insuficiente. Que a verdade é a aquela possível de ser construída no processo, não seguindo um ideal, mas sim o meio capaz de prestar a tutela jurisdicional da forma mais adequada possível.

Que o processo é, por natureza, um limite ao poder, um ritual que condiciona o exercício legítimo do poder, pautado por regras formais que condicionam a decisão jurídica.

Concluindo-se que a imparcialidade do órgão jurisdicional é um princípio de extrema relevância para o processo, constituindo o princípio supremo, inafastável, inderrogável, imprescindível para o seu regular desenvolvimento processual e obtenção de um decreto judicial justo.

Que não se pode exigir neutralidade de quem julga, tratando a imparcialidade da proteção do julgador contra interferências alheias ao caso penal ou a ciência dos fatos antes da atuação das partes, e a neutralidade permitiria um julgador infenso a qualquer fatalidade do cotidiano, o que se afigura impossível, vez que o juiz é um ser

inserido no mundo, tendo suas ideologias, princípios, experiências, como base para as suas decisões.

Que o contato direto do magistrado com o sujeito passivo e com os fatos e dados indiciários, investigatórios, provoca no ânimo do julgador, uma série de pré-juízos e impressões contra o imputado que influenciarão no momento de sentenciar. A imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos inúmeros prejulgamentos que o juiz realiza no curso da investigação preliminar. O juiz imparcial é requisito indispensável à implantação de um sistema processual democrático. Sua inobservância é fator de arbitrariedades.

Tem que haver o rompimento com o ranço inquisitório. Há que se entender que o processo é um conjunto de regras, que representa um nível de evolução democrática e civilizatória, e que a recusa de um juiz em condenar, frustrando a expectativa da sociedade que sempre espera uma condenação, é medida que, em determinados casos se impõe, sendo necessária, legítima, justa.

O quarto capítulo descreve o sistema preliminar de investigação e o inquérito policial, demonstrando que, pela jurisdicionalidade, o juiz precisa, em determinados casos, atuar na fase pré-processual. Quando o juiz lê o Inquérito Policial, defere (ou mesmo indefere, já que para perceber que não se convenceu da versão apresentada, deve interpretá-la) uma medida cautelar na fase investigativa, ele automaticamente toma como verdadeira aquela versão oficial (até porque se assim não fosse ele não deferiria o pedido). Quando, no processo, vem a versão defensiva, negando a acusação, tem-se a contraposição, e se buscará elementos para confirmar a tese aceita e refutar a defensiva. Fato incontestável.

Quando, o julgador, no processo, na instrução processual, requisita diligências, busca provas, formula diversas perguntas na audiência de instrução, principalmente às testemunhas, a postura dele em relação à prova é completamente diferente relativamente à de um juiz que não teve contato com a investigação preliminar. Já tem uma imagem mental construída; ele intervém é apenas para comprovar as hipóteses anteriormente definidas. É meramente comprobatório.

Quando não sabe dos fatos, está aberto ao novo, ele quer saber de tudo. Recebe o processo com o espírito livre, disponível para ouvir as teses e contrapô-las igualmente. Só assim é possível vislumbrar-se um julgamento imparcial.

No quinto capítulo estudou-se jurisdição e competência, especialmente a regra da prevenção. Pelo que se conclui a necessidade de repensar este último mandamento para que seja uma causa de exclusão da competência. Juiz preventivo está contaminado. O sistema acusatório trabalha para criar as condições de sustentabilidade de um juiz. O papel do magistrado é sensível, deslocar o julgador de lugar, quebra toda a estrutura, matando o princípio supremo da imparcialidade.

Um sistema penal legitimamente acusatório, respeitando as bases constitucionais de um Estado Democrático de Direito, não comporta juízes que saibam do caso. Quando o magistrado conhece do fato, avalia autoria e materialidade, mesmo que em cognição sumária, contamina-se pela visão das autoridades acusadoras. A Prevenção deve ser causa de exclusão da competência! Quando for necessária uma medida restritiva de direitos fundamentais, pede-se para o juiz, e ele decide.

No Brasil há – ou deveria haver – uma democracia em que o processo como procedimento em contraditório é o mecanismo democrático para se apurar a responsabilidade de alguém. Neste país, a posição de sentença antecipada, embora vedada pela Constituição, continua sendo a prática.

Isto bem demonstra a estrutura inquisitória do sistema processual penal brasileiro que mantém a pose democrática, mas exerce a mais violenta forma, dando o retorno condenatório que a sociedade espera, praticamente indiferente às teses defensivas, vez que formou seu convencimento ainda na fase preliminar. Todavia, aquele que respira um pouco de oxigênio democrático, sabe que somente o devido processo pode fazer ceder, via decisão transitada em julgado, com contraditório, com ampla defesa, a muralha da presunção de inocência.

O sexto capítulo versou sobre o projeto de novo código de processo penal e principalmente sobre o juiz de garantias. Com esta modificação, vislumbra-se a possibilidade de amenização das violações de garantias que acontecem no cotidiano processual em faina diurna. O juiz de garantias terá como função precípua a de monitorar o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado, na fase de investigação, ficando impedido de presidir uma futura ação penal. Será o

responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais.

Dúvidas não existem de que a função precípua da atividade jurisdicional penal, no âmbito da atual ordem constitucional, é de garantia dos direitos fundamentais. Competindo ao magistrado, sempre, atuar como zelador das liberdades individuais, protegendo o investigado, através da jurisdicionalização dos incidentes investigativos que importem na violação de direitos constitucionalmente estabelecidos para a apuração dos fatos.

Respeitando-se as garantias constitucionais desde logo na investigação criminal chega-se a possibilidade de alcance de um processo penal verdadeiramente garantidor, coadunando com as disposições constitucionais e com um estado democrático de direito.

Ao se exigir do julgador um concreto acercamento do material informativo colhido no inquérito policial, lhe retira a imparcialidade exigida para a posterior condução do processo e emissão de uma decisão de mérito. Caso seja necessária a atuação de sua figura na investigação, justamente para assegurar as garantias e direitos do investigado, por estar afetado pelos fatos, por já ter contato com o objeto do processo, não poderia presidir a ação penal.

Não há como verificar a existência de provas do crime, de indícios veementes da procedência ilícita dos bens, de fundadas razões que indiquem a necessidade de uma medida cautela sem que o juiz se convença da certeza da infração, sem se contaminar subjetivamente com os argumentos formulados pela autoridade policial ou pelo Ministério Público e com os próprios elementos indiciários que dão suporte às medidas cautelares postuladas.

Para que se alcance a máxima efetividade do princípio da imparcialidade exige-se que o juiz que proferiu alguma decisão no âmbito da investigação preliminar não seja o mesmo competente para presidir a instrução processual e proferir a sentença de mérito e percebe-se, no presente trabalho, que uma solução, privilegiando o direito de ser julgado por um juiz imparcial, permitindo aos acusados um processo penal mais justo, é a criação do juiz de garantias. Mostra-se que não se trata de privilegiar um apego excessivo ao formalismo, mas de apreender que a existência

de um regramento mínimo é de fundamental importância, em especial no âmbito do processo penal, em que as regras, como dito, representam garantia.

O reconhecimento da prevenção como causa de exclusão da competência, aponta para um avanço na persecução do respeito à garantia da imparcialidade, atribuindo-se exclusivamente a um determinado órgão jurisdicional, a competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase antecedente à ação penal, e, por consectário lógico, excluindo-o para a sequência da persecução penal sob contraditório.

É o juiz de garantias quem conservará o status de cidadão, de sujeito do investigado, não o excluindo do todo e nem do Estado de direito. É que fará a avaliação da reserva do possível, não configurando nem investigador e nem instrutor do procedimento investigatório e, sim, um garante dos princípios e regras constitucionais e legais, um verdadeiro controlador de sua legalidade.

Apesar de não ser ponto nevrálgico do presente trabalho, apresentam-se soluções aos empecilhos criados por aqueles que criticam a instalação do juiz de garantias, podendo, como dito, por exemplo, o juiz cível ser “das garantias”, o criminal julgar o processo. Chega até ser paradoxal: veem-se diuturnamente queixas dos juízes sobre o excesso de trabalho, do excesso de serviço, do excesso de processo, e discutem, opõem-se à colocação de outro juiz na vara.

É muito importante definir no Brasil qual é o papel do juiz. O projeto de novo Código de Processo Penal não resolverá definitivamente os problemas da investigação e do processo penal – talvez uma solução completa dos problemas seja uma utopia. Constrói a figura do juiz de garantias. Um juiz das garantias. Um juiz que atua na fase pré-processual não como inquisidor, mas como garantidor das regras do jogo, do respeito à forma processual e aos direitos individuais do cidadão, preservando sua dignidade. O órgão de investigação investiga, pede para o juiz, que decide. Esse juiz não presidirá a ação penal, não irá julgar o processo. Isso é fundamental.

Em um sistema processual penal instituído sob a égide de uma constituição cidadã com a de 1988, que institui garantias e diminui o ranço inquisitório da legislação infraconstitucional, frente à atuação do magistrado, é de suma importância, além de entender o seu papel, saber os limites de sua intervenção e os princípios que a norteiam.

Os operadores do direito que simplesmente assistem o que se passa com as vítimas do sistema penal não se excluem da responsabilidade ética. Por isso há que se defender o respeito e o cumprimento das garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque. A investigação criminal no projeto do novo código de processo penal. *In*: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque. (Orgs.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012

BARROS FILHO, Mário Leite de. Da inconstitucionalidade do juiz de garantias. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2049, 9 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12302>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

BORGES, José Ademir Campos. Juiz de garantias: luxo ou necessidade?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2746, 7 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18227>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Decreto-Lei 3.689**, de 03 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 02 abr. 2015

_____. **Lei 12.850**, de 02 de Agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 02 abr. 2015

_____. **Lei 11.690**, de 09 de Junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei 3.689, de 03 de Outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em 02 abr. 2015

_____. **Projeto de Lei 8045/2010**. Anteprojeto do novo código de processo penal. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em 02 abr. 2015

_____. Senado. Anteprojeto/Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. <disponível em <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 11 mai 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.95009, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 Divulg 18-12-2008 Public 19-12-2008. Disponível em:

<www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=95009&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 25 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.82507, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 10/12/2002, DJ 19-12-2002. Disponível em:

<www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=82507&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 25 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.94641. Paciente: Osmar Vieira Barbosa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Ellen Gracie, DJ 06 mar. 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=94641&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 06 set. 2015

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução, José Antonio Cardinalli, Conan, 1995

CARVALHO JUNIOR, Almério. **Código de Processo Penal está em contradição com a Constituição**. ConJur. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-jun-05/codigo_processo_penal_contradiz_constituicao>. Acesso em 31 mai. 2015

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Novo Código de Processo Penal, nova mentalidade**. OAB. Disponível em <www.oab.org.br/editora/revista/users/.../1242740455174218181901.pdf>. Acesso em: 06 set. 2015

DOTTI, René Ariel. O processo penal constitucionais: alguns aspectos de especial relevo. *In*: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque. (Orgs.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

FERREIRA, Luis Henrique Costa. **Investigação Criminal: um estudo metodológico**. São Paulo: Sicurezza, 2013

FISCHER, Douglas. O sistema acusatório à luz da Constituição Federal de 1988 e o PLS 156. *In*: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque. (Orgs.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo legal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014

_____, Nereu José. Juiz de Garantias: um nascituro estigmatizado. *In*: Diogo Malan e Flávio Mirza. (Orgs.). **70 Anos de Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 01, p. 299-308.

_____, Nereu José. Juiz de Garantias: signo de um processo penal democrático. **Boletim Informativo do IBRASPP**. São Paulo, v. 1, 2011. Disponível em

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCkQFjACahUKEwJP_oS27K3IAhVED5AKHcBKAtE&url=http%3A%2F%2F150.162.138.7%2Fdocuments%2Fdownload%2F1461%3Bjsessionid%3D4C16BC6AE375A0A813DE166D2A399E22&usg=AFQjCNHcyLGL_DzicCa95Rmzn9Cd4pyBkQ&cad=rja>. Acesso em: 06 out. 2015

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. Salvador: JusPodivm, 2013

GOMES, Luiz Flávio. O juiz das garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, n.50, (mar./abr.) 2011

GRINNOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal**, 2005

_____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013

LOPES JÚNIOR, Aury. **Crise na Investigação Preliminar Brasileira**. Palestra ministrada no III Seminário do IBADPP. Salvador, 19 de Setembro, 2014.

_____. **Direito processual penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

_____. Juízes Inquisidores? E Paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, ano 3, n.10. 2003

_____. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004

_____. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 7 ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011

_____. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 01 set. 2015

KHALED JR., Salah H. **Ambição de Verdade no Processo Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2009

MACHADO, Claudio Roberto da Silva. MACHADO, Luiz Fernando da Silva. O mito da imparcialidade do juiz e a pré-compreensão. **Caderno de Pesquisa Discente - Faculdade de Direito de Caruaru**. Caruaru: Ideia, vol. 8, n. 1. 2009.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014

_____. A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos e da corte constitucional da Espanha. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. disponível em <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+\(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XVII+Congresso+Nacional+-+Bras%C3%ADlia+(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008).pdf)>. Acesso em 15 out. 2015

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. **Direito & Justiça**. Rio de Janeiro v. 39, n. 1, p. 116-120, jan./jun. 2013

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999

_____. Sobre o Projeto de Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: n. 183 julho./set. 2009

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013

_____. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015

OLIVEIRA, Daniela Olimpio de. TEIXEIRA, Maria Luiza Firmiano. A imparcialidade do juiz a partir do desentranhamento da prova ilícita. **Revista dialética de direito processual**. São Paulo: edições Loyola, n. 106, janeiro 2012

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES, Marina Pimentel. **Os Sistemas Processuais Penais**. Jus navigandi. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/26262/os-sistemas-processuais-penais>>. Acesso em 31 mai. 2015.

SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto de código de processo penal. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo: n.18, edição especial, agosto de 2010

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1

TOURINHO NETO, Fernando. Os direitos constitucionais do acusado no inquérito policial e no processo penal. **Revista do Instituto dos Advogados da Bahia**. Salvador: IAB, edição especial, 2005/2006

TUCCI, Rogério Lauria. **Direito e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

YOKAICHIYA, Cristina Emy. Investigação Criminal – ser e dever-ser. *In*: RÉ, Aluísio lunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. (Orgs.). **Temas aprofundados da defensoria pública**. Vol. 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2014

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000