

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A EFICÁCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO:  
A BUSCA PELA PROTEÇÃO DA IMPARCIALIDADE OBJETIVA

YASMIN GONÇALVES PROENÇA DE MATTOS

RIO DE JANEIRO  
2017 / 1º Semestre

YASMIN GONÇALVES PROENÇA DE MATTOS

A EFICÁCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:  
A BUSCA PELA PROTEÇÃO DA IMPARCIALIDADE OBJETIVA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

RIO DE JANEIRO

2017 / 1º Semestre

## CIP – Catalogação na Publicação

G635e      Gonçalves Proença de Mattos, Yasmin  
A eficácia do juiz das garantias no processo penal brasileiro: a busca pela proteção da imparcialidade objetiva / Yasmin Gonçalves Proença de Mattos. -- Rio de Janeiro, 2017.  
63 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Juiz das garantias. 2. Sistema acusatório. 3. Imparcialidade. 4. Garantias fundamentais. 5. Dissonância cognitiva. I. Ramires Santoro, Antonio Eduardo, orient. II. Título.

CDD: 341.4333

YASMIN GONÇALVES PROENÇA DE MATTOS

A EFICÁCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:  
A BUSCA PELA PROTEÇÃO DA IMPARCIALIDADE OBJETIVA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO  
2017 / 1º Semestre

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus por me guiar e possibilitar essa conquista.

À minha família, por todo o suporte, incentivo e ensinamentos.

À minha amiga Sílvia, pela amizade sincera e ajuda em todos os momentos. A graduação seria muito sem graça sem você.

Ao meu namorado Eduardo, pelo amor, paciência e confiança em minha capacidade.

Ao meu grande amigo, Iago, por ter sido meu companheiro em todos os momentos da vida, principalmente nesta graduação. Você foi minha terapia, agradeço de coração.

Ao meu orientador, Professor Antonio Santoro, pelos ensinamentos que vão além da vida acadêmica, por despertar meu interesse em Processo Penal e por aceitar a missão de me orientar.

## RESUMO

A presente monografia aborda o instituto do juiz das garantias criado pelo projeto de reforma do Código de Processo Penal e sua relação com a imparcialidade objetiva do juiz. Para tanto, será feito um estudo interdisciplinar, com fundamentos do Direito Processual Penal, Direito Constitucional e Psicologia. Primeiramente, serão apresentados os sistemas processuais penais, as respectivas características de seus juízes e a conjuntura do atual Código de Processo Penal, que se mostra incompatível com a Constituição. Após, será tratada a imparcialidade em seu viés subjetivo e objetivo, seu tratamento no Brasil e nos diplomas internacionais e a diferença em relação à neutralidade. No terceiro capítulo, será exposto o instituto do juiz das garantias, a intenção legislativa presente na exposição de motivos, suas características, bem como as críticas feitas ao projeto de lei. Por fim, será realizada uma análise com base em estudos psicológicos que reconhecem a importância do afastamento do juiz em relação à fase pré-processual, destinada à investigação, a fim de garantir a imparcialidade em um Estado democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Sistema acusatório; Juiz das garantias; Imparcialidade; Garantias fundamentais; Dissonância cognitiva.

## ABSTRACT

This present essay discusses the judge of guarantees institute created by the reformative Project of Code of Criminal Procedure and its connection with the objective impartiality of the judge. To do so, this paper is going to present an interdisciplinary study based on Criminal Procedure, Constitutional Law and Psychology. First, the procedural systems, its judge's characteristics and the current conjuncture of the Code of Criminal Procedure, which is unsuitable to Brazilian Constitution, will be introduced. The next chapter will bring the attention to the subjective and objective bias of the impartiality, how impartiality is put in practice in Brazil and other countries, and its difference to neutrality. Later, it will be presented the judge of guarantees institute, the legislative intention to show the reasons, its characteristics, and some critics about the bill. At the end, based on psychologic studies, an analysis will demonstrate the importance of the judge to step aside during the investigation phase, to preserve the impartiality of the democratic State based on the rule of the law.

**Keywords:** Accusatory system; Judge of guarantees; Impartiality; Fundamental guarantees; Cognitive dissonance.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1. BREVE HISTÓRICO ACERCA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS</b> .....	12
1.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO E O JUIZ ESPECTADOR.....	13
1.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITÓRIO E O JUIZ ATOR.....	14
1.3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO.....	16
1.4 CRÍTICAS AO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO ATUAL.....	18
<b>2. IMPARCIALIDADE: ELEMENTO FUNDAMENTAL DA FUNÇÃO JURISDICIONAL</b> .....	24
2.1 A GARANTIA DA JURISDIÇÃO OU JURISDICIONALIDADE E O PAPEL DO JUIZ.....	24
2.2 IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE.....	25
2.3 A IMPORTÂNCIA DA IMPARCIALIDADE PARA A FUNÇÃO JURISDICIONAL....	26
2.3.1 Imparcialidade segundo os diplomas internacionais: imparcialidade objetiva e subjetiva do julgador.....	27
2.3.2 Regras de impedimento, suspeição e incompatibilidade.....	30
2.3.3 A regra da prevenção.....	33
<b>3. JUIZ DAS GARANTIAS: INSTITUTO PRESENTE NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL</b> .....	37
3.1 A INTENÇÃO LEGISLATIVA.....	37
3.1.1 Princípio acusatório.....	38
3.1.2 Otimização da atuação jurisdicional criminal.....	40
3.1.3 Distanciamento do juiz do processo.....	42
3.2 CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO.....	43
3.2.1 Garantidor dos direitos fundamentais.....	43
3.2.2 Controlador da investigação criminal e da matéria probatória.....	44

3.3 PRINCIPAIS CRÍTICAS AO PROJETO DE LEI.....	45
3.3.1 A contradição presente no artigo 15.....	45
3.3.2 Instâncias recursais.....	47
3.3.3 Aumento orçamentário.....	47
3.3.4 Inconsistência científica.....	48
3.4 DISTANCIAMENTO DO JUIZ SEGUNDO A PSICOLOGIA.....	49
3.4.1 Teoria da Dissonância Cognitiva de Leon Festinger.....	51
3.4.2 Análise de Bernd Schünemann.....	53
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>59</b>

## INTRODUÇÃO

O instituto do Juiz das Garantias está entre os temas mais polêmicos do Projeto que propõe a reforma do Código de Processo Penal, que se encontra em tramitação desde 2009. Trata-se de reprodução da mudança de um código predominantemente inquisitivo para um código predominantemente acusatório.

A psicologia esclarece que o contato do juiz do processo com a investigação pode provocar um investimento psíquico na função inquisitiva, gerando concepções que, em um primeiro momento, poderão ser internalizadas e posteriormente podem se manifestar de maneira que o magistrado mantenha a linha de pensamento criada na investigação. Desse modo, é certo afirmar que a atuação desse juiz na investigação pode prejudicar a imparcialidade no processo. O juiz das garantias, então, ficaria responsável pela fase pré-processual, de maneira que o juiz do processo não possua contato com o material produzido na investigação.

Assim, a função do juiz das garantias é o cumprimento da legalidade, impossibilitando atos arbitrários dos atores da investigação, importando-lhe não só o rol de determinações descritas no artigo 14, mas todas as medidas que tutelem a proteção das garantias do cidadão relativas ao exercício dos direitos fundamentais e das liberdades na etapa da investigação, da maneira mais imparcial possível.

A imparcialidade se refere à posição de terceiro que o juiz ocupa no processo, se mantendo alheio aos interesses das partes. Dessa forma, essa imparcialidade está prejudicada quando o julgador demonstra alguns sinais de que já decidiu o caso.

Portanto, a instituição do juiz das garantias pretende proporcionar um julgamento mais justo, se revelando como meio eficaz e confiável para reduzir os danos que o envolvimento do juiz com o caso penal pode ocasionar para a defesa do réu.

De acordo com a exposição de motivos do projeto de reforma, as garantias individuais obviamente não são favores do Estado, sendo a observância condição irrecusável. Portanto, em um país democrático, deve haver considerável aceitação a este instrumento processual, fazendo-se necessário diminuir cada vez mais os resquícios inquisitórios do Código de Processo Penal brasileiro atual, projetado no período do Estado Novo.

Dessa maneira, no presente trabalho se objetivou a verificar se a presença do Juiz das Garantias no projeto de Novo Código de Processo Penal seria eficaz na proteção da imparcialidade objetiva ou se existem impedimentos para a plena eficácia do instituto no Brasil. Essa verificação foi feita a partir da observação do texto legal do projeto, do estudo sobre a teoria que envolve a questão da imparcialidade e seu tratamento no Brasil e da análise de teoria e experimentos psicológicos.

Para tanto, esta monografia foi estruturada em três capítulos, sendo que no primeiro capítulo apresentou-se um estudo breve sobre a história dos sistemas processuais penais, momento em que se analisou o sistema processual penal acusatório, inquisitório, misto e as atuações dos respectivos juízes em cada um desses sistemas. Ao final, foram apresentadas algumas críticas ao sistema processual penal brasileiro atual.

No segundo capítulo, fez-se uma análise acerca da imparcialidade como um elemento fundamental da função jurisdicional e tratou-se da importância da garantia da jurisdicionalidade, bem como da necessária diferenciação entre imparcialidade e neutralidade, conceitos muitas vezes confundidos.

Após, examinou-se a relevância da imparcialidade para a função jurisdicional, e, inserido nesse tema, a imparcialidade conforme a visão dos diplomas internacionais, considerando os conceitos de imparcialidade subjetiva e objetiva. Pontuou-se, ainda, as regras de impedimento, suspeição e incompatibilidade, além da regra da prevenção.

Por fim, no terceiro capítulo, trabalhou-se especificamente o juiz das garantias, conceituando o instituto a partir da intenção legislativa e dos objetivos conforme a exposição de motivos e caracterizando a proposta. Posteriormente, citou-se as principais críticas feitas ao projeto de lei, como a contradição disposta no artigo 15 do texto legal do projeto, o problema das instâncias recursais, a possibilidade de aumento orçamentário e a “inconsistência científica” que baseia a criação do instituto. Ademais, fez-se um estudo sobre o distanciamento do juiz de acordo com a visão da psicologia, tratando de análises experimentais.

Assim sendo, a presente monografia pretende contribuir para a pesquisa do assunto, que é relativamente novo, com maior profundidade. Acredita-se que, assim, haverá o incentivo ao debate acerca da reforma processual penal, necessária em nosso Estado Democrático de direito.

## 1. BREVE HISTÓRICO ACERCA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Faz-se necessário, primeiramente, analisar o conceito de sistema processual penal para melhor compreender o seu histórico. Sistema processual penal é a união de princípios e regras constitucionais compatíveis com o momento político de cada Estado, que determina as normas a serem obedecidas com o intuito de aplicar o direito penal a cada caso concreto.

O Estado deve tornar a ordem normativa penal eficaz, garantindo a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos por meio do processo, que pode se validar, em princípio, de duas maneiras: a inquisitiva e a acusatória. Os fundamentos que estabelecem a presença dos sistemas processuais estão associados aos sujeitos do processo e à forma como procedem, além da relação que se constitui entre o juiz e a procura de informações sobre o fato.

A estrutura do processo penal sofreu mudanças no decurso dos séculos, conforme o predomínio da ideologia punitiva ou libertária, além da influência pelo contexto político, social e constitucional. Entende-se que o sistema processual vigente se modifica em conformidade com os anseios do direito penal e do Estado em questão, funcionando como um indicador de elementos democráticos ou autoritários da Constituição. Dessa forma, é fundamental realizar um estudo acerca dos sistemas já conhecidos ao longo da história do Direito a fim de identificar de modo exato a verdadeira função do juiz no processo penal.

Ressalte-se que o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, de maneira gradual, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com totalidade até o final do século XVIII, momento em que as mobilizações sociais e políticas provocaram uma mudança de rumos.

Conforme explica Geraldo Prado<sup>1</sup>:

Com efeito, como assinala Cordero – e também James Goldschmidt – “as regras do jogo” distinguem o processo acusatório do inquisitório. Este último se satisfaz com o resultado obtido de qualquer modo, pois nele prevalece o objetivo de realizar o direito penal material, enquanto no processo acusatório é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir que define o horizonte do mencionado processo.

---

<sup>1</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 172.

Os sistemas acusatório e inquisitivo são indicados pela doutrina tradicional como notáveis orientadores do processo penal, apresentando como principal diferença entre eles a separação das funções de acusar e julgar. Assim sendo, a noção é a de que no sistema inquisitivo o mesmo órgão encarregado de apresentar a acusação seria responsável por seu julgamento, enquanto que, no sistema acusatório, essa atribuição seria dada a vários sujeitos. Atualmente, observamos, segundo alguns autores, o sistema misto, que mesclou os atributos dos dois anteriores na divisão do processo em duas fases.

Convém salientar que, para designar o núcleo que define um sistema processual penal, além da separação formal das funções de acusar e julgar, importa também o comportamento exigido do magistrado, que pode agir como ator ou como espectador.

### 1.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO E O JUIZ ESPECTADOR

O sistema processual penal acusatório, que se originou do direito grego e predominou até o século XII pode ser definido como o sistema em que autor e réu se encontram em paridade. O juiz, por sua vez, se sobrepõe às partes do processo, como órgão imparcial de aplicação da lei, sendo o titular da jurisdição. Assim, é a separação de funções e gestão da prova na mão das partes e não do juiz, que estabelece as condições para a imparcialidade se efetivar.

Em processos do sistema acusatório, nota-se um respeito maior pelo acusado, resguardando-lhe as garantias fundamentais. O titular do poder de julgar adota uma posição passiva em relação à atuação das partes e, dessa forma, o indivíduo deixa de ser um simples objeto de investigação e se torna sujeito processual. Preservam-se, então, condições básicas do réu, o qual passa a ter não somente obrigações, mas também direitos e garantias fundamentais.

O princípio da publicidade dos atos processuais rege o processo, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos. O procedimento é, em regra, oral e orientado por princípios do contraditório e da ampla defesa. Importante destacar a possibilidade de impugnar decisões, além da existência do princípio do duplo grau de jurisdição. Quanto ao sistema de provas, o juiz acusatório é um espectador a quem se confia a função de valorar a prova de maneira justa. Admite-se, portanto, o livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser fundamentada com base nas provas dos autos. Desse modo, o juiz é livre em seu julgamento, sem, entretanto, se distanciar das informações contidas no processo.

No processo grego, os juízes comportavam-se como árbitros no julgamento, razão pela qual o silêncio predominava no desenrolar do processo. Além disso, os magistrados estavam vinculados às petições elaboradas pelas partes, as quais eram encarregadas de verificar a autenticidade de seus argumentos.

É essencial salientar que a posição do juiz é crucial nesta estrutura processual, uma vez que quando o sistema mantém o juiz afastado da iniciativa probatória, assegura-se a estrutura dialética, o equilíbrio processual e, principalmente, a imparcialidade do julgador. Assim sendo, realizando uma interpretação à luz da Constituição, constata-se que a aplicação das regras do devido processo penal garante tratamento apropriado e decente para o acusado.

Nas palavras de Rômulo de Andrade Moreira<sup>2</sup>:

Dentro desta perspectiva, o Sistema Acusatório é o que melhor encontra respaldo em uma democracia, pois distingue perfeitamente as três funções precípuas em uma ação penal, a saber: o julgador, o acusador e a defesa. Tais sujeitos processuais devem estar absolutamente separados (no que diz respeito às respectivas atribuições e competência), de forma que o julgador não acuse, nem defenda (preservando a sua necessária imparcialidade), o acusador não julgue e o defensor cumpra a sua missão constitucional de exercer a chamada defesa técnica.

Na Europa, após o período da Idade Média, prevaleceram formas procedimentais mistas, uma vez que junto com a estrutura remanescente do processo acusatório, preponderou o processo inquisitivo, o qual concedia muitos poderes de investigação ao julgador. Apenas na época contemporânea, há uma propensão de adotar um sistema acusatório, afastando o juiz da investigação, cabendo-lhe somente atos de jurisdição.

## 1.2 SISTEMA PROCESSUAL PENAL INQUISITÓRIO E O JUIZ ATOR

O sistema acusatório predominou até o século XII, não havendo processos sem acusador apto e legítimo. As transformações aconteceram ao longo do século XII até o XIV, momento em que o sistema acusatório foi sendo gradativamente substituído pelo inquisitório. No processo penal canônico, principal modelo, o sistema inquisitório foi instituído para defender os interesses da Igreja Católica e combater os hereges. Formou-se um novo paradigma

---

<sup>2</sup> MOREIRA, Rômulo De Andrade. **Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96**: A competência por prevenção na interceptação telefônica e de dados. 1 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P. 423-434.

metodológico em matéria processual na Europa, que se propagou pelo resto do mundo, norteados pelo crescimento do direito de poder punitivo e da liberdade investigatória ao julgador.

A insatisfação com o sistema acusatório fez com que os juízes invadissem, cada vez mais, as atribuições dos acusadores, de forma a concentrar as funções de acusar, defender e julgar nas mãos dos próprios magistrados. Essa atuação mais livre somada aos poderes instrutórios do julgador são considerados o fundamento do sistema inquisitório.

Dessa forma, percebe-se que não existia dialeticidade, contraditório, ampla defesa e sequer imparcialidade, visto que um mesmo indivíduo, que inclusive podia iniciar de ofício a acusação, decidia com base na prova que ele mesmo buscou e produziu. Em linhas gerais, o que se presenciou nesse sistema foi uma diminuição da salvaguarda das garantias do acusado, que foi considerado como um inimigo a ser derrotado na maioria dos processos.

Nesta seara, vale mencionar que:

A acumulação das funções de acusar e julgar, que decerto estão na essência do sistema inquisitório, não são sua única característica. A infalibilidade do inquisidor, fundamento que o investia de poderes para alcançar a verdade – equiparada à realidade –, implicava na inevitável assunção de uma posição ativa no processo.<sup>3</sup>

Em relação às provas, vigorava o sistema legal de valoração, o qual instituíam valores diferentes a elas, hierarquizando-as. A confissão era considerada a prova mais importante, motivo pelo qual, muitas vezes, se recorria à tortura do acusado, que estava sujeito a admitir fatos que tampouco eram cogitados na denúncia.

Todo o desenvolvimento processual era pautado pela comprovação da culpa. Portanto, é notória a busca incessante do juiz inquisidor por uma verdade real, ou seja, a única verdade existente. A sentença não produzia coisa julgada e a prisão no decorrer do processo era a regra, com a justificativa de que todo acusado prejudicava a busca da verdade.

O juiz atuava como investigador unilateral e aplicava a pena examinando as circunstâncias objetivas e subjetivas do crime, como a conduta do réu anterior e posterior ao

---

<sup>3</sup> SANTORO, A. E. R. et al. **Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96**: Grupo de pesquisa "o sistema penal sob olhar crítico" na FND/UFRJ e UCP: o Princípio da Imparcialidade na interceptação das comunicações telefônicas. 1 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P. 522.

fato, além de considerar sua personalidade. O processo era escrito e secreto, confrontando a publicidade, abolida na Inquisição. Ocorreu também uma paulatina desvalorização da defesa, uma vez que não se presenciavam os debates entre acusador e acusado.

Isto posto, nas palavras de Aury Lopes Jr<sup>4</sup>: “Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.”. Assim sendo, constata-se que tal sistema processual não é compatível com os direitos e garantias constitucionais de um Estado democrático de Direito.

Ademais, o Estado não poderia desprezar direitos inerentes ao ser humano, devendo tornar essenciais normas que assegurem os direitos fundamentais de um indivíduo em oposição ao poder estatal. Junte-se a isso o fato de que a Revolução Francesa concebeu o modelo ideal para todos os que batalharam pela própria emancipação e pela libertação de seu povo, o que estabeleceu a ideologia de garantias dos indivíduos em relação ao Estado. Logo, a partir deste momento, despontou-se uma necessidade imprescindível de mudança na sistemática processual penal, prevalecendo as convicções de um sistema acusatório.

Segundo Renato Brasileiro<sup>5</sup>:

Por essas características, fica evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº 1).

O sistema inquisitório prevaleceu até o final do século XVIII, início do XIX, período em que a nova conjectura, que estava surgindo, de enaltecimento do homem e de movimentos filosóficos e racionalistas, começou a refletir no processo penal. Inicia-se, nesse momento, a lenta transição para o sistema misto, o qual se prolonga até o presente.

### 1.3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO

---

<sup>4</sup> JR., Aury Lopes. **Direito processual penal**: 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 42.

<sup>5</sup> LIMA, Renato Brasileiro De. **Manual de Processo Penal**: Volume único. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 39.

O sistema misto começou a se expandir pela Europa Continental após a Revolução Francesa, sendo o sistema utilizado atualmente em países da Europa e da América Latina. É constituído pela reunião dos sistemas anteriores, sendo um procedimento caracterizado pela divisão do processo em duas grandes fases, quais sejam, a fase de instrução preliminar e a fase acusatória. Existe, na primeira, um processo secreto, escrito e sem contraditório, ou seja, características típicas do modelo inquisitivo e, na segunda, a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais e a livre apreciação das provas.

Cabe ressaltar que a presença desses modelos em um só processo é uma herança antiga deixada não somente no sistema brasileiro. A natureza mista se originou do Código Napoleônico de 1808, que unia características dos sistemas acusatório e inquisitivo, em duas fases: uma pré-processual inquisitória e outra processual, aparentemente acusatória, a qual se deveria considerar os preceitos do sistema e o princípio acusatório.

Segundo Aury Lopes Jr<sup>6</sup>, esse pensamento tradicional de sistema misto deve ser revisado porque

é reducionista, na medida em que atualmente todos os sistemas são mistos, sendo os modelos puros apenas uma referência histórica;  
Por ser misto, é crucial analisar qual o núcleo fundante para definir o predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, se o princípio informador é o inquisitivo (gestão da prova nas mãos do juiz) ou acusatório (gestão da prova nas mãos das partes);

Conclui-se, dessa maneira, que não existe um princípio misto, uma vez que os sistemas devem ser particularizados por um princípio unificador, que estabelece um núcleo puro. O sistema misto, portanto, simboliza uma essência inquisitória ou acusatória. Da mesma forma, não há que se considerar o inquérito policial como referência para designar o sistema processual penal, uma vez que se trata de uma fase pré-processual, não sendo, por óbvio, processo.

Devido à lógica anteriormente exposta, é comum encontrar argumentos no sentido de que o sistema brasileiro é misto, visto que, teoricamente, o inquérito é inquisitório e a fase processual é acusatória. No entanto, nota-se que seu núcleo fundante se distancia do princípio acusatório propriamente dito, sendo essencialmente inquisitório.

---

<sup>6</sup> JR., Aury Lopes. **Direito processual penal**: 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 45.

## 1.4 CRÍTICAS AO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO ATUAL

A Constituição Federal, embora não expressamente, adotou o sistema acusatório no processo penal ao estabelecer o princípio do juiz natural<sup>7</sup>, a igualdade entre as partes, a ampla defesa<sup>8</sup>, a publicidade dos processos<sup>9</sup>, a presunção de inocência do acusado<sup>10</sup> e ao designar o Ministério Público como formulador da acusação<sup>11</sup>. Ainda, não poderia ser outra senão a escolha de uma construção processual que elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república<sup>12</sup>. Dessa forma, fazia-se necessária a escolha de uma arquitetura processual capaz de reconhecer no acusado um sujeito de direitos, tendo por consequência natural o rechaço de qualquer sistema que o tratasse como mero objeto de investigação.

Entretanto, existem entendimentos divergentes na doutrina, no sentido de que se aderiu, na verdade, o sistema misto ou, ainda, o inquisitivo.

Nas palavras de Aury Lopes Jr<sup>13</sup> .:

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

Por outro lado, como já mencionado, há quem entenda que o Código de Processo Penal de 1941<sup>14</sup>, na sua forma original, foi influenciado pelo sistema misto, visto que apesar de separar

<sup>7</sup> 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 júízo ou tribunal de exceção;

8 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;

9 LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

10 LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

<sup>11</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

12 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>13</sup> JR., Aury Lopes. **Direito processual penal**: 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 47.

<sup>14</sup> Em 1941, o Brasil estava submetido à ditadura de Getúlio Vargas, que outorgou a Constituição de 1937, criada às pressas e inspirada nas constituições fascistas da Itália e Polônia. O Código de Processo Penal de 1941 trouxe consigo as características de um regime totalitário, ao contrário do que dispõe a exposição de motivos: “Se ele não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais”. HONORIS

as funções de acusar e julgar, de adotar o contraditório e a defesa técnica, mantinha procedimentos de ofício e poderes ao juiz na fase de investigação.

Segundo o autor supracitado<sup>15</sup>:

A noção de que a (mera) separação das funções de acusar e julgar seria suficiente e fundante do sistema acusatório é uma concepção reducionista, na medida em que de nada serve a separação inicial das funções se depois se permite que o juiz tenha iniciativa probatória, determine de ofício a coleta de provas (v.g. art. 156), decreete de ofício a prisão preventiva, ou mesmo condene diante do pedido de absolvição do Ministério Público (problemática do art. 385);

No curso da investigação criminal, segundo a essência do sistema acusatório, a separação entre os perseguidores do suposto criminoso e o magistrado imparcial necessita ser ainda mais presente. O papel do juiz não é o de provocador da sua própria jurisdição, nem o de investigador. Ao magistrado compete coibir quaisquer intromissões de agentes públicos nas liberdades dos investigados que se mostrem indevidas, desproporcionais ou irrazoáveis, ao mesmo tempo em que deve cuidar para não paralisar a atuação das polícias e do Ministério Público, e tampouco substituí-los no desempenho de suas funções.

O artigo 156 do CPP, com a redação que lhe foi dada em 2008, apresenta-se assim como um desacerto legislativo ao consentir ao Poder Judiciário uma intromissão inesperada nas atribuições da polícia e do MP, outorgando-lhe funções anômalas com notável prejuízo daquelas que lhe são precípuas.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Ademais, os artigos 311, 242 e 385 do Código de Processo Penal também possuem viés inquisitivo:

---

CAUSA. **Exposição de motivos do código de processo penal.** Disponível em: <[http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf)>. Acesso em: 02 mar. 2017.

<sup>15</sup> JR., Aury Lopes. **Direito processual penal:** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 45.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Conforme as palavras de Aury Lopes Jr<sup>16</sup>:

O processo penal acusatório caracteriza-se, portanto, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo (por isso de nada serve a separação inicial das funções se depois permite-se que o juiz atue de ofício na gestão da prova, determine a prisão de ofício etc.) para garantia da imparcialidade (juiz que vai atrás da prova está contaminado, prejuízo que decore dos pré-juízos, como veremos no próximo capítulo) e efetivação do contraditório. A posição do julgador é fundada no *ne procedat iudex ex officio*, cabendo às partes, portanto, a iniciativa não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção da prova. É absolutamente incompatível com o sistema acusatório (também violando o contraditório e fulminando com a imparcialidade) a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, como, por exemplo, a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício (Art. 311); a decretação, de ofício, da busca e apreensão (art. 242); a iniciativa probatória a cargo do juiz (art. 156); a condenação do réu sem pedido do Ministério Público, pois isso viola também o Princípio da Correlação (Art. 385); e vários outros dispositivos do CPP que atribuem ao juiz um ativismo tipicamente inquisitivo. Todas essas práticas – incompatíveis com o papel do julgador – também ferem de morte a imparcialidade, pois a contaminação e os pré-julgamentos feitos por um juiz inquisidor são manifestos. Entendemos que a Constituição demarca o modelo acusatório, pois desenha claramente o núcleo desse sistema ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (Art. 129), exigindo a separação das funções de acusar e julgar (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo) e, principalmente, ao definir as regras do devido processo no art. 5º, especialmente na garantia do juiz natural (e imparcial, por elementar), e também inciso LV, ao fincar o pé na exigência do contraditório.

Do mesmo modo, devem ser declarados incompatíveis com a Constituição os dispositivos que aproximem o juiz do ativismo persecutório, como o art. 5º, I, do CPP, que permite ao juiz solicitar a abertura de inquérito policial, formando antecipadamente seu convencimento sobre autoria e materialidade antes de iniciado o processo, e como o art. 3º da Lei nº 9.296/96, que permite a decretação de interceptações telefônicas de ofício:

Art. 5º. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

<sup>16</sup> JR., Aury Lopes. **Direito processual penal**: 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 44-45.

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Na lição de Geraldo Prado<sup>17</sup>:

A posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se na ideia 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.

Destarte, percebe-se que o réu não encontra o Juiz Natural que lhe foi garantido pela Constituição, mas sim um juiz inquisidor que pode inclusive selecionar o direito a ser aplicado mesmo que seja de opinião divergente a do acusador<sup>18</sup> e escolher novas provas ainda que não levadas aos autos pela parte acusadora.

Nesse contexto, nota-se que a estrutura legal brasileira ainda possui fragmentos próprios de um sistema inquisitivo, uma vez que atribuem poderes instrutórios ao magistrado. Por representarem a quebra da igualdade, do contraditório e da própria dialética do processo, esses dispositivos devem ser removidos dos Códigos e das leis extravagantes, para que os preceitos superiores da Constituição Federal sejam melhor representados. Logo, é imprescindível rejeitar o juiz “multiforme”, titular de múltiplas funções no desenvolvimento da persecução penal.

Destaca-se que a Constituição de 1988 estabelece um processo penal acusatório, baseado no contraditório, na ampla defesa, na igualdade entre as partes, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal, em contraposição ao sistema inquisitório, o qual a concessão de poderes instrutórios ao juiz é um de seus corolários. O obstáculo se encontra, portanto, em examinar a ausência de compatibilidade entre a sistemática prevista no Código de Processo Penal de 1941 e da Constituição, o que leva a reconhecer que os dispositivos do Código de natureza inquisitória são inconstitucionais e devem ser rechaçados.

<sup>17</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. P. 179.

<sup>18</sup> Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Dessa maneira, é necessário fazer uma “filtragem constitucional”<sup>19</sup> dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório e, conseqüentemente, uma releitura sob a ótica da Constituição da República.

Assim pensa Renato Brasileiro<sup>20</sup>:

É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro. De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988.

Assim sendo, conforme demonstrado, percebe-se que o sistema processual penal brasileiro atual se afasta de um processo conduzido pelos preceitos do princípio acusatório, pois muitos poderes foram mantidos aos magistrados. Entretanto, isso não deve prosperar em um processo garantidor de direitos fundamentais. O processo não pode se condicionar ao interesse do julgador em extrair o que pretende da prova, em determinar medidas de prova, em realizar diligências de ofício, prejudicando, dessa maneira, princípios fundamentais como o contraditório e, principalmente, a garantia da imparcialidade.

Nas palavras de Aury Lopes Jr<sup>21</sup>:

Todas essas questões giram em torno do tripé sistema acusatório, contraditório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. Portanto, pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo.

Enquanto houver influência inquisitória, dificilmente se poderá ter uma efetiva alteração no sistema processual penal brasileiro. Isto posto, de forma a permitir a imparcialidade do juiz,

---

<sup>19</sup> Todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz da Constituição. Assim, ela deve ser o parâmetro para o estudo e interpretação de todos os ramos do direito.

<sup>20</sup> LIMA, Renato Brasileiro De. **Manual de Processo Penal**: Volume único. 4ed. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 48.

<sup>21</sup> JR., Aury Lopes. **Direito processual penal**: 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 48-49.

é essencial que se mantenha a separação de funções e que a iniciativa probatória esteja sempre nas mãos das partes.

## 2. IMPARCIALIDADE: ELEMENTO FUNDAMENTAL DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

### 2.1 A GARANTIA DA JURISDIÇÃO OU JURISDICIONALIDADE E O PAPEL DO JUIZ

Segundo Ferrajoli, a garantia da jurisdicionalidade é a principal dentre as garantias processuais existentes. Sob o viés dos axiomas e princípios garantistas, trata-se do axioma A7, “*nulla culpa sine iudicio*”<sup>22</sup>, expressando, em seu sentido amplo, a inexistência de culpa, de pena, crime, sentença e de processo penal na ausência de jurisdição. Já em sentido estrito, traduz falta de acusação, de provas e de defesa.

A aplicação da lei penal apenas é realizável por meio de um exercício prévio da função jurisdicional penal pelo Poder Judiciário. Alguns incisos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 comprovam essa ideia:

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:

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A garantia da jurisdição, ainda, significa a existência de um juiz imparcial, natural e empenhado em cumprir a Constituição de maneira eficaz. Dessa forma, em um Estado Democrático de Direito, o processo penal não pode mais ser considerado um instrumento em prol do poder punitivo, e sim como legitimador da aplicação de uma pena. Exige-se um redimensionamento do papel do julgador, que deve ter como principal incumbência a salvaguarda dos direitos fundamentais. Como expõe Aury Lopes Jr<sup>23</sup>:

<sup>22</sup> Não há culpa sem processo.

<sup>23</sup> JR., Aury Lopes. **Direito processual penal**: 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 62.

O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.

Assim sendo, o juiz deve atuar de acordo com o seu papel indispensável na relação processual, não se posicionando no lugar de uma das partes. Somente o afastamento do julgador viabiliza a garantia de direitos do acusado, uma vez que possibilita a real gestão das provas. Ademais, é necessário salientar que limitar a atuação do juiz tem como importante finalidade preservar a imparcialidade deste, legitimando a relação jurídica processual e a validade do processo.

## 2.2 IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE

No século XVIII havia o ideal de que a postura imparcial do magistrado presumia neutralidade, uma vez que o juiz exercia função equivalente a um autor de conhecimento científico. Dessa forma, deveria ser distanciado de sua comunidade, estando livre para utilizar sua total racionalidade na decisão.

Entretanto, é notória a inserção do juiz em um contexto social, sendo impossível imaginá-lo isolado do mundo, desprovido de emoções e valores, pois o ato de julgar implica em interpretações de leis, de fatos e tomadas de posição. Assim, a neutralidade é incompatível com a subjetividade, maior característica do julgamento. Conforme os ensinamentos de André Machado Maya<sup>24</sup>:

Assim, a neutralidade, compreendida como a ausência de valores, de ideologias, apresenta-se como uma utopia, algo inalcançável diante da essência do homem, ser humano constituído por razão e emoção, cujo psiquismo se estrutura, segundo a teoria psicanalítica de Freud, pela combinação de três diferentes fatores: os hereditário-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 estruturação psíquica de qualquer pessoa.

---

<sup>24</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 71.

Dessa forma, por mais que o sujeito controle seus pensamentos e deliberações, não é possível policiar os aspectos inconscientes. As conclusões do magistrado não podem ser obtidas simplesmente por critérios controláveis por sua inteligência, pois elas não ficam imunes à interferência do inconsciente.

E, ainda, segundo o autor<sup>25</sup>

Por tudo isso, afigura-se mais apropriada a consciência da impossibilidade de uma atuação jurisdicional neutra, como forma de permitir ao magistrado o exercício mais responsável do seu livre convencimento, fazendo uso da motivação racional sem refugiar-se sob a máscara de fórmulas meramente objetivas ou sob a mera transcrição de textos legais.

Cabe destacar, então, que ser neutro não se confunde com ser imparcial, que se define simplesmente por não pugnar pelo interesse de uma das partes. Importante ressaltar que a exigência de imparcialidade na figura do juiz representa muito mais do que uma garantia individual do acusado. É, principalmente, um pressuposto de legitimação da prestação jurisdicional e de validade do processo, posto que a não separação das tarefas de acusação, instrução e julgamento inviabiliza uma relação jurídica processual válida.

Desse modo, o julgador possui a possibilidade de ser imparcial, baseado nas garantias constitucionais que asseguram sua independência, porém, não consegue ser neutro devido às constantes dependências que norteiam sua consciência e que o fazem interagir com a sociedade.

### 2.3 A IMPORTÂNCIA DA IMPARCIALIDADE PARA A FUNÇÃO JURISDICIONAL

A essência da atividade jurisdicional depreende que seu titular não pode ser, ao mesmo tempo, parte no conflito que se sujeita à sua apreciação. Assim, a imparcialidade constitui valor que se traduz na ideia de que o juiz deve se colocar como um terceiro desinteressado, acima dos interesses em conflito.

---

<sup>26</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 62.

Cabe destacar que a imparcialidade pressupõe igualdade, agregando noções de justiça e equidade, e, além disso, guarda relação com o processo penal acusatório e democrático, uma vez que as funções de acusar e julgar são atribuídas a sujeitos diferentes. Pertence ao magistrado, portanto, a tutela do devido processo legal e dos demais direitos fundamentais do acusado.

Assim destaca Aury Lopes Jr:

A imparcialidade (*terzietà*) é o alheamento, um estado isenção do juiz – estar alheio – aos interesses das partes na causa. Ao seu lado, Ferrajoli destaca a independência, vista como a sua exterioridade ao sistema político e, num sentido mais geral, como a exterioridade a todo sistema de poderes. O juiz não tem porque ser um sujeito representativo, posto que nenhum interesse ou vontade que não seja a tutela dos direitos subjetivos lesados deve condicionar seu juízo, nem sequer o interesse da maioria, ou inclusive da totalidade dos lesados.

Para exercer o seu papel de garantidor, o juiz deve ser um sujeito imparcial, que atua sem o interesse pessoal das partes, afastado delas e do objeto do processo. Nas palavras de Geraldo Prado<sup>26</sup>, “o juiz não pode ser um inimigo do réu, um seu adversário. Para isso, sua imparcialidade é absolutamente essencial”. Uma decisão proferida por um juiz que não é imparcial não é considerada uma decisão justa. E, ainda, em sua<sup>27</sup> outra obra:

Tal conformação só admitirá a influência das atividades realizadas pela defesa, se o juiz, qualquer que seja ele, não estiver desde logo psicologicamente envolvido com uma das versões em jogo.

Por isso, a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante.

### 2.3.1 Imparcialidade segundo os diplomas internacionais: imparcialidade objetiva e subjetiva do julgador

<sup>26</sup> PRADO, Geraldo. **Processo penal e direitos humanos**: A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 112-147.

<sup>27</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. P. 178.

A imparcialidade não está expressamente prevista em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada uma “garantia constitucional implícita”<sup>28</sup>, intrínseca à função jurisdicional. Entretanto, encontra-se prevista em alguns diplomas internacionais aderidos ao ordenamento nacional, como o artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92) e o artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Dec. 592/92):

Artigo 8. Garantias judiciais

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.

Artigo 14

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e **imparcial**, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

De acordo com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a partir de análise de casos, a parcialidade invalida por completo o processo penal. Nos casos *Apitz vs. Venezuela*<sup>29</sup> e *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*<sup>30</sup>, a CIDH entendeu que o juiz deve garantir uma tendência objetiva, de maneira a afastar dúvidas acerca da inexistência de pré-juízos.

Para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), a atuação do juiz instrutor no tribunal que irá proferir a sentença presume violação ao direito de um juiz imparcial, e é por

<sup>28</sup> BADARÓ, Gustavo. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014, p. 30.

<sup>29</sup> AMÉRICA (Continente). Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Apitz-Barbera e outros v. Venezuela*. Decisão unânime. San José. 5 ago 2008. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_182\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf)>. Acesso em 10 jun 2017.

<sup>30</sup> AMÉRICA (Continente). Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*. San José. 2 jul 2004. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf)>. Acesso em 10 jun 2017.

esse motivo que se deve conferir forte proteção a tal direito. Aury Lopes Jr.<sup>31</sup> também entende dessa forma:

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade, e o outro, de inércia.

O TEDH, no caso *Piersack vs. Bélgica*<sup>32</sup> de 1982, realizou, pela primeira vez, a distinção entre imparcialidade subjetiva e objetiva. Nesse caso foi questionado que o Tribunal que julgou e condenou Piersack foi presidido por um juiz originário do Ministério Público, que quando membro da referida instituição, participou da investigação, sendo responsável pela persecução penal contra o acusado.

O Tribunal considerou que o fato de o juiz ter exercido funções do Ministério Público no mesmo processo, possibilita a desconfiança de que ele não ofereça as garantias de imparcialidade devidas. Assim, posicionou-se o TEDH acerca da garantia do réu a um julgamento imparcial subjetivo e objetivo. Conforme os ensinamentos do autor<sup>33</sup>:

Segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, principal fonte de inspiração da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, a contaminação resultante dos “pré-juízos” conduz à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. Desde o caso *Piersack*, de 1982, entende-se que a subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de “pré-juízos”. Já a imparcialidade objetiva diz respeito a se tal juiz encontra-se em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade do afastamento).

Assim, a imparcialidade subjetiva se refere à relação do juiz com as partes, de forma predominantemente pessoal, além de ser presumida, cabendo às partes demonstrar a violação. Já a imparcialidade objetiva consiste no fato de o juiz estar em situação dotada de garantias

<sup>31</sup> JR., Aury Lopes. **Direito processual penal**: 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 64.

<sup>32</sup> EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Application n. 8602/79. Caso *Piersack v. Bélgica*. Decisão unânime. Estrasburgo. 26 out 1984. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=-001-57556&filename=001-57556.pdf>> Acesso em 10 jun 2017.

<sup>33</sup> JR., Aury Lopes. **Direito processual penal**: 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 340.

suficientes que eliminem qualquer dúvida sobre sua imparcialidade. Dessa maneira, ela não é presumida, cabendo ao juiz fornecer os elementos que a confirmem.

Em relação ao caso Piersack, Geraldo Prado<sup>34</sup> extrai alguns critérios:

a) A imparcialidade define-se como ausência de prejuízos ou parcialidades e sua existência deve ser apreciada tanto subjetiva como objetivamente; b) enquanto que o aspecto subjetivo implica a aferição sobre a convicção pessoal de um juiz parcial em um caso, o aspecto objetivo se vincula com o fato de que o juiz ofereça as garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável; c) no aspecto objetivo, todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de conhecer o caso, pois o que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar aos cidadãos em uma sociedade democrática.

O ordenamento brasileiro apenas possui mecanismos de controle da imparcialidade subjetiva, por meio das regras de impedimento, suspeição e incompatibilidade, o que não abrange os casos de quebra da imparcialidade objetiva, que é violada pelo sistema de fixação de competência por prevenção positiva, que será explicado no item 2.3.3.

Isto posto, constata-se a importância de o Brasil possuir uma proteção da imparcialidade que considere os elementos do caso ou da atuação do julgador em relação ao procedimento. Assim, propõe-se um mecanismo baseado no cumprimento do texto convencional, visto que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciou acerca da necessidade de observância da imparcialidade objetiva.

### 2.3.2 Regras de impedimento, suspeição e incompatibilidade

O sistema processual brasileiro adota três situações em relação à possível contaminação da imparcialidade subjetiva do juiz, quais sejam, o impedimento, a suspeição e a incompatibilidade. Essas regras impõem ao julgador o dever de se abster da atuação jurisdicional e ainda garante às partes o direito de recusá-lo.

No tocante ao impedimento, suas causas estão ligadas de maneira intrínseca ao processo em curso e se referem a situações objetivas que se relacionam a fatos do processo capazes de

---

<sup>34</sup> PRADO, Geraldo. **Processo penal e direitos humanos**: A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 137.

prejudicar a imparcialidade do julgador. É por esse motivo que, para alguns autores<sup>35</sup>, as hipóteses de impedimento são consideradas cláusulas de garantias para as partes.

A maioria da doutrina e o STF entendem que os casos elencados nos artigos 252 e 253 do Código de Processo Penal são taxativos, uma vez que consistem em situações que restringem a competência jurisdicional.

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

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo 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, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

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

Em caso de atuação de juiz impedido em determinado procedimento, há a inexistência das decisões judiciais por ele proferidas, sendo, dessa maneira, insanáveis.

Acerca do inciso II do artigo 252, a título de exemplificação, cabe trazer ao presente trabalho alguns trechos do Informativo 528 do Supremo Tribunal Federal sobre o caso de um juiz que atuou como autoridade policial em um procedimento preliminar de investigação de paternidade:

**Nulidade do Processo e Imparcialidade do Juízo - 1<sup>36</sup>**

A Turma, por maioria, concedeu, de ofício, habeas corpus impetrado em favor de condenado por atentado violento ao pudor contra a própria filha, para anular, em virtude **de ofensa à garantia da imparcialidade da jurisdição**, o processo desde o recebimento da denúncia. Determinou-se a imediata expedição de alvará de soltura do paciente, se por al não estiver preso. No caso, no curso de procedimento oficioso de investigação de paternidade (Lei 8.560/92, art. 2º) promovido pela filha do paciente

<sup>35</sup> Ada Pellegrini Grinover, por exemplo.

<sup>36</sup> HC 94641/BA, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 11.11.2008. (HC-94641)

para averiguar a identidade do pai da criança que essa tivera, surgiram indícios da prática delituosa supra, sendo tais relatos enviados ao Ministério Público. O parquet, no intuito de ser instaurada a devida ação penal, denunciara o paciente, **vindo a inicial acusatória a ser recebida e processada pelo mesmo juiz daquela ação investigatória de paternidade. Entendeu-se que o juiz sentenciante teria atuado como se autoridade policial fosse, em virtude de, no procedimento preliminar de investigação de paternidade, em que apurados os fatos, ter ouvido testemunhas antes de encaminhar os autos ao Ministério Público para a propositura de ação penal.** (grifo nosso)

#### **Nulidade do Processo e Imparcialidade do Juízo - 2<sup>37</sup>**

Em acréscimo a esses fundamentos, o Min. Cezar Peluso, em voto-vista, concluiu que, na espécie, pelo conteúdo da decisão do juiz, **restara evidenciado que ele teria sido influenciado pelos elementos coligidos na investigação preliminar.** Dessa forma, considerou que **teria ocorrido hipótese de ruptura da denominada imparcialidade objetiva do magistrado,** cuja falta, incapacita-o, de todo, para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida. Esclareceu que a imparcialidade denomina-se objetiva, uma vez que 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 em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Assim, **sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional.** Observou, por último, que, mediante interpretação lata do art. 252, III, do CPP ("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;"), mas conforme com o princípio do justo processo da lei (CF, art. 5º, LIV), **não pode, sob pena de imparcialidade objetiva e por conseqüente impedimento, exercer jurisdição em causa penal o juiz que, em procedimento preliminar e oficioso de investigação de paternidade, se tenha pronunciado, de fato ou de direito, sobre a questão.** Vencida a Min. Ellen Gracie, relatora, que, no ponto, não conhecia do writ ao fundamento de supressão de instância e o indeferia em relação às demais questões suscitadas. (grifo nosso)

As causas de suspeição estão elencadas no artigo 254 do CPP e são definidas como situações subjetivas relacionadas à realidade externa ao processo que podem prejudicar a imparcialidade do juiz. A suspeição é causa de nulidade do processo.

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, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

<sup>37</sup> HC 94641/BA, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 11.11.2008. (HC-94641)

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

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

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

Quanto à incompatibilidade, há significativa discussão acerca do termo. Segundo Hélio Tornaghi<sup>38</sup>, além de estar disposta no artigo 112 do CPP, “a incompatibilidade provém de graves razões de conveniência não incluídas entre os casos de suspeição ou de impedimento. São, frequentemente, razões íntimas, que levam o oficial a declinar.”. Já para Vicente Greco Filho, a incompatibilidade está prevista no artigo 253 do CPP.

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

De acordo com André Machado Maya<sup>39</sup>, “do modo como reguladas pelo Código de Processo Penal, suspeição e impedimento são espécies do gênero incompatibilidade”, e, sendo assim, quando houver situação não elencada nos artigos 252, 253 e 254 que possa gerar contaminação subjetiva dos juízes, deve-se aplicar o artigo 112.

Ante o exposto, constata-se que a finalidade dos casos listados é, além de proteger a imparcialidade judicial, legitimar o exercício da função jurisdicional, afastando o julgador nas circunstâncias em que houver risco de vício de parcialidade. Porém, cabe destacar que são mecanismos que protegem apenas a imparcialidade subjetiva, não havendo no Brasil formas que preservem a imparcialidade objetiva.

### 2.3.3 A regra da prevenção

Como já citado, de acordo com o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o exercício da instrução pelo juiz no tribunal sentenciador significa uma violação ao

<sup>38</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. Curso de Processo Penal. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 186.

<sup>39</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 103.

direito de um juiz imparcial consagrado no artigo 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950:

#### ARTIGO 6º

##### Direito a um processo equitativo

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 proteção 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.

A contaminação, portanto, resultante dos juízos pré-estabelecidos, levam à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. Em uma decisão do Tribunal Constitucional espanhol, o argumento foi o de que o juiz instrutor não poderia julgar, pois haveria violação da imparcialidade objetiva. Ao realizar a investigação preliminar, o magistrado produz diversos pré-julgamentos por meio de processos psicológicos interiores, o que ocasionaria um comprometimento subjetivo no processo penal.

A Constituição Federal, entre os artigos 92 e 126, estabelece normas gerais sobre organização e fixação de competências de todos os órgãos que compõe a estrutura do Poder Judiciário. Após definir a ordem jurisdicional competente, incidirão as normas de fixação de competência ou prorrogação dispostas no CPP, nos regimentos internos, nas constituições dos Estados e nos códigos de organização judiciária.

O que ocorre é que pode mais de um órgão jurisdicional ser indicado como competente e, assim, a lei processual indica a prevenção como um critério determinante de competência. A prevenção é um dos critérios de determinação da competência estabelecidos nos artigos 69, inciso VI, artigo 75, parágrafo único e artigo 83 do CPP e significa que, caso existam dois ou mais juízes competentes, o processo será instruído e julgado pelo primeiro que praticar algum ato processual ou medida a ele relativa.

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:

VI - a prevenção;

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.

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 (arts. 70, § 3o, 71, 72, § 2o, e 78, II, c).

Duas condições devem estar presentes para a diligência anterior à denúncia realizar a competência por prevenção, quais sejam, a prévia distribuição, uma vez que as decisões de juiz de plantão não previnem a competência, e a medida ou diligência deve apresentar o mesmo caráter cautelar ou contra cautelar, como exemplificadas no parágrafo único do artigo 75.

Conforme exposto, em nosso sistema, atualmente, o magistrado que acompanhou o inquérito pela prevenção seria o julgador competente para julgar a causa. Porém, o entendimento é que a prevenção deveria ser causa de exclusão de competência, pois sua imparcialidade está prejudicada devido à formação de pré-julgamentos na investigação preliminar.

A principal consequência do nosso sistema nesse ponto é a de permitir que o juiz que tem contato com os autos do inquérito para qualquer ato (como nas “concessões” de prazo, por exemplo) possa ser indesejavelmente influenciado por tudo aquilo que foi produzido previamente à ação penal, deixando aflorar essa influência não somente no juízo de admissibilidade da inicial, mas, sobretudo, procurando incorporar ao seu convencimento quanto ao mérito elementos de informação que não teriam essa finalidade.<sup>40</sup>

Assim, pressupondo que a prevenção gera a contaminação subjetiva do órgão jurisdicional e, por consequência, gera também violação de imparcialidade, entende-se que se trata de uma hipótese de incompatibilidade, conforme as ementas de decisões do STF expressam:

**HABEAS CORPUS. PEDIDO APRECIADO DE OFÍCIO E DENEGADO. CABIMENTO. MAGISTRADO QUE JULGOU RECURSO ADMINISTRATIVO. PRONUNCIAMENTO DE DIREITO SOBRE A**

<sup>40</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **As garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 93.

**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, conheceu-se do presente habeas corpus. **O desembargador relator do recurso administrativo pronunciou-se de direito sobre a questão e manteve a pena 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.<sup>41</sup> (grifo nosso)

**PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRESIDÊNCIA DE INQUÉRITO. IMPEDIMENTO DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA. ART. 255 DO CPP. ROL TAXATIVO . PRECEDENTES. JUIZADO DE INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 75 DO CPP COM A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.** I - As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. II - Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes. III - **Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária.** IV - O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. V - O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional. VI - Ordem denegada.<sup>42</sup> (grifo nosso)

Analisando a prevenção como uma hipótese de incompatibilidade no processo penal, nota-se a necessidade de reduzir os danos causados à imparcialidade. Isto posto, urge o estudo aprofundado acerca das maneiras de revestir tão importante garantia, que será realizado no próximo capítulo.

---

<sup>41</sup> STF, HC 86963, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 DJ 17-08-2007 PP-00091 EMENT VOL-02285-03 PP-00600 RTJ VOL-00201-03 PP-01062 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 397-410

<sup>42</sup> STF, HC 92893, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2008, DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008 EMENT VOL-02345-01 PP-00118

### 3. JUIZ DAS GARANTIAS: INSTITUTO PRESENTE NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

#### 3.1 JUIZ DAS GARANTIAS: A INTENÇÃO LEGISLATIVA

Pela perspectiva da Constituição Federal de 1988, conforme já analisado, nosso ordenamento jurídico não é capaz de comportar as influências inquisitórias presentes no Código de Processo Penal atual. Diante disso, a figura do juiz das garantias foi pensada como uma alternativa válida e eficaz para efetivar a característica acusatória e democrática de nosso sistema, além de aprimorar a estrutura do Poder Judiciário.

A Exposição de Motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei 8045/2010)<sup>43</sup> traz, portanto, ideais garantistas, em uma tentativa de adequar a sistemática do processo penal ao da Constituição. O PL prevê, entre os artigos 14 e 17, a figura do juiz das garantias, um magistrado que atua exclusivamente na fase de investigação e que não poderá participar da fase processual da persecução penal, o que traria uma nova configuração ao sistema de prevenção e asseguraria direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Para a consolidação de um **modelo orientado pelo princípio acusatório**, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. **O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais.** A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: **a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.**

Evidentemente, e como ocorre em qualquer alteração na organização judiciária, os tribunais desempenharão um papel de fundamental importância na afirmação do juiz das garantias, especialmente no estabelecimento de regras de substituição nas pequenas comarcas. No entanto, os proveitos que certamente serão alcançados justificarão plenamente os esforços nessa direção.

No âmbito, ainda, da persecução penal na fase de investigação preliminar, o anteprojeto traz significativa alteração no que respeita à tramitação do inquérito

---

<sup>43</sup>[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=6701B91D8776369D39B0DD2ADF0EA7AD.proposicoesWebExterno2?codeor=831788&filename=PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6701B91D8776369D39B0DD2ADF0EA7AD.proposicoesWebExterno2?codeor=831788&filename=PL+8045/2010)

policial. A regra do atual Código de Processo Penal não guarda qualquer pertinência com um modelo processual de perfil acusatório, como se deduz do sistema dos direitos fundamentais previstos na Constituição. A investigação não serve e não se dirige ao Judiciário; ao contrário, destina-se a fornecer elementos de convencimento, positivo ou negativo, ao órgão da acusação. Não há razão alguma para o controle judicial da investigação, a não ser quando houver risco às liberdades públicas, como ocorre na hipótese de réu preso. Neste caso, o curso da investigação será acompanhado pelo juiz das garantias, não como controle da qualidade ou do conteúdo da matéria a ser colhida, mas como fiscalização do respeito aos prazos legais previstos para a persecução penal. Atuação, como se vê, própria de um juiz das garantias.

Do mesmo modo, retirou-se, e nem poderia ser diferente, o controle judicial do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação. No particular, merece ser registrado que a modificação reconduz o juiz à sua independência, na medida em que se afasta a possibilidade de o Ministério Público, na aplicação do art. 28 do atual Código, exercer juízo de superioridade hierárquica em relação ao magistrado. O controle do arquivamento passa a se realizar no âmbito exclusivo do Ministério Público, atribuindo-se à vítima legitimidade para o questionamento acerca da correção do arquivamento. O critério escolhido segue a lógica constitucional do controle de ação penal pública, consoante o disposto no art. 5o, LIX, relativamente à inércia ou omissão do Ministério Público no ajuizamento tempestivo da pretensão penal. Decerto que não se trata do mesmo critério, mas é de se notar a distinção de situações: a) no arquivamento, quando no prazo, não há omissão ou morosidade do órgão público, daí porque, cabendo ao Ministério Público a titularidade da ação penal, deve o juízo acusatório, em última instância, permanecer em suas mãos; b) na ação penal subsidiária, de iniciativa privada, a legitimidade da vítima repousa na inércia do órgão ministerial, a autorizar a fiscalização por meio da submissão do caso ao Judiciário. (grifo nosso)

As justificativas apresentadas para a criação da figura do juiz das garantias estão dispostas na Exposição de Motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Penal, de forma expressa e dividida em três argumentos correlacionados, quais sejam: a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a otimização da atuação jurisdicional criminal e a manutenção do distanciamento do juiz em relação ao processo.

### 3.1.1 Princípio acusatório

Uma das primeiras justificativas de criação do novo CPP é consolidar um modelo que seja norteado pelo princípio acusatório. Primeiramente, é importante destacar a diferença entre princípio acusatório e sistema acusatório, que não possuem o mesmo significado. Como já abordado no item 1.3, um sistema processual penal não é formado por um único princípio. No princípio acusatório, a gestão da prova está nas mãos das partes, fazendo parte do sistema acusatório. Como expõe Pacelli<sup>44</sup>, também relator da comissão nomeada para a redação do novo

---

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 309.

CPP: “Entendemos que nosso modelo se pauta, de fato, pelo princípio acusatório (o que não significa a identificação com um tipo específico ou puro de sistema acusatório).”

É sabido que no sistema inquisitório compete ao magistrado investigar, tendo este inclusive a iniciativa de produzir a prova para que seja alcançada a verdade material. Porém, o juiz que também acusa não permanece imparcial. Dessa forma, em um sistema acusatório as três funções básicas devem estar claramente divididas: o Ministério Público deve acusar, o advogado defender e o juiz apenas julgar de acordo com o exposto pelas partes.

No sistema acusatório, o juiz possui, sobretudo, a função de garantir as “regras do jogo”<sup>45</sup>, pertencendo às partes o papel de apresentação de provas, motivo pelo qual a paridade de armas é fundamental. O acusado, portanto, é sujeito de direitos, pois pode e deve se defender em posição igual à acusação.

O primeiro parágrafo da Exposição de Motivos assevera a preocupação com a adequação do atual ordenamento infraconstitucional em relação à Constituição Federal de 1988, que, como já demonstrado no presente trabalho, se mostra incompatível.

Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor – Decreto-lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941 –, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado.

Logo, diante da busca por uma adequação constitucional, a proposta de instituição de um juiz das garantias objetiva consolidar o modelo processual acusatório, compatível com um Estado Democrático. O Projeto de Lei pretende realizar uma mudança sistêmica, passando a ser um sistema real e predominantemente acusatório com elementos inquisitivos.

---

<sup>45</sup> OLIVEIRA, Daniel Kessler De. Resquícios inquisitoriais e perspectivas acusatórias: o julgador frente à "nova" sistemática processual penal brasileira. **Revista síntese: direito penal e processual penal**, São Paulo, n. 79, p. 80-102, abr. 2013.

Segundo o artigo 4º do Projeto, “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”, dessa forma, visa uma atuação do magistrado de acordo com o seu papel na relação processual, sem se colocar no lugar de uma das partes, uma vez que somente esse afastamento garante os direitos fundamentais do acusado.

### 3.1.2 Otimização da atuação jurisdicional criminal

O Projeto de Lei trouxe a impossibilidade de o julgador atuar nas duas fases do processo, vigorando a regra que “quem instrui não julga”<sup>46</sup>. As atribuições do instituto estão dispostas no artigo 14 do Projeto do novo CPP:

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:

---

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Daniel Kessler De. Resquícios inquisitoriais e perspectivas acusatórias: o julgador frente à "nova" sistemática processual penal brasileira. **Revista síntese: direito penal e processual penal**, São Paulo, n. 79, p. 80-102, abr. 2013.

- 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.

As funções jurisdicionais constitucionalmente válidas referentes à primeira fase da persecução penal devem ser exercidas pelo juiz das garantias. Sua competência cessa com a propositura da ação penal, de acordo com o artigo 15 do referido projeto.

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.

Assim, os atos de investigação efetuados na fase inquisitiva são isolados do juiz que proferirá a sentença final. Isso permite a tutela da legalidade da investigação preliminar e a salvaguarda dos direitos individuais.

E, ainda, todas as infrações penais são aptas para atuação do juiz das garantias, salvo as infrações de menor potencial ofensivo. Possuem menos necessidade de investigação, uma vez que são mais simples e as infrações possuem menor potencial lesivo. Há apenas, nesses casos, a colheita de dados necessários para a identificação do infrator, vítimas e testemunhas, além da breve narração do fato e circunstâncias.

Importante ressaltar que a competência cessa com a propositura da ação penal, e não com o recebimento da denúncia. Assim, o juiz das garantias não será responsável por receber a denúncia ou determinar, em procedimentos de crimes cometidos por funcionários públicos ou nos crimes previstos na Lei 11.343/2006, a notificação do denunciado a fim de que apresente resposta à acusação.

### 3.1.3 Distanciamento do juiz do processo

É imprescindível frisar que essa limitação de atuação do julgador visa salvaguardar, da mesma forma, a sua imparcialidade, propósito elementar para efetivar as relações processuais em um Estado Democrático de Direito que estejam de acordo com os ideais humanitários consagrados nos textos constitucionais e nos diplomas internacionais de direitos humanos.

Segundo Aury Lopes Jr<sup>47</sup>, “crer na imparcialidade de quem está totalmente absorvido pelo labor investigador é o que J. Goldschmidt denomina de *erro psicológico*. Foi essa incompatibilidade psicológica que levou ao descrédito do modelo inquisitório”.

Nas palavras de Daniel Kessler<sup>48</sup>:

Contudo, a “nova” roupagem do processo penal constitui – sim – um grande avanço, no sentido de aproximar a nossa sistemática dos ideais de um princípio acusatório, concebendo o processo penal como um instrumento de proteção do acusado ao exercício de poder punitivo do Estado.

Todavia, inúmeros poderes foram mantidos aos juízes, o que nos leva a uma situação em que teremos um sistema acusatório se tivermos um “juiz acusatório”, e isso não pode prosperar em um processo constitucionalizado, de respeito às garantias fundamentais.

<sup>47</sup> JR., Aury Lopes. **Juízes inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 10, n. 122, p. 10-11, jan. 2003.

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Daniel Kessler De. Resquícios inquisitoriais e perspectivas acusatórias: o julgador frente à "nova" sistemática processual penal brasileira. **Revista síntese: direito penal e processual penal**, Cidade, n. 79, p. 99, abr. 2013.

Entende-se que o juiz instrutor possui sua imparcialidade comprometida, uma vez que tomou contato com a investigação, e, conseqüentemente, realizou pré-julgamentos nessa fase, se vinculando psicologicamente. Este juiz deve ser afastado pela possibilidade de comprometimento de sua imparcialidade objetiva e, portanto, a regra da prevenção, analisada sob o ponto de vista do instituto em questão, se dá de forma inversa ao que dispõe o atual CPP, pois se pretende imunizar o magistrado da contaminação, que pode transformar um processo acusatório em totalmente inquisitivo.

### 3.2 CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO

Como se pode depreender do caput do artigo 15 já mencionado, o juiz das garantias é um fiscal jurisdicional das atividades relacionadas à investigação realizada na fase pré-processual da persecução penal. À figura compete não só o rol exemplificativo disposto em tal artigo, como também proteger garantias e direitos fundamentais do cidadão e impedir atos arbitrários dos atores da investigação, fazendo com que seja cumprida a legalidade.

#### 3.2.1 Garantidor dos direitos fundamentais

Nosso atual modelo de processo penal não prevê a figura de um juiz exclusivo para analisar o andamento das investigações e nem com configuração garantidora, diferentemente de outros modelos considerados mais avançados. Nesse diapasão, destaca-se um trecho do Capítulo I da Exposição de Motivos do projeto:

Nesse passo, cumpre esclarecer que a eficácia de **qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais**. É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não *garante* nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável *para* o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. **O *garantismo*, quando conseqüente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado.**

Além disso, muito se discute acerca da denominação do instituto, como se “só juiz já não fosse garantia”<sup>49</sup>, porém, a compreensão mais razoável perpassa na tentativa de reforçar a expressão, a fim de que se denote a real função de proteção de garantias. Conforme propugna Aury Lopes<sup>50</sup>, “o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição”.

Ainda, segundo André Machado Maya<sup>51</sup>:

A adoção do instituto do juiz de garantias pelo ordenamento jurídico-processual brasileiro, e, quiçá, a criação de um juizado de garantias competente para a revisão das suas decisões e dos atos proferidos pelo juiz do processo, na instrução criminal, para além de constituírem verdadeira revolução copérnica no âmbito do processo penal, aproximam a legislação pátria do ideal democrático exigido pela Constituição da República, do *giusto proceso* que falam os italianos, e conferem maior eficácia à Convenção Americana dos Direitos Humanos. Constituem, de fato, um importante passo em direção à democratização do processo penal, embora de muitos outros ainda dependa a efetiva afinidade entre a lei ordinária e o texto constitucional.

De forma genérica, direitos e garantias fundamentais podem ser definidos como direitos considerados básicos para qualquer indivíduo, não dependendo de condições pessoais específicas.<sup>52</sup> O juiz das garantias, então, terá como função primária o controle sobre o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado na primeira fase da persecução penal.

### 3.2.2 Controlador da investigação criminal e da matéria probatória

<sup>49</sup> O autor entende que a denominação do instituto configura tautologia e representa um discurso vicioso e repetitivo, uma vez que a existência do juiz já é uma das mais relevantes garantias conquistadas pela humanidade. Afirma, ainda, que a própria figura do magistrado no processo penal já traz garantia ao cidadão de que sua função não se confundirá com a função constitucional do outro órgão que persegue o fato criminoso. Dessa forma, diante do Poder Judiciário, alguém será constituído para julgar conforme as regras de direito. GOMES, Abel Fernandes. **"Juiz das garantias": inconsistência científica; mera ideologia - como se só juiz já não fosse garantia.** Revista CEJ: Direito Processual Penal, Brasília, v. 14, n. 51, p. 99-105, fev. 2011.

O Instituto dos Advogados Brasileiros emitiu parecer com o mesmo entendimento, afirmando que “A própria denominação “juiz das garantias” constitui um pleonasma assustador, de vez que nenhum juiz pode ser juiz sem compromisso com tais garantias.” (IAB, 2010) Entretanto, nesse caso, o pleonasma deve ser encarado como reforço de uma expressão, de modo a conferir clareza na comunicação.

<sup>50</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** V. I. 3.ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

<sup>51</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias.** 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 241-242.

<sup>52</sup> Por outro lado, a restrição aos direitos fundamentais só é aceita quando for compatível com as regras constitucionais, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O juiz das garantias também é considerado um controlador da investigação criminal, uma vez que esse juízo deve ser informado não somente da instauração de inquéritos policiais, mas também de todas as investigações criminais, tendo sua atuação estendida até o fim desta. Dessa forma, havendo qualquer movimentação de investigação por parte do Estado, nos termos do artigo 14, inciso IV do projeto, o juiz deve tomar ciência a fim de que analise a legalidade do procedimento. É por este motivo que se entende que o controle da investigação criminal também é uma forma de garantia.

Ademais, o juiz das garantias não pode atuar na colheita de prova, tampouco determinar medidas de ofício, visto que, se o fizer, estará violando o sistema acusatório, dando ensejo à nulidade absoluta. Portanto, deve sempre permanecer inerte até ser provocado. O artigo 4º do projeto expressa: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”.

### 3.3 PRINCIPAIS CRÍTICAS AO PROJETO DE LEI

Para a maioria da doutrina, o projeto é considerado uma evolução. Muito mais do que separar o juiz que é responsável pela investigação do julgador que conduz o processo, tende a dar, principalmente, cumprimento aos direitos fundamentais dispostos na Constituição. Entretanto, existem alguns pontos no texto do projeto que parecem contrariar a proposta presente na exposição de motivos.

#### 3.3.1 A contradição presente no artigo 15

Conforme o artigo 274 disposto no Projeto de Lei 8045/2010, o juiz do processo é responsável pela admissibilidade da acusação. Esse mesmo juiz também presidirá a instrução e proferirá sentença, conforme o artigo 280.

Art. 274. Estando presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, o juiz receberá a acusação e, não sendo o caso de absolvição sumária ou de extinção da punibilidade, designará dia e hora para a instrução ou seu início em audiência, a ser realizada no prazo máximo de 90 (noventa dias) determinando a intimação do órgão do Ministério Público, do defensor ou procurador e das testemunhas que deverão ser ouvidas.

Art. 280. O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por motivo independente da sua vontade, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o sucessor que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

Além disso, nos termos do artigo 15, §3º, “Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo” e do artigo 36, “Os autos do inquérito instruirão a denúncia, sempre que lhe servirem de base.”.

Sabe-se que o recebimento/rejeição da denúncia ou queixa impõe ao magistrado uma análise dos pressupostos de admissibilidade da acusação, como condições de ação e a justa causa. Assim, ao realizar a admissibilidade, o juiz terá contato com todo o material elaborado na investigação, que foi produzido sem o devido contraditório.

A crítica, nesse caso, surge devido ao fato de que o mesmo juiz que realiza o juízo de admissibilidade e tem contato com o material probatório é o mesmo juiz que irá proferir a sentença. Dessa forma, a atuação do juiz das garantias na fase pré-processual, a fim de manter o julgador do processo afastado, seria inútil, já que, ainda assim, haveria a contaminação do segundo magistrado.

Assim pensa Marco Aurélio Nunes da Silveira<sup>53</sup>:

O item III da Exposição de Motivos, ao tratar do juiz das garantias, afirma que uma de suas funções é manter o juiz do processo distante da prova produzida na fase da investigação preliminar (...). Nada obstante, considerando-se que o juízo de admissibilidade da acusação será feito pelo próprio juiz do processo – o que significa que ele terá contato com os autos da investigação preliminar –, forçoso é concluir que tal objetivo não será atingido. Seguirá o juiz do processo tendo seu primeiro contato com o caso penal a partir de provas produzidas sem contraditório e ampla defesa. Afastamo-nos, assim, da possibilidade de concretização da estrutura acusatória.

Da mesma forma, critica-se o §1º do mesmo artigo 15, que dispõe “Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo”. Tendo em vista a explanação anterior, não seria razoável que as questões pendentes, ou seja, diligências não

---

<sup>53</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo Processo Penal à luz da Constituição**: (Análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

decididas, fossem atribuídas ao juiz do processo. Caso assim ocorresse, novamente o objetivo do instituto não seria cumprido, tornando-se ineficaz.

Portanto, seria mais adequado que o recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa e a decisão de questões pendentes fossem competentes ao juiz das garantias, visto que ele já manteve contato com a investigação preliminar. Isso evitaria o contato do juiz do processo e, conseqüentemente, obstaría a produção de pré-juízos.

### 3.3.2 Instâncias recursais

Há que se destacar que o instituto proposto não compreende a regra da prevenção da segunda instância, tendo em vista que não abarca os casos de desembargadores ou ministros que venham a conhecer e julgar medidas recursais e de habeas corpus impetrados enquanto o procedimento se encontrava na fase pré-processual.

Da mesma forma, pode-se afirmar que também há risco de perda de imparcialidade nesses casos. Assim, a fim de que não haja proteção da imparcialidade apenas em primeira instância, é plausível a criação de um *juizado de garantias*<sup>54</sup>. Maya<sup>55</sup> explica a consequência dessa nova figura:

Com essa medida, que, aliás, dispensa qualquer reforma estrutural do Poder Judiciário nacional, se estaria, definitivamente, dissociando a fase de investigação preliminar da fase processual propriamente dita, e, conseqüentemente, potencializando o princípio-garantia da imparcialidade jurisdicional.

Esse juizado, portanto, seria um órgão jurisdicional competente, que realizaria o reexame dos atos decisórios proferidos pelo juiz das garantias e pelo juiz do processo.

### 3.3.3 Aumento orçamentário

Uma das críticas ao instituto mais regulares é a do aumento orçamentário, que seria gerado a partir de sua implantação, somado à falta de estrutura do Poder Judiciário.

---

<sup>54</sup> MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 232.

<sup>55</sup> MAYA, André Machado. Op. Cit., p. 232.

Cabe, primeiramente, ressaltar que a otimização da atuação jurisdicional criminal foi pensada pela comissão elaboradora do Projeto como uma estratégia administrativa. À medida que as funções são divididas, a especialidade se amplia e se desenvolve, melhorando o resultado jurisdicional.

Há que se observar, ainda, o prejuízo causado pelo sistema atual, que provoca consideráveis abusos, gerando nulidades. Ademais, importante que se avalie a desvalorização da justiça criminal apontada pela mídia, que acaba por influenciar a população quanto ao funcionamento da Justiça. Deve-se levar em consideração, por fim, que “um juiz imparcial não tem preço, especialmente na tutela das liberdades”<sup>56</sup>.

Dessa forma, render-se a críticas de cunho prático, negando uma evolução a médio prazo, não representa o interesse de aperfeiçoar o Estado Constitucional e humanista de direito; mas sim de conservar o espírito inquisitório presente no atual código.

### 3.3.4 Inconsistência científica

Sobre um dos fundamentos da criação do juiz das garantias, a crítica concerne ao fato de que o “juiz que decide medidas provisórias estará contaminado para sempre por esse contexto decisório”<sup>57</sup> se trata de um preconceito que não se fundamenta por nenhuma base científica, sendo apenas uma suposição. No entanto, a partir de uma breve análise sobre psicologia, será possível refutar esse argumento.

Wilhelm Wundt, médico, filósofo e psicólogo alemão, é considerado o precursor da psicologia científica, título este que se relaciona diretamente ao fato de ter criado o Laboratório de Psicologia na Universidade de Leipzig, na Alemanha, em 1879. Naquele momento, os interesses de uma consolidação institucional se voltavam à ciência de laboratório, sendo exaltada nos EUA como uma nova psicologia.

---

<sup>56</sup> LOPES, Marcus Vinicius Pimenta. Estudo e crítica do "juiz das garantias". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 111, n. 22, p. 227-260, dez./12. 2015.

<sup>57</sup> GOMES, Abel Fernandes. "Juiz das Garantias": inconsistência científica; mera ideologia - como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, dez./12. 2010.

De acordo com Wundt<sup>58</sup>, “A psicologia é uma ciência empírica cujo objeto de estudo é a experiência imediata”. E, ainda:

Wundt entende por experiência em geral um todo unitário e coerente, que pode ser concebido e elaborado cientificamente a partir de dois pontos de vista distintos, porém complementares: toda experiência pode ser analisada pelo seu conteúdo objetivo (experiência mediata) ou subjetivo (experiência imediata). No primeiro caso, a ênfase recai sobre os objetos da experiência (mundo externo), pensados independentemente do sujeito da experiência, enquanto, no segundo caso, investiga-se o próprio sujeito da experiência (mundo interno) em sua relação com os conteúdos da experiência.<sup>59</sup>

Dessa forma, surgem duas maneiras de se produzir a ciência empírica: a partir da ciência natural, como a física ou a química, por exemplo, que trata da experiência mediata, visto que os objetos fornecidos em uma experiência são sempre permeados por fatores subjetivos; e a partir da própria psicologia, que tem por propósito a experiência imediata, já que não desconsidera o próprio sujeito.

Importante destacar que os métodos de investigação da psicologia e da ciência natural não podem ser diferentes, pois, apesar de serem observadas de pontos de vista particulares, ambas realizam um estudo sobre o mesmo objeto.

A psicologia vai se servir, portanto, dos dois principais métodos utilizados pelas ciências da natureza: o experimento e a observação. O experimento consiste na interferência proposital (manipulação) do pesquisador sobre o início, a duração e o modo de apresentação dos fenômenos investigados (como na física, na química e na fisiologia). A observação propriamente dita refere-se à mera apreensão de fenômenos ou objetos, sem que haja qualquer interferência por parte do observador (como na botânica, na anatomia e na astronomia).<sup>60</sup>

A Psicologia desempenhou uma atividade importante na sociedade durante os séculos XIX e XX, constituindo-se como uma ciência que se vale de experimentos e observações. Assim, pode-se afirmar que não se trata de inconsistência científica reconhecer que o distanciamento do juiz em relação à investigação preliminar preserva a imparcialidade.

### 3.4 DISTANCIAMENTO DO JUIZ SEGUNDO A PSICOLOGIA

<sup>58</sup> JACÓ-VILELA, Ana Maria; FERREIRA, Arthur Arruda Leal; PORTUGAL, Francisco Teixeira. **História da psicologia: rumos e percursos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2006. P. 94.

<sup>59</sup> ROSE, Nikolas. Psicologia como uma ciência social. **Psicologia e sociedade**, Londres, n.11, p. 155-164, 2008.

<sup>60</sup> JACÓ-VILELA, Ana Maria; FERREIRA, Arthur Arruda Leal; PORTUGAL, Francisco Teixeira. **História da psicologia: rumos e percursos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2006. P. 95.

Como já analisado no presente trabalho, temos que a principal função da atividade jurisdicional é a garantia dos direitos fundamentais, cabendo ao julgador em todo o processo tutelar as liberdades individuais.

No entanto, mesmo que a instrução preliminar seja uma investigação objetiva acerca do fato, indicando e examinando as circunstâncias adversas e favoráveis ao sujeito passivo, o contato direto do magistrado com o indiciado/acusado, com os fatos e informações pode gerar, em sua mente, pré-juízos a favor ou contra o imputado, influenciando no momento de sentenciar.

Isso porque quando o juiz deve tomar uma decisão na fase anterior ao processo, essa decisão supõe a obtenção de um entendimento acerca do caso e dos envolvidos, que é feito apenas na versão acusatória, obtida de modo inquisitivo. Além disso, para decretar as medidas nessa fase, o juiz acaba por confiar na hipótese da acusação.

Segundo o entendimento de Aury Lopes Jr, quando o julgador possui poderes instrutórios, pode formar hipóteses acerca dos fatos, ou seja, decidindo mentalmente em primeiro lugar. Após isso, persegue essas hipóteses através da prova, que acabam por justificar a decisão que já havia sido tomada. O autor afirma que o juiz “passa a fazer quadros mentais paranoicos”<sup>61</sup>, pois acredita no que buscou e produziu.

O principal propósito da figura jurídica trabalhada, então, seria garantir que o juiz da causa não atue contaminado por sua participação anterior na fase de investigação. Isso impediria a vinculação psicológica do magistrado na ação penal. A separação das atuações, conseqüentemente, faz com que se proteja o direito ao contraditório, o devido processo legal, a presunção de inocência e, principalmente, o princípio acusatório.

Isso porque, caso o juiz atue na fase investigativa, ele estará se aproximando psicologicamente da figura do Ministério Público, órgão que tem como função analisar se existem motivos para acusar ou não. E, na lição de Maurício Zanoide de Moraes<sup>62</sup>:

---

<sup>61</sup> JR., Aury Lopes. **Direito processual penal**: 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 360.

<sup>62</sup> MORAES, Maurício Zanoide De. Quem tem medo do "juiz das garantias"? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 18, p. 21-23, ago. 2010.

Ao se impor, nessa nossa atual legislação, que ele atue tanto em fase investigativa quanto judicial, exige-se do magistrado um comportamento inumano. Exige-se que possua uma capacidade de abstrair suas experiências anteriores com a causa (fase de investigação) para analisar se aquilo que ele “ajudou” a produzir é idôneo para acusar e, em momento apenas cronologicamente posterior, é suficiente para condenar. Ao se determinar essa atuação dúplce ao juiz, estamos empurrando-o para uma (imperceptível e psicologicamente) inexorável presunção de culpa, porquanto o magistrado assim pensa: “entendi que havia elementos para investigar e para acusar legitimamente uma pessoa, portanto, a tendência em condená-lo somente será revertida se ele (ou a sua Defesa) demonstrar que eu errei ou que desconhecia elementos a serem apresentados em juízo. Caso contrário (caso não prove sua inocência, aqui está a presunção de culpa), será mantida a convicção que já possuo e já formei desde o início”; convicção imutável que passa ao magistrado uma impressão (falsa) de coerência que reforçará na sua psique o dito “encontro da verdade real” (que, para os mais religiosos, é um “encontro com a Verdade”).

E, na mesma seara, afirma Antonio Sergio de Moraes Pitombo<sup>63</sup>:

A experiência tem mostrado que certos magistrados adotam ativismo excessivo na investigação criminal, ao fazerem reuniões com policiais antes de operações, ao decretarem, de ofício, medidas assecuratórias, e ao chegarem a sugerir que se requeiram prisões cautelares. Longe da proteção dos investigados contra a arbitrariedade, passam eles a tratar com aparência de normalidade práticas policiais em desconformidade com a ordem jurídico-constitucional, tais como o uso indevido de algemas, a exposição pública de pessoas presas, a apreensão desmensurada de documentos e a interceptação telefônica sem restrição temporal, dentre outros abusos. Em simples palavras, perdem tais juízes de direito a equidistância necessária ao exercício da jurisdição, para se tornarem algozes dos investigados — em casos de repercussão, especialmente. Mais tarde, no desenvolvimento do processo-crime, constata-se esse envolvimento do juiz criminal graças a seu vínculo psicológico com as provas produzidas na fase policial, até porque ele, vez ou outra, participou de atos instrutórios que lhe influenciam o convencimento. Torna-se o magistrado um escudeiro da pretensa legitimidade da investigação criminal, em vez de juiz imparcial capaz de enxergar as aberrações que se deram no procedimento investigatório.

Essa contaminação do julgador a partir da atuação na fase pré-processual pode ser comprovada por estudos psicológicos, teóricos e experimentais, que nos levam a crer, por fim, que o magistrado que toma contato com uma primeira informação unilateral forma o seu convencimento de maneira prévia, ferindo de pronto a imparcialidade.

### 3.4.1 Teoria da Dissonância Cognitiva de Leon Festinger

A Teoria da Dissonância Cognitiva foi proposta em 1957 por um psicólogo americano chamado Leon Festinger. A teoria se fundamenta na ideia de que todos nós tendemos a manter

---

<sup>63</sup> PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. **Juiz-estrela:** juiz é fiscal dos atos do MP, e não defensor deles. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-dez-29/juiz-criminal-fiscal-atos-acusatorios-nao-defensor-deles>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

a consonância ou coerência entre as nossas ideias, apreciações, crenças, atitudes ou valores que constituem o nosso mapa mental e que na psicologia se dá o nome de “cognições”.

Leon Festinger e o seu colega Merrill Carlsmith realizaram um experimento<sup>64</sup> no qual estudantes eram submetidos a tarefas entediadas. Metade dos estudantes foi aleatoriamente designada ao grupo que receberia vinte dólares para mentir, afirmando que o experimento seria divertido. À outra metade foi oferecido apenas um dólar. A lógica faz inferir que a pessoa que recebe o maior pagamento teria a maior motivação para se entusiasmar com o teste, acreditando mais nele. Porém, a teoria da dissonância cognitiva prevê o contrário.

A dissonância cognitiva veio do conhecimento de que o experimento era tedioso e um dólar seria um pagamento insuficiente para mentir. Muitos dos sujeitos que receberam um dólar, mesmo sabendo que a tarefa era monótona, convenceram-se de que o experimento era realmente divertido, diminuindo a distância entre a própria crença anterior e o seu comportamento. O que ocorreu foi que passaram a acreditar em uma grande mentira por um pequeno incentivo, havendo, então, dissonância.

O sujeito que recebeu vinte dólares, por outro lado, não sentiu dissonância, uma vez que se sentiu confortável em mentir apenas pelo dinheiro, tendo uma justificativa plausível para dizer que a tarefa não é tediosa, apesar de achar. Assim sendo, de acordo com Festinger, sempre que houver recompensa insuficiente, haverá dissonância.

Caso o nosso comportamento vá contra nossas cognições, ou caso percebamos que há contradições entre cognições, sentimos desconforto e somos motivados a reduzir ou eliminar essas contradições. O psicólogo dá o seguinte exemplo<sup>65</sup>:

limitemo-nos a examinar agora de que modo a dissonância poderá ser reduzida, usando como exemplo ilustrativo o fumante habitual que tomou conhecimento de que o cigarro é mau para a sua saúde. Ele talvez tenha adquirido essa informação através de um jornal ou revista, por intermédio de amigos ou mesmo de um médico. Esse conhecimento é certamente dissonante com a cognição de que continua a fumar. Se estiver certa a hipótese de que haverá pressões para reduzir essa dissonância, o que se esperaria que essa pessoa faça?

---

<sup>64</sup> YOUTUBE. **Dissonância cognitiva - Leon Festinger [legendado]**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=wvx-gw4vusc>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

<sup>65</sup> FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1975, p. 15.

1. Ela **poderá simplesmente mudar a sua cognição** sobre o seu comportamento modificando as suas ações; isto é, poderá deixar de fumar. Se já não fuma mais, então a sua cognição do que faz é consonante com o seu conhecimento de que o fumo é nocivo à saúde.
2. Ela poderá **mudar os seus "conhecimentos" sobre os efeitos do fumo**. Isso parece ser uma forma algo peculiar de expressá-lo, mas traduz perfeitamente o que deve acontecer. A pessoa talvez acabe por **acreditar**, simplesmente, **que o fumo não tem quaisquer efeitos deletérios** ou por adquirir tantos "conhecimentos" sobre os bons efeitos do fumo que os aspectos nocivos tornar-se-ão desprezíveis. **Se conseguir mudar o seu conhecimento de uma ou outra dessas maneiras, terá reduzido, ou mesmo eliminado, a dissonância entre o que faz e o que sabe.** (grifo nosso)

A forma como lidar com essa tensão pode variar. Entretanto, a diminuição do desconforto será sempre o objetivo, arranjando, por exemplo, justificativas para tal comportamento ou então mentindo para si mesmo, pois há uma pré-disposição para confirmar a informação que motivou suas ações. Segundo Leon Festinger, os novos dados que lhe chegam e que são dissonantes da informação inicial serão rechaçados ou menosprezados, e, por outro lado, serão supervalorizados se eles confirmarem as informações iniciais. Isso influencia, portanto, a decisão do indivíduo.

Mas no exemplo acima parece claro que a pessoa talvez depare com dificuldades ao tentar mudar o seu comportamento ou o seu conhecimento. E essa é precisamente a razão pela qual a dissonância, uma vez criada, pode persistir. **Não existe garantia alguma de que a pessoa esteja apta a reduzir ou remover a dissonância.** O fumante hipotético talvez ache que o processo de renunciar ao cigarro é demasiado penoso para que o suporte. **Poderá tentar descobrir fatos e opiniões** de outras pessoas que corroborem o ponto de vista de que o fumo não é pernicioso, mas essas tentativas são passíveis de fracassar. Assim, poderá manter-se na situação de continuar a fumar e saber que o fumo é nocivo. **Se for esse o caso, entretanto, os seus esforços para reduzir a dissonância não cessarão.** (grifo nosso)<sup>66</sup>

Cabe ressaltar que a dissonância cognitiva só ocorre em situações em que as pessoas podem escolher ter o comportamento ou não. Em uma situação imposta, ou seja, em que há uma obrigação de fazer algo contra vontade, o desconforto provocado pela dissonância cognitiva não ocorrerá.

### 3.4.2 Análise de Bernd Schünemann

Na Alemanha, o jurista Bernd Schünemann desenvolveu uma pesquisa com metodologia experimental que envolveu a Teoria da Dissonância Cognitiva. Para ele, quando o juiz tem conhecimento dos autos do inquérito, que praticamente não tem interferência da defesa, não continua sendo possível julgar com imparcialidade.

---

<sup>66</sup> FESTINGER, Leon. Teoria da Dissonância Cognitiva. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1975, p. 15-16.

Schünemann, em um dos testes, submeteu alguns juízes a tomarem decisões em determinados processos. Onze magistrados não teriam contato com os autos das investigações antes de julgar, enquanto oito receberiam os autos. O que ocorreu foi que todos os juízes que receberam os autos da investigação proferiram sentenças condenatórias e dos onze que não tiveram contato, oito proferiram sentença de absolvição. Segundo o professor alemão<sup>67</sup>:

O juiz tem a tendência de perseverar na descrição do crime, relatada no inquérito policial. Além do mais, o magistrado não só menospreza informações dissonantes, como também, e com frequência, não as aceita nem uma só vez como verdadeiras, o que, segundo a Psicologia Cognitiva, explica-se pela apercepção favorita e pela retenção de informações redundantes.

Além de outras hipóteses confirmadas pela pesquisa, a principal para este trabalho é a conclusão de que quanto maior for o grau de envolvimento do julgador com a investigação preliminar, menor é a importância dada por ele para as perguntas da defesa, sendo maiores as chances de condenação. Segundo o raciocínio exposto no item 3.2.1, nesse caso, as teses da defesa se contradizem com as hipóteses acusatórias iniciais, o que leva à dissonância cognitiva. Consequentemente, a fim de reduzir a tensão psíquica gerada pela dissonância, são gerados dois efeitos, que são explicados por Schünemann: o efeito inércia ou perseverança e a busca seletiva de informações.

O efeito inércia ou perseverança faz com que as informações prévias consideradas corretas, como as informações fornecidas pelo inquérito, sejam superestimadas, enquanto às dissonantes se atribui valor inferior. Já a busca seletiva de informações se dá pela procura de dados que comprovem a hipótese anteriormente acolhida e aceita pelo ego.

Segundo a interpretação de Aury Lopes Jr.<sup>68</sup> sobre a pesquisa de Schünemann:

Em suma:

a) É uma ameaça real e grave para a imparcialidade a atuação de ofício do juiz, especialmente em relação à gestão e iniciativa da prova (ativismo probatório do juiz) e à decretação (de ofício) de medidas restritivas de direitos fundamentais (prisões cautelares, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico etc.), tanto na fase pré-processual como na processual (referente à imparcialidade, nenhuma diferença existe com relação a qual momento ocorra);

<sup>67</sup> IBCCRIM. **Artigo: o Juiz como um terceiro manipulado no Processo Penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental.** Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/140-artigo](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/140-artigo)>. Acesso em: 03 jun. 2017.

<sup>68</sup> JR., Aury Lopes. **Direito processual penal:** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 72.

- b) É uma ameaça real e grave para a imparcialidade o fato de o mesmo juiz receber a acusação e depois, instruir e julgar o feito;
- c) Precisamos da figura do “juiz da investigação” (ou juiz das garantias, como preferiu o Projeto do CPP), que não se confunde com o “juizado de instrução”, sendo responsável pelas decisões acerca de medidas restritivas de direitos fundamentais requeridas pelo investigador (polícia ou MP) e que ao final recebe ou rejeita a denúncia;
- d) É imprescindível a exclusão física dos autos do inquérito, permanecendo apenas as provas cautelares ou técnicas irrepetíveis, para evitar a contaminação e o efeito perseverança.

Após toda a exposição, acredita-se que a concepção de instituir o juiz de garantias para atuar na fase pré-processual possibilitaria que o primeiro contato do julgador com o processo fosse realizado com a garantia do contraditório. Assim, sua interpretação em relação ao caso seria influenciada pelas teses da defesa e da acusação.

## CONCLUSÃO

O objetivo central deste trabalho foi o de analisar se a presença do Juiz das Garantias seria eficaz na proteção da imparcialidade objetiva e, com base nas considerações feitas, é possível formular algumas delimitações conclusivas acerca do problema inicial.

A partir de um estudo sobre o funcionamento dos sistemas processuais penais, foi possível perceber as diferentes formas de atuação dos juízes ao longo do tempo. O sistema inquisitório é caracterizado por atribuir poderes instrutórios ao juiz, e o sistema acusatório se mostra mais capaz de concretizar o significado do devido processo legal ao fundamentar sua base na igualdade entre as partes e na imparcialidade do julgador.

Observou-se que a característica inquisitória ainda se faz presente em muitos aspectos do processo penal atual e, dessa forma, é necessário e urgente realizar uma releitura da legislação infraconstitucional sob a ótica da Constituição Federal, uma vez que um sistema processual deve possuir um modelo compatível com o cenário democrático-constitucional vigente.

A partir da análise da garantia da jurisdição, foi possível ressaltar a importância da existência de um juiz imparcial, que proteja integralmente os direitos fundamentais. Juiz esse que nunca se mantém neutro, pois possui valores, porém, deve ser imparcial, ou seja, alheio aos interesses das partes envolvidas em um processo.

A legislação brasileira apenas protege a imparcialidade no seu viés subjetivo, por meio das regras de impedimento, suspeição e incompatibilidade. É por esse motivo que o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos possui muita relevância para o Brasil, pois reconhece a existência e necessidade de observância da imparcialidade objetiva, ou seja, a imparcialidade em relação aos fatos do caso.

Ademais, foi examinada a posição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que entende há mais de 30 anos que o magistrado que participa da investigação não pode participar do julgamento do processo, sob pena de violar a imparcialidade objetiva.

Verifica-se, atualmente, que o juiz toma contato com o caso penal já no início da investigação, contaminando-se com as hipóteses acusatórias dos membros do Ministério

Público e com as autoridades policiais. Somente durante o processo, momento em que comumente já se encontra convicto em relação à culpabilidade do suspeito, conhece os argumentos da defesa.

Sendo assim, o instituto propõe que a atribuição da atividade de instruir e julgar o processo seja realizada por um magistrado diferente daquele que acompanhou a investigação penal e a colheita dos elementos de indícios direcionados a fundamentar a denúncia do Ministério Público, de forma que a separação de funções (premissa básica do sistema acusatório) se efetive na investigação criminal.

A proposta, entretanto, peca em alguns momentos. Ao dispor que o juiz do processo é quem será o responsável por admitir a acusação, conforme o artigo 15, está, do mesmo modo, permitindo a contaminação desse julgador, uma vez que deve conhecer todo o material probatório colhido na investigação. O mesmo acontece em relação às questões pendentes.

Há que se ressaltar, ainda, que o Projeto teria avançado mais se utilizasse o mesmo instituto para os órgãos colegiados de segundo grau. A crítica quanto à falta de um juiz das garantias na segunda instância também possui fundamento, afinal é preciso se pensar na necessidade da garantia de imparcialidade também para desembargadores e ministros, posto que decidem sobre medidas recursais e habeas corpus na fase pré-processual.

Quanto ao mais, tratam-se de críticas refutáveis. Dentre elas, a que mais acrescenta conhecimento ao presente trabalho é a relação entre o distanciamento do juiz para fins de não contaminação. Existem aspectos psicológicos humanos que, por consequência, afetam o magistrado. Um deles é muito bem explicado pela Teoria da Dissonância Cognitiva.

A Teoria aplicada ao processo penal, como bem demonstrou Schünemann em sua pesquisa, expressa que, quanto maior o grau de envolvimento do julgador com fase pré-processual, ou seja, com a produção de provas, menor é o seu interesse pelos questionamentos da defesa, sendo, então, muito mais provável o resultado condenação. Isso acontece, pois, a tese de defesa é contrária à hipótese acusatória inicial, conduzindo à dissonância. A partir desse momento, há uma perseguição, mesmo que involuntária, de autoconfirmação das hipóteses iniciais.

Ante o exposto, inicialmente, considera-se o instituto do juiz das garantias eficaz e viável como proposta para proteger a imparcialidade objetiva, uma vez que garante limites à contaminação desenvolvida na fase de investigação. Entretanto, o texto legal atual (PL 8045/2010) dispõe uma estrutura procedimental que não condiz com a concepção inicial presente na exposição de motivos do projeto do novo Código de Processo Penal, o que tornaria o instituto pouco relevante.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMÉRICA (Continente). **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Apitz-Barbera e outros v. Venezuela. Decisão unânime. San José. 5 ago 2008. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_182\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf)>. Acesso em 10 jun 2017.

AMÉRICA (Continente). **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica. San José. 2 jul 2004. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf)>. Acesso em 10 jun 2017.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

ARAÚJO, Claudio Watrin de. De juiz natural a inquisidor natural. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 51, p.76-94, jan. 2013.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. Sistemas processuais penais: acusatório, inquisitivo, misto; origens, distorções, atualidades. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 78, p.49-52, set. 2004.

BADARÓ, Gustavo. **Direito ao julgamento por juiz imparcial**: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. 2011. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>>. Acesso em: 05 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8045, de 2010. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=6701B91D8776369D39B0DD2ADF0EA7AD.proposicoesWebExterno2?codteor=831788&filename=PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6701B91D8776369D39B0DD2ADF0EA7AD.proposicoesWebExterno2?codteor=831788&filename=PL+8045/2010)>. Acesso em 5 mar 2017

CHOUKR, Fauzi Hassan. **As garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COSTA, César Ramos da. **A imparcialidade objetiva do juiz no processo penal brasileiro e a exceção de suspeição.** 2010. Disponível em: <[http://www.ipdd.org.br/conteudo\\_19\\_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html](http://www.ipdd.org.br/conteudo_19_a-imparcialidade-objetiva-do-juiz-no-processo-penal-brasileiro-e-a-excecao-de-suspeicao.html)>. Acesso em: 16 maio 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal.** 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). **O novo Processo Penal à luz da Constituição:** (Análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Application n. 8602/79. Caso Piersack v. Bélgica. Decisão unânime. Estrasburgo. 26 out 1984. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=-001-7556&filename=001-57556.pdf>. Acesso em 10 jun 2017.

FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Org.). **Ciências Penais:** Perspectivas e tendências da contemporaneidade. p. 125-145. 22. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. Tradução de: Eduardo Almeida.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França:** Cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Abel Fernandes. "Juiz das Garantias": inconsistência científica; mera ideologia - como se só juiz já não fosse garantia. **Revista CEJ**, Brasília, v. 51, p.98-105, out. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal. **Revista Iob de Direito Penal e Processual Penal: Direito em foco**, São Paulo, v. 62, p.238-241, jul. 2010.

GUEDES, Sérgio Wolney de Oliveira Batista. Os sistemas processuais penais e a faculdade de iniciativa probatória do juiz. **Ii Jornada de Direito Processual Penal: Coleção Jornada de Estudos Esmaf**, Brasília, v. 6, p.266-275, dez. 2010.

JACÓ-VILELA, Ana Maria; FERREIRA, Arthur Arruda Leal; PORTUGAL, Francisco Teixeira. História da psicologia: rumos e percursos. 1 ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim do Ibraspp: Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro, v. 251, n. 21, p.5-6, out. 2013. Semestral.

LOPES JUNIOR, Aury. Juízes inquisidores? E paranóicos.: Uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista Ibccrim**, São Paulo, v. 122, p.10-11, jan. 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Sistemas de Investigação preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz**. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 05 maio 2017.

LOPES, Marcus Vinicius Pimenta. Estudo e crítica do "juiz de garantias". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 111, p.227-260, dez. 2014.

LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. A angústia de decidir e o juiz das garantias no projeto de reforma do CPP: uma importante contribuição da psicanálise para o Direito. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 51, p.15-41, jan. 2013.

MAYA, André Machado. O juiz das garantias no projeto de reforma do Código de Processo Penal. **Revista Ibccrim**, São Paulo, v. 204, p.6-7, nov. 2009.

\_\_\_\_\_. Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. **Revista Ibccrim**, São Paulo, v. 215, p.14, out. 2010.

\_\_\_\_\_. **Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do "juiz das garantias"? **Revista Ibccrim**, São Paulo, Edição especial, p.21-23, ago. 2010.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Resquícios inquisitoriais e perspectivas acusatórias: o julgador frente à "Nova" Sistemática Processual Penal Brasileira. **Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 79, p.80-102, maio 2013.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. **Juiz-estrela: juiz é fiscal dos atos do MP, e não defensor deles**. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-dez-29/juiz-criminal-fiscal-atos-acusatorios-nao-defensor-deles>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

PRADO, Geraldo. **Processo penal e direitos humanos: A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 112-147

\_\_\_\_\_. **Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. O juiz das garantias. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 113, p.102-111, set. 2011.

ROSE, Nikolas. **Psicologia como uma ciência social**. 2008. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/seerpsicsoc/ojs2/index.php/seerpsicsoc/article/viewFile/3074/1808>>.

Acesso em: 17 maio 2017.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Org.). **Interceptação telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96**. Belo Horizonte: D'plácido, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?: Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental**. 2012. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/14/artigo01.pdf](http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/14/artigo01.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2017.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de Processo Penal**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. Processo penal e História: a origem dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 114, p.1-25, jun. 2015.