



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS III - GUARABIRA  
CENTRO DE HUMANIDADES “OSMAR DE AQUINO”  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO**

**MARIA GABRIELLE CELESTINO DIAS**

**JUIZ DAS GARANTIAS: ENTRE A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA  
INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E A IMPARCIALIDADE**

**GUARABIRA  
2019**

MARIA GABRIELLE CELESTINO DIAS

**JUIZ DAS GARANTIAS: ENTRE A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA  
INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E A IMPARCIALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Coordenação do Curso de Direito da  
Universidade Estadual da Paraíba, como  
requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharela em Direito.

**Orientadora:** Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Michelle Barbosa Agnoleti.

GUARABIRA  
2019

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

D574j Dias, Maria Gabrielle Celestino.  
Juiz das garantias [manuscrito] : entre a intervenção judicial na investigação preliminar e a imparcialidade / Maria Gabrielle Celestino Dias. - 2019.  
31 p.  
Digitado.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades , 2019.  
"Orientação : Profa. Dra. Michelle Barbosa Agnoleti , Coordenação do Curso de Direito - CH."  
1. Sistema Acusatório. 2. Imparcialidade. 3. Juiz das Garantias. I. Título  
21. ed. CDD 345.05

MARIA GABRIELLE CELESTINO DIAS

**JUIZ DAS GARANTIAS: ENTRE A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA  
INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E A IMPARCIALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Coordenação do Curso de Direito da  
Universidade Estadual da Paraíba, como  
requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Aprovado em: 27/11/2019.

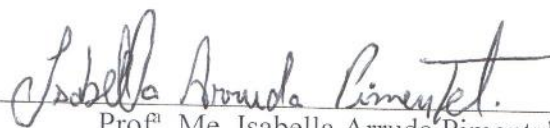
**BANCA EXAMINADORA**



Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Michelle Barbosa Agnoleti (Orientadora)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Vinicius Lúcio de Andrade  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof.<sup>a</sup> Me. Isabella Arruda Pimentel  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À minha mãe, que, por não conseguir ler essas  
palavras, fez-me querer mais, DEDICO.

A justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não é senão resolver-se na sua parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é buscar diminuir esta parcialidade.

(Francesco Carnelutti, *As misérias do Processo Penal*)

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS .....</b>	<b>10</b>
<b>3 IMPARCIALIDADE E ATUAÇÃO JUDICIAL NA FASE PRÉ-PROCESSUAL DA PERSECUÇÃO PENAL .....</b>	<b>14</b>
<b>4 PODERES ACAUTELATÓRIOS DO JUIZ NA FASE PRÉ-PROCESSUAL E REVERBERAÇÕES NO LIVRE CONVENCIMENTO.....</b>	<b>18</b>
<b>5 JUIZ DAS GARANTIAS COMO CONCILIADOR DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A IMPARCIALIDADE .....</b>	<b>21</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>26</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>27</b>

## JUIZ DAS GARANTIAS: ENTRE A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E A IMPARCIALIDADE

### GUARANTEE JUDGE: BETWEEN JUDICIAL INTERVENTION IN PRELIMINARY INVESTIGATION AND IMPAIRMENT

Maria Gabrielle Celestino Dias<sup>1</sup>

#### RESUMO

Embora à luz da ordem constitucional o processo penal brasileiro seja regido pelo sistema acusatório, não raro, entretanto, há discussões sobre a compatibilidade do Código de Processo Penal com a Constituição Federal de 1988, especialmente pelos vestígios do ultrapassado sistema inquisitório, o que fomenta o debate no que se refere à efetividade de direitos e garantias que, mesmo constitucionalmente previstos, são vilipendiados no plano legal. Um dos principais pontos sensíveis nessa comparação de normas é a imparcialidade e como ela é vulnerada/efetivada pela legislação infraconstitucional. O trabalho ora desenvolvido visa a averiguar os impactos que as competências do juiz na fase pré-processual da persecução penal têm sobre o direito a um julgamento imparcial, e em que medida a instituição de um órgão como o juiz das garantias asseguraria a imparcialidade do julgador. Por meio de consulta bibliográfica e documental, com abordagem dedutiva, foram objeto desse estudo os sistemas processuais penais; o conteúdo do princípio da imparcialidade; os poderes instrutórios conferidos ao julgador; a participação do Judiciário no trâmite da investigação preliminar e os efeitos relacionados ao livre convencimento; e, por fim, o conceito de juiz das garantias, a proposta do PL nº 8.045/2010 relativa à criação desse órgão judiciário, com as reverberações quanto à imparcialidade, bem como as críticas que lhe são opostas.

**Palavras-chave:** Sistema acusatório. Imparcialidade. Juiz das garantias.

#### ABSTRACT

Although in the light of the constitutional order, the Brazilian criminal process is governed by the accusatory system, however, there are often discussions about the compatibility of the Criminal Procedure Code with the 1988 Federal Constitution, especially due to the vestiges of the outdated inquisitory system, which fosters the debate regarding the effectiveness of rights and guarantees that, although constitutionally provided for, are vilified in the legal plan. One of the main sensitive points in this comparison of norms is impartiality and how it is undermined/effected by non-constitutional legislation. The present work aims to investigate the impact that the jurisdiction of the judge in the pre-procedural phase of criminal prosecution has on the right to a fair trial, and to what extent the establishment of a body such as the judge of guarantees would ensure the impartiality of the judge. Through bibliographic and documentary consultation, with a deductive approach, the object of this study was the criminal procedural systems; the content of the principle of impartiality; the instructive powers conferred upon the judge; the participation of the judiciary in the preliminary investigation and the effects related to free conviction; and, finally, the concept of judge of guarantees, the proposal of the PL 8.045/2010 concerning the creation of this judicial body, with the reverberations as to the impartiality, as well as the criticisms that are opposed to it.

**Keywords:** Accusatory system. Impartiality. Judge of the guarantees.

---

<sup>1</sup> Graduanda do curso de Direito, na Universidade Estadual da Paraíba, Campus III. E-mail: gabrielle10celestino@gmail.com.



## 1 INTRODUÇÃO

Desde que o ser humano passou a viver em comunidades politicamente organizadas, quaisquer que fossem os níveis de sua estruturação, ocorreu, em maior ou menor grau, uma transição paulatina do exercício privado da justiça, por meio da imposição da própria vontade a outrem, a um modelo em que um terceiro, estranho ao conflito, recebe a incumbência de solucioná-lo, papel que veio, com o tempo, a ser atribuído ao Estado, na figura do juiz.

Com a consolidação do Estado moderno, este torna-se o único legitimado à pacificação social através da incidência da lei nos litígios, a qual adquire feição de poder político, por meio de uma atividade, a jurisdição. No que concerne à aplicação do ordenamento jurídico visando à correção de desvios sociais ensejados quando da prática de infrações penais, desenvolveu-se a ideia de que, para além da necessidade de existência de sujeito investido do poder de obrigar o infrator à vontade da lei, seria imperioso também que tal coerção se desse por intermédio de um processo, concepção consagrada no princípio *nulla poena sine iudicio* (nenhuma pena pode ser imposta sem processo).

O processo, assim, desenvolveu-se essencialmente como instrumento apto e necessário ao exercício da atividade jurisdicional, e, com a evolução do entendimento sobre os direitos do povo frente ao príncipe, transformou-se num limite ao poder estatal de fazer atuar as leis penais, isto é, limitação ao direito de punir, em razão do gradual reconhecimento de garantias mínimas àqueles que figuravam como acusados. Mais que isso, a nota distintiva dessa manifestação de jurisdição, com efeito, é o fato de que almeja, de forma concomitante, além da punição dos culpados, a salvaguarda dos inocentes, a partir do estabelecimento de uma série de formalidades através das quais, somente, se poderá afastar a presunção de não culpabilidade (FERRAJOLI, 2002, p. 483).

Nesse sentido, no aprimoramento histórico do processo penal ocidental sobressaem-se dois sistemas processuais, o sistema inquisitório e o sistema acusatório. O primeiro caracteriza-se pela ausência de contraditório e de ampla defesa, em que o juiz é o gestor da produção das provas, sendo o único sujeito processual, responsável pelas funções de investigar, defender, acusar e julgar. No segundo sistema, decorrente do reconhecimento do acusado como titular de direitos fundamentais, tem-se a existência de uma pluralidade de sujeitos processuais, cada qual com uma função definida, e a gestão da prova fora do alcance do juiz, cujo único papel é o de julgar, de modo imparcial e estático, enquanto às outras partes cabe a investigação, acusação e defesa, visando a influir no convencimento do julgador.

A contraposição histórica entre esses dois sistemas representou a internalização pelo Estado da concepção de que tão importante quanto responder prontamente à sociedade com a punição de seus infratores, é a observância de determinadas garantias à pessoa que suporta uma acusação. Desta feita, o processo penal enfrenta um desafio crucial, concernente à construção de um equilíbrio entre o irrenunciável respeito aos direitos fundamentais e a consecução de máxima eficiência e eficácia do sistema criminal pátrio (LIMA, 2017, p. 38).

No Brasil, o Código de Processo Penal data de 1941, tendo sido editado sob a égide do período ditatorial do Estado Novo, com influências, ainda, do Código Rocco, italiano, de inspiração fascista, de modo que o caráter inquisitivo dos atos processuais se revela em diversos dispositivos. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, entretanto, pela incompatibilidade inevitável, qualquer interpretação ou aplicação do código processual voltada ao prestígio da sistemática inquisitória qualifica-se de não recepcionada pela ordem constitucional, em vista do rol de garantias do devido processo legal aos acusados veiculado na Lei Maior, passando, a partir de então, a ser adotado o sistema de processo acusatório no ordenamento pátrio.

Ocorre que, conquanto tenha sido recepcionado pela nova ordem constitucional, alguns institutos previstos no referido código não resistem ao crivo do novo sistema processual albergado pela Constituição, dos quais é exemplo a condução coercitiva de investigados ou acusados<sup>2</sup>. Então, a aplicação das regras do processo penal requer sempre uma interpretação conforme a Constituição, a fim de que sejam afastados os resquícios da anterior feição inquisitiva.

Um dos mais notáveis traços do ultrapassado modelo inquisitório ainda presente no Código de Processo Penal, e de efetiva incidência na persecução penal, é a atuação eminentemente proativa do juiz na fase de investigação, determinando medidas cautelares, decidindo sobre pedidos de prisão preventiva e temporária, e autorizando a colheita de provas, por exemplo, fatos que, por sua vez, implicam na prevenção do juízo, o que faz com que a mesma autoridade judiciária diante da qual tramitou o inquérito policial e foram realizados todos esses atos seja aquela competente para o julgamento da ação penal.

Embora a discussão desse ponto não seja uma novidade entre os processualistas, ultimamente, as consequências dessa reunião de funções antagônicas em um só agente exsurgiu nos noticiários jornalísticos por todo o país, com a divulgação de supostas ilegalidades protagonizadas pelas autoridades responsáveis pela condução da chamada “Operação Lava-Jato”, trazendo o cerne da questão para a garantia de imparcialidade do julgador.

Com efeito, é de se questionar o quanto reverbera naquele a quem compete proferir sentença no processo penal a participação, anterior à instrução em contraditório, na investigação criminal. Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.045/2010, que trata da reforma do Código de Processo Penal e, dentro das inovações previstas, encontra-se a criação do chamado juiz das garantias, que seria o responsável pela atuação do Poder Judiciário na etapa investigatória da persecução, estando impedido, porém, de atuar no processo decorrente.

Nesse diapasão, a questão fundamental que se busca problematizar nesta oportunidade, por intermédio de consulta bibliográfica e documental, consistente na análise de doutrina especializada em artigos científicos e livros, bem como da legislação, com abordagem dedutiva, é acerca dos impactos que as competências do juiz na fase pré-processual da persecução penal têm sobre o direito a um julgamento imparcial, e em que medida a instituição de um órgão como o juiz das garantias asseguraria a imparcialidade do julgador.

Para tanto, o trabalho dividir-se-á em quatro seções: na primeira, serão abordados os sistemas processuais penais; na segunda, o conteúdo do princípio da imparcialidade; na terceira, a participação do Poder Judiciário no trâmite da investigação preliminar e os efeitos relacionados ao livre convencimento do julgador; e na quarta, última seção destinada ao desenvolvimento teórico, o conceito de juiz das garantias, a proposta do Projeto de Lei nº 8.045/2010 relativa à criação desse órgão judiciário, com as reverberações quanto à imparcialidade, bem como as críticas que lhe são opostas.

Pelo introito até aqui apresentado, justifica-se o exame da temática ora exposta, primeiro, devido à relevância, do ponto de vista da cidadania e do prestígio às conquistas históricas de reconhecimento dos direitos humanos, de se debater a constitucionalidade e a legitimidade dos mecanismos empregados pelo Estado para operacionalização do *jus puniendi*. Segundo, não se pode ignorar o fato de que os afetados direta e imediatamente pela atividade jurisdicional, voltada ao direito penal, são os sujeitos de direitos fundamentais os quais, para além de poder exigir a efetiva resposta estatal à violação do pacto democrático, representada pela prática de um crime, podem/devem reivindicar que seja dada sob os ditames

---

<sup>2</sup> O Supremo Tribunal Federal julgou procedente arguição de descumprimento de preceito fundamental para declaração da não recepção pela Constituição Federal de 1988 de parte do artigo 260, do Código de Processo Penal. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>>

do devido processo legal, com os corolários que lhe são próprios, dentre os quais um julgamento justo e imparcial.

## 2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Em análise do conceito de sistema processual penal, Geraldo Prado (2005, p. 101) discorre que, sendo elemento integrante do processo, é coerente entendê-lo como manifestação de um “complexo de procedimentos entrosados inerentes ao sistema judiciário, ao qual se acoplará em vista das estruturas peculiares deste último, com o objetivo de satisfazer uma necessidade específica, isto é, viabilizar a solução dos conflitos de interesses”. Assim, trata-se de um subsistema, que está inserto no processo penal, que por sua vez não se encontra desvinculado de sistemas a ele superiores, o qual ditará as características das atividades interligadas de investigar, acusar, julgar e impor sanção, à vista da prática de uma infração penal.

Conquanto não seja possível apontar um desenvolvimento linear do processo penal na cultura ocidental, em uma sucessão exata de fatos, tem-se que em determinado momento de desenvolvimento das civilizações passou-se do arbítrio das pessoas diretamente envolvidas na contenda, decidindo por si mesmas através da força, de crenças ou rituais místicos, para algum mecanismo com estruturação mínima, em que a comunidade estabelece os meios de pacificação social. Retratando o processo histórico por que passou o modo com que a humanidade buscou responder aos infratores das leis então estabelecidas, Foucault (2002, p. 54-55) fala-nos do que chamou de inquérito – não no sentido em que é empregado na persecução penal atual –, surgido na Grécia Clássica, sendo uma “forma de descoberta judiciária, jurídica, da verdade”, em substituição aos desafios ou provas a que se submetiam as pessoas primitivamente, no afã de lidar com uma acusação que lhes fosse atribuída.

Com efeito, em termos de elaboração de formas racionais da prova e da demonstração – conforme expressão do autor supracitado –, destacaram-se dois formatos de deslinde do processo penal: o sistema acusatório e o sistema inquisitório. De modo sintético, Aury Lopes Jr. (2012, p. 116) explica que, numa perspectiva cronológica, o sistema acusatório “predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos”.

O sistema acusatório tem suas origens remontadas à Grécia Antiga, em seu período clássico, sob os reflexos da democracia ateniense, como também à alta República Romana. No contexto ateniense, a acusação poderia ser formulada perante um tribunal popular, por qualquer cidadão, nos casos de delito público, considerados mais graves, e assumiria uma feição privada em se tratando de delitos de menor ofensividade. Num julgamento público, acusado e acusador debatiam em paridade perante seus julgadores, que não se imiscuíam na formação de provas. Geraldo Prado (2005, p. 128) consigna que

o ofendido ou qualquer cidadão apresentava e sustentava a acusação perante o Arconte e este, conforme se cuidasse de delito público, convocava o Tribunal, cabendo ao acusado defender-se por si mesmo (em algumas ocasiões era auxiliado por certas pessoas). Cada parte apresentava as suas provas e formulava suas alegações, não incumbindo ao tribunal a pesquisa ou aquisição de elementos de convicção. Ao final, a sentença era ditada na presença do povo.

Já no processo penal que se desenvolveu na República Romana, reconhece-se a sucessão de duas formas: a *cognitio* e *accusatio*. Na primeira, aos magistrados eram conferidos amplos poderes, para, em nome do Estado conhecer dos fatos, assumindo a iniciativa de instrução e deliberação. Pela escassez de garantias e de eficácia, foi ultrapassada pela *accusatio*, na qual, à semelhança do modelo ateniense, e sob a máxima de que ninguém poderia ser levado a juízo sem uma acusação (*nemo in iudicium tradetur sine accusatione*), qualquer cidadão e, especialmente o ofendido, munido de provas, poderia iniciar a ação penal, nos delitos públicos, de especial relevância naquela sociedade.

Em seguida à *cognitio* surgiu a *accusatio*, também designada *iudicium publicum* ou *quaestio*, voltada à apuração de algumas infrações penais atinentes à ordem pública, como, por exemplo, aquelas cometidas pelos magistrados no exercício de suas funções (*quaestiones*). O procedimento, que carecia da figura do acusador particular, ora na condição de ofendido, ora representando o interesse público da sociedade, surgia como manifestação da adaptação do antigo processo penal às novas exigências sociais, sendo em muitos aspectos semelhante à forma grega. (PRADO, 2005, p. 131).

Conquanto já durante o Império Romano o processo penal tivesse perdido o caráter acusatório, com a instituição, novamente, de uma atuação judicial de ofício, Foucault (2002, p. 58) refere que durante os primeiros séculos da Idade Média o domínio bárbaro fez com que houvesse um abandono das formas greco-romanas de procedimento, que só viriam a reaparecer entre os séculos XII e XIII, não havendo, naquele período, por consequência, “nenhum dos elementos dos procedimentos de inquérito, de estabelecimento da verdade das sociedades gregas ou do Império Romano”.

O mesmo autor (2002, pg. 63) afirma que o procedimento que ressurge durante a Baixa Idade Média assume uma feição bastante distinta de suas raízes clássicas, sobretudo por ter voltado à tona sob a influência do poder da Igreja Católica, o que culminou na instauração, por toda a Europa Ocidental, do procedimento inquisitório de averiguação e julgamento de infrações penais. Somente após a Revolução Francesa, no século XVIII, por decorrência dos ideais iluministas e humanistas, tem-se a reformulação das formas do processo penal inquisitórias.

Discorrendo sobre as particularidades do sistema processual acusatório, Aury Lopes Jr (2012, p. 120) traz luz ao fato de que apenas sua estrutura permite a coexistência de garantias e direitos fundamentais àquele que se vê sob uma acusação, em razão da atribuição legal de papéis definidos e distintos aos sujeitos do processo, acusador, acusado, e julgador, e da limitação ao poder punitivo, cuja titularidade é exclusiva do Estado.

Em última análise, é a separação de funções (e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz) que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual. (LOPES JR., 2012, p. 120)

Conforme escólio do referido autor (2012, p. 119), caracterizam o sistema acusatório o exercício das atividades de acusação e julgamento por órgãos distintos, equidistância do juiz em relação às partes, por decorrência da imparcialidade e inércia quanto à iniciativa da atividade probatória, tratamento paritário entre acusador e acusado, com a possibilidade de contraditório e ampla dessa, publicidade e oralidade do procedimento, ausência de força hierárquica entre as provas, imperando o livre convencimento motivado do julgador, faculdade de impugnação das decisões, e formação de coisa julgada.

De forma geral, assim, o sistema processual penal acusatório impõe balizas ao exercício do poder punitivo estatal, na medida em que a aplicação da lei penal, com a correspondente sanção, competirá a uma autoridade que não procederá por iniciativa própria, e que será distinta daquela que, também em nome do Estado, possui a titularidade exclusiva da iniciativa do processo. Formulada a acusação, o julgador, outrora inerte, impulsionará a persecução penal, sob a égide do contraditório, e da paridade de armas, que permitirão ao autor e ao réu o alcance aos meios de prova, que serão levados à formação do convencimento imparcial do juiz.

Contrapondo-se ao modelo acusatório, há o sistema processual inquisitório. Se na República Romana desenvolveram-se as bases de um procedimento estruturado na separação das funções de acusação e julgamento, durante o Império, houve significativa concentração de poderes nos magistrados, sob as justificativas de correção de ineficácia dos mecanismos anteriores, da busca da verdade, da proteção dos inocentes e da vedação ao *non liquet* (PRADO, 2005, p.133). Assim, os juízes passaram a proceder de ofício, realizando investigação e assumindo o lugar de acusador, que antes era facultado aos cidadãos em geral, proferindo também as sentenças, procedimento que ficou conhecido por *cognitio extra ordinem*.

Com a queda do Império Romano, as invasões bárbaras deram ensejo ao sobrepujamento do direito romano pelo direito germânico, durante os primeiros séculos da Idade Média. Foucault (2002, p. 55) esclarece que este era um direito no qual não havia a previsão de um procedimento para solução dos litígios, de maneira que os modelos acusatórios e inquisitórios que se engendraram em Roma se esmaeceram por algum tempo, até que, por volta dos séculos XII e XIII, ressurgem, agora com a hegemonia do sistema inquisitório, por intermédio do poder eclesiástico.

Na primeira parte da Idade Média, em decorrência da formação de pequenas comunidades — feudos — comandadas autoritariamente e, sem dúvida, de fato dispostas de forma autônoma frente aos reinos, reduziu-se sobremaneira o papel da justiça, conforme a conheceram os antigos, desmembrando-se o aparato judicial germânico, de modo que, tempos depois, a jurisdição eclesiástica veio a sobressair, acomodada em um poder centralizado e eficientemente distribuído nos mais diversos territórios, ao contrário do poder real. (PRADO, 2005, p, 138)

A partir do século XII da idade medieval, afirma Foucault (2002, p, 66), surge a noção de infração, no sentido inédito de transcender um dano entre particulares, e redundar em uma lesão à própria lei do Estado, como atualmente é ordinariamente concebida. Além disso,

tem-se assim por volta do século XII, uma curiosa conjunção entre a lesão à lei e a falta religiosa. Lesar o soberano e cometer um pecado são duas coisas que começam a se reunir. Elas estarão unidas profundamente no Direito Clássico. (...) O inquérito que aparece no século XII em consequência desta transformação nas estruturas políticas e nas relações de poder reorganizou inteiramente (ou em sua volta se reorganizaram) todas as práticas judiciárias da Idade Média, da época clássica até da época moderna. (FOUCAULT, 2002, p. 74)

A prática inquisitória da Igreja da Alta Idade Média é descrita pelo mesmo autor como dividida em dois estágios: a *inquisitio generalis* e a *inquisitio specialis*. A primeira parte refere-se à instituição da inquisição geral, ocasionada a partir das visitas periódicas dos bispos à comunidade, que passava, então, por uma inspeção, por meio da qual aqueles que gozavam de mais prestígio, como os mais idosos, os mais virtuosos, por exemplo, eram inquiridos acerca dos fatos ocorridos na ausência da autoridade religiosa, sobretudo faltas, pecados, e crimes. Desaguando a *inquisitio generalis* em uma conclusão positiva, teria início o segundo

estágio, a inquisição especial. Esta consistiria na averiguação detalhada da infração delatada, visando à busca da verdade quanto à autoria e à natureza do ato.

Relativamente às características marcantes desse procedimento, Aury Lopes Jr. (2012, p. 122-127) destaca o abandono do princípio romano *ne procedat iudex ex officio*, sendo encorajadas as denúncias anônimas, com a garantia de que o nome do acusador permaneceria encoberto. É abolida também a publicidade do processo, transformando-se o acusado em mero objeto de verificação, à disposição do juiz inquisidor, o que implicava sigilo sobre a identidade das testemunhas e prisão estabelecida como regra.

A confissão do réu era um ato que tinha o condão de pôr termo à *inquisitio specialis* a qualquer momento, já que elevada ao patamar de prova máxima, suficiente para a condenação, de acordo com o sistema de prova tarifada. Nesse sentido, o interrogatório era um meio indispensável e moldado para que se chegasse a esse resultado, especialmente através de mecanismos de tortura.

Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o "direito" a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado como "suficientemente torturado e era liberado". Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas. (LOPES JR., 2012, p. 126)

Também relevante é o fato de que a inexistência de coisa julgada era signo distintivo do processo inquisitório, por decorrência do fundamento de busca da verdade real. Sobrevivendo o suspeito ao interrogatório, era absolvido, por insuficiência de provas, porém não inocentado, de maneira que permaneceria sob a possibilidade de posterior julgamento, por ausência de estabilização da decisão anterior.

Foucault (2002, pg. 71) aduz que, a partir da consolidação dos Estados Modernos, o sistema processual consagrado pela Igreja durante a Alta Idade Média foi incorporado às estruturas políticas em formação, de maneira que, da pessoa do soberano emana o poder que passará a deter os procedimentos judiciais. Como expressão do poder absolutista que foi, o sistema inquisitório prevaleceu até o início do XIX, quando foi combatido pelos ideais veiculados na Revolução Francesa, cuja maior expressão foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, repercutindo sobremaneira no processo penal.

De acordo com o magistério de Aury Lopes Jr. (2012, p. 130), a contraposição feita ao sistema inquisitório culminou na transição para um sistema misto, o qual se estende até os dias atuais, em que, basicamente, a persecução penal será constituída por uma fase preparatória, investigativa, de caráter eminentemente inquisitivo, visando a angariar elementos para a formação da *opinio delicti*, e por uma fase posterior, a do julgamento, em que a instrução se dá mediante contraditório e ampla defesa. Sob a óptica contemporânea pondera que

pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais. (LOPES JR., 2012 p. 116).

No que se refere ao sistema processual penal brasileiro, a Constituição Federal de 1988 moldou, através da previsão de um rol de direitos fundamentais, de que são exemplos o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), o tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, LVI e LXII), a publicidade dos atos processuais e

motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e a presunção da inocência (art. 5º, LVII), bem como pela outorga da titularidade do exercício da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I) uma estrutura de caráter eminentemente acusatório.

Entretanto, não há unanimidade quanto a essa classificação, principalmente porque o Código de Processo Penal, editado à época da ditadura do Estado Novo, em 1941, tendo sido inspirado, por sua vez, no Código Rocco, da Itália fascista, transparece, em diversos dispositivos, que até hoje têm aplicação chancelada, sua influência inquisitória. Um dos mais notáveis exemplos, que serão detalhados posteriormente, é a possibilidade de o juiz proceder, de ofício, à atividade probatória.

Aury Lopes Jr. (2012, p. 128) aduz que a doutrina costuma afirmar que a sistemática do processo penal pátrio é mista, principalmente em razão da divisão da persecução na fase de inquérito, pré-processual e não vinculada ao contraditório, e na fase processual propriamente dita, em que acusação, defesa e julgador se separam, havendo instrução sob a ampla defesa. Numa posição mais particular, entretanto, defende que prefere “fugir da maquiagem conceitual, para afirmar que o modelo brasileiro é (neo) inquisitório, para não induzir ninguém a erro”.

Geraldo Prado (2005, p. 301) sintetiza a problemática ao refletir que, à luz das normas constitucionais, o processo penal brasileiro se filiou ao sistema acusatório. Porém, faz a ressalva de que a partir da concreta dinâmica entre os sujeitos processuais, isto é, pela delimitação das atribuições do julgador em cotejo com as incumbências do acusador, no código de 1941 – notadamente os poderes instrutórios conferidos ao juiz (art. 156 do CPP); a possibilidade de conversão, de ofício, da prisão em flagrante em prisão preventiva, o que redundaria no poder de decretar a prisão de ofício (art. 310 do CPP); a decretação, de ofício, de sequestro de bens e de busca e apreensão (art. 127 e 242, ambos do CPP); a oitiva de outras testemunhas, além das arroladas pelas partes (art. 209 do CPP); e a admissão de sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385 do CPP) – , deve ser reconhecida, no Brasil, uma mera aparência acusatória.

### **3 IMPARCIALIDADE E ATUAÇÃO JUDICIAL NA FASE PRÉ-PROCESSUAL DA PERSECUÇÃO PENAL**

A partir do momento em que a autotutela deixou de ser a regra para a solução das contendas no meio social, a principal nota distintiva dos diversos mecanismos que lhe sucederam é o fato de não competir mais à parte impor à sua adversária a solução que lhe aprouver. Essa função passa a ser da titularidade de um terceiro, cuja característica essencial é não participar do conflito, o que corresponde à heterocomposição, elemento basilar da jurisdição, em contraste com a anterior autocomposição entre as partes.

Assim, em todas as comunidades politicamente estruturadas, o poder político absorveu esse mister de pôr termo aos litígios que se desenvolvessem entre os indivíduos, assumindo, portanto, a feição do terceiro, exterior à lide, encarregado de aplicar a norma ao impasse. É de ser notado que, num cenário em que aqueles diretamente envolvidos decidem por si mesmos o embate de suas pretensões, é natural que cada qual defenda seu interesse, atuando pois, com parcialidade, o que culminará, em não sendo o caso de acordo, na sujeição forçada de um ao outro, por intermédio de qualquer que seja o poder detido pelo mais forte naquela relação. Quando o poder político que dá forma e estrutura àquele meio avoca a atribuição de pacificar os conflitos entre direitos e deveres, há a intromissão de uma força no choque de parcialidades, de modo que já não é mais legítimo que uma se sobreponha a outra senão pelo pronunciamento de uma autoridade para tal fim investida.

Portanto, essa forma de realizar a justiça, hoje denominada de jurisdição, representou o principal fruto do amadurecimento dos ordenamentos jurídicos no que diz respeito aos mecanismos de aplicação do direito penal, pelo alcance da garantia mínima de que o indivíduo não terá que se submeter ao cumprimento de uma sanção advinda do arbítrio de outrem. Para Aury Lopes Jr. (2012, p. 174), entretanto, não basta que seja assegurado o julgamento perante uma autoridade a quem competirá aplicar a lei penal. É pressuposto da legitimidade da resolução heterônoma do conflito a imparcialidade desse julgador.

Ao referir que imparcialidade corresponde a um princípio supremo do processo, o mesmo autor explica que, tendo-se como pressuposto a condição de parte daqueles que se apresentam perante um juiz, defendendo cada qual sua pretensão, é decorrência lógica do mecanismo heterônomo, em que, essencialmente, cabe a um outro decidir, que este seja despido das pretensões das parte. Nesse ínterim, aduz que “a parcialidade significa um estado subjetivo, emocional, um estado anímico do julgador. A imparcialidade corresponde exatamente a esse palco de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva” (2012, p. 187).

Não cuida a imparcialidade de um estado de neutralidade, posição essa inalcançável ao ser humano, já que impossível despojar-se de sua vivência, que lhe imprime, naturalmente, valores, crenças, posições políticas, e lhe molda o caráter. Em verdade, o ser imparcial no processo está intimamente conectado à postura do julgador ao não se imiscuir na parcialidade dos litigantes, por intermédio da garantia do contraditório e da paridade de meios de defesa entre eles. Atento à problemática da dificuldade humana de julgar de forma imparcial, Carnelutti (2006, p. 23), uma reflexão pragmática, conclui que “porque não é imparcial o defensor, não pode e não deve ser imparcial nem o seu adversário. A parcialidade deles é o preço que se deve pagar para obter a imparcialidade do juiz, que é, pois, o milagre do homem, enquanto, conseguindo não ser parte, supera a si mesmo”.

Sem nunca se distanciar das prescrições legais, o juiz, em uma posição de equidistância das partes, como terceiro que não compartilha da relação jurídica de direito material entre aquelas e, conseqüentemente, não dispondo, de antemão, de elementos que lhe permitam decidir a causa, e também por não ser lícito que decida conforme suas inclinações, deverá, pelo comando da imparcialidade, velar pelo embate dialógico entre os sujeitos parciais.

Nessa perspectiva é que se desenvolve a imparcialidade do Juiz, que, vinculado ao arcabouço normativo, submete-se ao dever de promover a paridade de armas e a igualdade de oportunidades, com vista à construção dos argumentos e do corpo probatório; vigilante, contudo, em relação às manobras imorais e antijurídicas, desnecessárias e protelatórias, absolutamente indesejáveis na formação do seu livre convencimento. (PAMPLONA FILHO, et al., 2011, p. 14)

Por tudo isso, o direito a um julgamento imparcial nada tem em comum com o modelo de processo inquisitório, em que não ocorre a triangularização entre juiz, acusação e defesa, confundindo-se as funções de acusar e julgar num só ator. É de perfeita síntese a exposição de Piero Calamandrei (2013, p. 87) ao consignar que “a imparcialidade, virtude suprema do juiz, é a resultante psicológica de duas parcialidades que se combatem”, o que só é garantido em um processo de caráter acusatório, de maneira que somente haverá condições de uma condução imparcial quando for assegurada, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da produção de provas, a quem competirá, tão somente, apreciá-las.

Aury Lopes Jr. (2012, p. 190) teoriza que a imparcialidade pode ser analisada sob dois ângulos, subjetivo e objetivo. “A imparcialidade subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de



prejulgamentos. A 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”. E, é, portanto, no que se refere à óptica objetiva, aos mecanismos processuais que permitem ao juiz distanciar-se dos interesses e discussão, que importa perquirir a posição do julgador, em relação ao ônus das partes de forjar as provas que lhe convierem, no processo penal pátrio.

Prossegue o mencionado autor (2012, p. 190) defendendo que “o juiz deve manter-se afastado da atividade probatória, para ter o alheamento necessário para valorar essa prova. A figura do juiz-espectador em oposição à figura inquisitorial do juiz-ator é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório”, no sentido de que atribuindo-se a iniciativa instrutória ao juiz, para a colheita provas, é desvirtuada a estrutura dialética do processo penal, do contraditório, da igualdade de tratamento e oportunidades e, por consequência dessa proatividade judicial, da imparcialidade, elementos estes todos informadores do sistema acusatório.

A principal fonte da discussão referente à essa linha tênue entre imparcialidade e poderes instrutórios do juiz no processo penal é o artigo 156, do Código de Processo Penal. O ônus da prova, conforme o *caput* do referido dispositivo, é distribuído de maneira que a prova da alegação caberá a quem a fizer, e, diante do princípio constitucional da presunção de inocência ou de não culpabilidade, o acusador terá a responsabilidade de comprovar a materialidade do fato imputado e sua autoria. Ocorre que, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, pelo acréscimo dos incisos I e II, é conferido ao juiz o poder de

- I. ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
- II. determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Por essa previsão, os poderes instrutórios do juiz ganham destaque em dois momentos distintos: na fase pré-processual, e durante o prosseguimento da ação penal. A autorização de uma atuação judicial espontânea, no momento da investigação, a fim de produzir provas contrasta diretamente com a estrutura acusatória de processo eleita pela Constituição Federal, cuja essência impõe a distinção entre os papéis do julgador, do acusador e do defensor do acusado. Entretanto, agindo o juiz sem provocação de qualquer das partes durante o inquérito ou qualquer outro procedimento investigatório, incorre numa verdadeira substituição daquelas, abandonando a postura de espectador, passando a juiz-ator, na expressão empregada por Aury Lopes Jr., o que redundará na figura de um julgador inquisidor, sendo a principal consequência desse afastamento do sistema acusatório a concentração de poderes nas mãos de um só indivíduo, desaguando no sacrifício da imparcialidade, diante do contato do futuro juiz da ação penal com as provas que lhe instruirão.

Eugenio Pacelli (2017, p. 178) pondera que, no momento da persecução prévio à ação penal, a atuação jurisdicional só é legítima à medida que se preste a exercer o controle das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição, e do devido processo legal, como garantia das liberdades públicas. Para Lima (2017, p. 613), não há óbice a que o juiz proceda durante as investigações, desde que seja por intermédio da provocação das partes, já que ao realizar diligências de ofício, ficaria, inevitavelmente, ligado psicologicamente à causa, com predisposição à tese de culpabilidade do acusado, representando grave prejuízo à necessária imparcialidade ao julgar.

Em um sistema acusatório, cuja característica básica é a separação das funções de acusar, defender e julgar, não se pode permitir que o magistrado atue de ofício na fase de investigação. Essa concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, o juiz inquisidor, além de violar a imparcialidade e o devido processo legal, é

absolutamente incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito, assemelhando à reunião de poderes de administrar, legislar e julgar em uma única pessoa, o ditador nos regimes absolutistas. A tarefa de recolher elementos para a propositura da ação penal deve recair sobre a Polícia Judiciária e sobre o Ministério Público, preservando-se, assim, a imparcialidade do magistrado. (LIMA, 2017, p. 614)

O segundo inciso supracitado conferiu proatividade ao julgador na instrução processual. Entretanto, neste a iniciativa probatória do juiz foi prevista de modo mais comedido, subsidiário, quando, a despeito das provas produzidas pelas partes, persistir dúvida sobre questão relevante à causa. Conquanto o mais compatível com o princípio da presunção de inocência fosse o benefício do réu, em havendo dúvidas sobre a imputação do fato criminoso, Lima (2017, p. 615) refere que a maior parte da doutrina entende como legítimo o poder instrutório residual do juiz, sob o argumento de que havendo fonte de prova ainda não explorada pertinente às matérias de acusação e defesa, seria extemporâneo um pronunciamento pelo *in dubio pro reo*, em nome da busca da verdade real. Acrescenta que sendo o ato judicial devidamente motivado e assegurado às partes a plena participação e o contraditório, não haveria violação ao princípio acusatório.

Compartilhando de tal entendimento, Pacelli (2017, p. 178) explica que será a imparcialidade o filtro pelo qual o referido dispositivo pode ser compatibilizado como o modelo processual penal chancelado pela Constituição, estabelecendo-se uma diferenciação entre iniciativa probatória e iniciativa acusatória do magistrado, na qual esta representaria a usurpação do lugar processual atribuído ao querelante e ao Ministério Público, devendo ser combatida, portanto, enquanto aquela seria a iniciativa probatória, que não conflitaria com o dogma da separação de funções.

Falamos, agora, na imparcialidade no que se refere à *atuação concreta do juiz* no processo, de modo a impedir que este adote postura tipicamente acusatória no processo, quando, por exemplo, entender *deficiente* a atividade desenvolvida pelo Ministério Público. O juiz não poderá *desigualar* as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos reunidos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais. (PACELLI, 2017, p. 179)

De acordo com a doutrina de Lopes Jr. (2012, p. 571), todavia, é equivocado raciocínio de que a verdade no processo penal deve ser alcançada a qualquer custo, servindo de justificativa à ampliação de poderes do juiz, especialmente pelo fato de que tal mecanismo deu lastro ao sistema inquisitório. Nesse sentido, tem-se que a gestão da prova será determinante para que seja assegurada a imparcialidade do magistrado, ou seja, é imprescindível que as partes tenham o monopólio do ônus de trazer ao processo as provas que lhe forem pertinentes, em razão de que o contato do julgador com a atividade investigatória/instrutória incute-lhe, necessariamente, pré-julgamentos, dos quais não se despojará quando da prolação da sentença.

Necessário dar-se conta de que a gestão da prova está vinculada à noção de gestão do fato histórico, e, portanto, deve estar nas mãos das partes. Do contrário, atribuindo-se ao juiz, estamos incorrendo no erro (psicológico) da inquisição de permitir-lhe (re)construir a história do crime da forma como lhe aprouver para justificar a decisão já tomada[...]. Permitir que o juiz seja o gestor do fato histórico é incorrer no mais grave dos erros: aderir ao núcleo imantador do sistema inquisitório. (LOPES JR., 2012, p. 579)

#### 4 PODERES ACAUTELATÓRIOS DO JUIZ NA FASE PRÉ-PROCESSUAL E REVERBERAÇÕES NO LIVRE CONVENCIMENTO

Anteriormente, foi exposta a problemática existente no (des) equilíbrio entre os poderes instrutórios concedidos ao juiz e a imparcialidade desse mesmo julgador. Conquanto a autorização legal para uma atuação proativa do juiz na fase de investigação seja combatida, à luz dos ditames do sistema acusatório de processo, devido à vulneração da garantia de um posterior julgamento imparcial, é praticamente consenso que a intervenção do judicial, nesta fase, justifica-se nas situações em que é necessário preservar ou restringir, de modo legítimo, o exercício de direitos fundamentais, em obediência às cláusulas de reserva de jurisdição estabelecidas pela Constituição (PRADO, 2005, p.216).

De todo modo, qualquer aproximação do juiz com a atividade probatória que extrapole o seu papel de tão somente conhecer das provas enfraquece o mecanismo de separação de funções no processo e o princípio da presunção de inocência, como consequência da quebra da imparcialidade. Consoante lição de Geraldo Prado (2005, p. 216), “a implicância prática da reserva em questão consiste, segundo pensamento dominante, na garantia da liberdade de avaliação das provas, convicção fundada sobre a qualificação jurídica da infração penal e arbitramento motivado da correspondente sanção”, de sorte que a imparcialidade do julgador é pressuposto legitimador da valoração do material probatório pelo livre convencimento motivado.

Ocorre que, sendo necessária a atuação do juiz na fase de investigação, para que decida sobre o deferimento ou não de diversas medidas cautelares prévias ao processo, que através de restrições aos direitos individuais do investigado, permitem além da colheita de elementos de informação, a garantia de um resultado útil à futura ação penal, exsurge, também, nesse cenário, um questionamento relativo à afetação da imparcialidade desse mesmo julgador, que, pelas regras de competência prescritas pelo artigo 83<sup>3</sup>, do Código de Processo Penal, será, por prevenção, competente para conhecer e julgar o processo vindouro correspondente.

Como argumento favorável ao critério da prevenção como causa definidora da competência, aduz-se que melhor julga aquele juiz que já teve um contato prévio com a causa, que já conhece a situação e os atos praticados, que dispôs com antecipação. Mas a prevenção possui diversos inconvenientes, que nos levam a sustentar que o juiz preventivo não pode ser o mesmo que, ao final, vá julgar o caso penal. Deve ser uma causa de exclusão de competência, pois fulmina a principal garantia das partes no processo penal: o direito a um juiz imparcial. (LOPES JR., et al. 2016, p.15)

No rol das medidas cautelares prevista na legislação infraconstitucional e no código processual, próprias da fase de investigação, embora não exclusivas a esse momento da persecução penal, pode-se mencionar a produção, mediante autorização judicial, de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (art. 155, do CPP); a determinação do sequestro de bens do acusado (art. 127, do CPP); a decretação de busca e apreensão (art. 242, do CPP); o recebimento do auto de prisão e flagrante (art. 306, do CPP), podendo ser imposta a prisão

<sup>3</sup>CPP - 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).

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.

preventiva (art. 310, do CPP) ou outras medidas cautelares restritivas da liberdade (art. 321, do CPP); imposição de prisão temporária (Lei nº 7.960/89); deferimento de interceptação telefônica (Lei nº 9.296/96); afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (Lei Complementar nº 105/2001), deferimento de ação controlada, infiltração de agentes e homologação de acordos de colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013).

A decorrência direta do exercício desse poder acautelatório, conferido ao juiz, nesse estágio específico, para apreciação de eventuais pedidos que objetivem a concessão de qualquer dessas providências, é o contato com os fatos que corresponderão ao mérito de posterior ação penal. Para a decretação da prisão preventiva, por exemplo, faz-se necessária a observância, por parte do magistrado, das circunstâncias autorizadoras para tanto, quais sejam, a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, conforme disposto no artigo 312, do Código de Processo Penal. De igual modo, a autorização de interceptação de comunicações telefônicas depende, a partir da interpretação do artigo 4º, da Lei nº 9.296/96, da demonstração de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; os mesmos elementos são necessários à decretação da prisão temporária (art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89).

Os mecanismos de obtenção de provas previstos pela Lei de Organização Criminosa, outrossim, reclamam para o seu legítimo manejo, a aferição judicial dos indícios da infração penal, na infiltração de agentes (art. 10, § 2º, da Lei nº 12.850/2013); a comunicação ao juiz competente, para fins de delimitação da medida, no caso da ação controlada, e o seu acesso aos autos após a conclusão da diligência, (art. 8º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.850/2013), ainda que seja o mesmo perante o qual tramitará a ação penal decorrente, pela prevenção; e a homologação judicial, em se tratando de acordos de colaboração premiada, sendo aqui destacado o ato homologatório ocorrido ainda quando das investigações, autorizando a lei que o juiz, o qual será o julgador do processo superveniente, já que se tornará prevento, seja o responsável por conhecer do teor do acordo, podendo, inclusive, adaptar a proposta ao caso concreto (art. 4º, §§ 7º e 8º, da Lei nº 12.850/2013).

O problema desse padrão instituído pelo legislador não consiste na participação do juiz nesses atos, que se dão ainda no momento da investigação. Já se demonstrou que, havendo provocação, essa atuação judicial é salutar à preservação de direitos e garantias. Entretanto, essa intervenção é irreconciliável com a imparcialidade, de modo que, se o mesmo órgão judicial responsável pelo controle de legitimidade daquelas medidas for competente para o processamento e julgamento de ação penal delas derivada já estará viciado quanto à apreciação das provas e, conseqüentemente, quanto à sentença a ser proferida.

Nesse cenário, o julgador, inevitavelmente, antecipa-se em elementos meritórios para fundamentar sua decisão ao decretar quaisquer das medidas cautelares supracitadas, uma vez que lhe caberá esquadriñar os fatos e elementos já colhidos para fundamentar a determinação da diligência, mesmo antes de oferecida a denúncia pela acusação. Asseverando a valia das reservas de jurisdição na fase pré-processual, seja ela o inquérito policial ou outro procedimento admitido, Aury Lopes Jr. (2012, p. 293) discorre que

A efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, 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 dos direitos do acusado no processo penal. (...) A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP etc.) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. É também a posição mais adequada aos

princípios que orientam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo penal.

O impasse não consiste em outra questão senão na imparcialidade desse juiz que decide acerca da privação provisória da liberdade do investigado, e da pertinência dos mecanismos de colheita de elementos de informação, notadamente porque no processo penal pátrio adotou-se como regra para a valoração das provas a sistemática do livre convencimento motivado.

Existem, basicamente, três regramentos de apreciação da prova pelo julgador no processo penal: o da prova legal ou tarifada, o do livre convencimento motivado e o da íntima convicção. Pelo método da prova legal, também chamado de certeza moral do legislador, próprio do processo inquisitivo, é a lei que estabelece o valor de cada prova, instituindo uma hierarquia entre elas, de maneira que é imposto ao juiz a observância de certos preceitos, não se lhe deixando praticamente nenhuma liberdade de apreciação.

o sistema das provas legais surgiu com o objetivo declarado de reduzir tais poderes, instituindo um modelo rígido de apreciação da prova, no qual não só se estabeleciam certos meios de prova para determinados delitos, como também se valorava cada prova antes do julgamento. Ou seja, no sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável. (PACELLI, 2017, p. 180)

Em contraposição, através do livre convencimento motivado ou persuasão racional, que hoje é consagrado como regra em nosso ordenamento jurídico<sup>4</sup>, o juiz forma sua convicção pela livre apreciação das provas produzidas pelas partes, ou pela falta delas, aplicando-se as regras de distribuição do ônus, o que deve ser feito, entretanto, fundamentadamente.

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas. A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas. (PACELLI, 2017, p.180)

Luigi Ferrajoli (2002, p. 110-111) informa que o marco de superação das provas legais com a eleição do livre convencimento motivado foi a Revolução Francesa, que através do pensamento iluminista resgatou da Grécia Clássica o rito acusatório, a oralidade e a imediatidade, dando ensejo à supressão do velho processo inquisitório, e ao expurgo das provas legais, com a consagração do princípio da livre convicção do juiz.

Finalmente, no julgamento balizado pela íntima convicção, ou certeza moral do juiz, este é livre para atribuir o valor que lhe aprouver às provas, podendo levar em consideração até mesmo elementos que não se encontram nos autos, também não existindo, nesse critério de valoração, a obrigação de declinar a fundamentação de seu convencimento. Em outros termos, é conferida larga margem de liberdade ao magistrado na consideração das provas,

---

<sup>4</sup> CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

decidindo ao final do processo de modo a aplicar o direito objetivo de acordo com sua livre convicção, já que desprendida do dever de fundamentar (LIMA, 2017, p. 616).

No Brasil esse sistema vigora apenas nos julgamentos pelo Tribunal do Júri, em que, a despeito da obrigação dos jurados em se ater às provas constantes dos autos<sup>5</sup>, não se lhes impõe o dever de fundamentar as suas respostas aos quesitos.

Feitas essas considerações, verifica-se a coexistência, no processo penal brasileiro, dos ditames do livre convencimento motivado do juiz, ao proceder à análise das provas carreadas aos autos, com a competência desse mesmo julgador para proferir decisões nos procedimentos investigatórios prévios à ação penal, o que reverbera, sobremaneira, no necessário estado de imparcialidade, comprometendo, por consequência, a liberdade do juiz na construção de seu entendimento apto a pôr termo à lide.

Destacando o fato de que a fórmula da livre convicção não pode ser empregada de modo desmensurado, como um critério discricionário de aferição do material probatório, Ferrajoli (2002, p.118-119) teoriza que são necessárias determinadas condições, por ele denominadas de garantias processuais, na presença das quais, somente, justifica-se a livre convicção do juiz, da qual decorrerá sua decisão sobre a verdade fática no processo. Com efeito, ao lado das garantias da necessidade da prova ou verificação, e da possibilidade da contraprova ou refutação, a garantia de uma decisão motivada imparcial é erigida como fundamento legitimador do livre convencimento judicial, sendo as notas distintivas entre este e o arbítrio puro e simples.

Não se pode olvidar, todavia, a relevância da intervenção judicial nas investigações que antecedem o processo, quando provocado, para fins de preservação das liberdades públicas, conforme já apontado anteriormente. Na mesma proporção, a imparcialidade é uma garantia inarredável, intrínseca ao devido processo legal.

## **5 JUIZ DAS GARANTIAS COMO CONCILIADOR DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A IMPARCIALIDADE**

Assente a ideia de que, num sistema de processo acusatório, conforme tracejo constitucional, não se pode prescindir do controle judicial das medidas constritivas dos direitos fundamentais dos investigados, durante a investigação preliminar, e que essa mesma reserva de jurisdição influi no ânimo do julgador, que, pela atual regra de competência por prevenção, no Código de Processo Penal, será o mesmo em ambas as ocasiões, é mister que se proporcionem mecanismos para que a imparcialidade durante o curso processual seja inabalada.

Uma vez que, ao realizar o controle da legalidade de atos como prisões provisórias e provas cautelares, o juiz necessariamente procede à verificação da existência de substratos indicativos de autoria e materialidade de uma determinada infração penal, aderindo aos argumentos aduzidos pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, já não se comportará mais de maneira inerte diante do contraditório a ser efetivado durante a instrução, eis que se predispõe em seu convencimento, devido àquela participação no momento anterior ao início da ação penal. Nessa linha, André Machado Maya (2014, p. 197) considera que

---

<sup>5</sup> CPP- Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

(...)

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

(...)

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

não constitui exagero, assim, afirmar que o exercício de uma atividade decisória pelo juiz lhe retira a imparcialidade necessária para continuar desempenhando a função jurisdicional em relação a esse mesmo caso penal. Não por isso, aliás, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Tribunal Constitucional da Espanha e a Corte Constitucional da Itália firmaram sua jurisprudência no sentido da incompatibilidade do sucessivo exercício de funções processuais por um mesmo juiz no âmbito de um mesmo procedimento penal.

A partir de orientação firmada no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao debruçar-se sobre os célebres casos Piersack x Bélgica (1982) e Cubber x Bélgica (1984), consolidou-se a ideia de que a prática de qualquer ato com finalidade instrutória pelo juiz, ou a prolação de alguma decisão para qual tenha sido necessário antecipar-se em questões de mérito<sup>6</sup>, quando do desenrolar dos procedimentos prévios ao início do processo, tornam-no inidôneo para officiar no processo subsequente, do ponto de vista da imparcialidade objetiva, já que não haverá o distanciamento prático do julgador quanto ao embate dos sujeitos parciais, estando, ao revés, numa situação de comunhão da prática de atos próprios à colheita de indícios e provas, o que pode culminar, por sua vez, na perda da imparcialidade subjetiva, que se reporta à formação de sua convicção íntima sobre a conclusão da lide.

Enfrentando esses resquícios inquisitórios, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos Piersack, de 01/10/82, e de Cubber, de 26/10/1984, consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. É uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 61 do Convenio para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950 Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos "pré-juízos" conduzem a falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. (LOPES JR., 2012, p. 190)

Para além da controvérsia jurídica propriamente dita, sob o prisma de julgamento justo e devido processo legal, Aury Lopes Jr. e Ruiz Rittier valem-se de notável argumentação, em endosso ao comprometimento da imparcialidade do juiz que desempenha sucessivas funções no decorrer da persecução, afeita à área da psicologia comportamental, calcado na teoria da dissonância cognitiva. Ao fazerem remissão a um experimento realizado com um grupo de magistrados, apresentam-nos a ideia de que, segundo aquela teoria, a dissonância corresponde ao antagonismo, no campo psíquico, das teses levadas ao juiz, o qual, por um comando involuntário de seu cérebro, buscará harmonizá-las, fato que é relevante nas situações em que ele anteriormente já houvesse experimentado uma das duas versões conflitantes, pois a consequência disso seria a tentativa natural de eliminar a incongruência através de um olhar já condicionado para a tese que primeiro lhe tocou o íntimo, gerando desvios de interpretação para com as informações contrárias, ou até mesmo sua desconsideração. Tratar-se-ia de uma vinculação cognitivo comportamental do juiz ao caso, por já haver nele se pronunciado.

Schünemann (2013) desenvolve uma interessante pesquisa de campo que acaba confirmando várias hipóteses, entre elas, a já sabida – ainda que empiricamente – por todos: quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, menor é o interesse

<sup>6</sup> Conforme Maya (2014, p. 197), há oscilação no posicionamento das Cortes Europeias “as quais, se em um primeiro momento firmaram um entendimento sólido a considerar fundada a suspeita de parcialidade em razão de qualquer contato do magistrado com os elementos da investigação, posteriormente flexibilizaram essa compreensão e passaram a afirmar que não é o contato em si que justifica a dúvida sobre a imparcialidade, mas o fato de ter o juiz proferido uma decisão semelhante à sentença meritória, na qual tenha formulado um juízo sobre a culpabilidade do imputado, o que só pode ser aferido diante de cada caso concreto”.

dele pelas perguntas que a defesa faz para a testemunha e (muito) mais provável é a frequência com que ele condenará. Toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. A tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz à (molesta) dissonância cognitiva. Como consequência existe o efeito inércia ou perseverança, de autoconfirmação das hipóteses, por meio da busca seletiva de informações. (2016, p. 22)

O posicionamento daqueles tribunais internacionais referido pelo autor reporta-se à discussão sobre a cisão de competências na persecução penal, de tal maneira que, na fase investigatória, em nome da salvaguarda dos direitos dos investigados, permaneceria funcionando um juiz, a quem caberia a apreciação das medidas sujeitas ao crivo do Judiciário, quando solicitadas pelas autoridades incumbidas da investigação, não podendo exercer sua jurisdição, entretanto, na fase processual, visando à preservação da imparcialidade, competindo, portanto, a um outro julgador presidir a instrução e proferir sentença. Explicando o funcionamento desse órgão judicial, continua o supracitado autor

Ao juiz de garantias, nesse quadrante, competiria o resguardo da legalidade da investigação criminal e da irrestrita observância dos direitos fundamentais do suspeito, dependendo da sua autorização a concretização de medidas cautelares reais e pessoais e a busca de provas que impliquem ou possam implicar supressão de direitos fundamentais. E uma vez finda a investigação preliminar, cessará também a competência do magistrado de garantias, competindo a instrução criminal da acusação formulada pelo Ministério Público ou pelo querelante a outro órgão jurisdicional que não tenha tido contato com a investigação. (MAYA, 2014, p. 198)

Desta feita, o juiz das garantias entraria como uma peça fundamental no processo acusatório, para conciliar a participação judicial na fase investigatória, imprescindível, por ser esse o momento no qual aqueles que são alvos das averiguações não possuem a garantia de contraditório, como ocorre na instrução processual, estando sujeitos a diversas medidas constritivas de seus direitos, com a preservação da imparcialidade, já que um outro juiz, que não conheceu previamente do material que subsidia as teses das partes, será designado para julgar a ação penal. Além do alinhamento dos tribunais europeus a esse entendimento, há também na América Latina um movimento de inclusão nos Poderes Judiciários de alguns países, como Chile, Colômbia, Paraguai e Argentina, de órgão com funções assemelhadas ao que se consideraria um juiz das garantias. (MAYA, 2014, p. 199).

No Brasil, tramita atualmente na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei sob o nº 8.045/2010, advindo do Senado Federal, lá sob o nº 156/2009, que versa sobre a reforma do Código de Processo Penal. Pelo texto provisório, no Título II, que trata da investigação criminal, inserto no Livro I, sobre a persecução penal, há o Capítulo II, denominado “do juiz das garantias”. Estendendo-se do artigo 14 ao 17, conceitua, atribui competências e informa o modo pelo qual será instituído.

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 de investigação;
- XI - decidir sobre os pedidos de:
- a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
  - b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;
  - c) busca e apreensão domiciliar;
  - d) acesso a informações sigilosas;
  - e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.
- XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;
- XIII - determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, §1º;
- XIV - arquivar o inquérito policial;
- XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37;
- XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
- XVII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.
- Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

No artigo 14, é prescrito que o chamado juiz de garantias é aquele que velará pela legalidade da investigação, no que toca às interferências nos direitos individuais que só são admitidas mediante autorização judicial. O dispositivo é composto por dezessete incisos, que detalham os atos concretos que corresponderão à atuação desse juiz, em sua maioria relacionados às prisões provisórias, à produção de provas antecipadas e cautelares, à quebra dos sigilos resguardados pela Constituição, e ao trâmite do inquérito policial. Observa-se, ainda, que o rol estampado nesse artigo não é taxativo, segundo interpretação do inciso XVII, que faz alusão a quaisquer outras matérias pertinentes às outras exemplificadas.

Pelo disposto no art. 15, o legislador confere um caráter de generalidade à competência do juiz das garantias, estendendo-a a todas as infrações penais, excetuando-se aqueles de competência dos Juizados Especiais Criminais, estabelecendo, ainda, como marco interruptivo de sua atuação a propositura da ação penal, momento a partir do qual um outro órgão será responsável por impulsionar o processo, o qual, de acordo com os parágrafos do mesmo artigo, poderá decidir de forma independente as questões pendentes, não se vinculando ao que fora anteriormente decidido e podendo reexaminar as medidas que tenham se prologando entre uma fase e outra.

Visando à delimitação da competência do juiz de garantias, ressaltando sua incompatibilidade com a condução do processo derivado da investigação na qual interviu, o artigo 16 prevê que o desempenho da função de garantidor, nos moldes do artigo 14, é causa de impedimento de atuação na ação penal superveniente. Entretanto, o artigo 748 do PL ressalva que o impedimento não se configurará nas comarcas em que só officie um juiz, enquanto não for criado o novo cargo ou definida uma forma de substituição, previsão essa que restou esvaziada, em razão da supressão do prazo de transição de três a seis anos, constante do artigo 701 do PL, para a instalação dos novos juízos. Por fim, o artigo 17

informa que a criação desse novo órgão do judiciário se dará em consoante as normas de organização judiciária dos Estados, do Distrito Federal e da União.

Comentando a instituição de juízos com tal finalidade, no projeto de reforma do Código de processo penal, Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter (2016, p. 23) consideram que

(...) há algo de inquestionável na discussão sobre a figura do juiz de garantias: sua imprescindibilidade para ter-se uma jurisdição imparcial. Reconhecidos os prejuízos para a imparcialidade do julgador decorrentes do seu contato com os elementos indiciários do inquérito policial, o que se está a buscar é o seu afastamento dessa fase investigativa, em prol de efetividade na prestação jurisdicional imparcial.

Há, porém, opiniões dissonantes quanto à pertinência do acréscimo desse novo órgão a estrutura do Judiciário brasileiro. Dentre as críticas direcionadas ao modelo idealizado pelo PL, destacam-se a desnecessidade, justificada pela ideia de que já há um controle de legalidade satisfatório dos procedimentos investigativos, atualmente; os prejuízos sob o ponto de vista financeiro, ocasionados pelos impactos orçamentários, devido aos novos encargos com pessoal e instalações físicas; a perda de eficiência administrativa, em razão do crescimento desnecessário da máquina pública, sob o argumento de que um só juiz pode desempenhar de modo eficaz os papéis durante e após a fase investigatória; a desvalorização dos ofícios dos magistrados, pelo surgimento considerável de novos cargos, para atender aos moldes propostos, e pela retirada do poder de sentenciar desses agentes, que supostamente lhes seria uma característica intrínseca, em vista da limitação do exercício do juiz de garantias (CABRAL, et al., 2016).

Quanto à primeira crítica, ao reputarem dispensável um juiz de garantias no contexto da persecução penal brasileira, sustentando a já existente tutela jurisdicional durante as investigações prévias, os autores não enfrentam a repercussão dessa ingerência sobre a imparcialidade, necessária ao julgador na formação de seu convencimento. Por todo o raciocínio até aqui expendido, não há que falar em julgamento imparcial quando o julgador, de antemão, já teve acesso a elementos de cuja interferência não poderá se desvencilhar psicologicamente, restando, assim, direcionado seu posicionamento quanto à lide.

Em relação ao impacto financeiro e à redução de eficiência administrativa, inicialmente, pelos mesmos fundamentos expostos anteriormente, não se trata de uma questão de boas práticas administrativas, ou atuação eficiente, mas sim de um exercício legítimo da jurisdição penal, calcado no primado da imparcialidade. Com efeito, pode ser que em termos de praticidade na gestão pública, um só juiz possa desempenhar com presteza, economicidade, e agilidade suas funções durante as duas fases da persecução penal, o que não resolve, porém, o problema da afetação de sua imparcialidade. No mesmo sentido, a justificativa do custo-benefício sob o aspecto financeiro é desarrazoada, pois, embora haja, inevitavelmente, crescimento de despesas, o valor em questão – o direito a um julgamento imparcial – deve prevalecer, especialmente porque existem inúmeras formas de compensar o desfalque orçamentário, a depender apenas de decisões políticas das autoridades competentes.

Os demais questionamentos, afeitos à desvalorização do cargo de juiz, transparecem um certo endeusamento de figuras que nada mais são do que agentes públicos, a serviço do povo. São apontados a proliferação de novos cargos e a supressão do ato de sentenciar, como formas de aviltar a função dos magistrados. Relevante trazer à baila, nesse momento, profunda lição de Ferrajoli (2002, p.439)

(...) o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro. É precisamente essa dupla função garantista que confere valor político e intelectual à profissão do juiz, exigindo-lhe tolerância às razões controversas, atenção e controle

sobre todas as hipóteses e contra hipóteses em conflito, imparcialidade diante do conflito, prudência, equilíbrio, ponderação e a dúvida como hábito profissional e como estilo intelectual.

Portanto, com supedâneo nessa abordagem, entende-se que é, no mínimo, antirrepublicano, alocar o cargo de juiz em um suposto patamar diferenciado, e que ao se decidir pelo aprimoramento da estrutura do judiciário, objetivando uma prestação jurisdicional mais justa, haveria um aviltamento da classe dos magistrados, como se fossem algo tão seletivo que a sua multiplicação, mesmo que em virtude de sua razão de ser – um escudo garantista ao indivíduo, contra ameaça ou violação de seus direitos –, não deveria ser incentivada, ou até combatida, como se depreende da crítica à investidura do juiz das garantias.

Ademais a inclusão de juízes das garantias entre os órgãos do Poder Judiciário não traz consigo nenhuma supressão de quaisquer das garantias asseguradas pela Constituição à magistratura, o que torna ainda mais pífia a crítica acerca da desvalorização dos magistrados. Nessa toada, o fato de que não competiria aos juízes das garantias o ato de sentenciar também não desqualifica a função do juiz, que, antes de tudo deve ser o bastião da preservação de direitos, não se esgotando seu mister na prolação de sentenças, simplesmente.

Dito de outro modo, essas supostas desvantagens ao interesse de uma corporação não se apresentam legítimas a impugnar a forja de um instrumento cuja relevância não é outra senão a interligação entre o referendo judicial a quaisquer atos limitativos de direitos e um julgamento em que a parcialidade limita-se ao seu lugar original, às partes.

## 5 CONCLUSÃO

O trabalho ora desenvolvido foi calcado no recorte teórico concernente ao juiz das garantias como mecanismo assegurador da imparcialidade no processo penal brasileiro. Inicialmente, em atenção aos recentes enfoques midiáticos dispensados ao envolvimento subjetivo dos juízes nos casos sob sua jurisdição, foi proposta uma análise da viabilidade da instituição desse órgão judiciário como alternativa ao comprometimento da imparcialidade do juiz competente para presidir a instrução processual, por consequência de sua participação na fase de investigação preliminar.

Durante a problematização do tema, foram destacados os sistemas processuais penais, a imparcialidade, os poderes instrutórios do juiz no ordenamento jurídico pátrio, a intervenção judicial na fase investigatória da persecução penal, as reverberações na imparcialidade e, por decorrência, no livre convencimento, e, por último, a exploração teórica do juiz de garantias como forma de harmonizar todas essas nuances sob o sistema acusatório constitucional, especialmente nos moldes preconizados pelo PL nº 8.045/2010, da Câmara dos Deputados.

Apontou-se a evolução dos meios de resolução de conflitos em sociedade, notadamente as formas de expressão da jurisdição penal. Primeiro, o que se conhece por sistema acusatório, no berço da civilização ocidental, na República Roma e na Grécia Antiga. Publicidade, oralidade, inércia do julgador, contraditório e titularidade da acusação aos cidadãos eram as bases dessa estrutura. Foi sucedida pelo sistema inquisitório, o qual, em sentido diametralmente oposto, distinguia-se pela concentração de funções na pessoa do julgador, que acusava, colhia provas e condenava. Foram abandonadas a oralidade, a publicidade e o contraditório, culminando num tipo de processo que teve seu apogeu durante a Alta Idade Média, com a inquisição da Igreja Católica.

Com a Revolução Francesa, o sistema de processo retoma as feições acusatórias, sendo esse o formato consentâneo com o moderno devido processo legal e com o Estado Constitucional de Direito. No Brasil, conquanto o Código de Processo Penal ainda demonstre heranças do sistema inquisitório, a Constituição Federal de 1988 elegeu o processo acusatório

para o exercício da jurisdição penal, o que não é suficiente, todavia, de acordo com o enfoque no qual se aprofundou este trabalho, para extirpar antigas práticas que vulneram o direito a um julgamento imparcial, das quais são exemplo os poderes instrutórios conferidos ao juiz, autorizando-o a intervir durante a investigação criminal, ainda que de ofício.

Ressaltou-se a absoluta incompatibilidade da atuação judicial sem provocação das partes, para colheita de provas, ou decretação de qualquer outra medida cautelar. Lado outro, é vista de maneira positiva a ingerência do juiz, provocada, durante as investigações, para preservar direitos fundamentais dos investigados, realizando o controle de legalidade das diversas medidas restritivas de liberdade e destinadas à colheita de material probatório com contraditório não imediato.

Concluiu-se que a reserva de jurisdição, isto é, a outorga exclusiva ao Judiciário do poder de decidir acerca de medidas que afetem a liberdade, a privacidade, a intimidade e a dignidade do investigado é salutar, na medida em que impede abusos e arbitrariedades. De igual modo, o direito a um julgamento imparcial apresenta-se tão intocável quanto aquele resguardo da legalidade. Além disso, constatou-se que é inevitável que a autoridade designada para proceder àquele tipo de intervenção no estágio investigatório mantenha-se imparcial quanto aos interesses ali em jogo, pelo fato de que avalia os elementos informativos relacionados a indícios de autoria e prova de materialidade de infração penal, predispondo-se desde esse momento o seu convencimento.

Pelas atuais regras de competência, de acordo com o critério subsidiário de prevenção, o juiz que profere alguma decisão no curso das investigações será considerado competente para a futura ação penal. Por já haver examinado o mérito do material que dará suporte à acusação, não será possível assegurar sua imparcialidade ao decidir o caso, de modo que não subsiste fundamento legítimo para o critério de valoração de provas do livre convencimento motivado.

Por fim, discutiu-se, com supedâneo no conteúdo do PL nº 8.045/2010, da Câmara dos Deputados, a instituição do juiz das garantias como órgão destinado a velar pela legalidade do procedimento investigatório, por meio do deferimento de prisões provisórias, da autorização para produção antecipada de provas, e do pronunciamento sobre quaisquer outras matérias próprias dessa fase, e o resultado foi o de que a existência de um órgão judiciário como esse representaria uma solução apropriada para a manutenção do crivo judicial relativamente às medidas cerceadoras de direitos durante as investigações ao mesmo tempo em que se preservaria a imparcialidade para o julgamento do processo, uma vez que juízes diferentes funcionariam em cada fase.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. PL nº 8045/2010. **Inteiro teor**. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em 02 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 12 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.**

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso em 28 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996. **Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm)>. Acesso em 05 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre prisão temporária.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em 05 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001. **Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp105.htm)>. Acesso em 05 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Plenário declara a impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>>. Acesso em 02 ago. 2019.

CABRAL, Bruno Fontenele; FONTENELE, Anny Karliene Praciano Cavalcante. **Comentários ao projeto do novo CPP: é viável a instituição do juiz das garantias no Brasil?** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4794, 16 ago. 2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/49757>>. Acesso em 01 nov. 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** 1. ed. São Paulo: Pillares, 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por nós, os advogados.** Tradução Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pillares, 2013.

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

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002

GARCIA, Alessandra Dias. **O juiz das garantias e a investigação criminal.** Dissertação de mestrado – curso de pós-graduação *stricto sensu* da faculdade de direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23092015-092831/pt-br.php>>. Acesso em 25 out. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único.** 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: 2012.

\_\_\_\_\_; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva.** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. n. 73, v. 13, 2016. p. 12-25. Disponível em <http://200.205.38.51/biblioteca/>. Acesso em 30 ago. 2019.

\_\_\_\_\_; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

LUZ, Denise. **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. n. 51, v. 9, 2013. p. 15-41. Disponível em <http://200.205.38.51/biblioteca/>. Acesso em 30 out. 2019.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** São Paulo: RT, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. **Reflexões filosóficas sobre a neutralidade e imparcialidade no ato de julgar.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 249-273, jul./set. 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/27042>. Acesso em 28 ago. 2019.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: **A conformidade constitucional das leis processuais penais.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

## AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, a Deus direciono minha gratidão, a Ele que tudo me proporcionou até o presente, razão pela qual nunca estive sozinha no meu caminho; que respondeu a todas às minhas dúvidas; que me mostra como fazer, mas não me abandona, porém, no meu erro.

Olhando em retrospecto, vejo que essa graduação representa não só minha formação profissional, mas tanto quanto ou mais que isso, simboliza amadurecimento e crescimento pessoal. Lembro-me de que à época não me considerava, mas quando do meu ingresso no curso, era ainda uma criança, não pela pouca idade, mas pelo que hoje vejo que ainda não possuía, em termos de resiliência, prioridades, e compreensão sobre o processo implacável de como as coisas efetivamente são, e não como deveriam ser. Junto ao título acadêmico, esse será maior prêmio desses cinco anos.

Sinto a satisfação de agora oferecer meus agradecimentos à minha família, e aos meus pais, especialmente, por todo esforço, carinho e suor derramados para comigo.

Perpassa-me, neste momento, um pequeno filme na memória, em que me recordo de todo o auxílio que recebi, de tantas pessoas, desde o momento em que tive a notícia da conquista de uma vaga neste curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba. A muitos não posso transmitir diretamente os meus agradecimentos, mas deixo aqui registrado o que as palavras não cuidam em mensurar: minha eterna felicidade em tê-los encontrado, e por terem me trazido até aqui.

Dentre os poucos, mas bons amigos, agradeço especialmente ao caro Ricardo Fernandes, não somente por ter me disponibilizado a principal obra utilizada neste trabalho, mas pela pessoa que é, e que eu tive a sorte de conhecer durante as minhas experiências profissionais.

Imensamente grata me tornei à amiga Lorryne, minha companheira de casa, que me acolheu num dos momentos mais importantes dessa minha caminhada até aqui, oferecendo mais que um lar, amizade.

Por derradeiro, encerro minhas saudações deixando também à Dr<sup>a</sup>. Michelle Barbosa Agnoleti minha gratidão, por todo o apoio dado na orientação feita durante a construção deste trabalho, e especialmente pela sua compreensão ímpar.