UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL: O JUIZ NATURAL E A PROBLEMÁTICA DA DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA PELA PREVENÇÃO

BERNARDO MARINHO MARQUES

Aprovada para depositar na coordenação de monografia.

Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2018.

Rio de Janeiro

2018 / 2

BERNARDO MARINHO MARQUES

IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL: O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E A PROBLEMÁTICA DA DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA PELA PREVENÇÃO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.**

Rio de Janeiro

2018 / 2

BERNARDO MARINHO MARQUES

IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL: O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E A PROBLEMÁTICA DA DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA PELA PREVENÇÃO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.**

Data da Aprovação:_____/___/_____.

Banca Examinadora:

_____
Orientador

_____
Membro da Banca

_____
Membro da Banca

Rio de Janeiro

2018 / 2

CIP - Catalogação na Publicação

Marinho Marques, Bernardo
M357i Imparcialidade no Processo Penal: O Princípio do Juiz Natural e a Problemática da Definição da Competência pela Prevenção / Bernardo Marinho Marques. -- Rio de Janeiro, 2018.
84 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Processo penal. 2. Imparcialidade post factum. 3. Juiz Natural. 4. Competência. 5. Originalidade cognitiva. I. Ramires Santoro, Antonio Eduardo, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

RESUMO

O presente trabalho pretende lançar luz sobre a imparcialidade do magistrado no processo penal, compreendida como nota essencial do sistema acusatório, eis que característica fundamental do distanciamento do julgador às partes e ao objeto de prova e, portanto, consubstanciada em um dos pilares do próprio devido processo legal. Neste contexto, analisou-se, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, o critério de fixação da competência pela prevenção, chegando-se à conclusão de que este é inconstitucional, já que há uma inevitável perda da necessária originalidade cognitiva do julgador, cuja convicção é previamente formada através da análise exclusiva dos argumentos da acusação.

Palavras-chave: processo penal; juiz natural; imparcialidade; prevenção; originalidade cognitiva.

ABSTRACT

The present work intends to shed light on the impartiality of the magistrate in the criminal process, understood as an essential note of the accusatory system, marked by the distancing of the judge from the parties and the object of evidence and, therefore, embodied in one of the pillars of his due legal process. In this context, it was analyzed, in the light of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, the European Court of Human Rights and the Supreme Federal Court, the criterion for establishing jurisdiction for prevention, reaching the conclusion that this is unconstitutional, since there is an inevitable loss of the necessary cognitive originality of the judge, whose conviction is previously formed through the exclusive analysis of the prosecution's arguments.

Keywords: criminal process; principle of natural justice; impartiality; prevention; cognitive ogirinality.

DEDICATÓRIA

À Tiana e ao Aurélio. Eles sabem o porquê.

AGRADECIMENTOS

Por óbvio, agradeço não só esse trabalho, mas como tudo o que tenho aos meus pais. Obrigado pela coragem, pelo incentivo e pelo apoio. Obrigado por terem me ensinado a voar. Obrigado por me ensinarem, todos os dias, o que é o amor.

Também agradeço ao Prof. Dr. Antonio Santoro pela orientação na presente monografia. Obrigado pelo zelo e pelas dicas, e que seja a primeira de muitas parcerias.

Agradeço também aos meus amigos feitos durante esses 5 anos de Faculdade Nacional de Direito. Por todos os momentos felizes, tristes, pelas conquistas e pelas derrotas: um sonoro obrigado! Obrigado aos amigos do meu período, bem como ao Naciolapa. Não poderia também deixar de mencionar os "Insanos", que trago em meu coração desde a saudosa época do Santo Agostinho. Vocês acompanham minha trajetória há muito, e certamente cada um de vocês contribuiu de alguma maneira para quem sou hoje. Além disso, agradeço também aos Wilds por todos os momentos maravilhosos vividos.

Entretanto, preciso pedir licença aos amigos para fazer agradecimentos especiais. À Natasha, por ser minha melhor amiga da FND, por todo o auxílio na correção da monografia, por sempre me entender, me apoiar e me ajudar. Ao Gianlucca, por estar incansavelmente ao meu lado, como também pelo amor conjunto pelo Fluminense. Ao Pedro Machado, Pedro Montenegro e Igor Ribeiro por serem meus melhores amigos da FND; vocês não têm ideia do quanto a minha vida é melhor tendo vocês ao meu lado, como irmãos. Ao Matheus Menezes, Marcus Vinicius e João Pedrosa pela incrível amizade que, apesar de recente, é igualmente valiosa. Ao Pedro Gabrig, pelo incentivo diário e o companheirismo na longa jornada da advocacia criminal. À Cintia, por ser minha melhor amiga da escola, e por ter me apoiado desde sempre. Ao Bernardo Lima, Caio Leal, Caio Paulo e Yuri Mendonça, por absolutamente tudo. Por fim, e certamente não menos importante, à Paula, por todo o companheirismo, compreensão e carinho (se eu pudesse, inseriria um emoji fofo agora).

"È stato giustamente detto che il grado di civiltà di un popolo si misura sopratutto dal modo con cui sono salvaguardati i diritti e le liberta dell'imputato nel processo penale"
(Gian Domenico Pisapia)

Sumário

INTRODUÇÃO 11
1. O JUIZ NATURAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 22
1.1. O que é o Juiz Natural? A definição *ante factum* do juízo e a vedação de tribunais extraordinários. 22
1.2. O Juiz Natural e suas garantias correlatas: a Independência e a Imparcialidade do juiz 23
1.2.1. A independência da magistratura. 23
1.2.2. A imparcialidade do juiz: elemento essencial à jurisdição, princípio supremo do processo e sua necessária diferença para com o mito da neutralidade 26
1.3. O Juiz Natural na Constituição Federal de 1988. 39
1.4. O Juiz Natural no Pacto de São José da Costa Rica. 47
1.5. Juiz Natural: Direito ou Garantia? 51
2. O DIREITO A UM JULGAMENTO IMPARCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 53
2.1. A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: a imparcialidade objetiva e a subjetiva. 53
2.2. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 58
2.3. A imparcialidade no Supremo Tribunal Federal. 60
3. A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA PELA PREVENÇÃO COMO UMA AFRONTA À IMPARCIALIDADE E À NECESSÁRIA ORIGINALIDADE COGNITIVA NO PROCESSO PENAL 65
3.1 A competência em matéria processual penal. 65
3.2. A definição da competência pelo critério da prevenção. 68
3.3. A originalidade cognitiva no processo penal e a prevenção como uma causa de contaminação do juiz. 75
3.4. O juiz como um terceiro manipulado (in)conscientemente no Processo Penal: uma análise de sua contaminação através da teoria da dissonância cognitiva. 79
CONCLUSÃO 85
REFERÊNCIAS 90

INTRODUÇÃO

É inegável que o processo penal brasileiro possui matrizes inquisitórias. O Código de Processo Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 3.689/41) foi sancionado, pelo então presidente Getúlio Vargas, em um contexto de autoritarismo, e possuiu como essência e inspiração o diploma processual penal italiano vigente à época – o infame *"Código Rocco"*, acolhido pelo então Ministro Alfredo Rocco -, o qual, nas palavras de FRANCO CORDERO, foi caracterizado por ser "um código totalmente reacionário"[1].

É notório que a diferenciação entre os sistemas acusatório e inquisitório se faz por meio dos princípios unificadores inquisitivo e dispositivo, os quais são aqui determinados pelo critério referente à gestão da prova pois o processo penal visa, entre outras coisas, a reconstrução de um fato pretérito, o crime, principalmente através da instrução probatória; portanto, a forma como a gestão da prova é realizada identifica o princípio unificador[2].

Com efeito, podemos afirmar, portanto, que o sistema inquisitório é caracterizado pela extrema concentração dos poderes instrutórios de gestão da prova nas mãos do juiz, sendo o réu visto como "detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação." Nesta toada, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho defende que o sistema processual penal brasileiro é inquisitório, tendo em vista que a gestão da prova se encontra primordialmente nas mãos do juiz, o que caracteriza o princípio inquisitivo[3].

Ademais, apesar de afirmarmos constantemente que as matrizes inquisitórias estão enraizadas em nosso processo penal, é bem verdade que em muitas oportunidades não conseguimos identificar a verdadeira dimensão do quão primitivo e inquisitorial é o processo penal brasileiro, pois não somos capazes de fazer o afastamento necessário para realizar tal análise, tendo em vista que estamos completamente imersos e habituados ao

[1] MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. Introdução.
[2] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 45, n. 179, jul/set de 2008. p. 166. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496911>. Acesso em 14 de out. 2018.
[3] Ibid.

padrão judiciário brasileiro, principalmente na esfera penal[4].

Justamente por estarmos habituados ao modelo inquisitório brasileiro, é que se explica o fato de que as garantias processuais penais representam, no plano político, um reflexo dos valores sociais vigentes à época, sendo essas escolhas fruto de uma *"opção política orientada"*.[5]

Importante ressaltar em sede introdutória que vivenciamos não mais um Estado Democrático de Direito mas, sim, em um Estado Pós-Democrático, marcado pela manutenção da ordem e supressão de direitos e garantias individuais.[6] Dessa forma, objetivará o presente trabalho monográfico fazer uma pequena contribuição à luta pela efetivação de um verdadeira Estado de Direito - mormente no que tange o respeito às garantias do processo penal[7] - que preconize o processo penal como um processo que se *"caracteriza ab initio pela incerteza e que reclama a produção da certeza como meta, porém em seus próprios termos, isto é, em harmonia com preceitos que assegurem a dignidade da pessoa"*.[8]

Em clara intenção de democratizar o ordenamento jurídico brasileiro, inaugurando uma nova ordem constitucional que visava dar mais efetividade aos direitos e garantias

---

[4] Neste sentido, muito bem pontua o Professor Aury Lopes Junior: "Pela imersão no problema, não somos capazes – muitas vezes – de fazer o esforço do afastamento, do estranhamento em relação ao ritual judiciário brasileiro, especialmente na esfera penal. Não percebemos o quanto o nosso processo penal é primitivo e inquisitório. Que falta uma preocupação com a "estética" de imparcialidade, uma "aparência" de estranhamento e afastamento de quem julga em relação a quem acusa (problemática já consagrada na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em vários julgados)." LOPES JR., Aury. **Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio>. Acesso em: 26 de ago. 2018.

[5] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 23.

[6] Rubens Casara explica que é errada a ideia de que o Estado Democrático de Direito estaria passando por uma crise, justamente porque os elementos dessa crise já não possuem caráter transitório, mas, sim, uma evidente permanência. Sendo assim, Casara aduz que vivenciamos um Estado Pós-Democrático, definido como *"um Estado que, do ponto de vista econômico, retoma com força as propostas do neoliberalismo, ao passo que, do ponto de vista político, se apresenta como um mero instrumento de manutenção da ordem, controle das populações indesejadas e ampliação das condições de acumulação do capital e geração de lucros."* CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 6-14.

[7] Aqui entendidas como "garantias materiais dos direitos fundamentais", cf. explicitado pelo Professor Geraldo Prado. PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos**. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p 16.

[8] PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos**. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p 17.

fundamentais, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, a qual preocupou-se em ditar um sistema acusatório para o processo penal brasileiro ao adotar elementos próprios do princípio acusatório.

Neste sentido, Geraldo Prado salienta que se acolhermos a norma constitucional que garante ao Ministério Público, na forma da lei, a privatividade do exercício da ação penal pública, a que assegura a todos os acusados o devido processo legal, com seus necessários corolários ampla defesa e contraditório, além de lhes outorgar, até o trânsito em julgado de uma eventual sentença condenatória, a presunção de inocência, bem como a que, somando-se a isso tudo, certifica o direito ao julgamento por um juiz competente e imparcial como elementos do princípio acusatório, chegamos à conclusão de que, embora não contenha previsão expressa, a Carta Magna de 1988 adotou o sistema acusatório. [9]

Assim sendo, levando em consideração não só a Carta Republicana de 1988, como também diversos tratados internacionais em que o Brasil é signatário, compreende-se que, através de uma interpretação sistemática de todas as normas contidas nesses diplomas[10], o processo penal funciona como um verdadeiro filtro à atuação estatal quando da imposição de sanções aos autores de infrações penais, atuando como um meio de garantir direitos e garantias dos cidadãos, a fim de resguardar o axioma da *"nulla poena sine iudicio"*, constituindo, portanto, padrões normativos que atuam como limitadores do poder do Estado.[11]

Portanto, ao se resguardar o princípio da *"nulla poena sine iudicio"* estamos tratando de assegurar que o exercício legítimo do poder punitivo, o qual é desempenhado com exclusividade pelo Estado, seja concretizado em conformidade com todos os princípios adotados explicita ou implicitamente pela Carta Constitucional. Assim sendo,

---

[9] PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 300-301.

[10] Nesta toada, afirmando que, aos poucos, o processo penal brasileiro vai se afastando das limitações da legislação ordinária e passa a ser entendido através de uma interpretação sistemática com todo o ordenamento jurídico, afastando-se, portanto, do imaginário inquisitório, leciona Nereu José Giacomolli: "O processo penal brasileiro, embora de forma gradual e paulatina, passa a desvencilhar-se dos grilhões limitadores da legislação ordinária, da fé inabalável na codificação, na crença do imparcial pelo juramento ou pela toga e ingressa na complexidade do ordenamento jurídico (importância da Constituição) e da comunidade universal (importância dos diplomas internacionais protetivos dos direitos humanos e dos Tribunais Internacionais)." GIACOMOLLI, Nereu José. Prefácio. MAYA, André Machado. **Op. cit.**

[11] Ibid., p. 27.

o referido princípio não se esgota na mera observância da legalidade dos procedimentos penais, mas fundamenta-se, para além da estrita legalidade dos mandamentos procedimentais, "em uma perspectiva ética que vai cimentar-se na legitimidade constitucional da atuação dos principais personagens envolvidos com a persecução penal e na estrutura e funcionamento das instituições próprias desta atividade."[12]

Sendo assim, com o intuito de adequar-se ao novel sistema processual inaugurado pela Carta Republicana de 1988, o Código de Processo Penal passou por diversas reformas legislativas, notadamente em 2008 e 2011, levadas à cabo pelas Leis nº 11.719/2008 e 12.403/2011, respectivamente. Entretanto, tais reformas mostraram ser insuficientes, pois não foram capazes de compatibilizar as normas processuais penais com as normas constitucionais já que mantiveram em nosso ordenamento jurídico diversos dispositivos de natureza inquisitória[13].

Dessa forma, devido à convivência entre elementos do princípio acusatório com características marcantes de um sistema acusatório, o Professor Aury Lopes Junior ensina que a definição mais adequada do sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro seria a de *"neoinquisitório"*[14], como vemos a seguir:

> Pensamos que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval.

[12] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 27.

[13] Discorrendo sobre as disposições de natureza inquisitorial no Código de Processo Penal, LOPES JR. (2017) aduz que *"não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício converta a prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois isso equivale a 'prisão decretada de ofício';ou mesmo decrete a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na fase, mas, sim, no atuar de ofício!), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127); ouça testemunhas além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, incisos I e II); reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegadas (art. 385); condene, ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383) etc."*(LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 48.)

[14] Importante ressaltarmos que a posição de Aury Lopes Jr. não é uníssona na doutrina pátria. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (COUTINHO, Jacinto Nelso de Miranda. Op. cit., p. 166) afirma que, apesar de nosso ordenamento jurídico tem como princípio unificador o inquisitivo, o qual é apenas adjetivado por características do sistema acusatório, conforme vemos a seguir: "Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há e nem pode haver um *princípio misto* (dado ser uma *ideia única* e, portanto, *indivisível*), o que, por evidente, desfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que ser misto significa ser, *por princípio*, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro. É o caso, por exemplo, de o processo comportar a existência de partes, o que para muitos, entre nós, faz o sistema – embora insustentável – tornar-se acusatório." (grifos do autor)

> Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz.[15]

Nesta toada, verificamos que o processo penal brasileiro encontra-se em completo descompasso com o princípio acusatório trazido à tona por diversas normas constates no ordenamento jurídico brasileiro, mormente aquelas presentes na Carta Magna e no Pacto de São José da Costa Rica[16], as quais, *"embora tenham operacionalidade em si e isoladamente, ganham força quando atuam de forma coordenada e integradamente, constituindo um sistema ou um modelo de garantias processuais"*, a fim de que seja conferida legitimidade ao exercício do poder pelos órgãos do Judiciário, através de instrumentos legalmente previstos.[17]

É nesse descompasso que a presente investigação focará, notadamente no critério de definição da competência pela prevenção, que entendemos ser conflitante com o princípio da imparcialidade do juiz, o qual, apesar de não estar expressamente previsto no Código de Processo Penal ou na Carta Magna, encontra-se tipificado em diversos diplomas internacionais aderidos pelo Brasil[18], notadamente no artigo 8.1 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos[19], tratado internacional do qual somos signatários por força do Decreto 678/1992[20].

---

[15] Ibid., p. 47

[16] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 49

[17] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 37.

[18] Em artigo escrito em homenagem ao Professor Caldeira, os Professores Antonio Santoro, Rodrigo Gonçalves e Thiago Minagé trazem exemplos de dispositivos de tratados internacionais que asseguram o princípio da imparcialidade. Senão vejamos: *"Vide o artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; o artigo 14.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, aprovada pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, teve seu texto aprovado no âmbito interno do Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 226/91, depositada a Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em 24 de janeiro de 1992, entrou em vigor no dia 24 de abril de 1992 e foi promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992; o artigo 26.2 da Declaração Americana dos Direitos Humanos; o artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, o governo brasileiro depositou a carta de adesão em 25 de setembro de 1992, mesmo dia em que entrou em vigor no Brasil e foi promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992; o artigo 6.1 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais; e o artigo 47 da Carta de Direitos Fundamentais da Europa."* (SANTORO, Antonio E. R.; GONÇALVES, Rodrigo Machado *et* MINAGÉ, Thiago Miranda. **A garantia da imparcialidade *post factum* no direito processual penal brasileiro**.)

[19] Artigo 8.1. Toda pessoa tem direito a 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.

[20] Brasil. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1.992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19

Assim sendo, entendemos que a regra brasileira da prevenção da competência encontra-se dissonante do direito ao julgamento por um juiz imparcial, pois esta faz com que o magistrado que tenha atuado na fase pré-processual do inquérito policial - como, por exemplo, ao deferir medidas cautelares após requisição do Ministério Público ou representação da Autoridade Policial ou, o que é ainda mais grave, atuando *ex officio* -, seja competente para receber eventual denúncia e instruir o processo criminal.

Defenderemos que a prevenção não deve ser uma causa de fixação de competência mas sim uma causa de exclusão desta, uma vez que há uma incompatibilidade psicológica do juiz com poderes de investigação na fase pré-processual que não seja impedido de ser o julgador na fase processual. Aury Lopes Jr. afirma que a imparcialidade juiz instrutor está comprometida por sua posição ativa e, por isso, não poderia exercer a função de julgador, *in verbis:*

> Em definitivo, *a prevenção deve ser uma causa de exclusão da competência.* O juiz instrutor é prevento e como tal não pode julgar. Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, **mas pelos diversos pré-julgamentos que realiza no curso da investigação preliminar** (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, interceptação telefônica, etc.). São esses processos psicológicos interiores que levam a um pré-juízo sobre condutas e pessoas.[21] (Grifos do autor)

Dessa forma, o juiz possui, em um primeiro momento, somente acesso à versão da acusação, e forma seu convencimento apenas sob o véu dos argumentos acusatórios, o que notadamente compromete a sua imparcialidade, já que não mais está em uma relação de alheamento e equidistância para com as partes. Acerca disso, importante destacarmos o entendimento de Antonio Santoro, *in verbis:*

> Essa regra brasileira da prevenção como determinadora da competência implica na exposição do juiz aos elementos cognitivos que possibilitam a formação da convicção e antecipam na consciência do julgador a decisão a ser tomada, de tal sorte que novos conjuntos de elementos cognitivos acabam por se submeter a procedimentos psicológicos de afastamento ou redução da dissonância cognitiva com a prevalência dos elementos conhecidos previamente.[22]

---

ago. 2018.

[21] LOPES Jr, Aury. **Juízes inquisidores? E paranoicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 11, n. 127, p. 10-11, jun. 2003.

[22] SANTORO, Antonio E. R. **Controle epistêmico sobre a interceptação das comunicações telefônicas**

Nesse contexto de direitos fundamentais e garantias processuais, Gustavo Badaró afirma que o direito a um juiz imparcial assume posição de destaque, tendo em vista que a imparcialidade é um elemento essencial à própria atividade jurisdicional. O referido autor vai além, aduzindo que o processo, enquanto meio de heterocomposição de conflitos e aplicação da lei, somente possui razão de ser quando realizado por um terceiro supra partes, ou seja, um sujeito imparcial. [23]

No que tange a ausência de expressa previsão do princípio da imparcialidade seja na Constituição, seja no Código de Processo Penal, Antonio Santoro assevera o seguinte:

> A Constituição brasileira não assegura expressamente o direito a ser julgado por um juiz imparcial, sendo comum que a doutrina afirme tratar-se de "uma garantia constitucional implícita", não apenas em razão da questão conceitual antes afirmada, mas sobretudo porque o conjunto de garantias processuais forjadas pela Constituição pressupõe fundamentalmente a imparcialidade judicial e restaria inviabilizado pela sua não adoção.
> É inegável, de outro lado, que alguns diplomas internacionais aderidos ao ordenamento nacional asseguram de forma expressa o direito a ser julgado por um juiz imparcial.[24]

Dessa forma, antes de explicitarmos a importância do princípio da imparcialidade no processo penal e descrever como o tema será abordado ao longo do presente trabalho, faz-se necessário demonstrar não só a posição do referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro, como também evidenciar como está inserido e qual é o *status* do Pacto de São José da Costa Rica em nosso ordenamento.

Como dito anteriormente, apesar de a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ter entrado em vigor no dia 18.07.1978, tal Pacto somente adentrou ao ordenamento jurídico brasileiro em 25.09.1992, através da promulgação do Decreto 678/1992.

À época que o Pacto de São José da Costa Rica foi ratificado pelo Brasil, a Emenda

---

e de dados: uma subversão dos papeis dos atores do sistema penal. Trabalho publicado nos Anais do I Encontro de Internacionalização do CONPEDI, realizado em Barcelona (ESP), nos dias 08, 09 e 10 de outubro de 2014.

[23] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 24.

[24] SANTORO, Antonio E. R. *et al*. Op. cit., p.1

Constitucional 45/2004[25] ainda não havia sido aprovada pelo Congresso Nacional, de modo que somente o §2º do art. 5ºda Constituição Federal[26] discorria sobre os direitos e garantias previstos em tratados internacionais integrados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, duas posições divergentes ecoavam na doutrina pátria; a primeira defendia que os tratados cujo objeto fossem direitos e garantias individuais deveriam ser equiparados às normas constitucionais e, por isso, estariam iguais em termos hierárquicos, enquanto que a segunda argumentava pela equivalência de hierarquia entre os referidos tratados internacionais e a legislação infraconstitucional, mesmo com a equiparação expressa proporcionada pelo artigo 5º, §2º da Carta Republicana.[27]

Entretanto, a discussão ganhou novas cores após a inclusão do §3º ao artigo 5º da CR pela EC 45/2004, tendo em vista que esse dispositivo encontra-se redigido da seguinte maneira:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.[28]

Sendo assim, uma nova polarização acerca do *status* dos tratados internacionais de direitos humanos e garantias individuais surgiu na doutrina, tendo parte da dela sustentado que aquelas que não foram aprovados com o quórum qualificado, teriam sido

---

[25] BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Brasília, DF: Senado, 2004. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>.

[26] *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)*
§ 2º 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. [BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>].

[27] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2016. p. 39.

[28] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>

recepcionados com caráter de lei federal – local onde se enquadraria, conforme essa tese, a Convenção Americana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

O tema chegou ao Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, decidiu que "tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal". Dessa maneira, o Pacto de São José da Costa Rica, assim como diversos outros tratados internacionais inseridos ao ordenamento jurídico brasileiro sem o quórum de emenda constitucional, seriam hierarquicamente superiores à legislação ordinária, mas inferiores às normas constitucionais.

Entretanto, acreditamos que o entendimento mais correto seria conferir à esses diplomas um caráter de materialmente constitucionais, pois, segundo Flávia Piovesan, a referida Emenda Constitucional objetivo ratificar a existência de "um regime jurídico próprio aplicável aos tratados de direitos humanos." Portanto, há que se afastar a errônea compreensão de que, em face do art. 5º, §3, os tratados de direitos humanos já ratificados pelo Brasil seriam recepcionados com o *status* de lei ordinária, uma vez que não obtiveram o quórum qualificado de três quintos requerido pelo supramencionado parágrafo. E a referida autora vai além, conforme depreendemos do excerto a seguir transcrito:

> Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais. A leitura sistemática dos dispositivos aponta que o quórum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados. Na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas e não o oposto. (...)
> Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. *Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º*.[29] (Grifo nosso)

Assim sendo, pelo fato de a Convenção Americana sobre Direitos Humanos possuir um caráter de constitucionalidade material, como também pela imparcialidade ser uma

[29] PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 153, p. 8-9, ago. 2005.

garantia implícita e necessária, forçoso reconhecermos não só o caráter constitucional dessa garantia, como também sua própria constitucionalidade[30].

Tendo em mente a sintética, porém necessária, explanação acima, pormenorizaremos a estruturação do presente trabalho. No Capítulo I abordaremos o princípio do Juiz Natural à luz da Constituição Federal, bem como sob a égide dos dispositivos internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário. Destrincharemos, posteriormente, o princípio da imparcialidade, traçando o imprescindível paralelo com o Juiz Natural.

Já no Capítulo II serão colacionados diversos julgados da não só da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, mas também do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a fim de entendermos quais são os *standards* utilizados por esses Tribunais para definição de um juízo imparcial.

Entraremos na problemática crucial desse estudo no Capítulo III, ao explicitarmos como a definição da competência pela prevenção, da maneira que está prevista em nosso Código de Processo Penal, leva a um julgamento por um juiz imparcial, que teve sua convicção formada antes mesmo da instauração da relação processual penal, apresentando as consequências nefastas que isso pode causar. Para tanto, estudaremos o conceito de prevenção sob a luz da Teoria da Dissonância Cognitiva e sob o Efeito Primazia, bem como apontaremos os importantes estudos empíricos de Bernd Schüneman sobre o tema.

Ao final da presente pesquisa, chegamos ao fechamento, momento em que concluiremos que a definição da competência pela prevenção é completamente incompatível com um ordenamento jurídico que preze resguardar a imparcialidade do julgador e afastar-se de matrizes autoritárias e inquisitórias, pois a prevenção – como é concebida hodiernamente no processo penal brasileiro – encontra-se em absoluto descompasso com diversos marcos doutrinários e jurisprudenciais que discorrem sobre a imparcialidade do juiz e, por fim, apresentaremos como solução para o problema a exclusão física dos autos do inquérito policial do processo, bem como a introdução da

[30] SANTORO, Antonio E. R. *et al*. Op. cit., p.4.

figura de um juiz de garantias na fase pré-processual penal, a fim de que a imparcialidade seja resguardada durante a instrução criminal.

1. O JUIZ NATURAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

1.1. O que é o Juiz Natural? A definição *ante factum* do juízo e a vedação de tribunais extraordinários.

O juiz natural se traduz para além de um mero atributo do juiz. É, em verdade, um verdadeiro pressuposto para a sua própria existência, se deduzindo no direito que cada indivíduo possui de anteriormente saber, na hipótese de praticar uma conduta penalmente típica, qual será a autoridade competente por processá-lo e julgá-lo.[31]

De maneira sintética, o marco temporal do surgimento do juiz natural pode ser situado no momento em que *Sir Edward Coke* nega à Jaime I a concreta *potestas iuris dicundi*, bem como quando os juízes franceses fizeram o mesmo com o rei da França. Dessa forma, os então juízes delegados reivindicaram dos velhos juízes ordinários ou delegantes a titularidade formal e exclusiva do poder jurisdicional, tendo essa reivindicação se traduzido em uma manifestação não só de independência para com a autoridade delegante, como também num "protesto contra a lesão dos valores da imparcialidade e certeza do juiz produzida por alterações *post factum* da ordem normal das competências, possivelmente interessadas no mérito do juízo."[32]

Apontando o juiz natural como uma garantia orgânica no âmbito do processo penal, Ferrajoli assevera que a garantia em significa três coisas diferentes, apesar de serem entre si conexas: a indispensabilidade de que o juiz seja pré-constituído ao momento da prática delitiva, e não definido *post factum*; a inviabilidade de derrogação e indisponibilidade das competências e, por fim, a vedação de juízos extraordinários e de exceção.[33]

Fazendo referência expressa à dispositivos da Constituição italiana, Luigi Ferrajoli define da seguinte maneira os três significados do juiz natural acima elencados:

> No primeiro sentido, expresso por exemplo pelo art. 25 da Constituição italiana, o principio designa o direito do cidadão a um processo não prejudicado por uma escolha do juiz posterior ao delito e portanto destinada a

[31] LOPES JR., Aury. **Direito processual penal...** p. 248.
[32] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 472.
[33] Ibid.

> um resultado determinado. No segundo sentido, deduzível com alguma incerteza do mesmo art. 25 e do art. 102, par. 1°, designa a reserva absoluta da lei e a impossibilidade de alteração discricionária das competências judiciarias. No terceiro sentido, expresso pelo art. 102, par. 1°, da Constituição, mas derrogado pelas jurisdições especiais previstas pelo art. 103, como também pela justiça política reservada pelos arts. 90 e 134 aos crimes presidenciais, trata-se de um princípio de organização que postula a unidade da jurisdição e o seu monopólio conservado em uma mesma classe. Enquanto a pré-constituição legal do juiz e a inalterabilidade das competências são garantias de imparcialidade, sendo voltadas a impedir intervenções instrumentais de tipo individual ou geral na formação do juiz, a proibição de juízes especiais e extraordinários e antes uma garantia de igualdade, satisfazendo o direito de todos a ter os mesmos juízes e os mesmos procedimentos.[34]

Por fim, antes de passarmos à análise mais profunda do juiz natural, imperioso trazermos à tona a definição dada ao juiz natural pelo Min. Celso de Mello em seu voto proferido no bojo do HC 81.963, o qual resume de forma brilhante o significado do postulado do juiz natural:

> O postulado do juiz natural representa garantia constitucional indisponível, assegurada a qualquer réu, em sede de persecução penal (...). O postulado do juiz natural, em sua projeção político-jurídica, reveste-se de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal.[35]

1.2. O Juiz Natural e suas garantias correlatas: a Independência e a Imparcialidade do juiz.

1.2.1. A independência da magistratura.

Em meados do século XX, o renomado jurista italiano Piero Calamandrei já proclamava: "Senza indipendenza dei giudici non è possibile giustizia".[36] Em complementação, Ferrajoli afirma que a independência do juiz é oriunda do moderno Estado de Direito, e está ligada à confirmação, de um lado, "do princípio da estrita legalidade e da natureza cognitiva da jurisdição e, de outro, dos direitos naturais ou fundamentais da pessoa."[37]

---

[34] Ibidem.
[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n º 81.963. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 28 out. 2004.
[36] CALAMANDREI, Piero. Governo e magistratura. **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1966, vol. 2, p. 198 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal...** p. 24, nota de rodapé 4.
[37] FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 468.

O jurista italiano Luigi Ferrajoli aduz que a independência dos magistrados garante uma justiça não subordinada à razão do Estado ou a interesses políticos contingentes, conforme vemos a seguir:

> Se a legitimidade do juízo se funda na verdade processual, cuja decisão depende da determinação semântica das leis e, portanto, dos vínculos estritamente legais da jurisdição, é claro que ela exige a independência do juiz tanto quanto seu distanciamento, em garantia da imparcialidade e, portanto, da igualdade dos cidadãos. Por outro lado, se o juízo é voltado a impedir arbítrios ou abusos potestativos sobre as liberdades individuais por parte dos poderes de governo, a independência dos juízes garante uma justiça não subordinada à razão de Estado ou a interesses políticos contingentes.[38]

Ao se pensar na atuação concreta do julgador, sua independência é entendida como sua sujeição exclusiva à lei e à Constituição e, mesmo nos casos em que não há previsão constitucional expressa neste sentido, sua submissão somente à lei é decorrente da separação dos poderes. Essa previsão de sujeição garante a independência e, de modo consequente, a imparcialidade do juiz, seja como órgão jurisdicional, seja como pessoa física.[39]

Neste sentido, é de sabença comezinha que há uma distinção tradicional entre duas formas de independência do juiz: a externa e a interna[40], conforme explicita Ferrajoli:

> Os fundamentos externos ou políticos da independência são em sua os mesmos – verdade e liberdade – que legitimam a jurisdição. E exigem que a independência da função judiciária seja assegurada tanto à magistratura enquanto classe, nos confrontos de poderes *externos* a ela e em particular do Poder Executivo, como ao magistrado enquanto indivíduo, nos confrontos de poderes hierárquicos *internos* à classe de algum modo aptos a influenciar a autonomia de julgamento.[41]

Portanto, a independência externa diz respeito ao que tange a independência do Poder Judiciário com relação aos demais poderes do Estado, quais sejam: os Poderes

---

[38] Ibid.
[39] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 28.
[40] Eugenio Raúl Zaffaroni faz uma divisão parcialmente diversa desse conceito, ao aduzir que "independência judicial puede distinguirse em *independência de la magistratura e independência del juez*. La primera es condición de la segunda e implica la *autonomia de gobierno* y el *poder disciplinario*. La independência del juez, por su parte, puede ser *externa e interna"* (destaques no original), cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructuras judicales.** Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 103 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal...** p. 25.
[41] FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 468.

Executivo e Legislativo. Por sua vez, a faceta interna da independência diz respeito à independência do juiz em relação a própria magistratura[42], ou seja, perante ao próprio órgão jurisdicional[43] a que pertence.[44]

Nesta seara, ressaltamos que a independência da magistratura perante os outros poderes não se trata de um "privilégio da corporação" mas, como exaustivamente reiterado, é uma necessária separação com caráter rigorosamente instrumental, ou seja, apartação inexorável para assegurar a imparcialidade.[45]

Ainda com relação à independência externa, outro problema que vem sendo identificado sobre a questão da independência dos juízes é a influência, além dos poderes formalmente instituídos pelos Estados, de grupos de pressão demasiadamente organizados e fortes, sendo um destes, obviamente, a mídia[46]. Ao debruçar-se sobre a questão, Gustavo Badaró que:

> Outro problema que tem sido apontado como importante questão de independência judicial diz respeito às relações entre a imprensa e a administração da justiça, na medida em que muitos juízes temem a influência da mídia sobre os fatos que julgam e sobre suas decisões. (...). Não é incomum que a mídia se transforme em um espaço para "julgamentos paralelos", que podem colocar em risco a serenidade do julgador, na medida em que os resultados de tais julgamentos sejam assimilados pela opinião pública, a partir da opinião publicada nos meios de comunicação.[47]

No tocante à independência interna, Gustavo Badaró também afirma que os juízes

[42] Certo é que essas não são as únicas formas de se considerar a independência da magistratura, pois é possível "parlare dela indipendenza del giudice di fronte ai giudicabili ed ai loro difensori, o di fronte ai suoi superiori gerarchici, o di fronte agli altri poteri dello Stato, o anche di fronte ai partiti e all'opinione pubblica.", cf. CALAMANDREI, Piero. Governo e magistratura. **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1966, vol. 2, p. 198 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 25, nota de rodapé 5.

[43] Neste sentido, importante o posicionamento, na doutrina italiana, de Piero Calamandrei, o qual afirma que a independência da magistratura resume-se no seguinte princípio: "che il vincolo di subordinazione gerarchica, che pone tutti gli impiegatti pubblici ala dipendenza dei loro superiori, non ha valore per i magistratti giudicanti al momento in cui esercitano le loro funzioni", cf. CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice. t. II, 1944. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1970. Vol. 4, p. 253 *apud apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 25

[44] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 25.

[45] Ibid, p. 29.

[46] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 29.

[47] Ibid.

de piso devem ter liberdade e independência para julgarem os casos somente adstritos ao determinado pela lei, segundo a interpretação dada pelo próprio magistrado. O juiz sempre continuará independente para decidir, mesmo que contrariamente ao posicionamento do tribunal, hipótese em que, por óbvio, sua decisão poderá ser revista e modificada. [48]

Sendo assim, não basta que exista a independência externa para afastar escolhas discricionárias e interferências de outros poderes, mas faz-se necessária, talvez em maior grau de importância, a própria independência interna do magistrado, na medida em que atualmente, quando trata-se desta temática, o grande desafio do Poder Judiciário é assegurar sua independência interna. Dessa forma, é essencial a independência de cada juiz, de maneira individual, perante outros sujeitos do Poder Judiciário que se encontrem em situação de supremacia como, por exemplo, aqueles que integrem os órgãos de administração do aludido poder.[49]

Até porque, como adverte Zaffaroni, possíveis pressões para enfraquecer a independência externa do Poder Judiciário, no contexto de uma ordem democrática, são neutralizáveis por meio da liberdade de informação, expressão e de crítica.[50] Entretanto, o autor vai além, e afirma que a tentativas de macular e lesar a independência interna "é muito mais continuada, sutil, humanamente deteriorante e eticamente degradante".[51]

Ultrapassada a análise da independência da magistratura, passemos à importante análise da segunda garantia correlata ao juiz natural.

1.2.2. A imparcialidade do juiz: elemento essencial à jurisdição, princípio supremo do processo e sua necessária diferença para com o mito da neutralidade

O direito a um juiz natural deflui inegavelmente da garantia do devido processo legal assegurado pela Constituição, mais precisamente em seu art. 5º, inciso LIV[52]. Um

[48] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 25-26.
[49] Ibid., p. 26-27.
[50] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructuras judicales.** Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 105 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 28.
[51] Ibid., p. 105-106, Ibid.
[52] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança

processo não pode ser considerado como devido processo legal[53] caso não seja conduzido por um juiz imparcial.[54]

Dentre os diversos mecanismos constitucionais e legais para assegurar a figura da imparcialidade, ressalta-se, por óbvio, a figura do juiz natural, seja pela disposição de que *"ninguém será julgado ou processado senão pela autoridade competente"* (art. 5º, LIII, CF), seja pela vedação da criação de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII). Sendo assim, entendemos que a garantia do juiz natural é um mecanismo de afirmação da imparcialidade do magistrado[55].

Neste diapasão, importante evidenciar a posição de Gustavo Badaró sobre a inexorável ligação entre juiz natural e imparcialidade, senão vejamos:

> A razão de ser da garantia do juiz natural é, exatamente, assegurar um julgador imparcial. Obviamente, não basta o juiz natural para que se tenha um juiz imparcial. Mas a garantia do juiz natural, enquanto juiz pré-constituído e definido segundo critérios legais de competência, é um mecanismo eficiente para permitir que o acusado não seja julgado por um juiz parcial, evitando a manipulação dos poderes do Estado para atribuir um caso a um tribunal específico, escolhendo seus julgadores.[56]

Por sua vez, ao discorrer sobre a imparcialidade, André Machado Maya aponta que a doutrina costuma classificá-la como um *"elemento estrutural do processo"*, uma *"nota indissociável da jurisdição"*, ou um *"princípio supremo do processo"*, tratando a imparcialidade como o atributo que diferenciaria a atividade jurisdicional dos demais poderes do Estado[57].

Neste mesmo ínterim, Zaffaroni aduz que não há jurisdição sem imparcialidade, acrescentando que não se trata apenas de que a jurisdição tenha a faculdade de ser imparcial, mas, que, inexistindo imparcialidade, não se pode falar em jurisdição, pois

---

e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>)

[54] Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 33.
[55] Ibid., p. 33.
[56] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 34.
[57] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 45.

aquela é a essência desta.[58]

Aragoneses Alonso afirma que o processo judicial se apresenta como uma forma coativa de obtenção do *"reparto"*, por meio do qual a solução da controvérsia é imperativa às partes independente da vontade destas, o que caracteriza a diferença marcante entre heterocomposição e as demais formas de solução de conflitos autocompositivas. Noutro giro, diferencia-se o processo judicial dos meios de autotutela devido à *"impartialidad"* inerente a este, ou seja, a decisão de mérito é proferida por um terceiro alheio às partes, que *a priori* não possui nenhum interesse no conflito, de modo que dessa *"impartialidad"* decorre a imparcialidade.[59]

Ao fim e ao cabo, é a imparcialidade, portanto, o tom diferenciador entre heterocomposição e heterotutela, já que na última o terceiro intervém em favor de uma das partes, o que resulta em uma atuação parcial dentro do litígio. Por seu lado, a heterocomposição é marcada pela atuação livre do terceiro julgador, que age com independência em relação às partes, cingindo-se a sua decisão de mérito exclusivamente aos critérios de legalidade.[60]

Neste sentido, Juan Montero Aroca leciona que a verdadeira imparcialidade vai muito além do simples não ser parte (*"impartialidad"*), exigindo do juiz um agir subjetivamente direcionado ao correto cumprimento de sua função jurisdicional, a qual limita-se à aplicação do Direito objetivo, livre de quaisquer influências externas que possam interferir na tomada de sua decisão. Dessa forma, é condição indispensável para garantirmos a imparcialidade a não submissão do julgador às finalidades subjetivas das partes[61]. No mesmo sentido, Ruiz Vadillo afirma que o direito ao juiz imparcial supõe que este se encontre fora por completo – real e de forma aparente – dos interesses das partes e do próprio processo em si mesmo considerado, que não lhe mova qualquer outro impulso senão o de realizar a justiça.[62]

---

[58] ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 86-91 *apud* Ibid., p. 46.
[59] ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal (Introducción).** 2. ed. Madrid: Edersa, 1997 *apud* MAYA, André Machado. Op. cit., p. 67.
[60] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 67.
[61] MONTERO AROCA, Juan. **Sobre la imparcialidade del juez y la incompatibilidade de funciones procesales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997 *apud* MAYA, André Machado. Op. cit., p. 69.
[62] FENOLL, Jordi Nieva. **La valoración de la prueba.** 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 166.

Ademais, com relação à posição do juiz dentro da relação processual, destaca-se que o acúmulo das funções de acusador e julgador, as quais configuram o âmago do sistema inquisitório, não constituem a única característica deste sistema. Também implica em uma irremediável assunção de posição ativa no processo a ideia de infalibilidade do inquisidor, parâmetro utilizado para o investir de poderes a fim de alcançar a verdade real.[63]

Mas obviamente que a acumulação das referidas funções não encontra amparo em um processo de matriz essencialmente acusatória. Neste sistema processual penal, a separação destas duas funções é *conditio sine qua non* para sua caracterização, tendo em vista que "reverbera a ideia de juiz como não-parte, ou seja, imparcial."[64]

Neste mesmo sentido leciona Luís Gustavo Grandinetti, para quem "a figura do magistrado ideal é aquela que coincide com a de um espectador privilegiado do litígio, a quem a lei incumbe decidir qual das partes tem razão." Valendo-se dos ensinamentos de Hanna Arendt, Grandinetti aduz que o distanciamento proporcionado pelo fato do juiz figurar como espectador permite que este aja de maneira desinteressada, o que é condição essencial para sua imparcialidade.[65]

Além disso, a imparcialidade somente seria efetivamente concretizada quando se é levado em conta todas as argumentações e pontos de vista das partes no processo, o que permite a "amplitude de horizontes do espectador." Segundo Hanna Arendt, isso ocorre quando realizamos a comparação de nosso julgamento com o dos outros, bem como quando fazemos uso da faculdade mental da imaginação – definida por Kant como a nossa habilidade de fazermos presente o que é ausente - para nos colocarmos no lugar dos outros, o que acontece fazendo espelhar o objeto ausente, ou seja, através da reflexão.[66]

Apenas no curso do procedimento efetivo acima narrado é que é possível "abstrair

[63] SANTORO, Antonio E. R.; GONÇALVES, Rodrigo Machado *et* MINAGÉ, Thiago Miranda. **A garantia da imparcialidade *post factum* no direito processual penal brasileiro**. p. 5
[64] Idem.
[65] CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti. In: **Decisão judicial. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 115.
[66] Ibid., p. 116.

as limitações pessoais que contingentemente se prendem ao pensamento e, consequentemente, livrar-se das condições privadas que inibem o exercício da mente. Somente assim é possível encontrar um significado no curso dos acontecimentos e só quem tem condições de fazê-lo é o espectador."[67] Entretanto, importante ressaltarmos que o juiz não deve ser apenas um mero espectador, mas, conforme afirma Dworkin, um participante teórico, pois não é como uma máquina aplicadora da lei de causa e feito, mas um ser consciente de que possui uma *"dimensão espiritual"* que interage com os demais.[68]

Na mesma esteira encontra-se Aury Lopes Jr., que afirma que a imparcialidade está intimamente ligada com a posição de terceiro ocupada pelo juiz, conforme vemos a seguir:

> A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supra-ordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de *terzietà*, um *estar alheio* aos interesses das partes na causa, ou, na síntese de **Jacinto N. Miranda Coutinho,** *'não significa que ele está acima das partes, mas que está para além do interesse delas.*[69]

Nesse mesmo sentido de considerar a equidistância e alheamento do magistrado como condição essencial para assegurarmos a imparcialidade do julgador, Antônio Magalhães Gomes Filho aponta que "a imparcialidade constitui um valor que se manifesta sobretudo no âmbito interno do processo, traduzindo a exigência de que na direção de toda a atividade processual – e especialmente nos momentos de decisão – o juiz se coloque sempre *supra partes*, conduzindo-se como um terceiro desinteressado, acima, portanto, dos interesses do conflito."[70]

Nesta toada, Ferrajoli defende que a imparcialidade do magistrado está conectada à colocação institucional do juiz, a qual encontra-se exprimida pela sujeição deste somente à lei, sendo esta última entendida como "premissa substancial da dedução

---

[67] CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti, Op. cit**.,** p. 116.
[68] Ibid.,., p. 120.
[69] LOPES Jr, Aury. **Juízes inquisidores? E paranoicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 11, n. 127, p. 10-11, jun. 2003.
[70] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 37 *apud* MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal... p. 45.

judiciária e juntamente única fonte de legitimação política". Além disso, o referido autor advoga que esta colocação institucional se materializa através do conceito de imparcialidade, senão vejamos:

> Essa colocação – *externa* para os sujeitos em causa e para o sistema político, e *estranha* aos interesses particulares de um lado e aos gerais de outro – se exprime no requisito da *imparcialidade*, e tem sua justificação ético-política nos dois valores – a perseguição da verdade [aqui entendida como a verdade processual] e a tutela dos direitos fundamentais – mais acima associados à jurisdição.[71]

Dessa maneira, Ferrajoli constrói três perfis da imparcialidade do juiz: a equidistância em relação aos interesses do processo; independência aos demais poderes, bem como ao próprio órgão jurisdicional e, por último, a neutralidade "de sua designação e à determinação das suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo."[72]

Para tanto, conforme aponta o autor italiano, estes três perfis de imparcialidade do juiz requerem garantias orgânicas, consubstanciadas em separações: a imparcialidade demanda a separação do juiz do órgão acusador, já a independência requer a separação institucional do juiz dos outros poderes do Estado e, por fim, a neutralidade necessita da predeterminação legal de sua competência, conforme vemos no trecho a seguir evidenciado:

> Esses três perfis da imparcialidade do juiz requerem *garantias orgânicas* que consistem do mesmo modo em *separações*: a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer sua separação institucional dos outros poderes do Estado e por outro lado a difusão da função judiciária entre sujeitos não dependentes um do outro; a neutralidade requer exclusivamente a sua separação de autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e a predeterminação exclusivamente legal das suas competências. É supérfluo acrescentar, por fim, que a imparcialidade, além das garantias institucionais que a suportam, forma um hábito intelectual e moral, não diverso do que deve presidir qualquer forma de pesquisa e conhecimento.[73]

Werner Goldschmidt, por sua vez, consigna que a justiça se baseia no dever de imparcialidade das pessoas que intervêm legalmente na resolução do litígio, ou seja, daqueles que não são partes em sentido material, já que, para estes, a parcialidade é

[71] FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 464.
[72] Ibid.
[73] FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 464-465.

condição essencial.[74]

Segundo o referido autor, o princípio da imparcialidade também abarca a análise do brocardo "Audiatur et altera pars", o qual deseja evitar uma parcialidade. Este brocardo diz respeito ao fato de que todo processo possui como objeto uma controvérsia e, por conseguinte, o dever de imparcialidade acima mencionado impõe que o julgador se aprofunde no conhecimento da controvérsia, o que supõe haver proporcionado o contraditório a ambas as partes.[75]

Goldschmidt complementa dizendo que o juiz que, ao contrário, não confere o contraditório a uma das partes, comete uma parcialidade, tendo em vista que não investigou senão a metade de tudo o que lhe incumbia indagar. Portanto, neste caso, uma resolução acertada só poderia ser obra do azar[76].

Mas não é só. Conferir *"audiencia"* a apenas uma das partes subverte a própria estrutura e lógica dialética do processo penal, de modo que o necessário diálogo proporcionado pelo contraditório transforma-se em um monólogo, pois o juiz se informa acerca da controvérsia sob um único ponto de vista.[77]

Acrescenta-se ainda o fato de que, além do contraditório, a imparcialidade possui uma inegável relação com a matéria probatória. Como dito anteriormente, o juiz que deixe de efetivar o contraditório para uma das partes torna-se parcial e, dessa maneira, essa perda de imparcialidade, mesmo que mínima, condiciona um resultado probatório diverso daquela que seria produzido. Dessa maneira, o juiz poderá desconsiderar as provas produzidas por uma das partes, deixando, por exemplo, de crer em um testemunho simplesmente porque durante a instrução já pensa que o depoente não tem razão.[78]

Por essa razão, compreende-se que a imparcialidade do juiz se encontra

[74] GOLDSCHIMDT, Werner**. La Imparcialidad Como Principio Básico Del Proceso (La Partialidad Y La Parcialidad)**. Disponível em <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf>. p. 4. Acesso em 10 de outubro de 2018.
[75] Ibid., p. 5.
[76] GOLDSCHIMDT, Werner. Op. cit., p. 6.
[77] Ibid., p. 8.
[78] FENOLL, Jordi Nieva. Op. cit., p. 165.

evidentemente comprometida quando ele dá sinais de que já decidiu a causa. Aury Lopes Jr. consigna que reside um gravíssimo problema nestes julgamentos *a priori* – no próprio sentido kantiano da palavra, de antes da experiência – pois a decisão é tomada de forma completamente apressada e precipitada, antes da integral cognição do feito, fulminando a própria dialética processual e seu obviamente necessário e interligado contraditório[79], de modo que "o processo penal transforma-se apenas em encenação inútil e simbólica"[80]

Neste sentido, importante ressaltar a advertência de Franco Cordero, que explica que em cenários como o acima narrado, em que o juiz já possui diversos pré-juízos, domina o *"primato dell'ipotesi sui fatti"*, o que gera um *"quadri mentali paranoidi"*[81]. Explicamos: o magistrado já tomou uma das hipóteses – normalmente a acusatória – como verdadeira e todo o resto do processo passa a ser apenas uma encenação para reforçar aquela decisão aprioristicamente tomada.

Dessa maneira, conclui-se que há uma rigorosa relação entre imparcialidade e contraditório, tendo em vista que se torna impossível assegurarmos a imparcialidade de um julgador que não se propõe a dar verdadeira efetividade ao contraditório, de modo que se rompe a própria estrutura dialética processual[82].

Entretanto, não basta que simplesmente se declare a imparcialidade, ou garantirmos ao juiz garantias que lhe assegurem a independência para que a imparcialidade seja assegurada. Faz-se necessário, acima de tudo, excluirmos de toda a relação processual o

---

[79] LOPES JR., Aury. Op. cit., 2017, p. 326.
[80] Ibid., p. 327.
[81] CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino, UTET, 1986, p. 51 *apud* LOPES JR., Aury. Op. cit., 2017, p. 327.
[82] À guisa de melhor esclarecimento acerca do que é a estrutura dialética do processo penal, mister ressaltarmos os ensinamentos de Eugenio Pacelli, *in verbis:* "Nesse passo, a estrutura dialética do processo, em perspectiva mais aristotélica (dialética), via da qual a contraditoriedade das relações humanas é inerente ao "ser das coisas", estará presente em qualquer questão submetida ao Judiciário. Aliás, também o Direito, no pós-positivismo, se caracteriza pela dialeticidade. A partir, então, de um pedido, que aparece por meio da ação de alguém, inicia-se o conhecimento acerca do objeto daquela pretensão (o autor que pretende submeter o interesse do réu ao seu). Aquele em face de quem se pede deverá, então, ser ouvido, em contraditório. E por uma série de motivos, que vão desde a incerteza quanto a pertinência, veracidade e existência concreta do conjunto de elementos fáticos e jurídicos que sustentariam a pretensão levada pelo autor ao Judiciário, até a definição e delimitação dos direitos subjetivos que eventualmente estejam em oposição - contradição de pretensões -, passando pela necessidade de observância do princípio da igualdade, pressuposto de legitimidade da arbitragem do conflito, na medida em que a imparcialidade (do árbitro ou daquele que decide) dependerá, objetivamente[1], da paridade simétrica da posição processual dos envolvidos." (PACELLI, Eugenio. **O processo penal como dialética da incerteza**. Disponível em <https://eugeniopacelli.com.br/o-processo-penal-como-dialetica-da-incerteza/>. Acesso em 12 out. 2018.

juiz que se ache em cenários que possam gerar dúvida ou suspeita de sua parcialidade e, como anteriormente dito, um destes mecanismos é a garantia do juiz natural.[83]

Como já exaustivamente dito, a garantia do juiz natural, em uma primeira aproximação, é considerada como o direito a um juiz instituído anteriormente à prática do fato supostamente criminoso, cuja competência para julgar o processo segue critérios constitucionais e legais, prévios e taxativos, em vigor no momento da prática da conduta e, além disso, esta garantia encontra-se teleologicamente direcionada para assegurar a imparcialidade do julgador.[84]

Para tanto, deve se questionar e investigar aquilo que torna o juiz parcial. Caso não seja possível sabermos exatamente o que é ser um juiz imparcial, é possível identificarmos situações em que podemos desconfiar da parcialidade do julgador. Nesse sentido, cabe ao legislador prever estas hipóteses e desautorizar a atuação do juiz quando elas ocorrerem[85]. Nestes casos, como observa Ladrón de Guevara, "la ley no excluye al Juez porque sea parcial, sino porque puede temerse que lo sea"[86].

Assim sendo, o Código de Processo Penal consagra hipóteses de impedimento do juiz no art. 252[87], de modo que este não poderá exercer jurisdição caso se enquadre em uma das hipóteses previstas nos incisos do referido artigo. Além disso, o art. 254[88] do

[83] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 34.
[84] Ibid., p. 35-36.
[85] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 38.
[86] LADRÓN DE GUERAVA, Juan Burgos. **El juez ordinário predeterminado por la ley**. Madrid: Civitas, 1990 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, nota de rodapé nº 47.
[87] 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.
[88] 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;
Vl - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

mesmo diploma legal garante às partes a possibilidade de recusar o juiz que possa oferecer dúvidas acerca de sua parcialidade, ou seja, o juiz suspeito.

Entretanto, como se verá mais adiante, essas hipóteses de impedimento e suspeição não abrangem os problemas relacionados à imparcialidade objetiva do juiz, na medida em que, nesse sentido objetivo, a imparcialidade não está atrelada "à efetiva existência de alguma conduta do juiz, tampouco de sua relação com as partes, mas à verificação dos fatos que possam macular a confiança que as partes nele legitimamente depositem."[89]

Desta feita, inexoravelmente ligado a isso está o fato do juiz ter contato inicial com os argumentos da acusação e dos elementos de informação do inquérito policial sem submetê-los ao contraditório, o que implica na formação *a priori* do seu convencimento e o obstáculo do magistrado de se desvencilhar dessa cognição inicial.[90]

Cumpre ressaltar que diferentemente do ordenamento jurídico pátrio há, no direito espanhol, uma causa de recusa do juiz, prevista no número 11 do artigo 219 da Lei Orgânica do Poder Judiciário, segundo a qual "haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia." Jordi Nieva Fenoll explica que a referida causa de recusa existe pois, uma vez formada convicção sobre um assunto, é dificílimo mudarmos de opinião, senão vejamos:

> Es decir, que una vez que se ha formado criterio sobre un asunto, es dificilísimo cambiar de opinión y, de hecho, todos los nuevos datos que puedan venir sobre el caso concreto, nuestra mente los suele reinterpretar de manera que reafirmen la opinión inicial. Lo cual conduce, evidentemente, a un juicio erróneo.[91]

Além disso, imperioso realizar uma necessária diferenciação entre imparcialidade e neutralidade, pois aquela não se confunde com esta já que, como sabemos, o magistrado não está imune ao seu inconsciente, justamente por definir-se como um "ser-no-mundo"[92], sendo impossível desprender-se de toda sua carga subjetiva na sua função de julgar.

[89] SANTORO, Antonio E. R. *et al*. Op. cit., p.13.
[90] Ibid.
[91] FENOLL, Jordi Nieva. Op. cit., p. 167.
[92] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 51.

Essa concepção de que o juiz deveria afastar-se de sua carga de subjetividade quando da prolação de uma decisão judicial é fruto de um ideário cartesiano, definido pela polarização entre "bom x mau, do certo x errado e, consequentemente, da razão x emoção." Cumpre ressaltar, inclusive, que na obra o "Erro de Descartes", chegou-se à conclusão de que a busca pela neutralidade pautada por uma inexistência de sentimento pode embaraçar a neutralidade, pois "a perda da capacidade de uso de emoção corresponde a uma perda equivalente na capacidade de se empregar o raciocínio e de serem tomadas decisões de forma eficaz."[93]

André Machado Maya sintetiza que este ideal da atividade jurisdicional como neutra não demorou a ser questionado, tendo em vista a patente incompatibilidade entre "a racionalidade e o formalismo extremo e o ideal de Justiça." Assim sendo, a regra da neutralidade passou a ser compreendida como um entrave à realização da Justiça, entendida como o objetivo principal da prestação jurisdicional.

Além disso, Maya afirma que o americano Jerome Frank, assentado neste mesmo pressuposto, disse que as normas jurídicas apenas constituem um dos componentes que formam a decisão judicial, existindo, ao lado destas, a personalidade do juiz, a qual é formada pelos mais variados aspectos pessoais - como vínculos familiares, valores morais e educação - e sociais –consubstanciados na posição social, opinião política, vivência jurídica, etc. Ademais, segundo o autor americano, "os juízes valem-se de sua intuição e de seus sentimentos para escolher as premissas jurídicas que embasarão sua sentença, em um exercício pautado pela personalidade de cada magistrado."[94]

Outrossim, sabemos que julgar é ato que engloba uma cognição e uma decisão. A atividade cognitiva implica necessariamente em interpretar, o que introduz todas as experiências pessoais no próprio objeto, fato ou enunciado que está sendo conhecido. Portanto, "é um ato valorativo e subjetivo[95]." Por isso, inegável é o monte de subjetividade inerente a todo julgador que profere uma decisão –a qual não deixa de ser

[93] DE OLIVEIRA, Daniel Kessler. **Razão e Emoção no Ato de Julgar: As Contaminações do Julgador e seus Pré-Julgamentos na Fase de Investigação Preliminar.** Trabalho publicado nos Anais do Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais, realizado no Rio Grande do Sul em 2012. Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/26.pdf>. Acesso em 13 out. 2018.
[94] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 50.
[95] SANTORO, Antonio E. R. *et al*. Op. cit., p. 5.

um ato valorativo. Portanto, tendo ciência da inevitável coexistência entre subjetividade e razão, o debate deve focar nos limites e efeitos dessa relação, e não mais da existência desta.[96]

Portanto, verificamos que a imparcialidade está tanto relacionada com a inexistência de interesse do julgador no resultado da demanda, como também a ausência de pré-julgamentos por parte do julgador. Em síntese, Geraldo Prado assevera que a própria ideia fundante do juiz natural e da imparcialidade impõe o alheamento do julgar, bem como a carência de pré-juízos sobre o objeto do processo, senão vejamos:

> A posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se na idéia reitora do princípio do juiz natural — garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição — que consiste na combinação de exigência da prévia determinação das regras do jogo (reserva legal peculiar ao devido processo legal) e da imparcialidade do juiz, tomada a expressão no sentido estrito de estarem seguras as partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido *a priori* a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõe durante o processo.[97]

Dessa forma, notamos que a característica principal de julgar é a própria subjetividade e, portanto, esta não pode ser afastada do julgador; exigir uma neutralidade deste implicaria romper com a sua própria natureza humana. Porém, ressaltamos que o método do ato de julgar demanda primeiro conhecer para apenas depois decidir, o que pressupõe não se encontrar a pessoa investida de jurisdição previamente vinculada à uma das partes, tampouco com algum *"pré-juízo"* formado.[98]

Nesta seara, temos que a necessidade de termos a certeza da predeterminação do juiz que irá julgar o caso torna-se ainda mais clara quando percebemos que existem diferenças impossíveis de serem dirimidas de um julgador para outro. Essas heterogeneidades, decorrentes da história de vida de cada um, das concepções políticas e de todo um contexto socioeconômico a que cada julgador está submetido, influenciam na forma como a lei é interpretada.[99]

Sendo assim, em um regime em que o juiz fosse apenas um autômato aplicador da

[96] DE OLIVEIRA, Daniel Kessler. Op. cit.
[97] PRADO, Geraldo. Op. cit., 2005, p. 179.
[98] Ibid.
[99] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 38.

lei seguindo regras puras e lógicas, de maneira completamente uniformizada, a garantia do juiz natural perderia muito de seu sentido, pois todos os juízes seriam tão somente "a bouche de la loi"[100], o que acarretaria em uma "fungibilidade dos juízes"[101]. E justamente por isso explica Romboli:

> Il giudice, nell'interpretare la fattispecie astratta prevista dalla legge per rapportar al caso concreto, non o opera come meccanico applicatore dela legge, ma svolge giudizi di valore che lo portano a scegliere uma anziché l'altra dele interpretazioni possibili e sui quali non può non influire la posizione politica generale, la 'visione del mondo', própria del singolo magistrato.[102]

Neste mesmo sentido, Luís Gustavo Grandinetti afirma que não podemos interditar ao intérprete da lei o acesso às suas convicções morais porque mesmo o Direito não é algo que se distingue da moral e integra a moralidade política – de acordo com o interpretativismo de Dworkin -, o que indica que os juízes devem perseguir uma estabilidade interpretativa "entre a estrutura jurídica e os princípios gerais que justifiquem essa estrutura." Para alcançarem essa estabilidade interpretativa, o autor afirma que os magistrados devem não só olharem para os casos particulares, como também devem contemplar outras áreas do direito, "nelas incluindo princípios abstratos de moralidade política, pois faz parte de seus misteres submeter os dilemas morais a sua própria consciência."[103]

Por fim, a neutralidade, entendida como uma ausência total de valores e de ideologias, mostra-se uma utopia, um atributo inatingível face a essência do julgador, ser humanos constituído de razão e emoção, e cujo psiquismo se estrutura, conforme aponta Freud, pela junção de três fatores distintos: "os hereditários-constitucionais, as antigas experiências emocionais e as experiências traumáticas da vida real contemporânea, esta última responsável pelas influências que os meios social e cultural exercem sobre a

---

[100] Calamandrei lembra que "quando se diz que no sistema da legalidade o juiz não é senão um intérprete da lei, isso não significa que ele seja um 'porta-voz inanimado e mecânico da lei, a 'bouche de la loi', como queria Montesquieu: ao contrário, a lei, mesmo a mais precisa e a mais minuciosa, deixa ao juiz, não só na reconstrução do fato, mas também na pesquisa da relação entre o fato e o preceito jurídico, um certo âmbito de movimento e de escolha, no qual o juiz não só pode, mas deve buscar a resposta, mais que na lei, na sua consciência." (CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia.** Opere Giuridiche. Napoli: Morano, 1965, vol. 1, p. 606 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 40.)

[101] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 39.

[102] ROMBOLI, Roberto. **Il giudice naturale**. Studi sul significato e la portata del princípio nell'ordinamento costituzionale italiano. Milano: Giuffré, 1981. p. 130 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. 38, nota de rodapé nº 50.

[103]

estruturação psíquica de qualquer pessoa."[104]

Assim, temos que o magistrado é um ser humano e, devido a isto, irá se sensibilizar com alguns casos e poderá ter uma relação diferenciada com determinadas situações, sendo exatamente através destes laços afetivos que o julgador "tem uma excelente oportunidade para elaborar os seus conteúdos inconscientes."[105]

1.3.O Juiz Natural na Constituição Federal de 1988.

Após o fim do regime militar e a volta da ordem democrática no Brasil, houve a promulgação da Constituição de 1988, também denominada "Constituição Cidadã". Nela, a garantia do juiz natural tornou a ter previsão em seu duplo aspecto: o positivo, definido pela certificação do juiz competente, como também o negativo, consubstanciado na vedação da criação de tribunais de exceção.[106]

Além disso, ao fazermos um comparativo com as Constituições anteriores, temos que a CF/88 foi além das previsões anteriores, pois assegurou de forma mais ampla a garantia do juiz natural, uma vez que não só asseverou o julgamento pela autoridade competente, mas sim que ninguém será sentenciado nem processado senão pela autoridade competente.

Como dito anteriormente, a vedação da criação de tribunais de exceção, prevista no inciso XXXVII do art. 5º da Constituição[107] constitui o aspecto negativo do juiz natural. Entretanto, para melhor compreendermos o que significa este aspecto negativo, imperioso analisarmos a faceta positiva desta mesma garantia, que consiste no direito ao julgamento por um juiz competente segundo as normas de competência vigentes no tempo da prática do suposto fato criminoso.

---

[104] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 53.
[105] DE OLIVEIRA, Daniel Kessler. Op. cit.
[106] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 124.
[107] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html).

A Constituição ao vedar a criação de tribunais extraordinários pretende impedir que o julgamento seja conduzido por órgãos que não estejam previamente instituídos na organização judiciária. Por sua vez, o direito ao juiz competente e predeterminado por lei está relacionado à distribuição da competência entre os órgãos que já estão devidamente inseridos na organização judiciária através de uma norma constitucional. Dessa forma, temos que o traço distintivo entre os aspectos do juiz natural é a existência ou não de investidura válida, posto que "o inc. XXXVII do art. 5º diz respeito à *investidura*, e o inc. LIII do mesmo artigo tem por objeto a *competência* (que pressupõe a investidura)."[108]

Justamente por isso que, ao tratar da faceta negativa do juiz natural insculpida no inciso XXXVII do art. 5º da Constituição, devemos obrigatoriamente relacioná-lo com o art. 92, *caput*, CF/88, tendo em vista que esta norma estabelece os órgãos integrantes do Poder Judiciário. Sendo assim, temos que todos os órgãos ali elencados são constitucionalmente constituídos e, portanto, não constituem tribunais de exceção. Desta feita, uma lei que preveja a competência de um destes órgãos para julgar uma causa não estará instituindo um tribunal de exceção, eis que não está sendo criado um tribunal fora da organização do Poder Judiciário, muito menos um tribunal extraordinário *ex post factum.*[109]

Assim sendo, percebe-se que o aspecto negativo do juiz natural visa assegurar a própria integridade do Poder Judiciário ao vedar o estabelecimento de tribunais de exceção. Como bem aponta Gustavo Badaró, uma disposição infraconstitucional que tenha por finalidade atribuir o julgamento de um processo a um órgão que não esteja constitucionalmente previsto como integrante do Poder Judiciário "estará dando poder de julgar para quem a Constituição não previu e, portanto, que não poderá ser investido da função jurisdicional."[110]

A fim de melhor compreender o que se caracteriza como um tribunal de exceção, devemos nos incumbir de apontar s principais características destes apontadas pela doutrina. Elas são: a criação de um órgão *ex post factum*, não constituinte das estruturais usuais do Poder Judiciário, qualidades particulares para julgar um caso anterior;

[108] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 125-126.
[109] Ibid., p. 126
[110] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 128.

atribuição de competência baseada em critérios não só específicos, como também discriminatórios (religião, raça, ideologia, orientação sexual); procedimento célere e sem direito a interpor recurso; existência finita e, por fim, completa inobservância dos critérios regulares e gerais para investidura dos juízes e sem que sua independência seja assegurada. Entretanto, esclarecemos que os tribunais instituídos com o intuito de julgar apenas uma pessoa ou um grupo (*ad personam)* também constituem verdadeiros tribunais de exceção, mesmo que para eventos futuros.[111]

Notadamente, percebe-se que a instituição de tribunais de exceção é prática contumaz de estados totalitários, os quais, com o claro objeto de fazer com que o julgamento atenda seus interesses, investem de jurisdição juízes extraordinários completamente descompromissados com a imparcialidade, já que as garantias e direitos de todos os cidadãos não passam de mera folha de papel, uma vez que "a matriz, todavia, é sempre fascista e (...) não permite a efetivação necessária da Constituição da República, dado colocar um véu sobre a democracia."[112] Já nos Estados Democráticos de Direito, em tempos de normalidade institucional, é praticamente impossível pensarmos na criação destes tribunais, de modo que dificilmente esta garantia precisará ser invocada.[113]

Nesta seara, destaca-se o papel do Supremo Tribunal Federal, que sempre conferiu elevada importância ao aspecto negativo de vedação de criação de tribunais de exceção da garantia do juiz natural, tendo em vista que esta Corte já assentou sua jurisprudência[114]

---

[111] Ibid., p.128-129.
[112] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 172.
[113] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 132-133.
[114] Julgado paradigmático neste sentido foi a Ext. 524/República do Paraguai, de relatoria do Min. Celso de Mello, e cujo trecho pertinente ementa transcrevemos a seguir:
"(...) A PERSPECTIVA - INOCORRENTE NO CASO CONCRETO - DE SUBMISSÃO DO EXTRADITANDO A TRIBUNAL DE EXCEÇÃO, QUALQUER QUE SEJA A NOÇÃO CONCEITUAL QUE SE LHE ATRIBUA, VEDA, DE MODO ABSOLUTO, A POSSIBILIDADEDE DEFERIMENTO DO PEDIDO EXTRADICIONAL. A NOÇÃO DE TRIBUNAL DE EXCEÇÃO ADMITE, PARA ESSE EFEITO, CONFIGURAÇÃO CONCEITUAL MAIS AMPLA. ALÉM DE ABRANGER ÓRGÃOS ESTATAIS CRIADOS EX POST FACTO, ESPECIALMENTE INSTITUIDOS PARA O JULGAMENTO DE DETERMINADAS PESSOAS OU DE CERTAS INFRAÇÕES PENAIS, COM EVIDENTE OFENSA AO PRINCÍPIO DA NATURALIDADE DO JUÍZO, TAMBÉM COMPREENDE OS TRIBUNAIS REGULARES, DESDE QUE CARACTERIZADA, EM TAL HIPÓTESE, A SUPRESSAO, EM DESFAVOR DO RÉU, DE QUALQUER DAS GARANTIAS INERENTES AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A POSSIBILIDADE DE PRIVAÇÃO, EM JUÍZO PENAL, DO DUE PROCESS OF LAW, NOS MULTIPLOS CONTORNOS EM QUE SE DESENVOLVE ESSE PRINCÍPIO ASSEGURADOR DOS DIREITOS E DA PROPRIA LIBERDADE DO ACUSADO - GARANTIA DE AMPLA DEFESA, GARANTIA DO CONTRADITORIO, IGUALDADE ENTRE AS PARTES PERANTE O JUIZ NATURAL E GARANTIA DE IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO PROCESSANTE - IMPEDE O VALIDO DEFERIMENTO DO PEDIDO EXTRADICIONAL. (BRASIL.

no sentido de negar extradições nos casos em que o extraditado, em seu país de origem, teria não só o direito ao juiz natural negado, como também outras garantias correlatas ao devido processo legal.

Apesar da vedação da criação de tribunais de exceção ser historicamente compreendida como o aspecto negativo da garantia do juiz natural, pois impede o julgamento por um órgão extraordinário, compreende-se que este impedimento, do ponto de vista daqueles que exercem os poderes e pretendem obter um julgamento parcial, traduz-se em um "instrumento positivo", tendo em vista que estorva "o julgamento de um fato específico ou de um conjunto de fatos, para um órgão escolhido e moldado para decidir num sentido previamente determinado."[115]

Entretanto, existem maneiras distintas da criação de tribunais de exceção a fim de que seja afastado o juízo predeterminado e imparcial, sobrepondo-o por um magistrado previamente alinhado com interesses particulares. Conforme aduz Gustavo Badaró, a principal maneira é através da mudança das regras de competência após a ocorrência do fato supostamente delituoso. Confira-se:

> Uma destas maneiras é, depois da prática do fato, e quando já se sabe qual será o juiz competente, segundo as regras vigentes no momento do delito, modificar a lei, alterando o critério de competência ou o fator de coligamento. Certamente, tal mecanismo será tanto mais eficaz quanto menos complexa for a organização judiciária.[116]

E é justamente por isso que as facetas positiva e negativa da garantia do juiz natural – consistentes, respectivamente, na vedação da criação de tribunais de exceção (art. 5º, inciso XXXVII, CF) e na garantia do juiz competente (art. 5º, inciso LIII, CF) - devem necessariamente serem analisadas em conjunto. Apenas o funcionamento em conjunto de ambos esses aspectos poderá assegurar a todos os indivíduos o escopo completo do juiz natural, qual seja: o julgamento por um órgão integrante do Poder Judiciário com a competência determinada por lei anterior ao fato.[117]

Supremo Tribunal Federal. Extradição. Ext nº 524/República do Paraguai, Brasília, DF, 31 de outubro de 1990.)

[115] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 134.

[116] Ibid., p. 136.

[117] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 138.

Desta feita, passemos à análise do aspecto positivo do juiz natural constante em nossa Constituição. Como exaustivamente afirmado, esta faceta exprime-se no direito que possuímos de sermos julgados por um órgão jurisdicional competente e determinado por lei.

Em um primeiro momento, devemos considerar que uma interpretação literal deste aspecto - no sentido de considerar que o intuito da Constituição foi o de tão somente assegurar o direito a um julgamento por uma autoridade competente – seria extremamente reducionista, uma vez que o inciso XXXVII do art. 5º, ainda que possua redação diversa do inciso LIII do mesmo artigo, veda a criação de tribunais extraordinários e, por isso, também exprime esse mesmo direito, o que levaria à uma duplicação de garantias na Carta de 1988.[118]

Além disso, outra ótica equivocada e reduzida que paira sobre esta garantia é a de que o juiz natural é apenas o juiz constitucionalmente competente, pois essa visão limita a garantia ao juiz competente aos critérios de competência estabelecidos na Constituição. Entretanto, é de comezinha sabença que os dispositivos constitucionais não esgotam o processo de concretização da competência, tendo em vista que existem outros critérios de competência previstos tanto em leis ordinárias quanto em leis de organização judiciária.[119]

Como indica Gustavo Badaró, a posição evidenciada no parágrafo anterior é oriunda de uma interpretação errônea de conceitos expostos pelo saudoso José Frederico Marques, que afirmou que somente órgão previsto na Constituição da República poderia exercer a jurisdição, e isso caracterizaria o princípio do juiz natural ou juiz constitucional. Desta forma, somente consideraríamos investido de jurisdição apenas o juiz ou tribunal que encontrar-se previsto em norma constitucional. Porém, caso o espírito do legislador constituinte fosse tão somente assegurar o julgamento pelo juiz constitucionalmente competente, ou seja, "aquele cuja competência derive de fontes constitucionais", certamente o teria expressamente dito. Interpretar o dispositivo constitucional em comento dessa maneira seria criar uma "restrição indevida a direito fundamental, que não foi prevista pela Constituição, nem encontra justificativa diante de qualquer outro direito

[118] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 147-148.
[119] Ibid. p. 149.

fundamental."[120]

Conforme ressaltado anteriormente, o processo de concretização da competência somente encontra-se exaurido quando tanto os critérios constitucionais quanto os infraconstitucionais de definição de competência operem no caso concreto, eis que a competência jurisdicional está definida não só na Carta Constitucional, como também nas Constituições estaduais, nas leis ordinárias e nas leis de organização judiciária. Assim sendo, como a Constituição garante o processamento e julgamento pela autoridade competente, a garantia do juiz natural só está plenamente observada quando todas as normas de competência são respeitadas. Para melhor ilustração, confira-se o pertinente comentário de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sobre a temática:

> Parte considerável da nossa doutrina – e a reboque a jurisprudência -, no entanto, quiçá por não se dar conta da situação, mormente após a definição constitucional, continua insistindo que a matéria referente à competência não tem aplicação no princípio em discussão. Em verdade, o que se está a negar, aqui, é a própria CF, empeçando-se a sua efetivação.
> A questão há de ser discutida, então, a partir do que vem a ser juízo competente. A *competência* (material, territorial ou funcional, na clássica visão de Chiovenda) *é sempre matéria de lei*, a começar pela Constituição da República e até os últimos atos da hierarquia legal. Neste sentido, o juízo competente vem delimitado – em consonância com a CF – pelo CPP, a partir do art. 69.[121]

Reitera-se: é equivocada a ideia de que o juiz natural é o juiz constitucionalmente competente[122]. É insuficiente a observância apenas às regras constitucionais de fixação de competência para se definir o juiz natural da causa. Inclusive, cumpre ressaltar que a Constituição se preocupa apenas em definir os critérios de competência de forma genérica e abrangente, voltados para as etapas iniciais de definição da competência, como os casos em que a competência será originária dos Tribunais, bem como especificando as matérias

[120] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 151-152.
[121] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 173.
[122] Maria Lúcia Karam (KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 49) advoga em sentido contrário, defendendo que juiz natural é o juiz constitucionalmente competente. Senão vejamos: "Ao conceituar o órgão jurisdicional pré-constituído como sendo aquele cuja competência resulta, no momento do fato, de determinadas obras abstratas já existentes, há que se entender, portanto, que essa competência resultante de normas abstratas é estabelecida em regras constitucionais, não abrangendo, a princípio, a competência delimitada e atribuída por regras constantes da legislação infraconstitucional, no que se referem à simples divisão do trabalho entre os diversos órgãos jurisdicionais cujo âmbito de atuação decorre da distribuição de competências constitucionalmente estabelecida, adquirindo, porém, tais regras infraconstitucionais, relevância para a identificação da presença no processo do juiz natural quando diretamente relacionadas com a proibição da escolha de um órgão especial (e, portanto, de exceção) para conhecer e decidir sobre determinada causa."

de competência das Justiças Estadual e Federal.[123]

Portanto, extremamente necessária é a determinação em concreto do juiz o tribunal competente para conhecimento e decisão de um caso penal, questão que não pode ser respondida de maneira simples. Por isso, Coutinho afirma que devemos formular três perguntas estruturalmente diferentes, de modo que possamos determinar as competências material, territorial e funcional. A competência material diz respeito à natureza do delito, enquanto a territorial está relacionada ao local de consumação do crime ou último ato executório nos casos de tentativa e, por fim, a funcional está relacionada à função jurisdicional a ser desempenhada pelos tribunais segundo a sua categoria.[124]

Ademais, ainda versando sobre competência, Coutinho afirma que ela deve ser observada em um "tríplice significado", a seguir pormenorizados:

> 1º) no plano da fonte (só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência); 2º) no plano temporal (a fixação do juiz e da sua competência devem ser estabelecidas por lei vigente já ao tempo em que foi praticado o crime do qual o caso penal será conteúdo do processo; 3º) plano da competência (a lei, anterior ao crime, deve prever taxativamente a competência, de modo a impedir os chamados Tribunais *ad hoc* e, portanto, as ditas *jurisdições de exceção*). Grifos do autor.[125]

De antemão, analisa-se que o juiz natural, no viés de juiz competente –também denominado de visão estática da garantia em evidência-, deve ser o juiz que, de acordo com todos os critérios de definição de competência, possua legitimidade para julgar o caso concreto. Dessa forma, segundo o magistério de Coutinho anteriormente mencionado, o juiz natural é aquele que é material, formal e funcionalmente competente de acordo com as normas constantes tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional. Sendo assim, "é, pois, o juiz determinado segundo todos os critérios e todas as fontes normativas."[126]

Para além da visão estática, deve ser analisado o juiz natural também sob o ponto de vista dinâmico, ou seja, durante o curso processual, mormente no tocante à sucessão das leis processuais penais no tempo que tenham por objeto a alteração de competência

[123] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 153.
[124] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 174.
[125] Ibid.
[126] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 157.

estabelecida por lei anterior. É óbvio que o legislador pode, a qualquer tempo, editar lei criar critérios de competência, bem como alterar critérios previamente estabelecidos, pois a própria Constituição demanda que o juiz competente seja determinado por lei. Entretanto, devemos definir se a norma criadora ou alteradora de competência passa a incidir imediatamente sobre os processos em curso e naqueles processos que ainda não vieram a ser instaurados, mas que o fato delituoso deu-se antes de sua vigência.[127]

Conforme leciona Gustavo Badaró, a garantia do juiz natural deve ser interpretada como uma norma substancial, que reforça o princípio da legalidade, além de prescrever ao legislador a obrigação de regular a competência do juiz, senão vejamos:

> (...) a garantia do juiz natural deve ser considerada como 'norma substancial', que confere um caráter reforçado do princípio da legalidade e prescreve para o legislador o dever de regular a competência do juiz, sem poder fazer retroagir a disciplina da nova lei a fatos ocorridos antes do início de vigência da lei que modifique a distribuição de competência. Há, pois, do lado do legislador, uma obrigação de estabelecer a competência do juiz *pro futuro*. Por outro lado, do ponto de vista do cidadão, há o direito de saber, no dia em que comete o delito, diante de qual órgão jurisdicional será chamado pra ser julgado. Grifo do autor.[128]

Ante o exposto, não reconhecer que, embora não tenha dito expressamente, a Constituição brasileira, em seu art. 5º, inciso LIII, estabelece que a autoridade competente deva ser também anteriormente estabelecida por lei, "é negar a origem histórica da garantia e ignorar a incorporação dos direitos assegurados nos tratados de direitos humanos, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos."[129]

Mas não é só. A norma insculpida no art. 5º, inciso LIII de nossa Carta Republicana também implica em uma regra de direito intertemporal em matéria de competência, uma vez que não apenas assegura o juiz competente, mas o juiz competente definido por lei anterior.

Admitir a mudança de competência depois de fixá-la importaria em violar a garantia do juiz natural, seja para beneficiar alguns, seja para prejudicar outros. Coutinho assevera certeiramente que a nossa matriz é sempre fascista, o que impede a necessária efetivação

[127] Ibid., p.158.
[128] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p.158-161.
[129] Ibid., p. 163.

da Constituição, dado que sempre é posto um véu sobre a democracia.[130] E o referido autor vai além, aduzindo que "o problema é que, para se fazer efetiva a regra constitucional, há que pagar um preço, o preço da democracia. Mas não é isso que se quer; ou faz; pelo menos em relação àquelas regras não muito interessantes ao intérprete."[131]

Assim sendo, seja por se entender pela eficácia irrestrita da garantia da irretroatividade das leis penais, seja por compreendermos que a própria garantia do juiz natural exige o processamento e julgamento por um juiz competente predeterminado por lei anterior ao crime, inarredável chegarmos à conclusão que permitir que leis sobre competência pudessem reger, sob a luz do *tempus regit actum*, a qualquer tempo em processos penais que visem apurar crimes supostamente praticados antes do início de sua vigência.[132] Dessa maneira, "no processo penal a predeterminação legal do juiz deve ter por marco cronológico o momento do cometimento do fato a ser julgado, perfeitamente delimitado e individualizado desde sua ocorrência."[133]

1.4.O Juiz Natural no Pacto de São José da Costa Rica.

O Pacto de São José de Costa Rica (também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos) prevê em seu art. 8.1[134], entre outras garantias judiciais, que toda pessoa tem direito a ser ouvida por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, definido anteriormente por lei.

Desta feita, percebe-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos assegura de forma expressa tanto o aspecto formal do juiz natural - consubstanciado na expressão "juiz ou Tribunal competente" – quanto o aspecto material, caracterizado pela definição anterior por meio legal do juízo competente.[135]

---

[130] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 172.
[131] Ibid., p. 175.
[132] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 165-166.
[133] Ibid., p. 175.
[134] Art. 8.1. Toda pessoa tem direito a 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. (BRASIL. *Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 nov. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em 14 out. 2018
[135] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 84.

Neste sentido, por prever expressamente tanto o aspecto formal quanto o material do juiz natural, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner afirma que o Pacto de São José da Costa Rica possui uma previsão mais abrangente do que aquela constante em nossa Constituição, pois a Convenção Americana de Direitos Humanos exige que o juízo competente seja estabelecido com anterioridade, implicando na impossibilidade de alteração da competência para tribunais ou juízos constituídos posteriormente à prática do delito.[136]

Para se entender a aplicabilidade e abrangência dos dispositivos contidos no Pacto de São José da Costa Rica, mister consultarmos a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já se debruçou sobre diversos casos de violação ao direito a um juiz competente definido previamente por lei, ofensa esta normalmente concernente à desobediência ao direito ao juiz independente e imparcial.[137]

No caso *Castillo Petruzzi*, o colegiado da Corte julgou diversas violações às garantias processuais, dentre elas o direito a um juiz competente, independente e imparcial. Tratou-se de uma acusação em face dos cidadãos chilenos Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, Lautaro Enrique Mellado Saavedra, María Concepción Pincheira Sáez y Alejandro Luis Astorga Valdez, por meio da qual fora imputado a estes o delito de traição à pátria peruana, apesar de serem chilenos. A instrução processual penal deu-se perante a jurisdição militar, tendo o processo sido conduzido por juízes "sem rosto".[138]

Os acusados tiveram diversos cerceamentos à ampla defesa durante a instrução e, inclusive, impetraram diversos *habeas corpus*, sendo a ordem denegada em todos. Quando da sentença, todos foram condenados à pena de prisão perpétua pela prática do crime de traição à pátria, tendo em vista que integravam o Movimiento Revolucionario Tupac Amaru ("MRTA").[139]

---

[136] Ibid., p. 85, nota de rodapé nº 198.
[137] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit**.**, 2014, p. 85.
[138] AMÉRICA (Continente). CIDH, **Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru**, sentença de 30.05.1999, §1º. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>. Acesso em 14 out. 2018.
[139] Ibid., §§1º-15º.

Após analisar o caso, a Comissão o enviou a Corte, que condenou o Peru por diversas violações ao Pacto de São José da Costa Rica. No que tange ao direito ao juiz competente, a Corte decidiu que a jurisdição militar não é naturalmente aplicável aos civis que não dispõe de funções militares e, sendo assim, não podem incorrer em condutas contrárias a deveres funcionais deste caráter. A Corte foi enfática ao dizer que quando a justiça militar assume a competência sobre um assunto que é de competência da justiça comum, está violado o direito ao juiz natural e o devido processo legal.[140]

Além disso, a Corte considerou que o direito a um juiz imparcial também restou afrontado, uma vez que os encarregados pelo conhecimento e julgamento foram os mesmos que são encarregados de realizar o combate contra grupos insurgentes, ou seja, as próprias forças armadas peruanas.

Por outro lado, este órgão também entendeu estar ultrajado o direito ao juiz independente, uma vez que

> de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.[141]

De igual modo, importante evidenciar a sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no igualmente paradigmático caso *Baruch Ivcher*, por meio do qual a Corte novamente debateu acerca da aplicabilidade e abrangência do direito ao julgamento por um juiz imparcial, independente e cuja competência esteja previamente delimitada.

Com o intuito de melhor compreender o processo judicial, devemos realizar uma breve exposição dos fatos que cingem o referido procedimento. O *Sr. Baruch Ivcher Bronstein* nasceu em Israel e posteriormente adquiriu a nacionalidade peruana por naturalização, o que lhe permitiu ser acionista majoritário de um canal de televisão no

[140] AMÉRICA (Continente). CIDH, Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru. Op. cit., §128.
[141] Ibid., §130.

Peru, tendo em vista que a legislação deste país exige a cidadania peruana para exercer cargos de diretoria em empresa de radiodifusão.[142]

Entretanto, o referido canal televisivo começou a transmitir reportagens que denunciavam graves violações de direitos humanos e corrupção no governo do então Presidente Alberto Fujimori, o que levou ao Poder Executivo a tornar sem efeito o título de nacionalidade peruana do *Sr. Baruch Ivcher*, com o claro intuito de retirá-lo do conselho editorial do mencionado canal de televisão, a fim de cercear sua liberdade de expressão.[143]

Ademais, e o que é de maior relevância para o presente estudo, apenas algumas semanas antes da publicação da resolução que anulou a cidadania do *Sr. Baruch Ivcher*, o Comitê Executivo do Poder Judiciário modificou a composição da Câmara Constitucional e Social da Suprema Corte de Justiça, além de garantir o poder de criar Salas Superiores e Julgados Especializados em Direito Público, outorgando a estas salas o poder de designar ou ratificar seus integrantes, o que ocorreu efetivamente dois dias depois, tendo sido indicado o *Sr. Percy Escobar*, o qual já havia apreciado, na condição de juiz, diversos recursos apresentados pelo *Sr. Baruch Ivcher* na defesa de seus direitos como acionista da companhia.[144]

Desta maneira, a Corte considerou que o Estado, ao criar Salas e Julgados Transitórios em Direito Público, além de designar juízes que os integrem, depois de já praticado o fato *sub judice*, não garantiu o direito de ser ouvido por juízes ou tribunais estabelecidos com anterioridade pela lei, conforme dispõe o art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica[145]. Gustavo Badaró assevera que este julgado é relevante "na medida em que analisa o aspecto da pré-constituição do juiz natural, isto é, a necessidade de que o juiz natural seja o juiz competente segundo regras legais preexistentes. Tal julgado é particularmente importante na medida em que (...) a Constituição brasileira não assegura, expressamente, tal aspecto da garantia do juiz natural."[146]

---

[142] AMÉRICA (Continente). CIDH, **Caso Baruch Ivcher vs. Peru**, sentença de 06.02.2001. §3º Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_74_ing.pdf>. Acesso em 16 out. 2018.
[143] Ibid.
[144] AMÉRICA (Continente). CIDH, Caso Baruch Ivcher vs. Peru. Op. cit., §113.
[145] Ibid.., §114.
[146] BADARÓ, Gustavo Henrique (ANO). Op. cit., Juiz Natural no Processo Penal... p. 88.

1.5.Juiz Natural: Direito ou Garantia?

Como explicitado anteriormente, em um cenário em que desejamos identificar e garantir um conjunto de direitos, assume especial relevância o direito ou garantia à um juiz imparcial. A imparcialidade do magistrado é essencial para os métodos de heterocomposição dos conflitos e de aplicação do *ius puniendi* estatal. O processo penal não há razão de ser se, ao ato final do exercício do poder estatal, a decisão derradeira não for prolatada por um juiz suprapartes, ou seja, um sujeito imparcial[147].

Entretanto, antes de nos aprofundarmos na temática, imperioso esclarecermos se, no ordenamento jurídico brasileiro, o Juiz Natural é entendido como um direito ou uma garantia. Para tanto, em primeiro lugar, vale mencionarmos as palavras do renomado jurista Ruy Barbosa, que realiza a seguinte distinção entre direito e garantia:

> No texto da lei fundamental, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*, esta, as *garantias*: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação das garantias com a declaração do direito. (...) "os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são destinadas a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens.[148]

Embora abstratamente clara, nota-se uma dificuldade em aplicarmos essa distinção, uma vez que "as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória."[149]

Portanto, é que sustentamos o juiz natural como um "direito-garantia", seja no que tange o aspecto da vedação aos tribunais de exceção, previsto no art. 5º, XXXVII, CF, seja com relação ao seu contento de juiz predeterminado por lei, de acordo com o que preconiza o art. 5º, LIII de nossa Carta Republicana.[150]

---

[147] Ibid., p. 24.
[148] BARBOSA, Ruy. **Garantias constitucionais, que vêm a ser? República: teoria e prática**. Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Petrópolis-Brasília: Vozes-Câmara dos Deputados, 1978, p. 121-124 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 100.
[149] Idem, Ibidem.
[150] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2014, p. 100.

Sendo assim, sob a égide do acima discorrido, é que se entende que, de um lado, a Constituição declara o direito de todos os denunciados de serem julgados por um magistrado previamente competente, cujos critérios legais de definição da competência tenham sido definidos anteriormente à prática do delito. Ao passo que, além deste direito, o juiz natural não deixa de ser uma garantia, qual seja: a de um julgamento por um terceiro imparcial e, dessa forma, um método de assegurar a imparcialidade do juiz.[151]

[151] Ibid., p. 101.

2. O DIREITO A UM JULGAMENTO IMPARCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1. A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: a imparcialidade objetiva e a subjetiva.

Em primeiro lugar, devemos esclarecer que o direito a um julgamento imparcial foi esculpido primeiramente no artigo 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos[152] aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e foi posteriormente repetido no art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos do Homem[153] como uma das várias garantias à um processo equitativo.[154] Além disso, cumpre ressaltar que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem instituiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos "a fim de assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes, da presente Convenção e dos seus protocolos", conforme extrai-se do art. 19[155] da referida Convenção.

Acerca do art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos do Homem – o qual, como dito no parágrafo anterior, prevê o direito a um julgamento imparcial como uma das

[152] "Artigo 10. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida." (Assembleia Geral da ONU. 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris. Disponível em <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em 17 de outubro de 2018.)

[153] "Art. 6.1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça." (Conselho da Europa. 1950. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* Roma. Disponível em <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.> Acesso em 17 de outubro de 2018.)

[154] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 92.

[155] Artigo 19. A fim de assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes, da presente Convenção e dos seus protocolos, é criado um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a seguir designado "o Tribunal", o qual funcionará a título permanente. (Conselho da Europa. 1950. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Roma. Disponível em <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.> Acesso em 17 de outubro de 2018.)

facetas do direito a um processo equitativo -, André Machado Maya, valendo-se dos ensinamentos do jurista português Irineu Cabral Barreto, assevera que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) "elevou a garantia de um processo equitativo ao patamar de princípio fundamental de preeminência do Direito, de modo a orientar que a interpretação do citado dispositivo legal seja pautada pela maior eficácia possível da norma que dele e extrai, afigurando-se contrária ao sentido do texto qualquer interpretação restritiva que dele se tente fazer."[156]

Nesse contexto, o TEDH não enxerga a imparcialidade apenas como um requisito do julgador, mas algo fundamental à própria concepção de democracia, de sorte que o Poder Judiciário inspire confiança na sociedade mas, sobretudo, nos acusados, conforme já assentado no julgamento do caso *Dorozhko e Pozharskyi vs Estônia*. Ademais, importante ressaltar que neste julgamento o Tribunal reafirmou seu entendimento de que, sob a glosa do art. 6 da Convenção Europeia de Direitos do Homem, há a garantia à imparcialidade tanto subjetiva quanto objetiva do julgador, o que já havia sido assentado na decisão do caso paradigmático *Piersack vs. Bélgica* [157] – o qual será analisado a seguir de forma pormenorizada e exaustiva.

---

[156] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 92.

[157] Com o intuito de melhor esclarecermos a decisão proferida pelo TEDH, transcrevemos a seguir o trecho pertinente do julgamento do caso *Dorozhko and Pozharskyi vs Estonia* (Application ns. 14659-04 and 16855/04), *in verbis*: "50. The Court reiterates that it is of fundamental importance in a democratic society that the courts inspire confidence in the public and above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused (see *Padovani v. Italy*, judgment of 26 February 1993, Series A no. 257-B, p. 20, § 27). Article 6 of the Convention requires a tribunal to be impartial. Impartiality normally denotes absence of prejudice or bias. The Court has determined the existence or absence of impartiality of a judge according to a subjective test, that is on the basis of the personal conviction or interest of a particular judge in a given case, and also according to an objective test, that is, by ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect (see, for example, *Kyprianou v. Cyprus* [GC], no. 73797/01, § 118, ECHR 2005-...; *Pétur Thór Sigurðsson v. Iceland*, no. 39731/98, § 37, ECHR 2003-IV; and *Piersack v. Belgium*, judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, pp. 14-15, § 30).

51. As to the subjective test, the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary (see *Kyprianou*, cited above, § 119, with further references).

52. As concerns the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge's conduct, there are ascertainable facts which may raise justified doubts as to his or her impartiality. This implies that, in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge lacks impartiality, the standpoint of the person concerned is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified (see *Micallef v. Malta*, no. 17056/06, § 74, 15 January 2008; *Wettstein v. Switzerland*, no. 33958/96, § 44, ECHR 2000-XII; and *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, judgment of 7 August 1996, *Reports* 1996-III, pp. 951-52, § 58). In this respect even appearances may be of a certain importance or, in other words, "justice must not only be done, it must also be seen to be done" (see *Micallef*, cited above, § 75; and *De Cubber v. Belgium*, judgment of 26 October 1984, Series A no. 86, p. 14, § 26)."

Apesar do TEDH ter tido a oportunidade de debruçar-se por diversas vezes acerca do tema da imparcialidade do julgador, foi no julgamento do caso *Piersack vs. Bélgica* que o referido Tribunal inaugurou que a imparcialidade poderia ser testada de duas diferentes maneiras, uma subjetiva e outra objetiva, o que serviria de apoio para todos os seus julgamentos posteriores que versassem sobre suposta violação de garantias judiciais, mormente a da imparcialidade do juízo.

Porém, antes de passarmos a uma análise mais profunda dos vieses da imparcialidade destacados pelo TEDH, imperioso realizarmos uma breve contextualização fática do caso em comento.

O Sr. Piersack havia sido condenado na Bélgica ao cumprimento de dezoito anos de prisão por supostamente ter assassinado, em concurso com o cidadão português Sr. João Tadeo Santos de Sousa Gravo, os cidadãos franceses Srs. Gilles Gros e Michel Dulon. Entretanto, o caso foi levado ao TEDH devido a uma violação da imparcialidade dos julgadores, uma vez que o Tribunal belga que condenou o Sr. Piersack foi presidido por um membro do Ministério Público belga, o qual fora responsável, à época, pela investigação penal contra o Sr. Piersack.[158]

Dessa forma, a Corte considerou que o fato de um juiz exercer, no mesmo procedimento, as funções de acusador e julgador, tanto a sociedade quanto o réu possuem garantias suficientes para suspeitar de que o magistrado em questão não está sendo imparcial.[159] Além disso, houve a afirmação de que não seria necessário nem verificar se o juiz realmente participou de um ato investigativo, bastando, "para justificar objetivamente a suspeita quanto a sua imparcialidade, o fato de ter sido ele o coordenador da seção responsável pela investigação dos fatos imputados ao réu."[160]

No julgamento do caso em comento, conforme já antecipado, o TEDH consignou que a imparcialidade assegurada no art. 6 da Convenção Europeia de Direitos do Homem

[158] EUROPA (Continente). Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Piersack v. Belgium (Application no. 8692/79).* §1-17. 26 de outubro de 1982. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557>. Acesso em 30 out. 2018.
[159] Ibid., §28-32.
[160] MAYA, André Machado. Op. cit**.,** p. 97.

pode ser testada de diversas maneiras, que podem ser distinguidas através de um viés subjetivo e outro objetivo. O primeiro está consubstanciado no esforço de verificar a convicção pessoal de um determinado juiz em um determinado caso e é sempre presumido até que se prove o contrário. Noutro giro, o segundo diz respeito ao fato desse mesmo magistrado ter oferecido garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima acerca de sua imparcialidade.[161]

Em vista disso, a partir de uma aproximação sobre o aspecto subjetivo da imparcialidade, ao considerarmos uma determinada hipótese fática em um processo, devemos observar a convicção pessoal do magistrado, conforme aduz André Machado Maya:

> (...) portanto, importa observar, considerada uma determinada hipótese fática, em um dado processo, a convicção pessoal do magistrado, o que pensa ele em seu foro íntimo acerca de determinada circunstância, de modo a verificar a inexistência de pré-juízos, de preconceitos que possam viciar o julgamento.[162]

Por outro lado, o viés objetivo da imparcialidade diz respeito ao fato de que o juiz deve oferecer garantias razoáveis de que sua imparcialidade não está maculada. Sendo assim, temos que essa causa de perda da imparcialidade não está atrelada ao estado mental do julgador, mas abala "a formação psicológica do conteúdo cognitivo a respeito dos fatos e argumentos que se apresentam ao magistrado."[163]

Portanto, podemos verificar que a jurisprudência da Corte Europeia se assemelha bastante ao entendimento doutrinário nascido com Werner Goldschmidt e posteriormente encampado por Aragoneses Alonso acerca da imparcialidade, na medida em que "a imparcialidade constitui um estado de ânimo, uma determinação de dizer a verdade, de colocar entre parênteses todas as considerações subjetivas do julgador."[164]

Neste sentido, há a exigência de que o julgador esteja livre de pré-juízos, se referindo ao fato de que não deve existir, por parte do magistrado, uma opinião sobre as partes envolvidas ou sobre alguma contenda no curso do processo ou, o que é ainda mais

---

[161] EUROPA (Continente). Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Piersack v. Belgium (Application no. 8692/79.* Op. cit., §30.
[162] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 93.
[163] SANTORO, Antonio E. R. *et al*. Op. cit., p.13.
[164] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 94.

grave, uma convicção acerca do objeto do processo ou a adesão prévia aos argumentos lançados exclusivamente por uma das partes antes da verdadeira efetivação do contraditório.[165]

Sendo assim, tem-se que "a contaminação resultante de pré-juízos conduzem a falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva", e, para evitar esta contaminação, não basta "estar subjetivamente protegido, é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial".[166]

Além disso, a Corte também condenou a Bélgica por violação à garantia de um julgamento imparcial no caso *De Cubber v. Bélgica*[167], uma vez que o julgamento foi proferido por uma Corte de Justiça formada por três juízes, dentre os quais um deles havia conduzido as investigações policiais por aproximadamente dois anos e, dessa forma, teria adquirido conhecimento pormenorizado sobre o caso, além de ter criado pré-juízos acerca do objeto do processo, justamente pelo fato de ter amplos poderes instrutórios.

Por fim, poder-se-ia argumentar que todas essas decisões não são aplicáveis ao ordenamento jurídico brasileiro, já que aqui inexiste a figura do juiz instrutor, responsável por conduzir as investigações preliminares. Todavia, o TEDH condenou o Estado da Dinamarca durante o julgamento do caso *Hauschildt v. Dinamarca*[168] por ter violado ao direito ao julgamento por um juiz imparcial, com o fato de que neste país não há a figura do juiz instrutor.

Neste caso, a Corte Europeia atestou que o direito à imparcialidade estava maculado, pois o juiz responsável pelo julgamento prolatou, durante o curso da fase investigava, diversas decisões sobre prisão e sua manutenção, busca e apreensão de documentos, acesso a relatórios policiais que estavam sob segredo de justiça, entre outras decisões. Dessa forma, a imparcialidade do magistrado, sob o viés objetivo, ficou

---

[165] Ibid., p. 94.
[166] LOPES Jr, Aury. Op. cit., 2003, p. 10
[167] EUROPA (Continente). Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *De Cubber v. Belgium (Application no. 9186/80).* §7-14. 14 de setembro de 1987. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465>. Acesso em 03 nov. 2018.
[168] EUROPA (Continente). Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Hauschildt v. Denmark (Application no. 10486/83).* §10-27.. 24 de maio de 1989. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57500. Acesso em 03 nov. 2018.

comprometida, conforme depreende-se a seguir do trecho do acórdão lavrado pelo TEDH:

> Moreover, the questions which the judge has to answer when taking such pre-trial decisions are not the same as those which are decisive for his final judgment. When taking a decision on detention on remand and other pre-trial decisions of this kind the judge summarily assesses the available data in order to ascertain whether prima facie the police have grounds for their suspicion; when giving judgment at the conclusion of the trial he must assess whether the evidence that has been produced and debated in court suffices for finding the accused guilty. Suspicion and a formal finding of guilt are not to be treated as being the same (see, for example, the Lutz judgment of 25 August 1987, Series A no. 123-A, pp. 25-26, para. 62).[169]

Ademais, conforme aduz Antonio Santoro, o caso *Hauschildt v. Dinamarca* é importante por dois motivos: o primeiro porque na Dinamarca, assim como no Brasil, não há a figura do juiz instrutor, porém faz-se necessária a participação do juiz para decidir diversas questões durante a fase investigativa e, além disso, nesta oportunidade o TEDH asseverou que como as funções de investigação são de exercício exclusivo da polícia e do Ministério Público, o fato do juiz ter proferido decisões durante a fase pré-processual não justifica por si só o receio da perda da imparcialidade, sendo imperiosa a análise concreta de cada caso.[170]

2.2. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Adotando não só o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como também da mais abalizada doutrina que discorre acerca da imparcialidade, a Corte Interamericana teve a oportunidade de se pronunciar sobre a imparcialidade em diversos momentos, mas especialmente nos casos *Apitz Barbera v. Venezuela*[171] e *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*[172].

No caso *Apitz Barbera v. Venezuela*, a Corte condenou o Estado Venezuelano pela violação do devido processo legal, bem como à garantia de um julgamento imparcial. A demanda em questão se relacionava com o fato de três juízes da *Corte Primera de lo*

[169] EUROPA (Continente). *Hauschildt v. Denmark (Application no. 10486/83). Op. cit.*, §50.
[170] SANTORO, Antonio E. R. *et al*. Op. cit., p.12.
[171] AMÉRICA (Continente). Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Apitz Barbera v. Venezuela.* 5 de agosto de 2008. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf>. Acesso em 04 nov. 2011.
[172] AMÉRICA (Continente). Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Herrera-Ulloa v. Costa Rica.* 02 de julho de 2004. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_ing.pdf>. Acesso em 04 de novembro de 2011.

Contencioso Administrativo foram destituídos pois teriam incorrido em um erro judicial inescusável ao conceder uma tutela provisória que suspendia os efeitos de um ato administrativo que havia negado o registro de uma compra e venda. A Corte entendeu que a referida destituição contrariava o devido processo legal, uma vez que a decisão que os destitui carecia de fundamentação e, além disso, não tiveram a sua disposição nenhum recurso para que pudessem impugnar a destituição de que haviam sido objeto. Ademais, verificou-se que a *Corte Primera* havia tomado decisões que geraram reações adversas por parte de funcionários do alto escalão do Poder Executivo, e que um conjunto de indícios permitia inferir que o órgão responsável pela destituição carecia de independência e imparcialidade.[173]

Sobre a imparcialidade, a Corte encampou os critérios de aferição objetivo e subjetivo desta definidos pelo TEDH, senão vejamos:

> 56. En cambio, la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho.[174]

Por sua vez, durante o julgamento do Caso *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*, a Corte condenou o Estado da Costa Rica por ter violado ao direito à um julgamento por um juiz imparcial na medida em que, após a sentença absolutória quanto às imputações dos crimes de difamação ao jornalista *Herrera-Ulloa ter* sido anulada em segunda instância, a mesma Câmara Criminal responsável pelo acórdão que anulou a primeira sentença foi competente para conhecer e julgar o recurso interposto pela acusação contra a nova sentença.[175]

---

[173] AMÉRICA (Continente). Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Apitz Barbera v. Venezuela. Op. cit., §2*.
[174] Ibid., §56.
[175] AMÉRICA (Continente). Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*. §169-175.

Dessa forma, aplicando os parâmetros do TEDH para averiguação da imparcialidade de um determinado juiz ou tribunal, a Corte entendeu que a imparcialidade objetiva estaria violada, eis que os magistrados de segunda instância conheceram do novo recurso quando, na verdade, deveriam ter se abstido de julgá-lo, pois já haviam formado pré-juízo sobre o mérito do caso. Portanto, não cumpriram o requisito da imparcialidade objetiva, pois não reuniam garantias suficientes para demonstrar ao acusado que se encontravam em situação de completa imparcialidade.[176]

2.3.A imparcialidade no Supremo Tribunal Federal.

Em duas oportunidades o Supremo Tribunal Federal adentrou na discussão sobre violação da imparcialidade, ocorrendo o reconhecimento de que a atuação de um magistrado em outra esfera implicaria no afastamento de sua imparcialidade.

Entretanto, como veremos a seguir, em apenas uma das vezes o Supremo Tribunal Filial filiou-se à distinção entre imparcialidade subjetiva e objetiva adotada tanto pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos quanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ademais, mesmo reconhecendo em ambos os casos a violação à imparcialidade objetiva, a Corte Suprema permaneceu presa ao ideário de que seria necessária uma previsão legal para reconhecer a quebra da imparcialidade e, sendo assim, tratou o caso como uma hipótese de impedimento pela interpretação *"lata"* do art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal[177].

A primeira vez em que fora reconhecida a violação da imparcialidade de um magistrado foi no julgamento do HC nº 86.963/RJ[178], de relatoria do Min. Joaquim

[176] Ibid.
[177] Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:
(...)
III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;
[178] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus. Constrangimento ilegal. *HC nº 86.933/RJ*. Brasília, DF. 17 de agosto de 2007. EMENTA: HABEAS CORPUS. PEDIDO APRECIADO DE OFÍCIO E DENEGADO. CABIMENTO. MAGISTRADO QUE JULGOU RECURSO ADMINISTRATIVO. PRONUNCIAMENTO DE DIREITO SOBRE A QUESTÃO. POSTERIOR PARTICIPAÇÃO NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL. IMPEDIMENTO EXISTENTE. ORDEM CONCEDIDA. Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha afirmado, na ementa do acórdão impugnado, que não conhecia do pedido, o mérito foi apreciado e a ordem denegada. Assim, conhece-se do presente habeas corpus. O desembargador relator do recurso administrativo pronunciou-se de direito sobre a questão e manteve a pena

Barbosa. O então paciente do mencionado *habeas corpus*, após ter sido condenado em primeira instância pela prática dos crimes de falsificação de documento público e peculato, apresentou recurso de apelação contra a sentença condenatória, a qual foi distribuída à 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Ocorre que participou do julgamento como vogal o desembargador que havia atuado como relator do recurso hierárquico no bojo do processo administrativo que cingia sobre fatos idênticos e que culminou com a demissão do então paciente. Quando do julgamento do recurso administrativo, o relator adentrou em questões de direito que tocavam o mérito da própria ação penal, tendo, ao final, proferido voto desfavorável ao então paciente.

Dessa forma, o Min. Joaquim Barbosa entendeu que teria ocorrido uma afronta ao disposto no art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal, pois o desembargador vogal atuou em outra esfera e adotou medida que interferiu na esfera jurídica do acusado. Senão vejamos:

> Entendo, pois, que, no caso, houve mesmo afronta ao disposto no art. 252, III, do Código de Processo Penal. A situação é em tudo semelhante àquela em que o magistrado, na primeira instância, **não decide o mérito** da ação penal, mas adota medida que **interfere na esfera jurídica** do acusado e, posteriormente, participa do julgamento no segundo grau de jurisdição. Nessa hipótese, o impedimento é tranquilamente reconhecido.
> Com efeito, não vejo como afastar dessa hipótese o caso em análise.[179] (Grifos no original)

Entretanto, salientamos que o Supremo Tribunal Federal ficou preso à necessidade de indicar uma previsão legal para reconhecer a ruptura da imparcialidade e, para tanto, realizou uma interpretação extensiva de uma norma contida no Código de Processo Penal - conforme faculta o art. 3º do referido diploma[180] -, na medida em que deixaram de considerar o direito a um julgamento imparcial como uma garantia constitucional. Ademais, este entendimento foi posteriormente superado por nova posição do STF

---

de demissão, com análise detalhada dos fatos imputados ao paciente. Considerações que, no mínimo, tangenciam o mérito da ação penal. Posterior participação no julgamento do apelo criminal fere o princípio do devido processo legal. Ordem concedida, para que se determine a realização de novo julgamento, declarado nulo o acórdão de que participou o magistrado impedido, nos termos do art. 252, III, do Código de Processo Penal. Como o paciente está preso em razão do trânsito em julgado da sentença condenatória confirmada pelo acórdão que ora se anula, deve ser expedido alvará de soltura em seu favor.

[179] Ibid.

[180] Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

adotada no julgamento do HC nº 112121/SP[181], segundo a qual o rol do art. 252 do Código de Processo Penal[182] é taxativo e inadmite interpretação extensiva.

Porém, cumpre ressaltar que o Min. Eros Grau evidenciou que o fato do recurso de apelação já contar com um voto contrário ao paciente antes mesmo de ser julgado configuraria restrição ao direito de defesa. Sendo assim, restaria caraterizada uma restrição direta ao princípio da ampla defesa previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal[183].

Ao nosso sentir, o referido entendimento do ministro é parcialmente correto, uma vez que este deveria ter reconhecido a violação à imparcialidade, eis que ela é princípio supremo do processo e característica *sine qua non* para a existência de jurisdição, conforme anteriormente aduzimos. A restrição à ampla defesa seria uma consequência lógica da ruptura da imparcialidade, pois é impossível que aquela esteja plenamente efetivada quando o acusado é submetido à um processo de cartas marcadas.

Posteriormente, a Corte Suprema declarou ter sido a imparcialidade violada no seu aspecto objetivo ao julgar o mérito do HC nº 94641/BA. Neste caso, o então paciente havia sido condenado por ter supostamente praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal com sua filha menor.

Porém, o magistrado sentenciante atuou como se autoridade policial fosse no curso do procedimento preliminar de investigação da paternidade, momento em que foram apurados todos fatos, bem como colhidas as provas e os elementos indiciários que

---

[181] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 112121/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki DJ: 10/02/2015.

[182] 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.

[183] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

serviram de supedâneo para oferecimento da denúncia, uma vez que a ação penal não foi lastreada em inquérito policial.

Dessa forma, o referido magistrado funcionou tanto na fase pré-processual quanto processual, tendo inegavelmente se adiantado na cognição do feito e, por óbvio, formado um pré-juízo acerca de todos os elementos constantes nos autos. Acerca desse ponto, é de brilhantismo o voto proferido pelo Min. Cezar Peluso, que discordou de tratar-se de mero impedimento do magistrado, mas sim a caracterização de uma nulidade absoluta devido ao desrespeito de princípios e regrais constitucionais relacionados à imparcialidade. *In verbis*:

> Não me parece, *data vênia*, seja esta a leitura mais acertada [tratar como a hipótese de impedimento prevista no art. 252, inciso III, do CPP], sobretudo perante os princípios e as regras constitucionais que a devem 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 de irreprimível influência das impressões pessoais gravadas já na instrução sumária do procedimento de investigação de paternidade.
> É o que se vê claro ao 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 (fls. 21-24 do apenso). Da mesma forma, mostra-se a sentença condenatória repleta de remissões aos atos dessa investigação prévia, além de opiniões já anteriormente concebidas e expostas sobre os fatos.[184]

Além disso, importante ressaltarmos o fato de que o Min. Cezar Peluso também adotou a distinção entre imparcialidade subjetiva e objetiva supramencionada e, por fim, entendeu que o caso em apreço caracterizava a ruptura da imparcialidade objetiva, conforme extrato de seu voto-vista a seguir transcrito:

> 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 jurisdicional. Tal qualidade, carente no caso, diz-se *objetiva*, porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (*imparcialidade* dita *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, no mesmo ou

[184] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 94641/BA. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ: 06/03/2009.

> em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Como é óbvio, sua perda significa falta de isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional.[185]

Portanto, percebe-se que a questão da violação da imparcialidade é tratada de maneira incipiente no STF, uma vez que, das duas oportunidades em que a Corte Suprema pôde se debruçar sobre a quebra da imparcialidade, em apenas uma delas foi adotada a distinção entre imparcialidade objetiva e subjetiva preconizadas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Entretanto, é de se elogiar o voto-vista do Min. Cezar Peluso no HC nº 94641/BA, eis que este afirmou que a imparcialidade é caracterizada por diversas regras e princípios constitucionais e, portanto, sua inobservância acarretaria em uma nulidade absoluta, o que demonstra uma tendência de adequação da jurisprudência do STF aos *standards* acima mencionados.

[185] Idem.

3. A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA PELA PREVENÇÃO COMO UMA AFRONTA À IMPARCIALIDADE E À NECESSÁRIA ORIGINALIDADE COGNITIVA NO PROCESSO PENAL

3.1 A competência em matéria processual penal.

A jurisdição expressa uma função estatal que tem por finalidade formal interpretar e aplicar leis, a fim de solucionar conflitos, resguardar e defender direitos, além de reprimir possíveis violações desses. Consoante o magistério de Maria Lúcia Karam, essa função do Estado consiste em dirimir divergências surgidas por ocasião da aplicação das leis, de forma a fazer valer o ordenamento jurídico de maneira coativa, ao substituir os titulares dos direitos dos interesses do conflito para que, de forma equidistante e imparcial, faça fazer valer a norma jurídica aplicável ao conflito. Confira-se:

> Esta função do Estado – a função judiciária – consiste basicamente em dirimir, em cada caso concreto, as divergências surgidas por ocasião da aplicação das leis, assim solucionando conflitos entre particulares, entre estes e o Estado ou mesmo entre órgãos do próprio Estado, de forma a fazer valer o ordenamento jurídico coativamente toda vez que seu cumprimento não se dê sem resistência. Realizando esta função, o Estado, pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário, se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para, de forma imparcial e equidistante, fazer atuar, através do processo, a norma jurídica que deve disciplinar a situação que lhe é concretamente apresentada.[186]

Essa função jurisdicional, aqui entendida como um a expressão de uma das funções do Estado, é também forma de manifestação do próprio poder estatal, eis que se caracteriza pela imperatividade e pela imposição das decisões adotadas pelos órgãos investidos de jurisdição. Por conseguinte, "a jurisdição é necessariamente una, sendo abstratamente atribuída a todos os órgãos integrantes do Poder Judiciário"[187].

Portanto, é possível afirmar, com certa garantia, que a jurisdição é una, uma vez em que é também uma forma do Estado de exercer a sua soberania. Nesse ínterim, o Poder Jurisdicional é visto como manifestação da soberania nacional e, além disso, é único pois ele somente pode ser atribuído a órgãos do Estado investidos de jurisdição pela Constituição e dotados de garantias suficientes para a aplicação imparcial da lei. Dessa forma, partindo dessa concepção de unidade de jurisdição, chega-se à conclusão de que

---

[186] KARAM, Maria Lúcia. Op. cit**.,** pp. 13-14.

[187]

esses órgãos jurisdicionais "têm atribuída a *potestad* jurisdicional relativa a todo e qualquer âmbito em matéria jurídica." Sendo assim, qualquer magistrado, uma vez regularmente investido de jurisdição, poderia decidir quaisquer controvérsias jurídicas independentemente da matéria que lhe seja apresentada.[188]

Entretanto, cumpre salientar que tal concepção, apesar de correta se submetida à um crivo meramente teórico, apresenta diversos problemas no campo prático. Isso leva aos diferentes ordenamentos jurídicos a adotarem critérios para definição da competência, a qual pode ser conceituada como "o âmbito legítimo de exercício da jurisdição conferido a cada órgão jurisdicional"[189], além de ser "a relação necessária de adequação legítima entre o processo e o órgão jurisdicional."[190]

Justamente por isso não se pode concordar com a equivocada afirmação de que a competência se caracterizava como uma forma de repartição do próprio Poder Jurisdicional em si. Ou seja, seria dizer que "cada órgão jurisdicional, no âmbito de sua própria competência, tem uma determinada 'parcela' de jurisdição diversa da que possui todos os outros órgãos jurisdicionais". Isso porque a jurisdição é una e indivisível, além do fato de que todos os órgãos jurisdicionais são investidos da mesma jurisdição, em igual proporção e qualidade; diferenciam-se apenas no que toca a legitimidade para exercer essa jurisdição. Neste aspecto, pode se dizer que "quando se atribui a jurisdição a um órgão estatal, se lhe atribui a jurisdição uma e, portanto, toda a jurisdição. O que é possível distribuir, dividir ou repartir é a competência."[191]

Neste mesmo sentido é o entendimento de Maria Lucia Karam, que defende que a competência não é uma forma de repartir a jurisdição, mas sim de legitimar determinado órgão jurisdicional a exercê-la, senão vejamos:

> As regras que, atribuindo a cada órgão ou grupo de órgãos jurisdicionais o exercício daquela função e daquele poder do Estado, determinam qual dos órgãos é o competente para determinado processo, operam esta concretização, assim realizando a adequação entre o processo e o órgão jurisdicional que

[188] MAYA, André Machado. Op. cit., pp. 104-105.
[189] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 225.
[190] NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**. Rio De Janeiro: Forense, 1995. p. 56 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 225.
[191] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2016, p. 225.

através dele deve atuar.
A tradicional visão da competência como medida da jurisdição revela o escopo das regras que a estabelecem. (...) só estão autorizados os órgãos jurisdicionais a exercer a jurisdição, dentro da medida estabelecida pelas regras sobre competência.[192]

Sobre a diferenciação entre jurisdição e competência, Carnelutti afirma que a primeira diz respeito ao próprio juízo penal, se caracterizando por ser "a *potestad* de declarar a certeza dos delitos e de infligir as penas". Já a segunda pode ser definida como essa mesma *potestade*, entretanto, "compreendida dentro de certos limites, isto é, enquanto concorram determinados pressupostos, dos quais dependem os limites da jurisdição atribuída a cada juízo ou a cada componente do juízo [magistrado]."[193]

Por sua vez, no bojo do processo penal, para se definir a competência em um caso concreto devemos percorrer um longo caminho. Para tanto, devemos nos valer de distintos critérios de fixação de competência, os quais são consubstanciados em regras expressamente previstas não só na Constituição Federal, como também na legislação infraconstitucional, mormente no Código de Processo Penal. A esse caminho que devemos percorrer dá-se o nome de concretização da competência, "que principia pelo nível mais amplo e de maior abstração, até chegar a um único e específico órgão jurisdicional concreto."[194]

Conforme assevera André Machado Maya, após percorrido esse longo caminho estabelecido pela legislação constitucional e infraconstitucional, é que será definida a competência para julgar determinado caso penal e, somente após a identificação do juízo competente, é que começarão a incidir as normas ordinárias de fixação ou prorrogação de competência, uma vez que teremos passado do plano abstrato da jurisdição para o plano concreto da competência. Confira-se:

É, pois, com base nas regras expressamente previstas na Constituição Federal, que será definido se determinado caso concreto deverá ser processado e julgado, no âmbito penal, pelas instâncias ordinárias ou extraordinárias, ou, ainda, pela Justiça federal, estadual, militar ou eleitoral. Somente após definida a ordem jurisdicional competente – se uma das Justiças especiais ou a comum – e a instância de julgamento, é que incidirão as normas ordinárias de fixação ou prorrogação de competência previstas no Código de Processo Penal, nas constituições estaduais, nos códigos de organização judiciária e nos regimentos

[192] KARAM, Maria Lúcia. Op. cit., p. 14.
[193] MAYA, André Machado. Op. cit., pp. 105-106.
[194] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2016, p. 227.

> internos dos tribunais. Uma vez percorrido todo esse caminho 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 como *potestad*, para alcança o plano concreto da competência.**[195] Grifo nosso.

Ocorre que o plano concreto da competência pode indicar por vezes uma pluralidade de órgãos jurisdicionais competentes para processar e julgar um delito. Verificamos isso nos casos de comarcas que possuem diferentes varas e câmaras especializadas em matéria criminal, bem como quando o crime é praticado em local de divisa entre duas comarcas, de modo que não se pode precisar em qual delas ocorreu a consumação da infração penal, além de outras hipóteses.[196]

Nessas ocasiões, o artigo 83 da lei processual penal[197] indica como critério de definição da competência a prevenção, de modo que existindo mais de um juiz competente, aquele que praticar algum ato processual nos autos, ou qualquer outra media relativa a esses, ainda que antes do recebimento da denúncia ou queixa, será responsável por instruir e sentenciar eventual ação penal deflagrada.

Ao critério da prevenção dedicaremos os próximos subcapítulos, eis que esta é a temática principal da presente investigação.

3.2. A definição da competência pelo critério da prevenção.

A prevenção pode ser definida como a concretização em concreto da competência, eis que é "a concentração, em um órgão jurisdicional, da competência que abstratamente pertencia a mais de um órgão, inclusive a ele próprio, por ter atuado, previamente, no processo."[198]

Segundo afirma Eugênio Pacelli, a prevenção constitui "critério subsidiário de determinação da competência", uma vez que este critério é somente aplicado diante da

[195] Ibid., p. 108.
[196] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2016, p. 108-109.
[197] Art. 83. 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.
[198] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2016, p. 243.

insuficiência dos demais.[199] Este entendimento também é encampado por Maria Lúcia Karam, na medida em que a referida autora afirma que o critério da prevenção é um "critério subsidiário de que se vale o legislador, ora para fixar o foro competente, ora para fixar o juízo competente."[200] Neste mesmo sentido é o magistério de Gustavo Badaró, na medida em que aduz que a prevenção tem um "caráter nitidamente residual", senão vejamos:

> De uma maneira geral, o elemento comum em todos os casos que o CPP se vale da prevenção, independentemente de sua natureza, é que se trata de 'regras de encerramento' aplicáveis nos casos em que as regras de competência são insuficientes para a definição do juiz competente, evitando os 'vazios de competência'. **Tem, pois, um caráter nitidamente residual.**[201] Grifo nosso.

O Código de Processo Penal dispõe, em seu art. 83, que será aplicada a regra da prevenção toda a vez que quando verificarmos dois juízes ou mais juízes igualmente competentes em abstrato ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido os demais na prática de algum ato processual ou qualquer medida a este relativa, mesmo que antes do recebimento da denúncia ou queixa. É por isso que Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco conceituam juiz prevento como sendo aquele "que em primeiro lugar tomou contato com a causa"[202].

Neste ínterim, imperioso esclarecer alguns aspectos acerca do conceito de prevenção adotado pelo Código de Processo Penal. Em um primeiro momento, devemos realizar a necessária diferença entre igualdade de competência e cumulatividade de jurisdição, eis que caso fossem conceitos idênticos, o legislador não teria se preocupado em fazer referência expressa à ambos. Não olvidamos que tal diferenciação não é uníssona em nossa doutrina[203], porém aqui encampamos o entendimento de Tourinho

---

[199] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nºs 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.
[200] KARAM, Maria Lúcia. Op. cit., p. 118.
[201] BADARÓ, Gustavo Henrique. Op., cit., 2016, p. 244.
[202] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009 *apud* MAYA, André Machado. Op. cit**.,** p. 109.
[203] André Machado Maya (MAYA, André Machado. Ibid., pp. 109-110) traz à baila a distinção feita por Frederico Marques, e assevera que há jurisdição cumulativa quando dois ou mais magistrados são igualmente competentes em abstrato para julgar determinada ação penal não apenas em razão da competência *ratione loci*, como também da *ratione materiae*. Este seria o caso, por exemplo, de uma comarca que possua mais de uma vara especializada na matéria criminal. Noutro giro, verifica-se a igualdade de competência "quando, embora idênticas as atribuições de dois ou mais juízes em razão da matéria e do local, pertençam eles a diferentes comarcas". A igualdade de competência também se caracterizaria, segundo o autor, na hipótese da prática de crimes cometidos no exato limite territorial entre

Filho, para quem existe igualdade de competência nos casos em que dois ou mais juízes possuem a mesma competência *ratione materiae* e *ratione loci*, eis que fazem parte de uma mesma comarca. Já a jurisdição cumulativa poderia ser caracterizada quando dois ou mais magistrados integrem comarcas distintas, embora possuam idêntica competência tanto em razão da matéria quanto do lugar.[204]

Acerca desta temática, concorda-se com o posicionamento adotado por André Machado Maya, para quem o artigo 75 do Código de Processo Penal[205] não deixa dúvidas no tocante ao fato de que a igualdade de competência pressupõe a existência de magistrados igualmente competentes tanto em razão da matéria quanto do local no bojo de uma mesma comarca. Confira-se:

> Essa divergência conceitual, parece-nos, encontra solução no próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 75 (...). A redação do citado dispositivo legal não deixa margens à dúvida: igualdade de competência pressupõe juízos com idênticas atribuições em razão da matéria e do local, no âmbito de uma única comarca. A *contrario sensu*, jurisdição cumulativa refere-se a situações que envolvem magistrados de diferentes circunscrições judiciárias, conforme entendimento sustentado por Tourinho Filho. A propósito, importa destacar que o Código de Processo Penal, no artigo 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 juízos de diferentes circunscrições judiciárias forem igualmente competentes, por não ter sido possível firmar a competência pelo local da infração ou pela residência do acusado.[206]

Em que pese haver a divergência doutrinária supracitada, fato é que a prevenção é critério subsidiário de definição da competência somente incide quando há a existência de dois ou mais juízos competentes, servindo como uma "regra de desempate"[207] para definir qual destes juízos que, num primeiro momento são abstratamente competentes, é o "concreta e exclusivamente competente" através de uma atuação que se antecede à dos

---

diferentes jurisdições, bem como nos casos de infrações penais continuadas ou permanentes nas quais seus atos constitutivos tenham sido praticados em comarcas distintas. Além dessas hipóteses, verificar-se-ia a igualdade de competência nos casos em que o acusado possua duas ou mais residências, ou mesmo quando não possua residência. Por fim, ante o concurso entre jurisdições da mesma categoria, também identificar-se-ia o instituto nas hipóteses de conexão e continência.

[204] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. V. II. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008 *apud* Ibid.

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

[206] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 110-111.

[207] Ibid., p. 112.

demais.[208] Sendo assim, como critério subsidiário que é, a regra da prevenção é utilizada apenas de forma remanescente, recorrendo-se à ela apenas em face do impedimento de identificarmos qual é o juízo competente somente pela aplicação "das regras de delimitação da *potestad* jurisdicional em razão do local do crime e da residência ou do domicílio do réu, bem como das hipóteses de modificação da competência por conexão ou continência."[209]

O segundo aspecto que se abordará sobre a definição de competência adotada pelo Código de Processo Penal é aquele que constante na parte final da regra esculpida no artigo 83 do referido diploma, na parte em que é dito que o juízo prevento é o que pratica anteriormente aos outros igualmente competentes ato do processo ou medida a este relativa, mesmo que antes do recebimento da denúncia ou queixa.

Essa é a problemática central do presente trabalho, uma vez que a prática, ainda que anterior ao recebimento da denúncia ou queixa, de qualquer ato do processo ou medida prévia por óbvio requer do magistrado um aprofundamento sobre a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade. Isso porque a "prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa" está consubstanciada na realização de qualquer ato processual que possua natureza decisória, como veremos a seguir.

Apesar de não haver nenhuma referência expressa da legislação processual penal ao fato de que o juiz competente é aquele que primeiro praticou ato jurisdicional de natureza decisória, não só a doutrina mas também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sustenta que apenas atos de cunho decisório são capazes de definir a competência pela prevenção[210], como se depreende, a título de exemplo, do julgamento do HC 88.214. Naquela oportunidade, a Corte Suprema afirmou que é prevento para julgar a ação penal o magistrado que primeiro toma "conhecimento da causa e examina a representação policial relativa aos pedidos de prisão temporária, busca e apreensão e interceptação telefônica, nos termos do art. 75, parágrafo único, c/c art. 83 do Código de Processo Penal."[211]

[208] KARAM, Maria Lúcia. Op. cit., p. 120.
[209] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 112.
[210] Ibid., p. 116.
[211] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 88.214/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 14/08/2009.

Conforme aponta Pacelli, não há discussão quanto ao fato de que o recebimento da denúncia ou queixa já é propriamente um ato tomado por conteúdo decisório, pois pressupõe a análise de questões relativas às condições da ação e de outros pressupostos processuais. E o autor vai além, aduzindo que fatalmente não está se querendo com isso sugerir que o recebimento da denúncia ou queixa obstaria o magistrado de reexaminar tais questões posteriormente, mas somente que esse ato jurisdicional de conteúdo decisório pressupõe a existência de um juízo de delibação acerca da possibilidade de prosseguimento da ação penal.[212]

Ademais, cumpre ressaltar que o conhecimento de *habeas corpus* ou de remédios jurídicos diversos pelo Tribunal, em meio à instrução criminal, torna preventa para julgamento de todos os demais remédios jurídicos ou eventuais recursos interpostos a câmara ou turma que primeiro conhecer destes.[213]

Quanto à fase pré-processual, Pacelli assevera que o inquérito policial ou qualquer outro procedimento conduzido por autoridade administrativa em regra não tem o condão de constituir ato de jurisdição, "prestando-se apenas à formação do convencimento do órgão responsável pelo exercício da ação penal."[214]

Todavia, durante o curso dos referidos procedimentos pode ser que haja a necessidade de adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais e garantias individuais, como a decretação da prisão preventiva ou de uma medida de busca e apreensão. Pacelli afirma que nessas hipóteses, o controle da legalidade de um ato dessa natureza, bem como à manutenção de tal medida restritiva de direitos, inexoravelmente pertence ao Poder Judiciário, uma vez que é responsável por exercer a jurisdição. Ademais, tais medidas restritivas possuem uma ligação de instrumentalidade com o próprio processo, bem como à legalidade da atuação jurisdicional.[215]

Tal entendimento assemelha-se àquele adotado por Maria Lucia Karam, pois a referida autora sustenta que a menção feita na parte final do art. 83 do Código de Processo

[212] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., 2014, p. 270.
[213] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 165.
[214] Ibid.
[215] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 165.

Penal a ato do processo ou medida a ele relativa está relacionada com o conteúdo da norma contida no art. 75 desse mesmo diploma legal[216], a qual dispõe que previne a ação penal a distribuição realizada para efeito de concessão de fiança, decretação de prisão preventiva ou qualquer diligência anterior ao oferecimento da denúncia ou queixa.[217]

Além disso, Karam afirma que o ato do processo ou medida a ele relativa disposta no art. 83 da lei adjetiva deve necessariamente ter caráter cautelar encontrado nas hipóteses do art. 75 do Código de Processo Penal para que ocorra a prevenção para o julgamento da ação penal. Portanto, não repercutiria na fixação da competência quaisquer procedimentos ou diligências que, mesmo antecedentes à propositura da ação penal, somente constituam "medidas preparatórias cuja relação com a eventual ação futura se dá unicamente pelo fato de serem necessárias para atender requisito indispensável ao legítimo exercício do direito de ação penal."[218]

Entretanto, compreende-se que não é apenas a natureza decisória do ato processual praticado ou de medida relativa ao processo o critério a ser utilizado para identificarmos a prevenção. No que diz respeito a essa questão, André Machado Maya afirma que é o fato do conhecimento que o magistrado prevento adquire com a prática deste ato ou de medida relativa ao processo, na medida em que a razão de ser da prevenção está ligada ao fato de que teria melhor condições de avaliar o mérito da ação penal o juiz que primeiro teve contato com esta. Senão vejamos:

> Pensamos, porém, não ser a natureza decisória do ato processual ou da medida relativa ao processo, por si só, o critério identificador da prevenção, mas, sim, o conhecimento que, por esse ato ou essa medida, o magistrado adquire sobre o fato objeto da futura ação penal. Com efeito, o instituto da prevenção só se justifica porque, em tese, o magistrado que primeiro tomou conhecimento da causa teria melhores condições de avaliar o seu mérito. Não fosse assim, um ato jurisdicional que defere representação policial por prorrogação de prazo para conclusão da investigação deveria prevenir a competência do juízo, pois é inegavelmente uma decisão, ainda que não definitiva. Tal ato, contudo, não propicia o magistrado um conhecimento mais detalhado do fato investigado, motivo pelo qual não se mostra apto a tornar prevento o juízo.[219]

[216] 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.
[217] KARAM, Maria Lúcia. Op. cit., p. 120-121.
[218] Ibid., p. 122.
[219] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 118.

Dessa forma, a melhor definição de ato processual ou medida relativa ao processo capaz de caracterizar a definição da competência pela prevenção, mesmo que anteriores ao oferecimento da denúncia ou queixa, são aqueles que além de possuírem nítido conteúdo decisório, produzem no magistrado a formação de um pré-juízo ou convicção acerca da própria existência do crime ou de indícios suficientes que indiquem a autoria ou a participação do investigado na infração penal.[220]

Porém, existe um grave problema nesta norma de definição da competência pela prevenção insculpida no art. 83 do Código de Processo Penal. Como aduz Maria Lúcia Karam, essas medidas cautelares que são anteriores à ação penal e indicam a incidência da regra da prevenção, acarretam no necessário pronunciamento acerca da existência do direito alegado pela acusação após a instauração de eventual ação penal pelo recebimento da denúncia ou queixa.[221] Logo, há uma antecipação do conhecimento e a formação de um pré-juízo pelo magistrado responsável não só pela instrução do processo, mas também por sentenciar o acusado ao final!

Ocorre que a formação desse pré-juízo afeta a imparcialidade do magistrado, princípio supremo do processo conforme anteriormente mencionado, o que é inadmissível em um ordenamento jurídico que visa prezar pela existência de um processo penal essencialmente acusatório. Justamente por isso, Karam defende que não se pode estabelecer a prevenção nestas hipóteses de conhecimento prévio do mérito da ação penal. Senão vejamos:

> Estas mais fortes razões para que não se estabeleça a prevenção pela prática de atos em procedimentos de medidas preparatórias destinadas a fornecer elementos para eventual propositura de futura ação penal são ditadas pela manifesta inconveniência de ter o órgão jurisdicional, que irá considerar tais elementos no juízo de admissibilidade da acusação a ser feito quando do exame da inicial da ação penal, participado da atividade instrutória administrativamente realizada quando de sua produção, atividade que poderia seriamente comprometer suas necessárias imparcialidade e neutralidade[222].[223]

[220] Ibid.
[221] KARAM, Maria Lúcia**.** Op. cit., p. 125.
[222] Apesar da autora citar que tal conhecimento prévio importa no comprometimento não só da imparcialidade do magistrado, como também de sua neutralidade, entendemos que apenas a imparcialidade do juiz é magistrada devido à esses pré-juízos, na medida em que o julgador é um ser inserido em uma sociedade complexa e jamais poderia deixar de julgar sem também considerar suas visões políticas, sociais, econômicas e religiosas, o que joga por terra o mito de que o juiz deve ser neutro. Para melhor compreensão, remetemos ao subcapítulo 1.2.2 do presente trabalho.
[223] KARAM, Maria Lúcia. Op. cit., p. 125.

Dito isso, se passará à uma análise mais profunda de como a fixação da competência pela prevenção pode comprometer a necessária imparcialidade do julgador, objeto de investigação principal do presente trabalho.

3.3. A originalidade cognitiva no processo penal e a prevenção como uma causa de contaminação do juiz.

Como dito anteriormente, o papel do juiz no processo penal deve necessariamente ser o de um terceiro espectador, a fim de que não haja interesse ou nenhum pré-julgamento acerca do caso penal a favor de quaisquer das partes. Para isso, temos que a imparcialidade é de suma importância e é compreendida como princípio supremo do processo, na medida em que ser imparcial cognitivamente significa ter "afastamento subjetivo dos jogadores e objetivo do caso penal"[224], conforme sustenta o Tribunal Europeu de Direitos Humanos há várias décadas, mais precisamente desde o julgamento do caso *Piersack vs. Bélgica.*

Além disso, se deve também prezar por uma "estética da imparcialidade" do magistrado, de modo que este inspire na sociedade confiança de que figura em uma posição de alheamento tanto às partes quanto ao objeto da ação penal. Neste sentido, é importantíssimo que o juiz "mantenha um afastamento que lhe confira uma 'estética de julgador' e não de acusador, investigador ou inquisidor"[225], eis que fatalmente a confiança do acusado é prejudicada.

Nesta toada, Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa sustentam que toda essa questão da imparcialidade gira em torno de um núcleo comum: o da originalidade cognitiva no processo penal. Isso porque os referidos autores aduzem que essa posição de alheamento – ou *terzietá* para a doutrina italiana – significa um completo desconhecimento cognitivo em relação às provas e a todo o conteúdo probatório, na medida em que tudo que consta dos autos deve ser novidade para o julgador. Portanto,

---

[224] MORAIS DA ROSA, Alexandre et LOPES JR., Aury. **Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>. Acesso em 21 de novembro de 2018.
[225] Ibid.

seriam inadmissíveis os casos em que o magistrado tenha atuado em anteriormente no mesmo caso ou em casos paralelos, uma vez que já estaria contaminado e inexistiria originalidade cognitiva. Neste ínterim, importante ressaltarmos o magistério de ambos os autores, senão vejamos:

> A condição de terceiro é a de ignorância cognitiva em relação às provas, ao conteúdo probatório, já que o acertamento das condutas deve ser novidade ao julgador. O juiz é um sujeito processual (não parte) ontologicamente concebido como um ignorante, porque ele (necessariamente) ignora o caso penal em julgamento. Ele não sabe, pois não deve ter uma cognição prévia ao processo. Deixará o juiz de ser um ignorante quando, ao longo da instrução, lhe trouxerem as partes às provas que lhe permitirão então conhecer (cognição).
> Logo, no regime de instrução do processo, não se pode aceitar juiz contaminado por informações decorrentes de atuações anteriores em processos findos ou paralelos.
> Isso porque ele já sabia de condutas e provas que deveria não saber.[226]

Ocorre que, apesar de se reconhecer a importância não só da imparcialidade, como também da originalidade cognitiva no âmbito do processo penal, nada disso é relevante quando atribuímos a gestão da prova ao juiz, uma vez que esta é a principal característica do princípio inquisitório e identificadora de um sistema processual penal propriamente inquisitório, que também joga por terra a lógica dialética do processo e o contraditório.[227]

Porém, a situação é ainda mais grave em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, que concebem a prevenção como causa de fixação da competência. De acordo com Aury Lopes Jr., isso acarreta em uma aberração jurídica, na medida em que é o responsável pelo julgamento da ação penal o mesmo juiz que investiga. Dessa forma, o magistrado prevento acaba criando diversos pré-juízos sobre o mérito da ação penal em decorrência da análise dos autos da investigação preliminar, gerando grande prejuízo ao imputado. Sendo assim, o referido autor salienta que "destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo."[228]

No que diz respeito à contaminação do julgador na fase pré-processual, temos que a forma em que essa mácula da imparcialidade exterioriza-se é através da decretação de medidas cautelares, pois o magistrado exerce, ao menos, um "juízo de culpa, da gravidade

[226] MORAIS DA ROSA, Alexandre et LOPES JR., Aury. Op. cit.
[227] LOPES JR, Aury. Op. cit., 2003, p. 10.
[228] Ibid.

do fato e da periculosidade do agente."[229] Isto posto, percebe-se que é inevitável a contaminação do julgador pela atuação na fase pré-processual. A problemática reside no fato dessas contaminações ocorrerem no âmbito da própria relação processual, bem como serem legitimadas pela legislação[230], na medida em que a prevenção é causa de contaminação do magistrado, como se verá adiante.

Ressaltamos que não se olvida o fato do importante papel do juiz na fase pré-processual, eis que o magistrado, apesar de ter uma atuação bastante limitada, deve atuar como garantidor nesta fase, como afirma Aury Lopes Jr. Segundo o autor, a efetividade da proteção dos direitos fundamentais está a cargo do Judiciário e, portanto, é o "principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais."[231] Dessa maneira, a legitimidade da jurisdição legitima-se em sua "função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição."[232] O problema reside no fato desse mesmo juiz ser aquele responsável por instruir e julgar futuramente o processo, como preconiza a regra da prevenção.

Ademais, essa função de garantidor do juiz na fase pré-processual está intimamente ligada a um dos princípios orientadores das medidas cautelares: o princípio da jurisdicionalidade. Esta reserva jurisdicional das medidas cautelares encontra-se consubstanciada em duas normas constitucionais, quais sejam: a de que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º. LIV, CF[233]), bem como a de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e

[229] DE OLIVEIRA, Daniel Kessler. **Razão e Emoção no Ato de Julgar**: **As Contaminações do Julgador e seus Pré-Julgamentos na Fase de Investigação Preliminar.** Trabalho publicado nos Anais do Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais, realizado no Rio Grande do Sul em 2012. Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/26.pdf>. Acesso em 13 de outubro de 2018.
[230] Ibid.
[231] LOPES JR, Aury. Op**.** cit., 2017, p. 123.
[232] Ibid.
[233] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

fundamentada da autoridade competente (art. 5º, LXI, CF[234]).[235]

Somando-se ao princípio da jurisdicionalidade, também atuam como reitores das medidas cautelares, sejam elas pessoais ou reais, os princípios da provisionalidade, de provisoriedade, de excepcionalidade e proporcionalidade. O primeiro está relacionado ao fato de que as medidas cautelares dizem respeito a situações fáticas pontuais, e somente devem perdurar enquanto se mantiverem os motivos que ensejaram a sua decretação. Já o segundo, como o próprio nome sugere, determina que as referidas medidas sejam provisórias, finitas. Por sua vez, a excepcionalidade impõe que as medidas cautelares jamais sejam regra mas, sim, exceção. Em último lugar, a proporcionalidade exige que o magistrado faça um juízo de ponderação entre a gravidade da medida cautelar a ser decretada e o fim que se pretenda atingir com ela.[236]

André Machado Maya aduz que, ao se considerar toda essa principiologia orientadora das medidas cautelares, temos que o exercício da função de garantidor pelo juiz exige mais do que um perfunctório juízo ou uma atuação formal, apenas deferindo ou indeferindo as cautelares requeridas. Diz-se isso porque a correta análise dos pressupostos legais das medidas cautelares, bem como sua legitimidade são orientados por todos os princípios acima referidos, os quais "exigem do magistrado, como regra, um efetivo exame do material indiciário colhido na investigação, sobre o qual se fundamenta o requerimento cautelar."[237]

Com efeito, Geraldo Prado destaca que essa busca de provas do juiz – aqui relacionada com a realizações de atos processuais e medidas a este relativa com caráter decisório – compromete severamente a imparcialidade do julgador, uma vez que influi diretamente em seu psicológico. Confira-se:

> (...) **a busca das provas da autoria e da existência da infração penal, pelo juiz, por mais grave que possa parecer o delito, compromete a**

[234]Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;
[235] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 166.
[236] Ibid.
[237] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 166.

> **imparcialidade daquele que vai decidir**, dentro de uma perspectiva de que a jurisdição difere do exercício da ação penal e que este, por sua vez, não se resume a deflagrar-se o processo por meio da petição inicial, compreendendo, ainda, as práticas da ação cautelar, no tocante à aquisição e preservação das provas, além dos demais atos desenvolvidos no curso do processo de conhecimento, com o escopo de conformar a convicção judicial. (...) Repita-se, portanto, que, pelo menos **do ponto de vista psicológico, por mais sereno que seja o magistrado, sua inserção na mencionada atividade implicará certo grau de comprometimento com os fatos apurados, afastando-se o julgador do ponto de equilíbrio que, como garantia das partes, traduz-se no princípio do juiz imparcial.**[238] Grifo nosso.

Logo, o magistrado prevento por ter praticado qualquer ato decisório ou medida a este relativa na fase pré-processual tem sua convicção formada apenas após a análise de elementos de convicção formados apenas sob o véu dos argumentos da acusação, na medida em que nesta fase não há efetivo contraditório e nem a presença da defesa. Dessa forma, quando há a formação da efetiva relação processual, temos que os pré-juízos concebidos pelo julgador influenciarão no modo como tratará as teses defensivas, o que de certo influi em sua imparcialidade e fere de morte não só a lógica dialética do processo, como também o próprio contraditório e seu corolário da ampla defesa.

Para se compreender melhor de que forma o contato com a investigação preliminar e a atuação na fase pré-processual criam no julgador pré-juízos e, portanto, maculam sua imparcialidade, analisaremos a temática em referência sob a égide da teoria de dissonância cognitiva, com supedâneo mormente nas pesquisas empíricas do jurista alemão Bernd Schüneman.

3.4.O juiz como um terceiro manipulado (in)conscientemente no Processo Penal: uma análise de sua contaminação através da teoria da dissonância cognitiva.

Nesta mesma linha do que fora acima exposto, contudo com uma abordagem diferente, situa-se a interessante pesquisa empírica do jurista alemão Bernd Schüneman, trazida ao Brasil através de obra organizada por Luís Greco[239].

Na referida obra, o autor alemão dedica um artigo inteiro à análise do juiz como um terceiro manipulado no Processo Penal sob a luz da teoria da dissonância cognitiva. A

[238] PRADO, Geraldo. Op. cit.**,** 2005, p. 306-307.
[239] SCHÜNEMAN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

hipótese da pesquisa residiu no fato de verificar a existência de pré-julgamento pelo fato de um juiz, por conhecer previamente os autos, não está impedido de realizar uma avaliação imparcial por não processar todas as informações do processo de forma adequada. Confira-se:

> Dito de modo simples, trata-se de saber se o juiz, por seu conhecimento dos autos, por proferir a decisão de recebimento da denúncia, por sua atividade inquisitória na audiência e por ocupar, *de facto*, a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos, não está impedido de realizar uma avaliação imparcial, isto é, de processar as informações de forma adequada, ou se, pelo contrário, esse juiz não acaba preso à rota traçada nos autos da investigação preliminar, os quais foram construídos de forma unilateral, porque quase que exclusivamente pela polícia, com pouquíssima influência da defesa, e que por isso contêm uma imagem dos fatos que reflete a perspectiva e o enfoque da polícia.[240]

Como é de se esperar, Schüneman aduz que existe um grande problema no fato de um mesmo juiz dirigir a coleta de provas e ser também o responsável pelo julgamento em caráter final, uma vez que isso não coloca "xeque à função inquisitorial" deste juiz, pois acusação e defesa acabam por ter um papel apenas acessório no processo[241].

Salienta o autor que essa "cumulação de papéis acaba gerando um conflito de papéis", o que seria normalmente veementemente negado pelos próprios magistrados, os quais se reportam à sua formação profissional objetiva para justificar a negativa.[242] Acerca disso, Aury Lopes Jr. comenta que o citado argumento utilizado pelos juízes remete a uma ideia na crença do mito da neutralidade, bem como a uma valorização exacerbada de uma inexistente objetividade da relação sujeito-objeto no processo penal.[243] Além disso, sustenta Lopes Jr. que essa retórica "desconsidera a influência do inconsciente, que cruza e permeia toda a linguagem e a dita 'razão'"[244].

A teoria da dissonância cognitiva utilizada pelo autor afirma que todos nós procuramos equilibrar nosso sistema cognitivo, ou seja, buscamos não contradizer nosso conhecimento com nossas opiniões. Em caso de surgimento de uma dissonância

[240] SCHÜNEMAN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 207.
[241] Ibid., p. 206.
[242] SCHÜNEMAN, Bernd. Op. cit., p. 207.
[243] LOPES JR, Aury. Op. cit., 2017, p. 70.
[244] Ibid.

cognitiva, uma ânsia surge no sujeito para que a consonância seja restaurada, de modo que desaparecem as contradições entre seu conhecimento e sua opinião. Dessa caça por um estado de consonância surgiriam dois efeitos, quais sejam: o efeito inércia ou perseverança e, por outro lado, o da busca seletiva de informações. O primeiro diz respeito ao fato de que todas as informações que confirmam a hipótese anteriormente concebida como correta são automaticamente tidos como de maior relevância, ao passo que as informações contrárias são prontamente rechaçadas. Já a busca seletiva de informações diz respeito à questão de que há uma busca de informações que corroboram a hipótese previamente aceita pelo ego, sejam estas dissonantes ou consoantes, desde que sejam facilmente refutáveis para que possuam um efeito confirmador[245].

Cumpre ressaltar também que ambos os efeitos mencionados pela teoria da dissonância cognitiva guardam uma íntima relação com o estudo da psicologia social que investiga o denominado efeito primazia. Esse efeito fundamenta "a ideia de que há uma preponderância das cognições oriundas da primeira impressão relativamente as outras a ela conectadas"[246], ou seja, "há uma primazia das informações que se recebe primeiro sobre as demais."[247]

Sendo assim, isso significa dizer que existe uma inevitabilidade de conferirmos maior grau de atenção às informações recebidas que atestem a nossa primeira impressão, além de que o nível dado às informações que tenham a tendência de diminuir o julgamento formado pela primeira impressão é drasticamente inferior. Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter sustentam que essa problemática pode ser trazida de diversas formas para o Processo Penal. Entretanto, destacaremos apenas duas que guardam maior relação com a questão aqui investigada. Senão vejamos:

> -risco para a imparcialidade do julgador que atua na fase pré-processual (decretando prisão cautelar, busca e apreensão, interceptação telefônica, etc.), pois ele forma a imagem mental a partir dessa primeira experiência, unilateralmente construída pelo acusador/investigador;
> - a manutenção do inquérito nos autos do processo conduz a que o juiz, quando da prolação da sentença, inicie a leitura dos autos pela denúncia, seguida da leitura de todo o inquérito. Com isso, após centenas (as vezes milhares) de

[245] SCHÜNEMAN, Bernd. Op. cit., p. 208.
[246] LOPES JR., Aury et RITTER, Ruiz. **Você sabe o que é efeito primazia no Processo Penal?** Disponível em<https://www.conjur.com.br/2016-jul-29/limite-penal-voce-sabe-efeito-primazia-processo-penal>.Acesso em 22 nov. 2018.
[247] Ibid.

> páginas depois, ele finalmente conhece da prova produzida no processo, situação em que a primeira imagem está formada e consolidada, com evidente pré-juízo;[248]

Tendo em vista isso, Schüneman desenvolve sua pesquisa de campo que acaba confirmando várias hipóteses, dentre as quais o fato de quanto maior for o nível de contato e conhecimento do juiz com a investigação preliminar, bem como o recebimento da denúncia, mais pré-julgamentos a favor da acusação serão feitos em seu consciente. Logo, menor é o interesse do magistrado pelos argumentos defensivos e maior é a probabilidade de sobrevir uma sentença penal condenatória quando finda a instrução.

Dessa maneira, o jurista alemão chegou à conclusão de que "o juiz tendencialmente apega-se à imagem do fato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar", como também que os argumentos da defesa, os quais são naturalmente dissonantes da hipótese acusatória previamente adotada devido à atuação na fase pré-processual, são, por muitas vezes, sequer percebidos pelo magistrado. Diante disso, pode também verificar mais quatro efeitos: os efeitos perseverança, redundância, atenção e aliança. Confira-se:

> (...) gostaria, em primeiro lugar, de afirmar que pudemos verificar quatro efeitos: o *efeito perseverança*, o *efeito redundância*, o *efeito atenção* e o *efeito aliança.* O juiz tendencialmente apega-se à imagem do fato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes desta imagem inicial são não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas, o que pode ser explicado, segundo a psicologia da informação, pela preferência de apercepção e armazenamento das informações *redundantes* (já conhecidas). Isso traz consequências especialmente negativas sobre os resultados do processamento de informação pelo juiz, se ele não tiver possibilidade de formular pessoalmente perguntas e, com isso, de aumentar sua própria *atenção*. Por último, pode-se verificar que o juiz se orienta segundo a avaliação realizada pelo promotor, o que pode ser descrito por aquilo que quero chamar de efeito *aliança*.[249] Grifos do autor.

Portanto, temos que o risco de pré-julgamento pelo juiz é real, na medida em que há uma incessante busca pela confirmação da hipótese acusatória previamente aventada nos autos e em momento em que inexiste contraditório ou sequer participação efetiva da defesa. Dessa forma, "a tendência é separar o juiz que recebe as denúncias (que atua na fase pré-processual) daquele que vai instruir e julgar ao final."[250]

[248] LOPES JR., Aury et RITTER, Ruiz. Op. cit.
[249] SCHÜNEMAN, Bernd. Op. cit., p. 215.
[250] LOPES JR, Aury. Op. cit., 2017, p. 71.

Neste sentido, elogiosa foi a inclusão da figura do juiz de garantias ao Projeto de Lei 156/2009[251], que visa reformar o Código de Processo Penal em sua íntegra, com o intuito de adequá-lo ao novel ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição Federal de 1988. Conforme consta no artigo 14[252], o juiz de 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".

Dessa maneira, temos que existiria uma separação dos juízes atuantes na fase pré-processual e processual, na medida em que o próprio juiz de garantias é impedido de instruir e julgar a ação penal, de acordo com o art. 16[253] do referido Projeto.

---

[251] BRASIL. Planalto. **Projeto de Lei do Senado nº 156/2009**. Brasília, DF: Senado, 2010.

[252] Art. 14. 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, competindo-lhe especialmente:
I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;
II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;
III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;
V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;
IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
XI – decidir sobre os pedidos de:
a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;
c) busca e apreensão domiciliar;
d) acesso a informações sigilosas;
e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.
XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;
XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º;
XIV – arquivar o inquérito policial;
XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37;
XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.
Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

[253] Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748.

Entretanto, é de se ressaltar um aspecto negativo do Projeto, na medida em que o artigo 15[254] do Projeto de Lei 156/2009 dispõe que a competência do juiz de garantias cessa com a propositura da ação penal, e não com o recebimento da denúncia ou queixa. Como anteriormente explicitado, o recebimento da denúncia ou queixa "exige do magistrado, sim, um exame dos pressupostos processuais, das condições da ação e da justa causa"[255], de modo que o juiz deve "convencer-se (...) do alegado na peça acusatória, entendendo existirem elementos consistentes da existência do crime e da sua autoria pelo imputado."[256]

Sendo assim, o mais apropriado seria que a competência para receber ou rejeitar a denúncia ou queixa fosse também do juiz de garantias, uma vez que ele já teria realizado uma densa atividade cognitiva acerca dos elementos informativos constantes na investigação preliminar, além de afastar o juiz da instrução de ter qualquer tipo de contato anterior com os referidos elementos indiciários.

Por certo, a figura do juiz de garantias certamente diminuirá os riscos de contaminação do magistrado por pré-julgamentos, eis que a originalidade cognitiva do magistrado responsável pela instrução criminal estará amplamente resguardada pelo fato deste não ter tido contato prévio com a visão policial, nem com os argumentos formulados pela acusação.

[254] Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.
§ 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.
§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.
§ 3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.
[255] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 204.
[256] Ibid., pp. 204-205.

CONCLUSÃO

Por óbvio, não se tem a ousadia de afirmar que a problemática do objeto da presente pesquisa encontrou-se plenamente esgotada durante o curso desta investigação. A temática em questão é extremamente complexa por envolver diversos conceitos muito caros não só à Processo Penal essencialmente acusatório, como também à efetivação de um Estado Democrático de Direito, na medida em que ambos encontram-se inexoravelmente relacionados.

Se propor a realizar uma análise da prevenção como forma de fixação da competência no Processo Penal impõe, antes de mais nada, na exata compreensão do conceito de imparcialidade no Processo Penal, aqui entendida como um princípio supremo do processo, além de uma nota indissociável à própria atividade jurisdicional, eis que a última inexiste sem que a imparcialidade do julgador esteja plenamente assegurada e funciona, portanto, "como condição de legitimidade da atividade jurisdicional."[257]

Dentro desse contexto de imparcialidade, se exige que o juiz adote uma postura de distanciamento e alheamento tanto em face das partes, como também perante o próprio objeto da causa. É o que Luigi Ferrajoli denominou de *"terzietá"*, expressão traduz-se no sentido de "manter o juiz como um terceiro equidistante das partes na relação processual"[258], que também pode ser definida como uma "posição de alheamento em relação aos interesses do jogo"[259]. Ao fim e ao cabo, a "*terzietá"* impõe que o magistrado esteja subjetivamente interessado apenas em resolver aquele conflito de acordo com o disposto pela lei.[260]

Entretanto, é de se ressaltar que não se confunde imparcialidade e neutralidade, vez que constituem conceitos amplamente distintos. Há muito já se superou o mito de que o juiz é um ser neutro, na medida em que o magistrado é um ser-no-mundo e, como tal, está sendo constantemente influenciado por diversas experiências que o cercam e acabam por refletir sob sua visão de mundo. Dessa forma, seria utópico desejar um juiz neutro que,

[257] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 213.
[258] FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 555.
[259] MAYA, André Machado. Op. cit., p. 213.
[260] Ibid.

ao julgar um caso penal, se desprendesse de suas visões políticas, filosóficas, sociológicas, econômicas ou religiosas.

Além disso, não há como falar sobre imparcialidade e muito menos de competência sem mencionar a garantia do juiz natural, eis que todos estes são indissociáveis, tendo em vista que a razão de ser do último é garantir o julgamento por um juiz imparcial, na medida em que essa garantia impõe que o juiz seja definido por critérios de competência anteriores à prática delitiva. Ademais, veda também a instituição de tribunais de exceção, como também garante a independência dos juízes não só perante aos demais Poderes do Estado, como também em face da própria magistratura. Sendo assim, o juiz natural é uma garantia própria do Processo Penal e, como tal, é entendida por Luigi Ferrajoli como um meio de "condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva."[261]

Afora isso, pelo menos desde o julgamento do Caso *Piersack vs. Bélgica*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem entendido que a garantia processual à um julgamento imparcial pode ser testada de duas maneiras, quais sejam: através de um viés subjetivo e, por outro lado, um objetivo.

Conforme a jurisprudência do TEDH consolidou, o teste de verificação imparcialidade subjetiva – que é sempre presumida até que se prove o contrário – está relacionada ao esforço de se verificar a relação do magistrado para com as partes, bem como seu interesse para com o objeto da causa, de modo a verificar se este possui alguma convicção pessoal que possa enviesar suas decisões. Por sua vez, em relação ao aspecto objetivo da imparcialidade, nota-se que este se encontra inexoravelmente ligado ao fato do magistrado oferecer garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima acerca de sua imparcialidade, de modo a garantir de que não houve uma formação prévia de sua convicção sobre os fatos em questão, sendo dever do próprio juiz oferecer elementos que dirimam dúvidas acerca da existência de pré-juízos ou pré-julgamentos.

Dito isso, importante destacarmos que assim como as demais garantias individuais, o juiz natural é uma das formas encontradas para proteção *ante factum* da imparcialidade,

[261] Ibid., p. 74.

eis que veda juízos de exceção e impõe que as regras de competência sejam previamente definidas. Por outro lado, dentre os mecanismos de proteção *post factum* da imparcialidade, estão as exceções que impedem que o processo seja conduzido e julgado por um magistrado que esteja impedido, suspeito ou não compatível.

Entretanto, os mecanismos de proteção *post factum* da imparcialidade dizem respeito somente ao aspecto subjetivo da imparcialidade, de modo que inexiste, no ordenamento jurídico brasileiro, proteção do aspecto objetivo da imparcialidade. Ocorre que isso está em completo descompasso com o que preconizam as cortes internacionais de direitos humanos, uma vez que todas não possuem dúvidas quanto à necessidade de que a imparcialidade objetiva seja plenamente assegurada.

Tendo em vista isso esse posicionamento, foi analisada a hipótese se a prevenção, como critério de fixação da competência no processo penal, violaria a garantia da imparcialidade *post factum* no direito processual penal brasileiro pois contaminaria a imparcialidade objetiva do julgador.

Para tanto, em um primeiro momento foi definido qual o requisito para a incidência dessa regra, qual seja: a prática de ato processual ou de medida a este relativa com caráter decisório que importe em um conhecimento aprofundado dos autos pelo juiz, na medida em que a *ratio* da prevenção seria a de tornar competente o juiz que já tenha tido contato prévio com os fatos, eis que, em tese, ele teria melhores condições de julgar o mérito da ação penal.

Porém, foi demonstrado que existe um gravíssimo problema na prevenção como critério definidor da competência. Nos casos em que se verifica a incidência desta regra, nota-se que o juiz competente para instruir e julgar a ação penal é aquele que, durante a fase pré-processual, profere atos processuais ou medidas a este relativas que possuem natureza decisória e que fatalmente adentram ou pelo menos tangenciam o mérito da ação penal.

Dessa forma, o magistrado toma um profundo conhecimento dos elementos informativos produzidos no inquérito policial e que foram unilateralmente apresentados pela polícia e pelo Ministério Público, de modo que seu conhecimento é formado

previamente pela criação dos pré-juízos necessários para a prolação de uma decisão. Isso faz com que o juiz perca a necessária originalidade cognitiva que se deve ter durante a instrução criminal, o que torna as provas produzidas no âmbito do contraditório uma mera formalidade na medida em que seu convencimento estava formado antes mesmo do recebimento da denúncia ou queixa.

Além disso, a mera encenação que se torna o processo penal na hipótese de juiz prevento é comprovada sob a égide da teoria da dissonância cognitiva, uma vez que o juiz descarta todas as informações dissonantes da hipótese acusatória previamente formulada, na medida em que, para confirmar sua hipótese, apenas aceita as informações consoantes com aquelas previamente aventadas pela acusação e posteriormente aceitas pelo juiz. Os efeitos perseverança, redundância, atenção e aliança indicam que o processamento de informações pelo magistrado é completamente distorcido em favor da imagem produzida pela acusação, de modo que ele "tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes [favoráveis à hipótese defensiva] do que consonantes [favoráveis à hipótese acusatória]"[262].

Por certo, é louvável a inclusão no Projeto de Lei 156/2009 – que visa reformar o Código de Processo Penal em sua integralidade - da figura do juiz de garantias. Isso porque certamente diminuirão os riscos de contaminação do magistrado por pré-julgamentos, eis que a originalidade cognitiva do magistrado responsável pela instrução criminal estará amplamente resguardada pelo fato deste não ter tido contato prévio com a visão policial, nem com os argumentos formulados pela acusação, na medida em que existirá um juiz específico para decidir sobre as questões que adentram ou tangenciam o mérito na fase pré-processual.

Por fim, a conclusão a que chegamos é que a regra da prevenção como critério de fixação da competência é inconstitucional.

A uma porquê fere a imparcialidade - anteriormente dita justamente que é garantia essencial à atividade jurisdicional, além de princípio supremo do processo, de modo que inexiste devido processo legal sem a devida imparcialidade do julgador – que, apesar de

[262] SCHÜNEMAN, Bernd. Op. cit., p. 221.

a garantia a um julgamento imparcial não encontrar-se expressamente prevista em nossa Constituição, Gustavo Badaró assevera que esta é uma "garantia constitucional implícita"[263] e, portanto, violá-la significaria vilipendiar a própria Carta Republicana. Ademais, mesmo não estando expressamente prevista na Constituição Federal, a garantia a um julgamento imparcial encontra-se explícita na Convenção Americana de Direitos Humanos, que possui caráter materialmente constitucional por se tratar de tratado internacional que dispõe sobre direitos humanos. Sendo assim, a prevenção seria inconstitucional pelo fato de ofender a garantia a um julgamento imparcial.

A duas porquê pelo fato do julgador, durante a fase de investigação, emaranhar-se dos elementos informativos produzidos unilateralmente tanto pela polícia quanto pelo Ministério Público, ele já não mais possui a originalidade cognitiva necessária durante a instrução por justamente ter criado diversos pré-juízos que o induziram a uma imagem mental favorável às hipóteses acusatórias. Sendo assim, durante a instrução, momento em que são oportunizados o contraditório e a ampla defesa, ele ignora as informações dissonantes trazidas pela defesa, de modo que as provas produzidas no bojo do contraditório não passam de mera encenação, já que seu convencimento foi formado de forma antecedente à própria produção probatória. Dessa forma, entendemos que a prevenção, mesmo que de forma indireta, viola o princípio do contraditório, bem como seu corolário ampla defesa, e, por isso, não estaria adequada à ordem constitucional vigente.

Portanto, o fim da regra da prevenção como fator de definição da competência, além da instituição da figura do juiz de garantias, certamente colaborarão para que o processo penal brasileiro seja mais democrático, de modo a aproximar-se de um verdadeiro sistema acusatório. Entretanto, mesmo que isso aconteça, inúmeros ranços inquisitórios permanecerão, de modo que a luta por um *giusto processo* deverá permanecer, a fim de que o Estado Democrático de Direito seja efetivamente resguardado.

[263] BADARÓ, Gustavo (2014). Op. cit., p. 30.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 45, n. 179, jul/set de 2008. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496911>. Acesso em 14 de out. 2018.

DE OLIVEIRA, Daniel Kessler. **Razão e Emoção no Ato de Julgar: As Contaminações do Julgador e seus Pré-Julgamentos na Fase de Investigação Preliminar.** Trabalho publicado nos Anais do Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais, realizado no Rio Grande do Sul em 2012. Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/26.pdf>. Acesso em 13 out. 2018.

FENOLL, Jordi Nieva. La valoración de la prueba. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES Jr, Aury. **Juízes inquisidores? E paranoicos. Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 11, n. 127, p. 10-11, jun. 2003.

_____. **Direito processual penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio>. Acesso em: 26 de ago. 2018.

_____et RITTER, Ruiz. **Você sabe o que é efeito primazia no Processo Penal?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jul-29/limite-penal-voce-sabe-efeito-primazia-processo-penal>.Acesso em 22 nov. 2018.

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

MORAIS DA ROSA, Alexandre et LOPES JR., Aury. **Quando o juiz já sabia: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>. Acesso em 21 de novembro de 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis n^{os} 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **O processo penal como dialética da incerteza**. Disponível em <https://eugeniopacelli.com.br/o-processo-penal-como-dialetica-da-incerteza/>. Acesso em 12 out. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 153, p. 8-9, ago. 2005.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos**. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____; MARTINS, Rui Cunha; GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo. **Decisão judicial. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

SANTORO, Antonio E. R.; GONÇALVES, Rodrigo Machado *et* MINAGÉ, Thiago Miranda. **A garantia da imparcialidade *post factum* no direito processual penal brasileiro**.

_____. **Controle epistêmico sobre a interceptação das comunicações telefônicas e de dados: uma subversão dos papeis dos atores do sistema penal.** Trabalho publicado nos Anais do I Encontro de Internacionalização do CONPEDI, realizado em Barcelona (ESP), nos dias 08, 09 e 10 de outubro de 2014.

SCHÜNEMAN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

Legislação

Assembleia Geral da ONU. 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris. Disponível em <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em 17 de outubro de 2018

Brasil. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1.992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19 ago. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Brasília, DF: Senado, 2004. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>

Conselho da Europa. 1950. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Roma. Disponível em <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.> Acesso em 17 de outubro de 2018

Jurisprudência

AMÉRICA (Continente). CIDH, **Caso Castillo Petruzzi e outros v. Peru**, sentença de 30.05.1999, §1º. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>. Acesso em 14 out. 2018.

AMÉRICA (Continente). Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Apitz Barbera v. Venezuela**. 5 de agosto de 2008. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf>. Acesso em 04 nov. 2011.

AMÉRICA (Continente). Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Herrera-Ulloa v. Costa Rica**. 02 de julho de 2004. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_ing.pdf>. Acesso em 04 de novembro de 2011.

AMÉRICA (Continente). CIDH, **Caso Baruch Ivcher vs. Peru**, sentença de 06.02.2001. §3º Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_74_ing.pdf>. Acesso em 16 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n º 81.963**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 28 out. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus. Constrangimento ilegal. *HC nº*

86.933/RJ. Brasília, DF. 17 de agosto de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 94641/BA**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ: 06/03/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 112121/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki DJ: 10/02/2015.

EUROPA (Continente). Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso De Cubber v. Belgium (Application no. 9186/80)**. §7-14. 14 de setembro de 1987. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465>. Acesso em 03 nov. 2018.

EUROPA (Continente). Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso Hauschildt v. Denmark (Application no. 10486/83)**. §10-27.. 24 de maio de 1989. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57500. Acesso em 03 nov. 2018.